

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

SUMÁRIO

LE NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO COMPARATO FRA METODO, EPISTEMOLOGIA E INTERDISCIPLINARITÀ	4
Sofia Felicioni	4
PROSPECTIVE OVERRULING TRA COMMON LAW E CIVIL LAW	20
Federico Pani.....	20
FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE: UMA CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA AO HUMANISMO	38
Ildete Regina Vale da Silva	38
Paulo de Tarso Brandão	38
O ESTADO LAICO COMO PROMOTOR DO BEM COMUM	56
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni	56
CONSTITUIÇÃO, NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS RISCOS À ORDEM CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA ADVINDOS DA SUA INCOMPREENSÃO PELOS APLICADORES DO DIREITO	75
Patrícia Pasqualini Philippi	75
IMPÉRIO DAS REGRAS: A IMPORTÂNCIA DAS REGRAS PARA MANUTENÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO.....	93
Alexandre Morais da Rosa	93
Fernanda Pacheco Amorim.....	93
OS BENEFÍCIOS DA EXPERIÊNCIA DE CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO NA NOVA ZELÂNDIA PARA O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	107
Camila Salgueiro da Purificação Marques.....	107
Claudia Maria Barbosa	107
A SUB-REPRESENTAÇÃO DA POPULAÇÃO NEGRA NAS ESFERAS DE PODER	125
Fernando de Castro Faria.....	125
DA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO À CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA SUBSTANCIAL: DIÁLOGO COM OS POSTULADOS DEMOCRÁTICOS IDEALIZADOS POR LUIGI FERRAJOLI	140
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto	140
Rudson Marcos	140
AS FACES DA DEMOCRACIA QUE (DES)LEGITIMAM O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	163
Gerson Ziebarth Camargo	163
Hélintha Coeto Neitzke	163

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E A INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	182
Régis Willyan da Silva Andrade	182
Luiz Nunes Pegoraro	182
O TRÔPEGO UNIVERSALISMO ONUSIANO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA NOVA ORDEM TRANSNACIONAL.....	202
Rafaela Baldissera	202
Regiane Nistler.....	202
ACESSO À JUSTIÇA E JURISDIÇÃO: REFLEXÕES NECESSÁRIAS.....	222
Bruno Makowiecky Salles	222
ACCESS TO GENETIC RESOURCES AND BENEFIT-SHARING: HUMAN RIGHTS PERSPECTIVES AND CHALLENGES IN THE ERA OF SYNTHETIC BIOLOGY.....	244
Sabrina Brizioli.....	244
DIREITO À PROVA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PAPEL DA ACUSAÇÃO	260
Silvio José Franco	260
Wilson Paulo Mendonça Neto	260
TRABALHADORES TRANSMIGRANTES VÍTIMAS DE <i>DUMPING</i> SOCIAL: A AGENDA 2030 DA ONU, A DIGNIDADE E OS DIREITOS HUMANOS.....	276
Carla Piffer.....	276
A TRANSNACIONALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTOS DE RESOLUÇÃO SOBRE O ASPECTO DE PROVISORIEDADE OU DEFINITIVIDADE DO INSTITUTO DO REFÚGIO	295
William Paiva Marques Júnior.....	295
Fernanda Cláudia Araújo da Silva	295
CIDADES LENTAS: CAMINHO PARA A SUSTENTABILIDADE PAUTADO NO DECRESCIMENTO	314
Alexandre dos Santos Priess	314
AMERICA FIRST: AS PERSPECTIVAS DO ACORDO DE PARIS SOBRE O AQUECIMENTO GLOBAL APÓS A DESREGULAMENTAÇÃO AMBIENTAL DE WASHINGTON.....	332
Flávio Marcelo Rodrigues Bruno.....	332
Raimundo Giovanni França Matos.....	332
APONTAMENTOS SOBRE A SUSTENTABILIDADE NO AMBIENTE CORPORATIVO GLOBAL	359
Alexandre Waltrick Rates.....	359
O CRESCIMENTO E A PROPAGAÇÃO DO RISCO COMO FATORES DE AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE IMPACTO AMBIENTAL: DO TRANSINDIVIDUAL AO TRANSNACIONAL.....	375
Vanusa Murta Agrelli	375

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O ESTADO E SUAS AMEAÇAS EXTERNAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A CRISE DA SOBERANIA DO ESTADO A PARTIR DE <i>OLTRE LO STATO DE SANTI ROMANO</i>	400
Tarcísio Meneghetti	400
Josemar Soares	400
Carlo Calvieri	400
SUSTENTABILIDADE E ETICIDADE: UMA LEITURA A PARTIR DA IDEIA DE RECONHECIMENTO E INSTITUIÇÕES EM HEGEL	423
Josemar Soares	423

LE NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO COMPARATO FRA METODO, EPISTEMOLOGIA E INTERDISCIPLINARITÀ

Sofia Felicioni¹

1. L'interesse a sviluppare le riflessioni che in queste pagine si proporranno origina da una constatazione di fondo: in un mondo, quale è quello nel quale oggi ci troviamo a vivere, in cui i dilaganti fenomeni di globalizzazione hanno prodotto delle modificazioni radicali impattanti non solo sulla struttura della società, ma anche su quella dell'economia e del diritto, la scienza giuridica incontra (e si scontra con) la inevitabile esigenza di rivedere, mettendoli in forte discussione, concetti e categorie da secoli, oramai, consolidati. La tenuta della costruzione giuridica tradizionale, infatti, viene al giorno d'oggi minacciata da una serie di colpi che non pare plausibile, e men che meno possibile, ignorare, dal momento che hanno prodotto addirittura l'effetto di incrinare la solidità degli elementi portanti di quella stessa struttura, quali, ad esempio, il rapporto tra diritto, Stato e sovranità, l'articolazione del sistema delle fonti del diritto, il principio di divisione dei poteri, etc.

Di fronte a uno scenario simile ci si chiede come il diritto possa o, anzi, debba atteggiarsi. Ciò che emerge come un'esigenza necessaria e, a questo punto, improcrastinabile è l'elaborazione, ad opera della scienza giuridica, di nuove chiavi di lettura, di nuovi modelli teorici e analitici attraverso i quali la contemporanea configurazione della realtà possa essere compresa, interpretata, regolamentata. Ciò che emerge, insomma, è l'impellente esigenza di sviluppare lo strumentario a disposizione dello scienziato del diritto, al fine di adeguarlo alla nuova realtà e alle nuove dimensioni che il fenomeno giuridico, immerso in quella stessa realtà, si trova oggi a vivere².

¹ Dottore di ricerca in scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Perugia.

² ANTONIOLLI, Luisa. L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello: il diritto comparato. In BARSOTTI, Vittoria (a cura di). **L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2014, p. 9 s., p. 10 s.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Per quanto riguarda, specificamente, il diritto comparato, sono stati da più parti segnalati i progressi che la disciplina in questione ha compiuto nel corso degli ultimi decenni, sia rispetto all’oggetto ed ai temi di studio – sensibilmente ampliatisi – sia per quanto riguarda i metodi di indagine, evolutisi anch’essi con l’obiettivo di estendere l’analisi giuridica al di là del piano strettamente normativo³. Come è stato rilevato,

Negli ultimi decenni la comparazione giuridica ha avuto un notevole sviluppo, aprendo nuovi filoni di ricerca legati alla comparazione di sistemi diversi da quelli occidentali, sviluppando nuovi metodi di analisi che consentono di verificare la *law in action* e vagliarne criticamente i risultati, studiando la circolazione ed il trapianto di regole e modelli, aprendo il confronto con altre discipline che studiano i fenomeni sociali, come l’economia, la politologia e la sociologia. Questi sviluppi hanno influenzato il diritto nelle sue molteplici dimensioni: oltre alla dimensione più propriamente scientifica, anche le applicazioni pratiche (legate alla creazione di nuove norme, alla loro interpretazione ed applicazione) e la formazione universitaria si sono ovunque aperte allo studio del diritto di altri ordinamenti nazionali, transnazionali e internazionali, soprattutto in seguito all’accelerazione dei processi di globalizzazione. Allo stesso tempo, tuttavia, questa evoluzione ha messo in luce una serie di criticità e problemi di ordine metodologico, che costituiscono una importante sfida per gli studiosi del diritto comparato, e richiedono uno sforzo di innovazione di metodi, modelli, categorie e tassonomie, in dialogo anche con le altre discipline sociali⁴.

In sostanza, l’interrogativo che, da più parti, viene sempre più frequentemente sollevato è se i metodi attraverso i quali sono stati tradizionalmente analizzati i sistemi giuridici possano ritenersi adeguati a un contesto globale⁵; infatti,

[...] the methodological tools used in comparative analyses are not completely suitable to study complex phenomena, [...]. There are several factors that currently affect these enquiries, such as the emergence of new spheres of normativity and transnational actors determining a new configuration of the relationship between centre and periphery. Furthermore, one might add the consideration that the presence of different form of pluralism – a pluralism of pluralisms – implies a constant and urgent need to reconsider the adequacy of the methodologies in comparative law. In this regard, we believe that comparative law can play a crucial role in a global world⁶.

2. Rispetto alla prospettiva metodologica, ciò che – tra gli altri aspetti – emerge dagli studi più recenti dei giuscomparatisti è che

³ Vedi, tra gli altri, SACCO, Rodolfo. ROSSI, Piercarlo. Introduzione al diritto comparato. Torino: UTET, 1992.

⁴ ANTONIOLLI, Luisa. L’identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello: il diritto comparato. pp. 24-25.

⁵ SCARCIGLIA, Roberto. Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale? **DPCE**, IV, 2015, p. 1011 s.

⁶ SCARCIGLIA, Roberto. Comparative Methodology and Pluralism in Legal Comparison in a Global Age. **Beijing Law Review**, 2015, 6, p. 42 s., p. 43.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização"

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

La conoscenza non può limitarsi [...] all'uso dei termini (o all'influenza) della dottrina, ma ha bisogno di tradursi in interessi di ricerca, concetti, teorie e metodi di altre discipline, e deve essere collegata a dibattiti culturali di più ampio respiro. [...] La globalizzazione pone, inevitabilmente, sfide interdisciplinari. Da questo punto di vista, molte analisi giuridiche sono sorprendentemente carenti, o di taglio puramente dottrinale [...]⁷.

Quello relativo alla interdisciplinarietà, in particolare, è un punto che merita un ulteriore approfondimento. A tal proposito è stato constatato che, nonostante i giuscomparatisti si occupino, già da tempo, di relazioni interdisciplinari⁸ ed utilizzino, nelle proprie indagini, i risultati prodotti da altre discipline⁹, la loro posizione continua a essere contraddistinta da un sensibile grado di autoreferenzialità, sia rispetto alle metodologie di ricerca utilizzate, sia per quanto attiene alla dimensione epistemologica della materia¹⁰. I fenomeni globali con i quali (anche) i comparatisti sono

⁷ SCARCIGLIA, Roberto. Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale? pp. 1012-1013.

⁸ BRAUDEL, Fernand. Scritti sulla storia. Milano: Mondadori, 1973, p. 101.

⁹ MATTEI, Ugo. MONATERI, Pier Giuseppe. Introduzione breve al diritto comparato. Padova: CEDAM, 1997, p. 83 s.: proprio nell'ambito di questo lavoro i due Autori constatavano la necessità, avvertita dai giuscomparatisti, di «aprire il proprio programma di ricerca agli apporti provenienti da altre discipline.

Diversi interlocutori sono stati localizzati. Risultati confortanti sono stati ottenuti dialogando con la linguistica, che ha potuto ispirare gran parte dell'analisi strutturale condotta da Rodolfo Sacco. Proficuo si presenta pure il dialogo con l'antropologia, che offre strumenti euristici applicabili non soltanto alle tradizioni giuridiche diverse dalla nostra, ma anche, si sostiene da ultimo, al nostro modo di fare diritto.

Altri interlocutori sono stati individuati nei cultori dell'etologia che, analizzando le regole della convivenza fra specie animali non umane, consentono di individuare fenomeni giuridici che precedono l'uso della parola. Naturalmente, un ruolo fra gli interlocutori del comparatista è rivendicato pure dal sociologo e dal politologo, che da sempre applicano estensivamente il metodo comparatistico alle loro ricerche. Per quanto riguarda lo storico, è fin troppo scontato osservare che, dato il costante divenire del diritto, non si può fare buona comparazione senza la consapevolezza storica, così come, peraltro, non si può fare buona storia senza comparazione.

La ricerca comparatistica più avanzata, tuttavia, si pone un problema fondamentale: posto che il suo scopo è quello di misurare analogie e differenze fra sistemi giuridici, risulta necessario qualche strumento di misurazione. In mancanza di tali strumenti, la comparazione non va oltre la verifica della tassonomia, il che – beninteso – costituisce un programma di ricerca tutt'altro che marginale; nondimeno, la sensazione resta che nella misurazione scientifica del fenomeno giuridico stia il futuro della comparazione.

Grandi risultati si possono attendere dal dialogo con i genetisti, i quali, come noto, sostengono di poter disporre di strumenti di ricerca che consentono loro di misurare i mutamenti del genoma umano. L'incontro con la genetica, tuttavia, presenta la difficoltà aggiuntiva di un dialogo fra una scienza sociale qual è il diritto ed una scienza naturale, il che al momento preclude ulteriori approfondimenti della questione da parte nostra».

¹⁰ «Assume that you are attending a symposium on comparative law being held in conjunction with the annual meeting of the American Society for Comparative Law. Comparative law scholars from many universities are present, and a few legal practitioners are attending as well. One speaker begins as follows: "This talk will be about complex adaptive systems - the emerging science of complexity." Based on experience in similar contexts, I would anticipate several common reactions among members of the audience. The most common might be "he's in the wrong room." Another set of reactions is likely to be "What? What's that? Never heard of it!" A third might be "What possible relevance can that have for comparative law?" Beneath these specific responses - and less likely to be expressed - is an assumption that this type of scientific discussion is alien and potentially inimical to the world of comparative law. The "scientific" language of the subject is likely to seem foreign to many, and the idea of a tie to comparative law is often perceived as not only foreign, but also perhaps threatening». Così in GERBER, David J. Method, Community and Comparative Law: An Encounter with Complexity Science. *Roger Williams University Law Review*, 16, 2011, p. 110 s., p. 110. A tal proposito si vedano anche LEGRAND, Pierre. European Legal Systems are not Converging. *Int. Comp. Law Q.*, vol. 45, n. 1, 1996, p. 59 s.; PFERSMANN, Otto. Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. *Rev. int. dr. comp.*, 2, 2001, p. 275

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

costretti oggi a misurarsi, invece, si manifestano sotto forme talmente complesse da richiedere – al fine di consentire la conoscenza e la comprensione del relativo contesto – l’avvio di un dialogo non solo con altre culture, ma anche con altre scienze, così da potersi adeguare alle trasformazioni che, anche in senso cognitivo, stanno ineluttabilmente impattando sul modo di guardare e studiare i fenomeni giuridici. Per potersi muovere in questo scenario, il comparatista – oltre a dover avere un preparazione che lo renda edotto delle più rilevanti proposte metodologiche avanzate nel campo della scienza giuridica comparata – ha bisogno di entrare in contatto con gli studi prodotti nell’ambito di altre comunità epistemiche, con la coscienza e la consapevolezza del fatto che questo tipo di conoscenza può avere un impatto più che significativo sui risultati delle sue ricerche¹¹. Lasciando da parte gli obiettivi meramente marginali, “decorativi”, per così dire, e dunque ben poco funzionali agli scopi della ricerca stessa¹², un comparatista deve sapere che quei risultati «reveal the

s.; SAMUEL, Geoffrey. Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. In VAN HOECHE, Mark (a cura di). **Epistemology and Methodology of Comparative Law**. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 35 s.; VAN HOECHE, Mark. Deep Level Comparative Law, in VAN HOECHE, Mark (a cura di), **Epistemology and Methodology of Comparative Law**. p. 165 s.; RICHARD, Pascal. Le jeu de la différence. «Reflexiones sur l’épistémologie du droit comparé». Québec: PUL, 2007.

¹¹ SCARCIGLIA, Roberto. Comparative Methodology and Pluralism in Legal Comparison in a Global Age. p. 43. «This perceived distance from other disciplines [...] tends to constrain and limit the perspectives and horizons of comparative law scholarship, and it may thereby limit the richness, quality, and potential value of that scholarship. Intellectual impulses from other fields can lead comparative law scholars to think about issues they may not have otherwise considered and introduce them to potentially valuable tools that they may not have used. External sources can enrich the vocabulary and methods of comparative law and thus improve the products of the comparative law community. Individual scholars have pursued these advantages effectively, and they have often gained much as a result of them, but these advantages and insights have seldom been incorporated in any shared methodological discussion that could make them valuable to comparative law as a discipline». Così in GERBER, David J. Method, Community and Comparative Law: An Encounter with Complexity Science. pp. 122-123.

¹² «If one thinks about the use that comparatists already make regarding the data from other sciences, these references can be conceived in a continuum. At one extreme of the continuum, there are mere extra-legal data, where a wider knowledge of a legal system – from the historical, political, social points of view that inevitably are reflected in the normative field – help us to better understand the context in which research is placed. This recurring activity, while valuable, does not amount to a synthesis between legal and extra-legal data; rather, it gives importance to the law-in-action. In the middle of the continuum, we can mention the methods and theories of other disciplines; the use in a prescriptive way of the predictive models forged by other sciences scholars; the use of results obtained in distinct fields to test their utility in the sphere of comparative law. Even in these cases there is not a synthesis of different manners of conducting comparative research, although the comparatists’ level of understanding in relation to other disciplines is more intense. At the opposite extreme of the continuum there are studies where fundamental methodologies or paradigms of other sciences are applied, thus creating a new way of doing research [...].

Bridging the terminological gap on similar concepts is a first draft of the work to be done in order to facilitate a process of scientific integration. The premise for a mutual methodological acknowledgement resides primarily in the elaboration of a common linguistic code. Lexical shared platforms, from which to develop multidisciplinary research, enable a better understanding of an object of study in a more penetrating way. This type of activity is called “epistemological silos”, where each scholar faces the problem with their methodological approach. Secondly, the multiplicity of perspectives can lead to the improvement of interdisciplinary methods of analysis, to internalize paradigms of other sciences, and to formulate new questions. In these cases, we refer to “interdisciplinary collaboration”. Così in BALDIN, Serena. The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective. **Poliarchie**, 5/2015, p. 6.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

skills, methods and talents of their markers; they allow us to distinguish the good, the bad and the temporary [...]. A thing well made will last [...]»¹³.

D'altra parte, pare difficile non convenire rispetto all'osservazione per cui, nonostante «it is of course a risk for a comparative lawyer to use disciplines foreign to his own – sociology, anthropology, philosophy – as lenses on his own discipline», così come «comparatists know that looking through the eyes of foreign law enables us better to understand our own», allo stesso modo «looking through the eyes of foreign disciplines should similarly help us better to understand our own discipline»¹⁴. Effettivamente – al di là delle considerazioni legate alla condizione di fluida mutabilità implicata dal contesto globale anche nel capo del diritto – l'esigenza di allargare gli orizzonti che imbrigliano lo sguardo del giurista/comparatista si pone con forza semplicemente avendo riguardo alla stessa “missione” della disciplina. Capita, ormai, piuttosto frequentemente di riscontrare, nell'ambito della più recente dottrina giuscomparatistica, un certo grado di insoddisfazione in merito all'attuale stadio di sviluppo degli studi in questo campo. Ciò che, in sostanza, viene fatto oggetto di denuncia è che il diritto comparato, inteso come disciplina o come specifico settore di studi, abbia ancora una identità debole ed incerta¹⁵, e che questo stato dei fatti sia riconducibile principalmente alla mancanza di una vera e propria discussione metodologica¹⁶. Come è stato osservato,

at present, each comparative law analyst is basically left to find elements of comparison and analytical reference points on his or her own. There is no ongoing discussion of available intellectual tools and experiences that could serve as a basis for sharing research experience and results. Without such a framework for sharing, there are few opportunities to enhance the analytical power of comparative legal analysis and thus motivate, enrich, and sustain individual research efforts¹⁷.

¹³ GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 7.

¹⁴ MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. In ZIMMERMANN, Reinhard. REIMANN, Mathias (a cura di). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 339 s., p. 342.

¹⁵ «The current widespread perception is that comparative law is not really a discipline, but just an amorphous group of scholars who happen to deal with foreign legal systems in some way. One way of changing that perception may be to develop a sustained methodological discussion that could give a profile to comparative law scholarship and allow it to become a field of study whose contours can be seen, related to and used. In the process it might also enrich the intellectual product of the comparative law community». Così in GERBER, David J. *Method, Community and Comparative Law: An Encounter with Complexity Science*. p. 128.

¹⁶ GERBER, David J. *Method, Community and Comparative Law: An Encounter with Complexity Science*. p.123.

¹⁷ GERBER, David J. *Method, Community and Comparative Law: An Encounter with Complexity Science*. p.123.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

3. Già da tempo – spinti proprio dall’insoddisfazione legata alla (presunta) aridità in cui, oggi, verserebbero gli studi di diritto comparato – insigni studiosi della materia hanno, ad esempio, proposto di rinnovare l’approccio alla comparazione giuridica imprimendogli una svolta “culturale”. E così, partendo dai suoi stessi fondamenti teorici, da questioni attinenti alla ontologia del diritto (dove inizia e dove finisce il diritto in una determinata società? A che punto, tra i molteplici fenomeni normativi, si situano i confini del diritto?), l’obiettivo fondamentale diventa quello di ricercare una comprensione più profonda delle varie culture giuridiche. A tal fine, per il ricercatore diviene fondamentale assumere un approccio interdisciplinare: il diritto, infatti, non esiste nel bel mezzo del niente, ma, al contrario, fa parte di un contesto molto ampio, variegato, un contesto che può essere compreso adeguatamente soltanto attraverso ricerche che abbiano un carattere trasversale¹⁸. In tal senso, lo scopo a cui, in ultima istanza, gli studi giuscomparatistici dovrebbero pretendere sarebbe quello di riuscire a conoscere le diverse culture giuridiche nelle loro medesime fondamenta; uno scopo, questo, che può essere raggiunto – o quantomeno avvicinato – soltanto laddove si riesca a cogliere la plausibile “consistenza” che il fenomeno giuridico assume nell’ambito di ogni cultura, nonché le sue dimensioni interdisciplinari.

Condividendo, almeno quanto ai propositi, questa linea di pensiero, diviene difficile contestare quanto è stato acutamente osservato, vale a dire che

chiedersi cosa significhi diritto comparato, e quale tipo di conoscenza serva per effettuare delle indagini comparative, implica volgere lo sguardo al di fuori del contesto giuridico, non bastando le riflessioni filosofiche sull’effettività delle norme a fondare in chiave gnoseologica le ricerche di quanti sono dediti al confronto di ordinamenti non noti. Lo studio del diritto, inteso come fenomeno culturale, comprende pure le strutture di pensiero e il modo in cui i fatti vengono percepiti dall’osservatore. Vi sono molteplici modelli di intelligibilità¹⁹ ed è a questi che occorre prestare attenzione per fondare una epistemologia del diritto comparato²⁰.

¹⁸ LEGRAND, Pierre. How to Compare Now? **Legal Studies**, vol. 16, n. 2, 1996, p. 232 s. Mentre Legrand, ad esempio, enfatizza l’importanza dell’antropologia, della linguistica e della psicologia cognitiva, altri autori aggiungono a questi campi del sapere anche quelli, più tradizionali, dell’economia, della sociologia, della scienza politica e della storia.

¹⁹ Nel pensiero sociologico, uno schema di intelligibilità è «a term applied to the way natural or social facts are perceived and represented – the way they are “read” by the observer – [...]». Così in SAMUEL, Geoffrey. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing, 2014, p. 81.

²⁰ BALDIN, Serena. Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà. **Revista General de Derecho Publico Comparado**, 10, 2012, p. 3.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

La moltitudine degli schemi di intelligibilità, infatti, è una caratteristica che, come è stato constatato, si lega indissolubilmente all’epistemologia delle scienze sociali, qualunque esse siano. Avendo come oggetto di studio la realtà nella sua concretezza, nel suo articolarsi in interessi ora interrelati e ora contrastanti, le scienze sociali non sono passibili di essere concettualizzate attraverso quelle stesse formalizzazioni matematiche che, invece, fanno buon gioco alle scienze naturali. Anche il diritto, perciò, essendo la sua più intima e sincera funzione quella di regolare il vivere sociale, non può rifuggire da questo pluralismo metodologico, il quale pertanto non va fatto discendere dalla presunta “immaturità” della scienza, trattandosi piuttosto di una questione «of diversity of objects, of complexity, of natural (as opposed to mathematical) language and of impossibility of separation between intellectus et res (humans studyng humans)»²¹.

Muovendosi proprio nel campo delle scienze sociali (seppur qualcuno abbia ritenuto di poter estendere la validità di tale costruzione teorica anche a quelle naturali), Jean-Michel Berthelot ha individuato sei schemi di intelligibilità²², a loro volta riconducibili a una dicotomia, vale a dire a due partizioni – l’olismo e l’individualismo – che rappresentano una delle fondamentali opposizioni ontologiche ed epistemologiche esistenti. E così, secondo questa costruzione, lo schema funzionale, quello dialettico e quello strutturale apparterrebbero alla categoria dell’olismo, in quanto si concentrano sulla totalità del sistema che prendono in considerazione, ritenendo che i vari elementi che lo costituiscono non possano essere compresi se considerati isolatamente; al contrario, gli schemi causale, azionale ed ermeneutico vengono ricondotti alla categoria dell’individualismo,

²¹ SAMUEL, Geoffrey. *Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences*. p. 58.

²² Questi sono: «the causal scheme (if x, then y or $y = f(x)$); the functional scheme ($S \rightarrow X \rightarrow S$, where one phenomenon X is analysed from the position of its function – $X \rightarrow S$ – in a given system); the structural scheme (where X results from a system founded, like language, on disjunctive rules, A or not A); the hermeneutical scheme (where X is the symptom, the expression of an underlying signification to be discovered through interpretation); the actional scheme (where X is the outcome, within a given space, of intentional actions); finally, the dialectical scheme (where X is the necessary outcome of the development of internal contradictions within a system)». Così in BERTHELOT, Jean-Michel. *Programmes, paradigmes, disciplines: pluralité et unité des sciences sociales*. In BERTHELOT, Jean-Michel (a cura di). *Epistémologie des sciences sociales*. Parigi: Presses Universitaires de France, 2001, p. 457 s., p. 484. Nel tentativo di cogliere la rilevanza di questa partizione rispetto alla scienza giuridica, Geoffrey Samuel – riportando a sua volta il ragionamento di Michel Villey – evidenzia come una educazione di stampo nominalista-individualista abbia prodotto l’esito di restringere il catalogo di valori generalmente accettati a quelli inerenti all’interesse degli individui. Lo stesso Autore rileva che, «at a lower level of abstraction, the dichotomy between a whole and its parts can be found as a technique in legal reasoning and in legal conceptualization. [...] In one famous English case involving the interpretation of a will the difference between the majority decision, as represented in the judgement of Russel LJ, and Lord Denning’s dissenting opinion, is to be found in the dichotomy between a universalist and nominalist view of facts. Lord Denning considered that when a small ship sank taking with it the two testators the deaths were “simultaneous”; however Russel LJ viewed the facts as a series of individualized events pointing out that when a disaster occurred at sea people could die at different times trough different causative events». Così in SAMUEL, Geoffrey. *Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences*. p. 60.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

giacché assumono come oggetto di attenzione i singoli elementi, gli “atomi” insomma, in cui si articola il contesto sociale complessivo.

A tale proposito, Zweigert e Kötz hanno asserito, ad esempio, che «the basic methodological principle of all comparative law is that of functionality»²³. Gli Autori in questione – presumibilmente animati dalla (condivisibile) volontà di promuovere una comparazione che si occupi di indagare i fatti che, concretamente, si celano dietro alle definizioni giuridiche e che non si limiti, dunque, a comparare concetti e regole slegati da quella necessaria contestualizzazione fattuale – hanno, così, statuito in maniera categorica la prevalenza dell’approccio funzionale²⁴ negli studi di diritto comparato, trascurando di considerare che quello funzionale, in fondo, è soltanto uno dei possibili metodi applicabili a quegli stessi studi. I limiti connaturati ad una impostazione che concepisce il funzionalismo come l’unico metodo proficuamente utilizzabile per le ricerche giuscomparatistiche sono stati palesati da Pierre Legrand che, riferendosi sempre alla comparazione giuridica, ha sostenuto che la stessa debba identificarsi sostanzialmente in un esercizio ermeneutico²⁵. Quello che, secondo Legrand, il comparatista ha il compito di fare è scavare sotto la superficialità rappresentata dalle regole – mera apparenza, per l’appunto, superficiale del diritto – al fine di scoprire la mentalità culturale che quelle a quelle stesse regole è sottesa: «it is not the rule itself that should be the focus of comparison but what the rule signifies in terms of the political, social, economic and ideological context from which it has emerged»²⁶. I problemi che, da questo punto di vista, affetterebbero il funzionalismo sarebbero anzitutto riconducibili al fatto che questo approccio assume come dato inconfutabile quello per cui tra sistemi giuridici diversi esista una comune concezione epistemologica di cosa sia il diritto, di cosa sia “giuridico” e cosa non lo sia; in secondo luogo, il metodo funzionale sembrerebbe sottovalutare i fatti di per sé considerati, nella misura in cui non si interroga sulla ambiguità che, palesemente, li caratterizza, giacché non esistono fatti che

²³ ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. An introduction to Comparative Law. Oxford: OUP, 1998, p. 34.

²⁴ «In comparative legal studies, a functional approach focuses not on rules but on their effects, not on doctrinal structures and arguments, but on events and as a consequence, its objects are often judicial decisions as responses to real life situations, and legal systems are compared by considering their various judicial responses to similar situations». Così in SAMUEL, Geoffrey. An Introduction to Comparative Law Theory and Method.

²⁵ LEGRAND, Pierre. Le droit compare. Parigi: Presses Universitaires de France, 1999, p. 30 s.

²⁶ SAMUEL, Geoffrey. Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. p. 61.

sono evidenti in se stessi e che esistono a prescindere dal contesto culturale e di pensiero nel cui ambito vengono a verificarsi²⁷.

Stando alle spiegazioni offerteci da Berthelot, lo schema ermeneutico si differenzierebbe da quello funzionale perché, al contrario di quest’ultimo, quello presuppone (ed implica allo stesso tempo) una relazione di tipo verticale tra l’elemento A, vale a dire *the signified* (ciò che viene espresso), e l’elemento B, *the signifier* (ciò che è)²⁸. In questo senso, sarebbero le regole giuridiche a identificarsi con l’elemento B, mentre l’elemento A esprimerebbe la mentalità culturale sottesa a quelle stesse regole. La “mentalità”, come ha scritto Legrand, è un questione di strutture cognitive e «the essential key for an appreciation of a legal culture lies in an unravelling of the cognitive structure that characterises that culture»²⁹. L’approccio verticale consentirebbe al comparatista di scavare dentro ad ogni *legal culture* con l’obiettivo di disvelare il substrato epistemologico sul quale si fondano le strutture cognitive proprie di ognuna di esse. Lo schema funzionale, invece, implicherebbe una relazione circolare tra gli elementi A e B, ove per A si intende uno specifico istituto giuridico la cui “funzione” viene misurata non in relazione a quella assolta dall’istituto B, bensì avendo riguardo della funzione che quell’istituto assolve nel sistema inteso nel suo complesso. Legando, così, l’approccio funzionale ad un esito di inevitabile superficialità degli studi comparatistici, Legrand ha, perciò, ritenuto che soltanto un approccio verticale possa aiutare il comparatista a comprendere quali sono le strutture più profonde di una determinata cultura giuridica, consentendogli, proprio a partire da lì, di risalire in superficie e di spiegare le differenze prettamente normative esistenti tra i vari sistemi.

4. La diversità delle posizioni teorico-dottrinali sino ad ora sinteticamente riportate dà luogo a un dibattito che non vede come suo scopo quello di giustificare la superiorità di un approccio rispetto

²⁷ ASTOLFI, Jean-Pierre. DEVELAY, Michel. *La didactique des sciences*. Parigi: Presses Universitaires de France, 1996, p. 25.

²⁸ «The hermeneutical scheme [...] [is] a very ancient scheme of intelligibility, probably one of the first developed by humanity in its attempt to explain reality. It consists of developing systematically a vertical logic of the beyond of appearance or surface of things: B is not only B. [...] B is simultaneously something else, a force, a spirit, a power which is recognizable by this form. In this case however B and A combine in an animistic ontology where B is both A and B. [...] Used in science, the hermeneutical scheme does not go in for such pre-scientific thinking. It involves B being seen only as a sign, and thus divided into a signifier (what it is) and a signified (what it expresses) [...]». Così in BERTHELOT, Jean-Michel. *L’intelligence du social*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990, pp. 72-73.

²⁹ LEGRAND, Pierre. *European Legal Systems are not Converging*. p. 60.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

a un altro, bensì, al contrario, quello di esprimere la necessità di considerare l’esistenza di schemi di conoscenza alternativi. In sostanza, «this idea of an “alternative” is in itself epistemologically important»³⁰. Nelle scienze sociali, affermare in termini assoluti che un paradigma, o uno schema di intelligibilità, sia migliore rispetto ad un altro è, in effetti, impossibile: i giuristi, come tutti gli scienziati sociali, non lavorano direttamente sulla realtà, ma sui modelli razionalizzati che di quella realtà vengono da essi medesimi costruiti e che, in tal modo, divengono l’unico vero oggetto di studio della scienza giuridica. Come è stato osservato,

science does not take as its object actual facts but facts which have been schematized, that is to say completely determined within a system or network of concepts. These virtual facts are different from actual facts because they are idealised; that is to say that their connection with actual reality is not complete because they are deliberately “simplified” by the process of schematisation itself. Thus the object of science cannot ever retain the full richness of the empirical object as conceived directly by the mind³¹.

Gli oggetti della scienza, insomma, sono sempre degli oggetti astratti, che si legano alla realtà fenomenica più o meno intensamente, ma pur sempre indirettamente. D’altronde, la scienza consiste proprio nella costruzione di schemi e di modelli, finalizzati ad “accogliere” i fenomeni empirici e a favorirne, in tal modo, la comprensione.

Queste considerazioni ci conducono, così, a condividere il pensiero di Feyerabend, secondo il quale un ricercatore che intenda valorizzare i contenuti empirici della propria osservazione e che voglia riuscire a comprenderli nella maniera più chiara possibile, deve adottare una metodologia pluralistica³². Questa esigenza si pone con ancora maggior forza in un’epoca, come quella contemporanea, caratterizzata dalla presenza di differenti e variegata forme di pluralismo, un pluralismo dal quale, come è noto, neanche il diritto si sottrae. Come è stato constatato, tutti i

³⁰ SAMUEL, Geoffrey. Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. p. 75.

³¹ SAMUEL, Geoffrey. Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. p. 45.

³² FEYERABEND, Paul Karl. Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge. London: Verso Edition, 1978.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

sistemi giuridici – e non soltanto quelli occidentali – sono plurali, e questo aspetto implica la necessità di considerare il pluralismo giuridico³³ come un fenomeno globale³⁴.

Da tali considerazioni :

discende che l’approccio del comparatista alla conoscenza non è poi così diverso da quello degli altri scienziati sociali, ancorché il suo metodo di indagine, il metodo giuridico, lo porti poi a distanziarsi dai secondi. Già i comparatisti ricorrono ampiamente ai dati storico-sociali per meglio contestualizzare il *milieu* dove operano gli istituti stranieri indagati; nulla osta alla condivisione della medesima modellistica, dalla quale parimenti ricavare spiegazioni predittive. Solo che per i giuristi la predittività assume la particolare veste dell’osservazione dei formanti giuridici, caricati di valenza prescrittiva (dal punto di vista formale e non necessariamente sostanziale). E se possono condividere dati e modelli, non si vede perché non potrebbero condividere anche alcuni fondamenti epistemologici e metodologici³⁵.

5. C’è un ulteriore aspetto, infine, sul quale – nell’ambito di tale spazio introduttivo – pare opportuno riflettere, in quanto capace di assegnare un carattere insopprimibile e peculiare al fenomeno giuridico; un aspetto che, da un lato, contribuisce a convalidare la qualificazione del diritto come prodotto culturale ma che, dall’altro, segna anche una irriducibile distanza del diritto stesso rispetto a ogni altro campo della cultura. Nel dar conto degli apporti più originali e interessanti realizzati dalla pratica, negli ultimi tempi piuttosto diffusa, consistente nell’associare il diritto alla critica letteraria e agli studi culturali, Marini ha sottolineato che

[...] come tutti i testi letterari, anche quelli giuridici seguono dei generi, rispondono cioè ad un canone che regola la produzione del significato. Questo prodotto opera in un campo culturale dato, un campo che consente di individuare le possibilità estetiche (schemi organizzativi, vocabolario concettuale, modelli di ragionamento e tecniche argomentative) che sono concesse all’autore, in un dato momento

³³ Com’è noto, per pluralismo giuridico si intende la compresenza, nella sfera sociale, di una pluralità di centri di produzione del diritto. A tal proposito si vedano, tra gli altri, SACCO, Rodolfo. *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2007; GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 24, 1986, p. 1 s.; FACCHI, Alessandra. Prospettive attuali del pluralismo normativo. *Jura Gentium*, 1, 2005. «The traditional concept of legal pluralism, developed in legal anthropology and sociology to analyze overlapping normative orders within societies, became popular in the 1970s and 1980s. Definitions of legal pluralism abound but diverge [...]. However, there is a wide consensus that legal pluralism describes a situation in which two or more laws (or legal systems) coexist in (or are obeyed by) one social field (or a population or an individual). In this way, legal pluralism challenges a perceived monopoly of the state in making and administering law». Così in MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. *Annual Review of Law and Social Science*, 5, 2009, p. 243 s., p. 245.

³⁴ SCARCIGLIA, Roberto. Comparative Methodology and Pluralism in Legal Comparison in a Global Age. p. 45. «The irreducible plurality of legal orders in the world, the coexistence of domestic state law with other legal orders, the absence of a hierarchically superior position transcending the differences, all of these topics of legal pluralism reappear on the global sphere». Così in MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. *Annual Review of Law and Social Science*. p. 243.

³⁵ BALDIN, Serena. Riflessioni sull’uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà. pp. 7-8.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

storico e geografico, per la produzione di tali artefatti culturali e che servono a legittimare il suo operato, ma anche a delimitare il suo campo d'azione. [...] l'autore [inoltre], come spesso accade in ogni campo culturale, attraverso le sue opere può perseguire obiettivi strategici. I suoi prodotti non sono soltanto il semplice riflesso di un più ampio contesto storico-culturale, ma costituiscono una vera e propria riappropriazione del complesso degli elementi che lo costituiscono per reinventarlo legittimando canoni diversi, talvolta in antagonismo con altre ricostruzioni. È importante allora capire le ragioni per le quali i vari testi vengono assemblati in un determinato modo, il progetto culturale che l'autore persegue ed i suoi risultati³⁶.

Quando si parla di diritto, insomma, qualunque convinzione o pretesa di neutralità si rivela inevitabilmente illusoria. L'assoluta carenza di oggettività delle rappresentazioni giuridiche, però, si trova a convivere con un altro carattere che, allo stesso modo e con la stessa intensità del primo, ne identifica la natura, e che va rinvenuto nella loro capacità di plasmare lo scenario che intendono raccontare: nessun tipo di rappresentazione giuridica si limita semplicemente a spiegare e a descrivere una (pur sempre) particolare concezione della realtà, essendo invece capace di dispiegare ulteriori conseguenze a loro volta performative di quella realtà medesima. Il diritto, insomma, si avvale di narrative che mostrano di esercitare una dirompente forza prescrittiva, che va ben al di là della semplice prospettazione di una certa visione del mondo. Come è stato finemente osservato, «una volta compreso nel contesto delle narrazioni che gli attribuiscono significato, il diritto diviene non solo un sistema di regole da osservare, ma un mondo nel quale viviamo»³⁷.

In effetti, e al di là dei tentativi di rappresentare il fenomeno giuridico secondo schemi che siano il più possibile obiettivi e precisi, non può andare sottaciuto il fatto che, proprio attraverso la sua attività, il giurista contribuisce a determinare lo stesso funzionamento e la stessa consistenza di quanto costituisce oggetto del suo studio, leggendolo in funzione dei suoi propri discorsi esplicativi, persuasivi e interpretativi³⁸.

³⁶ MARINI, Giovanni. Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione. *Pòlemos*, 1/2010, p. 31 s., pp. 37-38.

³⁷ COVER, Robert. Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto. Traduzione di GOLDONI, Marco. Torino: Giappichelli, 2008, p. 18. «La storia e la letteratura non possono sfuggire alla loro collocazione in un universo normativo, né può la norma, anche quando incorporata in un testo giuridico, sottrarsi alla sua origine (e al suo fine) nell'esperienza, o, in altri termini, alle narrazioni che sono proiettate sulla realtà materiale dalle nostre visioni».

³⁸ AJANI, Gianmaria. PASA, Barbara. Diritto comparato. Casi e materiali. Torino: Giappichelli, 2013.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Questo carattere traspare in tutta la sua evidenza e con tutta la sua forza dalla pratica della comparazione:

Il diritto comparato produce visioni del mondo ed in base ad esse cataloga i suoi prodotti; nel tracciare il solco fra tradizionale e moderno, esotico e normale, arretrato e sviluppato, il diritto comparato contribuisce anche a suggerire la direzione che deve prendere l’imitazione dei modelli. Ciò riporta l’attenzione sul ruolo dell’interprete e sulla sua capacità di definire e fondare (in modo consapevole o inconsapevole) l’identità e la differenza, attraverso processi selettivi che tendono all’isolamento (esoticizzazione) o all’omologazione (normalizzazione) a seconda degli elementi che considera rilevanti o meno per il modello³⁹.

Attraverso la narrativa di cui si avvale, la comparazione, come è stato detto⁴⁰, produce dei dispositivi concettuali che non restano mai semplicemente tali, ma che – quale portato diretto del potere ordinante e conformante proprio di quella medesima narrativa – si risolvono a loro volta in schematizzazioni che sono dense di significato e di risvolti pratici, in rappresentazioni che danno corpo a discorsi di legittimazione (e, specularmente, di de-legittimazione) del potere politico e che dunque consacrano, in ultima istanza, delle forme determinate di controllo sociale.

In tal senso, nella sua capacità di assegnare l’identità e di segnare la differenza, di definire cosa è il canone e cos’altro è l’eccezione, è evidente come la comparazione giuridica dimostri di essere una potente arma al servizio della geopolitica del diritto⁴¹. Lungi dal poter produrre mappature del mondo fatte per essere puramente descrittive, ovvero dal poter elaborare rappresentazioni delle identità e delle diversità culturali, o dei processi di importazione ed esportazione dei modelli che siano propriamente neutrali, la scienza comparatistica si rivela, invece, patentemente incline a essere utilizzata in modo ideologico, idealizzante, strumentale al perseguimento e alla legittimazione di progettualità predeterminate⁴².

³⁹ AJANI, Gianmaria. PASA, Barbara. Diritto comparato. Casi e materiali. Torino: Giappichelli, 2013. p. 51.

⁴⁰ COSTANTINI, Cristina. Comparazione giuridica e Geopolitica critica. Per una contronarrativa sulle tradizioni. in **Cardozo Electronic Law Bulletin**, vol. 17, n. 3, 2011, p. 1 s. Secondo l’Autrice, «la comparazione produce proprio ciò che la ricerca letteraria definisce in termini di plot, ossia come sintassi di un certo modo di esprimere la nostra comprensione del mondo attraverso l’organizzazione, la connessione, l’articolazione di elementi discreti, l’attribuzione intenzionale ad essi di un significato avente rilevanza collettiva, o meglio politica». COSTANTINI, Cristina. Comparazione giuridica e Geopolitica critica. Per una contronarrativa sulle tradizioni. pp. 2-3.

⁴¹ MONATERI, Pier Giuseppe. Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici. Bari: Laterza, 2013. COSTANTINI, Cristina. Comparazione giuridica e Geopolitica critica. Per una contronarrativa sulle tradizioni.

⁴² COSTANTINI, Cristina. L’anima apologetica della comparazione e la “geopolitica” del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 2005, vol. 1, p. 183 s. «Il prestigio rivendicato ad un dato modello è difficilmente una dote intrinseca, un a-priori connaturale e coesenziale al medesimo, ma è molto più spesso il derivato

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

D'altra parte:

Se si studiasse attentamente ciò che è successo nel mondo da quando gli uomini serbano il ricordo degli avvenimenti, si scoprirebbe senza fatica che, in tutti i paesi civili, a fianco a un despota che comanda, si trova quasi sempre un giurista che legalizza e dà sistema alle volontà arbitrarie e incoerenti del primo [...]. Gli uni forniscono la forza; gli altri, il diritto. Quelli si conducono al potere sovrano attraverso l'arbitrio; questi attraverso la legalità. Dove queste due forze si incrociano, si stabilisce un dispotismo che lascia appena respirare l'umanità⁴³.

REFERENZE DELLE FONTI CITATE

- AJANI, Gianmaria. PASA, Barbara. Diritto comparato. Casi e materiali. Torino: Giappichelli, 2013.
- ANTONIOLLI, Luisa. L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello: il diritto comparato. In BARSOTTI, Vittoria (a cura di). **L'identità delle scienze giuridiche in ordinamenti multilivello**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2014, p. 9 s.
- ASTOLFI, Jean-Pierre. DEVELAY, Michel. La didactique des sciences. Parigi: Presses Universitaires de France, 1996.
- BALDIN, Serena. The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective. **Poliarchie**, 5/2015.
- BALDIN, Serena. Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà. **Revista General de Derecho Publico Comparado**, 10, 2012.
- BERTHELOT, Jean-Michel. L'intelligence du social. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.
- BRAUDEL, Fernand. Scritti sulla storia. Milano: Mondadori, 1973.
- COSTANTINI, Cristina. Comparazione giuridica e Geopolitica critica. Per una contronarrativa sulle tradizioni. in **Cardozo Electronic Law Bulletin**, vol. 17, n. 3, 2011, p. 1 s.
- COSTANTINI, Cristina. L'anima apologetica della comparazione e la “geopolitica” del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale. **Rivista Critica del Diritto Privato**, 2005, vol. 1, p. 183 s.
- COVER, Robert. Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto. Traduzione di GOLDONI, Marco. Torino: Giappichelli, 2008.

logico di quella “migliore” mappatura del mondo che si sia preteso sponsorizzare. La lente prismatica della comparazione ricomponi i dati in nuovo scenario: scomponi la struttura e proietta l'ideologia. Come dire: esiste una “geopolitica” figlia della comparazione. In quest'ottica si spiegano i primati prima rivendicati e le superiorità dichiarate». COSTANTINI, Cristina. L'anima apologetica della comparazione e la “geopolitica” del diritto. Riflessioni in margine alla fondazione della Tradizione Giuridica Occidentale. p. 8.

⁴³ DE TOCQUEVILLE, Alexis. L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789. In MATTEUCCI, Nicola (a cura di). **Scritti politici**, Vol. 1. Torino: UTET, 1969, p. 191 s., p. 218.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

- DE TOCQUEVILLE, Alexis. L'assetto sociale e politico della Francia prima e dopo il 1789. In MATTEUCCI, Nicola (a cura di). **Scritti politici**, Vol. 1. Torino: UTET, 1969, p. 191 s.
- FACCHI, Alessandra. Prospettive attuali del pluralismo normativo. **Jura Gentium**, 1, 2005.
- FEYERABEND, Paul Karl. *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*. London: Verso Edition, 1978.
- GERBER, David J. Method, Community and Comparative Law: An Encounter with Complexity Science. **Roger Williams University Law Review**, 16, 2011, p. 110 s.
- GLENN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? **Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law**, 24, 1986, p. 1 s.
- LEGRAND, Pierre. *Le droit compare*. Parigi: Presses Universitaires de France, 1999, p. 30
- LEGRAND, Pierre. European Legal Systems are not Converging. **Int. Comp. Law Q.**, vol. 45, n. 1, 1996, p. 59 s.
- LEGRAND, Pierre. How to Compare Now? **Legal Studies**, vol. 16, n. 2, 1996, p. 232 s.
- MARINI, Giovanni. Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione. **Pòlemos**, 1/2010, p. 31 s.
- MATTEI, Ugo. MONATERI, Pier Giuseppe. *Introduzione breve al diritto comparato*. Padova: CEDAM, 1997.
- MICHAELS, Ralf. Global Legal Pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, 5, 2009, p. 243 s.
- MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In ZIMMERMANN, Reinhard. REIMANN, Mathias (a cura di). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 339 s.
- MONATERI, Pier Giuseppe. *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*. Bari: Laterza, 2013.
- PFERSMANN, Otto. Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. **Rev. int. dr. comp.**, 2, 2001, p. 275 s.
- RICHARD, Pascal. *Le jeu de la différence. «Reflexiones sur l'épistémologie du droit comparé»*. Québec: PUL, 2007.
- SACCO, Rodolfo. ROSSI, Piercarlo. *Introduzione al diritto comparato*. Torino: UTET, 1992.
- SAMUEL, Geoffrey. *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*. Oxford: Hart Publishing, 2014.
- SAMUEL, Geoffrey. Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. In VAN HOECHE, Mark (a cura di). **Epistemology and Methodology of Comparative Law**. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 35 s.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

SCARCIGLIA, Roberto. Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?
DPCE, IV, 2015, p. 1011 s.

SCARCIGLIA, Roberto. Comparative Methodology and Pluralism in Legal Comparison in a Global Age.
Beijing Law Review, 2015, 6, p. 42 s.

VAN HOECHE, Mark. Deep Level Comparative Law, in VAN HOECHE, Mark (a cura di), **Epistemology
and Methodology of Comparative Law**. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 165 s.

ZWEIGERT, Konrad. KÖTZ, Hein. An introduction to Comparative Law. Oxford: OUP, 1998.

PROSPECTIVE OVERRULING TRA COMMON LAW E CIVIL LAW

Federico Pani¹

INTRODUZIONE

Il *prospective overruling* rappresenta una tecnica di regolazione degli effetti temporali del mutamento di precedente applicata e studiata negli ordinamenti di *common law* – e in particolare negli Stati Uniti d’America – da ormai quasi un secolo. Il presente contributo, più che soffermarsi sui pregi e difetti che l’applicazione di questa tecnica comporta, intende mettere in un luce come essa, pur essendo strutturalmente connessa a un ordinamento giuridico che conosce la regola dello *stare decisis*, abbia di recente trovato applicazione anche in ordinamenti come quello francese e italiano che, notoriamente, non attribuiscono alcuna valenza vincolante al precedente giudiziario.

Si tratta di un fenomeno di imitazione interessante almeno sotto un duplice profilo. Anzitutto, occorre domandarci per quale ragione la giurisprudenza di Paesi di tradizione romanistica abbia avvertito il bisogno di fare applicazione di una tecnica simile. Ma soprattutto, da un punto di vista più generale, è bene soffermarsi sui riflessi sistemici che tale applicazione può determinare sul piano delle fonti del diritto.

1 IL PROSPECTIVE OVERRULING: INQUADRAMENTO

Come noto, secondo la visione tradizionale della scienza comparatistica, gli ordinamenti della famiglia di *common law* si caratterizzano rispetto a quelli di *civil law* principalmente per la presenza della regola dello *stare decisis*². Tale regola fa sì che gran parte del diritto applicato nelle Corti sia

¹ Università degli Studi di Perugia, Perugia (Italia), Ph.D. student in Scienze Giuridiche, federico.pani@studenti.unipg.it.

² Per il vero già da qualche decennio la dottrina comparatistica evidenzia che nelle due famiglie giuridiche l’utilizzo del precedente sia più simile di quanto non possa apparire a prima vista. Tra i primi a evidenziare l’importante ruolo assunto dal precedente nei paesi europeo-continentali è stato uno dei padri della scienza comparatistica, vale a dire David, nella sua primissima edizione della sua opera più nota: cfr. DAVID, René. *I grandi sistemi giuridici contemporanei*. Padova: CEDAM, 1967, p. 113 ss.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

prodotto dalle Corti medesime, ed è rappresentato da una serie di precedenti giurisdizionali contenenti la *ratio decidendi* risolutiva di un caso specifico³. Il precedente giurisdizionale, in questo tipo di ordinamenti, è vincolante in direzione verticale, nel senso che le Corti inferiori sono tenute ad applicare il precedente formulato dalla Corte sovraordinata. Non esiste – o non esiste più –, invece, un vincolo di tipo orizzontale⁴, di talché la singola Corte è abilitata a modificare un proprio precedente qualora lo ritenga opportuno: in ciò risiede l'*overruling*.

In base alla dottrina tradizionale del precedente (c.d. teoria dichiarativa), il cui padre nobile è Sir Blackstone, qualora si verifichi un *overruling* la nuova *ratio decidendi* troverà applicazione tanto per i casi futuri quanto per quelli passati. L'applicazione retroattiva della nuova regola di diritto non presenterebbe affatto criticità, giacché secondo questa impostazione i giudici – differentemente dal legislatore – non creerebbero diritto, ma si limiterebbero a trovarlo negli usi e costumi. Detto altrimenti, l'*overruling* non farebbe propria una nuova sensibilità che si sostituisce ad una precedente, bensì darebbe voce alla regola di diritto da sempre esistita, che il precedente *overruled* non avrebbe saputo cogliere, rivelandosi in definitiva errato.

Oggi la teoria dichiarativa non gode più di molti sostenitori⁵. Il carattere creativo dell'attività giudiziaria è stato viepiù posto in luce dalle correnti sociologica⁶ e realista⁷, le quali si sono

³ Per un'accurata descrizione del sistema del precedente in Inghilterra si vedano, almeno, ALLEN, Carleton Kemp. *Law in The Making*. Oxford: Oxford University Press, 1958; CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. Oxford: Oxford University Press, 1968 ; DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

⁴ Limitandoci qui ad osservare le due principali esperienze di *common law*, vale a dire quella britannica e quella statunitense, può constatarsi che questi due ordinamenti hanno conosciuto forme di vincolo orizzontale decisamente diverse. Negli Stati Uniti, infatti, soprattutto in ragione della sua struttura federale e dell'esistenza in capo alla *Supreme Court* del potere di *judicial review*, non è mai esistito un vincolo orizzontale al precedente. Viceversa, la *House of Lords* inglese ha conosciuto un rigido vincolo orizzontale almeno dal 1898 (caso *London Street Tramways Co. Ltd v. London County Council*), fino a che, però, con il famoso *Practice Statement* del 1966, l'Alta camera inglese – oggi sostituita dalla *U.K. Supreme Court* nella sua funzione giurisdizionale – tornò ad attribuirsi il potere di *overruling*. Per quanto riguarda l'esperienza britannica si rinvia ai testi citati *supra*. Circa, invece, l'esperienza statunitense, cfr. FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the Legal System of the United States*. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁵ Emblematiche le parole di Lord Lloyd nel caso *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council* del 1999, citato in WILSON, Steve – RUTHERFORD, Helen – STOREY, Tony – WORTLEY, Natalie. *English Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 139: “*nobody now suggests that the common law is static. It is capable of adapting itself to new circumstances. Is it then capable of being changed? Or is it only capable of being developed? The common-sense answer is that the common law is capable of being changed, not only by legislation, but also by judicial decision*”.

⁶ Padre indiscusso della giurisprudenza sociologica americana è stato POUND, Roscoe, di cui si vedano almeno *Mechanical Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, 8, 1908, p. 605 ss. e *Theory of Judicial Decision*, in *Harvard Law Review*, 6, 1923, p. 940 ss. Notevoli gli influssi del pensiero di Pound in CARDOZO, Benjamin. *The Nature of The Judicial Process*. Yale: Yale University Press, 1921, p. 102 ss.

⁷ I maggiori esponenti del realismo americano sono stati Jerome Frank (di cui si veda FRANK, Jerome., *Law and the Modern Mind*. New

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

fortemente radicate negli Stati Uniti⁸. Non deve quindi sorprendere il fatto che proprio negli USA abbiano preso forma tecniche di applicazione del precedente assai stridenti rispetto all'impostazione tradizionale: una di esse è, appunto, quella del *prospective overruling*⁹.

Tale tecnica ha un padre ben riconoscibile: Benjamin Cardozo. Egli, infatti, già in *The Nature of the Judicial Process* (1921) assimilò la produzione legislativa a quella giudiziale, giudicando quindi irragionevole che nel primo caso la regola fosse quella della irretroattività mentre nel secondo caso quella esattamente opposta¹⁰. In qualità di giudice della Corte Suprema federale, invece, nel 1932 scrisse la sentenza del caso *Great Northern Railway Co. v Sunburst Oil & Refining Co.*, con cui per la prima volta venne riconosciuta la legittimità del mutamento giurisprudenziale non retroattivo.

In estrema sintesi, può dirsi che il *prospective overruling* consiste nel far decorrere gli effetti di un mutamento di precedente dal momento dell'*overruling* stesso, allo scopo di salvaguardare in alcune

York: Anchor Books, 1930, in particolare p. 148 ss.) e Karl Llewellyn (autore, secondo molti, dell'opera più importante del realismo americano, vale a dire LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition: deciding appeals*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1960). In questa sede non possiamo ripercorrere il pensiero di questi autori. Basti dire, per sommi capi, che così come nell'Europa continentale si sviluppò una poliedrica corrente anti-formalista, volta a criticare in radice il legalismo e il meccanicismo interpretativo, allo stesso modo negli Stati Uniti venne presa di mira la tradizionale (e formalista) dottrina del precedente. Venne giudicata illusoria l'idea che i precedenti vincolassero effettivamente i giudici successivi, evidenziando l'esistenza di molteplici tecniche delle quali i giudici possono avvalersi per oltrepassare, a proprio piacimento, le *rationes decidendi* pregresse. Notevoli, non certo a caso, i punti di contatto tra il pensiero di questi autori e quello dei realisti scandinavi, in testa Alf Ross. Comune alla corrente realista nel suo complesso, infatti, è l'idea che il diritto si sostanzia nel diritto per come applicato dai giudici, e che l'autorità delle fonti (siano esse la legge positiva o la regola del precedente) vengano usati strumentalmente per giustificare *ex post* una decisione già assunta dal giudice. Per un maggiore approfondimento del rapporto tra realismo americano e *stare decisis* si rinvia a MATTEI, Ugo. *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 248 ss.

⁸ Si tenga tuttavia conto del fatto che, seppure la dottrina classica inglese avversi il *prospective overruling* (cfr., per tutti, LORD DEVLIN. *Judges and Lawmakers*, in *Modern Law Review*, 39, 1976, p. 1 ss.), altra parte della dottrina ha aperto alla possibilità di introdurre tale tecnica anche nel Paese di Sua Maestà: cfr. TRAYNOR, J. Roger. *Quo Vadis, Prospective Overruling: a Question of Judicial Responsibility*, in *Hasting Law Journal*, 28, 1976-1977, p. 567 e, soprattutto, NICOL, A.G.L. *Prospective Overruling: a New Device for English Courts?*, in *Modern Law Review*, 39, 1976, p. 556 ss., il quale si interroga anche sulle modalità attraverso le quali una tecnica consimile dovrebbe essere introdotta. Egli sarebbe favorevole a un intervento legislativo in questa direzione, perché disattiverebbe sul nascere qualsiasi obiezione circa la lesione della separazione dei poteri. Non esclude, tuttavia, che sia la stessa *House of Lords* (oggi *Supreme Court*) a introdurre la tecnica: così come essa ha modulato la vincolatività orizzontale del precedente, infatti, potrebbe anche modulare l'efficacia nel tempo del precedente.

In effetti, la questione recentemente è approdata dinanzi alla *House of Lords*. Nonostante l'opinione favorevole di Lord Nicholls, la maggioranza della Corte inglese, nella sentenza sul caso *Re Spectrum Plus Ltd (in liquidation)* del 2005, ha sbaratto la porta al *prospective overruling*, proprio in base all'argomento che una tecnica consimile darebbe ai giudici un potere incompatibile con il quadro costituzionale inglese.

⁹ Sul legame tra la corrente realista e lo sviluppo della tecnica del *prospective overruling* si veda LEVY, Beryl Harold. *Realist Jurisprudence and Prospective Overruling*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 109, 1960, p. 1 ss. Per un recente e approfondito contributo su questa tecnica, cfr. WISTRICH, J. Andrew. *The Evolving Temporality of Lawmaking*, in *Connecticut Law Review*, 44, 2012, p. 737 ss.

¹⁰ CARDOZO, Benjamin. *The Nature of The Judicial Process*. p. 147 s.

materie ritenute maggiormente sensibili¹¹ l’affidamento riposto dai consociati nella *regula iuris* precedentemente applicata dalle Corti e improvvisamente sovvertita.

Nel corso del tempo questa tecnica ha trovato applicazione con diverse varianti, sostanzialmente emerse nella pratica giurisprudenziale per rispondere alle varie critiche mosse contro il *pure prospective overruling*¹². In questa sede non ci si può soffermare su tali aspetti. E’ tuttavia opportuno segnalare che è forse anche a causa di siffatti rilievi critici che oggi, negli USA, l’applicazione del *prospective overruling* ha subito un rallentamento, se non addirittura un brusco arresto¹³.

2 LE APPLICAZIONI DEL PROSPECTIVE OVERRULING NEGLI ORDINAMENTI DI CIVIL LAW

Fino alla fine del secolo scorso, la dottrina dei Paesi di tradizione romanistica si era occupata del *prospective overruling* soltanto nell’ambito degli studi comparatistici¹⁴, guardando ad esso come uno strumento tipico del diritto nord americano e, quindi, assai distante dalla realtà giuridica della famiglia di *civil law*. Le cose sono però cambiate nell’arco degli ultimi quindici anni, a causa dell’iniziativa assunta, quasi sinergicamente, dalle Corti Supreme di due dei principali Paesi di tradizione romanistica.

Una forma di applicazione del *prospective overruling* in ambito processuale vi è stata, anzitutto, ad opera della *Cour de cassation* francese. La prima pronuncia significativa in questo senso risale al 2004¹⁵. Il *revirement* problematico concerneva una ricollocazione del momento di inizio della decorrenza di un termine prescrizione, che era stato sostanzialmente spostato all’indietro, con

¹¹ Punto di riferimento, a tal proposito, è la decisione della Corte Suprema sul caso *Chevron Oil Co. v Huson* del 1971, la quale ha formulato una sorta di test cui i giudici dovrebbero attenersi per valutare se applicare o meno la tecnica del *prospective overruling*. Cfr., sul punto, KAY, S. Richard. *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, p. 42.

¹² Per una disamina, anche critica, di tali varianti si rinvia a EISENBERG, Malvin Haron. *The Nature of the Common Law*. Harvard: Harvard University Press, 1988, p. 127 s.

¹³ KAY, S. Richard. *Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law*. p. 45 ss. Negli altri Paesi di *common law*, invece, non ha trovato applicazione: per una panoramica sul punto VIGLIONE, Filippo. *L’overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in *Politica del diritto*, 4, 2014, p. 672 ss.

¹⁴ LUPOI, Maurizio. *Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1969, p. 724; MANDELLI, Riccardo. *Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America*, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, p. 671 ss.

¹⁵ *Cour de cassation*, 2 Civ., 8 juillet 2004, pourvoi n° 01-10.426, *Bull.* 2004, II, n° 387, in seguito confermata dall’*assemblée plénière* il 21 dicembre 2006. Per un commento si veda DEUMIER, Pascale. *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d’emploi d’un nouveau pouvoir de juges*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1, 2007, p. 72 ss.

inevitabile documento per il titolare del relativo diritto soggettivo. La *Cour de cassation*, nel momento stesso in cui ha operato tale radicale mutamento interpretativo, ha escluso che questo potesse trovare applicazione nei confronti delle parti protagoniste della causa, affermando che “l’applicazione immediata di questa regola sulla prescrizione nel presente procedimento priverebbe la vittima di un processo equo, ai sensi dell’art. 6, comma 1, della CEDU”.

Quindi, in buona sostanza, il giudice di legittimità francese, nello stesso tempo, ha affermato che la più corretta interpretazione di una certa disposizione di legge fosse B, e non più l’interpretazione A fino a quel momento sostenuta dalla giurisprudenza, e che tuttavia alle parti in causa fosse corretto applicare ancora l’interpretazione sbagliata A, proprio per salvaguardare l’affidamento riposto nel precedente orientamento giurisprudenziale dalla parte che, in base alla nuova interpretazione B, avrebbe visto prescriversi il proprio diritto.

Il *pouvoir du juge de se prononcer pour l’avenir* ha trovato successivamente ulteriori conferme, tutte ispirate alla stessa logica. A solo titolo di esempio, si può menzionare una decisione del 2007¹⁶ in cui non si è applicata al processo in corso la nuova regola giurisprudenziale che aveva introdotto una nuova ipotesi di preclusione processuale.

Ma dove il *prospective overruling* ha trovato maggiore fortuna è presso la giurisprudenza della Corte di cassazione italiana. La ragione di un simile fenomeno si deve al fatto che, nel corso degli ultimi anni, in Italia sono cresciuti quantitativamente i drastici ed imprevedibili mutamenti giurisprudenziali in campo processuale¹⁷, con il sovvertimento di orientamenti interpretativi in auge finanche da decenni. Si sono pertanto moltiplicate le occasioni di cambio delle regole in corsa, e ciò ha spinto la giurisprudenza di merito, prima, e la Corte di cassazione, poi, ad interrogarsi su se e come tutelare l’affidamento di quella parte che aveva orientato la propria condotta processuale proprio basandosi sul precedente orientamento ermeneutico.

¹⁶ *Cour de cassation*, 13 novembre 2007, pourvoi n° 05-12.248, *Bull.* 2007, IV, n° 243.

¹⁷ Fornisce un dato statistico ROLLI, Rita. *Overruling del diritto vivente vs. ius superveniens*, in *Contratto e impresa*, 3, 2013, p. 579, la quale ha contato almeno dodici casi di *overrulings* da parte delle Sezioni Unite.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Il caso simbolo è quello scaturito dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 19246 del 2010¹⁸. La rilettura ermeneutica ha investito l’art. 645, comma 2, del codice di procedura civile nella formulazione all’epoca vigente¹⁹, disciplinante l’opposizione a decreto ingiuntivo. In estrema sintesi, in base a un orientamento giurisprudenziale più che cinquantennale, si riteneva che il dimezzamento dei termini di comparizione per l’opposto costituisse una facoltà dell’opponente, e che soltanto ove quest’ultimo se ne fosse avvalso si sarebbero corrispondentemente dimezzati anche i termini di costituzione delle parti. Sennonché le Sezioni Unite del 2010, con un *obiter dictum*, hanno affermato che il dimezzamento dei termini consegue al sol fatto che l’opposizione sia stata proposta, anche qualora l’opponente non abbia ridotto (fino a dimezzare) i termini di comparizione, assegnando un termine pari o superiore a quello legale ordinario. L’effetto pratico di un simile arresto è facilmente intuibile: tutti gli oppositori i quali, facendo affidamento sul granitico orientamento precedente, non avessero ridotto i termini di comparizione per l’opposto e si fossero costituiti tra il sesto e il decimo giorno dalla notificazione dell’atto di opposizione, e cioè oltre la metà dei termini previsti per legge, avrebbero corso il rischio di veder dichiarata improcedibile l’opposizione, con conseguente passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo.

Le peculiarità di questa vicenda processuale fanno ben comprendere, dunque, il motivo dell’alta risonanza della pronuncia. Le opposizioni a decreto ingiuntivo, infatti, sono assai frequenti in qualunque tribunale civile italiano, e la fedele applicazione dell’*overruling* da parte dei giudici di merito avrebbe equivalso a un autentico *tsunami*. Questo spiega perché sia corso ai ripari direttamente il legislatore, il quale, seppure a distanza di oltre un anno, con la Legge 218/2011 ha, da un lato, riformato l’art. 645, comma 2 c.p.c. e, dall’altro lato, introdotto una disposizione transitoria di interpretazione autentica, la quale ha fatto propria l’interpretazione seguita fino al 2010.

Prima del (tardivo) intervento del legislatore, tuttavia, la giurisprudenza si è trovata ad affrontare da sola la situazione. E la soluzione avanzata dalla stessa Corte di cassazione, in una successiva

¹⁸ Cass. civ., Sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, in *Foro italiano*, I, 2010, p. 314 ss.

¹⁹ Che era la seguente: “in seguito all’opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito, ma i termini di comparizione sono ridotti a metà”.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

pronuncia avente in realtà ad oggetto un'altra questione (n. 15144 del 2011 delle Sezioni Unite²⁰), è stata proprio quella di sposare la tecnica del *prospective overruling*.

La sentenza si apre con alcune considerazioni di teoria generale, nelle quali (certo non casualmente) vengono ribaditi alcuni postulati tipici dell'impostazione positivista. La norma giuridica - si legge - è il frutto esclusivo degli organi del potere legislativo, non possedendo il giudice alcuna capacità creativa in ragione della propria funzione meramente tecnica; qualsiasi norma giuridica contiene diversi significati, e i mutamenti ermeneutici possono essere occasionati tanto da rivisitazioni di carattere assiologico e da influssi sistemico-normativi (è quella che la Corte definisce interpretazione evolutiva), quanto da una pura e semplice rimediazione volta a correggere un errore nell'applicazione dei canoni ermeneutici (c.d. interpretazione correttiva); sia come sia, l'operazione interpretativa ha carattere dichiarativo/accertativo, sicché deve escludersi che il passaggio da un orientamento ermeneutico all'altro possa equipararsi alla successione di leggi nel tempo; sul piano formale, pertanto, “nel caso, in particolare, che la *overruling* correttiva interessi una norma processuale, è difficile sfuggire allora alla conseguenza che l'atto compiuto dalla parte, od il comportamento da esso tenuto, in conformità all'orientamento *overruled*, risulti - ora per allora - non rituale”.

Senonché, il ragionamento sembra prendere una piega significativamente diversa, e quasi antitetica rispetto alle premesse svolte, nel momento in cui la Suprema Corte si sofferma sulle peculiarità del mutamento giurisprudenziale nel caso venuto alla sua attenzione, caratterizzato dalla sua imprevedibilità e da un effetto preclusivo del diritto di difesa di una parte. Di fronte a un'ipotesi tanto estrema, sale in cattedra il principio del giusto processo, che si pone quale “insuperabile ostacolo” all'effetto retroattivo del mutamento interpretativo. Tale effetto sarebbe anche disarmonico rispetto al principio di ragionevolezza. In tal senso, la Corte formula un parallelo tra legge retroattiva e mutamento giurisprudenziale, e quindi estende le riflessioni compiute dalla Corte costituzionale sul fenomeno della retroazione legislativa anche a quello della “retroazione giurisprudenziale”. Invero, chiarisce la Corte, così come una legge retroattiva non potrebbe frustrare l'affidamento ingenerato nel cittadino, a maggior ragione non potrebbe consentirsi a un *overruling*

²⁰ Cass. civ., Sezioni Unite, 11 luglio 2011, n. 15144, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 1072 ss.

di ledere l'affidamento determinato da una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo, la quale, seppure non possa essere considerata *lex temporis*, avrebbe comunque creato “l'apparenza di una regola”.

Chiarite le ragioni per le quali un *overruling* con questi connotati non possa retroagire, la Corte si interroga su quale sia il mezzo più idoneo a scongiurare la lesione dell'affidamento. Ebbene, afferma la Corte che “il valore del giusto processo può trovare diretta attuazione attraverso l'esclusa operatività, come detto, della preclusione derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa”. Detto altrimenti, per la Corte la diretta applicazione del valore (*rectius*: principio) del giusto processo precluderebbe al giudice di interpretare la disposizione sulla base del nuovo orientamento nei confronti di chi abbia riposto affidamento sul precedente orientamento *overruled*.

Risulta quindi fin troppo evidente che, seppure le Sezioni Unite abbiano cercato in premessa di escludere qualsiasi assimilazione tra *mutatio legis* e *overruling*, attraverso un'applicazione “forte” di un principio costituzionale sono giunte, di fatto, proprio ad assimilare i due fenomeni. Per questo non è improprio evocare l'istituto del *prospective overruling*: il nuovo orientamento, ove sia caratterizzato da imprevedibilità e determini un nocumento per il diritto processuale di una parte, può operare soltanto per il futuro, e non anche per il passato.

In effetti, la giurisprudenza successiva, unanimemente allineatasi all'impianto proposto dalle Sezioni Unite, ha parlato *expressis verbis* di *prospective overruling*. In particolare, è ricorrente la seguente affermazione, che appunto compendia il ragionamento operato dalle Sezioni Unite: “affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, in altre parole affinché si possa parlare di “*prospective overruling*”, devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del precedente indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole

affidamento su di esso; che il suddetto "overruling" comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte"²¹.

3 I RIFLESSI DELL'UTILIZZO DEL *PROSPECTIVE OVERRULING* NEL SISTEMA DELLE FONTI DEI PAESI DI *CIVIL LAW*: SPUNTI SULLA GIURISPRUDENZA CREATIVA

E' fin troppo ovvio osservare che l'utilizzazione del *prospective overruling* da parte delle Supreme Corti di Paesi di *civil law* suscita più di un dubbio circa la sua compatibilità con il tradizionale inquadramento (positivista e formalista) del sistema delle fonti in tali ordinamenti.

Come noto, infatti, gli ordinamenti di *civil law* attribuiscono centralità alle norme di diritto positivo, e cioè a quelle regole poste da un'autorità costituita, secondo le regole prefissate dalle norme sulla produzione giuridica. Tali norme si collocano principalmente nella Costituzione, la quale attribuisce il rango di fonte primaria alla legge, frutto del Parlamento e, quindi, mediatamente, della volontà del popolo.

Del tutto estranea dal novero delle fonti del diritto è, invece, la giurisprudenza. Nell'impostazione più tradizionale, fedele alle teorizzazioni del Montesquieu, quello giurisdizionale non dovrebbe nemmeno essere considerato un potere, e l'attività interpretativa sarebbe a senso unico, poiché al giudice spetterebbe soltanto il compito di ricavare dal testo di legge il suo unico significato. Detto altrimenti, quella interpretativa dovrebbe concepirsi come un'attività meramente meccanica, priva di un qualsiasi margine di discrezionalità in capo all'interprete²². Da qui la famosa immagine del giudice "bouche de la loi".

Una visione così asfittica ha presto perso quota, ed oggi nessuno è pronto a sostenere che il testo di legge non presenta una pluralità di significati tra i quali il giudice è chiamato a scegliere, esercitando un potere discrezionale²³. Al contrario, si moltiplicano i sostenitori del carattere creativo

²¹ Così, in prima battuta, Cass. civ., sez. I, 4 maggio 2012, n. 6801. Più di recente, si veda Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 929.

²² Per questa impostazione si veda, per tutti ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milano, Giuffrè, 1947, p. 119 s.: "L'interpretazione si risolve non in un atto di volontà, ma in una semplice cognizione del diritto vigente; non è che il riflettersi del diritto vigente nell'intelletto di chi vuole conoscere tale diritto, e questo riflettersi nell'intelletto è, o almeno dovrebbe essere, come il riflettersi in uno specchio".

²³ Cfr. BARAK, Aharon. *Judicial Discretion*. Yale: Yale University Press, 1989.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

dell’attività interpretativa, sulla base di valutazioni di diverso genere. Tra i teorici della filosofia analitica, ad esempio, si è evidenziato come l’area semantica di una disposizione di legge possa implicare non pochi profili di ambiguità e come i (plurimi) significati di una certa disposizione presentino inevitabili frange di vaghezza²⁴. Soprattutto tra gli studiosi di diritto civile ci si è soffermati, invece, sul ruolo delle c.d. clausole generali, la cui funzione è essenzialmente quella di “flessibilizzare” l’ordinamento giuridico ad opera della stessa giurisprudenza per sostanziale delega dello stesso legislatore²⁵. I giuspubblicisti, invece, hanno particolarmente sottolineato che l’interpretazione dei testi di legge risulta particolarmente condizionata dalla necessità da parte del giudice di rendere essa conforme non solo alla Costituzione, ma anche alla pluralità di Carte fondamentali moltiplicatesi nella seconda metà del secolo scorso e tutte gerarchicamente sovraordinate alla legge²⁶. Infine, si rimarca da più parti il fatto che la creatività giurisprudenziale non può che crescere in ordinamenti giuridici, come quelli moderni, in cui le leggi sono quantitativamente numerosissime e spesso di qualità non eccelsa, cosicché il giudice è chiamato costantemente a un’opera di ricostruzione sistematica²⁷.

Ad ogni modo, quali che ne siano le cause, la presenza di una dilagante creatività giurisprudenziale è facilmente riscontrabile sul piano empirico. Seppure con diversità di grado, infatti, in tutti gli ordinamenti di *civil law* sono presenti contrasti giurisprudenziali, sia sincronici (e cioè più orientamenti ermeneutici nello stesso periodo di tempo) sia diacronici (che danno vita ai mutamenti giurisprudenziali).

Nonostante, dunque, il carattere creativo della giurisprudenza sia ormai riconosciuto in dottrina, la maggior parte degli autori continua a sostenere che l’interpretazione sia attività meramente dichiarativa²⁸ e che, in ogni caso, il succedersi di orientamenti giurisprudenziali non possa in alcun

²⁴ LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme: un’analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

²⁵ Si rinvia al classico di RODOTÀ, Stefano. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1967, p. 83-125. Tra i contributi più recenti sul tema si segnala PEDRINI, Federico. *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*. Bologna: Bononia University Press, 2013.

²⁶ Cfr. almeno LUCIANI, Massimo. *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in www.federalismi.it, 8 agosto 2007 e BIN, Roberto. *Interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 9 gennaio 2015.

²⁷ ORRÙ, Giovanni. *Richerrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 37.

²⁸ Particolarmente accurata la disamina di LUCIANI, Massimo. *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*:

modo essere equiparato alla successione delle leggi. Da qui la radicata conclusione che, se da un lato vale la regola della non retroattività della *mutatio legis*, dall’altro lato, invece, vale la regola della normale retroattività della *mutatio interpretationis*.

In tal senso, a ben vedere, non pare esserci una differenza significativa tra *common law* e *civil law*: in entrambe le famiglie, infatti, le impostazioni tradizionali negano fermamente il carattere creativo dell’attività giurisdizionale, e da tale presupposto fanno discendere la regola della retroattività dei mutamenti di precedente/orientamento giurisprudenziale.

Questa impostazione genera però non pochi inconvenienti di giustizia sostanziale, che poi sono quelli già velocemente messi in luce nel precedente paragrafo. Se, infatti, è vero che un testo di legge può presentare più di un significato, allora qualunque consociato, per poter orientare la propria condotta, deve ragionevolmente poter fare affidamento sul significato fatto proprio dalla giurisprudenza, perché è essa che, in ultima analisi, decide i casi concreti. Più precisamente, di vero e proprio affidamento può parlarsi quando si forma un orientamento giurisprudenziale univoco, tale da sovrapporsi allo stessa disposizione di legge, nel senso che, nell’applicazione pratica, il testo di legge, di fatto, sarà eclissato dall’interpretazione che ne viene data. Laddove tale orientamento interpretativo da tempo consolidato muti radicalmente e imprevedibilmente, quindi, si verifica nei fatti un fenomeno del tutto analogo alla successione delle leggi nel tempo, poiché può finire per essere tradito l’affidamento riposto da un soggetto giuridico in quella che, nei fatti, era la vera *regola iuris* fino a quel momento in vigore. Detto altrimenti, se è vero che la regola della irretroattività della *lex novi* trova il suo fondamento nella necessità che il diritto vigente posseda la capacità di orientare le condotte dei consociati, allora, stante il pacifico rilievo della creatività giurisprudenziale e la forte incidenza dell’interpretazione nell’enucleazione del significato “migliore”, sarebbe coerente estendere siffatta regola alle ipotesi di mutamenti interpretativi imprevedibili che sovvertono orientamenti ermeneutici univoci e da tempo consolidati.

A ben guardare, l’utilizzazione del *prospective overruling* da parte della giurisprudenza dei Paesi di *civil law*, sia pure soltanto in caso di *overrulings* di tipo processuale, risponde proprio a questa

Annali, IX, Milano: Giuffrè, 2016, p. 433 ss.

esigenza di giustizia sostanziale. E’ però assai interessante osservare che questa stessa giurisprudenza, pur pervenendo a conclusioni tanto estreme, non pare disconoscere la tradizionale impostazione formalista.

E’ quanto hanno fatto, ad esempio, le Sezioni Unite nella sentenza del 2011 poc’anzi analiticamente esaminata. Essa, infatti, mediante un’applicazione diretta piuttosto ardita di alcuni principi costituzionali, tenta di tenere insieme la premessa secondo la quale l’interpretazione avrebbe carattere meramente dichiarativo e la conclusione per cui, però, ove il mutamento giurisprudenziale sia imprevedibile e sovverta un orientamento precedentemente consolidato, la nuova interpretazione non dovrebbe applicarsi per il passato. In realtà, a noi pare che una simile argomentazione risulti piuttosto acrobatica, e che a siffatte conclusioni potrebbe giungersi, coerentemente, soltanto ammettendo il carattere creativo della giurisprudenza (anche) nei paesi di *civil law*.

4 IL VINCOLO AL PRECEDENTE QUALE PRESUPPOSTO PER L’OPERATIVITÀ DEL *PROSPECTIVE OVERRULING*: IL CASO DELLA *SÚMULA VINCULANTE* IN BRASILE

L’utilizzo della tecnica del *prospective overruling*, pur avendo di mira lo stesso risultato in entrambe le famiglie giuridiche, negli ordinamenti di *civil law* presenta delle inevitabili peculiarità.

Invero, negli ordinamenti di *common law*, imperniati su una serie di precedenti aventi ad oggetto fattispecie assai specifiche e dal carattere vincolante, l’applicazione di tale tecnica è connotata da minori margini di incertezza. Viceversa, le caratteristiche strutturali degli ordinamenti di *civil law*, in cui i precedenti, in realtà, altro non sono che orientamenti interpretativi di fattispecie astratte, comprendenti una varietà indefinita di pronunce, del tutto privi di vincolatività e, semmai, caratterizzati unicamente da una forte carica persuasiva²⁹, possono causare una serie di inconvenienti. Infatti, viene da domandarsi: quand’è che può davvero dirsi che un *overruling* vi sia stato? Chi può assicurare che l’affermazione contenuta in una pronuncia delle Sezioni Unite non

²⁹ Sul punto si vedano, almeno, GORLA, Gino. *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, Treccani, 1990; MARINELLI, Vincenzo. *Precedente giudiziario*, in *Enciclopedia del diritto: Aggiornamento VI*, Milano: Giuffrè, 2002, p. 871 ss.; PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle fonti del diritto*. Bologna: Zanichelli, 2011, p. 705 ss.

venga in un secondo momento, pezzo dopo pezzo, smontata dalle sezioni semplici della Corte di cassazione? Dove collocare il *dies a quo* del mutamento interpretativo, che funga da chiaro spartiacque per la tutela dell'affidamento? E quali caratteristiche deve possedere un mutamento giurisprudenziale per potersi considerare davvero imprevedibile?

La sensazione è che le sorti del *prospective overruling* negli ordinamenti di *civil law* dipendano in gran parte dalla presenza di meccanismi stabilizzatori degli orientamenti giurisprudenziali, e segnatamente dall'introduzione di forme di vincolo al precedente. E non può non constatarsi, da questo punto di vista, che almeno l'ordinamento italiano sembra muoversi proprio in questa direzione. Negli ultimi anni, infatti, molteplici sono state le riforme legislative tese a rafforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, sia nel senso di scongiurare contrasti interpretativi in seno alla giurisprudenza di legittimità, sia nel senso di invitare i giudici di merito a non discostarsi senza un valido motivo dagli orientamenti espressi dalla Suprema corte³⁰.

Non è forse un caso che l'unico ordinamento di *civil law* in cui è la legge stessa ad attribuire al giudice il potere di modulare gli effetti di un mutamento interpretativo sia lo stesso che, da qualche anno, ha introdotto una peculiare forma di precedente vincolante (la c.d. *súmula vinculante*): ci riferiamo all'ordinamento brasiliano.

Con il sintagma “*súmula*” ci si riferisce a una raccolta di decisioni indicative delle tesi giuridiche rilevatrici della giurisprudenza predominante, compendiate a monte da quella che può essere considerata una sorta di massima³¹. Essa ha fatto il suo ingresso nell'ordinamento brasiliano nel 1973, attraverso gli artt. 476-479 del precedente codice di procedura civile (facenti parte del Titolo rubricato: “da uniformização da jurisprudência”). Qualunque tribunale, in presenza di contrasti giurisprudenziali, era tenuto a fornire un indirizzo preciso, e se la decisione veniva presa a

³⁰ CIVITANESE MATTEUCCI, Stefano. *Are Our European Legal Systems Evolving towards a Precedent Mode of Adjudication?*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2014.

³¹ A solo titolo di esempio, si prenda la *súmula* n. 227 del *Superior Tribunal de Justiça* (d'ora in avanti, STJ), licenziata nel 1999. La massima è la seguente: «una persona giuridica può subire un danno morale». Seguono poi alcuni stralci di decisioni (in questo caso due) che danno conto del ragionamento giuridico alla base della massima (e in ciò sta, appunto, la raccolta).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

maggioranza assoluta il principio di diritto doveva essere raccolto nella *súmula*, divenendo così un precedente, privo, tuttavia, di vincolatività³².

L’istituto era stato anticipato negli anni ‘60 su iniziativa del giudice Victor Nunes Leal all’interno del *Supremo Tribunal Federal* brasiliano (d’ora in avanti, STF), che con qualche approssimazione può essere considerato l’omologo della Corte costituzionale italiana. Il Tribunale inaugurò la prassi di produrre queste *súmulas* (oltre 700 in circa quarant’anni)³³ prive, però, di effetto vincolante.

Un vero e proprio salto di qualità vi è stato a partire dal 2004 con l’emenda costituzionale n. 45, che ha modificato l’art. 103-A della Costituzione brasiliana. In buona sostanza, il STF è oggi abilitato a produrre una *súmula* con effetti vincolanti³⁴ sia nei confronti delle altre corti (ma non per sé stessa, dal momento che può revisionare le proprie *súmulas* nei modi previsti dalla legge), sia nei confronti della pubblica amministrazione, purché ricorrano alcune condizioni: i) si tratti di una questione di rilevanza costituzionale; ii) la questione sia controversa; iii) la decisione venga presa dai due terzi dei membri del Tribunale. In caso di violazione del vincolo, lo stesso art. 103-A, al para. 3, prevede uno specifico reclamo che, ove accolto, può condurre all’annullamento della decisione assunta dalla corte³⁵.

Per quanto riguarda le *súmulas* delle altre corti brasiliane, oltremodo significativo è quanto previsto dal nuovo *código de processo civil* brasiliano, approvato nel marzo del 2015. E’ anzitutto stabilito

32 Si veda, in particolare, il testo dell’art. 479 c.p.c. abrogato: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

Significativi anche gli artt. 118 ss. del *Regimento interno* del STJ (l’omologo della Corte di cassazione italiana, con compiti di nomofilachia), adottato nel 1989. Questi trattano dettagliatamente i procedimenti che devono essere attivati in casi di contrasti giurisprudenziali, affinché possa giungersi a un accordo tra i membri del STJ o di una sua sezione che, se presi a maggioranza assoluta, devono essere raccolti in una *súmula*. Vengono inoltre disciplinate le modalità di pubblicazione di quest’ultime. Si badi che le *súmulas* adottate dal STJ non riguardano soltanto la materia civile, ma anche quella penale. L’elenco delle *súmulas anotadas* del STJ può trovarsi in <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>.

33 Cfr. DE SANTA CRUZ OLIVEIRA, Maria Angela Jardim - GAROUPA, Nino. *Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: a Comparative Law and Economics Approach*, in *Emory International Law Review*, 26, 2012, p. 555 ss.

34 Per un inquadramento esaustivo della *súmula vinculante* si vedano BRUNO, Anna. *Aporie dell’istituto brasiliano della súmula vinculante. Riflessioni su una dottrina*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2006, p. 1427 ss.

35 La riforma del 2004 ha anche inteso incidere sulla mole di cause decise dal TSF, nella convinzione che, a prescindere dal meccanicismo stabilizzatore della *súmula*, il caos interpretativo è tanto più marcato quanto più numerose sono le decisioni che un certo tribunale è chiamato a decidere. L’art. 102, para. 3, Cost. ha quindi introdotto un filtro, potendo il TSF decidere soltanto quelle questioni di costituzionalità che abbiano *repercussão geral*. Questo concetto è meglio enucleato dal nuovo *código de processo civil* brasiliano, il cui art. 1035 – tra le altre cose – specifica che un ricorso è sempre suscettibile di *repercussão geral* qualora la decisione della corte inferiore risulta “contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal”.

che qualunque tribunale deve assicurare l'uniformità della propria giurisprudenza e, secondo le regole fissate dai rispettivi regolamenti interni, deve adottare una *súmula* che raccolga la propria giurisprudenza dominante (art. 926). La *súmula* non forma un precedente formalmente vincolante in senso orizzontale, essendo possibile la sua modifica per gravi motivi. E' stato invece introdotto un vincolo in senso verticale, che si aggiunge a quello previsto dall'art. 103-A della Costituzione in relazione alle decisioni del TSF. Ai sensi dell'art. 927, infatti, i tribunali “osservano” anche “gli enunciati delle *súmulas* del *Supremo Tribunal Federal* in materia costituzionale e del *Superior Tribunal de Justiça* in materia non costituzionale” (n. III).

Come si è già accennato, il legislatore brasiliano ha associato all'introduzione della *súmula vinculante* anche il potere in capo al giudice di modulare gli effetti temporali della propria decisione. E' quanto può trarsi dalla lettura dell'art. 927, para. 3, del nuovo *código de processo civil*: “nell'ipotesi di modifica della giurisprudenza dominante del Tribunale Federale Supremo o dei tribunali superiori o quella derivante da decisioni su casi ripetuti, si possono modulare gli effetti temporali della modifica per garantire l'interesse sociale e la sicurezza giuridica”³⁶.

CONSIDERAZIONI FINALI

In conclusione, l'imitazione della tecnica del *prospective overruling* da parte della giurisprudenza italiana, per quanto sicuramente non in linea con l'impostazione tradizionale e per molti versi *extra ordinem*, presenta degli aspetti positivi. E' assai difficile sostenere, infatti, che nei casi in cui ha trovato applicazione negli ordinamenti di *civil law* essa non abbia risposto ad effettive istanze di giustizia sostanziale.

E' nostra opinione, però, che l'importazione di tale tecnica vada sorretta da una maggiore consapevolezza circa l'apporto dell'interpretazione giurisprudenziale all'evoluzione del diritto. La giurisprudenza, infatti, pur partendo dall'ineludibile dato legislativo, crea diritto. Di più: crea l'unico diritto concretamente applicato. Perseverare nel ritenere la regola dell'irretroattività valevole soltanto per i mutamenti di diritto positivo, dunque, equivale a perpetrare la finzione che il giudice

36 Il paragrafo successivo aggiunge che la modifica di una *súmula* dovrà avere luogo in presenza di basi adeguate e specifiche, tenendo anche conto dei principi di certezza del diritto, di tutela dell'affidamento e di eguaglianza.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

sia un mero applicatore della legge, privo di margini di discrezionalità, e fingere che, in concreto, gli operatori del diritto non orientino la propria condotta guardando non alla legge, ma al modo in cui essa viene in concreto interpretata.

In tal senso, l'introduzione di forme di vincolo al precedente anche negli ordinamenti di *civil law* appare più conforme alla reale dinamica del diritto odierno, e consentirebbe indubbiamente uno sviluppo più coerente dell'applicazione giurisprudenziale della tecnica del *prospective overruling*. Sempre che, naturalmente, non sia lo stesso legislatore ad attribuire al giudice il potere di modulare gli effetti temporali delle proprie pronunce, sulla falsariga di quanto già fatto nell'ordinamento brasiliano. Soluzione, quest'ultima, che a noi sembra di gran lunga preferibile.

REFERENZE DELLE FONTI CITATE

ALLEN, Carleton Kemp. **Law in The Making**. Oxford: Oxford University Press, 1958;

BARAK, Aharon. **Judicial Discretion**. Yale: Yale University Press, 1989;

BIN, Roberto. **Interpretazione conforme**. *Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 9 gennaio 2015;

BRUNO, Anna. **Aporie dell'istituto brasiliano della súmula vinculante**. *Riflessioni su una dottrina*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, III, 2006, p. 1427 ss.;

CARDOZO, Benjamin. **The Nature of The Judicial Process**. Yale: Yale University Press, 1921;

CIVITANESE MATTEUCCI, Stefano. **Are Our European Legal Systems Evolving towards a Precedent Mode of Adjudication?**, in www.costituzionalismo.it, 3, 2014;

CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Oxford University Press, 1968;

DAVID, René. **I grandi sistemi giuridici contemporanei**. Padova: CEDAM, 1967;

DE SANTA CRUZ OLIVEIRA. Maria Angela Jardim - GAROUPA, Nino. **Stare Decisis and Certiorari Arrive to Brazil: a Comparative Law and Economics Approach**, in *Emory International Law Review*, 26, 2012, p. 555 ss.;

DEUMIER, Pascale. **Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir de juges**, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1, 2007, p. 72 ss.;

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

- DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008;
- FARNSWORTH, E. Allan. **An Introduction to the Legal System of the United States**. 4 ed. Oxford: Oxford University Press, 2010;
- EISENBERG, Malvin Haron. **The Nature of the Common Law**. Harvard: Harvard University Press, 1988;
- FRANK, Jerome., **Law and the Modern Mind**. New York: Anchor Books, 1930;
- GORLA, Gino. **Precedente giudiziale**, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, Treccani, 1990;
- KAY, S. Richard. **Retroactivity and Prospectivity of Judgments in American Law**, in *American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, p. 42;
- LEVY, Beryl Harold. **Realist Jurisprudence and Prospective Overruling**, in *University of Pennsylvania Law Review*, 109, 1960, p. 1 ss.;
- LLEWELLYN, Karl. **The Common Law Tradition: deciding appeals**. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1960;
- LORD DEVLIN. **Judges and Lawmakers**, in *Modern Law Review*, 39, 1976, p. 1 ss.;
- LUCIANI, Massimo. **Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”**, in *www.federalismi.it*, 8 agosto 2007;
- LUCIANI, Massimo. **Interpretazione conforme a costituzione**, in *Enciclopedia del diritto: Annali*, IX, Milano: Giuffré, 2016, p. 433 ss.;
- LUPOI, Maurizio. **Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense**, in *Quaderni del Foro italiano*, 1969, p. 724;
- LUZZATI, Claudio. **La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico**. Milano: Giuffré, 1990;
- MANDELLI, Riccardo. **Recenti sviluppi del principio dello stare decisis in Inghilterra e in America**, in *Rivista di diritto processuale*, 1979, p. 671 ss.;
- MARINELLI, Vincenzo. **Precedente giudiziario**, in *Enciclopedia del diritto: Aggiornamento VI*, Milano: Giuffré, 2002, p. 871 ss.;
- MATTEI, Ugo. **Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America**. Milano: Giuffré, 1988;

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

NICOL, A.G.L. **Prospective Overruling: a New Device for English Courts?**, in *Modern Law Review*, 39, 1976, p. 556 ss.;

ORRÙ, Giovanni. **Richerterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea.** Milano: Giuffré, 1983;

PEDRINI, Federico. **Le “clausole generali”.** *Profili teorici e aspetti costituzionali.* Bologna: Bononia University Press, 2013;

PIZZORUSSO, Alessandro. **Delle fonti del diritto.** Bologna: Zanichelli, 2011, p. 705 ss.;

POUND, Roscoe. **Mechanical Jurisprudence**, in *Columbia Law Review*, 8, 1908, p. 605 ss.;

POUND, Roscoe. **Theory of Judicial Decision**, in *Harvard Law Review*, 6, 1923, p. 940 ss.;

RODOTÀ, Stefano. **Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile**, in *Rivista di diritto commerciale*, I, 1967, p. 83-125;

ROLLI, Rita. **Overruling del diritto vivente** vs. ius superveniens, in *Contratto e impresa*, 3, 2013, p. 579;

ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico.** Milano, Giuffré, 1947;

TRAYNOR, J. Roger. **Quo Vadis, Prospective Overruling: a Question of Judicial Responsibility**, in *Hasting Law Journal*, 28, 1976-1977, p. 567;

VIGLIONE, Filippo. **L'overruling nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente**, in *Politica del diritto*, 4, 2014, p. 672 ss.;

WILSON, Steve – RUTHERFORD, Helen – STOREY, Tony – WORTLEY, Natalie. **English Legal System.** Oxford: Oxford University Press, 2014;

WISTRICH, J. Andrew. **The Evolving Temporality of Lawmaking**, in *Connecticut Law Review*, 44, 2012, p. 737 ss.

FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE: UMA CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA AO HUMANISMO

Ildete Regina Vale da Silva¹

Paulo de Tarso Brandão²

INTRODUÇÃO

A Fraternidade juntamente com a liberdade e a igualdade constituíram uma síntese cultural do universalismo político. Não obstante, comumente, é confundida nos seus aspectos teóricos e conceituais com a Solidariedade, sendo o objetivo deste artigo separar e aclarar os resquícios da confusão teórica entre a Fraternidade e a Solidariedade.

E, para atingir o objetivo deste artigo, inicia-se tecendo considerações sobre a tentativa frustrada de substituir a Fraternidade pela Solidariedade, em razão da aparente vantagem da estrutura conceitual da Solidariedade em comparação à Fraternidade.

Para avançar no pensamento, e não atribuir à Fraternidade limites conceituais e teóricos, para, intencionalmente ou não, substituí-la pela Solidariedade (ou de combiná-las), discorre-se sobre a Fraternidade como princípio do universalismo político e como um importante fundamento da cultura ocidental.

¹ Dottore di Ricerca in Diritto pubblico nella Università degli Studi di Perugia – Itália, Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014) e mestre pelo mesmo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC (2009). Professora na Graduação em Direito na Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI e Professora Colaboradora do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC-Brasil. Endereço Eletrônico: ildetervs@gmail.com e/ou ildete@univali.br.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Itajaí/Sc-Brasil. Endereço Eletrônico: brandao@floripa.com.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Identifica-se a força e a legitimidade da estrutura conceitual da Fraternidade, esclarecendo-se sobre as duas acepções fundamentais do termo, para projetar culturalmente a melhor interpretação do Humanismo: a acepção relacional e a acepção de Humanidade.

Apresenta-se os diferentes papéis da Fraternidade e da Solidariedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, buscando-se conhecer os diferentes papéis que as duas categorias ocupam na estrutura normativa constitucional brasileira. Esta é uma compreensão que se faz necessária para inspirar a melhor interpretação possível do Humanismo e para instruir um novo paradigma cultural, colocando o Brasil no rumo da “via para o futuro”.

Encerra-se com as considerações finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos destacados, visando elidir qualquer dúvida que ainda possa pairar sobre a diferença que as separa.

As técnicas de investigação utilizadas para este estudo foram as da pesquisa bibliográfica e, para alcançar a resposta do problema da pesquisa, optou-se em aproximar e relacionar ideias necessárias à compreensão de que não é mais possível insistir na concepção reducionista de atribuir à Fraternidade limites conceituais e teóricos, a fim de substituí-la pela Solidariedade (ou de combiná-las).

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Observa-se que, comumente, no decorrer do tempo, após a Revolução Francesa - evento histórico que consagrou a tríade na qual a Fraternidade, Liberdade e Igualdade constituíram uma síntese cultural do universalismo político - as categorias Fraternidade e Solidariedade são confundidas nos seus aspectos teóricos e conceituais.

Contudo, não é sem razão a confusão que se faz entre as duas categorias, uma vez que há registros históricos da tentativa de substituir a Fraternidade pela Solidariedade, por razões ligadas a aparente fragilidade do conceito da Fraternidade e a crescente fama do conceito de Solidariedade:

Tantas reservas que, acrescentadas às incapacidades que afetam o conceito de fraternidade no plano político, permitem melhor aproveitar não somente a fama crescente que conhecia, no fim do século,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

o conceito de solidariedade, mas ainda a vontade de alguns de integrar esse último à divisa republicana.³

No plano político, no final do Século XIX, segundo Borgetto⁴, o conceito de Solidariedade ganhou mais popularidade e tornou sempre crescente a ideia de substituir a Fraternidade pela Solidariedade, integrando esta na divisa republicana, em razão da forte influência do Estado Moderno e o desenvolvimento deste. E, mais tarde, o “papel do Estado Social e a compreensão da atuação desse como sustentáculo fundamental na formação da Sociedade”⁵ contribuiu de forma significativa para o fortalecimento da Solidariedade, cuja força e legitimidade girava em torno das hipóteses do homem ser solidário não por natureza, mas como efeito de ação política e de reflexão cultural⁶.

Nesse contexto, as reservas e deficiências atribuídas à estrutura conceitual ideal da Fraternidade como princípio do universalismo político e a aparente vantagem da estrutura conceitual da Solidariedade em comparação à Fraternidade facilitava a assimilação da ideia de substituição desta por aquela:

Com relação à fraternidade, a solidariedade como ideia tem certamente muitas vantagens, que, em primeiro lugar, aparece como científica como modelo à grande lei que rege a interdependência da vida humana e social; que, mais uma vez, para ser livre, não compreendia o sentimento de amor, as emoções e toda subjetividade, (que fragilizou politicamente os insultos daqueles que se admiraram que nós pudéssemos falar da fraternidade em uma sociedade dominada por um forte egoísmo); que, também, por fornecer todo o melhor para sua legalização e portanto sua promoção para inspirar o princípio de direito que a palavra que se quisesse dizer seja derivada da linguagem jurídica.⁷

³ “Autant de reserves qui, ajoutées aux handicaps qui affectent le concept de fraternité sur le plan politique, permettent dès lors de mieux saisir non seulement la vogue grandissante que connaît, à la fin du siècle, le concept de solidarité mais encore la volonté de certains d’intégrer ce dernier à la devise républicaine. BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français**. Le passe, Le présent et l’avenir de la solidarité. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1993. p.83. Tradução de Heloisa Hoffmann.

⁴ BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français**. Le passe, Le présent et l’avenir de la solidarité. p.83.

⁵ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.105.

⁶ Nel gran cantiere della solidarietà oggi l’attenzione non si concentra sullo Stato “protettore”, ma mette l’accento sui diritti sociali, come preconditione della stessa democrazia; si sposta, anzi, fuori del perimetro dello Stato, e dello Stato nazionale, per operare una redistribuzione sociale del potere e per rendere possibili forme di controllo dei poteri economici globale che evocano un nuovo internazionalismo; indica forme di gestione di beni della vita sottratti alle logiche proprietarie. Una solidarietà, allora, non costruita tutta all’esterno delle persone, ma che recupera forza e legittimità intorno all’ipotesi dell’uomo solidale”, non per natura, ma come effetto dell’azione politica e della riflessione culturale. RODATA, Stefano. Il destino contrastato di un valore fondamentale per la democrazia. Quella virtù dimenticata. Perché in tempi difficili va ritrovata la solidarietà. Roma: **La Repubblica**, 25 set. 2012. p. 55.

⁷ Par rapport à la fraternité, la solidarité idée a certainement beaucoup d’avantages, qui, d’abord, apparaît comme scientifique comme modèle la grande loi qui régit l’interdépendance de la vie humaine et sociale; qui, encore une fois, d’être libre, non impliqué dans le sentiment de l’amour, les émotions et tout subjectivité, (qui a fragilisé politiquement les insultes de ceux qui ont été étonnés que nous pouvons parler de la fraternité dans une société dominée par l’egoïsme fort); que, aussi, pour apporter tout le

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Acreditava-se que, no plano jurídico, a palavra Solidariedade servia para melhor explicar a interdependência entre indivíduos, assim, como na biologia servia para explicar a interdependência das células. E, no decorrer do tempo, com o avanço do positivismo, a estrutura conceitual da palavra Solidariedade foi reunindo e readequando ideias morais de ideais presentes naquele tempo:

Todas vantagens que não se escaparam, então, a certos observadores perspicazes: <<a vantagem da palavra solidariedade se explica (...) facilmente (...) que as células da sociedade, a palavra pela qual os biólogos exprimem a interdependência das células é a mesma que deve exprimir, doravante, a interdependência dos indivíduos. Os termos da justiça, da caridade, da fraternidade, parecem insuficientes. A própria fraternidade, tão prezada à democracia sentimental de 1848, passou a ser somente um sentimento, e nossas gerações modernas, ávidas de ciência objetiva e positiva, necessitavam de uma palavra que expressasse o caráter científico da lei moral. A palavra solidariedade, emprestada da biologia, respondia maravilhosamente à essa necessidade obscura e profunda (...). Junta-se assim pouco a pouco, sob título de solidariedade, quase todas as ideias morais que se achavam de acordo ao ideal presente.⁸

Não obstante, as aparentes vantagens da Solidariedade como efeito de ação política e de reflexão cultural, surgiram as dificuldades para integrá-la na tríade do universalismo moderno nas publicações em francês e, a Fraternidade foi, então, “mantida como parte integrante da tríade republicana”.⁹

Logo, a Fraternidade, em relação de interdependência com a Liberdade e a Igualdade constitui uma síntese cultural com um referencial teórico ainda inédito à Humanidade, razão pela qual é importante resgatar a força que há na estrutura conceitual da Fraternidade.

meilleur pour sa législation et donc sa promotion à inspirer le principe de droit que le mot qui voulait dire est dérivé du langage juridique. BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français**. Le passe, Le présent et l’avenir de la solidarité. p. 84. Tradução de Heloisa Hoffmann.

⁸ “Tous avantages qui n’échappèrent pas, alors, à certains observateurs perspicaces: <<le fortune du mot *solidarité* s’explique [...] sans peine.[...] que les cellules de la société, le mot par lequel les biologistes expriment l’interdépendance des cellules est celui même qui doit exprimer dorénavant l’interdépendance des individus. Les termes de justice, de charité, de *fraternité* ont semblé insuffisants. La *fraternité* même, si chère à la démocratie sentimentale de 1848, a le tort justement de n’être qu’un sentiment, et nos générations modernes, avides de science objective et positive, avaient besoin d’un mot qui exprimât le caractère scientifique de la loi morale. Le mot de *solidarité*, emprunté à la biologie, répondait merveilleusement à ce besoin obscur et profond [...]. On recueillit ainsi peu à peu, sous le titre de solidarité, à peu près toutes les idées morales qu’on trouvait conformes à l’idéal présent>>.” BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français**.p.84. Tradução de Heloisa Hoffmann

⁹ BAGGIO, Antonio Maria. Fala no colóquio de orientação sobre o tema da Fraternidade, em 28.06.2012, no *Istituto Universitario Sophia*, com fundamento na obra: BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français**. Le passe, Le présent et l’avenir de la solidarité VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.107.

2 FRATERNIDADE: UM IMPORTANTE FUNDAMENTO DA CULTURA OCIDENTAL

Na França, faz-se uma nítida separação entre a dimensão religiosa e a civil e institucional da Fraternidade¹⁰. Não obstante, no pensamento político e jurídico contemporâneo, os resquícios da tentativa de substituição pela Solidariedade criam, ainda, dificuldades para reconhecer a força e legitimidade da Fraternidade.

Para retomar o rumo e seguir na via para o futuro da Humanidade¹¹, deve-se avançar no pensamento e ultrapassar a tentativa que, historicamente já resultou frustrada. É tempo de não mais insistir na concepção reducionista de atribuir à Fraternidade limites conceituais e teóricos, a fim de substituí-la pela Solidariedade (ou de combiná-las), ainda que possa existir uma estreita ligação entre ambas.

Sabe-se que é fato histórico e não retórico que a Fraternidade compõe a síntese cultural do universalismo político e, portanto, o referencial teórico e prático que advém dessa compreensão vai além de ser uma simples opção conceitual sobre o que melhor representaria essa condição, inclusive e, principalmente, porque os significados dos elementos conceituais que compõem a ideia de Fraternidade, tanto serviram para ser causa do seu esquecimento, quanto serviram para tornar frustradas as tentativas de substituí-la pela Solidariedade.

Os reflexos dessa tentativa de substituição resultaram em confusão teórica nos vocabulários políticos e jurídicos da civilização ocidental que, em virtude da histórica disputa entre o liberalismo, o socialismo e a democracia, em muitas ocasiões, as palavras Fraternidade e Solidariedade são combinadas e utilizadas como se fossem intercambiáveis.¹²

¹⁰ BAGGIO, Antonio Maria. Fala no colóquio de orientação sobre o tema da Fraternidade, em 28.06.2012, no *Istituto Universitario Sophia*, com fundamento na obra: BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français**. Le passé, Le présent et l’avenir de la solidarité.

¹¹ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil. 2013, p.144.

¹² RODATA, Stefano. Il destino contrastato di un valore fondamentale per la democrazia. Quella virtù dimenticata. Perché in tempi difficili va ritrovata la solidarietà. Roma: **La Repubblica**. p.54-55.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Contudo, não foi, apenas, a confusão teórica entre a Fraternidade e a Solidariedade que atrapalharam a busca pela estrutura ideal conceitual do universalismo político que esteve, também, basicamente, concentrada nos pólos da Liberdade e da Igualdade, colocando-se o problema ora na distinção entre as duas dimensões, ora na combinação dela em uma síntese superior ou simplesmente aceitável. A doutrina política, social e econômica por muito tempo foi amplamente exercitada na tensão bipolar entre a Liberdade e a Igualdade e as tentativas em busca da composição ideal se davam pela referência de pelo menos um dos dois ideais ou da junção dos dois, em combinações exemplificadas por Marramao: liberal democracia, social democracia, socialismo liberal¹³.

A lacuna aberta pela crença na aparente contradição da Fraternidade com o universalismo politicamente influente e constitutivo da política e da liberdade dos modernos abriu espaço para substituições e outras combinações destituídas da compreensão que há na densidade histórica e conceitual da Fraternidade como princípio da síntese do universalismo político.

A tentativa de substituição da Fraternidade pela Solidariedade só fez - e continua a fazer - gerar ambiguidades. Essa é uma questão que não pode mais ser negligenciada. Segundo Morin¹⁴: o “triplo imperativo político liberdade-igualdade-fraternidade deve ser articulado”.

A articulação do triplo imperativo, tendo a Fraternidade como elo que estabelece a relação de interdependência entre a Liberdade e a Igualdade¹⁵ tem um potencial teórico prático ainda não atingido e, essa composição não admite mais a substituição da Fraternidade pela Solidariedade, porque a tríade sintetiza todo o amadurecimento do programa da modernidade em uma fórmula excepcionalmente eficaz, contudo, prejudicada pela coincidência com a experiência do desapego do pressuposto cultural do universalismo e, portanto, ainda, não devidamente explorada.¹⁶

A Humanidade se encontra em um momento crucial: *“A gigantesca crise planetária é a crise da*

¹³ MARRAMAIO, Giacomo. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. 2. ed. Torino: Bollati Boringhieri. 2009. p. 186.

¹⁴ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. p.144.

¹⁵ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.107

¹⁶ BAGGIO, Antonio Maria. **La Fraternità: una nuova categoria nello spazio pubblico**. p. 12.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

humanidade que não consegue atingir o estado de humanidade”¹⁷. Na tríade Liberdade, Igualdade, Fraternidade encontra-se um referencial principiológico para melhor interpretar o Humanismo, sendo este entendido como qualquer “movimento filosófico que tome como fundamento a natureza humana ou os limites e interesses do homem”¹⁸.

A tradição humanista está entre o que há de melhor na civilização ocidental e deve ser propagada:

A civilização ocidental pode e deve propagar o que tem de melhor: a tradição humanista, o pensamento crítico e o pensamento autocrítico, os princípios democráticos, os direitos da mulher, da criança e do homem. As sociedades tradicionais mantêm uma relação com a Natureza, um sentido de inclusão no Cosmo, laços sociais comunitários que devem conservar, mesmo introduzindo nelas o que existe de melhor do Ocidente.¹⁹

E, para propagar o que a civilização ocidental tem de melhor, deve-se recuperar a força e legitimidade da Fraternidade.

3 FORÇA E LEGITIMIDADE DA ESTRUTURA CONCEITUAL DA FRATERNIDADE

Lembra-se que nos dicionários de língua portuguesa a palavra Fraternidade - *fraternitas, fraternitatis* e *fraternitate* - é o substantivo feminino que denota a ideia de: “(a) laço de parentesco de irmãos; irmandade; (b) união, afeto de irmão para irmão; (c) o amor ao próximo; fraternização; (d) a harmonia e união entre aqueles que vivem em proximidade ou que lutam pela mesma causa etc.”²⁰. O verbo *fraternizar*, por outro lado, vem da união entre fraterno + *izar*, e apresenta quatro significados quais sejam: (a) unir(-se) como irmãos; confraternizar(-se); (b) travar amizade íntima; confraternizar; (c) associar-se (a outrem); irmanar-se; e, (d) comungar as mesmas ideias ou convicções de; harmonizar-se, confraternizar-se.²¹ Fraterno é um adjetivo relativo ou pertencente a irmão; fraternal, do vocábulo *fraternu* em uma declinação de *fraternus*.²²

¹⁷ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. p.33.

¹⁸ “Qualquer movimento filosófico que tome como fundamento a natureza humana ou os limites e interesses do homem”. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 602.

¹⁹ MORIN, Edgar. *A via para o futuro da humanidade*. p.61.

²⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. p. 927.

²¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. p. 927.

²² HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. p. 927.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Identificam-se no sentido da palavra Fraternidade duas acepções fundamentais para projetar culturalmente a melhor interpretação do Humanismo: a acepção relacional e a acepção de Humanidade.

No adjetivo fraterno, encontra-se acepção relacional da Fraternidade, inspirando as seguintes reflexões:

1. ninguém, nenhuma Pessoa Humana é irmão de si próprio; se irmão, é sempre irmão de outra(o), isso se constitui um fato, uma realidade social reconhecida e uma relação estabelecida;
2. naturalmente, os irmãos não podem ser escolhidos, mas podem ser reconhecidos: isso se constitui um fato, uma realidade social que pode ser reconhecida²³ e uma relação de reciprocamente que pode ser estabelecida;
3. outro(s) irmão(s) existe(m), independentemente de ser(em) meu(s) irmão(s), ou seja, independentemente de que eu o(s) reconheça como irmão(s): isso também é um fato, uma realidade social que deve ser reconhecida e uma relação de sociabilidade que deve ser estabelecida.²⁴

A acepção relacional da Fraternidade se dá na condição natural da existência da Pessoa Humana e uma referência estabelecida no fato de que para ser irmão é preciso existir a outra Pessoa Humana. “Logo, a existência da outra Pessoa Humana é condição do sentido da palavra irmão e, nessa perspectiva – em uma derivação extensiva – é condição de existência da outra Pessoa Humana.”²⁵

A condição da existência e de existência da outra Pessoa Humana dá à Fraternidade a acepção de Humanidade. A etimologia da palavra Humanidade é da clássica noção do latim de *humanitas* e significa “condição e natureza do ser humano, civilidade”²⁶. No contexto cultural do Ocidente, a palavra Humanidade, também, entrelaça um duplo estatuto, descritivo e normativo: por um lado, indica “a natureza humana, a essência do homem entendida como segmento constitutivo e peculiar; por outro, a totalidade do gênero humano como entidade não estática, mas dinâmica, não meramente natural, mas histórico-evolutiva”²⁷.

²³ BAGGIO, Antonio Maria. **La Fraternità: uma nuova categoria nello spazio pubblico**. p. 15.

²⁴ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.130.

²⁵ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.130.

²⁶ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p.1037.

²⁷ “[...] la *natura umana*, l’essenza dell’uomo intesa como suo tratto costitutivo e peculiare; per l’altro la *totalità del genere umano* come entità non statica ma dinamica, non meramente naturale ma storico-evolutiva. MARRAMAO, Giacomo. **La passione del**

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A ideia de primeiro vínculo e a dupla acepção – relacional e de Humanidade -, faz da Fraternidade um conceito com uma estrutura conceitual diferente da Solidariedade e, em comparação, não menos vantajosa para compor um modelo científico para reger a interdependência da vida humana e social.

A Fraternidade necessariamente pressupõe a ideia de pertencimento, de unidade, de vínculo, de reconhecimento de ser Pessoa Humana:

Por mais que o termo solidariedade seja mais usual, especialmente porque mais conhecido e utilizado com mais intensidade após os estudos da Bioética e seguidamente usado como sinônimo de Fraternidade, é preciso estar atento que entre ambos há uma diferença teórica e prática extremamente relevante e expressiva. Uma ação solidária não traduz, necessariamente, um comportamento fraterno por parte de quem a pratica. Uma coisa é ser solidário com um outro, associado à sua causa; outra, é ser irmão: ser irmão de alguém por nascimento – que implica uma relação pessoal e não com a causa do outro - e, outra coisa, maior ainda, é reconhecer a pessoa, enquanto outro de si mesmo e membro da mesma e única família humana.²⁸

E, se posta a questão sobre o tipo de Sociedade se deve construir, a lógica de classes, na representação das linhas horizontais e verticais ajudam a explicar a importância de não mais confundir ou substituir Fraternidade e Solidariedade:

Mais uma vez, as linhas horizontal e vertical²⁹ - assim, como foram esquematizadas por Marramao as duas formas da lógica da classe - ajudam na representação da distinção conceitual entre a Fraternidade e a solidariedade. A solidariedade como princípio pode ser representada pela linha vertical e essa posição de verticalidade pressupõe uma Sociedade de classes em que as ações individuais e/ou coletivas, políticas e/ou sociais resultam de uma condição de sujeição entre Pessoas Humanas. Enquanto que a Fraternidade implicaria na horizontalidade das relações, quais quer que sejam, na qual a condição não implica em sujeição, mas em consideração à Pessoa Humana.³⁰

A representação das linhas vertical e horizontal ajudam a compreender como na organização da Sociedade, a Fraternidade e a Solidariedade constituem ideias distintas, porém, não se pode

presente. Breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.p. 157.

²⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso; DA SILVA, Ildete Regina Vale. FRATERNIDADE COMO CATEGORIA POLÍTICA. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S.l.], v. 7, n. 3, p. 2386-2407, abr. 2014. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5590>>. Acesso em: 23 jul. 2017. doi: <https://doi.org/10.14210/rdp.v7n3.p2386-2407>.

²⁹ PIZZOLATO, Filippo. A Fraternidade no Ordenamento Jurídico. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008. p. 113.

³⁰ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.110

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

imaginar uma Sociedade construída pela exclusão de uma pela outra. É na representação do entrelaçamento das linhas horizontais e verticais que a trama do tecido social em que cada Sociedade deve ser tecida, no aguardo do seu tempo e do seu lugar. Porém, sempre deve ter em consideração a Pessoa Humana e aquilo que dará o melhor sentido à existência da Humanidade.

Verifica-se na dupla acepção da Fraternidade - relacional e de Humanidade – que não há limites conceituais e teóricos na estrutura conceitual da palavra, porque ultrapassa a concepção reducionista que alimentou a tentativa de substituí-la pela Solidariedade.

A acepção relacional e de Humanidade contida na estrutura conceitual da Fraternidade é própria de um princípio do universalismo político e, assim como a Liberdade e a Igualdade são princípios de referência para a maior parte dos Estados Democráticos, a Fraternidade constitui um sólido fundamento melhor interpretar o Humanismo e instruir novo paradigma cultural e, portanto, com a Solidariedade não deve mais ser confundida.

4 OS DIFERENTES PAPÉIS DA FRATERNIDADE E DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 ENTENDIDA COMO PROJETO CULTURAL

Utilizando-se um conceito de Peter Häberle³¹, de que a Constituição é um projeto cultural, pode-se afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil também o é. Nesse contexto é importante diferenciar qual o papel que Fraternidade e Solidariedade desempenham nesse projeto.

O Estado Constitucional brasileiro está inserido na tipologia de Estados Constitucionais, os quais, segundo Häberle³² devem ser entendidos como “resultado e prestação dos processos culturais, que vão passando de geração para geração e são sempre retomados como patrimônio cultural”.³³

³¹ HÄBERLE, Peter. *Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura*. Roma: Carocci editore. 2001.

³² HÄBERLE, Peter. *Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura*. Roma: Carocci editore. 2001. p.32.

³³ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. *CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE*. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.44.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Nessa perspectiva, o Estado Constitucional brasileiro deve ser entendido como progresso cultural e, portanto, uma aquisição cultural, no qual a Constituição Brasileira de 1988, entendida como um plano de desenvolvimento do projeto da modernidade é, também, um projeto cultural³⁴.

A Constituição Brasileira de 1988 é um marco na história do Brasil que projetou um “Estado brasileiro desenvolve e forte”³⁵, planejando uma situação normativa ideal e uma situação de fato possível à instituição de uma Constituição própria do que há de melhor na modernidade ocidental. E, entender a Constituição Brasileira de 1988 como projeto cultural é compreendê-la como a principal instância normativa do Estado Constitucional brasileiro.

O objeto da Constituição Brasileira de 1988 tem um caráter dinâmico que nunca deve ser esquecido pelo conhecimento do Estado e do Direito: “A constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo, mas produto, não atividade, mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida”³⁶. Uma forma que permite seguir mais além dos horizontes conceituais e simbólicos da cognição ocidental:

Entender a Constituição Brasileira de 1988 como Projeto Cultural é entendê-la como produto de um processo de transformação cultural do Estado Constitucional Brasileiro e, simultaneamente, de construção de uma Sociedade com vistas ao futuro, [...].³⁷

Para compreender o sentido da Constituição Brasileira de 1988, deve-se cultivar o texto constitucional para que esse faça emergir, de forma dinâmica e responsável, o consenso constitucional em conformidade com a cultura política, sem perder a sua força normativa.³⁸

³⁴ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.176.

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 130.

³⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre. p. 296.

³⁷ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.87.

³⁸ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p. 65-73.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Na perspectiva de entender a Constituição Brasileira de 1988 como projeto cultural e, em razão da unidade constitucional, o preâmbulo deve ser entendido como “vetor interpretativo”³⁹, conferindo ao texto constitucional “validade e capacidade vinculativa à interpretação constitucional”⁴⁰.

O texto do Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 anuncia o tipo de Sociedade que deve ser construída pelo Estado Democrático instituído e, em uma leitura mais atenta do texto, observa-se que o seu conteúdo vai mais além do que anunciar:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O texto revela um verdadeiro manifesto de compromisso e realidade que o Estado (Constitucional) Democrático instituído assume perante a Sociedade brasileira e que, portanto, a Sociedade que deve ser construída.

Observa-se no texto do preâmbulo que a Sociedade brasileira é identificada e qualificada como fraterna, pluralista e sem preconceitos. A identificação e qualificação da Sociedade brasileira, transmite a ideia de declaração da identidade social do povo⁴¹ brasileira(o) que, tanto serve para o presente como para projetá-la culturalmente para o futuro. Nesse sentido, o texto do Preâmbulo da Constituição brasileira não só tem a função de *punte del tiempo*⁴², mas, a essa função está agregada, também e, principalmente, a de servir como um vetor interpretativo para projetar e

³⁹ STRECK, Lenio L.; MORAIS, Bolzan. Comentário à Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013. p.107.

⁴⁰ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.65-73

⁴¹ A proposta fica mais interessante se a compreensão da categoria povo expressar uma ideia mais abrangente: “povo como destinatário das prestações civilizatórias do Estado”, com a qualidade de ser Pessoa Humana, com a dignidade humana (Friedrich Muller); “uma espécie de *plus* em relação ao povo enquanto instância global de atribuição de legitimidade porque não estaria restrito aos ‘cidadãos’, mas se expandiria aos ‘habitantes do Estado’, valendo tanto para titulares de outras nacionalidades como para apátridas”. MORAIS, Jose Luiz Bolsan de. BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Entre Direitos, Deveres e Desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.31. MUELLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 3ª. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.75-77.

⁴² HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 276.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

identificar os sentidos para que a Constituição brasileira promulgada em 1988 possa se manter no tempo e no espaço, não só para instruir a interpretação e a aplicação dos direitos garantidos pelo Estado em favor da Sociedade, mas, principalmente para projetar culturalmente uma Sociedade que pretende se perpetuar no tempo.

Nesse “cenário de crise planetária”, no qual a “globalização produziu a infraestrutura de uma Sociedade-mundo”⁴³, a Sociedade brasileira está inserida e, nesse contexto, a adjetivação fraterna que lhe é atribuída, torna-se referência que

[...] indica, não só a qualificação da Sociedade brasileira, mas também, a criação de uma Identidade Social que deve ser comunicada ao povo brasileiro, estimulando a percepção do compromisso e responsabilidade que advém do Projeto Cultural que é a Constituição Brasileira de 1988.⁴⁴

A referência à Sociedade Fraterna no texto do Preâmbulo de 1988 estabelece a Fraternidade como condição de possibilidade para constituir fundamento para melhor compreensão da Constituição Brasileira de 1988, apresentando um

um referencial teórico e prático capaz de recuperar a ideia-força contida na tríade francesa revelada como uma das mais fortes fórmulas de ideais programáticos, inclusive entre aqueles apresentados nas culturas políticas contemporâneas.⁴⁵

A Fraternidade é, na ordem constitucional brasileira, “um princípio presente e que deve balizar a aplicação da Constituição para que possa atingir a Sociedade fraterna, que o Estado Democrático brasileiro está compelido a fundar”⁴⁶, Estado esse que tem “um conteúdo transformador de realidade, não se restringindo, como Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência.”⁴⁷

⁴³ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. p. 21-23.

⁴⁴ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.154.

⁴⁵ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.125.

⁴⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso e VALE DA SILVA, Ildete Regina. APRESENTAÇÃO. In: VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.8.

⁴⁷ STRECK, Lenio L.; MORAIS, Bolzan. Comentário à Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p.113.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A Fraternidade surge na ordem constitucional brasileira como um fundamento para entender a Constituição Brasileira de 1988 como projeto cultural⁴⁸, atraindo para o sistema normativo elementos que “podem fornecer o ambiente cultural capaz de tornar mais efetiva a Constituição da República Federativa do Brasil”⁴⁹ rumo à construção de Sociedade Fraterna, sendo esta ser entendida como

uma Sociedade feita por Pessoas Humanas estimuladas a perceber o sentido da própria existência e porque percebem o sentido da própria existência, adotam modos de vida que dão sentido à existência do Humano e a sua continuidade no tempo e espaço da biosfera.

O Estado Democrático instituído pela Constituição Brasileira “deve caminhar no sentido de fundar uma Sociedade Fraterna”⁵⁰, uma ideia que consiste em ir mais além do modelo projetado para regular o bem-estar e o desenvolvimento social, apresentado pela adjetivação social dada ao Estado com a pretensão de “correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas”⁵¹ e que fez prevalecer a preferência pela Solidariedade.

Enquanto que a Fraternidade adquiriu status como categoria estratégica e relevante na formação da cultura constitucional brasileira pela qualidade que confere à Sociedade no texto do Preâmbulo, a Solidariedade constitui um dos objetivos fundamentais previstos no artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”. A Solidariedade, assim como os outros objetivos constitucionais fundamentais definidos no artigo 3º da CRFB/88⁵²

⁴⁸ VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.175-177.

⁴⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso e VALE DA SILVA, Ildete Regina. APRESENTAÇÃO. In: VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.8.

⁵⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso e VALE DA SILVA, Ildete Regina. APRESENTAÇÃO. In: VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.7.

⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7. ed. 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 96.

⁵² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

[...] são a expressão das opções ideológicas essenciais sobre as finalidades sociais e econômicas do Estado, cuja realização é obrigatória para os órgãos estatais e para a sociedade ou, ao menos, os detentores de poder econômico ou social fora da esfera estatal.⁵³

Os objetivos fundamentais artigo 3º estão conectados com a noção de Estado Democrático instituído pela Constituição Brasileira de 1988, sendo que este “representa a vontade constitucional de realização do Estado Social. Trata-se de um *plus* normativo e qualitativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito”⁵⁴. Uma das condições de possibilidade da inserção do Estado nacional brasileiro na seara da globalização é o atendimento aos fins sociais e, nesse sentido, a Solidariedade é uma das condições de possibilidade de realização do Estado Democrático de Direito que “tem um conteúdo transformador de realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência.”⁵⁵

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Brasileira de 1988 está destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e, também, direitos individuais, os quais devem assegurar ao povo brasileiro uma existência digna e, por esta razão tem um compromisso “indissolúvel com a Fraternidade”⁵⁶ e, também, com a Solidariedade, porém cada uma com sua especificidade e finalidade.

Conhecer e compreender os diferentes papéis que a Fraternidade e a Solidariedade ocupam na Constituição Brasileira de 1988 é condição de possibilidade para inspirar a melhor interpretação possível ao Humanismo e instruir um novo paradigma cultural, colocando o Brasil no rumo da “via para o futuro”.

⁵³ STRECK, Lenio L. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. Comentário ao artigo 3º.I. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p.149.

⁵⁴ STRECK, Lenio L. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. Comentário ao artigo 3º.I. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p.150.

⁵⁵ STRECK, Lenio L. MORAIS, Jose Luiz Bolzan de. Comentário ao artigo 3º.I. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p.113.

⁵⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso e VALE DA SILVA, Ildete Regina. APRESENTAÇÃO. In: VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. p.7.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tentativa de substituir a Fraternidade pela Solidariedade restou frustrada. A aparente vantagem da estrutura conceitual da Solidariedade em comparação à Fraternidade que, tanto influenciou – e, ainda influencia - a formação do conhecimento humano, não se confirmou. Afinada a percepção da realidade, facilmente, compreende-se que, independentemente da organização da convivência estar ou não dominada pelo egoísmo, a aptidão de sentir é necessária nas relações sociais, porque essas são as referências que as Pessoas Humanas têm umas com as outras, mediadas pelos contextos e situações determinadas da(s) Sociedade(s) em que estão inseridas.

Portanto, é fato histórico e não retórico que na concepção moderna, a Fraternidade já detinha um referencial teórico com elementos conceituais que melhor representava a interdependência entre homens e, embora a expressão de sentimento tenha sido entendida como limite, esse entendimento não tende mais a subsistir, porque é, justamente, a ausência do sentimento que tem sido tão cara a Humanidade.

Na essência principiológica da Fraternidade, encontra-se o sentimento de singular Humanidade e, representa a recuperação de um importante fundamento da cultura ocidental, a síntese do universalismo político da modernidade e de instruir como novo, um paradigma cultural da modernidade capaz de enfrentar o desafio contemporâneo, denominado por Morin como a *“gigantesca crise planetária”*³.

E, portanto, a Fraternidade é uma categoria que melhor representa a convivência entre Pessoas Humanas nas diferentes projeções de organização da vida em Sociedade, justamente, criando, assim, a condição de possibilidade para desenvolver uma teoria capaz de superar *“a crise da humanidade que não consegue atingir o estado de humanidade”*².

A experiência política já demonstrou que *“a liberdade, sozinha, destrói a igualdade, a igualdade imposta destrói a liberdade, [...]”*⁴ e, uma nova política se faz necessária para recuperar o sentido do humano na organização da convivência em Sociedade frente às possibilidades e necessidades

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

que se apresentam localmente, mas que requerem respostas pensadas, compreendidas em um contexto cultural projetado constitucionalmente⁵,

Na ordem constitucional brasileira, a Fraternidade tem *status* de categoria estratégica e relevante na formação da cultura constitucional pela qualidade que confere à Sociedade no texto do preâmbulo; a Solidariedade constitui um dos seus objetivos fundamentais. Conhecer os diferentes papéis que ocupam na Constituição Brasileira de 1988, além aclarar os resquícios das tentativas de substituição de uma pela outra, contribui para inspirar a melhor interpretação possível ao Humanismo e instruir um novo paradigma cultural, colocando o Brasil no rumo da “via para o futuro” naquilo que dá o melhor sentido à existência da Humanidade

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da Fraternidade na política.** Trad. Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

_____. **Il dibattito intorno all’idea di Fraternità.** Prospettive di ricerca politologica. Disponível em: <<http://www.cittanuova.it/FILE/PDF/articolo20813.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

BORGETTO, Michel. **La Notion de Fraternité en Droit Public Français.** Le passe, Le présent et l’avenir de la solidarité. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1993. p. 83-85.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. A Fraternidade como uma categoria (da) política. **Revista Diálogos Críticos.** Seção Ciências Jurídicas. Vol 2 (1) Maranhão, 2012.

_____; _____. FRATERNIDADE COMO CATEGORIA POLÍTICA. **Revista Eletrônica Direito e Política,** [S.l.], v. 7, n. 3, p. 2386-2407, abr. 2014. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5590>>. Acesso em: 23 jul. 2017. doi: <https://doi.org/10.14210/rdp.v7n3.p2386-2407>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: < BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988.** 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. Roma: Carocci editore. 2001.

_____. **El Estado Constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARRAMAO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

_____. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. 2. ed. Torino: Bollati Boringhieri. 2009.

MORAIS, Jose Luiz Bolsan de. BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Entre Direitos, Deveres e Desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MUELLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MORIN, Edgar. **A VIA para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RODATA, Stefano. **Il destino contrastato di un valore fondamentale per la democrazia**. Quella virtù dimenticata. Perché in tempi difficili va ritrovata la solidarietà. Roma: La Repubblica. Roma, 25 set.2012.

STRECK, Lênio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7. ed. 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; _____. Comentário à Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013.

VALE DA SILVA, Ildete Regina, BRANDÃO, Paulo de Tarso. **CONSTITUIÇÃO E FRATERNIDADE**. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

O ESTADO LAICO COMO PROMOTOR DO BEM COMUM

Natammy Luana de Aguiar Bonisconi¹

INTRODUÇÃO

Um dos questionamentos mais relevantes da atualidade é a finalidade do Estado. Pode parecer trivial um artigo científico apresentar tal dubiedade. Entretanto, desde a Idade Média até os dias atuais, busca-se, de forma efetiva, alcançar um modelo de Estado que supra os anseios de um povo através de seu propósito.

Desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até alcançar o Estado Democrático de Direito, percebeu-se que, conforme os paradigmas fossem sendo substituídos, necessária era a mudança do curso do Estado para melhor satisfazer as necessidades da sociedade.

O sentido da palavra Constituição, no contexto de *Politeia*, é geralmente compreendido como o “modo de vida de uma sociedade”, e, a ideia que conecta este modo de vida à “forma de governo”, pode ser assimilada como aquilo que o caráter ou temperamento de uma sociedade considera mais respeitável e mais digno de admiração.²

Nesse sentido, as Constituições são reconhecidas como expressões das características culturais, religiosas, valorativas e históricas de um povo. Roger Scruton, ao analisar as influências culturais, sugere que a cultura tenha uma raiz religiosa e um significado religioso.³ Por conseguinte, as influências culturais que moldam a idiosincrasia de um povo é diretamente afetada pelos

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI, em dupla titulação com o *Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche* da Universidade de Perugia, Itália. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bolsista PROSUP/CAPES. E-mail: natammy@hotmail.com.

² STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014. P. 165

³ SCRUTON, Roger. **Modern Culture**. Bloomsbury Continuum. Disponível em: <http://portalconservador.com/livros/Roger-Scruton-Modern-Culture.pdf>. Acesso em 06 jul 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

pressupostos religiosos que, conseqüentemente, norteiam os fenômenos políticos, as proposições legislativas e o universo jurídico.

Desta forma, importante é, em meio às inúmeras complexidades enfrentadas pela sociedade hodierna, analisar as especificidades do modelo de Estado cuja função é permitir o exercício das manifestações religiosas em seu território. Em contrapartida, diante das inúmeras violações de direitos humanos cometidas em nome de algumas religiões, relevante também é a verificação da existência de limites no exercício desta liberdade dentro de um território.

É neste contexto que o Bem Comum é trazido à discussão, como uma proposta de parâmetro limitador para a fruição do direito à Liberdade Religiosa no âmbito do Estado Laico. Ademais, necessária será a discussão do princípio da neutralidade para a constatação da parcial postura ética e moral que o Estado deverá tomar para a o alcance deste Bem Comum.

1 DO ESTADO LAICO

Carl Schmitt inicia o terceiro capítulo da sua obra *“Teología Política”* estabelecendo conexões entre a Teoria do Estado e a teologia cristã. De acordo com a perspectiva do autor, *“todos los conceptos centrales de la moderna teoria del Estado son conceptos teológicos secularizados. Lo cual es cierto no sólo por razón de su evolución histórica, en cuanto fueron transferidos de la teología a la teoria del Estado”*⁴.

A origem da separação entre o Estado e Igreja é uma história iniciada na gênese da era cristã e que perdurou até o final da Idade Média, segundo Richard Mohr.⁵ Quando Jesus Cristo desafiou o senhorio de César e o totalitarismo de Roma, foi ameaçado com a crucificação. Suas palavras “deem a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”⁶ significavam que César não tinha o direito de exigir lealdade naquilo que deveria pertencer a Deus.

⁴ SCHMITT, Carl. *Teología Política*. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid: Trotta, 2009. P. 37

⁵ MOHR, Richard. *The christian origins of secularism and the rule of law*. Disponível em: https://www.academia.edu/1549528/2_The_Christian_origins_of_secularism_and_the_rule_of_law. Acesso em 18 jun 2017.

⁶ BÍBLIA. Português. *Almeida Corrigida e Revisada Fiel*. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/22/21>. Acesso em: 26 fev. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O reino espiritual de Cristo e o poder civil são realidades bem distintas⁷, já afirmava João Calvino. Sob a perspectiva da cosmovisão cristã, o governo civil foi instituído para o benefício do povo, a fim de refrear o mal e promover o bem⁸, devendo haver distinção entre aquilo que é governado pela Igreja e aquilo que está sob a autoridade do governo civil⁹.

Para os antecedentes pré-cristãos, havia um uníssono referente a íntima relação entre o poder político e a função religiosa. Era assim com os judeus, gregos e romanos.¹⁰ Todavia, a compreensão da separação entre as duas esferas – Estado (corpo político) e Igreja (religião) – alterou por completo os rumos da relação do Estado com as convicções religiosas do seu povo.

O processo de secularização, que teve o seu ápice principalmente na época do Renascimento, que buscou erradicar qualquer influência do transcendente sobre as esferas temporais, empurrou para a vida particular toda e qualquer manifestação religiosa com o intuito de ‘secularizar’ as esferas públicas, ou seja, eliminar todo e qualquer vestígio de conteúdo religioso da vida pública a fim de permitir que as áreas que anteriormente sofriam influências diretas das religiões, principalmente do Cristianismo, encontrassem enfim a sua neutralidade.

Diante disso, e impulsionada pela Revolução Francesa¹¹, foi proposta a “ a ruptura arbitrária e artificial do elo essencial que une toda a atividade com a ordem teonômica”¹²: o secularismo francês, também conhecido como laicismo. Em suma, a compreensão de que o Estado poderia se tornar axiologicamente neutro diante da relegação da religiosidade à esfera privada, criou o errôneo

⁷ CALVINO, João. **A instituição da religião cristã**. São Paulo: UNESO, 2009. P. 876 *Apud* FERREIRA, Franklin. **Contra a idolatria do Estado**. p. 195

⁸ BÍBLIA. Português. **Almeida Corrigida e Revisada Fiel**. Disponível em: <https://www.biblionline.com.br/acf/rm/13>. Acesso em: 26 fev. 2017.

⁹ BÍBLIA. Português. **Almeida Corrigida e Revisada Fiel**. Disponível em: <https://www.biblionline.com.br/acf/mt/22> . Acesso em 26 fev. 2017.

¹⁰ MACHADO, Jónatas. **Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 14-15

¹¹ Segundo o Sociólogo francês Jean Baubérot, “*El laicismo es obra de acciones políticas con el propósito de reducir la influencia de las iglesias en la sociedad y las instituciones. El momento fundador de la laicización tiene su origen en la Revolución Francesa, en 1789.* BEAUBEROT, Jean. *El origen del Estado laico - Ni para Dios ni para el Diablo. La Jornada*. N. 116. Disponível em: <http://www.jornada.unam.mx/2006/03/02/ls-laicismo.html>. Acesso em: 06 mar. 2017.

¹² CIFUENTES, Rafael Llano. *Relações entre a Igreja e o Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro, José Olympio, 1989. P. 158, *Apud* RANQUETAT JR; Cesar. *Laicidade, Laicismo e Secularização: definindo e esclarecendo conceitos. Revista Sociais e Humanas*. V. 21. N.1. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/773>. Acesso em 08 mar. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

entendimento de que a religiosidade não deveria exercer influência alguma sobre o espaço público. Na verdade, de acordo com a perspectiva da cosmovisão¹³, isto é impossível.

É importante salientar que o Estado Laico não pode ser confundido com aquele em que a pessoa que professa uma determinada religião não possa se manifestar, ter opinião ou não possa desejar ter representantes que façam as leis de acordo com os princípios e valores em que acredita, atuando em consonância com vontade da maioria, respeitando as minorias.¹⁴

A separação do Estado das confissões religiosas não significa o desconhecimento da realidade social e cultural religiosa e o abandono das confissões religiosas para a esfera privada. Semelhantemente, a existência das confissões e das suas atividades não pode ser ignorada ou deixada em segundo plano, não impedindo que sejam firmados laços de cooperação entre elas e o Estado nas mais diversas esferas.¹⁵

Em um Estado democrático, o Estado Laico é constituído por homens eleitos pelo povo os quais representam a vontade da sociedade, bem como o regime jurídico e a ordem pública de seu determinado país. Portanto, neste tipo de Estado, é a própria sociedade que estabelece as normas e o governo, e não os líderes religiosos, os quais deverão respeitar a vontade popular.¹⁶

Logo, nas palavras de Paulo Bessa “o Estado Laico pode ser definido como a instituição política legitimada pela soberania popular em que o poder e a autoridade das instituições do Estado vêm do povo.” Desta feita, tal conceito está estritamente ligado à democracia e à tutela dos direitos fundamentais.

¹³ Traduzida da palavra alemã *Weltanschauung*, a cosmovisão foi mencionada primariamente por Immanuel Kant, em sua obra *Crítica do Juízo*. No idealismo alemão, o termo foi utilizado “para designar um conjunto de crenças que fundamentam e moldam todo pensamento e toda ação humana”. Tendo em vista ser considerada uma interpretação pré-teórica da realidade, é consabida a impossibilidade do ser humano prescindir de suas cosmovisões. SIRE, James W. **Dando nome ao elefante: Cosmovisão como um conceito**. Traduzido por: Paulo Zacharias e Marcelo Herberts. Ed.1. Brasília: Editora Monergismo, 2012.

¹⁴ MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé. **Parecer**. p. 12. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/viewFile/956/647>. Acesso em 04 jul 2017.

¹⁶ MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé. **Parecer**. p. 12. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Interessante se faz a fundamentação da Laicidade em dois princípios: o primeiro está relacionado à autonomia das comunidades religiosas perante o Estado, impedindo a interferência do estado em assuntos estritamente religiosos, bem como o embaraço de qualquer religião com o Estado; enquanto que o segundo está relacionado à liberdade de crença. Com efeito, o Estado Laico não é desfavorável a qualquer religião, posto que possibilita a convivência de diversos credos em seu território.¹⁷

Em linhas gerais, Ives Gandra Martins¹⁸ afirma que o Estado Laico não é ateu ou agnóstico. Ao contrário disso, é um Estado que se caracteriza pela possibilidade de expressão de consciência e crença e que não apresenta vinculação com as decisões ou qualquer incidência direta de instituições religiosas.

De fato, o Estado que possibilita o direito de seus habitantes a continuarem a exercer suas crenças independentemente de qualquer influência lhes garante o direito de liberdade de religião resguardado pela Declaração Universal de Direitos Humanos e, no caso do estado brasileiro, tutela a Liberdade Religiosa elencada no rol de direitos e garantias fundamentais.

A compreensão das implicações do princípio da Laicidade para a presente pesquisa reside na correta interpretação da importância da ação negativa do Estado para o exercício da Liberdade Religiosa. Para tanto, é imperioso enfatizar que a Laicidade é, sobretudo, um fenômeno político e não um problema religioso, ou seja, ela deriva do Estado e não da religião. É o Estado que afirma e, em alguns casos, impõe a laicidade¹⁹, muito embora algumas religiões também a defendam.

A atual Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Maria Lúcia Lencastre Ursaia, em 2009 Juíza da 3ª Vara Cível Federal de São Paulo, indeferiu, naquele mesmo ano, a medida liminar pleiteada em Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público, de que fossem retirados

¹⁷ NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

¹⁸MARTINS, Ives Gandra. **Estado laico não é ateu ou agnóstico**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/estado-laico-nao-ateu-ou-agnostico-ives-gandra-martins>. Acesso em: 16 set. 2014.

¹⁹ BRACHO, Carmen Vallarino. *Laicidad y Estado Moderno: definiciones y procesos*. **Cuestiones Políticas**. V. 21. N. 34. Disponível em: <http://produccioncientificaluz.org/index.php/cuestiones/article/view/14412/14389>. Acesso em 08 mar. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

todos símbolos religiosos (crucifixos, imagens, etc.) ostentados nos órgãos públicos da União no Estado de São Paulo. De acordo com o entendimento da Magistrada²⁰,

[...] o Estado Laico não deve ser entendido como uma instituição antirreligiosa ou anticlerical. Na realidade o Estado Laico é a primeira organização política que garantiu a Liberdade Religiosa. A liberdade de crença, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado Laico e não como oposição a este. O Estado Laico pode ser definido como a instituição política legitimada pela soberania popular em que o poder e a autoridade das instituições do Estado vêm do povo. Tal conceito está intimamente ligado à democracia e ao respeito dos direitos fundamentais.

Paulo Gustavo Gonet Branco²¹ corrobora com tal entendimento ao destacar que um Estado Laico não é inimigo da fé. Pelo contrário, o Estado Laico deve permitir as diversas manifestações religiosas com a finalidade de possibilitar aos habitantes de um determinado território a busca individual pelo Bem Comum espiritual. No entanto, tais manifestações deverão respeitar as normas de direitos humanos e fundamentais e perseguir o Bem Comum, que resgata no Direito Natural a sua inspiração.

2 DO BEM COMUM

Jaques Maritain, ao apontar os erros da democracia burguesia do século XIX, rerepresentou a importância da religião na vida cívica e propostas de como os homens, mesmo possuindo concepções diferentes, em matéria metafísica ou religiosa, podem convergir em virtude de uma semelhança analógica de princípios práticos na busca pela verdade, pela inteligência, pela dignidade humana, pela liberdade, pelo amor fraterno e pelo valor absoluto do bem moral.²²

A partir deste entendimento, as características idealizadas concernentes ao Estado Laico apresentam o Estado à serviço do homem, necessário para auxiliá-lo na sua indispensável busca pelo bem espiritual enquanto se ocupa em ser um real instrumento para o Bem Comum de todos. John Haldane defende que o Estado existe em partes para promover o Bem Comum, e,

²⁰ JFSP. Justiça Federal de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 2009.61.00.017604-0**. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoies/2009/090820Simbolos.pdf>. Acesso em 08 mar. 2017.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 318.

²² MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1956. p. 130-131.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

fundamentalmente, para proteger os interesses dos seus membros de prejuízos que podem ser promovidos pela ação de outros.²³

O Bem Comum, para Maritain, “não é apenas a coleção de haveres e serviços públicos que a organização da vida comum pressupõe, a saber: uma condição fiscal sadia, uma poderosa força militar, o corpo das leis justas, dos bons costumes e das instituições sábias que fornecem à sociedade política a sua estrutura, a herança de suas grandes evocações históricas, seus símbolos e suas glórias, suas tradições vivas e seus tesouros culturais.”²⁴

Maritain²⁵ incluía em sua concepção de Bem Comum,

a integração sociológica de toda consciência cívica – virtudes políticas e senso da lei e da liberdade – de toda atividade – prosperidade material e riqueza espiritual – de toda sabedoria hereditária operando de modo inconsciente, da retidão moral, da justiça, da amizade, da felicidade, da virtude e do heroísmo nas vidas individuais dos membros dos corpos políticos.

Em vista disso, melhorar as condições da vida humana e alcançar o Bem Comum da multidão, de tal modo que cada pessoa, e não somente uma classe privilegiada, possa realmente alcançar aquela medida de independência, que é própria da vida civilizada²⁶, são subentendidos como o *background* norteador do desenvolvimento dos objetivos específicos concernentes ao Estado Laico e a conseguinte Liberdade Religiosa.

John Finnis identificou como Bem Comum os fatores ou um grupo de fatores (sejam valores, objetivos concretos ou até mesmo condições para se alcançar um valor ou atingir algum objetivo), que, como considerações no raciocínio prático de alguém, faria sentido ou daria razão para a colaboração de um indivíduo com outros e, da mesma forma, fomentaria a colaboração de outros com esse indivíduo²⁷.

²³ HALDANE, John. *Practical Philosophy: ethics, society and culture*. St Andrews: St Andrewws, 2009.

²⁴ MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1956. p. 21-22

²⁵ MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1956. p. 21-22

²⁶ MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1956.

²⁷ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Do mesmo modo, o filósofo australiano deixou claro que as definições de Bem Comum não implicam que os membros de uma comunidade devem compartilhar dos mesmos valores e objetivos (ou um grupo de valores e objetivos); mas esclarece que há um conjunto (ou um grupo de conjuntos) de condições necessárias a cada um dos membros para possibilitar que estes alcancem os seus próprios objetivos.²⁸

Assim, importante e imprescindível para a compreensão do Bem Comum está o Direito Natural. Para Finnis, o Direito Natural seria o conjunto de princípios da razoabilidade prática que ordena a vida humana e a comunidade humana²⁹, todavia, não é cabível ao Estado a função de promover a realização plena dos seus cidadãos. Dessa forma, o Estado não seria a instância responsável por todas as exigências de coordenação comunitária em prol da realização humana. Ou seja, Finnis defende a existência de aspectos que podem ser bem realizados pelos indivíduos, pelas famílias, associações ou quaisquer outras comunidades intermediárias pertencentes à comunidade política.

30

Adepto da teoria do princípio da subsidiariedade, que defende que há alguns bens que nunca pertencerão à esfera política mas permanecerão na sempre esfera privada, o filósofo acreditava que apenas caberia ao Estado promover os bens interpessoais, podendo intervir de forma coercitiva sempre que pudesse ocorrer distúrbios na harmonia comunitária. Denominando tal bem de ‘bem público’, Finnis percebe que os bens interpessoais estão intrinsecamente ligados à ideia de justiça. Ou seja, o conteúdo do Bem Comum público seria constituído pela justiça, e o Direito, objeto da justiça, seria o meio pelo qual o Estado realizaria a justiça e, conseqüentemente, alcançaria o Bem Comum.³¹

²⁸ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 156

²⁹ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 280

³⁰ OLIVEIRA, Elton Somensi de. Bem comum, razoabilidade prática e direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis. **Dissertação.** UFRGS. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/1937/000312406.pdf?sequence=1> . Acesso em 17 jun 2017. P. 113.

³¹ OLIVEIRA, Elton Somensi de. Bem comum, razoabilidade prática e direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis. **Dissertação.** UFRGS. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/1937/000312406.pdf?sequence=1> . Acesso em 17 jun 2017. p. 8.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Falar sobre justiça é discutir sobre valores, segundo Leo Strauss. A defesa do filósofo alemão pela discussão de valores é justificável em vista da definição do conceito de justiça. Enquanto que para o direito positivo não importa que o direito seja efetivamente justo, desde que ele manifeste em normas válidas e eficazes, Strauss apresenta o Direito Natural como a teoria que corrobora com a validade de uma norma desde que esta seja justa. Para o autor, o ideal de justiça, “o conhecimento do que é justo aqui e agora, daquilo que é por natureza intrinsecamente bom [...] não pode ser um conhecimento científico”, apenas será alcançado desde contribua para a consecução do Bem Comum.³²

Debater direitos naturais atualmente pode trazer uma certa inquietação. Apesar de muitos acreditarem ser um anacronismo a discussão sobre o assunto, principalmente no ambiente jurídico, tão influenciado pela tradução positivista; Strauss³³ defende o Direito Natural como “um padrão de certo e errado independente do direito positivo e mais elevado que ele: um padrão por meio do qual somos capazes de julgar o direito positivo.”

Ao reconhecer o posicionamento antagônico do historicismo para com o Direito Natural, que não reconhece a existência de tal direito em razão da história e a antropologia não o reconhecerem (como discernível pela razão humana e universalmente reconhecido), Strauss defende que o “consenso de toda a humanidade” não é de forma alguma uma condição necessária para a existência do Direito Natural.³⁴

Contrário à teoria valorativa do direito defendida pela teoria do Direito Natural, Hans Kelsen afirma que

não há valores absolutos mas apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos.³⁵

³² STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014. P. 122

³³ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3

³⁴ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 11

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1999. P. 47-48.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Portanto, um dos principais nomes do positivismo jurídico afirma não acreditar em uma “moral” absoluta que seja válida em todo o tempo e espaço, ao defender que “a validade de uma ordem jurídica positiva seja independente de sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral”.³⁶

A despeito de reconhecer que os valores são influenciados por determinadas épocas ou culturas, há a possibilidade de que os mesmos sejam universais,³⁷ e justifica Strauss que a falta de consenso unânime a respeito dos princípios de justiça pode ser explicada pela corrupção da natureza humana naqueles que desconhecem os “verdadeiros princípios.”³⁸

Ao fundamentar diversas de suas pressuposições na filosofia clássica, principalmente nas obras de Platão e Aristóteles, Strauss³⁹ valorizou a concepção ontológica do homem ao reconhecer os seus aspectos imanentes e transcendentais. Por certo tal compreensão pode parecer obsoleta para o mundo hodierno em vista da filosofia moderna buscar não apenas invalidar o caráter transcendente do indivíduo, mas, do mesmo modo, rejeitar a ontologia da filosofia clássica, que enxergava o homem também como um ser espiritual.⁴⁰

Tendo em vista o propósito do presente artigo não ser o de apresentar as divergências entre as teorias de Direito Natural e Direito Positivo, que há séculos são debatidas, é pertinente ressaltar que a concepção de Bem Comum está inerentemente relacionada à definição de justiça que, de acordo com a perspectiva do Direito Natural, é referenciada como de vital importância para o

³⁶ REIS, Patrícia Carvalho. Considerações sobre o Direito Natural na obra de Leo Strauss. **Cadernos de Ética e Filosofia**. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/55957>. Acesso em 05 jul 2017. p. 36

³⁷ REIS, Patrícia Carvalho. Considerações sobre o Direito Natural na obra de Leo Strauss. **Cadernos de Ética e Filosofia**. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/55957>. Acesso em 05 jul 2017. p. 37.

³⁸ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 118

³⁹ Diferentemente de Strauss, Finnis buscou desvincular o direito natural das características transcendentais que sempre o acompanharam, dissociando-o de qualquer critério de justificação de cunho eminentemente metafísico. O filósofo australiano buscou legitimar o direito natural de acordo com os bens humanos, aos quais imputou uma autoevidência que somente poderiam ser alcançados por meio de instituições do direito humano e requisitos de razoabilidade prática. PEREIRA, Matheus Bevilacqua Campelo. A teoria do direito natural de John Mitchell Finnis. **Dissertação**. PUC Rio. 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17122/17122_3.PDF. Acesso em 05 jul 2017. P.20.

⁴⁰ Para a construção deste entendimento é importante ressaltar a relevância das conversas tidas com Semi Chung Azeka, motivadora dos estudos sobre a importância da compreensão da filosofia clássica, especialmente da contribuição platônica, para a construção de um conhecimento mais abrangente e satisfatório a respeito do assunto.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

homem⁴¹. Portanto, neste ponto, o Direito Natural é compreendido como uma das teorias que buscam justificar a necessidade da discussão acerca do Bem Comum, em razão de que as leis apenas serão justas desde que cooperem para alcançar tal objetivo como finalidade do Estado.

Portanto, o Estado ser compreendido como um meio para se alcançar o Bem Comum, e não como um fim em si mesmo, possibilita aos seus habitantes a busca individual pelo Bem Comum espiritual por meio do exercício da Liberdade Religiosa. Entretanto, é importante lembrar que toda antítese religiosa é absoluta. “Um ponto de partida verdadeiramente religioso ou reivindica ser absoluto ou extingue-se”, defende Herman Dooyeweerd⁴². A partir deste ponto de vista, é compreensível que haja choques entre as diferentes confissões religiosas e, principalmente, entre as práticas religiosas e norma constitucional do Estado Laico.

Assim sendo, importante é compreender como o Bem Comum pode ser utilizado como uma proposta de parâmetro limitador para o correto uso da Liberdade Religiosa dentro do Estado Laico para que este, no exercício de suas funções, seja um agente cooperador do indivíduo na busca do seu Bem Comum espiritual.

3 O ESTADO LAICO COMO PROMOTOR DO BEM COMUM

Antes de iniciar a composição das ideias que culminarão na consecução do objetivo proposto da pesquisa, importante é, sucintamente, discorrer acerca da liberdade. Desde a conhecida Batalha de Termópilas, travada entre cerca de 7 mil soldados gregos contra 100 a 150 mil homens das tropas do Império Persa; percebe-se uma incessante busca pela liberdade individual humana, “conquistada e mantida com intrepidez quando ameaçada”. Neste caso, intimidada pelo Rei Xerxes.⁴³

A partir de então, inúmeros foram os conflitos, combates e controvérsias travados em favor de um único objetivo: a liberdade. Frequentemente a busca pela liberdade envolve a relação do indivíduo com o Estado. Muitos, nos sécs. XVIII e XIX, por exemplo, acreditavam que o Estado era a principal

⁴¹ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. P. 117.

⁴² Dooyeweerd, Herman. **Raízes da cultura ocidental: as opções pagãs, secular e cristã**. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2015. P. 21-25

⁴³ FERREIRA, Franklin. **Contra a idolatria do Estado – o papel do cristão na política**. São Paulo: Vida Nova, 2016. p. 29-30.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

ameaça à liberdade, enquanto que no século XX, passaram a enxergá-lo como o principal promotor da liberdade.⁴⁴

Entretanto, segundo a concepção de autonomia do indivíduo apresentada por Kant⁴⁵, o entendimento de John Locke destacado em *Two Treatises of Government*⁴⁶, e a noção de Montesquieu, afirmada em *The Spirit of Laws*⁴⁷, a liberdade não pode e nem deve ser compreendida como algo ilimitado. Everett Dean Martin esclarece que as pessoas que possuem tradições diferentes utilizarão a liberdade para fins diferentes. Para o autor, “*they place different emphases and valuations on the possibilities of experience and hence would (direct and) control these possibilities for different purposes*”⁴⁸.

Dentro deste contexto, é consabido que não há em canto algum do universo cógico alguma forma de Estado ou de organização governamental que tenha sido totalmente aceita e bem-sucedida. *Men are different*, lembra Russel Kirk⁴⁹, e é em razão das distintas cosmovisões existentes que os indivíduos pensam diferentemente e terão naturalmente opções e escolhas muitas vezes divergentes e antagônicas.

Todavia, é preciso levar em consideração que as instituições políticas são apenas uma parte de toda a estrutura da civilização⁵⁰, ou seja, uma fração do todo que compõe uma sociedade, também constituída pelos hábitos morais, culturais, religiosos; pela ciência, arte e literatura. Neste passo, o Estado não é constituído apenas por normas postas, mas por princípios e valores que representam o seguro alicerce para a positivação das leis que sustentam os direitos e as liberdades.

⁴⁴ KOYZIS, David T. **Visões e Ilusões Políticas**: uma análise e crítica cristã das ideologias contemporâneas. p. 51

⁴⁵ KOYZIS, David T. **Visões e Ilusões Políticas**: uma análise e crítica cristã das ideologias contemporâneas. p. 57

⁴⁶ LOCKE, John. **Two Treatises of Government (illustrated)**. A.R.N. Publications. Edição do Kindle. P. 4033-4041.

⁴⁷ DE SECONDAT, Charles. **The Spirit of Laws**. Tradução de: Thomas Nuget. Kitchener: Batoche Books, 2001. Disponível em: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3113/montesquieu/spiritoflaws.pdf>. Acesso em 09 jul. 2017. p. 468. p. 172

⁴⁸ MARTIN, Everett Dean. **Liberty**. Nova York: W.W. Norton & Company Inc. Publishers, 1930. P. 193

⁴⁹ KIRK, Russel. **The Best Form of Government**. The Russel Kirk Center for Cultural Renew. Disponível em: <http://www.kirkcenter.org/detail/the-best-form-of-government>. Acesso em 04 jul 2017.

⁵⁰ KIRK, Russel. **The Best Form of Government**. The Russel Kirk Center for Cultural Renew. Disponível em: <http://www.kirkcenter.org/detail/the-best-form-of-government>. Acesso em 04 jul 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Leo Strauss ao contrapor-se ao historicismo e ao positivismo jurídico, pelo fato destes não atentarem para os aspectos axiológicos e principiológicos do homem, afirmou que “se nossos princípios não têm nenhuma outra base além de nossas preferências cegas, todas as coisas que um homem tiver ousadia para fazer serão permissíveis”⁵¹, alertando para os subjetivismos que tais ponderações poderiam acarretar.

Considerar as inúmeras dificuldades que diversas nações têm encontrado para lidar com as violações das suas normas constitucionais; frutos de evoluções históricas, reconhecimento de valores e características peculiares de um povo, apenas constata que as evoluções paradigmáticas ocorridas desde o final da Idade Média não têm sido suficientes para defrontar tamanhos descumprimentos de ordem legislativa, especialmente em nível internacional.

Por isso é importante revisitar algumas teorias antigas e consideradas defasadas, como a teoria do Direito Natural e do Bem Comum e analisá-las como propostas factíveis de resolução de conflitos e como possíveis métodos sugestivos para casos difíceis que envolvem não apenas implicações jurídicas, mas também políticas, filosóficas e religiosas.

Seguindo o entendimento de Maritain, o Bem Comum perpassa a coleção de haveres e serviços públicos, virtudes políticas e senso da lei e da Liberdade e alcança também a busca espiritual do indivíduo. Então, ao proteger e promover as liberdades de pensamento, de consciência e de religião, o Estado Laico não poderá se opor à qualquer forma de manifestação de pensamento, de consciência e de religião, desde que esta não seja contrária aos interesses do Bem Comum.

Logo, é dever do Estado diferenciar em caráter protetivo as manifestações religiosas que contribuem ou dificultam com a consecução dos axiomas elementares de sua Constituição, favorecendo as confissões que cooperam e obstaculizando as crenças que prejudicam a comunidade política no alcance de seus princípios e objetivos fundamentais.⁵²

⁵¹ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 6.

⁵² Sobre o assunto, Rousas John Rushdoony compreende que “[...] cada Estado ou ordem social é também um sistema religioso. Qualquer Estado configura-se como uma ordem legal, e toda ordem legal, por sua vez, representa uma moralidade promulgada, que atua em favor do cumprimento dessa moralidade. Toda moralidade representa uma forma de ordem teológica, isto é, um aspecto e expressão de uma religião. A igreja não é, portanto, a única instituição religiosa, pois o Estado também o é.” RUSHDOONY, Rousas John. **Cristianismo e Estado**. Tradução de: Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Editora Monergismo, 2016.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Jónatas Machado⁵³ é claro ao afirmar que uma “absoluta neutralidade ética e religiosa do direito constitucional da religião é manifestamente impossível”. Partindo desta compreensão, o professor da Universidade de Coimbra defende o entendimento de que

o Estado Constitucional não pode pretender ser *eticamente neutro*, na medida em que os valores da dignidade, igualdade, liberdade, responsabilidade, democracia, separação de poderes, verdade, racionalidade, justiça e solidariedade são valores positivos, no sentido de que supõem uma tomada de posição moral e ética.⁵⁴

Isto posto, é legítimo ao Estado apoiar iniciativas, sejam elas religiosas ou não, que tenham por finalidade repercutir positivamente no interesse social em áreas como a educação, saúde, assistência social, no combate à dependência química, à discriminação racial, à violência doméstica, à pobreza, etc., sem considerar as motivações que lhes sirvam de base.⁵⁵

Portanto, não há como o Estado agir diante das diversas opções de manifestações religiosas (sejam as crenças desenvolvidas no âmbito da filosofia ou da religião) sem se posicionar de alguma forma. Se os interesses defendidos por um grupo religioso forem compatíveis com os axiomas do Estado e seus direitos e garantias fundamentais, não há qualquer problema em o próprio Estado agir favoravelmente em benefício de tal comunidade.

Em contrapartida, o Estado não deverá ficar indiferente quando organizações religiosas buscarem de alguma forma atentar contra o princípio da dignidade humana, combater a defesa de certos direitos humanos fundamentais ou conspirar contra a segurança nacional. Neste caso é dever do Estado agir em conformidade aos seus interesses constitucionais e, de forma parcial e não neutra, tomar as medidas cabíveis, necessárias e legalmente previstas.

Por fim, diante do exposto, resta perceptível a possibilidade do Estado Laico cooperar com o alcance do Bem Comum quando permitir o exercício da Liberdade Religiosa em seu território ou quando

Edição Kindle. p. 623-626.

⁵³ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 134.

⁵⁴ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 138.

⁵⁵ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

restringir a manifestação de certas práticas religiosas, quando estas não colaborarem com a consecução dos valores e princípios constitucionais de uma nação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Jónatas Machado afirma que a comunidade política é uma comunidade cultural, sendo, em alguns casos, a religião um importante elemento da cultura constitucional. Portanto, o princípio da neutralidade ideológica e religiosa do Estado é uma dimensão essencial do direito constitucional da religião que merece ser abordado, levando em consideração todas as formas de interferência cultural na construção do Estado Constitucional.⁵⁶

Os pressupostos materiais e culturais formadores de uma ordem constitucional livre e democrática, longe de serem verdades evidentes por si mesmas, são indissociáveis da história das ideias religiosas, filosóficas e políticas na Europa, num percurso de sedimentação que encontrou na Cristandade, no Renascimento, na Reforma, no Iluminismo e no Liberalismo alguns de seus elementos estruturantes mais fundamentais.⁵⁷

É possível conceber que, a partir de uma perspectiva política, a religião pode e deve ser aceita como parte da realidade e da herança cultural de uma sociedade ou nação, sendo também parte indispensável do entendimento de Bem Comum.⁵⁸

A compreensão da existência de uma *reserva de identidade cultural* reconhece que os valores estruturantes do Estado Constitucional não surgiram de qualquer “flutuação quântica” no vácuo, mas resultaram de um processo histórico e cultural, “de dimensão civilizacional, em que a crença religiosa e filosófica na existência de determinados valores objetivos desempenhou um papel formativo indeclinável, numa dialéctica de tese, antítese e síntese.”⁵⁹

⁵⁶ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa**: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 131.

⁵⁷ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa**: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 132.

⁵⁸ PALOMINO, Rafael. *Religion and Neutrality: Myth, Principle, and Meaning*. **BYU Law Review**. Volume 2011. Disponível em <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2011/iss3/5>. Acesso em 18 jun 2017. p. 673 e 674

⁵⁹ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa**: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 132.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Ao levar em consideração a ideia de que os seres humanos não seriam apenas seres temporais, pelo fato de se relacionarem com o Deus que os criou e redimiu, Tomás de Aquino percebeu ser necessária a adição do Bem Comum sobrenatural em complementação ao Bem Comum natural, que incorporava apenas o bem-estar temporal dos indivíduos.⁶⁰

A liberdade concedida ao indivíduo também se estende às instituições religiosas, oportunizando ao Estado e às confissões religiosas a mesma finalidade: o Bem Comum. O Estado se preocuparia com o Bem Comum secular, enquanto forneceria as liberdades para que instituições religiosas se seriam encarregadas da consecução do Bem Comum espiritual. Assim, o Estado Laico, enquanto se ocupa com a promoção do Bem Comum temporal à sociedade, fornece as condições necessárias ao povo para busquem, dentro da finalidade do Bem Comum temporal, o desenvolvimento do Bem Comum espiritual.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BEAUBEROT, Jean. *El origen del Estado laico - Ni para Dios ni para el Diablo*. **La Jornada**. N. 116. Disponível em: <http://www.jornada.unam.mx/2006/03/02/ls-laicismo.html>.

BÍBLIA. Português. **Almeida Corrigida e Revisada Fiel**. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/22/21>.

BÍBLIA. Português. **Almeida Corrigida e Revisada Fiel**. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/rm/13>.

BÍBLIA. Português. **Almeida Corrigida e Revisada Fiel**. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/acf/mt/22>.

BRACHO, Carmen Vallarino. Laicidad y Estado Moderno: definiciones y procesos. **Cuestiones Políticas**. V. 21. N. 34. Disponível em: <http://produccioncientificaluz.org/index.php/cuestiones/article/view/14412/14389>.

CIFUENTES, Rafael Llano. Relações entre a Igreja e o Estado. 2. ed. Rio de Janeiro, José Olympio, 1989. P. 158, *Apud RANQUETAT JR; Cesar. Laicidade, Laicismo e Secularização: definindo e esclarecendo conceitos*. **Revista Sociais e Humanas**. V. 21. N.1. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/sociaisehumanas/article/view/773>.

⁶⁰ KOYZIS, David T. **Visões e Ilusões Políticas**: uma análise e crítica cristã das ideologias contemporâneas. Tradução de: Lucas G. Freire. São Paulo: Vida Nova, 2014.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

DE SECONDAT, Charles. ***The Spirit of Laws***. Tradução de: Thomas Nuget. Kitchener: Batoche Books, 2001. Disponível em: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf>.

Dooyweerd, Herman. **Raízes da cultura ocidental: as opções pagãs, secular e cristã**. São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2015. P. 21-25

FERREIRA, Franklin. **Contra a idolatria do Estado – o papel do cristão na política**. São Paulo: Vida Nova, 2016.

FINNIS, John. ***Natural Law and Natural Rights***. 2. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. 2. Ed. 5. Coimbra: Almedina, 2013.

HALDANE, John. ***Practical Philosophy: ethics, society and culture***. St Andrews: St Andrewws, 2009.

JFSP. Justiça Federal de São Paulo. **Ação Civil Pública nº 2009.61.00.017604-0**. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoies/2009/090820Simbolos.pdf>.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

KIRK, Russel. ***The Best Form of Government***. *The Russel Kirk Center for Cultural Renew*. Disponível em: <http://www.kirkcenter.org/detail/the-best-form-of-government>.

KOYZIS, David T. **Visões e Ilusões Políticas: uma análise e crítica cristã das ideologias contemporâneas**. Tradução de: Lucas G. Freire. São Paulo: Vida Nova, 2014.

LOCKE, John. ***Two Treatises of Government (illustrated)***. A.R.N. Publications. Edição do Kindle. P. 4033-4041.

MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 134.

MACHADO, Jónatas. **Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1956.

MARTIN, Everett Dean. ***Liberty***. Nova York: W.W. Norton & Company Inc. Publishers, 1930.

MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé. **Parecer**. p. 12. Disponível em: <http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**.ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://portal.idp.emnuvens.com.br/observatorio/article/viewFile/956/647>.

MOHR, Richard. *The christian origins of secularism and the rule of law*. Disponível em: https://www.academia.edu/1549528/2_The_Christian_origins_of_secularism_and_the_rule_of_la_w.

NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi**. Disponível em: jus.com.br/artigos/20257/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Acesso em 27 ago. 2014.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. Bem comum, razoabilidade prática e direito: a fundamentação do conceito de bem comum na obra de John M. Finnis. **Dissertação**. UFRGS. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/1937/000312406.pdf?sequence=1>.

PALOMINO, Rafael. *Religion and Neutrality: Myth, Principle, and Meaning*. **BYU Law Review**. Volume 2011. Disponível em <http://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2011/iss3/5>. Acesso em 18 jun 2017.

PEREIRA, Matheus Bevilacqua Campelo. A teoria do Direito Natural de John Mitchell Finnis. **Dissertação**. PUC Rio. 2010. Disponível em: https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/17122/17122_3.PDF.

REIS, Patrícia Carvalho. Considerações sobre o Direito Natural na obra de Leo Strauss. **Cadernos de Ética e Filosofia**. Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/55957>.

RUSHDOONY, Rousas John. **Cristianismo e Estado**. Tradução de: Fabrício Tavares de Moraes. Brasília: Editora Monergismo, 2016. Edição Kindle.

SIRE, James W. **Dando nome ao elefante: Cosmovisão como um conceito**. Traduzido por: Paulo Zacharias e Marcelo Herberts. Ed.1. Brasília: Editora Monergismo, 2012.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCRUTON, Roger. **Modern Culture**. Bloomsbury Continuum. Disponível em: <http://portalconservador.com/livros/Roger-Scruton-Modern-Culture.pdf>. Acesso em 06 jul 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

SCHMITT, Carl. **Teología Política**. Tradução de Francisco Javier Conde e Jorge Navarro Pérez. Madrid:
Trotta, 2009.

**CONSTITUIÇÃO, NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS RISCOS À ORDEM
CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA ADVINDOS DA SUA INCOMPREENSÃO PELOS
APLICADORES DO DIREITO**

Patrícia Pasqualini Philippi¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo a análise da Constituição, o que nesse espaço se faz voltada à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A proposta é tratar das normas de direitos fundamentais dentro da sua divisão como regras e princípios e como a incompreensão dessa estrutura, além de moldar-se e possivelmente voltar-se a atos de protagonismo ou voluntarismo judicial, faz ruir a própria ordem constitucional, tornando o Estado Democrático de Direito num verdadeiro simulacro.

Corroborando com a ideia dos riscos que as incompreensões, modismos e subjetivismos podem resultar ao aplicador do Direito, procura-se discutir e aclarar a importância distintiva das famílias da civil law e da common law, cuja confusão, mescla ou simbiose teórico-prática pelos juízes e Tribunais, aliás, em todas as suas instâncias, pode acarretar, particularmente, quando a ordem jurídica no Brasil deve seguir o alinhamento do direito legislado (civil law) e que nega a abertura e elasticidade interpretativa e argumentativa principiológica e moral das normas de direitos fundamentais.

A proposta discutida, portanto, é além de firmar a divisão das normas de direitos fundamentais em regras e princípios, estudar a forma com que estes devem ser aplicados por nossos juízes e Tribunais, sem prejuízo, da compreensão anterior de que para cada família do direito (civil law e common law),

¹ Advogada; Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal; Introdução ao Estudo do Direito e da Prática Jurídica da UNIDAVI – Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí; Mestre e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: philippi@unidavi.edu.br

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

o foco produtivo, interpretativo e finalmente, de aplicação do Direito é único e completamente distinto.

Assim, no primeiro item convida-se o leitor a um pensar na Constituição como ordem máxima e da importância em aplicá-la e honrá-la, com especial destaque ao fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi constituída após traumático período de ditadura militar, e por isso mesmo, nela foram inseridos o maior elenco de direitos e garantias fundamentais, cuja limitação ou mitigação, só poderá resultar da própria Constituição.

O segundo item dedica-se por sua vez a debater a conflituosidade humana e como os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição servem de barreira não apenas ao poder do Estado, mas também, às relações pessoais, distinguindo-se ainda tais normas, em regras e princípios.

No terceiro e último item, analisa-se a crise e a mescla de identidade das famílias do direito retratadas na família da civil law e da common law, sustentando-se a ideia de que a ordem jurídica brasileira tem na legislação e não nas decisões judiciais, a massa produtiva do Direito, destacando-se ainda a insipiência existente na interpretação e aplicação das regras e princípios, o que na colcha de retalhos que acoberta a jurisdição, camufla o voluntarismo judicial e acaba por fragilizar e até mesmo desmantelar as normas de proteção fundamentais pela mitigação, limitação e negação de direitos, pondo em risco a manutenção do Estado Democrático de Direito e da própria Constituição.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método Indutivo, tanto na Fase de Investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente², da Categoria³, do Conceito Operacional⁴ e da Pesquisa Bibliográfica.⁵

² Conceitua-se Referente como “a explicitação prévia do(s) motivos, do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54.

³ Denomina-se Categoria “a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 25.

⁴ Conceito Operacional é a “definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 37).

⁵ Pesquisa Bibliográfica é expressão que indica a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. p. 209.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

1 CONSTITUIÇÃO⁶

A Constituição é a identidade de um país, a quem deve ser conferido valor e honrado o seu destino, que nada mais significa, do que ser cumprida⁷. A Constituição é feita para ser aplicada e nasce destinada a reger a vida de uma nação, de construir uma nova ordem jurídica, de informar e inspirar um certo regime político-social, muito embora, algumas ainda que com aspecto formal de Constituição, sirvam de instrumento para sustentar regimes de força e autoritarismo.⁸

No caso do Brasil, a Constituição em vigor - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi instituída pela Assembleia Nacional Constituinte (1986-1988) ao término de uma ditadura militar (1964-1985) e com ela, se estabeleceu o mais amplo rol de direitos e garantias, os quais antes jamais vistos nas Constituições que a precederam (Constituições de: 1824; 1891; 1934; 1937; 1946; 1967).

A Constituição confere uma unidade de sentido, valor e concordância prática aos direitos fundamentais, repousando na dignidade humana, que faz da pessoa fundamento e fim da Sociedade e do Estado.⁹ Nesse pensar, tais direitos devem ser entendidos em grau absoluto ao tempo que se apresentam e se limitados, isso se dará “somente pela Constituição mesma.”¹⁰

Nas palavras de Cruz

A Constituição Democrática aparece, então, como instrumento para tornar compatível o império da vontade popular e as garantias do Estado de Direito. A definição dos direitos fundamentais e garantias constitucionais, a organização dos poderes e a previsão dos procedimentos que atuam legitimamente estabelecem os parâmetros para a manifestação da vontade popular. [...] O Estado Democrático de Direito passou a ser, portanto, uma proposta de civilização, muito mais do que uma questão ideológica ou jurídica, ressalte-se mais uma vez.¹¹

⁶ Algumas das citações lançadas neste item foram também apresentadas no artigo: Justiça Restaurativa na Contemporaneidade e no Porvir: o diálogo democrático, sensível e humano com o direito, produzido em 30/05/2016, para o Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Univali-SC.

⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 335.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 225.

⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. v.4. Coimbra: Coimbra, 1988, p. 166.

¹⁰ HESSE, Konrad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 254.

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1998, p.215.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Atenta para esse fenômeno Ferrajoli:

Até poucos anos atrás, os países da América Latina foram subalternos à culturas jurídicas europeia e estadunidense, copiando as constituições daquela norte-americana e os seus códigos daqueles europeus. Atualmente, esta relação se inverteu. As novas constituições – aquelas do Brasil, do Uruguai, do Equador, da Bolívia e da República Dominicana – nascidas ou reformadas depois do final das ditaduras militares como radicais ‘nunca mais’ à perda das liberdades e da democracia, marcam o início de uma terceira fase do constitucionalismo, após as fases das constituições flexíveis, nos séculos XVIII e XIX, e das constituições rígidas do segundo pós guerra, como a italiana, a alemã e a espanhola. Podemos chamá-las de *constituições de terceira geração* por causa de alguns traços comuns: são constituições longas, com base no modelo da Constituição portuguesa de 1976, formada por 299 artigos, que inaugura esta terceira fase do constitucionalismo; mas são, sobretudo, constituições das quais os europeus teriam muito para aprender, uma vez que prevêem sistemas de garantias e de instituições de garantia bem mais complexos e articulados do que os seus.¹²

Da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é possível perceber, logo em seu preâmbulo¹³, que o modelo de Estado adotado trata-se do Social e Democrático de Direito, corporificando uma concepção sintética do Estado Liberal, regido pelo direito e guardião do cidadão, condensado em inúmeras proibições ao Estado e por outro lado, Social, intervencionista, e com dever de prestações positivas.¹⁴

No seu bojo foram insertos direitos fundamentais, assim entendidos:

Os direitos fundamentais são uma extensão moral justificada, tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada em ideais de liberdade e igualdade, com matizes que englobam conceitos como solidariedade e segurança jurídica e construída pela reflexão racional da história do mundo moderno, com os aportes sucessivos e integrados da filosofia moral, política, liberal, democrática e socialista¹⁵.

¹² FERRAJOLI, Luigi. O Constitucionalismo Garantista e o Estado de Direito. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 232.

¹³ Consta do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 13.

¹⁴ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 265.

¹⁵ Tradução livre da autora desse artigo, do seguinte trecho: “Los derechos fundamentales son una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada em la ideas de libertad e igualdad, com los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construída por la reflexión racional em la historia del mundo moderno, com las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política, liberal, democrática y socialista. MARTÍNEZ, Gregorio Peces Barba. La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos: el tiempo de la historia. In: MARTÍNEZ, Gregorio Peces-

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Para Ferrajoli, os direitos fundamentais são:

[...] aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa com capacidade de fazer; entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestação) ou negativa (de não sofrer lesão) ligada a uma sujeito por uma norma jurídica; e por status a condição de um sujeito, prevista assim mesmo por uma norma jurídica positiva. Como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercícios dessas.¹⁶

Além dos direitos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe também garantias para salvaguardá-los. Essa proteção implica umbilicalmente a promoção, consolidação, eficácia e garantia de direitos fundamentais, entendidos por aqueles que equivalem a um conjunto de normas de um ordenamento jurídico positivo, calcado na moralidade, na proteção da dignidade humana e nos valores de liberdade e igualdade e que correspondem as normas materiais básicas desse ordenamento¹⁷. São direitos e liberdades previstos e protegidos pela própria Constituição.¹⁸

Para Sarlet, talvez a maior inovação ocasionada pela Constituição vigente, tratando-se de direitos fundamentais, seja a condição de sua aplicabilidade imediata, proscrito num primeiro plano o viés programático fixado aos demais preceitos constitucionais.¹⁹ Por isso, adverte Grau “ A Constituição não deve prometer o impossível.”²⁰

Como esclarece Alexy “a exigência de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas disposições de direitos fundamentais, isto é, de levar a sério o texto constitucional, é um parte do postulado de vinculação à Constituição.”²¹

Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1995, p. 113-114.

¹⁶ Tradução livre da autora desse artigo, do seguinte tópico: “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas con capacidade de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva. Como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.” FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 37.

¹⁷ MARTINEZ, Gregório Perces-Barba. **Derecho y derecho fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 323.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p.153.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 73.

²⁰ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. p.336.

²¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

No entanto, alerta Canotilho, “não basta a consagração de direitos numa qualquer Constituição”.²² É preciso que a constitucionalização dos direitos revele a fundamentabilidade dos direitos e reafirme a positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não apenas proclamações filosóficas, pois devem legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça.²³

Nesse linear e diante de tantas mudanças resultado da globalização e da pós-modernidade, o porvir é um espaço a ser ocupado com as armas de um Direito vinculado à Constituição em seu sentido forte; com as garantias aos direitos fundamentais trazidas à reboque de um Estado Democrático de Direito e com fim na justiça social. Logo, é preciso superar alguns postulados modernos do direito. É preciso, portanto, parafraseando Dworkin, levar o Direito a sério.²⁴

Daí a importância da Constituição ser não apenas eficaz, mas também efetivamente passível de aplicação²⁵, de realizabilidade. Como esclareceu Silva ao tentar ingressar na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para a cátedra de Direito Constitucional, “tinha que se entender a Constituição como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, e que a própria organização do Estado só tem sentido como um aparato destinado a essa proteção.”²⁶

O fato é que, um Estado Democrático de Direito em que o cidadão não é titular de uma plêiade de direitos fundamentais, não passa de um simulacro²⁷. Num Estado Democrático de Direito ou direitos fundamentais do cidadão são resguardados e a Constituição honrada, ou simplesmente, tudo não é mais que uma farsa, um embuste, uma mentira muito cara à Sociedade em que está estabelecido.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Coimbra: Gradiva, 1999, p.56.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. p.56.

²⁴ Levando os Direitos à Sério. Nome que dá título à obra de Ronald Dworkin, jusfilósofo norte-americano que trata dos direitos fundamentais à luz do ordenamento jurídico americano. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁵ Consoante prevê o artigo 5º, parágrafo primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 14.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 267.

²⁷ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Por isso, é preciso compreender que os direitos fundamentais previstos nas Constituições e em Estados Democráticos e de Direito, nas quais se inclui a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, são em determinado espaço de tempo e lugar, direitos absolutos, que só podem ser mitigados nos termos da própria Constituição, jamais ao bel prazer do legislador ou na voluntariedade do aplicador do Direito, sob pena de caminhar-se para autoritarismos, absolutismos, tiranias e ver-se calados o desmanche da própria Constituição e de toda força democrática política e social que deve guarnecer o Estado e a Sociedade que o compõe.

2 A CONFLITUOSIDADE HUMANA E A SALVAGUARDA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Com o nascimento do Estado, que também aqui é tratado no marco do Estado Moderno, os conflitos passaram a ser de sua exclusividade e a tutela única dos Direitos passou a ser exercida por meio do Poder Judiciário.²⁸

Os conflitos, antes tratados na esfera do privado, passaram à esfera pública-estatal, portanto, passaram ao *standart* de jurídicos, competindo essencialmente ao Estado, na figura do Juiz, dirimí-los.

Nas exatas palavras de Brandão e Martins:

O Estado, o Direito e suas instituições sofreram profundas modificações desde o nascimento do primeiro até os dias atuais, sendo que a mais expressiva delas se deu com o reconhecimento da Sociedade Civil como componente da Sociedade Política diverso dos indivíduos e, com isso, modificou a própria estrutura do Estado, alterou paradigma e constituiu o denominado Estado Contemporâneo.²⁹

A guinada do Moderno para o Contemporâneo trouxe novas acepções para a política, o social, o jurídico, o econômico e o cultural. Os direitos foram expandidos, garantidos e corporificados nas Constituições, porém, os conflitos também aumentaram.

²⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2009, p.195.

²⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. *Jurisdição Negada: um lamentável exemplo*. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da jurisdição**. p.195-196.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Como escreveu Guimarães e Carvalho, “a Sociedade, hoje mais do que ontem e, muito possivelmente, menos do que amanhã, é absolutamente conflituosa, longe, portanto, de se configurar como harmônica e em que predomine a paz social”³⁰.

As razões que justificam a existência da Constituição e a instituição dos direitos e garantias fundamentais, passam nesse pensar, da máxima garantia da liberdade individual à limitação do poder Estatal, à existência e/ou manutenção de uma ordem jurídica garantidora da própria convivência do homem em Sociedade e com o Estado.

O apego à Constituição é um instrumento que visa mitigar os efeitos resultantes de uma Sociedade que é cada vez mais um solo profícuo de riscos e conflitos.

Na visão de Piovesan, a Constituição veio concretizar a concepção de que os direitos fundamentais representam uma decisão do constituinte, por meio da qual os principais valores éticos e políticos de uma Sociedade tomam forma como expressão jurídica. Os direitos e garantias fundamentais além de forla expansiva, projetam todos o universo constitucional, servindo de critério interpretativo para todas as demais normas de um determinado ordenamento jurídico.³¹

Nem o Poder Executivo, nem o Legislativo, nem o Judiciário detêm poder e legitimidade para suprimir ou restringir direitos fundamentais, quanto mais, os individuais. Qualquer interferência para redução desses direitos só pode se dar sob autorização, na e pela própria Constituição.

Para o autor alemão, toda a norma ou é uma regra ou é um princípio. O que diferencia regras de princípios, é que os princípios seriam mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja cumprido na maior medida do possível observando-se as condições jurídicas e fáticas existentes. Já as regras, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não. Logo, deve-se fazer exatamente o que a regra exige, nem mais, nem menos.³²

³⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal Brasileiro. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da jurisdição**. p.102-103.

³¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p.91.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Dworkin ao tratar do assunto afirma que princípios de maneira genérica indicam um conjunto de padrões que não são regras, dividindo esses em política, um padrão de exigência e melhoria econômica, política ou social de uma comunidade, e princípio, o que nas suas exatas palavras é “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.”³³

E quando fala das regras, diz que essas são “aplicáveis à maneira de tudo-ou-nada³⁴”. Ambos os autores, portanto, confirmam o fenômeno de que as normas se subdividem entre regras e princípios. A diferença está na lente que cada um deles usa para observar o direito. Para Dworkin, os princípios são mais abertos, e ultrapassam os limites normativos, já para Alexy, princípios seriam mandados de otimização, que não dependeriam apenas de possibilidades reais, mas também jurídicas.

O olhar diferente dos dois autores pode ser justificado pela família a qual pertencem. Alexy, tem por base o direito legislado, codificado e o respeito ao legislador, pertencendo assim a família civil law. Já Dworkin, tem por base a tradição, o costume, a valorização do precedente como fonte do direito e a figura do Juiz como seu ator principal, pertencendo a família common law. Logo, as acepções do Direito e sua aplicação são distintas.

Assim, muito embora o dogma da sujeição à lei tenha sido substituído na contemporaneidade pela sujeição à Constituição, enquanto sistema normativo constituído de regras e princípios e a figura do legislador tenha sido em muitos casos superada pela figura do juiz, não se pode ter neste último, uma classe de novos “senhores do direito”, o que se contraporía à ideia do Constitucionalismo, especialmente quando esse atores mostram-se como figuras importantes no processo de efetivação e concretização dos direitos fundamentais.³⁵

³³ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p.36.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. p.39.

³⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho y justicia*. Tradução de Marina Gascón. MADRI: Trota: 1995, p. 150-53.

Deste modo, percebe-se lançando o olhar para o Brasil, que com o advento da Constituição de 1988 aliado à concepção de um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais ganharam, além do *status* constitucional, proteção e garantia na e pela mesma Carta, ressaltando assim o importante papel do intérprete e aplicador do direito na sustentação, implementação e manutenção de tais direitos.

3 DO PAPEL DESEMPENHADO PELO APLICADOR DO DIREITO NA PROTEÇÃO E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A história nos ensina e mostra que inúmeras são as variantes que determinam a interpretação e aplicação do Direito. Neste artigo, tratar-se-á de apenas duas das vertentes: a distinção que se estabelece entre as famílias do direito – *commow law* e *civil law*³⁶ - e a compreensão de que as normas constitucionais se dividem em regras e princípios, na razão de que a compreensão, interpretação e aplicação dessas normas na ordem brasileira, deve perpassar pelo modelo da nossa tradição, ou melhor, na família da *civil law*.

Com troca de lentes impulsionada pelos direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a contigência de ações judiciais promovidas fez com que as questões políticas fossem deslocadas do campo legislativo e executivo e lançadas ao campo do judiciário, acentuando ainda mais a necessidade de sua atuação e conseqüentemente o seu poder.

Tudo isso implica estabelecer diferenças na forma de interpretar e aplicar o Direito, sobretudo, aqueles previstos na Constituição, ordem máxima de um país. Para isso é preciso primeiro deixar claro que nos países de tradição *civil law*, o Direito tem sua força no que foi legislado. Para os países

³⁶ Segundo ABREU: “O problema da criação do Direito, enquanto fenômeno histórico-social, segundo Wolkmer, leva a duas expressões técnico-formais que dão plena efetividade ao Direito positivo, que são a lei e a jurisprudência. Em torno dessas duas principais fontes jurídicas sobressaem duas orientações extremamente significativas: a chamada Escola Clássica, ligada à tradição jurídica latino-românica que identifica o direito com a lei escrita – o *jus scriptum*; e a representada pela cultura jurídica da *Commow Law*, cunhada como *Escola Jurisprudencial*. [...] A força criadora da jurisprudência tem se revelado importante mesmo nos países de tradição no direito escrito (*Civil Law*), em que os denominados “precedentes judiciais” mais e mais têm invocados por advogados e juízes. Essa acepção é irrefutável pelo menos em relação à súmula vinculante, dado seu caráter normativo e cogente. O ponto fundamental de gravitação de toda a criação judicial, seja nos parâmetros da *Common Law*, seja nos sistemas jurídicos de direito codificado, advém da resolução de casos particulares e não na formulação de regras gerais e abstratas, mesmo porque a criação judicial enunciada por decisões dos juízes nos tribunais representa a fonte autêntica do direito objetivado.” ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa da cidadania inclusiva do estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 305-307.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

de tradição na *commow law*, o Direito tem sua força no que foi decidido. No Brasil, que segue a família *civil law*, a força e a principal fonte do direito deveria se mostrar na Lei e não nas decisões judiciais, como ocorre nos países que adotam a *commow law*.

Esse é um primeiro aspecto que se observa e que em tese pode sustentar decisionismos. Muito embora isso pareça não merecer maior debate, o que se constata é uma verdadeira crise de identidade do Direito no Brasil. Misturando institutos ou famílias diversas – da *civil law* e da *commom law* – seja por incompreensão de suas dimensões e acepções, seja por comodismo ou até mesmo por modismo, tanto o legislador, como os Juízes e Tribunais, vem fazendo do Direito uma não tão simbólica assim, “salada de frutas”.

Esse desdobramento teórico prático de compreensão, interpretação e aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais pelos aplicadores do Direito, dentro cada qual das respectivas famílias – *civil law* e *commow law* - é essencial para a manutenção da força da Constituição e conseqüentemente, dos direitos fundamentais.

Daí que, além de compreender que nossa base no Direito deita-se no solo fecundo da lei (*civil law*) e que argumentos de princípio e de moral são propostas de uma outra base teórica, própria ao terreno mais arenoso e permeável da *commow law*, é preciso ainda perceber que no momento em que se interpreta e se aplica a Constituição, em *terras brasilis*, na análise aqui detida dos direitos fundamentais, tais normas constitucionais possuem divisão em regras e princípios, e como tal, dentro das suas peculiaridades.

Alerta Mendes que as constituições hodiernas são compostas de regras e princípios, implicando tal condição na ideia de que uma constituição feita apenas por regras prestigiaria a segurança jurídica, mas seria limitada na sua praticidade, por exigir miticulosa disciplina, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social, num sistema que nem seria aberto. Contudo, por outro lado, um sistema que congregasse apenas princípios seria absolutamente minaz à segurança das relações.³⁷

³⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Olhar para a díade regras e princípios das normas fundamentais constitucionais importa saber para o intérprete e aplicador do direito: que entre uma regra e um princípio, prevalece a regra; que na colisão de regras, aplica-se as fórmulas de superação das antinomias e que na colisão de princípios, a análise perpassa pela dimensão peso ou valor.³⁸

Em outras palavras, o direito fundamental composto na norma constitucional ou será uma regra ou será um princípio. Se for uma regra, não há como corroê-lo, ou se aplica, ou não.

Tratando-se, contudo, de princípio, deve o intérprete atentar ao fato de que este se modula em: princípios constitucionais implícitos e que servem instrumento de densidade da Constituição: princípios como parâmetros hermenêuticos da Constituição, ou ainda, como uma espécie de norma constitucional. E é, deste aliás, que está a se falar.

Percebe-se assim que se for um princípio, e nesse aspecto o custo da discussão é bem mais cara e tormentosa, precisam os juízes e tribunais compreender e admitir primeiramente, que o modelo adotado pelo Brasil é de tradição romano-germânica – civil law – e que tem uma compreensão muito mais fechada que os países de tradição baseada no fenômeno anglo-saxão da common law, cuja base teórica admite a leitura moral e a argumentação por princípios.

Como o espaço é pequeno e o debate é longo, a ideia não é trilhar no espaço do legislativo. Por essa razão, retoma-se a problemática e a crise de identidade dos juízes e tribunais brasileiros ao enfrentar questões e demandas que tratam de direitos fundamentais perpassando pela ideia de voluntarismo, que infelizmente, parte das decisões possuem.

Ao que tudo indica, o protagonismo judicial no Brasil, também chamado de ativismo, voluntarismo, para citar apenas essas designações, só faz crescer e muito preocupa, pois, faz irromper e promove contingencialmente o desmache da Constituição e a violação dos direitos fundamentais.

³⁸ Ver mais em DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Dadas as devidas proporções, é certo que a neutralidade judicial é uma quimera e que num sistema como o Direito, não se espera um juiz burocrata, técnico, um ser apolítico, que não pode interpretar e que também por consequência não fundamenta suas decisões.³⁹

Mas daí a ficar entre o juiz “boca da lei” e o juiz “que nada interpreta e fundamenta”, é uma escolha difícil. Na verdade, isso mais parece um “carma”; uma tentativa grosseira de minar a Constituição.

O que por certo se tem e o que por democrático pode-se afirmar é que nada pode escapar à Constituição. Esta, mais que uma técnica de salvamento da lei ou de ato normativo, consiste em técnica de decisão.⁴⁰ Logo, a resposta à fundamentação das decisões e por outro lado, o escape à voluntariedade das mesmas está na própria Constituição.

E mais, qualquer limite a direitos fundamentais somente pode ser concebido dentro do que prevê a própria Constituição. Somente a Constituição pode limitar direitos fundamentais, ainda que os de *status* especiais.⁴¹

A decisão, especialmente quanto aos direitos fundamentais, deve, portanto, pautar-se pela Constituição, sua principal fonte e diretriz. Qualquer decisão que escape a essa máxima, indiscutivelmente, causará afronta à Constituição.

A relativização dos direitos fundamentais é inaceitável. Alerta nesse sentido Hesse: “Como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim também podem os limites dessas garantias contrair sua base somente na Constituição.”⁴²

Partindo disso, por vezes resta óbvia a intenção do aplicador do Direito, que parecendo esquecer da família em que consiste o Direito no Brasil – civil law; da divisão e conceituação que se estabelece entre regras e princípios, as quais dividem as normas de direitos fundamentais; e do próprio império da Constituição, quer fazer crer, por meio de Súmulas Vinculantes, Súmulas ou decisões comuns,

³⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 118.

⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108.

⁴¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 261.

⁴² HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 250.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

que detém o poder maior em reduzir, relativizar ou mitigar direitos fundamentais, negando o texto constitucional e produzindo por meio dessas decisões, seu nefasto desmanche.

Outra forma de disfarce dos decisionismos e de violação dos direitos fundamentais, tem-se na prática escamoetada e apregoada como legítima do uso demasiado dos princípios. A pan-principiologia⁴³, como se refere Streck, é uma prática largamente utilizada pelos juízos e Tribunais, inclusive, a Corte Máxima – Supremo Tribunal Federal – para justificar o injustificável e reduzir, limitar ou negar direitos fundamentais.

A falsa ideia de que a toda norma constitucional pode ser resolvida como um princípio e não como regra; a criação de novos e infinitos princípios a exemplo do que se mostra a pan-principiologia; o uso flagrante da interpretação por princípios como o da proporcionalidade, reserva do possível, o consequencialismo, a teoria da argumentação jurídica, entre outros, mostram que na prática, decisões judiciais nesse sentido e baseadas nesse modelo, são pano de fundo a esconder um ativismo judicial desmetido, estulto e corrosivo às normas e garantias que constituem os direitos fundamentais e que democraticamente, sustentam a Constituição.

É como afirma Hesse “a escavação de direitos fundamentais”⁴⁴. Essa prática constantemente protagonizada por juízes e Tribunais poderá acarretar a queda da própria ordem constitucional.

A retaliação, a mitigação ou a “escavação” das normas de direitos fundamentais é algo que preocupa e que requer, além da prudência, a lembrança de que sem o respeito à Constituição, irrompe-se com a ideia de um Estado Democrático de Direito e com isso, com todas as modulações políticas e sociais de afirmação de direitos e de garantias dos indivíduos.

O retrocesso, nesta perspectiva, advirá com o (res)surgimento dos antigos traumas que permearam o país antes da redemocratização e ao passo do surgimento do Estado Democrático de Direito e que somados a novas mazelas, farão quedar a Constituição e com ela todas as conquistas democráticas.

⁴³ Pan-principiologia. Termo utilizado STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. p. 67.

⁴⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. p. 266-267.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Nessa linha e mais do que nunca é que a Constituição e aqui especificamente tratada, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser respeitada, cumprida e honrada, sobretudo, na salvaguarda das normas de direitos fundamentais, cujo limite só encontra limite dentro da própria Constituição. Como talvez diria hoje Ruy Barbosa⁴⁵, fora da Constituição, não há salvação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou evidenciar a importância do respeito à Constituição especialmente no cumprimento das normas de direitos fundamentais, movimento esse de sustentação de um Estado Democrático de Direito, como afirmado no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alvo desse ensaio.

A *praxis* jurídica, no entanto, tem demonstrado que nem sempre as normas de direitos fundamentais previstas na ordem constitucional brasileira são honradas.

Por certo que a incompreensão de que os sistemas como o da civil law e da common law são diferentes e que nosso ordenamento jurídico tem sua origem no primeiro, fortalece o protagonismo ameaçador dos direitos fundamentais, haja vista que ao confundí-los, associá-los, juntá-los ou mesclá-los, estão juízes e Tribunais dando margem à interpretação e à aplicação do Direito de forma a, por exemplo, admitir argumentos de princípios e da moral, não admitidos pela família da civil law, onde se deita raízes.

Sem contar que em nosso ordenamento jurídico não há a tradição do precedente como fonte primeira ou principal do direito, como estabelece a família da common law. Em *terras brasílicas*, a fonte substancial ou dominante é a lei.

Outro ponto que merece atenção é a divisão das normas constitucionais em regras e princípios, melhor dizendo, as normas de direitos fundamentais, são normas e como normas, ou são regras e nesse caso deverão funcionar na condição como afirmado de “tudo-ou-nada”, ou são, princípios, e nesse caso, são aferidas pelo seu peso ou valor.

⁴⁵ Frase histórica dita por Ruy Barbosa: “Com a lei, pela lei e dentro da lei, porque fora da lei, não há salvação.” **Trecho do Manifesto à Nação**. Rio de Janeiro (DF). Obras Completas, V. 19, Tm1, 1892, p. 289.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Logo, a adoção equivocada de algum desses critérios poderá resultar não apenas no protagonismo judicial, mas também no desmanche de um ordenamento que tem na Constituição sua matriz; nos direitos e garantias fundamentais a força que garante a sustentação do Estado Democrático de Direito; o qual pressupõe para além dos direitos de cidadania, da ordem pacificadora entre os indivíduos e entre esses e a Sociedade, aquela que talvez seja sua principal função, ou seja, a limitação de poder do próprio Estado.

A essa altura, exemplos não faltam. Decisões baseadas em voluntarismos e que violam de forma direta direitos fundamentais, inclusive proferidas pela Corte Máxima, se mostram rotineiras. E sem qualquer dificuldade em lembrá-las, pode-se citar duas apenas, de um universo muito maior, mas cujo espaço aqui não é suficiente, como: a violação da regra que estipula a presunção de inocência, permitindo prisões condenatórias antecipadas e ausência de ampla defesa e contraditório em processo judicial e administrativo.

Por fim, é evidente que o assunto não se mostra esgotado, pelo contrário, merece debate, crítica, entendimento e aprofundamento, até porque, trata-se de dar força e honrar a Constituição. Evitar o enfrentamento da questão ou concebê-la de forma equivocada, por modismos, incompreensões, sensos de moral pessoal ou simples desconhecimento certamente levará à sua fragilidade e nos flancos abertos pela escavação desses direitos, o que se vê infelizmente é um caminho fértil, aberto a políticas autoritárias e tiranas e ao desmanche dos poderes que sustentam o Estado Democrático de Direito e com ele, das normas de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manuel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa da cidadania inclusiva do estado democrático de direito. Vol. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal brasileira. Coligidos e ordenados por Homero Pires**. São Paulo: Saraiva, 1934. Vol. VI.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Jurisdição Negada: um lamentável exemplo. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Coimbra: Gradiva, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 200.

FERRAJOLI, Luigi. O Constitucionalismo Garantista e o Estado de Direito. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. *In*: GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; CARVALHO, Themis Maria Pacheco de. Os descaminhos da prestação jurisdicional no âmbito punitivo. Algumas considerações sobre as reformas do código do Código de Processo Penal Brasileiro. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Os (des)caminhos da jurisdição**. Florianópolis: Conceito Editorial. 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid, 1995.

MARTÍNEZ, Gregório Perces-Barba. **Derecho y derecho fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V.4. Coimbra: Coimbra, 1988.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derecho y justicia. Tradução de Marina Gascón. MADRI: Trota, 1995.

IMPÉRIO DAS REGRAS: A IMPORTÂNCIA DAS REGRAS PARA MANUTENÇÃO DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

Alexandre Morais da Rosa¹

Fernanda Pacheco Amorim²

INTRODUÇÃO

Pretende-se, em apertada síntese, analisar o Estado Moderno e o deslocamento da limitação do poder coativo, a partir da superação do positivismo jurídico defendido por Kelsen, que apresentava a Constituição como norma maior e os Direitos Fundamentais como norteadores. Com o advento do Estado Contemporâneo e o surgimento da necessidade de uma governança global, bem como do desenvolvimento da transnacionalidade e das teorias jurídicas pós-positivistas que propõe a conversação entre as mais variadas ciências, e não mais entende o direito como uma ciência pura, é necessária uma nova fundamentação para a limitação do poder coativo do Estado. Neste sentido apresenta-se a teoria de Frederick Schauer que propõe a fundamentação subjacente e a prevalência das regras.

Para alcançar o objetivo proposto dividiu-se da seguinte forma: A legitimidade e a limitação do poder; A força da lei e a razão subjacente; o Estado Contemporâneo e as regras; Considerações Finais.

Utilizou-se o método dedutivo com pesquisa bibliográfica utilizada no desenvolvimento do trabalho e, conseqüentemente, a elaboração de fichamentos, conceitos operacionais e categorização.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito na Universidade do Vale do Itajaí e Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz de Direito. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. alexandremoraisdarosa@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. amorimfe@hotmail.com.

1 A LEGITIMIDADE E A LIMITAÇÃO DO PODER

A sociedade moderna, segundo Bobbio, funda-se em algumas dicotomias, tendo como a grande dicotomia o direito público e privado, que divide o direito em duas esferas exaustivas, já que tudo é englobado por uma ou por outra, e exclusivas, pois entende-se que aquilo que tem lugar numa não pode ter noutra. Baseadas nessa grande dicotomia, surgem outras secundárias que dariam sustentação ao Estado Moderno³.

Os contratualistas⁴, por exemplo, afirmam que esta divisão se dá a partir do momento em que se firma o contrato social, momento no qual teria se fundado, teoricamente, o Estado e a divisão entre público e privado. Segundo Hobbes, o homem em sua natureza viveria uma guerra de todos contra todos e por isto a necessária intervenção do Estado, que ele chama de Leviatã – fazendo analogia ao grande monstro em forma de crocodilo da mitologia fenícia –, a quem os homens cederiam parte de sua liberdade – a liberdade natural, sem qualquer limitação – em troca da manutenção pacífica das relações sociais – e, conseqüentemente, com uma liberdade civil limitada pela atuação da “mão forte do Estado”⁵.

Seguindo esta lógica, uma das divisões resultantes da dicotomia público *versus* privado é Sociedade Civil *versus* Estado. Muito se discute sobre a conceituação e diferenciação de ambos, afirmando-se, inclusive, que conceituar positivamente Sociedade Civil não é tarefa fácil. Neste sentido Bobbio: “Negativamente, por ‘sociedade civil’ entende-se a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado, entendido restritivamente e quase sempre também polemicamente como o conjunto dos aparatos que num sistema social organizado exercem o poder coativo”⁶.

Não obstante, falar em Estado aventa outra discussão irresoluta – eis que os argumentos e fundamentações para ambos os lados são sólidos e bem construídos –, qual seja o surgimento do

³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 13-32.

⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 90-100.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política, p. 33.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Estado. A palavra Estado na sua acepção moderna ganhou notoriedade a partir dos escritos de Nicolau Maquiavel em *O Príncipe*, livro no qual a apresenta a partir da ideia de organização social engendrada pelo exercício do poder, duradoura e permanentemente⁷. Pode-se, desta forma, dependendo de qual premissa se adota – mais ampla ou mais restrita – defender a continuidade do Estado, desde a antiguidade – tomando-se em conta, por exemplo os escritos de Aristóteles, que descreveu as organizações políticas de sua época – ou sua descontinuidade, afirmando-se que o Estado surge efetivamente com a modernidade.

Sobre o Estado Moderno, Matteucci:

Se lo Stato moderno è una forma storicamente determinata di organizzazione del potere, dobbiamo guardaci dal caricare quel «moderno», che ha significato esclusivamente cronologico, di un valore ontologico, positivo o negativo che sia, in base a una filosofia della storia che esalti il progresso o cerchi di vedere in esso l’inizio della «crisi». Si deve cogliere lo Stato moderno nelle sue caratteristiche salienti solo per cercare di decifrare quella nuova forma di organizzazione del potere nella quale si è entrati nel Novecento e per la quale chissà se i posteri useranno ancora la parola Stato⁸.

Defende o autor que a formação do Estado Moderno tem um caráter muito mais cronológico que ontológico. Todavia, nos debates atuais, tendo como base Norberto Bobbio, pode-se apresentar, de maneira bastante sucinta, como formas de Estado: 1) absoluto: forma em que há concentração e centralização do poder e a soberania está vinculada à figura do rei como poder supremo; 2) liberal: forma na qual não há fins provenientes do não-Estado⁹ e a soberania está vinculada à nação; 3) social-democrata: forma na qual o Estado se preocupa com a igualdade entre os cidadãos e não mais apenas com a liberdade e a soberania pertence ao povo, mas observando os limites dados pela Constituição; 4) autoritário: forma na qual a unidade é o ponto chave do Estado e a soberania pertence ao partido; 5) socialista: forma na qual o motor do sistema é o partido e a soberania está na vontade do proletariado.

⁷ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1998; BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 30-31.

⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005, p. 19.

⁹ Bobbio diferencia o Estado liberal do eudemonológico, no qual este buscava a felicidade lato sensu dos cidadãos, fim este que para o Estado Liberal não pode ser considerado plausível, já que proveniente de fora do Estado. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política, p. 123-125.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Imprescindível fazer um adendo neste ponto para ressaltar que hoje, ao se falar em Estado Moderno, já se fala em crise e em superação dos modelos de estados nacionais. Há pensamentos em relação à relativização da soberania estatal em razão de propostas de governanças globais e a partir da ideia de transnacionalidade. Sobre isto Paulo Cruz, Cesar Pasold e Gabriel Ferrer¹⁰:

A Soberania foi um dos principais alicerces do Estado Constitucional Moderno. Convertia o poder estatal num poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo, único criador de normas e detentor do monopólio do poder de coação física legítima dentro de seu território. E sustentava-o como único interlocutor autorizado a falar com o exterior. Esse conceito está se desmanchando. O que, também, faz afundar os alicerces sobre os quais se sustentava a teoria clássica do Estado Constitucional Moderno. Por outro lado, a perda da ciência e do Estado Constitucional Moderno provocou a erosão de sua legitimidade perante o cidadão. O Estado Constitucional Moderno cada vez oferece menos respostas às demandas de segurança e desenvolvimento.

Vê-se, portanto, que não há mais como ações isoladas darem conta de responder as demandas – já que, afinal de contas, segundo Bobbio¹¹, a partir de uma visão sistêmica do Estado, a função das instituições políticas é apresentar respostas as demandas oriundas da sociedade – atuais trazidas pelo mundo globalizado.

São muitos os argumentos trazidos a favor da transnacionalidade e da governança global e, ao contrário do que alguns possam acreditar, vão muito além das discussões relativas ao direito ambiental e integram uma pauta muito mais profunda sobre sustentabilidade. Neste sentido Antonio Reposo¹²:

La ‘provincia’ del diritto costituzionale, che fu all’origine il diritto degli Stadi nazionali come forme storiche di organizzazione politica, è attualmente attraversata da fonti normative che esplicano il loro effetti in uno spazio sempre più e in un tempo sempre più ristretto. Nell’ultimo scorcio di secolo, i Paesi del pianeta, a causa della loro interrelazione e interdipendenza, determinate dalle comunicazioni, dalle tecnologie e, soprattutto, dai sistemi informatici, sono venuti a sempre più stretto contatto fra loro.

¹⁰ PASOLD, César Luiz; FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o futuro do Estado Constitucional Moderno. **Revista Brasileira de Políticas Públicas** (Online), Brasília, v. 6, nº 1, 2016, p. 21-37. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3862/pdf>. Acesso em 17 de maio de 2017.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política, p. 60.

¹² REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 25.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Isto demonstra, ainda mais a importância e a necessidade de se repensar as bases e as caracterizações do Estado Moderno, já que as estruturas utilizadas e defendidas até agora estão ficando ultrapassadas e não conseguem mais sustentar a legitimidade e a soberania estatal¹³¹⁴.

Dentro de tudo o que foi trazido, há grandes discussões vinculadas ao Estado, uma delas é a questão da legitimidade, ou seja, busca-se definir o que legitima a atuação do Estado, qual a fundamentação do exercício do poder por parte do Estado. Bobbio apresenta três princípios de legitimidade: a vontade, que afirma que o governante podem receber o poder a partir da vontade de Deus ou da vontade do Povo; a natureza: dicotomia natural da ordem humana em que alguns são aptos para comandar e outros para obedecer e natureza como ordem racional; e por fim, a História: que pode se referir tanto ao passado pelo poder exercido através da tradição, quanto ao futuro com as rupturas necessárias para importantes oxigenações – esta legitimidade está intrinsecamente ligada a períodos revolucionários¹⁵.

Segundo Bobbio: “ao problema da legitimidade está estreitamente ligado o problema da obrigação política, à base do princípio de que a obediência é devida apenas ao comando do poder legítimo”¹⁶. Dito de outra forma, para que haja o reconhecimento de determinado poder é necessário que ele seja legítimo e é apenas a partir da legitimidade que se garantirá a obediência.

Analisando as teorias positivistas, que tiveram como grande expoente Kelsen, Bobbio afirma que elas sustentavam a noção de que apenas o poder efetivo poderia ser considerado legítimo e só efetivo aquele Estado que possui um ordenamento jurídico eficaz¹⁷.

¹³ Neste sentido Paulo Cruz e Zenildo Bodnar: “Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios. Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídico, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimto do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver” CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. *Revista Eletrônica do CEJUR* (Online), Curitiba, v. 1, nº 1, 2009. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488>. Acesso em 17 de maio de 2017.

¹⁴ Ver também: BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Pensar globalmente y actuar localmente: El Estado transnacional ambiental em Ulrich Bech. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, v. 1, p. 51 a 59, (Espanha), 2008; BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – o que não é**. Petrópolis: Vozes, 2015; BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política, p. 86-92.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política, p. 91.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política, p. 89-93.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Visto isso, entende-se que o Estado é o poder soberano, eis que é supremo no seu território¹⁸, exercido legitimamente. Corroborando com isto, Fleiner-Gester: “o Estado define-se como um governo de muitas famílias e daquilo que lhe é comum, dotado de poder soberano e conduzido legitimamente [...]”¹⁹.

Segundo Bobbio, a divisão reducionista feita por Kelsen leva em conta três elementos: o povo, o território e a soberania. Entende o Estado como ordenamento jurídico, a soberania como o poder de criar e aplicar o direito – que está intimamente ligado á força e tem validade a partir da norma fundamental –, o território é o limite para validade do direito e o povo são aqueles a quem se aplicam as normas. Sobre esta tríade, Matteucci:

il potere sovrano, che dà sostanza all’autorità; il popolo, che nei diversi tempi storici ha ruoli diversi; e infine il territorio o meglio l’unità territoriale su cui esercita il proprio dominio (lo Stato ha un centro – la capitale – e ben precisi e delimitati confini), donde la territorialità dell’obbligazione politica²⁰.

A questão da legitimidade é tão importante e tão levantada, pois ligada diretamente à força e ao poder do Estado e que acabam formando definições e características complementares completamente imbricadas uma à outra. Que o poder do Estado precisa ser legítimo para que seja obedecido já se discutiu, mas este poder é ilimitado? Segundo Mário Lúcio Quintão Soares, dentro das características político-jurídicas do Estado encontra-se o: “monopólio legítimo da força – a sobrevivência do Estado exige um sistema coercitivo bem estruturado para submeter o exército e a burocracia, ou seja, pela supremacia dos meios de coerção física assentados legitimamente no reino da lei”²¹.

Apesar de, reconhecidamente, a força e a coerção serem parte essencial do Estado²², não quer dizer que o poder seja ilimitado, muito pelo contrário. Benjamin Constant no seu livro *Escritos de Política* afirma que o poder ilimitado é um mal e que devem haver limites à soberania²³.

¹⁸ Sobre isto Hermann Heller: “O poder do Estado é soberano, o significa que é dentro do seu território, poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo”. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 291.

¹⁹ FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 222.

²⁰ MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. p. 09.

²¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: introdução**. Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 82- 83.

²² WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999.

²³ CONSTANT, Benjamin. **Escritos de Política**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 8-9.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Surge então o constitucionalismo, que segundo Bobbio é o nome dado à teoria e à prática de limitação do poder e:

[...] encontram a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos²⁴.

Entende-se, desta forma, as Constituições como limitadoras do poder, como a ferramenta que apresenta os freios para o exercício da coerção e da utilização da força por parte do Estado e daqueles que o comandam. Para Ferrajoli a Constituição entendida como garantia é a maior limitação possível ao exercício irrestrito da soberania, pois, caso contrário, o que prevalece é a arbitrariedade e não o direito²⁵. Ainda sobre a importância das Constituições, Rebuffa: “A visão da Constituição como elemento essencial do Estado permite não somente a constituição deste, mas, sobretudo, um sistema de valorização da Sociedade e do homem”²⁶.

Tendo tudo isto em conta, é importante ressaltar que atualmente algumas teorias vêm tomando fôlego no sentido de que o direito positivo, entendido como ser e dever-ser, é feito de abstrações e ficções, um exemplo disto seriam os princípios, que surgem a partir da incapacidade de abranger o todo²⁷ – por exemplo o princípio da igualdade perante a lei contido na Constituição da República do Brasil, na qual a igualdade é meramente formal, mas de qualquer forma precisa existir para sustentar todo um sistema jurídico –, estas teorias são conhecidas como pós-positivistas e defendem que apenas o direito não daria mais conta de responder todas as demandas provenientes do sistema social, pois o ser e o dever-ser não são absolutamente indissociáveis²⁸.

²⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política, p. 101.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 28.

²⁶ REBUFFA, Giorgio. **Costituzioni e costituzionalismi**. Torino: G. Giappichelli, 1990, p. 11.

²⁷ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 281-286.

²⁸ CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2016, p. 50-68.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

E neste ponto encontra-se a instabilidade, pois se o Estado Moderno é entendido como soberania, povo e território, que possui força e poder coativo, mas que ao mesmo tempo é limitado pelos direitos fundamentais que são trazidos pela Constituição, que no positivismo jurídico é a norma fundamental e a representação maior do dever-ser, como poderá ser sustentado o Estado Moderno ao se ultrapassar a ideia de direito positivo sem causar um descolamento em relação às normas? É o que se pretende apontar no item seguinte com Frederick Schauer.

2 A FORÇA DE LEI E A RAZÃO SUBJACENTE

A força da lei, ou a força do Direito está intimamente ligada à sua legitimidade, pois aceita-se que o Estado use a força para que as diretrizes dadas pelo Direito sejam cumpridas apenas quando este é considerado legítimo, pois quando ilegítimo o uso da força é considerado, via de regra, arbitrário.

Sobre isto, Schauer²⁹:

Además, cuando el derecho impone tales sanciones, comúnmente se entiende que está operando de manera justificable, esto es, legítimamente. Por supuesto, el derecho a menudo es sujeto a crítica moral y política cuando impone sus sanciones de manera injusta, poco sensata, imprudente o inmoral, pero sigue siendo ampliamente aceptado que el derecho puede, de manera legítima, usar de ordinario la fuerza para asegurar el cumplimiento de sus directivas.

São as regras que, comumente, ditam o comportamento, aquilo que se pode ou não (autorizando, proibindo ou obrigando), e aplicam sanções aos que atuam contrariamente às suas determinações. É na fundamentação subjacente das regras que se encontra a autoridade, elas se fundam na força do Estado para poderem se tornar compulsórias e determinantes³⁰.

E, justamente por tentar dar conta de uma gama de situações que cercam o cotidiano dos indivíduos, por ditar comportamentos das mais diversas ordens, que as regras são genéricas. Benjamin Constant afirmou em Escritos de Política que a lei só poderia ser justa em apenas um caso, pois é impossível ela conseguir abranger todas as situações existentes e vindouras³¹.

²⁹ SCHAUER, Frederick. **Fuerza de Ley**. Trad. Pablo Ariel Rapetti. Lima: Palestra, 2015, p. 56.

³⁰ TORRES, Maíra Ayres. Regras infelizes. Podemos ignorá-las? **PIBIC – PUC**, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2010/relatorios/ccs/dir/DIR-Ma%C3%ADra%20Ayres%20Torres.pdf. Acesso em 17 de maio de 2017.

³¹ CONSTANT, Benjamin. **Escritos de Política**, p. 219.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Schauer, ao falar disto, afirma que as regras, em razão do seu caráter genérico, podem ser sobreinclusivas e/ou subinclusivas. Para exemplificar e explicar conta a história de Angus, um cachorro peludo que invade um restaurante causando desconforto entre os clientes. Em razão disto o dono do restaurante resolve criar uma regra para evitar novos transtornos, mas para que a regra cumpra a sua função ela deverá tutelar o que é relevante. Neste caso o que causa problemas é o fato de Angus ser um cachorro, portanto a regra diz que são proibidos cachorros no restaurante. Mas, vê-se que é genérica e sobreinclusiva, pois nem todos os cachorros irão incomodar ou causar desconforto, pois podem ser mais educados que Angus, por exemplo; e é ao mesmo tempo subinclusiva, pois um rinoceronte, por exemplo, também pode causar desconforto, mas não está proibido diretamente pela norma³².

O que precisa ser verificado, diante disto, segundo Schauer, é o que ele chama de razão subjacente da norma, ou seja, o que fundamenta a norma, o objetivo para o qual foi criada. No caso de Angus a razão subjacente é não incomodar os clientes, portanto a generalização acontece tentando evitar isto.

Numa análise a partir de Schauer, Noel Struchiner³³:

O processo de criação de uma regra sempre envolve algum tipo de generalização. É comum um a regra ser criada a partir da observação de um caso particular que é tomado como um caso paradigmático de uma meta que se quer alcançar, ou um mal que se pretende erradicar. Schauer chama os objetivos da regra, sejam eles positivos ou negativos, de "justificação" da regra. O segundo passo na criação da regra consiste em realizar um a generalização do caso particular, por meio de uma abstração das propriedades do caso paradigmático consideradas relevantes para a efetividade dos objetivos da regra. Em outras palavras, é a justificação da regra que determina quais são as propriedades do caso particular que devem ser levadas em conta no momento da construção do predicado factual, indicando a direção e o grau de generalidade do mesmo.

Com tudo isto, entende-se que a regra é uma tentativa de promover a razão subjacente que lhe dá fundamento. A regra possui caráter genérico justamente para tentar abranger os diversos casos que podem surgir relacionados à razão subjacente a ela, que por vezes pode ser abstrata. Mas, também

³² SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life. Oxford: Clarendon Press – Oxford University Press, 2002.

³³ STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras**: O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de doutorado em Filosofia. Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro. 2005.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

é a regra que tem força de lei. Para Lima Junior: “A força da regra se assenta no fato de que, para superá-la, não basta prover razões contrárias às razões subjacentes à regra, mas também razões contrárias às que levaram à instituição da regra”³⁴.

3 O ESTADO CONTEMPORÂNEO E AS REGRAS

Kelsen publicou em 1934 o livro *A teoria pura do direito*, no qual apresentou o direito como uma ciência autônoma e pura, na qual não haveria nenhuma intersecção com as demais ciências, como a filosofia, sociologia, antropologia, política, etc.

Mas, com a pós-modernidade e a globalização, o mundo tornou-se outro, as relações foram alteradas, há diferenças visíveis nos mais diversos aspectos da vida e da sociedade. E o direito, enquanto campo de embate vivo, deve acompanhar as mudanças culturais e sociais³⁵. E por não dar mais conta das relações existentes, que se entende superada a teoria positivista, pois apenas o direito, como ciência autônoma, completamente desvinculada das demais é insuficiente para solucionar as demandas (*inputs*). Neste sentido Cárcova:

A “epopeia” da purificação da teoria já cumpriu seu papel; agora, é preciso empreender outra tarefa, de sinal inverso, qual seja, despurificá-la para construir, na intersecção com outros saberes, um paradigma cognitivo de novo tipo, capaz de dar conta do papel do Direito nos marcos da sociedade complexa do século XXI³⁶.

Em razão deste debate surgem as teorias pós-positivistas, rompendo com a noção de Direito até então difundida e defendida. Isto causa, notadamente, alterações no pensar o Estado Moderno, pois se até então, conforme visto anteriormente, o Estado possuía poder coativo, que, dentro da noção positivista, era limitado pelos Direitos Fundamentais apresentados pela Constituição, considerada norma maior e representação maior do dever ser, ao romper-se com o positivismo, conseqüentemente, rompe-se com toda esta fundamentação.

³⁴ LIMA JUNIOR, Alceu Mauricio. A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2537-3973-1-pb.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2017.

³⁵ CÁRCOVA, Carlos María. *As teorias jurídicas pós-positivistas*, p. 21.

³⁶ CÁRCOVA, Carlos María. *As teorias jurídicas pós-positivistas*, p. 23.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A amplitude de se correlacionar o Direito com os outros saberes, de criar articulações de conhecimento é muito grande, e o rompimento com o positivismo exige um repensar de forma geral. Não se pode mais esperar que os Direitos Fundamentais e a Constituição dêem conta da limitação do poder coativo pura e simplesmente, sob pena de se cair na falácia da promessa sem garantias efetivas.

E então a importância da teoria de Frederick Schauer apresentada acima. Diferentemente do que se pode imaginar, as teorias pós-positivistas – apesar de defenderem articulações entre os saberes – não defendem o descolamento das regras, portanto estas precisam ser consideradas como partes importantes, fundantes e estruturantes do Estado.

O que se desloca, ao se pensar a partir de Schauer, é a forma de limitação do poder, que deixa de ser os princípios e se pode entender que passa a ser a razão subjacente de cada regra. Ou seja, é a razão subjacente da norma que apresenta os freios necessários ao poder coercitivo do Estado Contemporâneo.

Isto se torna ainda mais vivo ao se pensar na crise do Estado Moderno e na proposta de (re)construção a partir da transnacionalidade. Não se pode esperar que a interpretação de Direitos Fundamentais – que podem ser diferentes nos mais diversos países a partir de cada cultura – seja suficiente para a proposta de uma governança global, pelo contrário, a proposta de Schauer de razão subjacente da norma, se coaduna muito mais com a proposta de Estado Transnacional, pois permite essa visão integrada que se espera neste tipo de Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estabelecimento da noção e função do Estado Contemporâneo e seus desafios, especialmente diante a alteração dos seus atributos básicos, surge o discurso dos Direitos Fundamentais e da distinção da norma jurídica entre princípios e regras. Essa distinção capaz de ser sustentada, todavia, não pode significar a desconsideração da função legislativa do Estado em nome do protagonismo principiológico do Judiciário. A articulação dos princípios deve corresponder à função pensada para estrutura do ordenamento jurídico. Assim, sublinhando a importância do império das regras, sem prejuízo de controles principiológicos, busca-se reconhecer o protagonismo

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

das regras jurídicas para resolução da maioria dos casos. Neste sentido, o pensamento de Schauer se mostra fundamental porque diante da generalidade e abstração da norma, busca situar a sobreinclusão e subinclusão de hipóteses fáticas no contexto de aplicação das normas jurídicas. A contribuição da teoria de Schauer, por via de consequência, promove estabilidade de comportamentos privados e públicos, tornando mais efetivo o resguardo das funções democráticas. Assim é que a proposta apresentada é a de levar a sério as regras jurídicas, discutindo-se, em cada contexto de aplicação (no espaço-tempo), das consequências atribuídas pelo suporte fático.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Pensar globalmente y actuar localmente: El Estado transnacional ambiental em Ulrich Bech. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, v. 1, p. 51 a 59, (Espanha), 2008.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. Petrópolis: Vozes, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CÁRCOVA, Carlos María. **As teorias jurídicas pós-positivistas**. Tradução Henrique Júdice Magalhães. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2016.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos de Política**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR** (Online), Curitiba, v. 1, nº 1, 2009. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488>. Acesso em 17 de maio de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. Tradução Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. Revisão da tradução Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LIMA JUNIOR, Alceu Mauricio. A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/2537-3973-1-pb.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. **Lo stato**. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PASOLD, César Luiz; FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o futuro do Estado Constitucional Moderno. **Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online)**, Brasília, v. 6, nº 1, 2016, p. 21-37. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/3862/pdf>. Acesso em 17 de maio de 2017.

REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

SCHAUER, Frederick. **Fuerza de Ley**. Trad. Pablo Ariel Rapetti. Lima: Palestra, 2015.

_____. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press – Oxford University Press, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: introdução**. Belo Horizonte: DelRey, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de doutorado em Filosofia. Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro. 2005.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

TORRES, Maíra Ayres. Regras infelizes. Podemos ignorá-las? **PIBIC – PUC**, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2010/relatorios/ccs/dir/DIR-Ma%C3%ADra%20Ayres%20Torres.pdf. Acesso em 17 de maio de 2017.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. Vol. 2. Brasília: UNB, 1999.

OS BENEFÍCIOS DA EXPERIÊNCIA DE CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO NA NOVA ZELÂNDIA PARA O MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Camila Salgueiro da Purificação Marques¹

Claudia Maria Barbosa²

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva traçar um panorama geral sobre o constitucionalismo dialógico e, principalmente, analisar o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário no Brasil e na Nova Zelândia, especialmente no sistema neozelandês, onde é considerado “fraco”, realizando apontamentos sobre ambos os sistemas, de modo a impulsionar reflexões sobre o sistema brasileiro. O que se justifica diante do forte controle de constitucionalidade no Brasil, principalmente no tocante ao controle das políticas públicas, realizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF e pela pretensão de que este tenha a última palavra sobre a interpretação da Constituição de 1988.

Dessa forma, priorizando o método de abordagem lógico-dedutivo e a documentação indireta, o estudo se utiliza da pesquisa bibliográfica, documental, legislativa e jurisprudencial para traçar um panorama geral sobre o constitucionalismo dialógico e argumentos contrários à um forte controle de constitucionalidade por parte do Judiciário. Para, posteriormente, especificar a temática analisando os possíveis diálogos entre os Poderes, especialmente entre o Judiciário e o Legislativo, com foco na comparação entre o Brasil e a Nova Zelândia, tendo em vista a desarrazoada pretensão do Judiciário brasileiro de ter a última palavra sobre a interpretação da Constituição.

¹ Professora. Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Bolsista CAPES/Fundação Araucária. Curitiba, Paraná - Brasil. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Barachel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. E-mail: camila_purificacao@yahoo.com.br.

² Professora titular na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, Paraná - Brasil. Pós-Doutora na York University, Toronto, Canadá. Doutora, mestre e graduada pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: claudia.mr.barbosa@gmail.com.

Isto é, tem-se por hipótese, confirmada no decorrer da pesquisa, a necessidade de um maior diálogo entre os Poderes na tomada de decisões relevantes e que dizem respeito às questões políticas, a exemplo dos diálogos constitucionais neozelandeses, ainda que estes tenham nascido em um sistema jurídico diverso do brasileiro, como uma opção mais democrática e legítima para a realização da Constituição.

1 NOTAS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

Inicialmente, como aponta Conrado Hubner Mendes, cabe destacar que os tribunais constitucionais têm sido elogiados como os únicos foros deliberativos, sem muito refinamento em relação as consequências de tal afirmação. Desse modo, supõe-se que, graças à expectativa de que as decisões judiciais estejam baseadas em razões públicas (uma demanda supostamente menos rígida nos parlamentos), o tribunal teria melhores condições para proteger os direitos e para se fazer cumprir a constituição. No entanto, tais fatores não revelam por si mesmos o que é ou deve ser a contribuição judicial ao processo constitucional. Um tribunal constitucional converte-se a um candidato primordial para a “instituição deliberativa exemplar”. E a dificuldade é ter uma ideia do que isso realmente significa, devendo a teoria constitucional enfrentar tal lacuna. Por isso, traz-se o constitucionalismo dialógico, que pode se constituir numa possível solução, como se verá a seguir.³

De acordo com a teoria do “diálogo institucional”, “as cortes e o legislativo participam em um diálogo sobre a determinação do balanço adequado entre princípios constitucionais e políticas públicas” e, sendo esse o caso, o judicial review teria legitimidade democrática, a partir de um contínuo diálogo, pondo fim à clássica objeção contramajoritária. A teoria surgiu da experiência do constitucionalismo canadense, especificamente da prática com duas provisões da Carta Canadense de Direitos e Liberdades: a “cláusula de limitação” (seção 1) e a “cláusula de substituição”⁴ (override clause) (seção 33). Segundo a primeira, legisladores são constitucionalmente autorizados a limitar, por lei, qualquer direito garantido, “desde que os limites estejam em conformidade com um

³ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. p. 101-103.

⁴ Observa-se que no Canadá os documentos em inglês tratam esta cláusula como “notwithstanding clause”, sendo que sua tradução para o português aparece em outros autores como “cláusula não obstante”, termo mais conhecido e utilizado pela doutrina.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

conjunto de requisitos justificativos que compõem testes completos de legitimidade, racionalidade, necessidade e proporcionalidade”. Já a cláusula de substituição determina que os legisladores “são autorizados a anular, por lei, certos direitos garantidos especificamente, desde que a nova lei declare expressamente que ‘deve funcionar sem prejuízo’ das disposições que mencionam os relevantes direitos específicos garantidos”⁵.

Inclusive, para Luc B. Tremblay, o judicial review pode ser legitimado apenas se puder ser demonstrado que, em algumas formas, ele possui um pedigree democrático. O autor refuta o argumento no sentido de que “a constituição escrita, nas bases de onde o *judicial review* retira sua autoridade, foi iniciada, desejada ou ratificada pelo povo ou por seus representantes eleitos”, de modo que o consentimento da maioria do povo, ou de seus representantes eleitos, conferiria “força legitimadora a constituição e, conseqüentemente, a instituição e prática do judicial review baseada naquela constituição”. Esta posição seria incoerente, até porque busca legitimar o que o autor denomina de “adoração aos antepassados”⁶. Além disso, refuta o argumento de “que as normas e valores constitucionais expressam um tipo de vontade coletiva que é democraticamente superior à vontade ou consentimento expressado na legislação ordinária”⁷.

Inclusive, o autor menciona que há várias versões para a teoria dos diálogos constitucionais, mas a mais influente delas foi desenvolvida por Peter Hogg e Allison Thornton, segundo os quais “judicial review seria, empiricamente, ‘parte de um diálogo entre os juízes e os legisladores’ e esse diálogo seria caracterizado pelo fato de que as decisões judiciais baseadas na constituição são quase sempre abertas à reversão, modificação ou não observância pelo processo legislativo ordinário”^{8 9}.

⁵ TREMBLAY, Luc B. **The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures**. p. 618.

⁶ TREMBLAY, Luc B. **The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures**. p. 620.

⁷ Para ele, é inconsistente por três razões: (i) não pode ser bem-sucedida a menos que as normas expressas ou incorporadas na constituição escrita realmente limitem o processo de revisão constitucional; (ii) as provisões constitucionais são indeterminadas; e (iii) mesmo que a constituição fosse democraticamente superior à legislação ordinária, isso não implicaria necessariamente que os juízes teriam o poder de revisar a legislação ordinária.

TREMBLAY, Luc B. **The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures**. p. 618.

⁸ Luc B. Tremblay, inclusive, distingue diálogo de conversa em sua obra e rejeita a tese de que o diálogo entre legisladores e o judiciário seria um diálogo deliberativo, afirmando que é melhor concebê-lo como uma conversa. E como uma conversa, como visto, o diálogo não tem poder legitimador. Assim, a tese de que há um diálogo entre o Legislativo e as cortes pode ser aceita apenas como uma tese descritiva, mas não como legitimadora do *judicial review*.

⁹ TREMBLAY, Luc B. **The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures**. p. 623.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Para falar sobre judicial review, Peter Hogg e Bushell apontam que este deva fazer parte de um diálogo entre os tribunais e as legislaturas, pois faria sentido que, quando uma decisão judicial estiver aberta a revisão, as legislaturas se manifestassem de uma forma que sua resposta à decisão judicial em questão fosse fundamentada nos valores da Carta instituída¹⁰. Partindo de suas pesquisas, os autores destacam que a preocupação sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade é reduzida quando uma decisão judicial, que invalida uma lei com fundamento na Carta, pode ser revogada, modificada ou anulada por uma nova lei. Só assim pode haver diálogo em que culmine uma solução democrática. Na investigação por eles realizada verificouse que em dois terços dos casos o corpo legislativo modificou a lei impugnada, na maioria deles somente objetivando fazer pequenas modificações visando respeitar a Carta¹¹.

Quando uma decisão judicial vai contra alguma determinação da Carta, há que haver um diálogo - definido pela reflexão acerca da decisão judicial e se se deve adotar uma resolução a respeito de como reagir diante dela¹². Desse modo, a conclusão dos autores é no sentido de que a Corte Suprema do Canadá é formada por advogados de média idade, não eleitos e que não são diretamente responsáveis para com os cidadãos, e é esta Corte que derroga leis promulgadas por órgãos legislativos competentes regidos pela ordem democrática. Desse modo, há que se haver um diálogo, pois o que está em jogo é a vontade democrática, então o objetivo legislativo será alcançado de todas as formas, ainda que com algumas garantias novas que protejam a liberdade e os direitos individuais - e assim promover em conjunto a realização de políticas sociais e econômicas em favor de toda a comunidade¹³.

2 A EXPERIÊNCIA DIALÓGICA DA NOVA ZELÂNDIA

No tocante à tomada de decisão do Judiciário e ao controle de constitucionalidade, ressalta-se que existem duas espécies de deliberação: a interna e a externa.¹⁴ E uma democracia precisa de ambos

¹⁰ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas*. México: Siglo Veintiuno, 2014, p. 17-49. p. 19-20.

¹¹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas*. p. 21.

¹² HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas*. p. 22-23.

¹³ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas*. p. 47-48.

¹⁴ A deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos dentro de um grupo para que ele chegue a uma decisão (entre os juízes), já a deliberação externa envolve o esforço para convencer atores externos aos grupos (diálogo entre juízes e o mundo

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

os tipos de deliberação. É preciso que o tribunal fale de maneira clara e objetiva – deliberação interna – e uma diferente forma de exercício da deliberação externa, a partir de um diálogo entre tribunal, sociedade civil e poderes políticos (diálogo entre poderes), sem necessária fragmentação da deliberação ou desagregação argumentativa. A realização desse diálogo externo exige a análise de formas alternativas de controle judicial de constitucionalidade, portanto¹⁵.

Inclusive, o debate controle forte x controle fraco orbita a facilidade ou dificuldade de o Legislativo rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, podendo superá-las (“superação legislativa” ou legislative override)¹⁶. Nesse caso, a maioria dos países europeus e os EUA podem ser considerados modelos fortes, porque a única possibilidade de superação da decisão do tribunal é por meio de emenda constitucional. Enquanto isso, os modelos canadense e inglês seriam considerados fracos, no primeiro caso porque o legislador pode re-promulgar a lei declarada inconstitucional e no caso inglês porque segundo o Human Rights Act, de 1998, que instituiu o controle, este não vincula totalmente o legislador, sendo decisões de incompatibilidade, não de invalidade¹⁷.

E além dos dois países citados, também se considera que são marcos desse novo modelo as legislações sobre direitos e garantias, não só do Canadá e do Reino Unido, como também da Nova Zelândia. Tais países seguiam o modelo da supremacia legislativa tradicional, mas adotaram declarações de direitos mais ou menos petrificadas, que, entretanto, afastam-se do modelo norte-americano, buscando, cada uma a seu modo, reconciliar e equilibrar reivindicações opostas para criar um meio-termo entre elas¹⁸.

externo). Assim, no modelo europeu, a deliberação é interna, no norte-americano, externa. Isso implica que no primeiro caso haja um longo debate entre os juízes e convencimento através do diálogo, gerando uma decisão “única, institucional, clara, objetiva e de consenso”, enquanto no modelo norte-americano “os juízes praticamente não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra”, sendo que “é possível indagar, se de fato os juízes da Suprema Corte americana têm como objetivo primordial persuadir seus colegas acerca da correção de suas opiniões”, de modo que, para Virgílio Afonso da Silva “sua plateia é externa: é o Congresso, a Casa Branca, as faculdades de direito, são os jornalistas”

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 250, p. 197-227, 2009. p. 210-211.

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. p. 210-212.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. p. 211-212.

¹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. p. 212-213.

¹⁸ GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of 55 Constitutionalism**: Theory and Practice. Journal of Scholarly Perspectives, vol. 9, p. 52-63, 2013.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

No caso da Nova Zelândia, inicialmente, ressalta-se que o povo Maori foi o primeiro a chegar naquela região. O holandês Abel Tasman foi o primeiro europeu a avistar o país, mas foram os britânicos que acabaram tornando a Nova Zelândia parte de seu império. E em 1840, foi assinado o Tratado de Waitangi, um acordo entre a coroa britânica e os maoris, considerado como o documento fundador do país¹⁹. Inclusive, a Nova Zelândia, como colônia inglesa, adotou diversas características do modelo de Westminster, estruturando os moldes do seu sistema como de um país que se utiliza da Common Law, e que, acima de tudo, tem na supremacia do parlamento o seu mais importante princípio. Dessa forma, trata-se de um dos poucos países do mundo que não adotam uma constituição escrita e, assim, nunca se vislumbrou a existência de um ambiente propício para o surgimento de um controle de constitucionalidade.²⁰

Recentemente, entretanto, há uma Carta de Direitos no país, o que a aproxima um pouco do judicial review. É a Declaração de Direitos da Nova Zelândia - New Zealand Bill of Rights Act – NZBORA, com o objetivo de afirmar, proteger e promover os direitos humanos e as liberdades fundamentais no país, segundo o seu preâmbulo, o que o aproximou do compromisso com a convenção internacional dos direitos humanos²¹. E apesar de ser um estatuto ordinário, que não empodera as Cortes formalmente para declarar a nulidade da legislação inconsistente com as suas provisões, a Carta de Direitos buscou reduzir a probabilidade de infração dos direitos elencados. E tal Carta se robusteceu com a criação, em 2001, de um Tribunal de direitos humanos, a quem se atribuiu a prerrogativa de se declarar uma norma comum contrária aos direitos estabelecidos na Carta e no “Human Rights act” de 1993²². O que se pretendeu com a Carta não foi a criação de uma lei suprema, hierarquicamente superior, que dotasse as cortes de tamanho poder que ameaçasse a tradição de soberania parlamentar herdada do Reino Unido. Ou seja, nos moldes deste último, protegendo-se a supremacia do parlamento²³.

¹⁹ 100% New Zealand. **Tratado de Waitangi**. Disponível em: <http://www.newzealand.com/br/feature/treaty-of-waitangi/>. Acesso em: 21/07/2017

²⁰ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. Coimbra: Universidade de Coimbra, Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional, 2016, Dissertação de Mestrado. p. 45.

²¹ CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. **STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem**. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Mestrado em Direito, 2012, Dissertação de Mestrado. p. 31.

²² CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. **STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem**. p. 31.

²³ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

No mesmo sentido, Henrique Pandim Barbosa Machado, também trata do controle de constitucionalidade jurisdicional classificado como “fraco” na Nova Zelândia, em razão da NZBORA, ressaltando que, embora tal diploma legal não possua superioridade formal em relação às demais normas jurídicas, o mecanismo que permite falar no controle “fraco” está contido na Seção 6 do NZBORA: *“Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning”*. Dessa forma, sempre deverá se priorizar a interpretação dos atos normativos que “melhor coadune com os direitos e garantias previstos na Declaração de Direitos, ainda que o Judiciário não possua o poder de, propriamente, fiscalizar o ordenamento jurídico”²⁴. No entanto, ao declarar a inadequação de uma lei a tais normas, o Tribunal deve reportar a incompatibilidade ao Parlamento²⁵.

Virgílio Afonso da Silva também destaca o modelo de controle de constitucionalidade neozelandês. Segundo o autor, neste caso, o controle é ainda mais fraco, já que a declaração de direitos de 1990 não tem status de lei superior às leis ordinárias, não servindo como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade de leis posteriores²⁶. E como afirma Gardbaum, na Nova Zelândia, os tribunais aplicam os direitos fundamentais não através da invalidação das leis, mas pela interpretação que dão a elas, em consonância com os direitos, sempre que possível²⁷.²⁸ Inclusive, Ana Manoela Silva João afirma que na Nova Zelândia o controle é ainda mais fraco do que aquele se faz na Inglaterra e no Canadá, ressaltando que tais sistemas se traduzem numa forma mais democrática de se pensar o controle de constitucionalidade, “uma vez que dão voz ao Legislativo no processo de decisão acerca do conteúdo e interpretação dos direitos fundamentais”²⁹.

para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 55.

²⁴ MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. **Weak form of judicial review**: apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra. p. 40-41 e 48.

²⁵ CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. **STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem**. p. 32.

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. p. 213.

²⁷ GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of 55 Constitutionalism**: Theory and Practice. *Journal of Scholarly Perspectives*, vol. 9, p. 52-63, 2013.

²⁹ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 53.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Sobre a NZBORA, ressalta-se que se consubstanciou em uma das mais importantes diretrizes para o Governo, “definindo que tipos de leis poderiam ser criadas, para que estivessem de acordo com o Bill of rights”, e que tipo de atitudes governamentais poderiam ser tomadas com o intuito de respeitar os direitos ali garantidos. Isto é, optou-se pelo princípio da soberania parlamentar e por se criar uma Carta de Direitos flexível, na medida em que suas disposições são passíveis de revogação por simples maioria de votos da única câmara parlamentar da Nova Zelândia, bem como por qualquer lei posterior que lhe seja contrária³⁰. E apesar de tal flexibilidade, o que se buscava era que, por meio da promulgação dessa carta de direitos, fosse criada uma espécie de valor moral para “educar” os cidadãos do país acerca dos direitos humanos, “desde que, obviamente, esses direitos fossem garantidos prioritariamente pelo poder legislativo”. Isto é, constitui-se em texto flexível, que por abordar direitos reconhecidamente importantes pela sociedade, acaba por adquirir uma condição de “estatuto reforçado”³¹.

Ana Manuela Silva João ressalta que o que se constata no sistema neozelandês é que a característica de ter uma constituição não escrita é muito importante para a cultura do país, de tal forma que esse fato, e a flexibilidade das normas constitucionais que o acompanha, tornaram-se “tão arraigados na cultura da sociedade que se pode mesmo afirmar se tratar de uma das normas fundamentais da constituição neozelandesa”, o que acaba por justificar a relutância do Parlamento em criar qualquer ato normativo mais rígido. E, ainda, a referida constituição, consubstancia-se em leis, decisões das cortes, costumes, etc. “Ou seja, tudo aquilo que reflete a cultura jurídica do país, bem como as disposições que visam a organização do Estado, como um todo”³².

Assim, como pode se depreender do que exposto até aqui, em razão do surgimento da NZBORA e do *Human Rights Act* é que se iniciaram algumas nuances do controle de constitucionalidade, tendo em vista que tais leis se constituem em uma espécie de parâmetro para as constituições posteriores. No entanto, respeitou-se a vontade popular no sentido de que o

³⁰ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 56.

³¹ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 56-57.

³² JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 56-57.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Judiciário não pode ganhar demasiada força em detrimento da supremacia do Parlamento, e, assim, acrescentou-se nas sections 4, 5 e 6 do NZBORA, garantindo um fraco controle:

Primeiramente, não foi concedida às cortes a possibilidade de declarar quaisquer atos legislativos emanados pelo parlamento como inconsistentes com o NZBORA (a não ser nos casos de discriminação, como será abordado mais adiante); mais do que isso, foi expressamente proibida tal competência, pelo o que foi previsto na section 4 do citado bill of rights, que proíbe que as cortes retirem a validade ou deixem de aplicar quaisquer atos normativos que considerarem em conflito com o NZBORA.

Depois, a section 5 previu que ao parlamento caberá a possibilidade de limitar determinados direitos, ainda que fundamentais, caso essa limitação seja justificável e respeite os princípios de proporcionalidade, afim de garantir que a maioria da população seja beneficiada; ou seja, visa garantir que os benefícios práticos para a sociedade se sobreponham ao prejuízo ao direito ou liberdade individual em análise.

Para além disso, o NZBORA, na section 6, estipulou que as cortes deveriam pautar a sua atuação no sentido de conceder aos atos normativos, sempre que possível, uma interpretação que fosse condizente com as disposições constantes no bill of rights. Ou seja, trata-se de uma carta de direitos bastante interpretativa, que busca reforçar por meio do judiciário a vontade do parlamento³³.

Isto é, no sistema neozelandês, não há espaço para uma atuação criativa por parte do Judiciário, devendo este se conformar com a vontade do legislador. “E, como se trata de uma cultura política bastante arraigada na sociedade – a que privilegia a vontade do legislador como vontade soberana – o judiciário aceita essa competência limitada que lhe foi atribuída”³⁴.

Dessa forma, pode-se concluir que o controle de constitucionalidade na Nova Zelândia é considerado “fraco”, pois diante de um ato normativo levado à Corte, os juízes somente analisarão se este pode ser dotado de um significado que esteja de acordo com a NZBORA. E, ao encontrarem a interpretação adequada, esta será utilizada para que se preserve a validade daquele ato que é expressão do legislador:

Ou seja, fá-lo-ão por meio do uso das “ferramentas interpretativas” e buscarão a interpretação que dote aquele ato normativo do caráter mais protetivo de direito que podem vislumbrar – e, portanto, conseqüentemente, o revestirão com uma interpretação que seja capaz de restringir o mínimo possível, ou não restringir, o direito em questão. (...). Agindo dessa forma, protegerão o estatuto, que permanecerá tendo validade, dentro dos limites dessa interpretação adotada – que será aquela que

³³ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 58.

³⁴ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 58-59.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

garanta que o ato normativo esteja de acordo, na visão da corte, com o bill of rights; e justificarão propriamente a sua atitude, afim de ser capaz de convencer o parlamento de que sua opinião é acertada³⁵.

Contudo, em algumas situações, os magistrados poderão entender que o ato normativo é restritivo de direitos e o poder legislativo entenderá que o ato é protetivo de direito, sendo que as ferramentas tradicionais de interpretação (analisar o propósito do legislador, etc) podem não ser suficientes neste caso. É aí que a Corte poderá conceder, no uso do que denomina de “mandado interpretativo”, uma interpretação que acredite estar em consonância com a NZBORA, ainda que, na prática, distancie-se daquilo que está posto e da intenção do legislador. Todavia, neste caso específico, poderá o legislador não concordar com a posição adotada pela corte, podendo se sobrepor à decisão judicial, superando-a por meio da reedição da norma³⁶.

A reedição da norma poderá seguir dois caminhos: a) “poderá fazer com que o ato normativo que está sendo discutido permaneça no ordenamento da mesma forma que havia entrado em vigor antes, permitindo que prevaleça o próprio entendimento”, e, assim, prevalecendo sobre o entendimento da Corte; b) “poderá reeditá-lo apontando especificamente qual a interpretação que deve ser seguida quando aquela ato normativo for colocado em prática, podendo ser a sua própria interpretação, ou aquela que foi conferida pelos juízes”³⁷.

Ademais, também há outro modo de pensar o diálogo entre as instituições neozelandesas, pois, no ano 2001, quando o parlamento neozelandês emendou o Human Rights Act 1993, concedeu ao Human Rights Review Tribunal a possibilidade de proferir decisões que expressem formalmente a chamada “declaração de inconsistência”. Declaração esta que poderá ser formalizada tão somente nos casos em que pelo menos a maioria da corte constatar que determinado ato normativo esteja em desacordo com a section 19 do NZBORA. Isto é, quando a legislação afetar diretamente o direito de liberdade contra qualquer tipo de discriminação ilegal. Nesse contexto, para um ato ser

³⁵ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 60.

³⁶ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 61.

³⁷ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 61.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

considerado inconsistente com a section 19, é necessário que não apenas seja capaz de limitar os direitos de não sofrer qualquer tipo de discriminação, “mas que, além disso, em havendo essa limitação, que a mesma seja injustificada e desproporcional, seguindo a própria regra da section 5 do NZBORA”^{38.39}

3 O MODELO DE CONTROLE BRASILEIRO E AS REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIÊNCIA NEOZELANDESA

Inicialmente, sobre o modelo brasileiro de controle, destaca-se que o Decreto n. 848 de 1980 já autorizava o STF a julgar, em grau de recurso e em última instância, questões de constitucionalidade. No entanto, no Brasil, oficialmente, o modelo de controle de constitucionalidade das leis foi instituído com a Constituição de 1981, influenciado pelo controle norte-americano. E o primeiro passo mais significativo em direção ao modelo concentrado e ao modelo abstrato foi dado no âmbito da Constituição de 1934, cujo texto previa mecanismos de intervenção da União sobre os Estados quando violados os denominados “princípios constitucionais sensíveis” do seu artigo 7º, I, a a h.⁴⁰

Já na Constituição de 1988, alargou-se a titularidade e o escopo do direito de ação ao STF, trazendo o seu artigo 103 sete novos atores legitimados ao ajuizamento de ação direta de

³⁸ JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro**: Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. p. 63.

³⁹ Ran Hirschl traz exemplos de casos levados ao Judiciário na Nova Zelândia, nos quais se exerceu a referida interpretação para estender, modificar ou restringir direitos. A corte, por exemplo, entendeu possível a investigação de crimes praticados contra o povo maori mesmo antes de 1975, quando instalado o Tribunal Waitangi. Os direitos do povo maori foram levados diversas vezes à corte constitucional, como quando pleitearam que as rádios falassem sua língua e divulgassem sua cultura (o tribunal entendeu que o Estado da Nova Zelândia não poderia ser obrigado a tanto); o direito de votar e serem registrados como eleitores maori, e o total direito sobre os peixes pescados (Tratado de Waitangi sobre Solicitações de Pescados de 1992). Esse tratado, contudo, não definia quem seria um maori (já que havia descendentes da tribo que não estavam mais vinculados a ela, mas vivem em áreas urbanas como os demais neozelandeses), questão que foi também judicializada, para se decidir que mesmo os maoris vivendo em áreas urbanas sem acesso ao mar teriam direitos de pesca. Essa decisão, entretanto, foi revista por um Comitê Judicial em Londres e o judiciário na nova Zelândia foi obrigada a reenfrantar o problema³⁹. A decisão foi no sentido de que o Ato de Solicitação de Pescados de 1992 se referia sim a concessão de cotas de pescados exclusivamente aos iwi (maior unidade social da cultura maori). Com relação ao que significaria o termo iwi, a Corte entendeu que ele seria equivalente a tribo: “um grupo de pessoas reivindicando a descendência de Maoris, que dividem uma mesma cultura, coabitando em uma determinada área, ou descendentes de ancestrais que habitavam a determinada área. Dessa forma, as cotas de pescaria seriam apenas para as tribos ancestrais, e não para os maoris que vissem junto com os demais neozelandeses nas cidades. Esses não estariam abrangidos pelas negociações que levaram à edição do Ato de 1992. (HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: The origins and consequences of the new constitutionalism. First Harvard University Press, 2007. p. 193-195).

⁴⁰ KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. **Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte**: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. p. 111.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

inconstitucionalidade, que sucedeu a “representação”. Também foram criados a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. E, ainda, institui-se, de forma subsidiária, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, com o objetivo de reparar ou evitar lesão resultante de ato do Poder Público. Além disso, em 1993, a promulgação da Emenda Constitucional n. 3 instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, cujo papel seria provocar o STF a decidir controvérsia ou dúvida sobre a natureza constitucional de uma norma capaz de gerar um estado de incerteza jurídica; a mesma emenda regulamentou a eficácia ex-nunc das decisões do Supremo e o instrumento da ADPF. Após seis anos, o Congresso promulgou duas leis relevantes: a Lei n. 9.868, sobre os ritos das ADI e ADC, assim como a Lei n. 9.882, que estabelece o processo e o julgamento de ADPF⁴¹.

Ademais, é necessário ressaltar a Emenda Constitucional n. 45 que foi aprovada no ano de 2004. A partir dela é que se elaborou o instituto da Súmula Vinculante. Quando aprovada pelo STF, tal súmula teria o poder de vincular tanto o Poder Judiciário quanto a Administração Pública direta e indireta, nos três níveis federativos. Destaca-se, além disso, que essa aprovação - assim como a revisão ou cancelamento - somente poderiam ser requeridos conforme o disposto no artigo 103 da Constituição de 1988. Esta Emenda ainda “condicionou a admissibilidade de recurso extraordinário à presença de repercussão geral, com a Corte aferindo a relevância jurídica, política, social ou econômica da matéria discutida”. No entanto, o modelo concentrado de controle instituído no Brasil não se aproxima do modelo europeu, tendo em vista as claras diferenças entre um “tribunal constitucional por excelência” e o STF.

Tanto Katya Kozicki e Eduardo Borges Araujo⁴², como Vírgilio Afonso da Silva⁴³, concordam com a premissa de que o modelo brasileiro de processo decisório é como se fosse uma cópia do modelo norte-americano. Isso porque se dá de acordo com três aspectos: a) o Supremo não decide como

⁴¹ KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. **Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte**: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. p. 112.

⁴² KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. **Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte**: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. p. 112.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. p. 217.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

instituição; b) a fundamentação para suas decisões é irrelevante; e c) os julgamentos não são palco de deliberação interna, já que os Ministros trazem votos prontos.

Inclusive, para Virgílio Afonso da Silva, o modelo brasileiro poderia ser considerado ultra forte, porque além de reunir as características norte-americanas, possui as cláusulas pétreas⁴⁴. Para o autor, “é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas”, isso porque a unidade institucional é essencial para o diálogo entre instituições e porque a vinculação de suas decisões depende, em certa medida, da aludida unidade⁴⁵. Para fomentar essa mudança no âmbito da deliberação, segundo o autor, bastariam mudanças no regimento interno do tribunal, não sendo necessárias reformas constitucionais⁴⁶. Sua segunda ideia diz respeito à conciliação de proposições extremas, como as de Dworkin e Waldron, para superar as ideias de todo o poder nas mãos dos juízes ou dos legisladores, o que implica na construção de diálogos entre poderes, factível e necessária, especialmente no controle por omissão no que diz respeito a direitos sociais e políticas públicas⁴⁷. E como bem destaca Vanice Valle⁴⁸, a consolidação do Estado Democrático de Direito “envolve o investimento na faceta participativa das escolhas públicas”.

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. p. 217-218.

⁴⁵ No mesmo sentido, Conrado Hubner Mendes: “As “onze ilhas” do STF continuam fortes como nunca. As decisões do Plenário, cada vez mais fragmentadas, parecem uma colcha de retalhos. E, na maior parte do tempo, o Supremo Tribunal Federal é um tribunal monocrático. Para mudar essa realidade, é preciso um choque de colegialidade”. E, ainda: “Para Conrado Hübner Mendes, se a Corte deseja contribuir para a democracia, o STF deve levar a sério dois problemas. Deve definir critérios mais transparentes, racionais e menos arbitrários para a definição da pauta do Tribunal. E precisa disciplinar o poder de obstrução dos ministros, que individualmente podem sequestrar o Plenário por meio de pedidos de vista e de decisões liminares. Segundo o entrevistado, não compete ao STF ser vanguarda iluminista. O Tribunal, como Corte Constitucional, deve enfrentar sentidos comuns superficiais, lutar por preservar uma ambiciosa linguagem de direitos e desafiar os poderes eleitos a não subestimar os valores civilizatórios da Constituição.”

Entrevista. Por Israel Nonato. 8.06.16. Conrado Hübner Mendes: “O STF é refém do capricho dos seus ministros”. Por Israel Nonato. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>.

Verificar: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo, 2008, 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Curso de Pós-graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. p. 219-220.

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. 219-220.

⁴⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio Do. **Backlash à decisão do supremo tribunal federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Disponível em: https://www.academia.edu/5159210/backlash_%c3%a0_decis%c3%a3o_do_supremo_tribunal_federal_pela_naturaliza%c3%a7%c3%a3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%c3%a1tica. Acesso em: 23 jul. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Isto é, não existe última palavra na democracia. E a interpretação da Constituição não é realizada apenas pela Corte Constitucional.

Nessa toada, é necessário buscar os ensinamentos de Peter Häberle, no sentido de que deve haver a participação dos cidadãos na interpretação e na construção constitucional, sendo importante o aspecto cultural. Isto é, para o autor, o ato de interpretar leva em conta a cultura, pois a narrativa seria um ato de constituição de sentido da norma e não extração de significado desta. Assim, tendo em vista o constitucionalismo democrático e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, o que se propõe é uma teoria de interpretação aberta da Constituição. Nesta linha, tanto menor for a densidade das normas constitucionais, maior deverá ser o caráter amplo e participativo dos intérpretes para fins de se estabelecer os seus conteúdos. Devendo, para tanto, a legislação ser elástica e ocorrer a criação de instrumentos de participação. Peter Häberle, em entrevista concedida à Cesar Landa, ressalta que o primeiro passo rumo à efetividade dos direitos fundamentais é o seu ensino nas escolas, no sentido de uma “interpretação pedagógica da Constituição”⁴⁹. Nesse sentido, tendo em vista o constitucionalismo democrático e a busca pela efetividade dos direitos fundamentais, o que se propõe é uma teoria de interpretação aberta da Constituição, sendo que a cultura atinge a Constituição. A Constituição reflete a realidade e o fenômeno da mutação nada mais é do que a decorrência do desenvolvimento da norma no tempo, sendo que a Constituição acaba sendo um trabalho de todos - “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”⁵⁰.

Portanto, ainda que se tratem de países diferentes, com sistemas jurídicos diversos, verifica-se que o sistema neozelandês poderia ser adotado, em parte, no Brasil. Isto é, poder-se-ia, seja por meio de Emenda Constitucional ou através de mudanças no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, adotar-se uma postura mais dialógica, privilegiando os diálogos entre os Poderes no sentido de impedir que a última palavra sobre a interpretação da Constituição seja atribuída apenas ao Judiciário. E ainda que não se adote a regra da supremacia do Parlamento, como na Nova Zelândia, em razão da diferença entre as culturas jurídicas de ambos os países, é importante que não se atribua tal interpretação a um só Poder, mas que se realize o diálogo institucional supracitado.

⁴⁹ VALADÉS, Diego. *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

⁵⁰ LEAL, Mônia Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro*. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 21, p. 27-49, maio/jun. 2008. p. 29.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Desse modo, a criação de um instrumento brasileiro da mesma espécie do “mandado de interpretação” do sistema neozelandês, talvez possa ser útil, pois, ao mesmo tempo que reconhece a autoridade do Judiciário para interpretar a norma, transfere ao legislador o ônus de conformá-la à Constituição, para se assegurar de que uma norma não pode ser contrária à Constituição. Esse processo de “interpretação dialógica” pode ter ainda o condão de fazer com que o Poder Público se torne menos o “infrator” do texto legal, colaborando, inclusive, para uma maior efetividade da norma. Ainda mais no Brasil, onde o controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário é extraforte, justamente porque o STF age como corte Constitucional e Corte recursal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do trabalho, traçou-se um panorama geral do constitucionalismo dialógico, destacando-se que o judicial review poderia alcançar a legitimidade democrática por meio da promoção de um diálogo entre a Corte e as Legislaturas, com relação a decisões que provoquem incerteza a respeito de sua conformidade com a Carta - sendo assim, fomentaria uma prática fundamentalmente democrática, visto que a única coisa que está em jogo é a própria vontade democrática.

E um dos países que se destaca nesse contexto é a Nova Zelândia, juntamente com o Canadá e com a Inglaterra. No caso do sistema neozelandês, ressalta-se que não existe Constituição escrita na Nova Zelândia, mas foi necessária a criação do New Zealand Bill of Rights Act – NZBORA, com a garantia de alguns dos direitos básicos. E, ainda, tal Carta se robusteceu com a criação, em 2001, de um Tribunal de direitos humanos, a quem se atribuiu a prerrogativa de se declarar uma norma comum contrária aos direitos estabelecidos na Carta e no “Human Rights act” de 1993.

Contudo, a cultura jurídica neozelandesa prima pelo princípio da supremacia do Parlamento e, para garantir que este princípio seria obedecido no contexto da criação de tais documentos, inseriu-se em alguns itens que garantem a possibilidade de reedição de normas por parte do Parlamento, mesmo que a interpretação da Corte seja contrária ao entendimento deste.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Assim, apesar das diferenças entre os sistemas que aqui se comparam, toma-se o modelo neozelandês como um importante exemplo para que se tenha maior diálogo também no Brasil – que possui um forte controle de constitucionalidade. Ou seja, poder-se-ia privilegiar os diálogos entre os Poderes para impedir que a última palavra sobre a interpretação da Constituição seja atribuída apenas ao Judiciário. E ainda que no Brasil não se adote a regra da supremacia do Parlamento, como na Nova Zelândia, em razão da diferença entre as culturas jurídicas de ambos os países aqui comparados, é importante que não se atribua tal interpretação a um só Poder, mas que se realize o diálogo institucional supracitado.

Portanto, o sistema neozelandês de diálogos pode servir de inspiração ao sistema brasileiro, no qual apenas o Judiciário tem proferido a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição, mormente na tomada de decisões relevantes e que dizem respeito às questões políticas. Isso porque, ter a “última palavra” é custoso, pois lança para um único órgão a defesa institucional final de todo um processo democrático, ou seja, de todo um diálogo que quer se manter aberto, tendo em vista que a democracia e o constitucionalismo são paradoxos necessários e que se aperfeiçoam constantemente. Assim, o sistema dialógico atende uma opção mais democrática e legítima para a realização da Constituição do que sistema da “última palavra”.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18/07/2017.

BRASIL. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 16/07/2017.

BRASIL. **Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em 18/07/2017.

CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. **STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem**. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Mestrado em Direito, 2012, Dissertação de Mestrado.

GARDBAUM, Stephen. **O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

GARDBAUM, Stephen. **The New Commonwealth Model of 55 Constitutionalism: Theory and Practice.** Journal of Scholarly Perspectives, vol. 9, p. 52-63, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy.** The origins and consequences of the new constitutionalism. First Harvard University Press, 2007.

HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas.** México: Siglo Veintiuno, 2014, p. 17-49.

JOÃO, Ana Manoela Silva. **Os sistemas de Weak-Form Judicial Review e o controle de constitucionalidade brasileiro:** Propostas para a Modificação do Balanço Institucional entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo no Brasil. Coimbra: Universidade de Coimbra, Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional, 2016, Dissertação de Mestrado.

KOZICKI, Katya; ARAUJO, Eduardo Borges. **Um Contraponto Fraco a um Modelo Forte:** o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. Sequência. Florianópolis, n. 71, p. 107-132, Dec. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000200107&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21/07/2017.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta:** a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 21, p. 27-49, maio/jun. 2008.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. **Weak form of judicial review:** apontamentos sobre o controle de constitucionalidade no Canadá, Nova Zelândia, Israel e Inglaterra. Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, n. 24, p. 39-50, jul./dez. 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo, 2008, 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política). Curso de Pós-graduação da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP.

_____. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford University Press, 2013.

_____. Entrevista. Por Israel Nonato. 8.06.16. Conrado Hübner Mendes: **“O STF é refém do capricho dos seus ministros”.** Por Israel Nonato. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade:** deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 250, p. 197-227, 2009.

TREMBLAY, Luc B. **The Legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between courts and legislatures.** Oxford University Press and New York University School of Law, vol. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

VALADÉS, Diego. **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VALLE, Vaníce Regina Lírio Do. **Backlash à decisão do supremo tribunal federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Disponível em: <https://www.academia.edu/5159210/backlash_%c3%a0_decis%c3%a3o_do_supremo_tribunal_federal_pela_naturaliza%c3%a7%c3%a3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%c3%a1tica>. Acesso em: 23 jul. 2017.

A SUB-REPRESENTAÇÃO DA POPULAÇÃO NEGRA NAS ESFERAS DE PODER

Fernando de Castro Faria¹

INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é tema de diversos estudos acadêmicos, bem como de discussões entre movimentos sociais que defendem maior participação da população negra (aqui entendida como o conjunto de pretos e pardos), mas não chega a encontrar o devido eco na Sociedade brasileira. As práticas explícitas ou veladas de racismo podem se manifestar de diversas maneiras, sendo uma delas a negação da ocupação de espaços de poder aos negros, historicamente alijados de tal possibilidade. Não há nada expresso que impeça a ascensão do negro ao diminuto núcleo em que são tomadas as decisões (Parlamento, Executivo e Judiciário), mas basta o olhar com mais vagar sobre os dados estatísticos para se constatar que o acesso ainda é restrito, em sua maior parte, à população branca.

Dessa forma, serão discutidos nos capítulos que seguem o mito da democracia racial (Capítulo 1), a sub-representação da população negra (Capítulo 2), analisando-se, por fim, o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal que tratou da reserva de 20% das vagas para os negros em concursos públicos (Capítulo 3).

O método empregado é o dedutivo. Foi realizada pesquisa doutrinária e jurisprudencial, com casos específicos do Supremo Tribunal Federal, bem como efetuada a coleta de dados estatísticos com análise dos seus resultados.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Itajaí, Santa Catarina, Brasil). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Itajaí, Santa Catarina, Brasil) e *Università degli Studi di Perugia* (Perugia, Umbria, Itália), Juiz de Direito (Santa Catarina, Brasil). E-mail: fernandodecastrofarria@gmail.com

1 O MITO DA DEMOCRACIA RACIAL NO BRASIL

É basilar em qualquer regime democrático o preceito da isonomia, a igualdade de todos perante a lei, o que pressupõe – e a lição é antiga, o tratamento diferenciado aos desiguais.

No Brasil, a exemplo das demais democracias ocidentais, a Constituição da República consagra tal princípio no *caput* do artigo 5º (“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”) e adota como objetivos fundamentais, dentre outros, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” e a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, I e IV).

Se o século XIX foi marcado pela luta em favor da liberdade, o seguinte, apesar das atrocidades das grandes guerras, foi chamado de século da igualdade, o que implica empreender, para a real consecução deste intento, uma contínua batalha contra “formas de injustiça marcadas pela desigualdade entre os indivíduos – por exemplo, o racismo”.²

A propósito, Luís Roberto Barroso, após mencionar a tríplice dimensão da igualdade (formal, material e como reconhecimento – esta última vertente entendida como a proteção à diferença, aos grupos vulneráveis e às minorias em geral), vaticina: “o que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo”. Em seguida, ao tratar dos argumentos contrários às políticas de cotas para os negros nas universidades, Barroso identifica três deles como os mais importantes:

- (i) inexistência de racismo no Brasil, onde as desigualdades teriam fundamento socioeconômico; (ii) impossibilidade de se identificar negros e pardos por meio de critérios objetivos, dada a miscigenação predominante na sociedade brasileira; (iii) violação ao princípio da proporcionalidade.³

Tendo em conta o propósito do presente artigo, o estudo limitar-se-á ao primeiro argumento.

² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. pp. 142-143.

³ BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. **Consultor Jurídico**. <http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>. Acesso em 20.07.17.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Com efeito, criou-se no Brasil a ideia de que há uma democracia racial, segundo a qual todo brasileiro é fruto de uma miscigenação entre brancos, negros e amarelos, o que afastaria a ideia de que haveria um grupo étnico superior ao outro, sendo que os desequilíbrios seriam apenas de natureza econômica.⁴

É fato que, após mais de três séculos de escravidão, as feridas de um período tão longo quanto violador de direitos não estão cicatrizadas, ao contrário. A desigualdade decorrente de critérios étnicos continua presente entre nós, em que pese o discurso proferido por muitos de que o Brasil vive uma “democracia racial”.

Gilberto Freyre, autor de “Casa Grande e Senzala”, é apontado como a principal fonte difusora de tal mito, quando tratou da existência do que denominou “democracia étnica”. O argumento de que no Brasil, diferentemente dos Estados Unidos da América, não houve conflitos raciais diretos foi determinante para a propagação de tal pensamento, a partir dos anos 50. O termo “democracia racial” foi utilizado pelo antropólogo norte-americano Charles Wagley e influenciou uma geração de cientistas políticos.⁵

Suas consequências foram bem observadas por Daniel Teixeira, ao afirmar que o ideário da democracia racial “cumprir uma função de naturalização e de silenciamento de conflitos, bem como da violência, historicamente instaurados, desde o período da escravidão.”⁶

As questões culturais enraizadas e que contribuem para a manutenção das desigualdades étnicas também merecem reflexão, a fim de que possam ser superadas. Wilfred Binkley bem retrata sobre os interesses que moldam o pensamento e o comportamento político, ao mencionar, no contexto norte-americano dos negros nova-iorquinos, que:

⁴ Luís Roberto Barroso foi o relator da ADC n. 41, a ser analisada no Capítulo 3 deste artigo, ocasião em que desenvolveu suas análises com maior profundidade. O voto ainda não foi publicado, mas é possível acompanhar suas razões de decidir por intermédio do vídeo à disposição em <https://www.youtube.com/watch?v=JCTxR4jDoxQ>. Consulta em 18.07.2017.

⁵ AVANCINI, Márcia. Democracia racial. Mito de não existe racismo no Brasil dificulta movimentos reivindicatórios. **Revista Pré-Univespi**. n. 61, UNIVERSO. Dez 2016 | Jan 2017. <http://pre.univesp.br/democracia-racial#.WW9mOYSrrZ4>. Acesso em 18.07.2017.

⁶ In AVANCINI, Márcia. Democracia racial. Mito de não existe racismo no Brasil dificulta movimentos reivindicatórios.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Como escravos domésticos tinham absorvido, naturalmente, as ideias de seus senhores federalistas antes da emancipação, e depois, como libertos, discutiam política federalista e orgulhosamente davam seus votos federalistas em favor dos candidatos e da política dos “ricos, bem nascidos e bons”... isto é, da antiga classe governante do país. E não se conclua tranquilamente que tal ingenuidade é característica de determinado grupo, étnico ou de outro gênero.⁷

Não se pode olvidar, portanto, o negativo legado deixado pelo longo período – não só de escravidão, mas da perpetuação de uma cultura que inferiorizou a população negra e que, portanto, ainda nos dias atuais, pode ser observada em termos práticos, conforme será visto a seguir.

2 A SUB-REPRESENTAÇÃO NAS ESFERAS DE PODER

O fenômeno em tela ocorre em relação a diversos grupos, tanto sociais, étnicos como de gênero. No presente trabalho, explora-se a sub-representação da população negra nos espaços decisórios de poder, entendida como a baixa proporcionalidade de pretos e pardos ocupantes de cargos no Legislativo, Executivo e Judiciário, levando-se em conta que são a maioria da população brasileira.

Ainda para os fins deste estudo, emprega-se o conceito de população negra adotado pela Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010, conforme artigo 1º, IV: “o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga”.

Feitos esses breves e necessários registros, passa-se ao exame dos dados que apontam para a sub-representação da população negra no Brasil.

Conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que começou a coletar as informações dos candidatos a respeito da variável cor/raça somente em 2014, por força da Resolução n. 23.405/2014, os postulantes que afirmaram ser pardos somaram exatos 35%, ao passo que os pretos alcançaram a monta de 9,26%. Considerando-se a soma de ambos, a fim de aferir, para os fins deste estudo o total de candidatos negros foi de 44,26%.⁸

⁷ BINKLEY, Wilfred E. **Partidos Políticos Americanos**. Sua História Natural. Tradução de João Távora. 3 ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, sem ano de edição. Título original: *American Political Parties. Their Natural History*. p. 10.

⁸ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/candidaturas>. Acesso em 18.07.2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O número é inferior ao percentual de negros da população brasileira no mesmo ano (2014), que era de 53,6%⁹. Mas é o resultado da eleição que demonstra a maior disparidade na representação política, na medida em que apenas 24,1% dos candidatos eleitos em 2014 são negros (21% pardos e 3,1% pretos).¹⁰ Já os brancos somaram 54,95% dos candidatos¹¹ e 75,6% dos eleitos¹², para uma população de 45,5% do total de brasileiros.¹³

Dos 27 senadores eleitos em 2014, 22 são brancos. Quanto aos governadores eleitos, cinco declararam-se pardos e um amarelo, todos os demais brancos. Estes somam, ainda, 410 deputados federais, de 513, e 776 deputados estaduais, de um conjunto de 1059 por todo o Brasil.¹⁴

No Estado de Santa Catarina, nenhum dos atuais deputados estaduais (40) é negro, sendo que a mesma situação ocorre em relação aos 16 deputados federais e aos três senadores eleitos pelos catarinenses.¹⁵

Nas eleições municipais de 2016, o número de candidatos negros aumentou para 47,76% (39,12% pardos e 8,64% pretos). Entre os prefeitos eleitos, todavia, os negros são apenas 29%. Quanto aos vereadores, os números estão mais próximos da realidade, tendo em conta que são 42% os eleitos (37% pardos e 5% pretos).¹⁶

⁹ Mesmo com maior participação, negros ainda são 17,4% no grupo dos mais ricos. **Portal EBC**. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/negros-aumentam-participacao-entre-os-1-mais-ricos-no-brasil>. Acesso em 18.07.2017.

¹⁰ Só 3% dos eleitos em 2014 se declaram negros. **Congresso em Foco**. <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-3-dos-eleitos-em-2014-se-declaram-negros/>. Acesso em 18.07.2017.

¹¹ BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/candidaturas>. Acesso em 18.07.2017.

¹² Só 3% dos eleitos em 2014 se declaram negros. **Congresso em Foco**. <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-3-dos-eleitos-em-2014-se-declaram-negros/>. Acesso em 18.07.2017.

¹³ AGENCIA BRASIL. **Portal EBC**. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/negros-aumentam-participacao-entre-os-1-mais-ricos-no-brasil>. Acesso em 18.07.2017.

¹⁴ Só 3% dos eleitos em 2014 se declaram negros. **Congresso em Foco**. <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-3-dos-eleitos-em-2014-se-declaram-negros/>. Acesso em 18.07.2017.

¹⁵ Conforme levantamento efetuado por este articulista.

¹⁶ Maioria na população, negros somam apenas 29% dos prefeitos eleitos. UOL Eleições 2016 <https://eleicoes.uol.com.br/2016/noticias/2016/10/07/majoria-na-populacao-negros-somam-29-dos-prefeitos-eleitos.htm>. Acesso em 18.07.2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Percebe-se, portanto, que o êxito da população branca, quando se trata de acesso aos mandatos eletivos, é muito superior ao dos negros, o que subverte a ideia de que a representação popular deve corresponder, tanto quanto possível, o espelho étnico e social.

De outro lado, quando são observados os dados referentes à educação, renda *per capita* e população carcerária, verifica-se que os negros estão em franca desvantagem.

Apesar do aumento significativo nos últimos anos, em 2014, apenas 45,5% dos negros com idade entre 18 e 24 anos frequentavam o ensino superior. Em relação aos brancos, o percentual é de 71,4%.¹⁷

Os ganhos financeiros dos brancos são superiores ao dobro dos negros; enquanto a renda domiciliar *per capita* daqueles alcança R\$ 1.097,00, a destes é de R\$ 508,90.

Por fim, quanto ao terceiro parâmetro ora analisado, o da população carcerária, os informes revelam que em 2005 os negros eram 58,4% dos presos. Em 2012, o percentual aumentou para 60,8%.¹⁸

É dizer: quando as variáveis pesquisadas refletem oportunidades sociais e políticas, os brancos estão muito à frente dos negros, os quais, por sua vez, amargam desempenho pior quando os dados se referem à marginalização e exclusão.

As constatações acima verificadas acabam por se espriar por outros ramos de poder, tal como no sistema de Justiça. No Estado de Santa Catarina, por exemplo, há um Juiz de Direito negro, apenas. Não há Promotores de Justiça ou Defensores Públicos estaduais negros.¹⁹

¹⁷ IBGE: acesso de negros à universidade cresce; maioria ainda é branca. **Valor Econômico**. <http://www.valor.com.br/brasil/4342534/ibge-acesso-de-negros-universidade-cresce-maioria-ainda-e-branca>. Acesso em 18.07.2017.

¹⁸ BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos**. Mapa do encarceramento aponta: maioria da população carcerária é negra. <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1>. Acesso em 18.07.2017.

¹⁹ Conforme dados coletados por este articulista, ante a ausência de dados oficiais a respeito.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Quanto aos juízes, observe-se que o montante total no Tribunal de Justiça de Santa Catarina é de aproximadamente quinhentos integrantes. Levando-se em conta que a população negra em Santa Catarina é de 15,35%,²⁰ a menor do Brasil, segundo o Censo de 2010, o número de magistrados deveria corresponder a setenta e cinco, aproximadamente.

No Brasil, o percentual de juízes negros é de apenas 13,7% (1,3% pretos e 12,4% pardos), conforme dados da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), segundo informações prestadas por cerca de 3.667 associados que responderam os itens pesquisados.²¹

Como se vê, por quaisquer dos espaços de poder que se transite, a sub-representação dos negros fica evidente, ao passo, como já dito, que a população negra lidera os *rankings* de exclusão e marginalização.

A conclusão a que se chega não poderia ser diferente: quanto menores as oportunidades, menores as chances de que ocupem cargos eletivos ou como agentes de Estado no sistema de Justiça.

Tal fato levou o filósofo Alexandre Braga a afirmar, em relação aos mandatos eletivos, que “o negro vive um *apartheid* social no país em relação à representação parlamentar. Aquele mesmo modelo segregacionista que a gente criticava na África do Sul existe por aqui de forma clara”.²²

No tocante ao sistema judicial, Adilson Moreira destaca a contribuição que o acesso da população negra aos cargos poderia gerar:

Temos fortes razões para acreditar que a presença de um número maior de homens negros e de mulheres negras no Ministério Público e nos tribunais poderia contribuir para a diminuição do racismo no País, por meio de uma ação mais eficaz do Judiciário. A diversidade racial pode contribuir para a solução desse problema ao incorporar pessoas que têm a vivência social do racismo e que não estão comprometidas com interesses de grupo. Embora todos os indivíduos comprometidos com a democracia saibam que o racismo afronta a dignidade humana, eles não têm conhecimento de como

²⁰ In Estudo dos Indicadores Socioeconômicos da População Negra da Grande Florianópolis. **Ceres Inteligência Financeira**. Março de 2012. p. 11. http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/09_04_2012_17.15.23.8da1b09262509a280c6a6c8d0d680f03.pdf. Acesso em 19.07.2017.

²¹ I Encontro Nacional de Juízas e Juizes Negros. **Associação dos Magistrados Brasileiros**. <http://www.amb.com.br/i-encontro-nacional-de-juizas-e-juizes-negros-tem-inicio-nesta-quarta-feira-10-em-brasilia/>. Acesso em 19.07.2017.

²² Só 3% dos eleitos em 2014 se declaram negros. **Congresso em Foco**. <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-3-dos-eleitos-em-2014-se-declaram-negros/>. Acesso em 18.07.2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

ele opera no cotidiano da população negra e ameríndia. Dessa forma, a diversificação racial do sistema judiciário permite que essa instituição pública possa apresentar soluções mais adequadas à demanda social de tratamento igualitário entre grupos sociais, o que obviamente pode ser considerado como um interesse público de primeira ordem.²³

De volta ao tema central da sub-representação, os números apresentados falam por si e são (ou deveriam ser) constrangedores para qualquer nação que se diga democrática, mais ainda quando se propaga a ideia de que não há racismo entre seus cidadãos.

Dessa forma, verifica-se a existência de duas premissas que justificam a adoção das políticas examinadas no capítulo final do presente estudo, sendo aquelas: a existência da denominada “democracia racial”, bem assim da sub-representação da população negra nos núcleos de poder.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS COMO PROGRAMA DE CORREÇÃO DAS DESIGUALDADES RACIAIS E PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES – O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Após dez anos de tramitação junto ao Parlamento, entrou em vigor o Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010). O projeto foi apresentado pelo então deputado Paulo Paim (PL n. 3.198/2000) e previa 20% de vagas nos concursos públicos, em todos os níveis, bem como nas empresas com mais de 20 empregados e nas universidades. Também havia previsão de 30% de vagas para candidaturas a cargos eletivos. Após a ampliação do debate público a respeito dos temas, bem como a apresentação de emendas, substitutivos e novos projetos de lei apensados, o texto final, nos pontos ora em exame, em suma, foi aprovado sem a reserva de vagas em concursos, na iniciativa privada e nas universidades, tampouco de candidaturas, mas conquistas foram alcançadas, tais como: a adoção de ações afirmativas (art. 4º, II), a eliminação de “obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada” (art. 4º, V) e a implementação de políticas voltadas à inclusão da população negra ao mercado de trabalho.²⁴

²³ MOREIRA, Adilson José. Miscigenando o círculo do poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. p. 139. <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43559/29061>. Acesso em 25.07.17.

²⁴ SILVA, Tatiana Dias. **O Estatuto da Igualdade Racial**. 1712: texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1712.pdf. Acesso em 18.07.2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Antes da aprovação do Estatuto, porém, já havia, na esfera administrativa de algumas entidades, a adoção das chamadas ações afirmativas²⁵, como, por exemplo, a pioneira experiência de reserva de vagas a estudantes negros no concurso vestibular da Universidade de Brasília (UnB), ocorrida em atos publicados entre os anos de 2003 e 2009.²⁶ O caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, proposta pelo Partido Democratas – DEM, que questionava possibilidade de se incorporar ditas regras ao citado concurso.

O julgamento, concluído em 26.04.2012, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, foi, à unanimidade, pela improcedência total dos pedidos deduzidos, destacando-se, a respeito da igualdade material, que:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares.²⁷

Posteriormente, já passados quatro anos da edição do Estatuto da Igualdade Racial, sobreveio a Lei n. 12.990, de 9 de junho de 2014, que, então, tratou da reserva do percentual de 20% das vagas em concurso público para os negros, no âmbito da administração pública federal.

Novamente, em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade dos ministros que participaram da sessão, proferiu importante decisão ao afirmar a constitucionalidade das chamadas cotas raciais, bem como do critério da autodeclaração para aferição da condição.

Eis o teor da parte dispositiva da decisão:

É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima

²⁵ A propósito, afirma-se que as “ações afirmativas criam as condições para que grupos minoritários tenham acesso ao processo decisório, facilitando assim a participação deles nas decisões que afetam todos os segmentos sociais. A miscigenação do círculo do poder é, portanto, um passo necessário para o alcance da inclusão social de segmentos da população que ocupam uma posição subalterna desde a fundação do nosso País.” In MOREIRA, Adilson José. Miscigenando o círculo do poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. p. 143. <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43559/29061>. Acesso em 25.07.17.

²⁶ Conforme dados mencionados no julgamento a seguir analisado.

²⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADI 186). Relator Min. Ricardo Lewandowski. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 24.07.2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa.²⁸

Dentre os argumentos do voto condutor podem ser destacados os seguintes:

- a crítica de que a adoção das cotas seria um equívoco copiado do exterior, pois criaria uma divisão na sociedade brasileira, não precede, pois tal fato, verdadeiramente, não ocorreu;
- a reparação é histórica, porquanto após a abolição da escravatura não houve política de integração dos negros ao seio livre da sociedade, os quais continuaram a prestar os serviços mais pesados;
- o Brasil não contou com leis racistas, como nos Estados Unidos, que determinavam lugares em que os negros não poderiam frequentar ou separavam onde brancos e negros deveria ficar, mas nem precisava, tendo em vista o racismo arraigado que ocorria naturalmente, gerando sentimento de inferioridade e hierarquização na sociedade;
- negros são sobrerrepresentados na pobreza, na violência, na falta de educação, na relação com a polícia, na população carcerária. Enfim, nos índices negativos;
- o acesso de pessoas negras aos altos cargos gera um aumento na autoestima de toda a comunidade negra, que deixa de introjetar o sentimento de preconceito que vem de fora;
- o pluralismo e a diversidade contribuem para a eficiência, pois a vida tem dimensões de compreensão do outro e da realidade;
- a ideia de que, por já existir vagas para os negros nas universidades, não há necessidade de se reservar vagas em concursos não pode ser admitida, porquanto há um descompasso de tempo entre a formação e o ingresso no cargo público. Ademais, o percentual de 20% é inferior à metade do número de negros no Brasil, o que não viola a proporcionalidade;

²⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41). Relator Min. Luís Roberto Barroso. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18.07.2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

• em que pese a complexidade do critério de aferição da condição de pessoa, baseado na autodeclaração, é prudente que assim o seja, pois é preciso compreender como cada um se percebe. No entanto, em caso de falsidade na declaração a lei já prevê o controle de fraudes. Além disso, a regra evita também que a própria administração burle o sistema de reserva de vagas.²⁹

E conforme debatido entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, é possível que daqui a aproximados cinquenta anos elas não sejam mais uma necessidade.

Não deixa de ser uma visão otimista para aqueles que largaram na corrida da História com três séculos de desvantagem e ainda lutam por uma mudança cultural, muito mais complexa do que simples alteração legislativa. Talvez seja necessário, antes de se chegar à desejada igualdade, discutir, como proposto inicialmente para o Estatuto da Igualdade Racial, mas não aprovado, no estabelecimento de cotas para a eleição de candidatos negros, não apenas de candidaturas (a exemplo do que ocorre na questão de gênero - e que, por isso, não surtiu o resultado esperado), a fim de dar a efetiva representatividade daquela que já é a maior parte da população.

Era o que dispunha também a Proposta de Emenda à Constituição n. 116 de 2011, que previa a eleição de candidatos autodeclarados negros. A reserva ficaria limitada entre o mínimo de um quinto e o máximo de um meio do total de vagas. A proposta, em que pese aprovada na Comissão de Constituição e Justiça, foi arquivada ao final da legislatura, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.³⁰

Mesmo não sendo abordado diretamente na citada demanda, porquanto tratava do âmbito federal, Estados e Municípios também devem promulgar suas leis e normativas que promovam maior oportunidades de acesso aos cargos públicos. Neste sentido, meritória a disposição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao reservar 20% das vagas para o concurso da magistratura aos candidatos

²⁹ BRASIL Luís Roberto Barroso foi o relator da ADC n. 41. O voto ainda não foi publicado, mas é possível acompanhar suas razões de decidir por intermédio do vídeo à disposição em <https://www.youtube.com/watch?v=JCTxR4jDoxQ>. Consulta em 18.07.2017.

³⁰ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Proposta de Emenda à Constituição n. 116/2011. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529275>. Acesso em 25.07.17.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

negros, conforme prevê o item n. 33 do Edital n. 2/2017, seguindo disposição do Conselho Nacional de Justiça (Res. 203/2015).³¹

Em conclusão, à guisa de reforço argumentativo, verifica-se que o tema em questão tem relação direta com a ideia de que o povo, fonte legitimadora do poder, como se sabe, é um só. Friedrich Müller alerta, sob três perspectivas: que ninguém pode ser excluído do conceito de "povo"; que o poder emana do povo, sendo critério legitimante, e; que o povo é o destinatário das prestações do Estado, ou seja, a totalidade dos atingidos.³² Não se pode admitir, portanto, qualquer possibilidade de separação de qualquer grupo que compõe o todo.

Todavia, ainda de acordo com Müller, a exclusão de grandes grupos populacionais da participação leva a uma “reação em cadeia de exclusões”, bem como à “pobreza política”.³³ Prossegue o autor alemão ao anotar duas graves distorções no campo do Estado de Direito: por um lado se recorre à maior parte da população, de outro não se lhe atribui direitos; por um lado ela é “integrada” na condição de “obrigada, acusada, demandada”, de outro não é incluída no papel de demandante, de “titular de direitos”.³⁴

Em uma possível aproximação com o tema, de forma indireta, anote-se que a ideia de proporcionalidade do sistema eleitoral brasileiro, implementado em 1932, diz respeito à possibilidade de se reunir no Parlamento diferentes orientações ideológicas, representadas por diversos partidos, inclusive aqueles que em um sistema majoritário não teriam condições de alcançar assentos nas Câmaras e Assembleias.

³¹ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. https://www.tjsc.jus.br/concurso/magistrados/edital2017/edital_20170002.pdf. Acesso em 25.07.2017.

³² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann; revisão da tradução Paulo Bonavides. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. pp. 51-58, 67, 112. In FARIA, Fernando de Castro. **A perda de mandato eletivo: decisão judicial e soberania popular**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 47.

³³ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. p. 80. Observação: as expressões destacadas são de A. Schader, conforme nota de rodapé no texto pesquisado.

³⁴ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. p. 82.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Nos dizeres de Agra e Veloso, “No sistema proporcional é assegurada representação tanto às forças políticas que ganharam as eleições quanto às que perderam (...). Esse sistema permite, assim, a representação tanto da maioria quanto da minoria.”³⁵

Na mesma ordem de ideias segue José Jairo Gomes, que destaca a importância do sistema proporcional “para refletir os diversos pensamentos e tendências existentes no meio social.” Também alerta para a ideia de representatividade, na medida em que o ideal é que haja correspondência entre a vontade do eleitor e a distribuição de poder.³⁶

Como se viu, e em que pese ser salutar necessário à democracia que a representação ocorra da forma mais fiel possível aos grupos étnicos e sociais presentes na sociedade, inclusive suas ideologias, verifica-se que em relação à população negra tal recomendação não soa verdadeira.

Igualmente, não há acesso à Justiça quando esta não pode ser dita por aqueles que não podem ocupá-la, senão como jurisdicionados, mas também como detentores do poder.

Importa o registro, por fim, de que o direito acolhe, muitas vezes, diferentes entendimentos sobre um mesmo ponto, cuja solução será adotada, nos casos afetos aos órgãos colegiados, conforme a soma dos olhares individuais a respeito. Todavia, quando o Supremo Tribunal Federal julga, à unanimidade, por duas vezes seguidas que as reservas de vagas para negros em concursos públicos e universidades é constitucional, faz-se necessária, por parte daquele que ainda se mantém contrário a tais políticas públicas, a reflexão menos apressada, a fim de que se verifique, mesmo de boa-fé, se foi ou não vítima do mito da democracia racial brasileira.

³⁵ VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70.

³⁶ GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 6. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001. p. 105.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. Cotas raciais são legítimas com parâmetros razoáveis. **Consultor Jurídico**. <http://www.conjur.com.br/2012-abr-25/politica-cotas-raciais-legitima-parametros-razoaveis>. Acesso em 20.07.17.

BINKLEY, Wilfred E. **Partidos Políticos Americanos**. Sua História Natural. Tradução de João Távora. 3 ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, sem ano de edição. Título original: *American Political Parties. Their Natural History*.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BRASIL. **Ministério dos Direitos Humanos**. Mapa do encarceramento aponta: maioria da população carcerária é negra. <http://www.seppir.gov.br/central-de-conteudos/noticias/junho/mapa-do-encarceramento-aponta-maioria-da-populacao-carceraria-e-negra-1>. Acesso em 18.07.2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 41). Relator Min. Luís Roberto Barroso. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 18.07.2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADI 186). Relator Min. Ricardo Lewandowski. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em 24.07.2017.

BRASIL. **Tribunal Superior Eleitoral**. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2016/candidaturas>. Acesso em 18.07.2017. CONGRESSO EM FOCO. **Só 3% dos eleitos em 2014 se declaram negros**. <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/so-3-dos-eleitores-em-2014-se-declaram-negros/>. Acesso em 18.07.2017.

Estudo dos Indicadores Socioeconômicos da População Negra da Grande Florianópolis. **Ceres Inteligência Financeira**. Março de 2012. p. 11. http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/09_04_2012_17.15.23.8da1b09262509a280c6a6c8d0d680f03.pdf. Acesso em 19.07.2017.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 6. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

I Encontro Nacional de Juízas e Juizes Negros. **Associação dos Magistrados Brasileiros**. <http://www.amb.com.br/i-encontro-nacional-de-juizas-e-juizes-negros-tem-inicio-nesta-quarta-feira-10-em-brasilia/>. Acesso em 19.07.2017.

IBGE: acesso de negros à universidade cresce; maioria ainda é branca. **Valor Econômico**. <http://www.valor.com.br/brasil/4342534/ibge-acesso-de-negros-universidade-cresce-maioria-ainda-e-branca>. Acesso em 18.07.2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Maioria na população, negros somam apenas 29% dos prefeitos eleitos. **UOL Eleições 2016**.
<https://eleicoes.uol.com.br/2016/noticias/2016/10/07/maioria-na-populacao-negros-somam- apenas-29-dos-prefeitos-eleitos.htm>. Acesso em 18.07.2017.

Mesmo com maior participação, negros ainda são 17,4% no grupo dos mais ricos. **Portal EBC**.
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-12/negros-aumentam-participacao-entre-os-1- mais-ricos-no-brasil>. Acesso em 18.07.2017.

MOREIRA, Adilson José. Miscigenando o círculo do poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**.
<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43559/29061>. Acesso em 25.07.17.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann; revisão da tradução Paulo Bonavides. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Tatiana Dias. **O Estatuto da Igualdade Racial**. 1712: texto para discussão. Rio de Janeiro: IPEA, 2012. http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1712.pdf. Acesso em 18.07.2017.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de direito eleitoral**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

**DA FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO À CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA
SUBSTANCIAL: DIÁLOGO COM OS POSTULADOS DEMOCRÁTICOS IDEALIZADOS
POR LUIGI FERRAJOLI**

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹

Rudson Marcos²

INTRODUÇÃO

A presente investigação pretende apresentar a potencialidade da concepção substancial da democracia para o desenvolvimento e implementação dos direitos previstos constitucionalmente, em especial, aos direitos fundamentais, com especial destaque para o direito ao meio ambiente equilibrado.

O presente ensaio está dividido em três partes.

A primeira parte destina-se a apresentar o processo de formação do Estado Democrático de Direito, apresentando elementos constitutivos deste modelo de organização da Sociedade.

A segunda parte está destinada a analisar a feição liberal com que o Estado de Direito foi concebido, com vistas a delinear os elementos caracterizadores deste modelo estatal e descortinando os objetivos de sua formulação.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor da UFSC. Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI-SC. E-mail: franciscojneto@uol.com.br

² Juiz de Direito, em Florianópolis/SC. Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, em regime de dupla titulação com a Universidad de Alicante (UA)/Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (2.009). Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC. (2.014). Graduado em Direito pela UNIVALI (1.998). E-mail: rudsontjsc@gmail.com

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A terceira seção é reservada para a análise do viés Social do Estado de Direito. Pretende-se, aqui, encetar considerações voltadas para o desenvolvimento dos membros da Sociedade Civil, por meio de promoção de ações e políticas públicas voltadas à implementação dos direitos sociais básicos dos indivíduos.

E ao final, na quarta parte do trabalho, analisa-se a teoria garantista idealizada por Luigi Ferrajoli, direcionada para a implementação de uma democracia de viés substancial, como modelo de desenvolvimento estatal apto à superação dos entraves decorrentes da globalização e do mercado transnacional, para a consolidação dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Quanto à metodologia empregada, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados, o método cartesiano e no presente relatório, aplica-se o método lógico-dedutivo. Salienta-se que ao longo da pesquisa foram utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica³.

1 A FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ser humano, já desde as suas formas primitivas de organização social, identificou na cooperação entre os membros o elemento fundamental para a superação dos obstáculos cotidianos e alcance de seu desenvolvimento.

A evolução da linguagem e a potencialização da racionalidade humana impulsionaram o ser humano para o topo da cadeia alimentar, a despeito de existirem, na natureza, outros animais dotados de maior força física, velocidade, destreza e outras capacidades físicas que pudessem superar as do homem.

A socialização é uma das marcas que distingue o homem dos demais animais e o desenvolvimento da linguagem foi fundamental para as formações das mais rudimentares formas de organização social. Segundo Harari:

³A metodologia aplicada no presente trabalho tem como base a seguinte obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed. rev. atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

(...) o *Homo sapiens* é antes de mais nada um animal social. A cooperação social é essencial para a sobrevivência e a reprodução. Não é suficiente que homens e mulheres conheçam o paradeiro de leões e bisões. É muito mais importante para eles saber quem em seu bando odeia quem, quem está dormindo com quem, quem é honesto e quem é trapaceiro⁴.

Em função deste espírito cooperativo o homem sempre tentou viver em agrupamentos, daí porque, na filosofia clássica grega, o homem é concebido como um ser político, por natureza, que busca viver em sociedade, sendo que aqueles que não se adaptem a essa convivência é um “sem-família”, um “sem-lei” e um “sem-lar”, na definição de Homero. Para Aristóteles, *“a diferença entre o homem e dos demais seres da natureza é que aquele sabe distinguir o bem do mal, o justo do que não o é, e assim todos os sentimentos dessa ordem cuja comunicação forma exatamente o Estado”*.⁵

Entretanto, foi somente por obra do pensamento iluminista, propugnado a partir do Século XVI, especialmente pela corrente denominada “contratualistas”, do Século XVIII, que o Estado passou a ser concebido teoricamente, em suas bases modernas.

Neste pensar, autores como Hobbes, Locke e Rousseau, passaram a formular uma concepção de Estado vinculado à ideia de coatividade, através da qual o Direito passou a ganhar relevância como instrumento do Estado, por meio de sua vinculação ao poder político.

Para estes pensadores, a força do Direito é política e caracteriza o Estado. Ela decorre da fundação do “pacto social”, fórmula que explica a passagem do estado de natureza para o estado de Sociedade Civil: no primeiro, os indivíduos possuem certos direitos naturais que não podem fazer valer, ou não podem possuir de maneira segura, senão chegando ao segundo momento em que instituem um poder político capaz de lhes assegurar esses direitos.

Na expressão de Manuel Atienza, necessitam de *“un poder capaz de imponerse a cada uno de los individuos: ese poder soberano, que surge y se fundamenta com el pacto social, es lo que hace que los derechos naturales pasen a ser derechos civiles”*.⁶

⁴HARARI, Yuval Noah. **Sapiens** – Uma breve história da humanidade. Tradução de Janaína Marcoantonio. 19. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017. (Título original: *A Brief History of Humankind*), p. 31.

⁵Aristóteles. **Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005, p. 14.

⁶ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.p. 116.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Como se observa, ponto fundamental da constituição do Estado reside precisamente na configuração do elemento “Poder”, categoria capaz de encetar o enlace entre o Estado e o Direito.

Para os juspositivistas, a coação era o elemento central do Direito e se sobrepunha à justiça apregoada pelos jusnaturalistas. Segundo aquela corrente filosófica, o Direito é a justificação do poder do Estado e do governante, afastando-se de outras ordens como, por exemplo, a tradição ou a religião, concepções comuns à Idade Média e que embasavam a justificação jusnaturalista.

Disto resulta que, para uma concepção de Estado calcada na esfera do Direito, o paradigma da legalidade mostrava-se imprescindível que fosse atentamente observado. Assim, predominou-se a ideia de que o governo de leis é melhor do que o governo dos homens.

Neste contexto, com esteio em BÖKENFÖRDE⁷, é possível definir o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, isto é, o Estado que realiza os princípios da razão em e para a vida em comum dos homens, tal como estavam formulados na tradição da teoria do Direito racional, e apresenta como características principais: 1) a renúncia a toda e qualquer ideia de um objetivo pessoal do Estado, já que seu objetivo é o interesse de todos os indivíduos; 2) a limitação das tarefas do Estado à liberdade e à segurança da pessoa e da propriedade; e, 3) a organização do Estado e a regulação de sua atividade segundo princípios racionais que giram em torno do reconhecimento de direitos básicos de cidadania (liberdades em geral), igualdade jurídica, garantia da propriedade, independência dos juízes, governo responsável e império da lei elaborada com participação da representação popular.

Estes delineamentos do Estado resultaram na proclamação de diversas Declarações de Direitos do século XVIII, com especial destaque para as declarações francesa e a americana – nas quais está posta claramente a idéia de que o governo é que serve o indivíduo, e não o contrário, princípio que exerceu grande influência sobre todas as Constituições que as sucederam.

⁷BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000. p. 19.

2 O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

De saída, é importante apontar que há uma tendência em identificar “Estado de Direito” com “Estado Liberal”, o que pode ser justificado não só pelos fatos históricos que dão origem a um e a outro serem os mesmos, mas também porque ambos têm como pano de fundo a limitação do poder do governante.

Assim, apesar das tentativas de se localizarem as origens do primeiro em tempos mais remotos, não há dúvida de que o Estado de Direito se vincula, em sua origem e desenvolvimento, ao Estado Liberal, mas sem esgotar-se neste último, já que as formulações feitas para o Estado de Direito têm a possibilidade de ser utilizadas com relação a diferentes contextos socioeconômicos e ideológicos, como é o caso do Estado Social de Direito, a ser analisado mais detidamente adiante.

Para a compreensão quanto ao desenvolvimento do Estado Liberal de Direito é importante atentar para o momento histórico vivido a partir de sua concepção. Com efeito, o período antecedente ao movimento que se passou a denominar Liberalismo é justamente o apogeu do absolutismo que imperou em diversos governos existentes na Europa, anteriormente ao Século XVIII.

A existência de governos despóticos, autoritários e centralizadores, com profunda intervenção na liberdade individual, na vida e nos interesses dos cidadãos era a tônica deste regime. Conseqüência disso era a forte intervenção estatal nos domínios econômicos, limitando sobremaneira a iniciativa privada e interferindo demasiadamente na liberdade dos indivíduos, especialmente nas áreas afetas ao desenvolvimento econômico.

O movimento liberal passou a ganhar relevo com a ascensão da burguesia, a qual galgava, paulatinamente, por espaços nas esferas de Poder estatal, em razão do privilégio econômico, cada vez mais pujante, que esta classe desfrutava. De outro lado, acentuava-se, em larga escala, o declínio do Poder estatal, em diversas monarquias européias, neste mesmo lapso temporal, culminando, assim com um conflito cada vez mais inevitável, que acabou limitando o poder monárquico e, num momento sucessivo, em alguns casos, aniquilando as classes eclesiásticas e

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

monárquicas que há muito usufruíam das benesses proporcionadas pelo Poder estatal até então estabelecido.

Com a afirmação da burguesia no Poder estatal, assegurar o direito de propriedade passou a ser um dos principais objetivos do Governo. Assim é que a disciplina do direito de propriedade, em suas mais variantes vertentes, por meio da consolidação de codificações legislativas aptas a assegurar a propriedade privada passou a ser uma das marcas do movimento liberal. Exemplo deste movimento foi a instituição do Código Civil napoleônico, na França, no qual a propriedade foi erigida à condição de direito inviolável e sagrado.

A feição negativa, quanto à atuação estatal na ordem econômica, constitui-se em a indelével da doutrina liberal, posto que erigida a ao paradigma de liberdade individual, sobre o qual se edificou os postulados do capitalismo. Assim, para esta corrente ideológica o Estado possui função abstencionista na ordem econômica, por se tratar de seara que não lhe é afeta e, de outro lado, deveria o Estado deter-se na organização da segurança e paz dos indivíduos, com especial destaque, para a proteção do direito de propriedade.

Este aspecto abstencionista do modelo estatal propugnado pelo liberalismo veio a conformar a ideia de Estado Mínimo, denunciado por Streck e Moraes, para quem:

No interregno temporal dos anos 1800, liberal era uma estrutura institucional com funcionamento bastante garantido, sejam Parlamentos, sejam “novas” liberdades. É por isso que o liberalismo, por um tempo se associa à ideia de ‘poder monárquico limitado e num bom grau de liberdade civil e religiosa’, o que gerou uma compreensão protoliberal de estado mínimo, atuando apenas para garantir a paz e a segurança⁸.

Ademais, pelo ideário liberal, a atuação do governo deveria ser regulada por um sistema de freios e contrapesos, com vistas a evitar o abuso do poder, tendo o paradigma da separação dos poderes, concebidos por Montesquieu, constituiu-se em um dos mais importantes marcos doutrinários do liberalismo.

⁸STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p. 56.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Com efeito, o autor de “*O Espírito das Leis*”, notabilizou-se por promover uma sistematização do poder, estabelecendo como fator fundamental a separação dos poderes, como mecanismo necessário à limitação do poder do governante. Para ele, a divisão do poder não se deve basear em critério quantitativo, qual seja, o número de membros no órgão governante ou soberano, mas sim, deve-se definir o regime de tripartição do poder, em razão da sua estrutura e do seu funcionamento. A partir das idéias de Montesquieu, as relações entre súditos e soberanos ou povos e governos deixaram de ser pensadas no plano da idealidade jurídica e constitucional, para serem examinadas no de sua realização constante.⁹

A ideologia liberal encontrava-se assentada em três núcleos distintos e bastante delimitados de atuação, quais sejam: o moral, o político e o econômico.

O núcleo moral do liberalismo consistia na afirmação de valores imanescentes ao ser humano, tais como a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de autorrealização, os quais integram os direitos inalienáveis do homem, em razão de sua própria natureza. Desenvolveu-se no interior do núcleo moral do liberalismo a concepção de três ordens de liberdade, a saber: a) as liberdades pessoais – relativas às proteções individuais contra arbitrariedades do Estado e, para tanto, os indivíduos estariam albergados dentro do critério de legalidade; b) as liberdades civis – estas inerentes às atividades livres e positivas que os indivíduos possam usufruir, com vistas a fomentar a participação humana nas atividades civis; e por fim, c) as liberdades sociais – que são relativas à liberdades de oportunidades de mobilidade social conferida aos indivíduos, outorgando ampla possibilidade de o indivíduo galgar posições destacadas na sociedade, a depender da potencialidade individual, guiadas pelo critério da meritocracia, na lógica liberal.

Já, o núcleo Político da doutrina liberal foi assentado sob quatro enfoques vinculados aos direitos políticos. Eram ligados à ideia de representatividade atos governamentais, por meio de eleições, sufrágios, opções políticas, dentre outras. A primeira categoria relacionada ao núcleo político refere-se ao *Consentimento individual*. Aqui se materializa a fonte da autoridade política de poder do Estado, por meio do estabelecimento do ‘Contrato Social’. De outro lado, a *Representação* é

⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 197. Título original: “*L’Esprit Des Lois*”.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

perfectibilizada como elemento da liberdade política, por meio da qual, as decisões legislativas são delegadas aos representantes eleitos pelo povo. A capacidade de ser eleitor variou em torno da capacidade econômica (voto censitário), nível educacional, além de idade. Também se enquadra no núcleo político, a noção de *Constitucionalismo*, pelo qual se estabeleceram os limites e divisões do poder estatal e a consagração dos direitos individuais através de documento fundante do Estado, a Constituição escrita. Por fim, a última categoria do núcleo político seria a *Soberania Popular*, segundo a qual, a participação popular direta se apresenta como o limite, no ideário rousseuniano. Neste particular, existe uma constante tensão entre os riscos pela formação da vontade geral e a participação por meio de representantes eleitos pelo povo. Daí a importância na defesa de grupos minoritários da sociedade.

E por fim, mas não menos importante. Ao contrário, com grande esforço na construção do ideário liberal, surge o *Núcleo Econômico*. O modelo econômico do liberalismo assenta-se sobre os paradigmas da propriedade privada, da liberdade de mercado e do capitalismo livre de controle estatal.

Conforme apontam Streck e Morais.

O ponto de encontro de várias vontades individuais, onde são estabelecidas as relações contratuais, é o mercado, que se auto-organiza constantemente, sendo sensível tanto à procura por parte do consumidor quanto inteiramente aberto, permitindo a entrada de novos competidores e a saída dos que não tiveram sucesso. A competição é o termômetro regulador¹⁰.

Sob o viés econômico, o Liberalismo propunha a abstenção do Estado nos assuntos relacionados à economia, os quais eram relegados, exclusivamente, para a iniciativa privada, para a qual lhe era concebida amplos direitos de explorar a atividade econômica com total liberdade, de acordo com os postulados do capitalismo, regidos principalmente pela chamada “mão invisível do mercado”, propugnada por Adam Smith¹¹, em conformidade com a doutrina do “*Laissez-Faire*”.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 61.

¹¹ As formulações de Adam Smith constam especialmente da obra: SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Vol. I e II. Título original: “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*”.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Assim, na esteira do pensamento de Conde, é possível identificar as principais características do Estado Liberal, as quais podem ser apontadas como: 1) império da lei, sendo esta a expressão da vontade geral; 2) divisão de poderes e submissão da administração pública ao princípio da legalidade, sempre tendo em vista a impossibilidade de concentração de poder nas mãos de um só e a possibilidade de submissão dos atos a controle jurisdicional; e 3) a declaração de direitos e liberdades fundamentais, no caso, direitos de oposição diante do poder do Estado.¹²

Neste contexto, conferidos os elementos e características do liberalismo já se mostra possível apresentar contornos para o conceito desta categoria, formulado por Bobbio, para quem:

O liberalismo é uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal, se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social¹³.

Como se vê, as razões propiciadoras do florescimento do Estado Liberal de Direito decorreram muito mais dos impactos e benefícios econômicos advindos em proveito para a classe burguesa, do que a preocupação com a implantação de uma ordem democrática resultante deste modelo estatal.

Conforme assevera Bonavides, *“o liberalismo era uma idéia aristocrática que nada tinha que ver com a democracia”*. E arremata:

Antes, o político, (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia¹⁴.

Como se percebe, o enlace entre democracia e liberalismo foi meramente circunstancial, na medida em que a partilha histórica destas duas categorias decorreu apenas de interesses nas lutas travadas contra o inimigo comum, qual seja, a monarquia absolutista, até então existente.

Mas não foi só o *déficit* democrático que a ideologia liberal deixou marcas na história. Outra consequência ainda mais nefasta adveio desta opção política. Com efeito, negar a responsabilidade pela felicidade dos cidadãos para dedicar-se à garantia de sua liberdade deixou e ainda deixa

¹² CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999. v. I. p. 95.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo. Brasiliense, 1998. p. 7.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54 e 55.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

sequelas seríssimas na classe de indivíduos sem acesso à propriedade e aos meios de produção, quais sejam: a parte mais pobre da classe trabalhadora.

Não por acaso que no final do Século XIX, após um momento de liberalismo levado ao extremo, chegou-se a um quadro social dos mais degradantes em relação aos níveis de miséria e fome, indicando claramente o esgotamento desse modelo como postura política, econômica e social.

Hobsbawn ao pronunciar-se sobre o esgotamento do modelo de Estado Liberal de Direito, pontua que:

Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem da sociedade burguesa e não mais efetivamente protegidos nas regiões ainda inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar¹⁵.

Em função destes aspectos, houve acentuados questionamentos quanto à opção política do liberalismo. Em alternativa, passou-se a discutir a ideia de um modelo de Estado que tenha por finalidade a promoção social dos indivíduos, o qual se passou a denominar Estado Social de Direito, que passa a ser objeto de análise, em seção separada.

3 O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Rousseau abriu a sua obra-prima pontificando:

O homem nasceu livre e por toda a parte ele está agrilhado. Aquele que se crê senhor dos outros não deixa de ser mais escravo que eles. Como se deu essa mudança? Ignoro-o. O que pode legitimá-la? Creio poder resolver esta questão¹⁶.

Conforme bem observou Bonavides:

O Manifesto Comunista, ponto de partida da ideologia de Marx, poderia ter começado com as mesmas palavras do *Contrato Social*. Na verdade, o que levou Marx àquela profunda e sombria reflexão crítica foi a perplexidade da mesma dor: ver o Homem escravizado”, concluindo mais adiante: “Rousseau queria a libertação política do Homem; Marx, a liberdade econômica¹⁷.

¹⁵ HOBBSAWM, Eric J. **Era das revoluções**: Europa 1789-1948. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2.000, p. 20.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9. Título original: “Du Contrat Social – Principes du droit politique”.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. págs. 172 e 173.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

De fato, a razão fundamental pela qual o liberalismo ocupou-se foi a ausência de liberdade do indivíduo, em face de opções políticas decorrentes do absolutismo, até então vigentes. Após a implementação da ideologia liberal, passado longo período, o aprisionamento do indivíduo continuou sendo a tônica, só que agora, não mais por razões políticas, mas sim por consequências da exclusão econômica de grande parcela da Sociedade.

Com o objetivo de suplantar as dificuldades apresentadas pelo Estado Liberal de Direito, surge, então, como alternativa, modelo do Estado Social de Direito, formulação que intenta adaptar as bases do Estado Liberal para nele incluir os direitos sociais revisando os dois pontos principais sobre os quais se assentava o liberalismo: o individualismo e o abstencionismo do Estado. Além disso, tinha como objetivo demonstrar a incapacidade do modelo liberal clássico para resolver os difíceis e complexos problemas de uma sociedade industrializada e com novas características como, por exemplo, a cultura de massas, a sociedade de consumo, o progresso da técnica, etc. Eram problemas que não pareciam encontrar suficiente solução com a adoção dos instrumentos e procedimentos típicos do liberalismo.

Ao longo da metade do século XIX, presencia-se substancial alteração de rumos e da própria substância no bojo do Estado Liberal, o qual, atendendo às pressões de destacada camada da Sociedade, o Estado passa a tomar para si atribuições de natureza positiva, consistente em oferecimento de prestações públicas em benefício dos indivíduos integrantes da Sociedade, concedendo-lhes benefícios sociais, bem como intervindo na ordem econômica, com vistas, num primeiro momento, a eliminar taxações de mercadorias, viabilizar a infraestrutura para o desenvolvimento da economia e, com isso, facilitar a inserção de empresas estratégicas no mercado internacional, melhorando a renda dos cidadãos.

Assim é que a ampla liberdade individual e a economia de mercado sem regulação estatal - paradigmas da doutrina econômica liberal -, passaram a sofrer forte impacto, com a participação ativa do Estado na cena econômica, por meio dos arranjos políticos e utilização de recursos voltados para o fortalecimento da economia nacional, bem como para a consecução da *justiça social*.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Ao analisar as transformações em razão da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, Bonavides preconiza que:

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. [...] O Estado social seria, por conseguinte, meio caminho andado, importando, pelo menos da parte da burguesia, o reconhecimento de direitos ao proletariado. Desses direitos, os mais cobiçados seriam, no interesse da classe operária e do ponto de vista democrático, os direitos políticos, visto que permitiram alcançar o poder e utilizar o Estado em seu proveito, operando tranquilamente a almejada transformação social, que a burguesia tanto teme¹⁸.

O amortecimento da luta de classes havidas entre os operários e a burguesia fez o Estado Social assumir para si, a consecução de prestações sociais positivas e a intervenção na ordem econômica, movimento político que caracterizou o *Welfare State*. Trata-se de denominação estadunidense da política intervencionista na economia, que marcou, especialmente, o plano de desenvolvimento da economia daquele país, conhecido por *New Deal*, concebido pelo presidente Franklin Roosevelt, pelo qual, com a implementação de programas de obras públicas, regulamentação do crédito, controle sobre a produção agrícola, regulação das horas de trabalho, fixação de salário mínimo, negociação coletiva e criação de sistema abrangente de seguros sociais, propiciou que os Estados Unidos pudessem superar a grande recessão instaurada naquele país, desencadeada com a crise na bolsa de Nova Iorque, a partir de 1929.

Como bem observado por Streck e Moraes:

A intervenção estatal no domínio econômico não cumpre papel socializante; antes, muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características - a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção -, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção. Decorre daí a necessidade de impor uma função social a estes institutos e a transformação de tantos outros. Da propriedade com direito de pleno uso, gozo e disposição, passamos a uma exigência funcional da propriedade, sendo determinante sua utilização produtiva, e não mais seu limite formal”. [E concluem] “Da propriedade privada dos meios de produção passou a vigor a função social da propriedade, e da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Contudo, o primado básico do Estado Liberal se mantém, a despeito de o Estado ter-se transformado em intervencionista, qual seja: a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, gerando mais-valia, de apropriação privada pelos detentores do capital¹⁹.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. págs. 184 e 185.

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 75.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Com efeito, a razão de ser do Estado identifica-se sobremaneira com a finalidade social por ele assumida, porquanto, na lógica de totalidade social, expressão cunhada por HELLER²⁰, não se mostra razoável operar a distinção liberal entre Estado e Sociedade Civil, na medida em que se confere aos entes integrantes da Sociedade Civil, não somente a detenção de direitos subjetivos de liberdades individuais contra o Estado, mas sim, conferindo-lhe a plenitude dos direitos fundamentais como expressão da soberania popular. Estas características formam os elementos configuradores da cidadania e mostram-se fundamentais para encetar a fusão dos objetivos do Estado com os da Sociedade Civil.

De fato, ao Estado Contemporâneo é atribuída uma função social, a qual pode ser caracterizada, com Pasold, como

(...) ações que - por dever para com a sociedade - o Estado execute, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo ao seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano". [E complementa] “Tal função compactua, em abstrato, com uma condição instrumental do Estado, compromisso com o bem comum e com a dignidade do ser humano, consolidando-se, concretamente, conforme as condições (ex)postas em cada Sociedade e Estado e, tendo como conteúdo finalístico, a idéia de justiça social e, por conseguinte, de socialização das relações interpessoais²¹.

Portanto, a prestação de serviços sociais, especialmente nas áreas da previdência social, saneamento básico, saúde e educação, dentre outras, caracteriza o Estado providência, o que aliado à intervenção nos processos produtivos, notadamente nas relações de trabalho, delineiam os traços característicos do Estado do Bem-Estar, por meio de seu papel interventivo e promocional.

De outro vértice, percebe-se que mesmo os Estados que adotaram o viés Social, em seu modelo organizacional, contudo, em momento algum alteraram o modo de produção capitalista implantado. Ao contrário, a lógica de mercado foi reforçada por meio do processo de globalização, na qual, as empresas transnacionais impõem um sistema de produção que os Estados não conseguem limitar. O efeito deste movimento, especialmente nas searas social e ambiental, é

²⁰ HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 245. Título original: *Staatslehre*.

²¹ PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. p. 60. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

devastador, porquanto, ausente de limites estatais, empresas buscam maximizar os seus lucros a custas do esgotamento dos recursos naturais, bem como, ampliando a pobreza e a desigualdade social.

Por conta deste cenário, contemporaneamente, passou-se a desenvolver teorias adequadas ao tratamento dos efeitos globais e transnacionais do capitalismo, bem como à superação do *déficit* democrático engendrado nos atuais modelos de Estado de Direito, seja ele de viés liberal, ou mesmo, de cunho social.

Uma importante teoria desenvolvida, neste sentido, é a teoria garantista, idealizada por Luigi Ferrajoli, a qual passa ser objeto de análise em campo próprio.

4 A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL IDEALIZADA POR LUIGI FERRAJOLI

A adesão do Estado de Direito ao juspositivismo, mais especificamente ao paleojuspositivismo, permitiu que se assegurasse o governo de leis, em alternativa ao governo dos homens. Porém esta passagem não foi possível sem deixar sequelas.

O maior preço pago em razão da criação do Estado de Direito ancorado na filosofia juspositivista foi justamente a redução do objeto da Ciência Jurídica à lei. Tratou-se de opção meramente formal, pela qual, a validade da lei é examinada tão-somente pelo ângulo de seu modo de produção, vale dizer, se o procedimento de criação da norma foi aquele legalmente previsto, independentemente do conteúdo tratado na regra legal estabelecida.

Do ponto de vista jurídico, a formulação da Teoria do Direito ancorada nos postulados do juspositivismo paleológico, exatamente por se divorciar do conteúdo da lei, assentando-se em um fórmula vazia de conteúdo, contribuiu para o surgimento e desenvolvimento de regimes totalitários, justificando, assim, que alguns Estados formassem políticas legislativas destituídas de valores morais, especialmente aquelas utilizadas nos regimes nazista e fascista, na primeira metade do Século XX, pelas quais se permitiram perseguições a determinadas raças, desrespeitos à dignidade humana, desprezo pela vida e integridade das pessoas, enfim, várias atrocidades e ataques aos

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

direitos fundamentais bastante conhecidas e que mancharam definitivamente a história da humanidade.

Já, sob o viés político, a concepção do Estado de Direito, seja ele de viés liberal ou social, ancorado no paradigma do juspositivismo paleológico permitiu o enfraquecimento da Democracia, na medida em que o modelo capitalista não só foi afirmado, mas estruturado continuamente, de maneira a ensejar a sua ascensão a mercados globais e transnacionais. Consequentemente, este processo de globalização acentuou cada vez mais a marginalização de indivíduos, o aumento da pobreza, a concentração de riquezas, a degradação ambiental, tudo isso em nome da busca pela maximização dos lucros nas empresas privadas e a imposição de uma cultura consumista exacerbada, que serve aos fins do capitalismo desregrado.

Na atualidade, o Estado encontra-se diante uma grave crise regulatória em relação às grandes corporações transnacionais privadas, as quais dão mostras cotidianas de sua insubmissão aos regramentos governamentais, a agravar, cada vez mais, as disparidades sociais no planeta.

Uma das causas humanitárias mais dramáticas da ordem do dia diz respeito às questões sociais, especialmente aquelas relacionadas à fome, à sede, às doenças básicas não tratadas e o analfabetismo.

Em escala planetária, nos tempos que correm, aproximadamente 870 milhões de pessoas passam fome. De sede, em razão da falta de acesso à água potável, são mais de 771 milhões de pessoas. Além disso, mais de 2 bilhões de pessoas não têm acesso a medicamentos essenciais. As conseqüências destes dramas são terríveis: Anualmente, mais de 8 milhões de pessoas - em grande parte crianças, falecem pela falta de água e de alimentação de base. Também mais de 10 milhões morrem a cada ano pela ausência de acesso a medicamentos essenciais.²²

²²As fontes sobre os dados relacionados à fome, sede, analfabetismo e ausência de remédios essenciais no mundo constam, respectivamente, de: FAO, *The State of Food Insecurity in the World*, Roma, 2012, p. 8; Unesco, *Education for All Global Monitoring Report 2006. Literacy for Life*, Parigi, 2005, p. 19-20; WHO, *The World Medicines Situation*, Genève, 2004, p. 61.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Em face dos desequilíbrios econômicos, promovidos pelas grandes empresas transnacionais, na busca insaciável por lucros em esfera global, a custos dos escassos recursos ambientais, o tamanho da emergência por sustentabilidade ambiental apresenta impactos igualmente dramáticos.

Conforme aponta Ferrajoli:

A nossa geração provocou danos crescentes e irreversíveis ao nosso meio ambiente natural. Massacramos espécies inteiras de animais, envenenamos os mares, poluímos o ar e a água, desmatamos florestas e desertificamos milhões de hectares de terra. O atual desenvolvimento desregulado do capitalismo, insustentável sob o plano ecológico muito mais do que sob o econômico, está se alastrando como uma metástase no nosso planeta, colocando em risco, em tempos não muito longos, a própria existência humana. Nos últimos cinquenta anos, enquanto a população mundial mais que triplicou, o processo de alteração e de destruição da natureza – as cimentificações, o descongelamento das calotas polares na Groenlândia e na Antártida, o aquecimento global, as poluições do ar e dos mares, a redução da biodiversidade, as explosões nucleares – se desenvolveu de maneira exponencial. Contemporaneamente, estão se extinguindo os recursos energéticos não renováveis – o petróleo, o carvão, os gases naturais – acumulados em milhões de anos e dissipados em poucas décadas. O desenvolvimento insustentável está, em suma, dilapidando os bens comuns naturais como se fôssemos as últimas gerações que vivem sobre a Terra. É novamente um *slogan* – “este é o único planeta que temos” – que denuncia, em termos dramáticos, esta corrida insensata em direção à catástrofe²³.

Para fazer frente a todas estas ordens de desequilíbrios políticos e jurídicos, as quais propiciam um baixo grau de democracia, como alternativa, Ferrajoli desenvolve um modelo teórico de constitucionalismo por ele denominado de *Garantismo*, segundo o qual é compreendido como:

(...) um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei de todos os poderes e nos vínculos a eles impostos para a garantia dos direitos, primeiramente, dentre todos, os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. [...] Ele significa, em resumo, o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, idôneos a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais²⁴.

Como se vê, o ponto de partida do Garantismo é justamente a concepção de um novo paradigma, tanto para o direito, quanto para a democracia, que contemple a validade das leis, não somente pelo ângulo formal – que respeita o processo de criação da regra -, mas também e principalmente

²³FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. págs. 180 e 181.

²⁴FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. págs. 30 e 31.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

que contempleo requisito de carácter substancial da norma, aqui compreendido como o respeito às garantias aos valores constitucionalmente estabelecidos, em especial aqueles consagrados como direitos fundamentais.

A feição política da teoria garantista está ligada à construção de um novo paradigma político vinculado ao reconhecimento de dois significados para a expressão “Estado de Direito”: (1) em sentido fraco ou formal, em que ele será apenas um poder conferido pela lei e exercido na forma e procedimento previstos ou, (2) em sentido forte ou substancial, em que será compreendido no sentido de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, não só quanto a sua forma, mas também em relação a seu conteúdo.²⁵

Com efeito, a teoria garantista não despreza o viés formal da regra jurídica. Esta tem sua importância como norma fundamental (na teoria kelseniana) ou como norma de reconhecimento (na teoria hartiana) e o procedimento de criação da norma jurídica mostra-se relevante para fins de existência da regra legal instituída.

Contudo, o estágio atual do constitucionalismo exige mais do que o critério meramente formal da norma jurídica, exige também que a norma tenha validade e legitimidade, aspectos que compõe o viés substancial da norma. Para tanto, a norma deve ser vista a partir de seu conteúdo, com vistas a possibilitar a análise quanto à sua validade.

A conexão entre direito e democracia é essencial na visão de Ferrajoli e sobre este tema, assim se pronuncia:

El nexo aquí establecido entre democracia y derecho se precisa así como nexo entre (dimensiones de la) democracia y (tipos de) derechos fundamentales. Es inconcebible una democracia sin derechos fundamentales. Al menos serán necesarios los derechos secundarios políticos, sin los cuales, se ha dicho, no cabe hablar de «democracia» en ningún sentido. Por otra parte, una democracia sin derechos primarios, en la que los derechos secundarios de la mayoría y/o del mercado fueran ilimitados y por ello omnipotentes, sería una democracia virtualmente totalitaria, en constante peligro de disolución. La correlación entre democracia y derechos permite en cambio hablar de «grado» de desarrollo y de efectividad de toda democracia en relación con la cantidad y la calidad de los derechos

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995. p. 856.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

fundamentales em ella incorporados y, sobre todo, com la efectividad de sus garantías, tanto primarias como secundarias²⁶.

Assim é que a garantia e proteção dos direitos fundamentais assumem papel central no desenvolvimento da teoria garantista, na medida em que estes direitos reconhecidos não só no plano das Constituições, mas também nos catálogos e declarações internacionais, assumem rigidez legislativa, enquadrando-se, assim, na esfera do “não-decidível”. Trata-se de núcleo rígido no qual os direitos fundamentais ficam resguardados. Isto se estabelece desta forma, em razão da formulação do “pacto social” de convivência entre Estado e Sociedade.

Ferrajoli propõe uma divisão que – a par das alterações na Teoria do Estado – é encontrada também na Teoria do Direito, já que tal importa na definição de dois modelos normativos distintos: de um lado, o modelo paleopositivista do Estado Legislativo de Direito (Estado legal) formado fundamentalmente por regras e, de outro, o modelo neojuspositivista do Estado Constitucional de Direito (ou Estado Constitucional), marcado pela existência de princípios e regras, com constituições rígidas e mecanismos de controle de constitucionalidade.²⁷

O modelo garantista de direitos amplia a concepção de Estado de Direito – fundamentado apenas no princípio da legalidade - para o paradigma de Estado Constitucional de Direito – fundamentado no conjunto de princípios e regras provenientes da constituição e declarações de direitos internacionais.

Disto decorrem vinculações inexoráveis de duas ordens. A primeira, é relacionada a todos os poderes que integram o Estado, vale dizer: o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário. A segunda, amplia a vinculação para além dos poderes públicos, abarcando, também, os poderes privados (empresas e corporações não-públicas).

A consequência imediata desta formulação é a ampliação na proteção dos indivíduos, não só com relação aos direitos individuais (caráter negativa), mas também quanto à promoção dos direitos

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 2. Teoría de la democracia.** Traducción Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid. Trotta, 2011.p. 25. Título original: Principia iuris. “Teoría del diritto e del la democrazia”.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho.** In: **Neoconstitucionalismo(s).** de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005. p. 14.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

sociais (caráter prestacional ou positivo) de todos os poderes, sejam eles públicos ou privados, em suas relações com os cidadãos.

Além disso, a formulação de um Estado Constitucional de Direito, como objeto da proposta de solidificação de uma democracia substancial, na teoria concebida por Ferrajoli, engendra uma tripla mudança de paradigma, que se reflete na estrutura do Direito, da Ciência Jurídica e, por fim, na Jurisdição.

O primeiro paradigma rompido foi o Direito pré-moderno, abandonado que foi para que se desse a passagem para o segundo: o Estado Legislativo de Direito, momento marcado pela afirmação (1) do monopólio estatal da produção jurídica e (2) do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do Direito válido e existente. Assim, com a instituição do Estado Constitucional de Direito, os indivíduos deixam de se submeter somente à lei e ao princípio da legalidade como únicas fontes de legitimação, ficando claro que *“iusnaturalismo y positivismo jurídico, Derecho natural y Derecho positivo bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas.”*²⁸

O segundo paradigma reflete a mudança na jurisdição, já que na concepção do Estado Constitucional de Direito, a função jurisdicional passa a ser aplicar a lei somente se ela for constitucionalmente válida e cuja interpretação e aplicação forem, por isso mesmo, *“um juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidade.”*²⁹

O terceiro paradigma diz respeito à afirmação do constitucionalismo rígido, no âmbito do Estado Constitucional de Direito. Se o primeiro momento foi determinado pelo nascimento do Estado moderno e a afirmação do princípio da legalidade como norma de reconhecimento do direito válido e vigente, o segundo surge de uma mudança menos radical, que é a subordinação da legalidade a

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005. p.17.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005. p.18.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Constituições rígidas, hierarquicamente supraordenadas às leis como normas de reconhecimento de sua validade.

Dentro deste contexto, insere-se a crítica encetada por Ferrajoli ao ativismo judicial. Para o autor italiano, o paradigma garantista do constitucionalismo, que espelha a rigidez do sistema constitucional, *“exige que o Poder Judiciário seja o mais limitado e vinculado possível pela lei e pela Constituição, conforme o princípio da separação de poderes e a natureza quanto mais legítima mais cognitiva.”*³⁰. Para Ferrajoli:

Os Juízes não ponderam normas, mas sim as circunstâncias fáticas que justificam ou não sua aplicação. Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas ilegítima da política³¹.

Portanto, a teoria garantista proposta por Ferrajoli propõe-se à superação dos obstáculos existentes na Teoria do Direito e da Democracia então vigentes, com vistas, principalmente, a proporcionar as condições de existência, validade e legitimidade das normas, não só do ponto de vista do procedimento voltado para a sua produção, mas também pela coerência dos seus conteúdos com as regras e princípios constitucionalmente estabelecidos.

Na esfera da democracia substancial garantista, justamente em razão desta decorrer diretamente do constitucionalismo rígido, pelo qual há manifesta subordinação da lei aos princípios constitucionais, a democracia se apresenta em sua dimensão substancial não só em relação às condições de validade da norma, mas também em relação à natureza da democracia, já que esta passa a garantir também os direitos da minoria em relação aos poderes da maioria, que agora ficam limitados.

³⁰FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 53.

³¹FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Do Advogado, 2012. P. 53.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A racionalidade e a linguagem, características peculiaridades ao ser humano, conferiram-lhe potencialidade de agrupamento e convívio social que o impulsionaram para o topo da cadeia alimentar há milhares de anos de sua existência no planeta.

A sociabilidade e o compartilhamento de funções pelo homem constituíram-se em fatores fundamentais para a constituição das formas mais primitivas e rudimentais de constituição do Estado.

Ao longo da história, várias Teorias do Estado e do Direito foram desenvolvidas para justificar as mais adequadas formas de organização da sociedade humana. O esforço de teóricos para a sedimentação do progresso da humanidade foi notável. Também é inegável certa melhoria nas condições de vida dos indivíduos, genericamente considerados.

Entretanto, na quadra atual da história humana, surgem novos desafios que necessitam sejam suplantados. A degradação ambiental sem precedentes, a marginalização das pessoas, o aumento da pobreza, a diminuição da solidariedade social são alguns dos exemplos mais dramáticos nos impostos à superação, diariamente.

A teoria garantista direcionada para uma concepção substancial da democracia, idealizada por Luigi Ferrajoli, pode ser um bom começo para despertar na ciência jurídica e na teoria política as bases necessárias para a mudança paradigmáticas.

O aprofundamento das investigações, análises e estudos na busca por alternativas para a melhoria das condições globais da vida humana no planeta constitui-se em elemento essencial para a concretização das promessas formuladas no plano das constituições e documentos internacionais declaratórios de direitos.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Aristóteles. **Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 3ª ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo. Brasiliense, 1998.

BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de SERRANO, Rafael de Agapito. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CONDE, Enrique Álvarez. **Curso de derecho constitucional**. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.v.I.

FAO, *The State of Food Insecurity in the World*, Roma, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Tradução de IBÁÑES, Andrés Perfecto y GREPPI, Andrea. 2ª ed. Madrid, Espanha: Editorial Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de dos derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemología jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. de CARBONELL, Miguel (org.). 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 1. Teoría del derecho**. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid. Trotta, 2011. Título original: “Principia iuris. Teoria del diritto e del la democrazia”.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Volume 2. Teoría de la democracia**. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez y otros. Madrid. Trotta, 2011. Título original: “Principia iuris. Teoria del diritto e del la democrazia”.

FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (org). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens – Uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. 19. ed. Porto Alegre: L&PM, 2017. Título original: “A Brief History of Humankind”.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 245. Título original: *Staatslehre*.

HOBBSAWM, Eric J. **Era das revoluções**: Europa 1789-1948. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2.000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Título original: “*L’Esprit Des Lois*”.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. rev. amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: “*Du Contrat Social – Principes du droit politique*”.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Vol. I e II. Título original: “*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*”.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Unesco, *Education for All Global Monitoring Report 2006*. Literacy for Life, Parigi, 2005.

WHO, *The World Medicines Situation*, Genève, 2004.

AS FACES DA DEMOCRACIA QUE (DES)LEGITIMAM O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Gerson Ziebarth Camargo¹

Hélintha Coeto Neitzke²

INTRODUÇÃO

No Direito, em razão das coisas "constantemente se fazendo", buscam-se conceitos e ideais aptos a traduzir suas "melhores" noções, razão pela qual este artigo objetiva expor a dualidade representada pelo argumento/ideal da democracia que, à medida que justifica e enaltece o ativismo judicial, também ilustra os perigos dessa postura. Por óbvio, decorre o problema central dessa dualidade: como e por que o mesmo argumento (democracia/legitimação democrática) pode contribuir com a postura ativista e simultaneamente rechaçá-la?

Tal dualidade advém do (neo)constitucionalismo, movimento jurídico, filosófico, sociológico e político – cuja principal finalidade é justamente limitar o poder do Estado por meio da inserção de direitos fundamentais compilados em uma Constituição. Caracteriza-se por uma série de fatores que, em suma, aproximam o direito da moral e conferem ao destinatário das normas constitucionais a força normativa da Constituição, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o fortalecimento do Poder Judiciário, constatando, para muitos, o fracasso do Estado legislativo de direito.

Como consequência desse movimento e considerando uma aparente supremacia do Poder Judiciário em detrimento, principalmente, do Legislativo, emerge o ativismo judicial. Pelo fato de os

¹ Mestrando na Universidade Paranaense (UNIPAR), Umuarama – Paraná – Brasil. Graduação em Licenciatura em Português pela Universidade Federal do Paraná (2004). Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Ponta Porã-MS (2015). Técnico Judiciário da Justiça Federal do Paraná. Email: gersondemolay@gmail.com

² Mestranda na Universidade Paranaense (UNIPAR), Umuarama – Paraná – Brasil. Especialista em Direito Civil – Família e Sucessões pela UNICESUMAR. Bolsista da Capes/Prosup. Advogada. Email: helintha@yahoo.com.br

juízes e desembargadores - agentes públicos não eleitos - exercerem fatalmente poder político que por vezes contraria as disposições oriundas do Poder Executivo ou Legislativo cujos membros representam a vontade popular, surgem controvérsias e questionamentos sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, ter ou não legitimidade para inovar o ordenamento jurídico ou invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pelo povo.

O ativismo, defendem alguns, desprestigiaria o Poder Legislativo, que teria enfraquecida sua atividade de inovar o ordenamento jurídico, pois as leis criadas perderiam sua força para a interpretação constitucional realizada pelos tribunais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas a doutrina se mostra dividida quanto ao assunto. Inclusive, chega a apresentar a democracia como fundamento para louvar o ativismo ao mesmo tempo em que para rechaçá-lo. Por isso, o objetivo deste artigo se limita a analisar o argumento da democracia como o problema central para legitimar ou não o ativismo.

Para isso, consiste em uma pesquisa qualitativa e parte de uma abordagem dedutiva. Com relação às técnicas de coleta, basicamente buscou-se na doutrina (com enfoque nas lições diametralmente opostas de Luís Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck e Jônatas Luiz Moreira de Paula) a discussão da temática apresentada.

A presente análise se mostra relevante no sentido de estabelecer um alerta a quem necessita de maior ônus argumentativo para justificar uma tese jurídica de forma a evitar argumentos que sirvam, ao mesmo tempo, de parâmetros para ideologias diametralmente opostas, exigindo que o crítico evite o argumento ou estabeleça as delimitações conceituais adequadas.

1 ATIVISMO JUDICIAL: DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS E DES(APROVAÇÃO) DESSA POSTURA

O termo é atribuído ao ordenamento norte-americano. Eis as transcrições do jornalista ao analisar as posturas dos juízes da Suprema Corte citadas por Barroso:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto-contenção judicial. Um grupo está mais

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. [...] Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.³

A origem do termo, portanto, remete à análise da postura do juiz ao tomar suas decisões. O passivista julgava adstritamente aos dispositivos legais, sem convicções pessoais, tudo em prol da fidelidade ao instituído pelo legislador. Já os ativistas levavam em conta suas concepções na hora de decidir.

O conceito "original" de ativismo judicial transformou-se ao longo do tempo, e hodiernamente, principalmente no Brasil, são várias as definições encontradas, nacionais ou internacionais, da expressão, razão pela qual será necessário, delimitar seu conceito de modo a não se estabelecerem contradições quanto aos aspectos positivos e negativos do ativismo. Para isso, mister distinguir ativismo de judicialização da política.

A judicialização adveio da a) redemocratização do país; b) da constitucionalização abrangente que, pelo fato de contemplar as mais variadas e amplas matérias, antes dispostas apenas na legislação ordinária, permite se levar ao Judiciário as discussões sobre ações e políticas atinentes à área contemplada; c) do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que, por ser misto, permite que um sem-número de órgãos e entidades ajuíze ações diretas de inconstitucionalidade.

Por sua vez, o ativismo enquanto postura proativa de interpretação atribui uma espécie de interação do Judiciário na efetivação do texto constitucional, com ingerência no território de atuação do Legislativo e do Executivo por meio de iniciativas como:

a) Enquadramento na Constituição, sem pronunciamento do legislador ordinário, de situações nela não incluídas; b) Controle de constitucionalidade (the power judicial review); c) Determinação de iniciativas ou de abstenções para os órgãos estatais em especial acerca de políticas públicas⁴.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. 2010. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

⁴ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito**: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin. Tese (Doutorado em Direito Público). Pontifícia

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização"
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A atitude que promove iniciativas tais como as citadas por Vitorio se estabelece diante de "situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas"⁵, razão pela qual a concepção de ativismo judicial representa a necessidade de uma participação mais pontual do Poder Judiciário na busca de implementar os valores e fins constitucionais.

Conceito mais crítico, porém apresentando a constatação comum de que de fato o ativismo reside em posturas adotadas, encontra-se nos ensinamentos de Streck, segundo o qual ativismo consiste na substituição (pelos magistrados), dos juízos do legislador e da Constituição "por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas)"⁶.

Já a judicialização, para o referido autor, consistiria em um fenômeno contingencial que favorece a jurisdição constitucional, em especial a partir de um cenário construído no segundo pós-guerra, que, nas palavras de Streck, confere "deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário":

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do segundo pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.⁷

Desse deslocamento decorre a constatação de que "diversas questões que anteriormente seriam consideradas meramente omissões ou invasões legítimas do Estado, tornaram-se judicializáveis".⁸

Universidade Católica de Minas Gerais, 2011, p. 75.

⁵ BARROSO, Luís Roberto **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico**. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio Streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em 2 maio 2017.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O Panprincipiologismo e a "Refundação Positivista"**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 190.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **A relação entre juristocracia e ativismo judicial: os direitos fundamentais em risco**. In: *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 187.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Das delimitações, portanto, percebem-se diferenças entre ativismo e judicialização: enquanto o ativismo judicial representa uma atividade do magistrado ou da Corte, uma escolha baseada em critérios menos rígidos de interpretação, para alguns, ou em pura discricionariedade, para outros. Realizada a importante distinção, limita-se este artigo a discorrer sobre o ativismo judicial conforme o apresentado.

A ideia de ativismo para Barroso se:

[...] manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do constituinte originário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁹

Nesse sentido, Perez apresenta fatores complementares de impulsão do ativismo judicial no Brasil: exigências do Estado - providência - modelo intervencionista - direitos fundamentais de segunda geração; ênfase do papel político do Poder Judiciário; atuação deficiente do Poder Legislativo; desvalorização da lei; texto constitucional caracterizado pela fluidez e ambiguidade, pois a Constituição “não oferece amarras precisas à interpretação, bem como expõe o juiz à pressão imediata para concretizar programa que a Constituição delineou sem eficácia normativa imediata”.¹⁰

Em função dessas condutas manifestadas pela postura ativista, têm-se, como exemplos no Brasil, decisões do Supremo Tribunal Federal acerca de fidelidade partidária, verticalização, distribuição de medicamentos e determinação de terapias por determinação judicial, dentre outras, que maculariam o Poder Legislativo e ameaçariam sua legitimidade para inovar o ordenamento jurídico.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

¹⁰ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 20, n. 78, jan/mar. 2012, p. 128.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Esse cenário, portanto, praticamente permite que qualquer assunto relevante para a sociedade seja lançado à apreciação do Supremo Tribunal Federal (judicialização), obrigado a decidir questões sobre biossegurança, imprensa, nepotismo, quebra de sigilo por CPI, disputas por terras indígenas, uso de algemas, políticas governamentais, relação entre poderes, dentre inúmeros outros, sob pena de infringir princípios constitucionais como acesso à justiça.

Por outro lado, a forma como seus Ministros atuarão diante dessas demandas pode ensejar a postura do ativismo judicial, "fenômeno" sobre o qual a doutrina brasileira divide posições ao apresentar aspectos favoráveis e desfavoráveis.

1.1 POSIÇÕES DE APROVAÇÃO DA POSTURA ATIVISTA: A DEMOCRACIA ESTÁ REPRESENTADA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O fenômeno da filtragem constitucional ou constitucionalização do direito faz com que a Constituição Federal passe a ser um filtro através do qual se deve ler e interpretar todos os institutos do Direito.

Hodiernamente, constata-se que o cidadão reclama abrigo ao Judiciário em detrimento de uma “hiperinflação legislativa”, conforme atesta Perez:

A hiperinflação legislativa traduz malefícios não só para o próprio instituto jurídico, mas também para a sociedade sobre a qual o ato normativo tende a incidir. Para o instituto jurídico “lei”, a transitoriedade e a abundância retiram-lhe a importância e a observância cogente. Para a sociedade, ensejam incerteza e insegurança nas relações travadas sob sua égide¹¹.

Há que se considerar, ainda, a despeito das teses segundo as quais o ativismo judicial é contramajoritário, que, em um contexto de neoconstitucionalismo, em homenagem à dignidade da pessoa humana, há que se preservar um mínimo existencial, ou seja, uma eficácia mínima de direitos fundamentais, nem que para isso sejam necessárias intervenções *a priori* contramajoritárias porque, em verdade, questões políticas fundamentais se judicializaram.

¹¹ PEREZ, Carlos Alberto Navarro. **Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia.** p. 139.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Como destacado na introdução da presente pesquisa, questões polêmicas de grande interesse social ensejam uma transferência de poder ao Judiciário porque as instâncias políticas tradicionais não atendem às expectativas da sociedade, sofrendo crises de legitimidade e representatividade. Para contextualizar essa judicialização, apresenta-se o rol destacado pelo ex-presidente da OAB, Cezar Britto, no artigo A judicialização da política e a politização do Judiciário:

Escrevendo em outras palavras, o Judiciário, com as suas contradições e acertos que não cabem aqui aprofundar, se tornou o último responsável pela ratificação executória de toda política pública, federal, estadual ou municipal. Basta que se observe que fora o Judiciário quem definiu a secular questão indígena, a autorização para as pesquisas com as células-tronco embrionárias, a quebra do monopólio da PETROBRÁS sobre a exploração e refino do petróleo, a amplitude da liberdade de imprensa, a proibição do nepotismo, a transformação do refúgio político em simples ato administrativo, o asilo em ato judicialmente controlável, a tortura em crime banal, a fidelidade partidária como impositivo constitucional, os limites legais e éticos das campanhas eleitorais, o papel dos correios e das agências reguladoras, as restrições ao constitucional direito de greve, os tetos e pisos remuneratórios dos servidores públicos, as isenções fiscais ou legalidade dos tributos, o uso de algemas nas atividades policiais, a importância do direito de defesa, os confiscos salariais e milhares de outras. Não custa lembrar que já consta da pauta do Judiciário a ratificação ou rejeição da política de inclusão social (quotas sociais ou raciais), os contornos e alcance da saúde pública, os investimentos em infra-estrutura (obras públicas, licitações), a política fiscal (inconstitucionalidade ou ilegalidade de tributos e incentivos).¹²

Perceba-se que o rol de celeumas apresentado envolve direitos fundamentais à vida, igualdade, liberdade, segurança e propriedade, os quais, por imposição constitucional, são levados à apreciação e à proteção pelo Judiciário. Assim, o ativismo como atividade decorrente da judicialização das relações sociais representa, na verdade, garantia dos direitos fundamentais e proteção contra omissões ou excessos oriundos do Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, ensinam Medeiros e Nelson:

Dessa forma, a judicialização da política faz parte do próprio processo democrático, pois que constitui mecanismo de concretização de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, quando forem eles sonegados, quer seja pelo Poder Executivo, quer seja pelo Poder Legislativo¹³.

¹² BRITTO, Cezar. **A judicialização da política e a politização do Judiciário**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>>. 2010. Acesso em: 17 maio 2016.

¹³ MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 21, n. 84, 2013, p. 212.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Corroborando com o mesmo entendimento, Paula igualmente lembra que a sociais legitima a atividade jurisdicional como “poder político não eleito diretamente pelo povo, dinâmica das relações porque realiza os fins sociais que o Estado de Direito se estabeleceu para o povo brasileiro, nos termos do artigo 3º, da CF”¹⁴. Assim, de acordo com o autor, a atividade jurisdicional representa os valores sociais vivenciados pelo povo, sendo, dessa forma, a primeira manifestação da mutação social.

Se o artigo 3º da Constituição Federal representa o vetor para que o Estado concretize os objetivos a que se propôs, a atuação do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas no Brasil ocorre, em verdade, com autorização da própria Constituição.

Isso poderia, em tese significar preponderância da esfera jurídica sobre a esfera política, pois “os tribunais são chamados a funcionar como “árbitros” na solução de questões que poderiam muito mais adequadamente ser trabalhadas na esfera política do que na esfera judicial.

Fato é que o Judiciário é portador de novos papéis no cenário constitucional atual. Como visto também, o ativismo judicial é atividade decorrente da judicialização das relações sociais, “fenômeno” que ocorreu no Brasil, conforme ensina Paula “a partir da redemocratização e da assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal sobre as diversas formas de relacionamento”¹⁵.

É claro que esse protagonismo pode ser ameaçador a uma formal separação de poderes. No entanto, há entendimento diverso, segundo o qual esse protagonismo não invade as instâncias democraticamente eleitas.

Medeiros e Nelson, por exemplo, entendem que o ativismo, nesse escopo, não compromete a separação de poderes:

Ressalta-se, por necessário, que essa ampliação no exercício da jurisdição constitucional, não quer significar invasão indevida do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, o que configuraria

¹⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e jurisdição**. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014, p. 205.

¹⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e jurisdição**. p. 201.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

afronta à tripartição de poderes e ao princípio democrático. Pois, resulta, lógica e naturalmente, de uma nova forma de se perceber a jurisdição exercida no novo cenário do Estado Constitucional Democrático de Direito, em que os pilares fundamentais do texto constitucional precisam restar satisfeitos em todas as situações fáticas, logo, o Poder Judiciário não pode fugir de tal missão de concretização dos valores constitucionais.¹⁶

Igualmente, segundo os autores, não há que se falar em ativismo judicial como atividade arbitrária:

O ativismo judicial não se confunde com arbitrariedade, tampouco com violação ao princípio da tripartição dos poderes e ao princípio democrático. Isso fica claro ao se perceber que a atuação da jurisdição constitucional não se efetiva exclusivamente por vontade do órgão constitucional. O Poder Judiciário segue o mandamento constitucional da inércia, determinando esse princípio que a atuação do Judiciário, no exercício da jurisdição, só será exercida quando ele for provocado.¹⁷

Não diferente é o pensamento de Ronald Dworkin, que, em artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, entende que o controle judicial sobre os atos do Legislativo não apenas constitui um padrão de poder democrático, mas também um veículo adequado que se evidencia efetivo à democracia:

Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo¹⁸.

Ademais, sob esse viés, o ativismo atribuiria legitimidade para invalidar atos daqueles que exercem mandato popular.

Segundo Luis Roberto Barroso, a legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa

¹⁶ MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional**. p. 215.

¹⁷ MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. **Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional**. p. 216.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. **O Estado de São Paulo**. Espaço Aberto. 26 abr.1997.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: “estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais”:

[...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas.¹⁹

Justificar-se-ia, por isso, segundo Barroso, um caráter muito mais protetivo do Judiciário em relação à democracia do que a representação de alguma afronta a ela, conforme conclui:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição — e do Judiciário como seu intérprete maior — não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.²⁰

Assim, a atividade judicial de invalidar atos, decisões e normas oriundas do Poder Executivo e Legislativo não ensejaria afronta à divisão de poderes, pois a própria Constituição assim permite. Ademais, os magistrados não exercem suas atividades em nome próprio e dotados de subjetivismo, mas de acordo com a lei e com autorização da própria Constituição, em prol dos direitos fundamentais e da própria democracia.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

Assim, constata-se, pelo viés apresentado pelos autores neste tópico, que o ativismo consistente em entrave à democracia é o mesmo condizente à sua preservação.

1.2 POSIÇÕES DE REPROVAÇÃO: DESRESPEITO À REPARTIÇÃO DE PODERES E, CONSEQUENTEMENTE, À DEMOCRACIA

Se, por um lado, o ativismo atribui ao Judiciário um papel de destaque nas relações sociais e institucionais, tem-se a contrapartida da autocontenção judicial, que pode ser conceituada, de acordo com Barroso como “o oposto de ativismo judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes”²¹. Por isso, de acordo com o autor, os juízes e tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.²²

Nesse mesmo sentido, definindo o caráter oposto do ativismo judicial, Vitório assevera:

Saliente-se, todavia, que a doutrina se ocupa também da teoria avessa ao Judicial activism, a qual é denominada self restraint (autorrestrição ou autocontenção), que consiste na redução da interferência do Judiciário sobre os demais Poderes e limita a área de aplicação da Constituição em favor das esferas eminentemente políticas. É adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Judiciário para decidir questões de natureza política, haja vista que ele não é composto por representantes pelo povo²³.

Quando o Judiciário, portanto, não adota essa postura autorrestritiva, o ativismo judicial pode ser considerado ameaçador à democracia em razão de alguns fatores que se passa a expor.

A postura proativa de interpretação da Constituição para concretizar direitos fundamentais às vezes pode ultrapassar os limites das funções institucionais constitucionalmente postas.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3 ed. - 2 tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012, p. 07.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 07.

²³ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito**: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin. p. 76.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Nesse contexto, o Judiciário que é contramajoritário por excelência, "passa a atuar em substituição ao Legislativo aniquilando assim a discussão jurídico-legislativa democrática, o que termina por fulminar a própria legitimação da maioria que é ínsita ao regime democrático"²⁴.

Conforme Teoldina Batista Cândido Vitório:

O principal argumento contrário ao ativismo consiste no fato de que somente o Legislativo e o Executivo são eleitos pelo povo. Assim, apenas os membros do Legislativo estariam autorizados pelos cidadãos a elaborarem leis que atendam seus apelos e reclamos. Por sua vez, como o Poder Judiciário não passa pelo sufrágio, estaria descredenciado, numa visão juspositivista, para criar o direito, via decisões judiciais, tendo em vista que tal conduta desafia o sistema de freios e contrapesos inspirado por Montesquieu, que equilibra a gravitação entre os três Poderes.²⁵

Percebe-se, portanto, que a crítica reside na ausência de legitimidade democrática do Judiciário para realizar anseios populares para os quais não foram eleitos, já que “o sufrágio universal é o fundamento ético da democracia”.²⁶

Por esse argumento, estabelece-se certo receio, por parte de alguns doutrinadores, por uma “ditadura do Judiciário”.

Segundo Hirschell apud Vitório, sustenta-se ainda:

Entretanto, temores existem, conforme já se disse, de que se erija um “governo de toga” ou uma “juristocracia” decorrente de uma falsa interpretação normativa: A expansão da província de tribunais na determinação dos resultados políticos à custa dos políticos, funcionários públicos, e / ou da população não só se tornou mais do que nunca difundida mundialmente, como também se expandiu para se tornar um fenômeno multifacetado, multiforme, que se estende bem além do atual conceito padrão de discricionariedade da polícia, através da jurisprudência de direitos constitucionais e redefinição judicial das fronteiras legislativas. A judicialização da política agora inclui a transferência total para os tribunais de algumas controvérsias políticas mais pertinentes e polêmicas que um governo democrático pode contemplar. O que foi vagamente chamado de "ativismo judicial" se desenvolveu para além das convenções existentes na literatura de teoria constitucional normativa. A

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **A relação entre juristocracia e ativismo judicial**: os direitos fundamentais em risco. p. 180.

²⁵ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito**: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin. p. 224.

²⁶ SANT'ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição**: democracia ou guardiania? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 125.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

nova ordem política - juristocracia – rapidamente se estabeleceu em todo o mundo - (HIRSCHEL, 2004, p. 222, tradução nossa, grifo nosso).²⁷

Outra crítica ao ativismo consiste na tese da última palavra supostamente atribuída ao STF. Segundo Dimoulis e Lunardi, pode apresentar riscos à democracia, conforme aduzem:

Outros juristas indicam o risco de violação do princípio democrático, caso os julgadores se sobreponham às autoridades legitimadas pelo voto popular, despolitizando o direito público e transformando a democracia representativa em “governo de juízes” ou em “juristocracia”. Nos EUA, os críticos do controle judicial lamentam a confusão entre o exercício do controle judicial e a tese da “supremacia judicial”. Temos supremacia judicial quando o Judiciário reivindica não somente o exercício de suas competências, mas também o poder da última palavra (the final say). Ao fazer isso, o Judiciário não respeita as divergentes interpretações constitucionais dadas pelos demais poderes no legítimo exercício de suas competências, mas insiste que só ele pode enunciar a “lei suprema” mediante interpretação.²⁸

Significa dizer que, nos termos em que apresentada, a democracia afasta a postura ativista na medida em que o ativismo judicial poderia se revelar como fator prejudicial à harmonia entre os poderes ao interferir na gestão pública e nas escolhas do poder constituinte sem possuir a legitimidade para tal.

2 POR QUE A DEMOCRACIA PODE (DES)LEGITIMAR POSTURAS ATIVISTAS?

A resposta a esse questionamento deve ser encontrada na relação democracia-constitucionalismo e nos multifacetados conceitos de democracia.

O casamento do constitucionalismo com a democracia produz tensões, como diria o Ministro Luis Roberto Barroso. Pelo fato de o ativismo judicial constituir uma atividade decorrente de um cenário neoconstitucional, cujo marco teórico, dentre outros, é a expansão da jurisdição constitucional e da dogmática de interpretação, a doutrina ilustra preocupações com eventual conflito entre constitucionalismo – que possui como um de seus pressupostos a limitação de poder - e democracia.

²⁷ VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito**: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin. p. 58.

²⁸ LUNARDI, Soraya Gasparetto, DIMOULIS, Dimitri. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 467.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Isso porque, na relação político-institucional, a jurisdição constitucional, ao invalidar atos do Legislativo e do Executivo por meio de decisão judicial, atua, em regra, contra a vontade do “governo da maioria” (vontade política).

Nesse sentido, preleciona Streck que a disputa entre constitucionalismo e democracia suscita uma “tensão (inexorável) entre jurisdição e legislação”, pelo que assim elucida:

Com efeito, a Constituição nasce como um paradoxo porque, do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das majorias. É, pois, no encontro de caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contramajoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.²⁹

Assevera ainda o autor:

Relevante é também salientar que admitir que se traduza democracia simplesmente como a sujeição de um povo às vontades da maioria induz a uma conseqüente conclusão de que o Constitucionalismo é antidemocrático, na medida em que este “subtrai” da maioria a possibilidade de decidir determinadas matérias, reservadas e protegidas por dispositivos contramajoritários. O debate se alonga e parece interminável, a ponto de alguns teóricos demonstrarem preocupação com o fato de que a democracia possa ficar paralisada pelo contramajoritarismo constitucional, e, de outro, o firme temor de que, em nome das majorias, rompa-se o dique constitucional, arrastado por uma espécie de retorno a Rousseau³⁰.

Mas, afinal, o que é democracia?

É justamente em função da complexidade de seu conceito e de sua classificação que se permite concebê-la como fator tanto tendente à preservação do ativismo judicial quanto condizente ao seu entrave.

Os livros clássicos de Ciência Política e Teoria geral do Estado ensinam, em suma e a grosso modo, que a palavra “democracia” (demos – povo, os habitantes de um distrito e cratos – poder,

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. p. 18-19.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

autoridade, governo), no seu mais antigo e estrito sentido denota um governo no qual a vontade da maioria dos cidadãos qualificados faz lei ou exerce o poder.

Como dito, trata-se de um conceito restrito e, a despeito de sua essência, precisa de maior amplitude para explicar as tão complexas relações sociais e institucionais no cenário de constitucionalismo.

A democracia constitui “o meio, a condição, o ambiente em que se efetua um governo, republicano ou monárquico, no sentido de atingir o Estado, qualquer que seja também a forma por que se apresente, à sua destinação”³¹. Para o mesmo autor, trata-se ainda de um:

[...] ambiente em que um governo de feição constitucional garante, com base na liberdade e na igualdade, o funcionamento ativo da vontade popular, através do domínio da maioria em favor do bem público, sob fiscalização e crítica da minoria atuante.³²

Em busca daquela amplitude conceitual, aqui já se percebem concepções múltiplas, portanto, traçando-se ideias de governo da maioria ou da vontade geral, igualdade entre os cidadãos e como exercício de liberdade.

É possível em democracia sob o aspecto formal e material. O primeiro representaria:

todo o procedimento adotado para a aquisição e exercício legítimo de poder político”; já o segundo é tido como “todas as realizações de promoção econômica, social, política, educacional, cidadania, ambiental etc., do indivíduo ou de grupos sociais.³³

Os dois aspectos, portanto, relembram a clássica noção de um governo do povo (aspecto formal) e para o povo (aspecto material).

Fala-se também em princípio da democracia representativa, consagrado, Constituição federal, em seu artigo 1º, parágrafo único.

³¹ MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. [atualização por José Lindoso.]. – e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 268.

³² MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. p. 277.

³³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e jurisdição**. p. 49.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Somando-se a isso, em uma acepção contemporânea, tem-se o tratado como “democracia consensualizada”, que, de acordo com Paula:

A concepção contemporânea de democracia a coloca na sua forma consensual, ou seja, pressupondo-a que ela se exterioriza na forma representativa e conforme o governo da maioria do povo, em contraposição, ocorre a difusão do poder através de órgãos públicos independentes (poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; Banco Central; Ministério Público; Receita Federal; os estados e municípios federados) ou órgãos privados independentes (partidos políticos; imprensa; instituições de pesquisa; grupos econômicos; ONGs; OSCIPs).³⁴

A democracia, nesse modelo no modelo consensual, pressupõe, no âmbito do relacionamento com o poder político, o direito ao voto; o direito a ser eleito; o direito dos líderes políticos de competirem por apoio e votos; eleições livres e honestas; liberdade de reunião; liberdade de expressão; fontes alternativas de informação; e instituições capazes de fazer com que as medidas do governo dependam de voto e de outras manifestações de vontade popular.

Outra justificativa, ainda de acordo com Paula, para o fato de a democracia ser considerada direito fundamental reside em outras manifestações inseridas na Constituição, tais como nos artigos 14 a 17 (direitos políticos), 23, inciso I (zelo comum a ser observado por todos os entes federativos para guarda da Constituição e das instituições democráticas), 90, inciso II (papel do Conselho da República em relação às instituições democráticas), 91 (papel do Conselho de Defesa em relação ao Estado democrático, 127 (papel do Ministério Público), 194, VI (administração da seguridade social, 206, inciso VI (ensino público), 215, §3º (acesso aos bens de cultura).

Ademais, até se chegar a essa concepção de democracia, tem-se a comprovação de que evoluiu ao longo da história constitucional brasileira. Isso porque, arremata Paula:

[...] os horizontes democráticos do Brasil ao final da década de 70 se resumiam na anistia política e em dar cabo ao regime militar; na década de 1980 centrava na promulgação de uma nova Constituição Federal; na década de 1990 na remoção jurídica do entulho autoritário; já no século XXI a democracia concentra-se na realização da promoção social³⁵.

³⁴ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e jurisdição**. p. 20.

³⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e jurisdição**. p. 39.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Assim, a depender da delimitação conceitual acerca de democracia, pode-se utilizá-la como argumento favorável e desfavorável à justificação do ativismo judicial, e a recíproca é verdadeira – o ativismo pode homenagear ou desprestigiar a democracia, a depender de como esta é conceituada e compreendida. Veja-se: quando utilizada em seu aspecto formal (governo do povo), pretende-se valorizar a separação de poderes e a soberania do poder constituinte, razão pela qual uma postura proativa de interpretação pelo Judiciário - cujos membros não são democraticamente eleitos e em cuja discricionariedade pode criar um direito não legitimado -, a pretexto de suprir deficiências de representatividade do Executivo e do Legislativo ou de efetivar direitos por conta da omissão do legislador ou gestor público, macularia a democracia, exigindo que os juízes assumam postura de deferência em relação aos demais poderes e atuem como legisladores negativos.

Por outro lado, quando analisada sob o aspecto material (governo para o povo), enaltece-se a ideia de promoção social, de concretização de direitos fundamentais e da realização do artigo 3º da Constituição, motivo pelo qual a democracia é elemento motivador do ativismo judicial pelo fato de quando instigado, o Poder Judiciário se vê obrigado a analisar questões ignoradas pelos órgãos tipicamente políticos e a controlá-los em eventuais hiperinflações legislativas que poderiam restringir a liberdade dos cidadãos ou frustrar seus direitos fundamentais, exigindo postura proativa de interpretação e aplicação da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa visou analisar o argumento da democracia como elemento legitimação do ativismo judicial como entrave a essa postura. Pode-se concluir que a democracia de fato é utilizada tanto como argumento de justificação do ativismo como de seu afastamento. Isso porque o constitucionalismo, ao defender a limitação do poder por meio da concretização de direitos fundamentais, entra em choque com o ideal democrático.

Com efeito, também pelo fato de o conceito de democracia se apresentar-se plural, pois quando vista sob o aspecto formal, é ameaçada pelo ativismo e exige postura autorrestritiva do Judiciário. De outro vértice, ao ser analisada sob o viés material, a democracia justifica o ativismo.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Seria esse o motivo da dualidade ora apresentada. Constata-se que o ativismo judicial é uma realidade decorrente da judicialização das relações sociais, razão pela qual os juízes figuram como protagonistas da resolução de conflitos porque os poderes Legislativo e Executivo sofrem de crise de representatividade. No entanto, esse ativismo pode apresentar riscos à democracia (formal) pelo fato de as decisões judiciais nitidamente contramajoritária usurparem as funções constitucionais dos poderes constitucionalmente eleitos.

A precaução que se propõe a partir dessas reflexões é o do cuidado com o ônus argumentativo para criticar ou enaltecer o ativismo, necessitando que o crítico não utilize a palavra democracia de forma indiscriminada, descuidada e – por que não dizer – indisciplinada. Para evitar essa prática, delimitações conceituais são necessárias, sob pena de ser considerado um argumento falho ou esquizofrênico, afinal, a mesma democracia, sob o mesmo enfoque de análise, jamais poderia legitimar e, ao mesmo tempo, deslegitimar uma postura ativista.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3 ed. - 2 tiragem: São Paulo. Saraiva, 2012.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-2/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em 2 maio 2017.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. 2010. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.

BRITTO, Cezar. **A judicialização da política e a politização do Judiciário**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>>. 2010. Acesso em: 17 maio 2017.

DWORKIN, Ronald. Juízes políticos e democracia. **O Estado de São Paulo**. Espaço Aberto. 26 abr.1997.

GUEDES, Néviton. **O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção**. 23 de julho de 2012. Revista Consultor Jurídico ConJur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>> Acesso em: 1 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 21, n. 84, 2013.

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. [atualização por José Lindoso.]. – e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. **A relação entre juristocracia e ativismo judicial: os direitos fundamentais em risco**. In: Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Jacinto Miranda Coutinho, Roberto Fragale, Ronaldo Lobão (orgs). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Democracia e jurisdição**. Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo e desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 20, n. 78, jan/mar. 2012.

SANT’ANNA, Lara Freire Bezerra de. **Judiciário como guardião da Constituição: democracia ou guardiania?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O Panprincipiologismo e a “Refundação Positivista”** (In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011.

_____. **Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico**. Acesso em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio Streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em 2 maio 2017.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin**. Tese de Doutorado. Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.

O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL E A INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Régis Willyan da Silva Andrade¹

Luiz Nunes Pegoraro²

INTRODUÇÃO

Ao analisar todo o período de evolução da proteção dos direitos e garantias fundamentais, percebe-se que a internacionalização dos direitos humanos é fruto de um movimento recente na história, decorrente da Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas contra a pessoa humana durante o nazismo.

A internacionalização dos Direitos Humanos surge como o novo paradigma ético no intuito de restaurar a lógica do razoável, rompendo com o totalitarismo, que negava que a pessoa humana pudesse ser a fonte do direito, emergindo a necessidade de reconstruir os Direitos Humanos, aproximando o direito da moral.

O desafio nesse contexto é reestabelecer a ordem internacional com parâmetros que busquem um núcleo inderrogável de direitos, em observância à dignidade da pessoa humana, e que possa apresentar instrumentos capazes de garantir a eficácia destes direitos, por meio da introdução da ética e da moral ao se estabelecer normas tanto globais quanto domésticas que estimulem o diálogo interestatal a fim de se criar uma Constituição Internacional e um Tribunal Constitucional Internacional capaz de aplicar sanções aos indivíduos e aos Estados.

¹ Pós-doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – Bolsista CAPES; Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), sob a orientação da Profa. Dra. Flávia Piovesan. Vínculo Institucional: Faculdade de Direito do Sul de Minas – Pouso Alegre/MG – Brasil; E-mail: <regis@jansennogueira.adv.br>.

² Doutor em Ciências da Reabilitação pela USP; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE); Especialista em Direito Público pela ITE; Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE); Professor de Direito Administrativo e Constitucional da ITE-Bauru. Vínculo Institucional: Centro Universitário de Bauru – Bauru/SP – Brasil; E-mail: <luiz@pegoraros.com.br>.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

No entanto, este conceito de intervenção tem sido um tema relevante no debate do Direito Internacional, haja vista uma confusão sobre a esfera de atuação. Alguns sustentam consistir apenas em assuntos internos, como na mudança forçada da forma de governo; outros questionam se também abrange os problemas de natureza externa, como a imposição de certas normas em relação à política exterior.

Percebe-se que para se estabelecer um núcleo inderrogável de direitos na esfera global, são necessários sacrifícios, na ordem da delimitação da soberania estatal, submetendo-se a órgãos ou comissões internacionais que podem aplicar sanções em caso de descumprimento ou violação a direitos e garantias voltados à proteção da pessoa humana.

A atuação e aplicabilidade desses ideais apresentam enormes dificuldades no que tange ao reconhecimento dessa situação jurídica, como a eficácia das normas de direito internacional humanitário, a atuação somente nas situações de emergência humanitária advinda de conflitos armados e a aspiração de garantir juridicamente o livre acesso das vítimas de catástrofes humanitárias.

Acerca dos desafios de se estabelecer um núcleo inderrogável de direitos em âmbito global bem como a criação de um Tribunal Constitucional Internacional, há que se considerar as diferenças sociais, culturais e econômicas de cada região, percebendo-se que a proteção dos direitos humanos através de instituições de âmbito regional se revela mais positiva, na medida em que os Estados situados num mesmo contexto geográfico, histórico e cultural têm maior probabilidade de transpor os obstáculos apresentados em âmbito mundial.

1 A INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PÓS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Ao analisar a evolução dos direitos e garantias fundamentais, passando pelas transformações constitucionais ocorridas na América Latina, percebe-se que a mudança de paradigma foi decorrente de uma série de lutas, avanços e retrocessos que influenciaram diretamente na formação do constitucionalismo tanto global quanto regional, assim como na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, símbolo do século XX e do final da Segunda Guerra Mundial.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme Buergethal³, “It is a post-war phenomenon. Its development can be attributed to the monstrous human rights violations was Hitler and the belief that some of these violations could be prevented if an effective international system of protection of human rights existed”.

A proteção dos Direitos Humanos em âmbito supranacional é um fenômeno pós-guerra, atribuído principalmente às monstruosas violações à humanidade da era Hitler e à crença de que tais violações poderiam ser prevenidas se existisse um sistema efetivo de proteção internacional destes direitos.

Ademais, em todo o período de evolução da proteção dos direitos e garantias fundamentais, a internacionalização dos Direitos Humanos é fruto de um movimento recente na história, decorrente da Segunda Guerra Mundial, em resposta às atrocidades cometidas contra a pessoa humana durante o nazismo.

Por mais de meio século, pós Segunda Guerra, enfatiza Henkin⁴, “the international system has demonstrated commitment to values that transcend the values purely 'state', notably human rights, and has developed an impressive normative system of protection of these rights”.

Essa evolução de pensamento decorre da tentativa de minimizar os horrores da era Hitler, que ficou marcada pela destruição e descartabilidade da pessoa humana, resultando na criação de mecanismos e de instrumentos de proteção que pudessem atuar não apenas no plano doméstico, mas criar uma universalidade de atuação destes instrumentos.

A internacionalização dos Direitos Humanos surge como o novo paradigma ético no intuito de restaurar a lógica do razoável, rompendo com o totalitarismo, que negava que a pessoa humana pudesse ser a fonte do direito, emergindo a necessidade de reconstruir os Direitos Humanos, aproximando-se o direito da moral.

Desta forma, segundo Sachs⁵, “o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial”. Nesse cenário, Hannah Arendt

³ BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988, p. 17.

⁴ HENKIN, Louis. **International law: politics, values and principles**. Boston: Martinus Nijhoff, 1990, p. 2.

⁵ SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: **Direitos humanos no século XXI**. Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998, p. 33.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

destaca que o maior direito passa a ser o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos, sem considerar questões étnicas, raciais ou econômicas.

Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, como processo de democratização e disseminação da paz entre os Estados-nação, observa Lafer⁶,

Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito ex parte populi de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o ‘direito a ter direitos’, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a ‘razão de estado’ e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz.

O desafio apresentado nesse contexto é o de reestabelecer a ordem internacional com parâmetros que busquem a criação de um núcleo inderrogável de direitos, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, e que possa apresentar instrumentos capazes de garantir a eficácia destes direitos, por meio da introdução da ética e da moral no estabelecimento de normas tanto globais quanto domésticas.

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz, para a proteção dos Direitos Humanos, como ensina Piovesan⁷ (2012, p. 185),

Impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, culminando com a criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos.

A reconstrução de um novo modelo internacional que possa ser eficaz na proteção dos Direitos Humanos necessariamente delimitará o conceito de soberania estatal, contrariando assim, os princípios básicos da não intervenção, como corolário dos Direitos Fundamentais dos Estados, especialmente no que tange à soberania e à igualdade jurídica.

São identificados três princípios básicos, de natureza costumeira, pertinentes ao princípio da não intervenção, e que dificultam a criação de uma Constituição Internacional, como aponta Guerra⁸,

⁶ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 26.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 185.

⁸ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

(I) a que proíbe um Estado de interferir nos assuntos domésticos de outro Estado; (II) a que proíbe um Estado de apoiar dentro do seu território atividades prejudiciais a outro Estado; (III) a que veda um Estado dar apoio a beligerantes e insurgentes, caso esteja acontecendo um conflito no âmbito de um determinado Estado.

No entanto, este conceito de intervenção tem sido um tema de relevante discussão no Direito Internacional, haja vista uma confusão sobre a esfera de atuação: se consiste apenas em assuntos internos, como na mudança forçada da forma de governo, ou se também abrange os problemas de natureza externa, como a imposição de certas normas em relação à política exterior.

Segundo certa corrente doutrinária, o ato da intervenção somente se caracteriza quando reúne os seguintes elementos, na visão de Mello⁹: “(a) estado de paz; (b) ingerência nos assuntos internos e externos; (c) forma compulsória desta ingerência; (d) finalidade de o autor da investigação impor a sua vontade; (e) ausência de consentimento de quem sofre a intervenção”.

Essa intervenção apenas pode ocorrer nos casos avalizados e analisados pela Organização das Nações Unidas, haja vista seu caráter internacional que tem como objetivo a manutenção da paz e da segurança internacionais, sendo vedado quando um Estado ou grupo de Estados interfere nos assuntos internos ou externos, para impor a sua vontade sem observar as normas internacionais, caracterizando uma clara violação à soberania estatal e à igualdade jurídica.

Para se estabelecer um núcleo inderrogável de direitos fundamentais na esfera global, são necessários sacrifícios, na ordem da delimitação da soberania estatal, submetendo-se a órgãos ou comissões internacionais que podem aplicar sanções em caso de descumprimento ou violação a direitos e garantias voltadas à proteção da pessoa humana.

Uma expressão utilizada pela doutrina anglo-americana é a chamada intervenção humanitária, que os franceses denominaram de ingerência, estabelecendo a necessidade de promover a assistência humanitária em situações emergenciais, causadas por conflitos armados, catástrofes naturais ou promovidas pelo próprio Estado ou governo para diminuir o sofrimento causado à população civil. Esta ingerência em favor das vítimas, em situações de extrema urgência humanitária, elucida Salcedo¹⁰,

⁹ MELLO, Celso Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 456.

¹⁰ SALCEDO, Juan Antonio Carillo. **La asistencia humanitaria em derecho internacional contemporâneo**. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 130.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Aparece ante todo como un imperativo moral y fue introducida para designar uma actitud ética, esto es, para referirse a las exigencias de solidaridad que mueven a socorrer a las victimas de las violaciones masivas de derechos humanos fundamentales producidas a consecuencia de una situación de urgencia humanitaria, cualquiera sea su origen, y em especial las que derivan de las situaciones de catástrofes políticas, caracterizadas por la desintegración de la autoridade política.

A atuação e aplicabilidade desses ideais apresentam enormes dificuldades no que tange ao reconhecimento dessa situação jurídica, como a eficácia das normas de direito internacional humanitário, a atuação somente nas situações de emergência humanitária advinda de conflitos armados, e a aspiração de garantir juridicamente o livre acesso das vítimas de catástrofes humanitárias.

A fim de exemplificar essa dificuldade destaca-se, mais uma vez, os conflitos propagados desde 2010, na região da Síria. Milhares de refugiados tentam conseguir asilo nos países vizinhos, mas são barrados, por questões burocráticas ou xenofóbicas. Fato é que, a cada dia, milhares de pessoas morrem na tentativa de fugir dessa guerra civil.

Entretanto, apenas após a Segunda Guerra Mundial começou-se a relativizar o conceito de soberania estatal, com a criação de limitações, observando-se os Direitos Humanos, conforme explicam Claude e Weston¹¹,

With the rise and decay of Nazi Germany – the doctrine of state sovereignty has been dramatically changed. The doctrine in defense of unlimited sovereignty was increasingly attacked, during the twentieth century, especially in the face of the consequences of the revolution of the horrors and atrocities committed by the Nazis against the Jews during World War II, which caused many scholars conclude that state sovereignty is not an absolute principle, but must be subject to certain limitations for human rights.

A ascensão e decadência do nazismo na Alemanha foi o marco histórico, responsável pela alteração da doutrina da soberania estatal, ao passo que durante o século XX, em especial em decorrência da revolução e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus, fez com que a soberania ilimitada, como princípio absoluto, passasse a ser relativizada, sujeita a certas limitações sob a égide dos Direitos Humanos.

¹¹ CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (eds.) **Human rights in the world community: issues and action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989, p. 4-5.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A proteção internacional dos Direitos Humanos passou a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais, restringindo assim a atuação do Estado que, após essa ruptura de paradigma, não pode mais tratar os indivíduos como objetos, desumanizados, sem sofrer responsabilização na arena internacional.

Reflexo dessa exortação da moral e de uma reorganização dos Estados com base na moral e na ética vislumbrou-se em 1945-1946 com a criação do Tribunal de Nuremberg, como um poderoso impulso ao movimento de internacionalização dos direitos humanos, estabelecendo critérios para a responsabilização dos alemães pela guerra e pelos abusos do período, culminando com o Acordo de Londres de 1945, que instituiu um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra. Ao definir os crimes que seriam abarcados pela jurisdição do Tribunal, o Acordo de Londres, ilustra Steiner e Alston¹²,

When defining the crimes that would be embraced by the Court's jurisdiction, the Charter [annexed to the London Agreement of 1945] was beyond the traditional 'war crimes' in two respects. First, the Charter included the 'crimes against peace' – the so-called *jus ad bellum*, which contrasted with the war rights category or *jus in bello*. Second, the term 'crimes against humanity' could have been read to include the entire Nazi government program of extermination of Jews and other civil groups, both inside and outside Germany, 'before or during the war', and to include, therefore, not only the Holocaust but also the preparation of plans and the initial persecution of Jews and other groups at a time prior to the Holocaust.

A instituição, pela primeira vez, de um Tribunal Internacional, para julgar os crimes de guerra, inovou especialmente em dois pontos fundamentais: ao incluir os crimes contra a paz que contrastavam com os direitos de guerra, e ao incluir os crimes contra a humanidade, de modo a abranger a totalidade do programa do governo nazista de extermínio dos judeus e de outros grupos civis, dentro e fora da Alemanha, antes e durante a guerra, considerando não apenas o Holocausto, mas também a elaboração dos planos e perseguição dos judeus e de outros grupos em momentos anteriores ao Holocausto.

Definida a competência, por meio do Acordo de Londres, ao Tribunal de Nuremberg atribuiu-se a responsabilidade de julgar os crimes cometidos ao longo do nazismo, seja pelos líderes do partido, seja pelos oficiais militares. Com base no art. 6º do referido acordo, fixou os crimes sob a jurisdição

¹² STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context** – law, politic and morals. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 114-123.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

do Tribunal que demandam responsabilidade individual, como aqueles cometidos contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade.

A respeito do Tribunal de Nuremberg e das sanções aplicáveis no plano internacional, explica Kelsen¹³:

Se indivíduos são diretamente obrigados pelo Direito Internacional, tais obrigações não invocam sanções específicas do Direito Internacional (represália ou guerra) ao comportamento dos indivíduos. A obrigação diretamente imposta aos indivíduos é constituída por sanções próprias do Direito Interno, nominalmente a punição e a execução civil. O direito Internacional pode deixar a determinação e a execução dessas sanções a critério da ordem jurídica nacional, como no caso do delito internacional e da pirataria. As sanções podem ser determinadas por um tratado internacional e sua aplicação a casos concretos pode ser efetuada por uma Corte Internacional criada pelo tratado internacional; isto ocorreu, por exemplo, no caso do julgamento de crimes de guerra, de acordo com o Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945.

Ao mencionar a criação desse Tribunal especial, destaca-se um salto significativo na evolução da proteção dos Direitos Humanos, a fim de propiciar sanções aqueles que cometessem, em nome de uma suposta positividade, crimes contra a humanidade, apontando-se pela primeira vez, um órgão capaz de julgar os crimes de guerra e atribuir as respectivas penas pelos delitos cometidos.

A condenação criminal dos indivíduos que participaram na disseminação do nazismo fundamentou-se, basicamente, na violação de costumes internacionais, ainda que, de forma bastante controvertida, tenha se pautado na alegação de afronta ao princípio da legalidade do direito penal, sob o argumento de que os atos punidos pelo Tribunal de Nuremberg não eram considerados crimes no momento em que foram cometidos, justamente, baseados no *Reich*.

O Acordo de Londres assim como o Tribunal de Nuremberg, sofreram importantes críticas, em especial no que tange ao princípio da legalidade no direito penal, conforme destaca Kelsen¹⁴:

A objeção mais frequentemente colocada – embora não seja a mais forte – é que as normas aplicadas no julgamento de Nuremberg constituem uma lei post facto. Há pouca dúvida de que o Acordo de Londres estabeleceu a punição individual por atos que, ao tempo em que foram praticados, não eram punidos, seja pelo direito internacional, seja pelo direito interno. [...] Contudo, este princípio da irretroatividade da lei não é válido no plano do direito internacional, mas é válido apenas no plano do direito interno, com importantes exceções.

¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 327.

¹⁴ KELSEN, Hans. Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedente in international law? In: **The international law quarterly**. Cambridge: Cambridge University Press, 1947, p. 153-171.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A instauração e as condenações decorrentes do Tribunal de Nuremberg assumem um duplo significado no processo de internacionalização dos Direitos Humanos: primeiro, consolidando a ideia da necessidade de se limitar a soberania nacional, ao reconhecer que os indivíduos têm direitos protegidos pelo Direito Internacional, e segundo, a mudança nas relações interestatais, ampliando o alcance de atuação das normas de direitos humanos, voltadas não apenas ao cenário nacional, mas também à internacionalização desses direitos.

A ruptura do paradigma da soberania estatal ilimitada propiciou a criação de mecanismos de proteção supranacional, dando ensejo a um sistema multinível de proteção desses direitos, seja em âmbito doméstico ou internacional. Segundo Miranda¹⁵,

Quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. Com antecedentes que remontam ao século XIX, tal é a nova perspectiva aberta pela Carta das Nações Unidas e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e manifestada, ao fim de quatro décadas, em numerosíssimos documentos e instâncias a nível geral, sectorial e regional.

Há uma busca incessante do reconhecimento, do desenvolvimento e da realização dos objetivos traçados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e contra as violações perpetradas pelos Estados e pelos particulares, através da disseminação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mostrando-se como um instrumento vital para a uniformização, o fortalecimento e a implementação desses direitos.

Através dessa ideologia surge a ideia de se estabelecer um núcleo inderrogável de Direitos Fundamentais e de se criar um sistema multinível, visando não apenas à proteção desses direitos e garantias conquistados ao longo dos séculos, mas também à instrumentalização de órgãos capazes de delimitar a soberania nacional, através da criação de uma Constituição internacional, visando uma igualdade não apenas formal, mas principalmente, material.

O indivíduo passa a ser sujeito de direitos tanto em âmbito doméstico quanto supranacional, através da internacionalização dos Direitos Humanos. Conforme assevera Cançado Trindade¹⁶,

¹⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. v.4. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 30.

¹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 22.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Ao sustentar que o ser humano é sujeito tanto do direito interno quanto do direito internacional, dotado em ambos de personalidade e capacidade jurídicas próprias. [...] o primado é sempre de norma de origem internacional ou interna que melhor proteja os direitos humanos; o Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas.

A multiplicidade de instrumentos internacionais no pós Segunda Guerra levou a uma nova etapa da proteção internacional dos direitos humanos e, por conseguinte, à busca por uma justiça global, pautada em princípios que visam estabelecer um núcleo inderrogável de direitos fundamentais, e que poderiam ser institucionalizados através de uma Constituição Internacional. Levou também à criação de um tribunal supranacional, com legitimidade para impor sanções a indivíduos ou Estados-nação que violassem tais direitos.

Os desafios encontrados nessa nova fase do Direito Internacional são o de propiciar à pessoa humana não apenas normas internacionais, mas os meios e ações para que possam ser efetivados. Conforme ensina Piovesan¹⁷:

Na condição de sujeitos de direito internacional, cabe aos indivíduos o acionamento direto de mecanismos internacionais, como é o caso das petições ou comunicações, mediante as quais um indivíduo, grupos de indivíduos ou, por vezes, entidades não-governamentais, podem submeter aos órgãos internacionais competentes denúncia de violação de direito enunciado em tratados internacionais.

Essas transformações corroboram para que os direitos do homem sejam afirmados nas Constituições dos Estados, reconhecidos e proclamados, em âmbito internacional, ampliando os sujeitos com capacidade para garantir a efetividade desses direitos. Entretanto, apesar desta instrumentalização e formalização, tais direitos continuam sendo violados.

Uma consequência que abalou tanto a doutrina quanto a prática do direito internacional foi a elevação do indivíduo à categoria de sujeito de direitos, capaz de ingressar em âmbito internacional, em busca da satisfação de seus direitos. Eis a lição de Bobbio¹⁸:

[...] todo indivíduo foi elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, cujos sujeitos até agora considerados eram, eminentemente, os Estado soberanos [...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 306.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Entretanto, para se estabelecer um núcleo inderrogável de direitos fundamentais numa esfera global, algumas barreiras precisam ser superadas, dentre elas, as diferenças sociais, culturais e econômicas de cada região. A proteção dos direitos humanos através de instituições de âmbito regional se revela mais efetiva, na medida em que os Estados situados num mesmo contexto geográfico, histórico e cultural têm maior probabilidade de transpor os obstáculos que se apresentam em âmbito mundial.

Ao lado do sistema normativo global, surge o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, na América e na África, conforme observa Piovesan¹⁹ (2000, p. 21-22):

Cada qual dos sistemas regionais de proteção apresenta um aparato jurídico próprio. O sistema americano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana. Já o sistema Europeu conta com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, que estabelece a Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, o sistema africano apresenta como principal instrumento na Carta Africana de Direitos Humanos de 1981, que, por sua vez, estabelece a Comissão Africana de Direitos Humanos.

Foi, no entanto, a Proclamação de Teerã²⁰ sobre Direitos Humanos, adotada pela I Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1968, a que melhor expressão deu a essa nova visão da internacionalização dos Direitos Humanos, constituindo-se em um relevante marco na evolução doutrinária da proteção internacional dos Direitos Humanos.

A referida Proclamação propugnou pela garantia das leis internacionais visando às liberdades, conforme assegura Cançado Trindade²¹, “pelas leis de todos os países, a cada ser humano, da “liberdade de expressão, de informação, de consciência e de religião”, assim como do “direito de participar na vida política, econômica, cultural e social de seu país””.

Todos os sistemas são considerados instrumentos essenciais para o funcionamento e disseminação da proteção internacional dos Direitos Humanos. Desta forma, o que se propõe nessa pesquisa é

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos**: a Convenção Americana de Direitos Humanos. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: RT, 2000, p. 21-22.

²⁰ A Conferência Internacional dos Direitos Humanos declarou solenemente que: “2. A Declaração Universal de Direitos Humanos enuncia uma concepção comum a todos os povos de direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para a comunidade internacional”.

²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 53-54.

que com base na proteção internacional dos Direitos Humanos, tanto em âmbito global quanto regional, a possibilidade da criação de um tribunal constitucional internacional, como ferramenta de proteção multinível desses direitos, ou seja, em âmbito infra, constitucional e supranacional.

2 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL COMO APLICADOR DO SISTEMA JURÍDICO MULTINÍVEL

A evolução do sistema de proteção dos Direitos Humanos Fundamentais foi acompanhada pela criação de mecanismos visando à efetividade desses direitos nas hipóteses de violação tanto por parte dos Estados quanto por parte dos indivíduos.

A primeira jurisdição verdadeiramente internacional foi instituída em 1945, pelos Aliados, mais precisamente pelos americanos que criaram o primeiro tribunal internacional, e ocorreu em função da ideia de se punir os nazistas, manifestado através da Declaração de Moscou de 1943, sendo o Tribunal Militar Internacional instituído pelo Acordo de Londres de 1945.

Após a criação desse tribunal de exceção, as Nações Unidas concentraram seus esforços para estabelecer um tribunal penal internacional, que se manifestava basicamente em dois aspectos: codificar crimes internacionais e elaborar um projeto de estatuto para estabelecer um tribunal internacional.

Nesse processo foram elaborados os princípios decorrentes do Tribunal de Nuremberg visando proteger crimes contra a paz e a segurança da humanidade, contudo, encontrando fortes resistências devido à polarização ocorrida após o final da Segunda Guerra até a hecatombe da queda do muro de Berlim.

Enquanto o projeto de um Tribunal Internacional Penal se desenvolvia, foi criada uma corte com base *ad hoc* visando punir as atrocidades cometidas na antiga Iugoslávia, onde seriam processados quatro tipos de crimes: graves violações às Convenções de Genebra de 1949; violações às leis e costumes da guerra; crimes contra a humanidade e genocídio, com jurisdição limitada às violações ocorridas no território da antiga Iugoslávia a partir de 1991.

Baseado nesse tribunal de exceção foi criado o segundo tribunal *ad hoc*, encarregado de processar e julgar as graves violações de direito humanitário cometidas em Ruanda e nos países vizinhos em

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

1994, onde segundo Jankov²², “seu Estatuto assemelha-se ao do TPII, entretanto, os dispositivos relativos aos crimes de guerra por refletirem o contexto de um conflito armado eminentemente interno, afastam as graves violações das Convenções de Genebra”.

Nesse sentido, destaca-se a criação do Tribunal Penal Internacional, através da Conferência de Roma, que em julho de 1998 aprovou o Estatuto do Tribunal, por 120 votos favoráveis e 7 contrários, a se destacar China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Siri Lanka e Turquia, além de 21 abstenções. Este foi considerado o ápice do desenvolvimento de uma instância superior de caráter internacional.

Desde 1948, com a adoção da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, era prevista a criação de uma Corte Penal Internacional²³. Após 50 anos, em 1998, com a aprovação do Estatuto, criou-se, ineditamente, uma Corte de caráter permanente, independente e com jurisdição complementar às Cortes nacionais²⁴.

Diferentemente dos Tribunais *ad hoc* criados na década de 1990 para julgar os crimes cometidos na ex-Iugoslávia e em Ruanda – cuja criação foi baseada em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais é requerido o consenso de 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do art. 27, § 3º, da Carta da ONU –, o Tribunal Penal Internacional, conforme explica Piovesan²⁵,

²² JANKOV, Fernanda F.F. **Direito internacional penal** – mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

²³ A Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio foi adotada em 9 de dezembro de 1948. Prescreve ser o genocídio um crime que viola o Direito Internacional, o qual os Estados se comprometem a prevenir e punir. O artigo 2º da Convenção entende por genocídio “qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como: a) assassinato de membros do grupo; b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e e) transferência forçada de crianças de um grupo para outro grupo”. Quanto ao julgamento do crime de genocídio, o artigo 6º da Convenção estabelece: “as pessoas acusadas de genocídio serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição”. Constata-se, assim, que desde 1948 era prevista a criação de uma Corte Penal Internacional para o julgamento do crime de genocídio. O raciocínio era simples: considerando que o genocídio era um crime que, por sua gravidade, afrontava a ordem internacional e considerando ainda que, em face de seu alcance, as instâncias nacionais poderiam não ser capazes de processar e julgar seus perpetradores, seria razoável atribuir a uma Corte Internacional competência para fazê-lo. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 82-83).

²⁴ O Tribunal Penal Internacional é integrado por 18 juízes, com mandato de 9 anos. É composto pelos seguintes órgãos, nos termos do artigo 34 do Estatuto: a) Presidência (responsável pela administração do Tribunal); b) Câmaras (divididas em Câmara de Questões Preliminares, Câmara de Primeira Instância e Câmara de Apelações); c) Promotoria (órgão autônomo do Tribunal, competente para receber as denúncias sobre crimes, examiná-las, investigá-las e propor ação penal junto ao Tribunal); e d) Secretaria (encarregada de aspectos não judiciais da administração do Tribunal).

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma se aplica universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais perante o Tribunal Penal, afastando a relação entre “vencedores” e “vencidos”.

Com isso constata-se a complementariedade do Tribunal Penal Internacional, com o objetivo de efetivar os direitos consagrados nas Cartas Constitucionais, evitando-se assim a impunidade para os mais graves crimes internacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência destes crimes, as instituições nacionais se revelam falhas ou omissas na solução das lides.

Desta feita, o Estado continua com a responsabilidade primária, o dever de exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais, atribuindo-se à comunidade internacional a responsabilidade subsidiária, buscando assim equacionar o direito à justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz dos princípios da complementariedade e da cooperação.

De acordo com o artigo 5º do Estatuto de Roma, compete ao Tribunal o julgamento dos seguintes crimes: a) crime de genocídio (tal como definido no artigo 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio de 1948); b) crimes contra a humanidade (incluindo ataques generalizados e sistemáticos contra a população civil, sob a forma de assassinato, extermínio, escravidão, deportação, encarceramento, tortura, violência sexual, estupro, prostituição, gravidez e esterilização forçadas, desaparecimento forçado, apartheid, entre outros crimes que atentem gravemente contra a integridade física ou mental); c) crimes de guerra (violações ao Direito Internacional Humanitário, especialmente às Convenções de Genebra de 1949); e d) crimes de agressão (ainda pendentes de definição nos termos do artigo 5º, 2, do Estatuto).

Por se tratar de jurisdição complementar, estabelece o artigo 17 do Estatuto que dentre os requisitos de admissibilidade deve haver a indisposição do Estado-parte, que pode ocorrer em razão de demora injustificada ou por falta de imparcialidade no julgamento; ou sua incapacidade em proceder à investigação e ao julgamento do crime, que ocorre quando há o colapso total ou substancial do sistema nacional de justiça.

Outro aspecto relevante do Tribunal Penal Internacional refere-se às penas. O Estatuto estabelece como regra, a pena privativa de liberdade até 30 anos, admitindo excepcionalmente a prisão perpétua, quando justificada pela extremidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

condenado (artigo 77), podendo ainda, além das sanções penais aplicáveis, impor sanções de natureza civil, determinando a reparação às vítimas e aos seus familiares (artigo 75), conjugando desta forma, a justiça retributiva com a reparatória.

Desde a sua criação, mais de 1.700 denúncias de indivíduos e organizações não governamentais de Direitos Humanos, provenientes de mais de 100 países, haviam sido recebidas pela Promotoria do Tribunal Penal Internacional, que após análise meticulosa, concluiu que mais de 80% destas não eram de competência do Tribunal. Destacou-se, apenas, os casos envolvendo a República Democrática do Congo, em 2004; República de Uganda, em 2004; e República Centro Africana, em 2005. Ademais, a Promotoria ainda instaurou uma investigação para analisar supostos crimes internacionais ocorridos no Quênia entre 2007-2008; em 2011 na Líbia e na Costa do Marfim.

Desta forma, existem no plano internacional, ferramentas e mecanismos para analisar crimes cometidos contra a humanidade, contudo, conforme disposição do próprio Estatuto, limitado a um determinado rol de crimes, entendidos como graves crimes internacionais.

Só então é possível chegar a uma das propostas desta pesquisa: a criação de um Tribunal Constitucional Internacional, pautado num núcleo inderrogável de direitos, cuja jurisdição seja universal, que possa atuar no sistema multinível, de maneira infra e supranacional, observando-se a soberania estatal, mas ampliando a possibilidade de proteção de Direitos Humanos Fundamentais consagrados numa Carta Constitucional Internacional.

O Estado constitucional, em sentido contemporâneo, é necessariamente um que recebe e nutre características construídas em uma tradição que ultrapassa tempos e fronteiras: limitação de poder, democracia, direitos e garantias fundamentais. Antoine Garapon²⁶, afirma:

A ideia da lei como expressão da soberania popular viu-se ultrapassada pela integração do direito numa comunidade política supranacional. O direito já não se encontra à disposição da vontade popular. A soberania dos representantes do povo encontra-se limitada por princípios que constam desses diversos textos (Constituições e declarações internacionais de direitos) cujo enunciado possui uma forte densidade moral. Os princípios comuns são a base de um novo pacto entre as nações, de modo que os textos constitucionais tornam-se a fonte em que os juízes procuram inspiração para os seus juízos, para além do Estado que os criou.

²⁶ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 36-40.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A criação desse núcleo inderrogável de direitos em âmbito internacional deverá considerar as diferenças culturais, sociais, étnicas e econômicas, a fim de estabelecer não apenas uma igualdade formal, mas também material, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à saúde, à segurança, ao trabalho e à moradia assim como as liberdades de expressão, pensamento, reunião, entre outros. Com isso, busca-se não um rol taxativo de direitos pautados apenas nas regras, mas em princípios, como enunciados normativos, capazes de orientar a uma interpretação extensiva, pautados na dignidade da pessoa humana, valorizando o homem em detrimento de pseudointeresses coletivos que trazem prejuízos à humanidade.

Com a instauração das Constituições modernas, o fenômeno jurídico insere-se em dimensões bem mais vastas que aquelas, rigidamente nacionais, do legalismo positivista. Assim, na visão de Cappelletti²⁷,

Na “relatividade” dos princípios constitucionais, está também o seu destino de natural disposição para a universalidade ou, pelo menos, internacionalidade ou supranacionalidade. Se há um campo em que a sensibilidade, a cultura e a realidade mesma dos homens foram e vão rapidamente se internacionalizando, este é, certamente, o campo das normas e dos institutos, dos valores e dos princípios de caráter constitucional.

A importância da criação de um Tribunal Constitucional Internacional está em reconhecer que a evolução do constitucionalismo levou a uma mutação que busca não apenas positivizar os direitos, mas efetivá-los. Entretanto, o Tribunal Penal Internacional conforme previsto no Estatuto de Roma, não tem o arcabouço de solucionar todas as questões, mas somente aqueles mais relevantes no plano internacional, relacionados a crimes cometidos contra a humanidade.

A aplicação do direito pelos juízes em decorrência da evolução do constitucionalismo tem se afastado das condicionantes estritamente locais e ganha um horizonte mais amplo. Nesse sentido, na visão de Ramires²⁸, “a verificação de uma comunidade supranacional de princípios jurídicos comuns e superiores às regras paroquiais seja uma reminiscência do universalismo jusnaturalista, tanto medieval quanto moderno”.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 13.

²⁸ RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 102-103.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A relação do constitucionalismo com os ideais racionalistas que o inspiraram, especialmente a partir da criação da semântica comum possibilita o diálogo judicial internacional. Destaca-se, todavia, que este interconstitucionalismo contemporâneo não se confunde com o direito natural.

A justiça constitucional é uma forma de superar o legalismo, além de superar a arcaica concepção jusnaturalista de um direito absoluto e eterno, sem imposição universal nem desprezo por particularidades. Ao contrário, é uma construção conjunta de interpretações das Constituições dos Estados, visando reforçar e justificar a sua aplicação.

Assim, com a criação de um Tribunal Constitucional Internacional, pautado num núcleo inderrogável de direitos e a partir da atuação de um sistema multinível de proteção, os Estados passarão a um novo estágio de evolução do constitucionalismo: o da relativização do conceito de soberania, para um sistema dinâmico que acompanha as necessidades da coletividade na efetivação desses direitos, assim como na proteção contra os crimes cometidos contra a humanidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração dos Direitos Humanos Fundamentais decorre da mudança de paradigma propiciada por uma série de lutas, que representam avanços e retrocessos e influenciaram diretamente na formação do constitucionalismo moderno, em âmbito global e regional, consolidando o Direito Internacional dos Direitos Humanos como símbolo do século XX e o fim da Segunda Guerra Mundial. Essa roupagem constitucional de proteção dos direitos surge como o novo paradigma ético, a fim de reintroduzir a moral nos sistemas positivados, rompendo com o totalitarismo, que não reconhecia na pessoa humana a titularidade de direitos, emergindo a necessidade de reconstruir os Direitos Humanos, aproximando-se da moral.

Nesse cenário, conforme Hannah Arendt, o maior direito passa a ser, “o direito a ter direitos”, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos, sem considerar questões étnicas, raciais ou econômicas, buscando reestabelecer a ordem internacional a partir de parâmetros que busquem criar um núcleo inderrogável de direitos, em observância à dignidade humana, apresentando instrumentos capazes de garantir a eficácia destes, por meio da introdução da ética e a moral no estabelecimento de normas globais e domésticas.

Este novo modelo rompe com os ideais do liberalismo, ao delimitar a soberania estatal, contrariando, desta forma, os princípios básicos da não intervenção dos Direitos Fundamentais dos

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Estados, causando discussão sobre a esfera de atuação desta intervenção não apenas em assuntos domésticos, mas abrangendo os problemas de natureza supranacional.

No intuito de se estabelecer esse núcleo inderrogável de direitos, seja na esfera global ou regional, são necessários sacrifícios, na ordem da delimitação da soberania estatal, submetendo-se aos órgãos ou comissões internacionais que podem aplicar sanções em caso de descumprimento ou violação a direitos ou garantias voltadas à proteção da pessoa humana.

A proteção internacional dos Direitos Humanos assume protagonismo na agenda das instituições internacionais, restringindo a atuação do Estado, que sob esse novo enfoque não pode mais tratar os indivíduos como objetos, desumanizados, sem sofrer responsabilização na área internacional. Como exemplo destaca-se pioneiro o Tribunal de Nuremberg, em âmbito global, e mais recentemente os tribunais especiais regionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os desafios encontrados com a nova roupagem do Direito Internacional, dentre outros, estão em propiciar não apenas as normas internacionais, mas os meios e as ações para que os Direitos Humanos Fundamentais possam ser efetivados, corroborando para a criação desse núcleo inderrogável de direitos. Muito embora eles sejam afirmados nas Constituições dos Estados, reconhecidos e proclamados em âmbito internacional, encontram dificuldades tanto em âmbito global quanto regional para garantir sua efetividade.

Para falar em proteção eficaz, relevante ressaltar a diversidade que compõe os Estados, e dentro desta premissa identificar e criar mecanismos capazes de fortalecer o núcleo inderrogável de direitos, mas também de atender às necessidades e especificidades de cada região.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights**. Minnesota: West Publishing, 1988, p. 17.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (eds.) **Human rights in the world community: issues and action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia.** Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

HENKIN, Louis. **International law: politics, values and principles.** Boston: Martinus Nijhoff, 1990.

JANKOV, Fernanda F.F. **Direito internacional penal – mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Will the judgment in the Nuremberg Trial constitute a precedente in international law? In: **The international law quarterly.** Cambridge: Cambridge University Press, 1947.

_____. **Teoria pura do direito.** 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MELLO, Celso Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** v.4. Coimbra: Coimbra, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Temas de direitos humanos.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: RT, 2000.

RAMIRES, Maurício. **Diálogo judicial internacional: o uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania. In: **Direitos humanos no século XXI.** Instituto de Pesquisas de Relações Internacionais e Fundação Alexandre de Gusmão, 1998.

SALCEDO, Juan Antonio Carillo. **La asistencia humanitaria em derecho internacional contemporâneo.** Sevilha: Universidad de Sevilla, 1997.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. **International human rights in context** – law, politic and morals. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

O TRÔPEGO UNIVERSALISMO ONUSIANO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA NOVA ORDEM TRANSNACIONAL

Rafaela Baldissera¹

Regiane Nistler²

INTRODUÇÃO

As demandas de natureza transnacional necessitam ser abordadas pela comunidade internacional de maneira diversa daquela seguida até os dias atuais. E, além disso, sendo os direitos humanos matéria não estática e, portanto, inserida no contexto transnacional, exige-se repensar a forma de concretização desses direitos.

Isso porque a sociedade é notoriamente obcecada em catalogar direitos humanos, mas demonstra ineficiência e inoperância ou ainda negligência, no que tange a efetivação desses direitos, tanto e principalmente pelos Estados, como pela sociedade civil.

Diante disso, a seção 1 reporta-se aos direitos humanos em especial no âmbito jurídico principiando pela tentativa e conceituá-los, em seguida trata da previsão no plano internacional, com atenção ao nascimento da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, suas instituições e documentos, e

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, linha de pesquisa Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF, linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (IMED). Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Previdenciário, Direito Civil e Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Integrante do Grupo de Pesquisa Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico. Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Integrante do Grupo de Pesquisa Desafios da Sustentabilidade na Era Tecnológica: (Im)Possibilidade comunicacional e seus impactos na Saúde e Meio Ambiente. Passo Fundo/RS. Brasil. Oficial de Registro. E-mail: rafaela_baldissera@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, linha de pesquisa Fundamentos do Direito e da Democracia. Professora dos cursos de Direito, Administração e Engenharia Civil do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí - Unidavi. Líder do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Sociedade de Risco, vinculado a graduação em Direito da Unidavi. Membro dos Grupos de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos; Fundamentos e Dimensões dos Direitos Humanos e Cinema e Direitos Humanos: vias para o emporadamento, todos vinculados ao PPGD da IMED, campus de Passo Fundo/RS. Rio do Sul/SC. Brasil. Advogada (OAB/SC). E-mail: regianenistler@outlook.com.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

analisa o universalismo onusiano sob a perspectiva de um *pseudo* sistema global dos direitos humanos.

Em ato contínuo, a seção 2 aborda as transformações vividas pelo mundo em razão da globalização, em especial com o surgimento do transnacionalismo, que evidencia a alteração da dinâmica do Estado-nação, em especial no que tange a relativização da soberania e a desterritorialização, com o transpasse das fronteiras estatais.

O estudo tratou ainda de mencionar que com o fenômeno, especialmente pelas alterações do centro político no qual o Estado estava investido, surgem novos personagens, intitulados de “atores transnacionais”, que agem pela autonomia da vontade em suas relações e neste estudo tiveram destaque as empresas transnacionais e as organizações não-governamentais (ONG’s).

Por derradeiro, cita diversos casos práticos que evidenciam a atuação dos respectivos novos atores no que tange à efetivação dos direitos humanos, com a promoção do direito à alimentação, à saúde, à educação, entre tantos outros.

O estudo considerou o método indutivo a partir de uma contextualização teórica, norteadas em pesquisa bibliográfica para demonstrar que, no atual cenário, o critério universalista onusiano não contribui com esse processo, ao revés, destaca a nacionalidade do indivíduo e outras condicionantes de cunho político, causando exclusão e desigualdade num plano prático, se forem considerados países membros e não-membros do sistema internacional e o que se reivindica é uma pauta de direitos humanos que supere essas características e coloque o ser humano no centro, pela condição humana, tão somente, e não por qualquer outro critério.

1 DIREITOS HUMANOS E O UNIVERSALISMO DAS NAÇÕES UNIDAS

Os direitos humanos são, na verdade, difíceis de serem conceituados e isso acontece, narra Lynn Hunt, porque sua definição é a sua própria existência, dependendo tanto da razão, quanto e muito

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

da emoção. Isso porque sabe-se que é um direito humano que está em questão em determinado cenário quando há sentimento de horror pela sua violação³.

Após a Segunda Guerra Mundial, relevantes fatores contribuíram para que se fortalecesse o processo de internacionalização dos direitos humanos. Dentre eles, um dos mais importantes foi a maciça expansão de organizações internacionais com propósitos de cooperação internacional⁴.

O nascimento da ONU, juntamente com suas agências especializadas (programas e fundos), como organizações internacionais, marca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações, num plano teórico, que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações internacionais amistosas entre os Estados, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção internacional dos Direitos Humanos⁵.

A Organização das Nações Unidas, criada pela Carta da ONU, datada em 26 de junho de 1945, contou inicialmente com cinquenta e um Estados, incluindo o Brasil (hoje conta com 193 países membros), sendo estabelecida sua sede em Nova York. Ela teve como fundamento a necessidade de preservar as futuras gerações do “flagelo da guerra”, conforme se verifica logo no preâmbulo da Carta, devendo assim, estar envolvida em todas as grandes crises existentes no âmbito da sociedade internacional⁶.

Além disso, a Carta da organização das Nações Unidas estabelece como propósitos principais a manutenção da paz e a segurança internacional; fomentar as relações amistosas entre as nações baseadas no respeito e na igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; cooperar na

³ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 22 -23.

⁴ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 204.

⁵ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, p. 204.

⁶ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

resolução de problemas internacionais de caráter econômico, cultural e humanitário; estimular o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais⁷.

Nesse contexto, acerca do universalismo onusiano, este estudo visa dar ênfase a algumas críticas existentes sobre o instituto, e embora isto seja feito ao longo de todo o texto, desenvolve esta seção para demonstrar por meio de aportes teóricos as razões que motivam as críticas ao sistema.

O processo de internacionalização evidencia a formalização do universalismo dos direitos humanos e a tentativa de proteção global desses direitos, como é possível perceber no título, no preâmbulo e nos textos de vários dos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos e da proposta dos sistemas regionais de proteção (europeu, americano e africano).

Antes de adentrar às críticas propriamente ditas, algumas considerações acerca do instituto do universalismo se mostram necessárias para melhor compreensão do tema.

Nos ensinamentos de Grubba,

O universalismo, conforme apresentado, tanto esteve presente à hora da criação da Organização das Nações Unidas, quanto no desenvolvimento do seu Sistema Global ou Universal dos Direitos Humanos. Por sistema universal de Direitos Humanos, entende-se as Declarações, Pactos, relatórios e outros documentos da Organização das Nações Unidas, que tem incidência global, isto é, incidem sobre toda família humana – todos os povos, culturas e seres humanos, de maneira universal e formalmente igualitária⁸.

Contudo, afirma Douzinas, o critério universalista contribui para o fato de serem os direitos humanos, nos dias atuais, uma mentira. Isso porque, para o autor, que faz afirmação extrema, embora os direitos humanos, no sistema universal sejam declarados em nome do homem universal, o sistema evidencia um processo de associação institucional pelos Estados e por consequência possível adesão pelos cidadãos que ostentam sua nacionalidade, o que demonstra um processo formal que não traz qualquer registro de concretização do suposto universalismo em razão desse expediente⁹.

⁷ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**, p. 108.

⁸ GRUBBA, Leilane Serratine. **O essencialismo nos direitos humanos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 236.

⁹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo (RS): Unisinos, 2009, p. 99.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Os direitos são declarados em nome do “homem” universal; mas o ato de enunciação estabelece o poder de um tipo particular de associação política, a nação e seu Estado, para tornar-se o soberano legislador e, depois, de um “homem” em particular, o cidadão nacional, para tornar-se o beneficiário dos direitos. Primeiro, a soberania nacional. As declarações proclamam a universalidade do direito, mas seu efeito imediato é estabelecer o poder ilimitado do Estado e sua lei. Foi a enunciação dos direitos que estabeleceu o direito das Assembleias Constituintes de legislar. Em um estilo paradoxal, essas declarações de princípio universal “performam” a fundação da soberania local. A progênie deu à luz seu próprio progenitor e o criou à sua própria imagem e semelhança¹⁰.

O ponto é que apesar dos processos de revolução terem representado a passagem dos direitos naturais para humanos, dando início ao período histórico da Modernidade, assim como o processo de internacionalização dos direitos humanos ter representado um marco no que tange a promoção da paz mundial, por ocasião do pós-guerra e até mesmo a positivação de tantos direitos dessa natureza, fixou claramente, em especial este último, a ideia fortalecida do nacionalismo e, por conseguinte, a cidadania dos indivíduos, que neste contexto representa uma nítida forma de exclusão.

O autor Sidney Guerra destaca que ao partir de um ponto de vista particular, que envolve a comunidade, a doutrina concebe uma série de críticas à concepção universalista dos direitos humanos, por exemplo, que a noção de direitos humanos vai de encontro à noção de obrigações proclamados por muitos povos; o conceito de direitos humanos leva em consideração uma visão antropocêntrica do mundo, que não é compartilhada por todas as culturas; o cunho ocidental da visão dos direitos humanos, que pretende ser geral e imperialista; a falta de adesão formal por parte de muitos Estados aos tratados de direitos humanos ou a falta de políticas com efetivo comprometimento com tais direitos, são indicativos da impossibilidade do universalismo¹¹.

Na doutrina de Boaventura o universalismo onusiano é criticado por representar um localismo globalizado, que demonstra um movimento no qual um evento local é globalizado com êxito. Para o autor, o universalismo declarado é de valor exclusivamente ocidental e representa um choque de civilizações, pois é imposto de cima para baixo¹².

¹⁰ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**, p. 99.

¹¹ GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**, p. 286.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multic

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Além disso, ensina Herrera Flores, que não se deve entender os direitos humanos ou qualquer outra temática, enquanto objeto de investigação, de uma forma isolada e por um critério absoluto, mas sempre considerando o restante dos pressupostos e fenômenos que se verificam na sociedade¹³.

Inclusive, por esse e outros motivos acima expostos, esta pesquisa critica o *pseudo* sistema universal e faz adesão a uma concepção integral de direitos humanos. O que se defende é uma abordagem que supere o excesso de formalidade e ao mesmo tempo o formato simplista do registro de direitos humanos intitulados e classificados.

Nesse sentido, novamente é a doutrina de Herrera Flores, que ao tratar de uma concepção integral de direitos humanos, aduz que respectivos direitos devem observar, considerar e concretizar o que ele chama de (a) integridade corporal; (b) satisfação das necessidades e (c) reconhecimento à diferença¹⁴.

Ou seja, a condição humana e tão somente ela implica de plano na titularidade de direitos humanos, sendo que esses direitos devem ser concretos a ponto de atender as necessidades específicas dos indivíduos que ostentam culturas diversas e diferenças, embora a mesma condição de humanidade. Não se fala aqui em mais e mais direitos, ao revés, são os mesmos direitos acima mencionados, mas para aqueles que possuem a essência humana.

Por oportuno, é válido dissertar, utilizando os ensinamentos de Staffen que não se está aqui, a defender a tese de afastamento do ente estatal e das instituições clássicas de Direito Internacional no que tange as suas responsabilidades para com os direitos humanos¹⁵.

O que se defende é uma postura não ingênua que não se restringe na ideia de que os Estados são providos de capacidade exclusiva e vontade quando o assunto é efetivação de direitos humanos,

ultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>. 2003. Acesso em: 12 fev. 2017.

¹³ HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 86.

¹⁴ HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**, p. 84-85.

¹⁵ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**. RVMD, Brasília, V. 10, nº 1, p. 178-208, Jan-jun., 2016.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

seja pela herança histórica, seja pela fragilidade da sua figura e da sua atuação diante das mudanças trazidas pela globalização¹⁶.

Em síntese, pretende-se desenhar “um novo nível de sustentação para o sistema de freios e contrapesos, situado nos espaços globais, envolvendo os agentes globais com o desiderato de satisfação dos direitos humanos em outros níveis”¹⁷.

Assim, realizadas as considerações acerca dos direitos humanos que se entendem necessárias para a fundamentação desse estudo, a seção a seguir trata do conteúdo introduzido pelos parágrafos anteriores, qual seja, as transformações suportadas pelo mundo em razão do fenômeno da globalização e do transnacionalismo, bem como o impacto disso na temática direitos humanos num plano de efetivação.

2 GLOBALIZAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS MUNDANAS

Globalização continua sendo o melhor termo para representar as profundas mudanças ocorridas em nível mundial e global, acirradas, principalmente, após o fim da disputa ideológica entre capitalismo e socialismo, simbolizada pela queda do muro de Berlin que precipitou a globalização econômica e a hegemonia capitalista, bem como a grave crise financeira global que teve de ser enfrentada como seu subproduto¹⁸.

Em que pese seja um fenômeno não concluído, como leciona Habermas, a globalização tem alterado o modo de vida das pessoas, intensificando as relações de troca, de comunicação, e de trânsito, para além das fronteiras nacionais, a expansão massificada das telecomunicações, turismo, cultura, com reflexos no ecossistema e nas relações das organizações governamentais e não governamentais, caracterizada por profunda concepção hegemônica do capital, de ideologia neoliberal¹⁹.

¹⁶ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**, p. 178-208.

¹⁷ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Direito Global: Humanismo e Direitos Humanos**, p. 178-208.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito, e Estado no século XXI**. 1ª ed. Itajaí. Editora da UNIVALI, 2011.p. 105.

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 84.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Ainda, para Clark, assim como para Paul Hirst²⁰, para Andrew Hurrell²¹ e Saskia Sassen²², os Estados e os governos – de modo todo particular os governos das grandes potências – não são testemunhas passivas da globalização: eles são, pelo contrário, quem a promove e a difunde, recorrendo quando é necessário, também ao uso da força. Contra a tese sustentada por Ulrich Beck, da irreversível passagem à segunda modernidade – em âmbito civil, econômico, técnico-comunicativo, ecológico – a globalização é pensada por esses autores como um processo histórico, descontínuo e conflitual, a par de qualquer outro processo histórico²³.

E um desses acontecimentos é o transnacionalismo, que, além de nascer do cenário contemporâneo, segundo Stelzer, insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal, enquanto globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio²⁴.

O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado. Com isso, por ser fugidia, borda também não é, pois, fronteira delimita e a permeabilidade traz consigo apenas o imaginário, o limite virtual. Aquilo que é transpassável não contém, está lá e cá²⁵.

Logo, a característica da desterritorialidade sinaliza que o espaço transnacional que ela cria não se confunde com o território exclusivamente estatal, também não pode ser confundido com o espaço que liga dois ou mais espaços estatais (como nas relações internacionais e supranacionais), “não é

²⁰ Ver HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. **Globalization in Question**. Tradução nossa. Cambridge: Polity Press, 1996.

²¹ Ver HURRELL, Andrew; WOODS, Ngaire. **Globalisation and Inequality**, in Millennium, vol.24, 1995.

²² Ver SASSEN, Saskia. *Globalization and its Discontents*. New York: New Press, 1998, trad. it. Globalizzati e scontenti. Milano: il Saggiatore, 2002.

²³ ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 17-18.

²⁴ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. 1º ed., reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 21.

²⁵ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**, p. 25-27.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado”, destaca Stelzer²⁶.

Outrossim, é possível dizer que desterritorialização representa um nível superior de integração onde as fronteiras desaparecem. Momento em que se supera o conceito fronteiro de Estado-nação. Assim, ao tratar de relações transnacionais, se está a relacionar com o que é do Estado, com o que se relaciona entre os Estados e o que está além do Estado. Desta forma, questões ou problemáticas que antes eram tratadas em nível singular (estatal), passam a ser tratadas de forma plural²⁷.

Adiante, outra característica relevante é o enfraquecimento do Estado soberano, motivo pelo qual Cruz afirma que a soberania, um dos paradigmas do Estado Constitucional Moderno que convertia o poder estatal num poder supremo, exclusivo, irresistível e substantivo, único senhor criador de normas e detentor do monopólio do poder de coerção física legítima dentro de seu território, ao tempo que único interlocutor autorizado a falar com o exterior, está se desmanchando, o que faz afundar os alicerces sobre os quais se sustentava a teoria clássica do Estado Constitucional Moderno²⁸.

Além disso, a ultravalorização do capitalismo ou do dinheiro também se mostra como uma das características do transnacionalismo, que para Cazzaro utilizando-se os ensinamentos de Stelzer²⁹ foi a queda do bloco soviético quem fomentou as condições ideais para que o espírito capitalista assumisse, de uma vez por todas, as rédeas do passo mundial. A partir de então, a busca do lucro tornou-se o espírito vetor e definiu as interações tanto no plano interno quanto no plano externo e o mundo tomou visos globalizantes em proporções até então nunca vistas³⁰.

²⁶ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In Cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**, p. 25.

²⁷ DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação: a regulação da educação superior no contexto transnacional**. 2012. 302 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012, p. 114. 115.

²⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e Estado no século XXI**, p. 97.

²⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito e transnacionalidade**, p. 28.

³⁰ CAZZARO, Kleber. **Arbitragem transnacional: limites e possibilidades**. 2015. 440 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015, p. 171-172.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Isso porque no cenário transnacional, decorrente da globalização e repleto de relações comerciais na busca incessante por lucro, o mercado visa se utilizar de rotas e ferramentas que não sejam barradas nas fronteiras tradicionais da normatização interna dos países³¹.

Outrossim no transnacionalismo estão inseridas demandas que são de natureza individual, coletiva e até mesmo difusa simultaneamente, inclusive, intituladas de transindividuais. São, por conseguinte, transfronteiriças, uma vez que a proteção delas não acontece no interior das fronteiras nacionais de cada Estado. Logo, não interessam apenas a um ou poucos, mas a diversos, a uma coletividade que se encontra entrelaçada nesse novo cenário mundial³².

Neste cenário surge o que se intitula por atores transnacionais, sendo imprescindível destacar que para que surjam esses atores é necessário que o sistema ostente diversos centros de autoridade política, à medida que se os Estados fossem integralmente autárquicos, ou seja, obtivessem total centralidade política e se as demandas internacionais fossem geridas apenas por funcionários estatais, não haveria atores transnacionais³³.

Ator transnacional significa quaisquer expedientes ou relações na esfera transnacional, sendo que nos dias de hoje o mundo é palco de vários atores diferentes, que são simultaneamente desiguais e interdependentes. O velho ator era, principalmente, o Estado-Nação, que continua existindo, como bem frisado nesta pesquisa, mas com novo papel³⁴.

A expressão “atores transnacionais”, nessa pesquisa, é utilizada para fazer referência a instituições, especialmente empresas transnacionais e organizações não-governamentais (ONG’s), que em certa medida têm assumido posturas que até então eram vistas e esperadas do Estado, além da eficiência demonstrada com respectivas competências, ainda que assumidas num plano informal.

³¹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito e Transnacionalidade**. p. 31.

³² CAZZARO, Kleber. **Arbitragem Transnacional: limites e possibilidades**, p. 177.

³³ KRASNER, Stephen D. Power politics, institutions, and transnational relations. In: RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in: non-state actors, domestic structures and international institutions**. Tradução nossa. Cambridge University Press, 1995. p. 258.

³⁴ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia do espaço transnacional: uma proposta de economia humanista**. 2015. 568 p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí, 2015, p. 73.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Nos ensinamentos de Ianni, as empresas transnacionais, sem prejuízo de outras corporações e conglomerados intitulados como multinacionais, mundiais, globais ou planetários, são responsáveis pela formação, funcionamento e transformação do que se poderia chamar de *shopping center* global, espalhando-se por países e continentes, sendo que isso pode ser analisado como um enorme caleidoscópico arsenal de mercadorias, originárias de uma fábrica múltipla e monumental, organizada por alguns e dispersa por todo o mundo³⁵.

As Organizações Não Governamentais (ONG’s) talvez sejam as entidades que melhor indicam o “caos sistêmico” ou a desordem sócio-espacial resultado da tensão de territorialidade que se verifica, até porque em torno delas é que o fenômeno rede, fundamental no desordenamento do espaço contemporâneo, conquista sua maior legitimidade. Afinal, as ONG’s não só contribuem para debilitar o Estado-nação na sua concepção “*Westphaliana*”, como, ao mesmo tempo, colocam novos desafios aos movimentos sociais³⁶.

Diante do exposto, e em atenção ao objeto desta pesquisa, a seção seguinte se debruça em casos reais de atuação de empresas transnacionais e organizações não-governamentais (ONG’s), que demonstram a efetivação de direitos humanos na seara global. Isso porque, referidos atores, por expedientes próprios e informais agem de forma competente na concretização de direitos elementares e questionam as bases de clássicas do sistema internacional de direitos humanos e seu discurso universalista.

3 A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO CENÁRIO TRANSNACIONAL

O indiano Parag Khanna é incisivo ao afirmar que “problemas transnacionais precisam de soluções transnacionais, não de resoluções da ONU”³⁷.

³⁵ IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995. p. 135.

³⁶ COSTA, Rogério Haesbaert da; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A nova desordem mundial**. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 69.

³⁷ KHANNA, Parag. **Como governar o mundo: um roteiro para o próximo renascimento**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011, p. 123.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Isso porque, critica o autor, a heterogênea mistura de comitês e agências da ONU que lidam, principalmente, mas não somente, com ameaças transnacionais que se referem ao terrorismo, ao crime organizado, a proliferação de armas nucleares e ao tráfico de drogas, por exemplo, atuam como se essas demandas compusessem um conjunto único de soluções e não se trata disso³⁸.

Contudo, embora este estudo faça adesão a estes argumentos, assim como à declaração de Karen Tse, fundadora da organização sem fins lucrativos *International Bridges of Justice* (IBJ), de que “ninguém protege direitos humanos com relatórios. Os últimos sessenta anos foram consumidos com declarações; é hora de agir”³⁹, não desconsidera a importância da construção do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, tanto pelas suas instituições quanto pelos documentos internacionais e por isso os mencionou na seção anterior.

Todavia, os sinais de colapso na efetivação de direitos humanos pelos expedientes formais clássicos, em especial o sistema internacional, têm evidenciado um novo cenário, que tem como pano de fundo as consequências da globalização acima referidas.

O que se percebe são atores transnacionais fazendo o trabalho de efetivar direitos humanos com muita competência e destaque, mesmo utilizando seus meios informais de atuação, e, por vezes, com algum interesse econômico por trás disso, uma vez que consideram o óbvio: uma sociedade que possui direitos elementares garantidos, é menos desigual, produz mais e consome muito mais.

Nesse sentido, em atenção aos casos reais, convém lembrar que em 2009, quando a política dos EUA finalmente mudou, fazendo com que grupos de ajuda comprassem de vendedores próximos, a *International Relief and Development* (IRD) celebrou parceria com empresas do ramo alimentício da Indonésia para aumentar sua produção de arroz, macarrão oriental com ovos e biscoitos de trigo, além de melhorar sua logística para levar os produtos por todo território nacional, programa reproduzido no Camboja, ao Níger e no Sri Lanka⁴⁰.

³⁸ KHANNA, Parag. **Como governar o mundo**: um roteiro para o próximo renascimento, p. 123-124.

³⁹ KHANNA, Parag. **Como governar o mundo**: um roteiro para o próximo renascimento, p. 141.

⁴⁰ KHANNA, Parag. **Como governar o mundo**: um roteiro para o próximo renascimento, p. 184.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A IRD chega a construir pequenas vias secundárias no Iraque e no Afeganistão para auxiliar o retorno dos negócios agrícolas. Com o apoio do Departamento para o Desenvolvimento Internacional do Reino Unido, no intuito de subsidiar sacos de fertilizante por um terço do valor de mercado, o Malawi passou das baixas colheitas e da fome de 2005 para a produção de mais de 3 bilhões de toneladas de milho no ano de 2007, comercializando o restante para o Programa Alimentar Mundial⁴¹.

A Fundação Gates não só pagou a bem-sucedida Aliança Global para Vacinas e Imunizações dez anos atrás, como há pouco tempo, bancou o *Institute for One World Health*, a primeira companhia farmacêutica sem fins rentáveis, dedicado a saúde e a pesquisa de vacinas para os pobres, gastando mais nos últimos dez anos com pesquisas sobre doenças negligenciadas do que todos os governos do mundo juntos. Ainda, a Fundação criou o *Global Health Program*, que nasceu com o objetivo de combater a poliomielite, fornecer suporte à pesquisa de HIV/AIDS e promover e distribuir vacinas para crianças⁴².

A Pratham, uma ONG indiana, foi a procura do que motiva o fato de a maioria das crianças classificadas como alfabetizadas não saberem ler o próprio idioma. Hoje, a Pratham é dona das campanhas educacionais mais conhecidas do país⁴³, e intitula seu programa em seu site oficial como “A jornada que começou a eliminar o ciclo da pobreza erradicando o analfabetismo da Índia”⁴⁴.

Compreendendo a raiz do problema, a Pratham percebeu que o primeiro passo para alcançar a educação primária universal é alcançar a educação pré-escolar universal, e trabalhou para este objetivo através do Balwadi (pré-escolar) do programa. Começou por fornecer educação pré-escolar para crianças nas favelas de Mumbai, como dito. Logo, o Pratham Balwadis foi multiplicado e este modelo bem sucedido restou adotado em outros estados em toda a nação. A instituição é autora do “Aprenda a ler”- o programa que demonstrou que a aprendizagem pode ser melhorada num curto intervalo de tempo e a um baixo custo. Em 2008, a Pratham associou-se com o Sr. Sudesh

⁴¹ KHANNA, Parag. **Como governar o mundo**: um roteiro para o próximo renascimento, p. 184.

⁴² KOTLER, Philip; LEE, Nancy R. **Marketing contra a pobreza**: as ferramentas da mudança social para formuladores de políticas, empreendedores, ONGS, empresas e governos. Tradução de Sônia Augusto. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 257-258.

⁴³ KHANNA, Parag. **Como governar o mundo**: um roteiro para o próximo renascimento, p. 189.

⁴⁴ Disponível em: <<http://www.pratham.org/about-us/history>> Acesso em: 20 abr. 2017. Tradução nossa.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Arora para a formação específica da indústria que deu origem ao - Pratham Arora Centro de Educação (PACE). A PACE introduziu cursos específicos para a indústria de serviços de hospitalidade, construção, automação e assistência ao leito. O programa Educação para a Educação (EFE) foi desenvolvido para voluntários para ensinar na campanha Read India, com o objetivo de fortalecer a capacidade de voluntariado⁴⁵.

O caso a seguir narra o impacto das ações de natureza educacional da Microsoft sobre os pobres encontrados na Europa Central e do Leste, considerando a educação como a pedra fundamental da oportunidade econômica. É evidente que a tecnologia é imprescindível para auxiliá-los a atingir suas metas de educação e a Microsoft está em uma posição única para ajudar por meio da tecnologia da informação e de comunicação⁴⁶.

Em outubro de 2005, foi criado um projeto pago pela Microsoft chamado *Free IT Education for Vulnerable Groups*. Seu plano era aumentar o reconhecimento de computadores e o uso prático de tecnologia da informação (TI) entre os refugiados, pessoas deslocadas internacionalmente, ciganos, pais que se fortaleciam sozinhos, vítimas de tortura e outras pessoas menos prósperas na Sérvia. A Microsoft trabalhou junto com a *International Aid Network (IAN)*, uma organização humanitária não governamental local, para conceder 800 cursos gratuitos de tecnologia da informação e comunicação aos grupos mais desprovidos e socialmente excluídos da Sérvia.⁴⁷

Um curso típico inclui 20 aulas com durabilidade de 45 minutos cada e é focado em um currículo bem explicativo com exercícios hábeis para os professores e um plano de curso breve para os participantes, um manual e um exame padronizado. No final de cada curso, os participantes aprovados recebem um certificado de finalização, que pode ser mostrado aos empregadores, possíveis ou atuais. E com essas novas habilidades, eles têm mais probabilidade de entrar na

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.pratham.org/about-us/history>> Acesso em: 20 abr. 2017. Tradução nossa.

⁴⁶ KOTLER, Philip; LEE, Nancy R. **Marketing contra a pobreza**: as ferramentas da mudança social para formuladores de políticas, empreendedores, ONG's, empresas e governos, p. 271 e sgnts.

⁴⁷ KOTLER, Philip; LEE, Nancy R. **Marketing contra a pobreza**: as ferramentas da mudança social para formuladores de políticas, empreendedores, ONG's, empresas e governos, p. 271 e sgnts.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

comunidade local e se tornar economicamente independentes, ao obter um emprego, abrir uma empresa ou aumentar sua renda.⁴⁸

Interessa dizer também que esta ideia aumenta a probabilidade de cada participante obter um trabalho. Ele incentiva o contato e a interação social entre os mais variados grupos vulneráveis e as autoridades locais e, com isso, ajuda na inclusão social. Através de sua sabedoria e habilidades de tecnologia da informação, os membros podem facilitar sua posição no mercado de trabalho e criar sua confiança⁴⁹.

Outro caso que merece ser mencionado é o Programa “Eu leio para uma criança”, que busca permitir o acesso a livros infantis de qualidade pelas crianças. A campanha visa, além de proporcionar o aprendizado de novas palavras, facilitar o aprendizado, compreensão do mundo, estimular a criatividade e fortalecer a ligação entre adultos e crianças⁵⁰.

O projeto já distribuiu gratuitamente mais de 40 milhões de livros desde 2006. Só no ano de 2015 foram mais de 2 milhões de coleções distribuídas e 6.664 bibliotecas beneficiadas com a distribuição. Qualquer pessoa pode solicitar as coleções por meio do site www.italu.com.br/crianca. As coleções também podem ser solicitadas por organizações da sociedade civil e por secretarias municipais de educação que realizem projetos de leitura para crianças⁵¹.

O ponto nevrálgico é a importância de falar da globalização e suas consequências em relação a essas questões, pois como destaca Arnaud, deve haver uma implementação dos direitos humanos “tanto por baixo quanto por cima, do nível local ao nível global”⁵².

⁴⁸ KOTLER, Philip; LEE, Nancy R. **Marketing contra a pobreza**: as ferramentas da mudança social para formuladores de políticas, empreendedores, ONG’s, empresas e governos, p. 271 e sgnts.

⁴⁹ KOTLER, Philip; LEE, Nancy R. **Marketing contra a pobreza**: as ferramentas da mudança social para formuladores de políticas, empreendedores, ONG’s, empresas e governos, p. 271 e sgnts.

⁵⁰ Itaú Criança. Disponível em: <<https://www.fundacaoitausocial.org.br/pt-br/programas/mobilizacao-social/italu-crianca>> Acesso em: 22 abr. 2017.

⁵¹ Itaú Criança. Disponível em: <<https://www.fundacaoitausocial.org.br/pt-br/programas/mobilizacao-social/italu-crianca>> Acesso em: 22 abr. 2017.

⁵² ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 214.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O italiano Stefano Rodotà destaca que o homem abstrato se torna um homem concreto, não mais em um Estado de Direito, mas sim em espaços de direitos, nos quais a soberania inerente aos Estados passa a ser ostentada pelos próprios homens, o que precisa ser considerado quando a pauta é efetivação dos direitos humanos.

Isso ocorre, narra o autor, porque as bases legitimadoras da participação, da informação e da transparência foram alteradas. Inclusive, basta verificar os últimos acontecimentos pelo mundo que evidenciam práticas de direitos, bem como requerimentos de efetivação de direitos⁵³ diretamente pelos homens, em utilização e sendo atendidos por outros expedientes, que não se tratam dos sistemas nacionais ou internacionais clássicos⁵⁴.

Ainda, Rodotà destaca que tudo se expande no global e encolhe no local, motivo pelo qual é necessário encontrar meios de efetivar os direitos humanos através do que ele intitula de “democracia integral”, pois sem a inserção dos direitos humanos na pauta da nova ordem global, a temática além de ineficaz servirá apenas para beneficiar alguns indivíduos⁵⁵.

Logo, é possível concluir das lições do autor que a dimensão do ser humano e sua dignidade precisam estar no centro das atenções, onde a igualdade encontre a liberdade, o que forma uma “guarnição em face do totalitarismo”, como ele próprio afirma⁵⁶.

Não se trata de chamar à responsabilidade alguns países, mas a reivindicação de um outro modo de entender os direitos humanos, os quais seguem uma nova aventura no mundo. Uma globalização através dos direitos, não através dos mercados. “Outro universalismo é possível?” Questiona o autor italiano. Uma nova e difícil narrativa para os direitos é vislumbrada e o que se quer enfatizar é a imprescindibilidade de uma revolução pela igualdade, pela dignidade, cujo centro é a

⁵³ “Observando o mundo com um olhar mais atento, é possível verificar que uma série de eventos nos levam a pensar que assistimos uma prática comum dos direitos, ou o requerimento para a efetivação de certos direitos. Por exemplo, a primavera árabe, os trabalhadores asiáticos refutam a tradição patriarcal e requerem os direitos sindicais, os usuários do *Facebook* se revoltam quando descobrem sobre a pretensão de que seus dados seriam controlados.” RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Tradução nossa. Roma: Editori Laterza, 2015, p. 06.

⁵⁴ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**, p. 06-07.

⁵⁵ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**, p. 06-07.

⁵⁶ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**, p. 07.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

autodeterminação do indivíduo, construção da identidade individual e de responsabilidade pública. As línguas devem encontrar a chave das palavras de liberdade e de respeito, sem imposições⁵⁷.

O que se defende é uma tutela sem fronteiras para os direitos humanos, pois percebe-se a necessidade de uma nova dimensão global. Isto quer dizer que as superadas formas de pensar a fronteira a partir do território e da soberania de um Estado já não são mais suficientes para oferecer proteção aos direitos⁵⁸.

Portanto, pensar na efetivação dos direitos humanos no cenário transnacional, decorrente da nova ordem global, significa dizer que o ser humano não deve ser detentor de direitos humanos pelo território que se encontra, menos ainda pela nacionalidade que ostenta, requisitos que o universalismo onusiano destaca no plano prático, como visto, mas pela condição única e especial de ser humano que ele possui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em tela teve como objetivo estudar o universalismo onusiano em análise de crítica e demonstrar o seu colapso no que tange a efetivação de direitos humanos na nova ordem transnacional decorrente da globalização.

Verificou-se que os direitos humanos são difíceis de serem conceituados, em especial por representarem uma temática que muda de acordo com o percurso histórico. Todavia, sabe-se que é um direito humano que está em questão quando há sentimento de horror e irrisignação com a sua afronta.

Ainda, o estudo oportunizou analisar, mesmo que brevemente, em razão da limitação física, os direitos humanos no plano internacional, em especial com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e os documentos de proteção, que representam, no momento pós-guerra um avanço importante para a sociedade global acerca da temática.

⁵⁷ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*, p. 15.

⁵⁸ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di avere diritti*, p. 18.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Contudo, o que se pode concluir nesse aspecto e se mostra demasiadamente relevante no presente estudo, é que há necessidade de desapego das formalidades exacerbadas quanto ao tema direitos humanos, em especial no que tange a sua efetivação, pois a relevância não está na formalização do direito, sem prejuízo da importância desse expediente, mas na sua concretização.

Aliás, o referido sistema, que se apresenta como universal ou como sistema *pseudo* global de direitos humanos, evidencia muito mais uma busca incessante por documentar direitos humanos no plano internacional, incentivando seu reconhecimento nas constituições internas e uma tentativa frustrada de efetivação, do que um canal realmente universal e promissor para o respeito e a concretude dos direitos humanos.

Nesse cenário, foi possível concluir pela imprescindibilidade de substituição do aparente ou nunca existente critério universalista dos direitos humanos trazidos pelo sistema internacional, pois o mesmo existe somente num plano teórico e não serve para efetivar direitos humanos, ao revés, pode significar aspecto de desigualdade entre os países se considerar membros e não-membros.

Portanto, observou-se que o sistema internacional dos direitos humanos e seu critério universalista representam claro divórcio com as bases dos Direitos Humanos, nutridas especialmente pelo humanismo na sua concepção renascentista, que coloca o ser humano no centro das atenções e não atribui a ele valor e dignidade pelo território onde se encontra, menos ainda pela nacionalidade que lhe foi atribuída, mas tão somente pela condição humana que ostenta.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CAZZARO, Kleber. **Arbitragem transnacional: limites e possibilidades**. 2015. 440 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2015.

COSTA, Rogério Haesbaert da; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **A nova desordem mundial**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito, e Estado no século XXI**. 1ª ed. Itajaí. Editora da UNIVALI, 2011.

DEMARCHI, Clovis. **Direito e Educação**: a regulação da educação superior no contexto transnacional. 2012. 302 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2012.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo (RS): Unisinos, 2009.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. Título original: Die postnationale konstellation: politische essays.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio**: a ciência da lógica. Tradução de Paulo Meneses. São Paulo: Loyola, 1995.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

Itaú Criança. Disponível em: <<https://www.fundacaoitausocial.org.br/pt-br/programas/mobilizacao-social/itau-crianca>> Acesso em: 22 abr. 2017.

KHANNA, Parag. **Como governar o mundo**: um roteiro para o próximo renascimento. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.

KOTLER, Philip; LEE, Nancy R. **Marketing contra a pobreza**: as ferramentas da mudança social para formuladores de políticas, empreendedores, ONGS, empresas e governos. Tradução de Sônia Augusto. Porto Alegre: Bookman, 2010.

KRASNER, Stephen D. Power politics, institutions, and transnational relations. In: RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back** in: non-state actors, domestic structures and international institutions. Tradução nossa. Cambridge University Press, 1995. p. 258.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

PRATHAN. Disponível em: <<http://www.pratham.org/about-us/history>> Acesso em: 20 abr. 2017.
Tradução nossa.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Tradução nossa. Roma: Editori Laterza, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma concepção multicultural dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>. 2003. Acesso em: 12 fev. 2017.

SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia do espaço transnacional**: uma proposta de economia humanista. 2015. 568 p. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Educação de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí, 2015.

STAFFEN, Marcio Ricardo. **Direito Global**: Humanismo e Direitos Humanos. RVMD, Brasília, V. 10, nº 1, p. 178-208, Jan-jun., 2016.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In cruz, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. 1º ed., reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

ZOLO, Danilo. **Globalização**: um mapa dos problemas. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ACESSO À JUSTIÇA E JURISDIÇÃO: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Bruno Makowiecky Salles¹

INTRODUÇÃO

O texto que segue tem como objetivo incitar reflexões acerca do Acesso à Justiça e da Jurisdição na cena contemporânea, especialmente dos reflexos que as visões tradicionais e ampliativas sobre o Acesso à Justiça causam no exercício da Jurisdição. Conectar os estudos de Acesso à Justiça e Jurisdição, aliás, é de suma importância para os rumos da função jurisdicional.

O Acesso à Justiça integra um dos grandes dilemas contemporâneos e pode ser analisado sob variados enfoques, que oscilam desde concepções sobre o processo judicial como um instrumento de resolução de conflitos, até o campo da democracia, da política e da justiça social². Para os fins específicos deste trabalho, o Acesso à Justiça é utilizado, prioritariamente, no sentido de ingresso no sistema judicial institucionalizado.

Por outro lado, a Jurisdição situa-se no núcleo da teoria processual, configurando, para alguns, o verdadeiro “polo metodológico do direito processual moderno”³. Em essência, a Jurisdição é a atividade própria do Estado, iniciada por Acesso à Justiça, mediante a qual as regras jurídicas abstratas, vazadas em normas ou em princípios, são aplicadas concretamente, pelos Juízes, para a composição definitiva de conflitos subjetivos ou objetivos, preponderando a compreensão que inclui em seu cerne a atividade satisfativa.

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), em regime de dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia (UNIPG), Itália. Juiz de Direito em Santa Catarina. CV: <http://lattes.cnpq.br/7479543022697803>. Email: brunomakosalles@terra.com.br.

² BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8688>. Acesso em: 15 de novembro 2016.

³ CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no Processo Civil**: compreensão crítica. 1ed. 5reimpr. Curitiba: Juruá, 2012. p. 15.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A fim de desenvolver o tema, o artigo apresenta, em um primeiro momento, notas teóricas sobre o Acesso à Justiça e a Jurisdição, isoladamente. Na sequência, é explicitada a tendência atualmente verificada no ocidente no sentido de uma judicialização generalizada, que acaba nutrida pelas ideias tradicionais sobre o Acesso à Justiça. Por fim, os temas do Acesso à Justiça e da Jurisdição são conectados, abordando-se como o Acesso exacerbado à Justiça repercute na Jurisdição, de forma a desvirtuá-la e a exigir que sejam revistas as bases para o que se vem compreendendo como atuação judicial.

Em relação à metodologia, cabe o registro de que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo. Na fase de tratamento de dados, empregou-se o método cartesiano. Por fim, a descrição do resultado seguiu a lógica dedutiva. As diversas fases da pesquisa foram auxiliadas com recurso às técnicas do referente, categoria, conceito operacional e pesquisa bibliográfica⁴.

1 NOTAS PRELIMINARES SOBRE ACESSO À JUSTIÇA

O Acesso à Justiça, postulado de remotas origens históricas, integra a categoria dos Direitos Humanos, encontra-se positivado em Declarações Internacionais e nas Constituições de inúmeros Países⁵ e é considerado, mesmo nos ordenamentos em que não há expressa previsão normativa, um direito implícito na sistemática de separação dos Poderes do Estado, mostrando-se inerente, ainda, à cláusula do devido processo legal.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948, prevê que “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”⁶.

A Constituição da República Italiana estabelece que todos poderão ir aos Tribunais para a defesa de seus direitos e interesses legítimos, obrigando-se a prover meios de Acesso à Justiça aos que não

⁴ Sobre o tema, conferir: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

⁵ A propósito: CHICHOKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1ª ed. (ano 1998). 6ª tir. Curitiba: Juruá, p. 87-95.

⁶ A redação corresponde ao art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem. In: BRASIL. Leis, etc. **Legislação sobre direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1999.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

dispõem de recursos⁷ e compreendendo o debate de questões civis, penais, administrativas e outras. Como forma de garantir tal direito, a Constituição italiana remete à lei a previsão das condições e modalidades de reparação de erros judiciários⁸, existindo na legislação infraconstitucional, em tal contexto, disposições que instituem obrigações de ressarcimento em situações em que forem violadas as normas legais sobre um processo judicial justo⁹, especialmente no que se refere à razoável duração dos processos.

No Brasil, o direito de Acesso à Justiça, antes implícito, foi expressamente previsto, pela primeira vez, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946, sob a redação de que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a direito individual”¹⁰. Atualmente, o Acesso à Justiça está assegurado como um Direito Fundamental na Constituição da República Federativa de 1988, ali dispendo-se que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹¹.

Trata-se de um direito qualificado como essencial em ordenamentos democráticos, reconhecido por Mauro Cappelletti e Bryan Garth como o “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”¹². Segundo Boaventura de Souza Santos, o Acesso à Justiça traduz, por isso, uma espécie de “direito charneira”, “cuja denegação acarretaria a de todos os demais”¹³.

⁷ Nesse sentido os artigos 2º, 3º e 24. In: ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: < http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf >. Acesso em 29 de novembro de 2016.

⁸ Sobre o tema, ver o art. 24 da Constituição italiana. . In: ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: < http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf >. Acesso em 29 de novembro de 2016.

⁹ A propósito, conferir o art. 111 da Constituição italiana. . In: ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: < http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf >. Acesso em 29 de novembro de 2016.

¹⁰ A redação corresponde ao §4º do art. 141 da referida Constituição. A respeito, conferir: BRASIL. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 1º de outubro de 2016.

¹¹ A redação está contida no inc. XXVI do art. 5º da atual Constituição. A respeito, conferir: **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 1º de outubro de 2016.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12. Título original: *Acess to Justice: The Worldwide Movement do Make Rights Effective. A general Report*.

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7a ed. Porto: Edições Afrontamento,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Essas afirmações centram-se na ideia de que o reconhecimento dos Direitos Fundamentais constituiria um avanço inócuo sem os mecanismos para que tais Direitos se tornem exigíveis.

Apesar da relevância e do caráter fundamental do Acesso à Justiça, referido direito não assume tons absolutos e admite condicionamentos. Assim é que o Acesso à Justiça não assegura a obtenção de pronunciamentos favoráveis, deve ser exercido de acordo com as regras que disciplinam o devido processo legal, submete-se a restrições substanciais e processuais, com referência a direitos e interesses tuteláveis ou ao atendimento de custas¹⁴ e certos requisitos formais, assim como sujeita-se a restrições que lhe confirmam um tratamento jurídico justificado e proporcional, desde que preservado o núcleo essencial de tal garantia e a essência do direito a um processo judicial justo¹⁵.

2 VISÕES CONCEITUAIS EM TORNO DA JURISDIÇÃO

A Jurisdição constitui instituto central na teoria processual, deitando raízes, dentre outros possíveis resgates históricos, na tradição Romano-Canônica, que a concebia restritivamente como a tarefa de declaração de direitos (*jurisdictio*), excluindo as atividades inerentes à execução (*imperium*)¹⁶.

Embora a ideia de Jurisdição esteja, em certa medida, ainda atrelada às tradições originais, seu conceito sofreu transformações¹⁷. Mais recentemente, observou-se na doutrina italiana importante debate sobre as definições dadas à Jurisdição, envolvendo teorias de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti¹⁸.

Segundo Giuseppe Chiovenda, adepto da teoria dualista do ordenamento¹⁹, a Jurisdição traduz uma espécie de pressuposto processual e constitui uma função própria e exclusiva do Estado, cujo

1999, p. 146.

¹⁴ MINIUSSI, Davide. Acesso Alla giustizia in matéria ambientale e costo del processo: un difficile equilibrio. **DPCE online**: 2014-2. p. 1-15. Disponível em: < http://www.dpce.it/wp-content/uploads/2015/02/Nota_Miniussi.pdf. > Acesso em 02 de dezembro de 2016.

¹⁵ Nesse sentido: PACINI, Marco. Il diritto di accesso al giudici. **Giornale di Diritto Amministrativo**. n. 7, 2008. p. 725-731.

¹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997, p. 29

¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. p. 29

¹⁸ Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido R. Dinamarco. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 6. Título Original: *Manuale di Diritto Processuale Civile*.

¹⁹ Por meio de tal teoria, “o direito material dita regras abstratas que, pela ocorrência dos fatos enquadrados nas previsões dessas regras, tornam-se automaticamente concretas, enquanto o direito processual visa apenas à realização prática da vontade do direito

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

escopo é realizar a atuação concreta da lei mediante a substituição, por órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, seja para afirmar a existência da vontade da lei, declarando o direito, seja para torná-lo efetivo, compreendendo a execução²⁰. A função jurisdicional, portanto, é uma atividade de substituição, inserindo uma atitude pública no lugar de condutas alheias. Possui como fundamento de legitimidade a aplicação da lei pelo Juiz e notabiliza-se pela subordinação judicial ao Legislador. Para o autor, formas autocompositivas como, por exemplo, a conciliação integram a categoria da jurisdição voluntária, não se localizando, em rigor, entre as atividades propriamente jurisdicionais, dado que, mesmo praticadas por Juizes, estão mais próximas da função de administrar interesses privados dos transatores²¹.

Francesco Carnelutti, filiado à concepção unitária do ordenamento²², vê na Jurisdição a atuação do preceito legal abstrato, pelo Estado-Juiz, em face do caso concreto. A Jurisdição reside na conversão, por um terceiro equidistante, de normas abstratas em ordens concretas, após provocação das partes. Tem como escopo a justa composição da lide²³, e não somente a aplicação da lei, mediante provimentos declaratórios, condenatórios, constitutivos ou mistos. A existência de lide a ser acertada na presença do Juiz que diz o direito, em Carnelutti, é um requisito indispensável para o exercício da Jurisdição, sem o qual podem até existir processo judicial e função processual, mas não há Jurisdição. Assim é que representa “processo, e não jurisdição, a execução forçada”²⁴. O mesmo ocorre com os chamados equivalentes jurisdicionais, entre os quais a renúncia à ação, o reconhecimento do pedido e, notadamente, a transação, fruto de interesses privados que “não implica exercício de jurisdição”²⁵. Esses processos ressentidos de lide a ser decidida são meramente úteis, sem serem necessários, e atendem apenas a fins complementares como a criação de um título

material. O processo, dessa forma, não contribuiria para a formação das regras concretas”. CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no Processo Civil**. p. 20.

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 511-512. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 525 e 534/535.

²² Segundo a teoria unitária, “o direito material não teria condições de disciplinar todos os conflitos de interesses, sendo necessário, muitas vezes, o direito processual para complementar aquelas regras de direito material. (...) Carnelutti, dessa forma, ao contrário de Chiovenda, parte da premissa de que o ordenamento jurídico substancial é insuficiente para produzir direitos e obrigações”. CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no Processo Civil**. p. 25.

²³ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Vol. I. 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p 373. Título Original: *Sistema di Diritto Processuale Civile*.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual** p 222.

²⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual** p 221-245 e 253.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

executivo, satisfazendo essa função processual, mas não concretizando a atividade jurisdicional do Estado.

Outros importantes autores enriqueceram o debate sobre a Jurisdição. Consoante Piero Calamandrei, também partidário da teoria dualista do ordenamento jurídico, consiste Jurisdição numa complementação da função legislativa, cabendo ao Magistrado solucionar concretamente o conflito que a lei regula em termos abstratos²⁶, em um sistema de “formulação para o caso individual” em que o “direito se manifesta em forma de mandado concreto e individualizado, dirigido ao indivíduo que se encontra em situação de fato já produzida (atual)”²⁷. A função essencial da Jurisdição, assim, radica na aplicação do direito objetivo, não ficando sua definição vinculada à ideia *carneuttiana* de justa composição da lide. Diante do caráter unitário da Jurisdição, seu espectro compreende a atividade de execução. Para o autor, a Jurisdição pode abranger também os processos em que inexistente lide, ao remover o estado de incerteza jurídica por meio da decisão, ainda que esta atividade apenas chancela uma autocomposição e esteja na fronteira com a função administrativa²⁸. Nesses termos, “um caso de jurisdição voluntária, particularmente interessante por estar estreitamente interligado ao exercício da verdadeira jurisdição, tem-se na função de conciliação”, caracterizada por “interpor-se com caráter de pacificador entre as partes e tratar de sanar as controvérsias entre elas”, “as já surgidas” ou que ainda “estejam por surgir”²⁹.

Em Enrico Tullio Liebman, considera-se Jurisdição “a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”³⁰. A regra geral e abstrata, em tal perspectiva, atua como critério de juízo (*criterio di giudizio*) para a resolução do caso, possuindo a Jurisdição a função de dar continuidade e especificar a legislação³¹, de modo a fazer justiça e conferir aplicação concreta ao direito positivo. A Jurisdição compreende a sentença que faz coisa julgada e a execução forçada,

²⁶ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil Segundo o Novo Código**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Vol. I. 2ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 102-105. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile Secondo Il Nuovo Codice*.

²⁷ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil Segundo o Novo Código**. p. 105.

²⁸ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil Segundo o Novo Código**. p. 144, 154 e 162.

²⁹ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil Segundo o Novo Código**. p. 167.

³⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 07.

³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 06.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

uma vez o acertamento da relação jurídica é insuficiente, mostrando-se impositiva a satisfação do direito³². Por outro lado, a atividade de assistência e controle a atos de particulares, tradicionalmente chamada de jurisdição voluntária, contrapõe-se à Jurisdição verdadeira, de natureza contenciosa, e representa uma supervisão pública de interesses privados, com substância de atividade administrativa, apesar de restar atribuída aos Juízes³³.

No Brasil, Paulo Roberto de Figueiredo Dantas observa que “jurisdição é uma palavra que vem do latim, composta por *iuris* (direito) e *dictio* (dicção), que significa justamente ‘dizer o direito’, ou, em outras palavras, explicitar a vontade da lei para a solução dos litígios postos à apreciação do Estado”³⁴. Por sua vez, Paulo Roberto de Gouvêa Medina define a Jurisdição como “expressão do poder estatal consistente na função de julgar atribuída, em geral, aos órgãos do Judiciário, que o exercitam mediante a atuação da vontade concreta da lei, com vistas à solução dos litígios (Jurisdição Contenciosa) ou à prática de atos jurídicos destinados a validar certas manifestações de vontade, de caráter indisponível (Jurisdição Voluntária)”³⁵. Este último autor ainda vem qualificá-la como “essência do poder de julgar”³⁶.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero definem a Jurisdição como a atividade estatal que “formula, a partir de adequada justificativa, a norma jurídica que, para regular o caso conflitivo concreto, atribui sentido à lei em plena compatibilidade com os direitos fundamentais ou é resultado do controle de constitucionalidade”³⁷. Após, acrescentam ao conceito a ideia de tutela efetiva do direito material reconhecido³⁸. Aqui já se percebe uma visão mais contemporânea, incluindo expressamente a ideia de princípios direitos e constitucionais na formulação da norma concreta.

³² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 203.

³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. p. 31-32.

³⁴ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5 ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11.

³⁵ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 4 ed., ver., ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 8-9.

³⁶ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**, p. 61.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 92.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. p. 103.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Em todos os autores acima, apesar de divergências mais ou menos intensas, constata-se que a Jurisdição é tida, em sua essência, como a atividade própria do Estado mediante a qual as regras jurídicas abstratas, vazadas em normas ou em princípios, são aplicadas concretamente, por Juízes, para a composição definitiva de conflitos subjetivos ou objetivos, compreendendo a dicção do direito aplicável e eventualmente sua execução. A atividade de intermediação ou homologação de acordos, conforme tais pensamentos, ou não é propriamente jurisdicional, ou situa-se em plano equiparado à jurisdição voluntária, ou localiza-se na fronteira com a atividade administrativa de tutela de interesses, inexistindo uma identidade entre ambas.

3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

Os marcos teóricos tradicionais em torno do Acesso à Justiça são representados pela Escola de Florença, na obra de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, editada no ano de 1978³⁹, com as chamadas ondas as renovatórias do Acesso, bem como pelo pensamento externado no Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, no ano de 2002, dirigido cientificamente por Boaventura de Souza Santos, coordenado por João Pedroso, Catarina Trincão, João Paulo Dias, e com a participação de Ana Catarina Mendonça, Paula Martinho, Pedro Abreu, Salomé Gouveia e Taciana Peão Lopes⁴⁰. No Brasil, tais marcos teóricos exercem notável influência na visão majoritária existente em torno do tema, destacando-se como exemplo a doutrina de Kazuo Watanabe⁴¹.

Ainda que tais marcos adotem visões diferentes sobre o sentido de Acesso à Justiça⁴², em todos eles prepondera, como opção metodológica, uma abordagem direcionada a descrever as principais causas econômicas, sociais, jurídicas, culturais e políticas que obstaculizam o Acesso à Ordem Jurídica, para que, na sequência, haja a prescrição de soluções tidas como aptas a reduzir os

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12. Título original: *Acess to Justice: The Worldwide Movement do Make Rights Effective. A general Report*.

⁴⁰ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. **O Acesso ao Direito e à Justiça**: um direito fundamental em questão. Coimbra: OPJ, 2002.

⁴¹ WATANABE, Kazuo Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

⁴² A Escola de Florença trabalha o tema desde a perspectiva do ingresso no sistema de justiça, enquanto as doutrinas portuguesa e nacional atribuem ênfase ao acesso a uma ordem jurídica justa, não só restrita ao sistema de justiça, mas entendida como um acesso amplo aos direitos.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

mencionados enclaves⁴³. Como regra, parte-se do pressuposto de que existem déficits de Acesso à Justiça a serem removidos.

Atualmente, porém, vive-se uma realidade de intensa judicialização da vida, que, possivelmente, requer que o tema seja abordado desde outras perspectivas. Os estudos tradicionais sobre o Acesso tiveram o mérito de abrir as portas do Poder Judiciário e tal canal vem sendo não apenas amplamente utilizado, mas, inclusive, já distorcido, chegando-se a afirmar que “não existe livro acerca da justiça, ou relatório que não verifique, a lamentar, o vertiginoso aumento do contencioso desde os anos 70⁴⁴”. Tal realidade é vivenciada, hoje, em quase todos os Países, pelo menos no mundo ocidental.

Pode-se dizer que de uma era de déficit de Acesso à Justiça saltou-se para uma nova etapa em que a regra é a Judicialização. O Poder Judiciário, atualmente, é o principal centro estatal de decisões sobre temas políticos, morais, econômicos, científicos, ambientais e até mesmo cotidianos que animam as sociedades complexas. Submetem-se à Jurisdição desde assuntos “de identidade coletiva que se encontram no coração dos processos de construção da nação”⁴⁵ até questões referentes a políticas públicas, direitos fundamentais, microlides individuais e trivialidades. A Judicialização da vida e da política, fenômeno multicausal, encontra vastas explicações na doutrina, destacando-se como pioneira no assunto obra lançada nos Estados Unidos da América no ano de 1995, a qual veio compilar os trabalhos científicos da Conferência de Forlì, na Universidade de Bologna, na Itália, no ano de 1992⁴⁶.

⁴³ Tal forma de abordagem pode ser identificada, por exemplo e entre outras, nas seguintes obras: MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça**: um princípio em busca de efetivação. 1ª ed. (ano 2009). 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011; e CHICHOKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**

⁴⁴ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Garden des Promesses*. p. 147.

⁴⁵ HIRSCHL, Ran. O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/agosto de 2009, p. 141.

⁴⁶ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. Em um dos capítulos de tal livro, C. Neal Tate distingue a judicialização para fora, em que o Poder Judiciário assume a criação ou a intervenção em políticas públicas, de outra forma de judicialização em que os procedimentos típicos do Poder Judiciário são absorvidos por instituições diversas, dando prevalência à primeira acepção. A respeito: TATE, C. Neal; Why The Expansion of Judicial Power. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995. p. 27-37.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Por esses e outros motivos, paralelamente às visões tradicionais sobre o Acesso à Justiça, vêm ganhando espaço teorias que promovem um câmbio nas bases sob as quais a problemática é refletida⁴⁷. Hoje as sociedades democráticas vivenciam uma fase distinta, em que se vê uma judicialização generalizada. O discurso do Acesso à Justiça, concebido em épocas passadas, sem submeter-se a uma revisão passa ser usado indevidamente, servindo como retórica para certos desvios.

No Brasil, o Relatório Justiça em Números de 2016, tendo como ano-base 2015, demonstra, com fundamento em dados estatísticos, o colapso do sistema de justiça. Segundo tal Relatório, o Poder Judiciário gera a despesa anual de R\$ 79,2 (setenta e nove vírgula dois) bilhões, representando 1,3% (um vírgula três por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) nacional e equivalendo ao custo pelo serviço de justiça de R\$ 387,56 (trezentos e oitenta e sete reais e cinquenta e seis centavos) por habitante⁴⁸. Nele tramitam, ao todo, quase 74 (setenta e quatro) milhões de processos⁴⁹, distribuídos entre os então 17.338 (dezesete mil, trezentos e trinta e oito) magistrados brasileiros⁵⁰. A entrada de novos processos foi de 27,3 (vinte e sete vírgula três) milhões⁵¹.

No plano teórico, esse cenário de excessiva Judicialização contrasta com a legitimidade do Poder Judiciário para tomar determinadas decisões no âmbito de um regime democrático-representativo. No plano fático, o mesmo cenário conflita com a capacidade de absorver as demandas com a estrutura humana, técnica e com os recursos disponíveis. A centralização no Poder Judiciário ainda causa, como externalidades negativas, a falta de uma cultura de responsabilização de outros órgãos

⁴⁷ Exemplos de um olhar diferenciado sobre o Acesso à Justiça, ainda que com propostas distintas entre si, são encontrados, por exemplo, nas seguintes obras: BOCHENEK, Antônio César. **A Interação Entre Tribunais e Democracia Por Meio do Acesso ao Direito e à Justiça**: análises de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. **Análise Econômica do Acesso à Justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à Justiça à luz do art. 3.º do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 17-44, abr./2016; e OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, Acesso à Justiça e Teoria Geral do Processo**.

⁴⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2016. p. 33.

⁴⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**: p. 42.

⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**: p. 37.

⁵¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**: p. 43.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

e da própria cidadania, bem como o estrangulamento do sistema de justiça, inapto a dar respostas eficazes.

A tendência à Judicialização, que possui inúmeras causas, encontra, porém, guarida e potencializa-se ao se deparar com a concepção idealizada de Acesso universalizado à Justiça, instaurando uma quantidade invencível de serviço judiciário. É preciso revisitar, com urgência, as plataformas clássicas do Acesso à Justiça, constatando os excessos e desvios existentes para, a partir daí, propor a possibilidade de se corrigi-los, freando o “trem da judicialização”, indicando possíveis caminhos diferentes para tratar do delicado tema e prescrevendo soluções compatíveis com a historicidade⁵², que não se limitem à instituição de metas de gestão ou ao incentivo a acordos.

4 A JURISDIÇÃO PERANTE O ACESSO EXCESSIVO À JUSTIÇA: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Na esfera da jurisdição, a explosão de litígios gerou uma transformação no ato de julgar e uma aproximação entre a figura do juiz e a posição de um gestor. Metas de produtividade e técnicas de administração foram incorporadas à atividade jurisdicional⁵³. Para fazer frente à avalanche de processos, dá-se prevalência à quantidade de decisões em detrimento de julgamentos qualitativos, em viés pragmatista típico de análises econômicas⁵⁴. Não se dispõe do tempo adequado para ler as petições, refleti-las, sentir os aspectos da lide e confeccionar sentenças artesanais. Os juízes são instados a corrigir projetos e assiná-los no meio de atribuições administrativas, funções cartorárias e encargos burocráticos, gerenciando a equipe desde fora da atividade-fim. Daí o desconforto de a sentença poucas vezes ser um ato do juiz, mas traduzir a supervisão massificada, por amostragem, feita por um administrador premido pelo tempo, em um ritmo paranoico e reprodutor de precedentes⁵⁵ que obstaculiza a legítima missão de modernização do direito⁵⁶ e busca por justiça.

⁵² As leituras sobre os arranjos institucionais e os direitos constitucionais não se podem dissociar da historicidade. Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 25-28.

⁵³ SAID FILHO, Fernando Fortes. **(Re)pensando o acesso à justiça**. p. 98-99.

⁵⁴ MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. **Análise Econômica do Acesso à Justiça** p. 131.

⁵⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando Com Uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília, v. 15., n. 03, p. 09-52, jul/set/2016.

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. Título original: *Giudici Legislatori?* p. 120.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A prática contradiz a lógica de que, para prestar a Jurisdição⁵⁷:

O Juiz lê ou escuta pessoalmente o processo, porque essa atividade é necessária para tomar conhecimento das coisas e dos fatos. Existem mesmo normas de direito positivo que impõem ao magistrado êsse dever, prescindindo da leitura que pudesse ser feita por terceiros. A própria fórmula clássica, ‘Vistos etc’, com que até hoje começam as sentenças, representa êsse primeiro modo do juiz tomar contato com o processo.

(...)

Ler, pensar e escrever são, portanto, os aspectos essenciais da sentença como fato; a sua substância mínima, poder-se-ia dizer, já que sem essas atividades primárias do juiz a sentença jamais adquiriria realidade.

Outro sintoma da perda da identidade da Jurisdição é percebido no discurso de fomento à conciliação e à mediação judiciais. Com fins também quantitativos, embora floreados por argumentos que às vezes os ocultam e se centram, apenas, nas eventuais vantagens das autocomposições, a cartilha atual recomenda a realização de mutirões de conciliação e audiências preliminares obrigatórias. Em tais atos os acordos formalizados por cooperadores, inspirados por apelos como o tempo de duração dos processos, estimulam as partes a transigir e terminam homologados mecanicamente, quase como um alívio, transformando a decisão em ato de chancela similar à aposição de um carimbo. Nessas tarefas não está o Estado a dizer, em substituição aos litigantes, o direito aplicável à situação à luz das normas jurídicas, mas apenas a oficializar um ato voluntário, supervisionando requisitos como capacidade e disponibilidade do direito. Tal proceder não é essencialmente jurisdicional para nenhum conceito de Jurisdição, concretizando, se muito, a função processual de constituir o título ou a atividade fronteira de eliminar as incertezas jurídicas. Ocorre que essas atividades são apenas complementares ou úteis, mas não necessárias, equiparando-se a métodos não exclusivos do Estado.

Por tais tendências, depara-se com o inusitado de o Poder Judiciário, como desdobramento da abertura do Acesso à Justiça e da Judicialização, ver-se na contingência de reinventar a Jurisdição, entronizando técnicas que, paradoxalmente, dispensam a decisão judicial. Esse funcionamento é de difícil assimilação, uma vez que, “Se para alguma coisa existem os juízes no ordenamento jurídico,

57 COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica: 1946. p. 202-203. Título Original: *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

é para proferir sentenças reconhecendo ou denegando razão aos que comparecem diante dêles”⁵⁸. E, por outro lado, enquanto somente os Juízes podem julgar, inúmeros profissionais desfrutam de capacidade técnica e humana para efetuar composições.

Chega a ser discutível se os Juízes da atual quadra, usando a credibilidade que têm e inspirados em critérios puramente circunstanciais, devem assumir o papel de negociadores qualificados de julgamentos⁵⁹. O modelo negociativo introduz perguntas sobre que tipos de demandas o Juiz deve decidir e substitui aquele de decisões impositivas pelo Estado, desligando-se de aspectos como a estatalidade e a lei para aproximar-se de práticas sociais⁶⁰. Como consequência, o Juiz passa a posicionar-se no lugar e no papel das partes, transferindo o fundamento de legitimidade da decisão para procedimentos de contratação, nos quais a legalidade pode ceder espaço aos desígnios da parte economicamente mais forte, contrariando os ideais de justiça e de representatividade judicial⁶¹.

A função jurisdicional não se esgota na atividade de resolução de conflitos individuais ou coletivos, mas compreende a atribuição de significado e expressão concretos aos valores públicos da Constituição e das leis⁶², identificados a partir dos textos normativos, da história e da realidade social. Valores como liberdade, propriedade, devido processo legal, igualdade, prestações sociais e outros corporificam direitos e deveres fundamentais, conferem identidade e coerência à nação e destinam-se a conformar a vida em sociedade, devendo-se valorizar a tarefa de aplicá-los judicialmente, em ordem a fortalecer, difundir e salvaguardar os direitos previstos ordenamento jurídico⁶³. Os juízes, ao proferir decisões, buscam a justiça e não só a paz⁶⁴. Daí as reservas contra os movimentos que visam a substituição da adjudicação por serviços ligados a uma lógica privada, como a conciliação, a arbitragem e a barganha⁶⁵, as quais refletem concepções negociais

⁵⁸ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual**. p. 46.

⁵⁹ CHIODI, Giulio M. **Giurisdizione ed equità regolativa**. In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei Giudici: la magistratura tra diritto e politica**. Milano: Giangiaco Feltrinelli Editore, 1996. p. 32.

⁶⁰ CHIODI, Giulio M. **Giurisdizione ed equità regolativa**. p. 40-41.

⁶¹ CHIODI, Giulio M. **Giurisdizione ed equità regolativa**. p. 41.

⁶² FISS, Owen M. *Preface*. p. 05-06. In: **The Law As It Could Be**. New York: New York University Press, 2003. *Ebook*.

⁶³ FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. p. 51-52. In: **The Law As It Could Be**. New York: New York University Press, 2003. *Ebook*.

⁶⁴ FISS, Owen M. *Preface*. p. 05-06.

⁶⁵ FISS, Owen M. *Preface*. p. 08.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

individualistas, restritas à pretensão pacificação de conflitos, sem comprometimento com a aplicação dos valores fundamentais.

Existem litígios que não condensam um valor público subjacente nem mesmo remoto e, para tais litígios, as técnicas autocompositivas são ideais. Porém, para dar tratamento adequado a referidos conflitos, é descabido criar teorias que deslocam para segundo plano uma das principais funções da solução adjudicada. Similar transformação, e o próprio uso extravagante de recursos públicos, não podem ser justificados com base em conflitos que devem ser solucionados em outras esferas, dentro, aí sim, de uma lógica privada⁶⁶, mais liberalizada e dinâmica, seja no que se refere ao conteúdo das soluções, seja quanto às garantias processuais. Os árbitros, por exemplo, são escolhidos pelas partes para resolver o conflito privado e a isso se limitam, enquanto os Juízes exercem um ofício público, submetido a recrutamento público, custeado com recursos públicos, cujo papel vai além ao de um árbitro ou mediador⁶⁷. Em comum entre eles só o fato de serem um terceiro a intervir na solução. E o conceito de Jurisdição deve continuar sendo visto em sua essência, isto é, deve começar de cima, do papel do Juiz, agente público situado em plano moral equiparado ao do Legislador e ao do Administrador, para então descer ao espectro de solução de litígios com base nas leis. Soa inadequado pretender inverter tal prisma, isto é, ter como ponto de partida o plano moral dos contratos⁶⁸, contribuindo para o fenômeno da perda do espaço de autoridade causado pela cultura do individualismo e pela prevalência da lógica privada⁶⁹.

A percepção de que os Juízes são agentes de violência alheios à gentil arte da conciliação, quando assimilada sem reservas, presta ainda outros desserviços⁷⁰. Não há dúvida de que convites a acordos, realizados extrajudicial ou judicialmente, conduzem a alguns resultados positivos. Ainda assim, não é incontestado que tais práticas, genericamente, são preferenciais e devem ser adotadas em bases indiscriminadas, não se podendo negar, por exemplo, a existência de consensos coagidos

⁶⁶ FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. p. 52.

⁶⁷ FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. p. 53.

⁶⁸ FISS, Owen M. *The Forms of Justice*. p. 71.

⁶⁹ Sobre o assunto: FRIEDMAN, Laurence M. **The Republic of Choice: law, authority and culture**. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p. 25.

⁷⁰ FISS, Owen M. *Against Settlement*. p. 04. In: **The Law As It Could Be**. New York: New York University Press, 2003. *Ebook*.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

por inúmeros fatores e a falta de efetiva realização de justiça⁷¹. As soluções negociais não são equânimes nos processos em que se aferem desigualdades econômicas e de informações entre as partes, as quais possuem melhores condições de ser reequilibradas no processo judicial⁷². Também não são incensuráveis nas situações em que indivíduos pressionados, pelo tempo ou pela falta de recursos, não regem plenamente suas autonomias, e nas hipóteses em que o ajuste é imposto mediante antecipações de julgamentos. Outros exemplos são os casos em que, após abrir mão de parcela do direito, a parte é lesada pelo inadimplemento do acordo e vê-se na necessidade de se socorrer da Jurisdição⁷³. A autocomposição, portanto, está longe de ser uma fórmula salvadora e de garantir a pacificação que defende. Por outro lado, formalizar um acordo não assegura justiça, desde que transigir é aceitar uma situação aquém do ideal⁷⁴, atuando como um substituto incompleto ou, em termos mais agudos, “pobre” para a Jurisdição⁷⁵. A adjudicação busca a aproximação com esse ideal e os valores do ordenamento e deve ser incentivada tanto no ensino quanto na prática jurídicas, sem que isso represente excesso de combatividade⁷⁶ ou apego ortodoxo a concepções beligerantes do Direito⁷⁷, e sem que seja descurada a importância dos consensos como práticas paralelas.

A ideia de pacificação social, com frequência invocada em defesa do incentivo à mediação e à conciliação em Juízo, não parece autorizar o caminho que vem sendo trilhado. A função jurisdicional não revela uma conexão conceitual necessária com a ideia de pacificação social, ainda que esta seja uma consequência desejável de qualquer ato judicial⁷⁸. A pacificação social pode ou não ser uma consequência da Jurisdição, e é preferencial que o seja. Contudo, é equivocado empregá-la como elemento conceitual, de modo que a ode a conciliações pacificadoras não autoriza concluir que a

⁷¹ FISS, Owen M. *Against Settlement*. p. 08.

⁷² FISS, Owen M. *Against Settlement*. p. 08.

⁷³ FISS, Owen M. *Against Settlement*. p. 27.

⁷⁴ FISS, Owen M. *Against Settlement*. p. 25.

⁷⁵ FISS, Owen M. *Against Settlement*. p. 29.

⁷⁶ FISS, Owen M. *Against Settlement*. p. 31.

⁷⁷ Por exemplo: JHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Título Original: *Der Kampf Um's Recht*.

¹²⁹ Nesse sentido: “A pacificação social pode ser vista como consequência do exercício de qualquer poder de resolver litígios e subordinar o vencido, mas é evidentemente incapaz de exprimir a essência da jurisdição do Estado constitucional”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. p. 89

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

homologação deva ser a prioridade da Jurisdição. A formulação de acordos pode e deve ser atingida em outros espaços e nem por isso tais *locus* serão jurisdicionais. Além disso, nada assegura que os acordos levem a uma pacificação superior àquela trazida com a prolação da sentença. Similar generalização é inadequada e representa, tanto quanto a recíproca, uma autêntica petição de princípio⁷⁹, dado que tal avaliação fica na dependência não apenas da natureza da matéria decidida, mas de fatores pontuais como o bem-estar das partes, a história do litígio pós-julgamento e o quanto da lei foi aplicado na resolução do caso⁸⁰. Permitir que a quantidade de ações gere um movimento irrefletido de afirmação à conciliação, com fins de desfogamento, e desvirtue a Jurisdição, é uma perigosa perda de identidade, correndo-se o risco de não obter a pacificação visada e inviabilizar o Judiciário.

Conforme adverte Piero Calamandrei⁸¹:

Se a função da conciliação fosse a de calar o sentido jurídico dos cidadãos, habituando-os a preferir às sentenças justas as soluções menos cansativas de cômoda renúncia, a mesma estaria em antítese com os fins da Justiça (...).

As críticas acima não se dirigem contra as autocomposições em si, tampouco pretendem antagonizá-las com a solução adjudicada. A ideia é diferenciá-las e estabelecer campos adequados para cada qual, inclusive porque a complexidade da administração da Justiça não se compadece com uma única técnica de solução. Está acima de dúvidas que as composições amistosas contribuem para a justiça coexistencial e para a emancipação da cidadania, mostrando-se compatíveis com as expectativas de velocidade da sociedade massificada e globalizada⁸². Também não seria exato ignorar o papel exercido pela negociação no processo de tomada de decisões judiciais, idealizando

⁷⁹ A teoria da argumentação jurídica objetiva permitir a avaliação dos fundamentos contidos em determinado discurso ou texto escrito, consideradas as perspectivas de análise formal (de estrutura) e material (de conteúdo). Nessa tarefa a teoria depara-se com argumentos válidos ou inválidos, sólidos ou inconsistentes. Entre os extremos situam-se, porém, os argumentos intermediários chamados falácias, que possuem capacidade de engano, apenas aparentando ser bons, mas não o sendo, e podendo classificar-se como sofismas e paralogismos. A petição de princípio é um exemplo de argumento falacioso. Quando alguém argumenta a favor de algo e contra algo, utiliza da petição de princípio para partir de certas premissas, ou de certas afirmações questionáveis, sobre as quais constrói seu argumento sem precisar prová-las. Cf. ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 160.

⁸⁰ FISS, Owen M. *Against Settlement*. p. 29.

⁸¹ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil Segundo o Novo Código**. p. 169.

⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 19 e 24.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

a solução adjudicada e demonizando o tipo de racionalidade estratégica que informa as negociações, como se os procedimentos negociativos fossem o jogo das promessas e ameaças, enquanto a solução adjudicada fosse o reino da verdade e da imparcialidade⁸³. Assim, é salutar que ambas as técnicas convivam

Mas, se são inconsistentes as visões que negam valor à solução consensual, também o são aquelas que a defendem em detrimento da Jurisdição, apenas exaltando as falhas desta. Há virtudes e vicissitudes nos dois modos de composição. Assim como nas conciliações é possível destacar o lado humano na resolução do conflito, por exemplo, é igualmente possível o exercício humanizado e sensível da Jurisdição, fundado em valores constitucionais. Tanto quanto se pode detectar falhas na solução adjudicada, como atraso, insegurança jurídica, inefetividade e outras, mostra-se viável apontar defeitos e insuficiências nas soluções negociadas, como visto acima. Os métodos são importantes, mas essencialmente distintos. O que se reprova é que as soluções negociadas, atualmente em posição de maior destaque, ditem o rumo ou atuem como um carro-chefe do exercício da Jurisdição, discursando sobre as falhas desta.

Parece inapropriado permitir a Judicialização generalizada, sem filtros de Acesso, e, como saída para a contingência numérica, impelir as partes a acordos que podem ser obtidos em esferas complementares à Jurisdição. Melhor seria fomentar a cidadania a fazer uso dos importantes institutos autocompositivos fora de juízo, construindo soluções dentro da sociedade civil, na lógica e em ambiente privados, amadurecendo os cidadãos como regentes do próprio destino e reservando o sistema judicial para as situações necessárias e compatíveis com a estrutura dos órgãos jurisdicionais. Fragiliza a Jurisdição e possui alguma dose de paternalismo desejar que a participação deva ser exercida, antes de tudo, por meio do processo e dentro do Judiciário. Isso faz com que ela Jurisdição, já supérflua e desfigurada, seja aproveitada só nas funções simbólica⁸⁴, processual, ao preço caro de seu estrangulamento para situações em que a atuação judicial seja imprescindível. É mister pensar alternativas para rever tal estado de coisas.

⁸³ ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**, p. 396-397.

⁸⁴ A função simbólica, aqui, é empregada como maneira de referir-se às instituições governamentais em termos ideais, legitimadas pela posição de autoridade, desenvolvendo-se em um mundo distinto da realidade objetiva. Sobre o tema, ler: NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 5-54.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As abordagens tradicionais sobre o Acesso à Justiça, partindo da constatação histórica de que existiam déficits de Acesso, adotaram a opção metodológica de descrever as principais causas econômicas, sociais, jurídicas, culturais e políticas que o obstaculizam, para prescrever soluções indicadas a reduzir as vicissitudes. Tais abordagens são importantes e contribuíram para a consolidação de uma cultura ampliativa acerca do Acesso ao Poder Judiciário.

Por sua vez a Jurisdição, provocada por meio do Acesso à Justiça, consiste na atividade própria do Estado mediante a qual as regras jurídicas abstratas, vazadas em normas ou em princípios, são aplicadas concretamente, pelos Juízes, para fins de composição definitiva de conflitos subjetivos ou objetivos, incluindo, na compreensão atualmente majoritária, a atividade de execução. Prestar a jurisdição pressupõe tempo, com a leitura atenta da lide, a formação de juízo e a externalização de fundamentação idônea.

A era da Judicialização hoje vivenciada, impulsionada, dentre outros fatores, também pelas abordagens tradicionais em torno do Acesso à Justiça, vem impactando de forma acentuada na forma como a Jurisdição é exercida. Por um lado, a explosão de litígios gerou uma demanda por eficiência, com a aproximação entre a figura do juiz e a posição de um gestor que aprecia ações em massa, coordena equipes e papagaia precedentes. Por outro lado, tal fenômeno também deslocou o foco da Jurisdição para atividades autocompositivas e homologatórias, afastando-a, com isso, de sua essência.

As constatações acima tornam necessário que se reflita sobre o atual estado do Acesso à Justiça e da Jurisdição, oferecendo-se alternativas para que, em lugar do atual rumo das coisas, possa-se pensar em reler restritivamente o Acesso, redistribuir responsabilidades e resgatar a essência do ato de dizer o direito em situações relevantes e necessárias, reforçando assim a Jurisdição.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**. Brasília/DF, vol. 15, n. 5, p. 09-52, jul./set. 2016.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 1º de outubro de 2016.

_____. **Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 1º de outubro de 2016.

_____. **Legislação Sobre Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 1999.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 de novembro 2016.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil Segundo o Novo Código**. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Vol. I. 2ed. Campinas: Bookseller, 2003. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile Secondo Il Nuovo Codice*.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no Processo Civil**: compreensão crítica. 1ed. 5reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "**Brançosos**" e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 12. Título original: *Acess to Justice: The Worldwide Movement do Make Rights Effective. A general Report*.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. Título original: *Giudici Legislatori?*

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Vol. I. 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004, p 373. Título Original: *Sistema di Diritto Processuale Civile*.

CHICHOKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. 1ª ed. (ano 1998). 6ª tir. Curitiba: Juruá.

CHIODI, Giulio M. **Giurisdizione ed equità regolativa**. In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei Giudici**: la magistratura tra diritto e politica. Milano: Giangiaco­mo Feltrinelli editore, 1996.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4ed. Campinas: Bookseller, 2009. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*.

CONJUR, Revista Consultor Jurídico. **País da Advocacia: total de advogados no Brasil chega a 1 milhão, segundo a OAB**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-nov-18/total-advogados-brasil-chega-milhao-segundo-oab> >. Acesso em 04 de dezembro de 2016.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica: 1946. Título Original: *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 5 ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

FISS, Owen M. **The Law As It Could Be**. New York: New York University Press, 2003. *Ebook*.

FRIEDMAN, Laurence M. **The Republic of Choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Garden des Promesses*.

HIRSCHL, Ran. O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 251, maio/agosto de 2009.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: < http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Constituzione_della_Repubblica_italia_na_agg2014.pdf >. Acesso em 29 de novembro de 2016.

JHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito.** Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Título Original: *Der Kampf Um's Recht*.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** Tradução de Cândido R. Dinamarco. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1984 Título Original: *Manuale di Diritto Processuale Civile*.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. **Análise Econômica do Acesso à Justiça:** a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça:** um princípio em busca de efetivação. 1ª ed. (ano 2009). 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito Processual Constitucional.** 4 ed., ver., ampl e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MINIUSSI, Davide. Acesso Alla giustizia in matéria ambientale e costo del processo: un difficile equilibrio. **DPCE online:** 2014-2. p. 1-15. Disponível em: < http://www.dpce.it/wp-content/uploads/2015/02/Nota_Miniussi.pdf. > Acesso em 02 de dezembro de 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando Com Uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU.** Brasília, v. 15., n. 03, p. 09-52, jul/set/2016.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA. **O Acesso ao Direito e à Justiça:** um direito fundamental em questão. Coimbra: OPJ, 2002.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, Acesso à Justiça e Teoria Geral do Processo.** 2 ed. rev e atual. Curitiba: Juruá, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à Justiça à luz do art. 3.º do CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v.41, n.254, p. 17-44, abr./2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7a ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

WATANABE, Kazuo Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R.; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Revista dos Tribunais, 1988.

**ACCESS TO GENETIC RESOURCES AND BENEFIT-SHARING: HUMAN RIGHTS
PERSPECTIVES AND CHALLENGES IN THE ERA OF SYNTHETIC BIOLOGY**

Sabrina Brizioli¹

INTRODUCTION

Global regulation of access to biological resources and sharing of benefits arising from their utilization is a very current and debated topic, also due to the rising level of public awareness concerning conservation and sustainable use of genetic resources.

Through the last decades, the international community has adopted three main approaches to deal with genetic resources: free access, common heritage of mankind and State sovereignty. Prior to the consolidation of the sovereignty principle in the early 1990s, the dominant international approach to genetic resources was the one of “*semina libera*”, i.e. free access². According to this regime, any individual could freely access genetic resources and then export and use them in a State different from the one of origin for scientific, breeding or simply reproductive purposes.

In the 1980s, FAO contributed to the spread of the opinion among States that plant genetic resources should be considered a “common heritage of mankind” (CHM)³, a notion that had been formerly applied in the context of the law of the seas (with regard to the mineral resources of the soil under the high seas). The recognition as CHM implied, *inter alia*, that these resources could not be appropriated by any single State and should be used according to solidaristic principles.

¹ Sabrina Brizioli, Phd Student, School of Law, University of Perugia, Italy, sabrina.brizioli@studenti.unipg.it.

² This regime still operates for resources located beyond national jurisdiction, notably marine genetic resources in the high seas and seabed beyond state jurisdiction.

³ See NOYES, John E. The Common Heritage of Mankind: Past, Present, and Future. *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 40 n.1-3, pp. 447-471, 2011; SCOVAZZI, Tullio. The Concept of Common Heritage of Mankind, The Concept of Common Heritage of Mankind and the Genetic Resources of the Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction. *Agenda Internacional*, Año XIV, n°25, pp. 11-24, 2007.

The 1992 Rio Convention on Biological Diversity (CBD) changed that understanding, by establishing that genetic resources (including plant genetic resources) lay under the territorial sovereignty of individual Countries where they are found⁴. The move towards the application of State sovereign rights was mainly motivated by dissatisfaction, particularly among developing Countries, about the increasing exploitation of genetic resources and their falling under control of individuals or companies through the means of intellectual property rights. It was intended that sovereignty over genetic resources, in connection with access and benefit sharing arrangements, would remedy inequitable concentration of benefits in user States and provide some measures of compensation for current and past flows of resources from the Global South to industrialized Countries.

As said, the Convention affirms that States have the sovereign right to exploit exclusively their own resources and the authority enact laws regulating bioprospecting activities (i.e. access to genetic resources) within their borders⁵. However, the authority of a State to restrict access to genetic resources in its territory is qualified by Article 15(2) of the Convention, which requires the Parties to endeavor to create conditions that facilitate access to their genetic resources for environmentally sound uses by other Parties, and not to impose restrictions that run counter to the objectives of the CBD.

1 ACCESS AND BENEFIT–SHARING UNDER THE CONVENTION OF BIOLOGICAL DIVERSITY AND THE NAGOYA PROTOCOL

Since the Convention’s entry into force in 1993, one of the most controversial regulatory issues concerning its implementation, both at the international and domestic level, has been access to genetic resources. As a general observation, even almost 25 years later, a large number of Parties to the Convention continue to face challenges in the adoption and implementation of ABS laws and regulations.

⁴ See PAVONI, Riccardo. *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pp. 54-59.

⁵ See CBD Articles 3 and 15 (1-5).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

The process towards a more detailed and general system for access and benefit sharing culminated in 2010 with the adoption of the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefit arising from their utilization (hence forward: Nagoya Protocol)⁶. This Protocol establishes a legally-binding framework that should help access to genetic resources for biotechnology research, breeding and other activities, in return for a fair share of benefits from their utilization⁷.

At the core of the Protocol are obligations related to access to genetic resources, the fair and equitable sharing of benefits thereof, the prior informed consent (PIC) principle and mutually agreed terms (MAT). The Nagoya Protocol binds provider Countries, if they decide to establish ABS measures at the domestic level, to establish clear rules and procedures for PIC and MAT⁸.

This means that, to give its consent to a request for access to genetic resources, the provider Country must be informed in advance and in detail from the applicant, about the envisioned research or bioprospecting activity. On the basis of this information, the competent authority of the provider Country should make a timely decision regarding the access request and set (or order the negotiations of) the MAT that will apply to the transaction. Parties enjoy a wide margin of discretion as concerns the content of MAT. True, the Protocol promotes best practices in contractual drafting with the aim of protecting the provider of genetic resources. However, it limits itself to recommending the inclusion of certain clauses, such as a dispute settlement clause and terms on benefit-sharing (including in case of intellectual property rights being awarded)⁹.

According to the Protocol, an internationally recognized certificate of compliance¹⁰, issued by the Provider of genetic resources, will serve as evidence that genetic resources have been accessed in accordance with PIC and that MAT have been established. The issuance of certificates of compliance

⁶ See Nagoya Protocol Article 3. Scope: This Protocol shall apply to genetic resources within the scope of Article 15 of the Convention and to the benefit arising from the utilization of such resources. This Protocol shall also apply to traditional knowledge associated with genetic resources within the scope of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such Knowledge.

⁷ The «utilization of genetic resources» is defined in Article 2 as «to conduct research and development on the genetic and or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology».

⁸ See Nagoya Protocol Article 6 (3) c-g.

⁹ See Nagoya Protocol Article 6 (3) g) i-iv.

¹⁰ See Nagoya Protocol Article 17.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

by Contracting Parties’ competent authorities will be made available to the Access and Benefit-sharing Clearing House established under the Protocol¹¹.

Significant provisions relate to traditional knowledge (TK) associated with genetic resources held by indigenous and local communities: the Protocol sets out obligations to seek the prior consent of the indigenous and local communities and provides for the sharing of benefits arising from the use of traditional knowledge. While some of its detractors bemoan¹² the limits of the Nagoya Protocol in living up to the standards set by the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples¹³, the Protocol, nevertheless, makes significant communities’ rights over their traditional knowledge and genetic resources.

This emphasis has been seen as the recognition at the international level of indigenous peoples and local communities as holders of “biocultural rights”¹⁴. As a mix of third-generation human rights and indigenous peoples’ rights, biocultural rights possess elements of third-generation rights (such as the right to information and participation in environmental matters), but differ from them for an explicit commitment to conservation and sustainable use of biodiversity. This emerging paradigm refuses to conceive Nature as only a fungible and alienable commodity with an exchange value. In other words, biocultural rights seek to safeguard the stewarding relationship between a community and its ecosystem¹⁵. The most significant means to implement the “biocultural” approach is the development of “biocultural community protocols” or “community protocols”, which have been one attempt to ensure indigenous people and local community empowerment as concerns the rights to

¹¹ See Nagoya Protocol Articles 14 and 18 (3).

¹² See TOBIN, Brendan M. Bridging the Nagoya Compliance Gap: The Fundamental Role of Customary Law in Protection of Indigenous Peoples’ Resource and Knowledge Rights. **Law Environment and Development Journal (LEAD)**, London, International Environmental Law Research Centre, vol. 9, n.2, pp.142-162, 2013.

¹³ The Declaration formally recognises Indigenous peoples’ rights to self-determination (Article 3) and to the lands, territories and resources they have traditionally owned, occupied or otherwise used or acquired (Article 26 (1)) and requires that these rights be adjudicated with due respect for their customs, laws and land tenure systems (Article 26 (3)).

¹⁴ Biocultural rights were lobbied under the Rio Convention and other multilateral environmental agreements as «environmental rights» of communities to ensure biodiversity conservation. They initially appeared in benign forms like «farmers’ rights», «livestock keepers’ rights» and «rights to traditional knowledge» which were not seen as a threat to State sovereignty.

¹⁵ See BAVIKATTE, Kabir Sanjav. Community Stewardship: The Foundation of Biocultural Rights. **Journal of Human Rights and the Environment**, vol.6, n.1, pp. 7-29, March 2015; SAJEVA, Giulia. Rights with Limits: Biocultural Rights – Between Self-Determination and Conservation of the Environment. **Journal of Human Rights and the Environment**, vol.6, n.1, pp. 30-54, March 2015.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

conservation and sustainable use of biodiversity: in this sense biocultural protocols¹⁶ are community-specific declarations of the right to cultural diversity and claims to legal pluralism¹⁷.

Although community protocols vary a lot in their content, all of them are drafted after a participatory process involving the community (generally thanks to the assistance of specialized NGOs, such as Natural Justice) and they aim at clarifying the communities’ cultural preferences and development priorities, concerning how they intend to manage the future of their natural resources. Thus, they provide a vehicle for articulating procedural and substantive biocultural rights protected under international law (and possibly in the domestic legal order), such as the right to be involved in decision-making according to the prior and informed consent, the right to participate in the implementation and sharing of the benefits of projects and that affect land and natural resources and to ensure that the communities are involved in the monitoring and evaluation of such projects.

2 THE TRAGEDY OF THE ANTI-COMMONS AND THE SPECIALIZED FAO REGIME FOR ACCESS TO PLANT GENETIC RESOURCES FOR FOOD AND AGRICULTURE

The shift from the concept of “commons heritage” to “sovereign rights”, by giving rise to an enclosure of raw genetic material¹⁸, has turned genetic resources into anti-commons¹⁹.

As said above, most States (especially in the Global South) have been asserting their sovereign ownership over genetic materials, as a response to biopiracy, by passing laws that restrict access to genetic materials within their territory. This has created artificial scarcity of a per se non-rival resource, in other words an anti-commons situation susceptible to pose many problems for the conservation and improvement of genetic resources crucial for food security and public health.

¹⁶ JONAS, Harry., BAVIKATTE, Kabir Sanjav., SHRUMM, Holly. Community Protocols and Access and Benefit Sharing. **ASIAN Biotechnology and Development Review**, vol.12, n.3, pp. 49-79, 2010.

¹⁷ Although each is adapted to its local context, a biocultural community protocol may be defined generally as a community-led instrument that promotes participatory advocacy for the recognition of and support for ways of life that are based on customary sustainable use of biodiversity, according to standards and procedures set out in customary, national, and international laws and policies.

¹⁸ See RIFKIN, **Il Secolo biotech. Il commercio genetico e l’inizio di una nuova era**, Baldini&Castoldi, Milano, 1998, pp. 79-111.

¹⁹ See HELLER, Michael. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**, vol.111, n.3, pp. 622-687,1998.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

One should note that only the international flow of plant genetic resources can ensure adequate agro-biodiversity, which is in its turn indispensable to face changing environmental conditions and ultimately to guarantee global food security and the enjoyment of the fundamental right to food.

The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA or Seed Treaty) adopted by the FAO in 2011 and entered into force in 2014, represents a reaction to the rising tide of measures that extend private (by way of IPRs) or sovereign control over genetic resources, which seems inappropriate for food and agriculture²⁰.

The Seed Treaty recognizes that ABS for agriculture biodiversity must be treated differently from how is generally regulated under the CBD and the Nagoya Protocol, by providing an internationally agreed framework for the conservation and sustainable use for crop diversity²¹. Ratione materiae, it covers a subset of genetic resources of particular importance for agriculture and livestock farming, more precisely 35 crop genera and 29 forage species (Annex I), including wheat, rice, bananas, etc. In this respect, the Treaty should be considered as a *lex specialis*, whereas the CBD and the Nagoya Protocol provide the general framework for the protection and sustainable use of biodiversity.

It is arguable that the Treaty establishes a multilateral regime for the management of global commons indispensable for the enjoyment of the fundamental right to food. It establishes a Multilateral System to facilitate access to the specified list of plant genetic resources for food and agriculture, balanced by benefit-sharing obligations in the areas of information exchange, technology transfer, capacity building and commercial development. Contracting Parties, in the exercise of their sovereignty, provide free (or almost free) access to each others’ plant genetic resources for research, conservation and breeding. Access to the materials within the commons is supposed to be obtained without the possibility for the beneficiary to be granted IPRs over products or processes obtained by using the accessed resources, in order to maintain the spirit of the

²⁰ See HALEWOOD, Michael., NNADOZIE, Kent. Giving Priority to the Commons: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA), in TANSEY, Geoff., RAJOTTE Tasmin (eds), **A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security**, London, Earthscan, 2008, pp. 115-140.

²¹ See CHIAROLLA, Claudio. **Intellectual Property, Agriculture and Global Food Security: The Privatisation of Crop Diversity**, Northampton, Massachussets, Edward Elgar, 2011, pp. 7-13.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

commons²². In case of grant of IPRs, based on the Materials Transfer Agreement, the IPR holder has to pay part of the royalties to an international trust fund administered to the FAO, according to solidarity principles, to the benefit of farmers in the Global South.

Although much attention has been paid to the Multilateral System’s provisions, it is important to underline one other emblematic element of the FAO Seed Treaty: the concept of “farmers’ rights”²³, i.e. the rights of farmers to re-use, sell and exchange seeds obtained as part of their harvests. As explained above, the protection of TK and the rights of indigenous and local communities hold potential for creating synergies with the Treaty in protecting farmers’ rights, as well as tensions between the stewardship approach (that is prevalent in the Treaty) and the ownership approach (that is prevalent in the Nagoya Protocol and in the TRIPs agreement). Thus, the biocultural approach may represent a challenge not only to mainstream models of benefit sharing, but also to the FAO Seed Treaty and the Nagoya Protocol.

3 THE RIGHT TO HEALTH AND ACCESS TO PATHOGENS

Another crucial subset of genetic resources is that of micro-organisms with human pathogenic potential (pathogen agents such as bacteria and viruses). Timely access to these resources is extremely important, because they are needed to conduct research for developing new drugs and possibly vaccines. Member States of the World Health Organizations began to address problems associated with the access and sharing of pathogen materials when an international dispute arose in 2007, following Indonesia’s decision not to share samples of biological material containing the H5N1 virus (avian flu) through WHO research centers²⁴.

Following the Indonesia’s refusal, WHO Member States started to negotiate a Framework to strengthen influenza surveillance and responses, by promoting sharing of pandemic influenza

²² See VEZZANI, Simone. Le risorse fitogenetiche per l’alimentazione e l’agricoltura nel dibattito sui global commons, **Rivista critica del diritto privato**, Anno XXXI, n.3, pp. 433-464, Settembre 2013.

²³ See PAOLONI, Lorenza. **Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità**, Torino, Giappichelli Editore, 2005, pp. 11-146.

²⁴ In May 2007, the Indonesian government refused to send influenza samples originating from patients in Indonesia to the network managed by the WHO which was in charge of monitoring influenza outbreaks and guaranteeing specialized laboratories receiving access to virus samples. See VEZZANI, Simone. Preliminary Remarks on the Envisaged World Health Organization Pandemic Influenza Preparedness Framework for the Sharing of Viruses and Access to Vaccines and Other Benefits. **The Journal of World Intellectual Property**, vol.13, n. 6, pp. 675-696, November 2010.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

materials and access to vaccines and related medicines. The World Health Assembly adopted the WHO PIP Framework in 2011. It aims to promote both the sharing of samples of pandemic influenza viruses and the equitable sharing of benefits arising from it, most notably the sharing of vaccines produced from research on the viruses. It built upon existing WHO structures linking national and WHO-recognized laboratories in cooperation to monitor the spread of influenza and develop appropriate responses (The Global Influenza Surveillance and Response System, or GISRS). The Framework improved these structures by adding contractually binding benefit-sharing and reporting obligations and agreed goals with regard to technology transfer and research collaboration²⁵.

Several concerns have been voiced about the pathogens being subject to the regime established by the Nagoya Protocol²⁶. Indeed, there are different perspectives about whether pathogens are included in the scope of the Nagoya Protocol. Given the Nagoya’s objective to preserve biodiversity, some believe that pathogens should be excluded, as the primary aim of scientists is to destroy, rather than conserve them. In addition, others suggest that the Nagoya Protocol sets out broad principles and lacks of clarity about how it applies to both seasonal and pandemic influenza viruses. Furthermore, it builds an ABS system that is poorly adapted to pathogens, given their wide and rapid transfer between humans and the difficulty in some cases of identifying the country of origin.

On the other hand, an opposite standpoint considers that the Nagoya Protocol clearly includes pathogens, by emphasizing that they “contain functional units of heredity and are replicable” and that the protocol, at Article 8 (b), contains a reference to pathogens²⁷.

²⁵ There are two Standard Material Transfer Agreements (SMTA): SMTA1 applies automatically to institutions within the GISRS in accordance with standard terms of reference attached to the Framework, including a prohibition of applying for intellectual property rights on the shared material. SMTA2 applies to recipients of materials outside the system, including private-sector manufactures. As opposed to SMTA1, the latter does not apply automatically, rather it needs to be negotiated by the WHO Director General and any outside institution requesting material, prior to the transfer. SMTA2 allows for the grant of intellectual property rights, but obliges the recipient to engage in at least two benefit-sharing activities: either to make available the products of commercial research, or to grant licenses to manufactures in developing countries or to the WHO.

²⁶ See WILKE, Marie. A Healthy Look at the Nagoya Protocol: Implication for Global Health Governance, in MORGERA, Elisa. BUCK, Matthias and TSIOUMANI, Elsa. (eds), **The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit- Sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges**, Leiden/The Netherlands, Mantinus Nijhof, 2013, pp. 123-148.

²⁷ See Nagoya Protocol Article 8 (b): Pay due regard to cases of present or imminent emergencies that threaten or damage human, animal or plant health, as determined nationally or internationally. Parties may take into consideration the need for expeditious access to genetic resources and expeditious fair and equitable sharing of benefits arising out of the use of such genetic resources, including access to affordable treatments by those in need, especially in developing countries.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

If one deems that pathogens are included within the scope of application of the Nagoya Protocol, it is crucial to establish the relationship between the PIP Framework’s existing system and the Protocol. According to Article 4(4) of the latter, “[w]here a specialized international access and benefit-sharing instrument applies that is consistent with and does not run counter to the objectives of the CBD and the Nagoya Protocol, the Nagoya Protocol does not apply for the Party or Parties to the specialized instrument in respect of the specific genetic resource covered by and for the purpose of the specialized instrument”. It is assumed that of the PIP Framework satisfies the conditions under Article 4(4). Therefore, in any case the Protocol’s requirements for bilateral ad hoc access and benefit-sharing negotiation does not apply to virus and influenza viruses with human pandemic potential (IVPP) shared through the Global Influenza and Response System (GISRS).

Taken as a whole, the preceding considerations reveal that the Nagoya Protocol does not represents an obstacle for the development of an agreement or framework for the sharing of pathogens that affect human health and the equitable distribution of benefits arising from their use. So far, this has happened in a very limited field (pandemic influenza viruses). However several proposals have been made to enlarge the scope of application of the WHO Framework to other pathogens or to negotiate a new international agreement under the auspices of the WHO.

4 THE PAST AND PRESENT CHALLENGES IN IMPLEMENTING ABS SYSTEMS AND INTERNATIONAL REGIMES

The different international regimes to guarantee genetic resources and manage benefits thereof in a fair and equitable manner can be hailed as the epitome of a new generation of multilateral environmental agreements at the crossroads of environmental protection and development.

As a matter of fact, these ABS arrangements and their functioning are confronted with many challenges. They are worth to be succinctly reviewed.

Beginning from the CBD and the Nagoya Protocol, the main challenge is represented by the implementation at the national level. This is particularly significant, given that the CBD deals with

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

the management of an essentially domestic resource and relies heavily on the development of national biodiversity strategies and action plans

The Nagoya Protocol itself contains several intentional gaps and ambiguities which provide Parties with a fair amount of discretion regarding the manner in which they domestically implement their obligations.

In the EU context, the challenge associated with the implementation of the Nagoya Protocol stems from the fact the Protocol is a mixed agreement, i.e., an agreement that is signed and concluded by both the EU and its Member States²⁸. On 16 April 2014 the EU adopted Regulation (EU) 511/2014²⁹. Despite the EU ABS framework being in place, it is arguable that many difficulties remain regarding the implementation of the Nagoya Protocol at the level of single EU member States, and how provider countries and other actors may contribute to addressing some of these problems³⁰.

Other current challenges to be considered are the relationship between the Nagoya Protocol and intellectual property rights protection, notably possible interactions between the requirements of the Protocol and the World Trade Organization’s (WTO) Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property (TRIPs). The Nagoya Protocol does not itself contain any mandatory provisions that are inconsistent with TRIPs. Rather, it allows members to enact legislations that may be inconsistent with the TRIPs obligations³¹.

²⁸ My research project will analyse EU and national measures which provide some indications as to an emerging understanding and awareness of the Protocol. The implementation of the Nagoya Protocol will be studied from the perspective of some Member States of the EU, in particular France (Loi n° 2016-1087 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages), United Kingdom (House of Commons Eighteenth Report of Session 31 October 2012) and Spain (Ley del Patrimonio Natural de la Biodiversidad- Real Decreto 1274/2011). See COOLSAET, Brendan., BROGGIATO, Arianna., PITSEYS, John., DEDEURWAERDERE Tom. (eds), **Implementing the Nagoya Protocol: Comparing Access and Benefit-Sharing Regimes in Europe**, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015, pp. 77-210.

²⁹ Regulation (EU) No 511/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on compliance measures for users from the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization in the Union. **Official Journal of the European Union**, L. 150/59, 20.5.2014.

³⁰ The main discrepancies are: the trigger of benefit sharing obligations (at the point of access vs utilization), the scope of traditional knowledge associated with genetic resources that is covered by the regulations, and the “import loophole” which arises when products based on genetic resources and associated TK are developed outside of the European Union, but commercialised within. See ZORZI GIUSTINIANI, Flavia. **Protezione delle conoscenze tradizionali dalla Biopirateria: quali prospettive dopo l’adozione del Protocollo di Nagoya?**, Diritto Internazionale e pluralità delle culture. Atti del XVIII Convegno SIDI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 315-330.

³¹ For instance, domestic legislation requiring patent applicants to disclose the origin of genetic resources and associated TK used in developing an invention could be deemed a violation of TRIPs provisions, which require patents to be granted on inventions in all fields of technology, as long as the invention is new, industrially applicable and involves an inventive step. On this regard, many

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Furthermore, even if the Nagoya Protocol is not an IP treaty per se, there are strong links between the goals of the Protocol and the patent system. The misappropriation concerns that influenced the conclusion of the CBD, and ultimately the Protocol, were in large part driven by the fact that patents were being granted on inventions derived from genetic resources and associated TK obtained without PIC/MAT, while the lucrative proceeds from those patents were not being shared with the Country of origin and the communities holders of associated traditional knowledge.

The FAO Seed Treaty itself has to face current challenges concerning the definition of PGRFA, the role of genebanks and the weakness of the Multilateral System. These dilemmas arise from the balance between facilitated access to crops included in the MLS and the fair and equitable benefit-sharing. Almost 15 years after the Treaty’s entry into force, the debate remains on how to achieve the twin objectives of ensuring both an adequate and sustainable flow of funds and expanding the list of crops in the MLS, potentially to include all PGRFA.

Even the system established by the WHO has been considered problematic, due to the inclusion of the PIP Framework in a formally not binding recommendation of the WHO General Assembly and the difficulties which occur whereas non-Global Influenza Surveillance and Response System (or GISRS) institutions acquire material in an unlawful manner.

5 SYNTHETIC BIOLOGY AND ACCESS TO DIGITAL DATA

In addition to the challenges described above, new questions regarding the resources covered by the CBD/Nagoya Protocol arise, and remain unresolved for the time being, as a consequence of the development of synthetic biology³². With respect to what kind of genetic materials are covered, an initial open question resolves around what is meant by the term “ functional unit of heredity”³³

solutions have been proposed: one the one hand, an amendment of the TRIPs Agreement to require mandatory disclosure; on the other hand, including provision on mandatory disclosure in mutually agreed terms (bioprospecting contracts).

³² Synthetic biology is the engineering of biology: «the synthesis of complex, biologically based systems which display function that do not exist in nature. This engineering perspective may be applied at all levels of the hierarchy of biological structures – from individual molecules to whole cells, tissues and organisms. In essence, synthetic biology will enable the design of “biological system” in a rational and systematic way». See Synthetic Biology Applying Engineering to Biology, **Report of High-level Expert Group European Commission**, European Communities, 2005, pp. 9-18. ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/nest/docs/syntheticbiology_b5_eur21796_en.pdf.

³³ See CBD Article 2.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

In the time period (1989-1992) when the CBD was negotiated, the scientific focus was on full gene sequences that coded for proteins. Therefore, in the mind of the negotiators, the term referred primarily to full sequences that coded for proteins. By the contrast synthetic biology³⁴, which aims to take genetic engineering to a new level improving DNA sequences, moves away from a focus on individual full gene sequences towards a focus on parts of gene: it is unclear how the notion of a “functional unit of heredity” will map onto the new science. Provider countries are likely to argue that the term encompasses all DNA sequences, while user countries may argue for a narrower interpretation.

Further questions arise in the context of the so-called derivatives: synthetic biology uses genetically modified organisms to produce chemicals which have natural analogs³⁵. The Nagoya Protocol’s Article 2 defines a derivative as “a naturally occurring biochemical compound resulting from the genetic expression or metabolism of biological or genetic resources, even if it does not contain functional units of heredity”, thus various products of synthetic biology would appear to fall within it. However, derivatives are not explicitly included in the scope of Article 3 and many commentators differ on whether the Nagoya Protocol’s obligations should be deemed to extend to them or should be confined to genetic resources.

In this context the controversy over the Nagoya Protocol’s breadth with respect to derivative products puts provider Countries against user ones: the formers are likely to view any use of genetic resources, even uses much farther down the supply chain in which the original genetic resource has been vary substantially modified, as triggering ABS obligations. Conversely, user Countries limit obligations to the time of accessing the genetic resources and label derivative products as later uses of the resources which were unknown at the time the genetic resources was accessed and the ABS agreements drawn up. Many concerns come from the fact that making the Nagoya Protocol applicable to derivatives could have the negative effect of dis-incentivizing the use of genetic

³⁴ See BAGLEY, Margo A., RAI, Arti K. The Nagoya Protocol and Synthetic Biology Research: A Look at the Potential Impacts. **SYNBIO Project**, Wilson Center, vol.6, pp. 8-31, November 2013.

³⁵ For example in 2014, researchers at the startup Synthorx reported their creation of a bacterium with an expanded six-letter genetic alphabet, adding new bases X and Y to the standard G, A, T, and C bases. Simultaneously translational synthetic biology researchers recently designed and produced a synthetic copy of thebaine, the opiate morphine precursor harvested from poppies for millennia, using yeast embedded with genetic sequence information from several plant species, a bacterium, and a rodent, see SERVICE, Robert F. Modified Yeast Produce opiates from Sugar. **Science**, vol.349, n.6249, p. 677, August 2015.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

resources and make access requirements more onerous. On the other hand, it would strongly benefit Countries in the Global South.

With respect digital data, synthetic biology relies on transfers of digital information rather than transfer of physical material. The “Rio” legal framework concerning access to genetic resources and benefit-sharing was drafted primarily with tangible genetic resources in mind and do not address the rather different issue of sequences information developed in the field of synthetic biology. While traditional-biological biopiracy involves the physical removal of material, synthetic biology seems to enable “digital biopiracy”, where the DNA of an organism is sequenced in situ, uploaded as information, and then transferred digitally or use to re-create organisms. The use of term “genetic material” in the CBD/Nagoya Protocol seems to suggest that intangibles do not fall within the scope of the above instruments. The digital transfer of DNA sequences does not even require a Material Transfer Agreement, since no physical material is transferred. Nevertheless, technology allows corporations, governments and individuals to freely take genetic information and/or use them for the creation of synthetic organisms, which may then be patented as inventions.

This approach concerning digital genetic information recalls the “enclosure of the intangible commons of the mind”: a new state-created property rights that includes “intellectual” rather than “real”³⁶. On the other hand, some have argued for a “broad and dynamic” understanding of the concept of genetic resources that would encompass digital information.

This highly controversial issue has the potential to influence how the Nagoya Protocol³⁷ and other treaties may be modified and interpreted in the future. Even if the Protocol and the international regimes examined above are not constructed to cover digital information and products resulted therefrom, Countries may still incorporate such coverage into their domestic legislation explicitly or

³⁶ See BOYLE, James. *The Second Enclosure Movement*, in **The Public Domain - Enclosing the Commons of the Mind**, New Haven/London, Yale University Press, 2008, pp. 42-53.

³⁷ The CBD’s Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice (SBSTTA) has recommended that the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity (CBD COP) adopt a decision “invit(ing) the Conference of the Parties serving as the Meeting of the Parties to the Nagoya Protocol to clarify, if and how, the use of digital sequence information on genetic resources relates to access and benefit-sharing” (Subsidiary Body on Scientific, Technical and Technological Advice, Twentieth Meeting. *Synthetic Biology*, Montreal: CBBB; 2016, UNEP/CBD/SBTTA/2016, Resolution XX/8; <https://www.cbd.int/doc/meetings/cop/cop-13/official/cop-13-05-en.pdf>).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

by interpretation³⁸. However, ensuring compliance for such digital information is likely to be significantly more challenging than for tangible genetic material.

Open access databases and the free availability and/ use of digital sequence information have the potential to create additional disputes between users and providers of genetic resources. However, one should also consider that imposing too many barriers to accessing digital data, or generating uncertainty regarding the lawfulness of using digital data, might negatively impact the development of new products and the spread of scientific knowledge. Critical gaps concerning the governance of genetic data and property rights over databases need to be filled, in order to promote the sharing of genomic information for sustainable development.

CONCLUSION

The interdependence of States, as concerns the use of genetic resources and the common challenge of their erosion, serves as catalysts for the creation of an internationally cooperative system. Given the concerns that an excessive reliance on bilateral approaches and intellectual property rights might unduly restrict the availability of genetic resource, a multilateral mechanism should be preferred.

Moreover, the rapid advancements in the field of genome sequencing and its applications in food safety and prevention of disease outbreaks would need making the data and information available on public domain – in order to help present and future generations to use biological diversity properly for the enjoyment of human rights such as right to food and right to health – while at the same time introducing innovative international mechanisms to compensate providing Countries in the Global South.

³⁸ In this regard, the Andean Community Commission’s Common Regime on Access to Genetic Resources adopted in 1996 includes a reference to genetic information. It defines genetic resources as “all biological material that contains genetic information of value or of real or potential use”. In addition the Brazilian Provisional Act of 2001 defines genetic heritage broadly as “information of genetic origin, contained in samples of all or part of a plant, fungal, microbial or animal species”

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

REFERENCES

- BAGLEY, Margo A., RAI, Arti K. **The Nagoya Protocol and Synthetic Biology Research: A Look at the Potential Impacts.** SYN BIO Project, Wilson Center, vol.6, November 2013
- BAVIKATTE, Kabir Sanjav. **Community Stewardship: The Foundation of Biocultural Rights.** Journal of Human Rights and the Environment, vol 6, n.1, March 2015
- BOYLE, James. **The Public Domain - Enclosing the Commons of the Mind,** New Haven/London, Yale University Press, 2008
- CHIAROLLA, Claudio. **Intellectual Property, Agriculture and Global Food Security: The Privatisation of Crop Diversity,** Northampton, Massachussets, Edward Elgar, 2011
- COOLSAET, Brendan., BROGGIATO, Arianna., PITSEYS, John., DEDEURWAERDERE Tom. (eds), **Implementing the Nagoya Protocol: Comparing Acces and Benefit-Sharing Regimes in Europe,** Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2015
- FRANCIONI, Francesco., SCOVAZZI, Giulio. **Biotechnology and International Law,** Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006
- HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons.** Science, vol.162, n.3859, 1968
- HELLER, Michael. **The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets.** Harvard Law Review, vol.111, n. 3, 1998.
- KAMAU, Evanson., WINTER, Gerd (eds), **Genetic Resources, Traditional Knowledge & Law,** London, Earthscan Publication, 2009.
- MORGERA, Elisa. BUCK, Matthias and TSIOUMANI, Elsa. (eds), **The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit- Sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges,** Leiden/The Netherlands, Mantinus Nijhof, 2013
- PAOLONI, Lorenza. **Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità,** Torino, Giappichelli Editore, 2005
- PAVONI, Riccardo. **Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario,** Milano, Giuffrè Editore, 2004
- SAJEVA, Giulia. **Rights with Limits: Biocultural Rights – Between Self-Determination and Conservation of the Environment.** Journal of Human Rights and the Environment, vol.6, n.1, March 2015.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

TANSEY, Geoff., RAJOTTE Tasmin (eds), **A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property**, Biodiversity and Food Security, London, Earthscan, 2008

TOBIN, Brendan M. **Bridging the Nagoya Compliance Gap: The Fundamental Role of Customary Law in Protection of Indigenous Peoples’ Resource and Knowledge Rights**. Law Environment and Development Journal(LEAD), London, International Environmental Law Research Centre, v.9, n.2, 2013

RIFKIN, Il Secolo biotech. **Il commercio genetico e l’inizio di una nuova era**, Milano, Baldini&Castoldi, 1998

VEZZANI, Simone. **Preliminary Remarks on the Envisaged World Health Organization Pandemic Influenza Preparedness Framework for the Sharing of Viruses and Access to Vaccines and Other Benefits**. The Journal of World Intellectual Property, vol 13, n.6, November 2010.

VEZZANI, Simone. **Le risorse fitogenetiche per l’alimentazione e l’agricoltura nel dibattito sui global commons**, Rivista critica del diritto privato, Anno XXXI, n.3, Settembre 2013.

ZORZI GIUSTINIANI, Flavia. **Protezione delle conoscenze tradizionali dalla Biopirateria: quali prospettive dopo l’adozione del Protocollo di Nagoya?**. Diritto Internazionale e pluralità delle culture. Atti del XVIII Convegno SIDI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014

DIREITO À PROVA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PAPEL DA ACUSAÇÃO

Silvio José Franco¹

Wilson Paulo Mendonça Neto²

INTRODUÇÃO

O estudo trata da discussão do direito à prova³, incorporado na figura do acusador, vendo-o como um direito fundamental⁴, visto que a falta de eficiência da persecução penal em juízo pode ensejar, inclusive, a responsabilização internacional do Estado Brasileiro⁵.

Pretende-se, portanto, focar o tema na possibilidade de se considerar que, na acusação, na maior parte das vezes figurando o Ministério Público⁶, como titular da ação penal, decorre sua função de parte no processo penal⁷, atribuindo-lhe, desta maneira, o ônus de comprovar suas alegações, obviamente além de atuar como fiscal da lei na proteção e salvaguarda do acusado quando vier a constatar eventual atitude ilegal dos agentes estatais.

¹ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, Juiz de Direito, sjf8077@tjsc.jus.br.

² Ministério Público de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil, Promotor de Justiça, wmendonca@mpsc.mp.br.

³ Segundo Leandro Cadenas Prado, “a prova é a alma do processo. É ela que serve para formar o convencimento do julgador, ao tempo em que também justifica a decisão diante da sociedade”. PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Niterói, RJ: Impetus, 2006. p.3.

⁴ J. J. Canotilho assevera que “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, ao diferenciar da expressão direitos do homem, geralmente usadas como sinônimos, a qual abarcaria “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”. Em síntese, arremata que os direitos fundamentais “seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 393.

⁵ ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do ministério público no processo penal de partes**. Ed. Renovar, 2005. p. 6.

⁶ Conforme previsão na Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 127 O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

⁷ Como aponta Denilson Feitoza Pacheco, o direito processual penal é certamente o ramo jurídico que intervém nos direitos fundamentais da pessoa humana, individualmente considerados, de maneira mais terrível, concreta, direta e “inesperada”. PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 51.

O foco da discussão, destarte, mostra-se atual e oportuno, já que existem determinações dos órgãos internacionais de direitos humanos para que se atue dentro de um processo penal constitucional garantista. Aliás, neste tocante, ao tratar do garantismo, interessante a visão de Luis Gustavo Grandinetti Castalho de Carvalho:

[...] Ainda que se adira à tese do garantismo, e de um processo penal verdadeiramente democrático, não se pode deixar de reconhecer não só a possibilidade, mas a conveniência na utilização da teoria da ponderação de bens, em certa medida possível, para resolver os conflitos entre princípios processuais penais de natureza constitucional.

Na verdade, o Direito Processual Penal é a própria essência da colisão de princípios constitucionais (veja-se, por exemplo, o princípio da liberdade, de um lado, consagrado no art. 5º da Constituição, e o princípio da segurança pública, assegurado pelo mesmo dispositivo). Ele é o palco iluminado onde os mais caros princípios constitucionais se digladiam.⁸

Defende-se, portanto, que esse garantismo seja integral⁹, como será declinado no corpo do presente estudo. Nesse sentido, as potencialidades da interpretação constitucional nos permitem afirmar, com segurança, que a Constituição Federal de 1988 positiva o direito fundamental à prova, a cargo do Ministério Público no processo penal, pois lhe incumbe trazer informações suficientes, além da dúvida razoável¹⁰.

1 DIREITO À PROVA

Entende-se como direito à prova a situação de reconstrução do acontecido para a descoberta da verdade processual¹¹, como forma de convencer o julgador do acerto da sua pretensão deduzida em juízo.

⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição**: princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006. p. 15.

⁹ Na lição de Douglas Fischer, a expressão garantismo reflete que “sendo o garantismo nada mais do que a visão atual do *constitucionalismo*, há de se considerar na hemenêutica constitucional (sobretudo com reflexos nas searas penal e processual penal) a valoração de *todos os direitos e deveres* existentes no corpo da Carta Maior, e não apenas os direitos fundamentais *individuais* (e de primeira geração) dos investigados e/ou processados criminalmente”. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 34.

¹⁰ Segundo Alexandre Moraes da Rosa, “O regime de obtenção de provas lícitas e legítimas regula o *input/output* de informações que poderão ser consideradas pelo Estado para responsabilização penal de investigados/acusados”. ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 699.

¹¹ Nesse diapasão, Luigi Ferrajoli afirma que a verdade processual é entendida como a verdade aproximativa, uma vez que “a impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a ‘expressão de um ideal’ inalcançável”. FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 52.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Nessa produção da prova, por se tratar de um Estado Democrático de Direito¹², tem-se que se deve observar os ditames constitucionais¹³ e legais quanto a validade da sua confecção e admissibilidade no processo, de forma que não são admitidas as provas ilícitas¹⁴.

Ao tratar do direito constitucional à prova, José Joaquim Gomes Canotilho explicita que “há uma insuficiência metódica quanto à *distribution of the risk of non persuasion or burden of proof in proceedings involving Basic Constitutional Rights*”¹⁵.

Aponta, ademais que o direito constitucional à prova advém, na maioria das vezes, ou dissolvido nos princípios gerais de direito e de processo penal constitucional (direito defesa, contraditório, direito de intervenção no processo, proibição de provas ilícitas), ou ligado a tutela jurisdicional. Aponta, também, que seria possível proceder ao estudo para se deslocar o direito à prova do campo processual para o do constitucional. Complementa, ainda, que: “[...] poderá falar-se de um direito *constitucional à prova* entendido como o poder de uma parte (pessoa individual ou jurídica) representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável e de exhibir os meios representativos desta realidade”¹⁶.

De outra parte, ao tratar sobre o direito à prova no processo penal, Antonio Magalhães Gomes Filhos esclarece que:

Em outras palavras, a prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de solução de conflitos

¹² Consoante leciona Alexandre Moraes da Rosa, “O processo penal é o uso do confronto em contraditório para garantia da Democracia. É o palco onde acontece a guerra de informações, estratégias e táticas com o fim de vencer o jogo processual”. ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 713-714.

¹³ Art. 5º, LVI – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

¹⁴ Disciplina o Código de Processo Penal Brasileiro: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.”

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 169.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. p. 169-170.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

sociais; e, para que essa finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se¹⁷.

A maior parte da doutrina, no entanto, aborda o tema como garantia do acusado, colocando ali o direito à prova, que no direito norte americano é visto como o *right to evidence*, plasmado na cláusula do *due process of law*. Sobre o tema, Antonio Scarance Fernandes indica:

[...] Nos quadros das garantias do devido processo legal, insere-se o direito à prova. Nos Estados Unidos da América constitui-se no *right to evidence*, garantido pela cláusula do *due process of law*. Tem afirmação na jurisprudência da Corte Constitucional italiana e da Alemanha. É objeto de estudo da doutrina estrangeira e nacional. Vem sendo motivo de preocupação de textos internacionais, nos quais é posto como garantia do acusado¹⁸.

Com efeito, o direito de produção da prova por parte da defesa advém do devido processo legal, expresso na Constituição da República e no Pacto São José da Costa Rica, o qual, em seu art. 8º, lista como garantia mínima o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Tal pacto foi trazido à ordem brasileira por meio do Decreto Legislativo nº 678/92.

Dito isto, vê-se como evidente que semelhante prerrogativa detém a acusação¹⁹, pois não existe razão plausível para que se negue ao titular da ação penal os meios de provar suas alegações no curso do processo, bem como na própria investigação preliminar, visto que, assim sendo, se poderá ou não, proceder à deflagração de eventual ação penal.

Afinal, a ausência de justa causa para a ação é reconhecida pela falta de elementos que possam subsidiar a peça acusatória, justamente lastreada nos elementos de investigação inicial, ainda fora da fase judicial.²⁰

¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 18.

¹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 77.

¹⁹ Frise-se que esse direito decorre do direito constitucional de ação.

²⁰ No processo penal, consoante apontam Carvalho et al.: “Para evitar a propositura de lides temerárias, em que se ofende o status dignitatis do indivíduo, faz-se imprescindível que verifique o juiz, quando da decisão de recebimento da denúncia ou da queixa, se está presente a justa causa, consubstanciada em provas mínimas da existência de indícios de autoria e existência do delito, no interesse de agir, na tipicidade, no respeito ao princípio da proporcionalidade que reclama uma adequada avaliação custo-benefício, na real e séria lesão ao bem jurídico a justificar a pretensão de punição estatal como última ratio para a defesa social”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 111.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Isso ocorre porque é a própria Constituição da República que outorga ao Ministério Público, como titular da pretensão punitiva em Juízo, a iniciativa de deflagrar ou não a ação penal (art. 129, I, da CF), dando, ainda, extrema importância ao fato de que, se não intentada no prazo legal, abre-se à Sociedade, por meio do ofendido, o direito de ingressar com a ação penal subsidiária, a qual ganhou corpo constitucional (art. 5º, LIX, CF), além de previsão no Código de Processo Penal (art. 30 do CPP).

Neste ponto, entende-se pertinente a sustentação de Magalhães Noronha quanto ao direito à prova por parte do órgão acusador:

[...] se a Constituição (art. 129, I) ou a lei (art. 30 CPP) lhes confere a iniciativa da persecução, obviamente também está lhes atribuindo os poderes de participação em todas as atividades processuais, sobretudo aquelas destinadas à demonstração dos fatos em que se funda a acusação; outra coisa não se deduz dos princípios constitucionais da igualdade e do contraditório.²¹

Observa-se, assim, a relevância conferida à ação penal²², visto que a atual Carta Constitucional aponta para sua necessidade e indisponibilidade, já que listou a norma do art. 5º, LIX, da CF – ação penal subsidiária, dentre os direitos e garantias fundamentais, fazendo com que a vítima tenha reconhecido o seu direito fundamental de tutela penal de seus direitos, no caso de inércia do órgão do Estado²³.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Justifica-se o direito fundamental à prova com viés constitucional, na medida em que

os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos²⁴.

²¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. p. 84.

²² Paulo Rangel afirma que “podemos asseverar que a persecução penal do Ministério Público é uma exigência constitucional em nome do pleno exercício dos direitos e garantias fundamentais a fim de coibir os abusos no exercício dos mesmos direitos por aqueles que se divorciam da ordem jurídica”. RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 41.

²³ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 89.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Desta maneira, vê-se como oportuno que o Estado²⁵ tenha instrumentos fortes para a proteção dos cidadãos, mas sem deixar de lado ou fazer letra morta à Constituição da República, procedendo-se num caminho constitucional com ponderação de bens previstos na Constituição a fim de que se consiga efetividade do processo e da pena. Afinal, como pondera Hermann Heller, “o Estado está justificado enquanto representa a organização necessária para garantir o direito de uma determinada etapa da sua evolução”.²⁶

Verifica-se, assim, que a existência do direito a um processo justo coaduna-se com ideia de que o poder público não poderá dispor de maneira arbitrária ou ilegal dos direitos da pessoa, notadamente tratando-a como mero objeto de discussão judicial. Busca-se que, nesse contexto, tenha efetiva participação na discussão da causa, bem como com o direito de fazer valer seus argumentos quando da decisão final do caso²⁷.

Afinal, como afirma Luigi Ferrajoli “o escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do cidadão, mediante a garantia da verdade – uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatida – contra o abuso e o erro”²⁸.

No mesmo norte, Rogério Gesta Leal pregoa que “num Estado de Direito caracterizado como democrático, o direito implica um instrumento de defesa e garantias fundamentais, externo a ele e por ele garantidas”²⁹.

Em seguida, dispõe referido autor:

[...] os direitos humanos e fundamentais se constituem na garantia social da ação de todos para assegurar, a cada um, o seu usufruto na garantia externa e extrajurídica de tais direitos, ancorados em prévias e sempre conquistadas acepções de democracia e de justiça social.

²⁵ Segundo Cesar Pasold, “Estado é um aparelho ou conjunto de atividades formalmente vinculadas à Sociedade Política”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. p. 82).

²⁶ HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 266.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.145-146.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. p. 503.

²⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 88.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Desta forma, numa visão do processo constitucional, é possível afirmar que o direito à prova pode ser considerado um direito fundamental, pois

[...] a superação da filosofia da consciência e a adoção de correntes processuais participativas e policêntricas, mostram, a partir de um enfoque constitucional, que o instituto da prova em consonância com os princípios do contraditório, da fundamentação e da publicidade impõem que a prova seja vista com um direito fundamental das partes, de modo que o juiz é um dos destinatários da prova, mas não o único, e deve se valer dela para convencer toda a comunidade (publicidade) que aquela é a melhor decisão para aquele caso, de modo a inviabilizar e blindar sua decisão em relação a decisões subjetivas e arbitrárias.³⁰

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PAPEL DA ACUSAÇÃO NA PRODUÇÃO DA PROVA

É certo que o direito à prova traz consigo a implicância da sua realização na fase investigativa, judicial, bem como a proposição e a sua avaliação em juízo³¹.

Existe, portanto, a preocupação por parte da acusação que toda prova carregada na investigação, desde a fase embrionária até o ajuizamento da ação penal seja lícita e produzida de acordo com os ditames constitucionais, notadamente com o fim de evitar futuras discussões de nulidade ou não validade do material probatório coletado.

Para tanto, apregoa-se que o Ministério Público tenha a preocupação com a sua coleta e posterior produção dentro das regras constitucionais e legais, sempre lembrando da importância da prova para o julgamento final. Afinal, precisa-se provar e estar convencido da ocorrência do fato para se poder convencer o julgador. Nesse sentido, tem-se que:

[...] despertar para essa realidade é preciso. Dizer não a um Ministério Público e a um Poder Judiciário burocráticos é necessário. Abandonar a cronologia dos escaninhos processuais e atender seletivamente à demanda existente, com os olhos na Constituição e na inquietante realidade social que já oferece sinais de que a tudo não espera, bem, esse é o desafio. Como referimos alhures, o desajuste do Direito em relação à realidade concreta nos demonstra que é chegada a hora do dar-se conta.³²

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. A filosofia traída pela dogmática. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Orgs.). **70 anos do código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 227.

³¹ Nos limites do presente trabalho não serão abordados os aspectos referentes à admissão e exclusão das provas, focando-se na reflexão sobre sua produção pela acusação no Estado Democrático de Direito.

³² FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 259.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Resta oportuno, pois, que a atuação do titular da ação penal seja voltada para aspectos de fiscalização e mesmo participação da produção do material probatório, notadamente quando envolve a criminalidade organizada, que se mostra bem estruturada e assessorada para a prática de todo tipo de atividade delitual. Segundo Luciano Feldens:

dispomos de uma obsoleta dogmática jurídica, porquanto viciada na resolução de velhas questões ligadas a uma criminalidade analógica, marcada por conflitos interindividuais, que está sucumbindo à nova criminalidade digitalizada a qual, ofensiva a bens jurídicos coletivos e sociais, não pede passagem no tempo e no espaço.³³

Neste aspecto, entende-se crucial que o Ministério Público participe e produza a prova encontrando limites na busca da verdade processual no respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República), a qual “poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direito”.³⁴

Com efeito, aponta Luis Roberto Barroso que

(...) a dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos.³⁵

Desta forma, sem embargo da necessidade de se preocupar com eficiência na persecução penal, notadamente diante dessa nova criminalidade que tem surgido, tem o Ministério Público como limite a ser observado o integral respeito à dignidade da pessoa humana³⁶, sendo vedado, sob qualquer aspecto, que se passe a considerar o investigado / réu como mero objeto da investigação e/ou processo. Isto porque é fato concreto que toda vez que o sujeito é tratado como objeto sua

³³ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. p. 252.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 121.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Título original: Here, there and anywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse. p. 58.

³⁶ Registra-se que, segundo Luis Roberto Barroso, a “dignidade humana também encontra espaço considerável na jurisprudência dos Tribunais Superiores da Justiça da União. Ainda em matéria criminal, a dignidade foi mencionada pelo Superior Tribunal Militar em situações relacionadas a) à aplicação da pena; b) à inadmissibilidade de denúncia enérgica; c) à submissão a tratamento médico sem consentimento; e d) à inadmissibilidade das vedações genéricas à concessão de liberdade provisória”. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. p.120.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

dignidade resta violada, maculando a produção dessa prova, seja pelos agentes policiais, ou pelo próprio acusador público.

Enfim, como sustenta Ingo Wolfgang Sarlet:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a Igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.³⁷

Importante sublinhar, no entanto, que a proteção da dignidade da pessoa humana não torna impossível que se estabeleça limites a investigação ou a colheita de prova, posto que somente se entende que ocorre sua violação quando restar atingido seu núcleo essencial, pois não existem direitos fundamentais absolutos. Nesse norte, sobre o alcance da proteção outorgada aos direitos fundamentais, entende-se que:

[...] a proteção a estes outorgada pelo Constituinte, incluindo-se no rol das ‘cláusulas pétreas’, não alcança as dimensões de uma absoluta intangibilidade, já que apenas uma abolição (efetiva ou tendencial) se encontra vedada. Também aos direitos fundamentais se aplica a já referida tese da preservação de seu núcleo essencial, razão pela qual até mesmo eventuais restrições, desde que não-invasivas do cerne do direito fundamental, podem ser toleradas. Que tal circunstância apenas pode ser aferida à luz do caso concreto e considerando as peculiaridades de cada direito fundamental parece não causar maior controvérsia.³⁸

Verifica-se que hoje existe um movimento crescente para se espiolhar nulidades em tudo, muitas vezes partindo-se de uma premissa equivocada da violação a dignidade da pessoa humana. Defende-se, pois, que a concretização a sua violação só resta atingida quando o núcleo central do direito for violado, o que demanda a análise do caso concreto, mediante a devida e oportuna ponderação de interesses. Nesta senda, Thiago André Pierobom de Ávila afirma que:

[...] O processo penal deve ser um filtro do direito penal máximo (garantismo) e realizador do direito penal mínimo necessário (funcionalismo). Daí ser possível afirmar que o processo penal possui uma instrumentalidade garantista-funcional como expressão do devido processo penal proporcional, representando o imperativo de ponderação entre a necessidade de estabelecer garantias processuais

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. p. 69.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 434.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

de legitimidade do sistema com uma ponderação razoável da expectativa social de eficiência do processo penal (funcionalidade) e a respectiva realização da função social da pena segundo a direção de uma política criminal guiada pela proteção personalista da dignidade humana.³⁹

Com efeito, como positiva Lenio Streck, “o intérprete deve, antes de tudo, compatibilizar a norma com a Constituição, conferindo-lhe a totalidade eficaz”⁴⁰.

Em seguida, segue referido autor:

[...] se, de um lado, o Estado-legislador deve proteger o cidadão contra os excessos/arbítrios do direito penal e do processo penal (garantismo no sentido negativo, que pode ser representado pela aplicação do princípio da proporcionalidade enquanto proibição de excesso – Übermassverbot), esse mesmo Estado não deve pecar por eventual proteção deficiente (garantismo no sentido positivo representado pelo princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente – Untermassverbot), nos exatos termos em que fez o Tribunal Constitucional da Alemanha no acórdão BverfGE 88, 203.⁴¹

Desta maneira, o Ministério Público na busca dessa efetividade na produção e colheita da prova não pode deixar de observar o integral respeito aos direitos fundamentais⁴², sob pena de malferimento da Constituição Federal, todavia, não se aceita a premissa equivocada de que os agentes estatais são sempre vilões. Afinal, vale a seguinte observação:

[...] a doutrina processual penal volta os olhos, numa clara visão reducionista, apenas para os direitos fundamentais do réu. Os defensores desse Garantismo Supremo, ao reconhecerem que o Estado é ontologicamente arbitrário e que jamais estaria correto em punir penalmente, atuam muitas vezes, como na famosa série juvenil Harry Potter, taxando de “trouxas” quem não acredita nos “magos” dessa re(é)novada onda processual.

Com a devida venia, a balança não pode pender exclusivamente para esse lado, pois o Estado não mais pode ser considerado – numa visão liberal-individualista – como o inimigo do cidadão, já que, numa visão democrática e social, ele existe para a realização do bem comum.⁴³

³⁹ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. p. 67.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 230.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. p. 113.

⁴² Consoante aponta Ingo Wolfgang Sarlet, “*não se deve esquecer o fato de que os direitos fundamentais, ao menos de modo geral, podem (e assim efetivamente o são) ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana*”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 123. Itálicos no original.

⁴³ BEDÊ, Américo Junior; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009. p. 25.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Neste aspecto, o que deve ser levado em consideração é o núcleo essencial de cada direito fundamental. Por isso, conduções ilegais, interrogatórios sem a observância dos direitos constitucionais, entre outras medidas deste tipo, tornam o indivíduo como mero objeto e não devem ser aceitas.

Defende-se, portanto, que não obstante a necessidade de se respeitar os direitos fundamentais, notadamente sob o viés da dignidade da pessoa humana, é possível se aceitar, sob uma visão garantista integral⁴⁴, que sejam estabelecidos padrões menos rígidos⁴⁵, portanto, mais flexíveis, em prol de uma visão em defesa da coletividade e dos terceiros que esperam e aguardam uma proteção do Estado⁴⁶. Tal raciocínio mostra-se ainda mais oportuno em versando sobre infrações penais graves, como terrorismo, tráfico de drogas, crime organizado, lavagem de dinheiro, infrações de colarinho branco, entre outros, em que os agentes delituais utilizam-se de tecnologia de ponta e assessorias especializadas para o mal. Neste norte, tem-se importante precedente, baseado na operação Lava Jato⁴⁷:

[...] Importa registrar que a legislação e a jurisprudência pátria pouco avançam sobre o nível (*standard*) probatório exigível para um decreto condenatório, quase sempre limitando-se à persuasão racional e ao livre convencimento do juiz. Colhe-se da experiência estrangeira o parâmetro da existência de prova “acima de uma dúvida razoável” (*proof beyond a reasonable doubt*).

[...] Além disso, a “prova acima de uma dúvida razoável” implica no firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável. Entretanto, as evidências devem levar o julgador, para que possa ser emitido um decreto condenatório, ao firme convencimento da culpa, sendo que a dúvida deve levá-lo à absolvição.

⁴⁴ Nesse diapasão, Thiago André Pierobom de Ávila expõe o seguinte: “[...] O processo penal deve ser um filtro do direito penal máximo (garantismo) e realizador do direito penal mínimo necessário (funcionalismo). Daí ser possível afirmar que o processo penal possui uma instrumentalidade garantista-funcional como expressão do devido processo penal proporcional, representando o imperativo de ponderação entre a necessidade de estabelecer garantias processuais de legitimidade do sistema com uma ponderação razoável da expectativa social de eficiência do processo penal (funcionalidade) e a respectiva realização da função social da pena segundo a direção de uma política criminal guiada pela proteção personalista da dignidade humana.” ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. p. 67.

⁴⁵ Conforme ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 705.

⁴⁶ Sobre a aplicação e reconhecimento do princípio da “*proibição deficiente*” dos direitos fundamentais, existe pioneiro caso de voto no Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Gilmar Mendes, no recurso extraordinário nº 418376 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 418376/MS. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 9 de fevereiro de 2006. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 8 jun. 2017.).

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação criminal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 23 de novembro de 2016. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trf4-lava-jato.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2017. Itálico no original.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Sobre o tema, apesar de não aceitar tal ponto de vista, pontua Alexandre Moraes da Rosa “que não se trata de movimento brasileiro, mas mundial, em que a operatividade das garantias cede diante do interesse de apuração das condutas tidas como complexas”⁴⁸.

Adotando-se tal posição, que encontra espaço e suporte constitucional, não se retira a carga probatória do órgão acusador, apenas lhe permite participar do jogo processual numa perspectiva de uma nova dimensão do *standard probatório*⁴⁹.

Afinal,

poderemos ter um *standard probatório hard* ou *flex*, justamente pelo grau de exigência de *input* e pela possibilidade de *output* (exclusão) das informações produzidas em desconformidade com as regras legais, constitucionais e convencionais.⁵⁰

4 PAPEL DO JUIZ NA CONDUÇÃO DOS TRABALHOS QUANDO DA PRODUÇÃO DA PROVA

No processo penal é importante observar o papel do julgador na condução dos trabalhos, porque dependendo da sua visão pode-se afastar de um sistema acusatório e gerar discussões até mesmo quanto a sua imparcialidade.

Com efeito, pode-se compreender a postura do juiz como ativa, passiva ou supletiva, dependendo de como se coloca diante da atividade probatória⁵¹. Deve-se observar, portanto, a postura do juiz na ocasião da produção da prova judicial.

Alexandre Moraes da Rosa pontua que a moderna tendência, nos institutos do *common law* e *civil law* é permissão para a atividade supletiva do julgador, de modo que sua atuação não possa fazer o papel das partes⁵².

⁴⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 706.

⁴⁹ Standart probatório “constituem-se em limitadores pelos quais uma informação importante para a comprovação da imputação deve atender requisitos de produção e valoração para poder justificar consideração processual penal, no sentido de cooptar cognitivamente o órgão julgador. Provar é proporcionar as informações capazes de gerar por parte do julgador o atributo: provado ou não provado”. ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 701-702.

⁵⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p. 699-700. Itálico no original.

⁵¹ Rosa, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p.702.

⁵² Rosa, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p.703.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Nos limites do presente estudo, tem-se como afirmar que é possível e permitido a complementação da prova pelo juiz, sem que isso afete a sua imparcialidade, desde que essa produção seja manifestamente supletiva e excepcional, o que somente pode ser avaliado no caso concreto. Não é possível, no entanto, que atue como parte fazendo as indagações que competem a acusação e defesa, respectivamente, notadamente nos casos de sua evidente inércia.

Entende-se, portanto, nesse sentido, que o papel do juiz no processo penal constitucional é atuar em caráter supletivo e não como protagonista na produção da prova⁵³, já que o ônus probatório é das partes que precisam convencê-lo do acontecido.

De qualquer sorte, o caráter complementar da atuação do julgador não retira a sua importante e indispensável função de fazer valer o direito fundamental das partes, inclusive garantindo a paridade de armas no contraditório judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência do estudo realizado é possível concluir afirmando-se que existe um direito à prova, decorrente do devido processo legal, o qual tem *status* constitucional e se constitui em direito fundamental das partes. Esse direito, na maior parte das vezes estudado e tratado apenas sob o viés defensivo, num garantismo mono-ocular, pode e deve ser considerado também sob o ponto de vista da acusação, tendo como fundamento a interpretação constitucional.

O direito à prova, para a acusação, encontra limites de produção e valoração na dignidade da pessoa humana. Resta ela atingida em seu núcleo fundamental cada vez que o indivíduo é reduzido na investigação e/ou processo a condição de mero objeto.

⁵³ Neste sentido, Alexandre Moraes da Rosa afirma que "Agir na forma protagonista é desrespeitar as funções e lugares no processo penal, reeditando a lógica inquisitória e levantando a seguinte questão: se o julgador cabe a iniciativa probatória, por que gastar recursos financeiros/econômicos com o Ministério Público?" Rosa, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. p.704.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Destarte, apesar de ser possível a ponderação entre direitos fundamentais, por não existirem direitos absolutos, quando se está diante do direito à prova o limite é o núcleo essencial de cada direito, que tem que respeitar a dignidade da pessoa humana.

É possível, portanto, se produzir provas, a cargo do órgão estatal acusador, sendo a limitação o respeito aos direitos fundamentais, mediante a devida ponderação nos casos concretos, desde que respeitado o núcleo de cada direito.

Na condução dos trabalhos na fase judicial o juiz deve atuar de maneira supletiva, ficando longe do protagonismo da produção probatória, zelando pelo respeito aos direitos fundamentais dos litigantes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do ministério público no processo penal de partes. Ed. Renovar, 2005.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2014. Título original: Here, there and anywhere: human dignity in contemporary law and in the transnational discourse.

BEDÊ, Américo Junior; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Portal da Legislação**, Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro. **Portal da Legislação**, Brasília, dez. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 418376/MS. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 9 de fevereiro de 2006. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, 23 mar. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação criminal nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR. Relator: Des. João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 23 de novembro de 2016. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-trf4-lava-jato.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. **Justa causa penal-constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis.** 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo.** 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores.** Niterói, RJ: Impetus, 2006.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 4. ed. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 10. ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. A filosofia traída pela dogmática. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Orgs.). **70 anos do código de processo penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRABALHADORES TRANSMIGRANTES VÍTIMAS DE *DUMPING* SOCIAL: A AGENDA 2030 DA ONU, A DIGNIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

Carla Piffer¹

INTRODUÇÃO

Vive-se um momento de constante aumento dos fluxos migratórios. Como nunca antes visto, milhões de Transmigrantes se deslocam pelo planeta pelas mais variadas razões, sendo a maioria destes trabalhadores que urgem por proteção. Por estas razões pretende-se, com este estudo, abordar o *dumping* social a fim de demonstrar que os trabalhadores Transmigrantes são vítimas desta prática atentatória aos Direitos Humanos. A metodologia a ser empregada compreende o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

A fim de atingir o objetivo central deste estudo, apresenta-se, inicialmente os fundamentos da Agenda da ONU 2030 e analisa-se, detalhadamente, seu Objetivo número 8, notadamente quanto ao emprego pleno e decente com vistas ao desenvolvimento sustentável no planeta, analisado em conjunto com a dignidade humana. Na sequência, são apresentadas normativas internacionais de proteção aos trabalhadores Transmigrantes, principalmente aquelas oriundas da OIT, em prol dos Direitos Humanos dos Trabalhadores.

Ao final, realiza-se uma análise de alguns casos envolvendo a prática de *dumping* social em desfavor de trabalhadores Transmigrantes, ocorridas tanto no Brasil quanto no exterior. Pretende-se demonstrar que, em todos os casos, os trabalhadores Transmigrantes, pelas suas próprias condições

¹ Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – PNPd/CAPES. Dottore di Ricerca in Diritto pubblico - Università degli Studi di Perugia – Itália; Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014) e mestre pelo mesmo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC (2008). Endereço eletrônico: cpiffer79@hotmail.com.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

de vulnerabilidade social e econômica, são vítimas de um mercado marcado pelo lucro em detrimento dos seus Direitos Humanos.

1 EMPREGO PLENO, TRABALHO DESCENTE E DIGNIDADE: O ODS NÚMERO 8 E SUA RELAÇÃO COM AS TRANSMIGRAÇÕES²

No ano de 2015, a ONU lançou a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, traçando um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Contendo 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável, buscou-se, e busca-se, “[...] concretizar os Direitos Humanos de todos, sem qualquer distinção, equilibrando as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental”³. A própria agenda prevê que referidos objetivos e metas visam estimular a prática de ações para os 15 anos subseqüentes, em áreas de importância crucial para a humanidade.

Cada um dos 17 objetivos refere-se a assuntos que necessitam, urgentemente, de atenção dos Estados, da comunidade internacional e também da sociedade civil. Dentre os 17, aquele que possui estreita ligação com o presente estudo é o Objetivo do Desenvolvimento Sustentável de número 8⁴, que visa “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos”⁵.

Antes de adentrar aos pormenores que envolvem o ODS 8, necessário se faz tecer algumas considerações acerca do desenvolvimento sustentável, vez que a Agenda da ONU possui como objetivo primordial de tal ação conjunta, alcançar a citada premissa. O próprio Preâmbulo da Agenda

² A atribuição da característica da transnacionalidade às migrações se dá por entender que aquela é um fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais e corresponde aos vínculos que atravessam os limites do Estado. (STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24-25). E os transmigrantes, por sua vez, são chamados de atores sociais transnacionais, compondo uma das categorias da transnacionalidade, apresentando-se tanto na condição de migrantes quanto na condição de refugiados. PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Agenda 2030**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁴ Doravante chamado de ODS 8.

⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tema/ods8/>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

2030 cita as três dimensões do desenvolvimento sustentável, o qual coaduna perfeitamente com a definição de Canotilho acerca da sustentabilidade em sentido amplo, calcada em três pilares: “[...] (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade económica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social”⁶.

Notadamente quanto ao ODS 8, o desenvolvimento sustentável deve ser tratado como direito, principalmente quando relacionado com o trabalho decente, ou seja, o direito a um trabalho descente deve ser condição mínima a ser garantida aos trabalhadores, sejam eles nacionais ou estrangeiros, aqui chamados de Transmigrantes⁷.

Também, de crucial importância são os ensinamentos de Sarlet e Fensterseifer, no sentido de que o direito ao desenvolvimento é um Direito Humano inalienável, em virtude do qual todas as pessoas estão habilitadas a “participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”⁸.

Assim, tendo em vista que o desenvolvimento sustentável não pode - e não deve - ser dissociado dos Direitos Humanos, não é por acaso que a Agenda 2030 da ONU destinou um dos seus objetivos à promoção do emprego pleno e do trabalho decente. Tal preocupação se deu, dentre outros fatores, diante do crescimento avassalador da economia global, dos problemas sociais, e do aumento incontrolável de pessoas que se deslocam pelo planeta, tanto nas condições de migrantes quanto na de refugiados, ou seja, como Transmigrantes.

Nesse contexto, a citada Agenda da ONU traz, já no item 8 da sua Introdução, a necessidade de cultivar o respeito universal aos Direitos Humanos, à dignidade humana, a igualdade, a não discriminação, o respeito pela raça, etnia e diversidade cultural; a igualdade de oportunidades que

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**. Polytechnical Studies Review 2010, Vol VIII, nº 13, 007-018. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁷ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

permita a plena realização do potencial humano e contribua para a prosperidade compartilhada. “Um mundo justo, equitativo, tolerante, aberto e socialmente inclusivo em que sejam atendidas as necessidades das pessoas mais vulneráveis”⁹.

Além disso, não se pode deixar de destacar que a igualdade de oportunidades e acesso a um trabalho digno - ofertados tanto aos nacionais quanto aos Transmigrantes - é que irão permitir a plena realização do potencial humano e contribuir para a prosperidade da vida no planeta. Tem-se o que Delgado chama de “patamar mínimo civilizatório”¹⁰ sem o qual não se pode viver, derivado da igualdade substancial, cujo substrato é a dignidade.

Esta, quando relacionada ao trabalho, apresenta-se da seguinte forma: no seu aspecto individual, aludindo à integridade física e psíquica do ser humano e se relaciona com as liberdades negativas dos direitos de primeira geração¹¹; e no seu aspecto social, como dignidade social e diz respeito à afirmação do ser humano enquanto pertencente a uma sociedade, estando intrinsecamente ligada às liberdades positivas e à igualdade substancial tocante aos direitos de segunda e terceira geração¹². Ambas as características são interdependentes e se completam para formatar a concepção correta da dignidade da pessoa humana.

No entanto, conforme denota Brito Filho, “a dignidade deve produzir efeitos no plano material”¹³, pois não se pode falar em dignidade da pessoa humana se não existe possibilidade de que tal dignidade se materialize nas suas próprias condições de vida. “Dar trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao ser humano direitos que decorrem desse atributo que lhe é próprio: a dignidade”¹⁴.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Agenda 2030**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004. p. 43-44.

¹¹ Quanto à divisão dos Direitos Humanos em gerações, adota-se o posicionamento de Sarlet, no sentido de que a divisão utilizada pela doutrina se dá somente para um melhor entendimento e análise terminológica, sem, no entanto, pretender atribuir aos mesmos qualquer característica de substituição, enfraquecimento ou não cumulatividade. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 50.

¹² BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**. Análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004. p. 45

¹³ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**. Análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. p. 45

¹⁴ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**. Análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

No caso do presente estudo, a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito do trabalho, só será possível pela conjugação das dimensões individual e social que visem a efetivação dos Direitos Humanos dos trabalhadores nacionais ou Transmigrantes. Mas o grande problema não é auferi-las do ordenamento jurídico pátrio ou das principais tratativas internacionais que tratam da matéria, mas sim de efetivá-las. Ou, como afirma Bobbio¹⁵, o problema fundamental em relação aos Direitos Humanos, não seria tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, sendo esse desafio potencializado ante o aumento de Transmigrantes que pugnam pela efetivação desses direitos.

Outro ponto a ser destacado, e que possui relação direta com a dificuldade encontrada quanto à efetivação dos direitos dos Transmigrantes trabalhadores, diz respeito aos ideais neoliberais solidificados pelos efeitos nocivos da globalização econômica¹⁶. Esta é a face da “globalização perversa” inserida em três mundos que nos circundam: o mundo como nós vemos – “a globalização como fábula”; o mundo tal como ele é – “a globalização como perversidade”; e o mundo como pode ser – “uma outra globalização”¹⁷. Se quer, portanto, uma globalização mais humana, mais justa, consubstanciada em ações de desenvolvimento sustentável que busque, dentre outros propósitos, a efetivação dos Direitos Humanos.

No entanto, o que o discurso neoliberal sugere, propositalmente, é o abandono da concepção social da dignidade da pessoa humana, restringindo-a a uma concepção individualista de mera proteção aos direitos de liberdade. Além disso, já está mais do que comprovado que as premissas propagadas pelos neoliberais, sob a defesa de um mercado livre como propulsor da riqueza mundial, beneficia unicamente os detentores do capital, e seus reflexos não poderiam ser outros senão prejuízos avassaladores ao contingente trabalhador, sendo consideravelmente acentuados¹⁸ quando se tratam de Transmigrantes.

formas de trabalho indigno. p. 45

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p.43.

¹⁶ Sobre o assunto, cita-se: FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Mulino, 2008. GIDDENS, Anthony. **Le conseguenze della modernità**. Fiduca e rischio, sicurezza e pericolo. Bologna: Mulino, 1994.

¹⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2009. p.18.

¹⁸ PIFFER, Carla. **Direitos sociais em tempos neoliberais: uma análise do dumping social no comércio internacional**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2008. Disponível em:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Em sentido oposto a estes ideais defende-se, conforme já mencionado, que o pleno emprego é uma das condições para buscar a vigência e proteção dos direitos sociais, e a inserção no mercado de trabalho é uma das principais formas de inclusão das pessoas na sociedade moderna, vez que é por meio do trabalho que o ser humano – nacional ou Transmigrante - se insere na sociedade capitalista, possibilitando o acesso às condições de uma vida digna.

Nesse sentido é o que preceitua o artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social [...] ¹⁹.

O texto da Declaração não faz distinção alguma entre trabalhadores nacionais ou Transmigrantes, pois possui como foco o ser humano trabalhador, e atesta que a existência digna está intimamente ligada à valorização do trabalho, de modo que não se obtém a realização plena da dignidade da pessoa humana quando o trabalho não for adequadamente apreciado.

Seguindo esse raciocínio, o texto da Declaração demonstra que sua aplicação e efetivação nunca foi tão atual e, se lido em conjunto com o ODS 8, demonstra que a questão do emprego pleno e decente é matéria desafiadora e árdua a ser seguida pelos Estados, notadamente por aqueles que se encontram na condição de recebedores de Transmigrantes e, dentre eles o Brasil.

2 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS TRABALHADORES TRANSMIGRANTES

Diante da ganância que orienta os mercados mundiais, não é difícil imaginar as condições a que são submetidos os Transmigrantes no ambiente de trabalho. Estes, ante a sua peculiar condição, são

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp085982.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

considerados vítimas do sistema quando o assunto é a proteção dos seus direitos na esfera do trabalho.

Conforme Ambrosini, a equação entre economia e contingente humano representa uma contradição, pois a mesma liberdade aplicada à circulação de mercadorias e capitais não é aplicada ao fluxo de pessoas, sendo os Transmigrantes obrigados a realizar trabalhos forçados ou irregulares, ante a condição de vulnerabilidade em que se encontram²⁰.

No âmbito do Direito Internacional, com a criação da OIT, evidenciou-se o reconhecimento do Direito Internacional do Trabalho como “[...] uma das partes mais importantes do Direito Internacional Público”²¹. Inclusive, já no preâmbulo, a OIT externou sua preocupação em assentar a paz mundial na justiça social. Além disso, a OIT sempre deixou claro suas motivações políticas e humanitárias, no sentido de proteção aos trabalhadores explorados, na tentativa de eliminar as injustiças, dificuldades e privações.

Após a internacionalização destes direitos, precisamente em 1945, a Carta da ONU externou em seu preâmbulo a intenção de reafirmar a dignidade e o valor do ser humano, além de alguns artigos referentes a proteção ao homem trabalhador, como o já citado artigo 23.

Diante da propagação dos ideais neoliberais e dos reflexos da globalização no setor trabalhista, a OIT aprovou a Declaração sobre a justiça social por uma globalização mais justa, adotada na 97ª sessão da Conferência Internacional de Trabalho, ocorrida em Genebra em 2008. Esta Declaração, de alcance histórico, reafirmou os valores da OIT e, sua adoção pelos representantes de empreendedores patronais dos 182 Estados-membros, enalteceu a necessidade de alcançar o progresso e a justiça social no contexto da globalização, sob a Agenda do trabalho digno.

Especificamente com relação à regulamentação do assunto ora abordado, cita-se inicialmente a Convenção n. 143 da OIT sobre as migrações em condições abusivas e a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores Transmigrantes. Tal Convenção, ratificada pelos

²⁰ AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 12, 52.

²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo et.al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed, vol. II. São Paulo: LTr, 2005. p. 1537.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

países pertencentes à União Europeia e não ratificada pelo Brasil, prevê já em seu Artigo 1º que “Os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor deverão comprometer-se a respeitar os direitos fundamentais do homem de todos os trabalhadores migrantes”²².

Fazendo menção à Convenções anteriores, a de nr. 143 cita que os Transmigrantes em condições legais não devem receber tratamento menos favorável do que o aplicado aos seus nacionais. Com relação às situações de pessoas em condições de irregularidade, a Convenção menciona que: os Estados devem se comprometer a informar se existem Transmigrantes ilegalmente empregados no seu território e se existem, do ou para o seu território, ou ainda em trânsito, migrações com fim de emprego (Artigo 2º, 1.); e a necessidade de colaboração dos Estados a fim de suprimir as migrações clandestinas e o emprego ilegal de Transmigrantes²³.

A mesma Convenção possui várias garantias a estes trabalhadores, como por exemplo, o direito à permanência no país ao trabalhador que tenha perdido seu emprego²⁴ e à obrigação dos Estados em respeitar e fomentar a manutenção das identidades nacionais, étnicas e dos laços culturais com os países de origem dos trabalhadores²⁵, traduzindo-se tal norma na necessidade de integração multicultural dos envolvidos.

Além da citada Convenção, importante mencionar a Recomendação nr. 151²⁶ sobre trabalhadores transmigrantes, datada de 1975. Tal ato, ao revisar a Recomendação nr. 86 de 1949 trata, em linhas gerais, dos trabalhadores Transmigrantes que se encontram em situação regular, os quais devem desfrutar de igualdade de oportunidades e tratamento com relação aos trabalhadores nacionais, da

²² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Convenção 143 de 24 de junho de 1975**. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

²³ Artigos 2º e 3º da Convenção 143 de 24 de junho de 1975 da ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Convenção 143 de 24 de junho de 1975**. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

²⁴ Artigo 8º. 1 da Convenção 143 de 24 de junho de 1975 da OIT. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Convenção 143 de 24 de junho de 1975**. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

²⁵ Artigo 12 da Convenção 143 de 24 de junho de 1975 da OIT. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Convenção 143 de 24 de junho de 1975**. Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

²⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Recomendação número 151**. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312489:NO>. Acesso em: 15 fev. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

política social a ser usufruída pelos Transmigrantes e das políticas de emprego e residências aos necessitados.

Outra menção acertada à matéria diz respeito à Convenção Internacional sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores Transmigrantes e dos membros das suas famílias. Referido ato internacional foi adotado pela ONU por meio da Resolução n. 45/158 de 1990, cujo texto entrou em vigor em 2003, quando atingiu o número de ratificações necessárias²⁷. Tal Resolução contém dispositivos relativos à não-discriminação, Direitos Humanos dos trabalhadores Transmigrantes, direitos adicionais dos documentados, disposições aplicáveis a categorias especiais de trabalhadores Transmigrantes e membros de suas famílias e promoção de condições saudáveis, equitativas, dignas e legais em matéria de migração internacional de trabalhadores e membros de suas famílias, visando proteger seus direitos, independentemente da sua situação migratória²⁸.

Percebe-se que a Convenção em comento reflete a posição de documento internacional de vasto alcance, inspirada por acordos vinculantes a partir dos estudos das Nações Unidas por mais de vinte anos, após o último debate formal acerca do tema. Nos países pertencentes à União Europeia, por exemplo, as normas restritivas à imigração não dão a devida atenção ao conteúdo da referida Convenção, talvez sob a justificativa desta já possuir normativas suficientes a respeito do tema. De acordo com o site italiano da ONU:

Occorre notare che la Convenzione, ad oggi, è stata ratificata da 46 stati e firmata da altri 16, ma da nessuna nazione del cosiddetto “nord del mondo”, Europa in primis; all’origine di questa scelta vi sono innumerevoli e differenti motivazioni, ma è facile capire come non susciti grande interesse nei paesi industrializzati dato che non hanno manodopera che si trasferisce all’estero in cerca di lavoro e che necessiti, quindi, di protezione dei propri diritti. L’Ue ha definito blande le enunciazioni della Convenzione e vi ha contrapposto le solide certezze rappresentate dalle legislazioni dei 27 paesi membri nell’ambito in questione; in più, gli stati europei, avendo già adottato testi dell’Ilo e del Consiglio d’Europa per equipaggiarsi con strumenti di protezione del migrante, non desiderano adottare un’ulteriore convenzione al fine di evitare inutili duplicazioni²⁹.

²⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Resolução n. 45/158 de 18 de dezembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1990%20Convenção%20Internacional>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

²⁸ A própria Comissão reconhece que os indocumentados constituem parte significativa da totalidade dos Transmigrantes e têm sido sujeitos a diversas violações dos seus Direitos Humanos em países de trânsito e de destino. Além disso, citam que suas condições de vida e de trabalho são frequentemente degradantes, devido à fragilidade advinda de seu *status* precário nos países para os quais se dirigem. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Resolução n. 45/158 de 18 de dezembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1990%20Convenção%20Internacional>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

²⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU Itália. **Convenzioni ONU sui lavoratori migranti**. Disponível em:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Obviamente a ratificação, ou sua negativa, não originaria efeitos diretos e objetivos relacionados ao tema da proteção aos trabalhadores Transmigrantes, pois isso depende da iniciativa objetiva e concreta dos países recebedores desta carga humana. Porém, como menciona o site da ONU na Itália, certamente a assinatura da Carta representaria um eficaz sinal para a União Europeia lançar ao mundo³⁰.

Sobre esse assunto, oportuno mencionar o posicionamento do Partido Comunista Português, datado de 22 de dezembro de 2016, a respeito da necessidade de Ratificação, pelo Estado Português, da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores Transmigrantes. Segundo consta no Projecto de Resolução nº 586/XIII/2.^a,

Portugal participou na elaboração desta Convenção no quadro da ONU não é compreensível que ainda não tenha procedido à sua ratificação, realçando-se a importância que esta matéria vem assumindo nos últimos tempos e as especiais responsabilidades de Portugal enquanto país de emigração e de imigração. Num momento em que em diversos países da União Europeia surgem fenómenos preocupantes de racismo e xenofobia, conducentes a retrocessos em matéria de respeito pelos direitos dos cidadãos migrantes e dos seus familiares, mais premente se torna que o Estado Português manifeste a sua integral disponibilidade para aplicar as orientações e princípios a que deu o seu acordo no âmbito do trabalho que desenvolveu junto da Organização das Nações Unidas³¹.

Deste modo, no tocante à junção de esforços por parte da União Europeia quanto à proteção dos Transmigrantes trabalhadores, seus Estados estão muito aquém do que proclama esta Convenção. Porém, tal atributo não é unicamente da União Europeia, vez que o Brasil, como país recebedor de Transmigrantes, também vem sendo palco da prática de vários atos que atentam aos direitos dos Transmigrantes trabalhadores, e dentre eles a prática do *dumping* social. Tal assunto será abordado na sequência.

3 TRABALHADORES TRANSMIGRANTES VÍTIMAS DE *DUMPING* SOCIAL

<<http://www.onuitalia.it/contributi/migranti.php>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU Itália. **Convenzioni ONU sui lavoratori migranti**. Disponível em: <<http://www.onuitalia.it/contributi/migranti.php>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

³¹ PARTIDO COMUNISTA PORTUGUÊS – PCP. **Projecto de Resolução n.º 586/XIII/2.^a**. Disponível em: <<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334271636a55344e69315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjr586-XIII.doc&Inline=true>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Em evidente contraposição ao ODS 8 e às principais regulamentações internacionais citadas, pretende-se demonstrar que estes estão, também, sendo vítimas da prática do *dumping*³² social. O conceito jurídico do termo *dumping*³³, relacionado estritamente às práticas comerciais internacionais, vivenciou o avivamento doutrinário de outras modalidades na tentativa de ampliar o conceito anteriormente estabelecido. De acordo com Gonçalves, o termo *dumping* social é utilizado para caracterizar preços distorcidos em razão “[...] de os custos de produção basearem-se em normas e condições trabalhistas inferiores ao que seria considerado razoável ou adequado em nível internacionalmente”³⁴.

E não é à toa que um dos objetivos do Direito Internacional do Trabalho é coibir a prática do *dumping* social, tendo em vista as constantes agressões aos direitos dos trabalhadores do mundo³⁵, por demonstrar-se prática desleal e injusta: desleal porque propicia considerável vantagem econômica aos praticantes do *dumping* social; injusta porque resulta em altas taxas de desemprego, manutenção da mão de obra barata e realização de trabalhos em condições indignas e até mesmo degradantes.

Como exemplo da prática de *dumping* social envolvendo Transmigrantes, cita-se o resgate ocorrido em 2011, por parte do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, de 31 Transmigrantes do Peru, Bolívia e Paraguai, os quais se encontravam em condições degradantes de trabalho em oficinas de costura irregulares. A jornada dos trabalhadores era superior a 14 horas diárias em oficinas sem higiene e segurança, onde também moravam. Sem qualquer registro em carteira, da remuneração que recebiam (de 20 a 50 centavos por peça costurada) eram descontados valores de alimentação e transporte do país natal até o Brasil, caracterizando servidão por dívida³⁶.

32 “O termo *dumping*, originado do islandês arcaico *thumpa* (atingir alguém), foi utilizado como sinônimo para depósito temporário de munições”. MARCEAU, Gabrielle. **Anti-dumping and anti-trust issues in free trade areas**. Oxford: Clarendon Press, 1994. p. 07.

33 Originário do Acordo Antidumping da Rodada Uruguai – AARU, “[...] o *dumping* é utilizado pela atual OMC para designar a venda de uma mesma mercadoria, em diferentes mercados e por preços diferentes”. AMANDI, Victor Manuel Rojas. **El derecho antidumping de la Unión Europea**. México: Porrúa, 2004. p. 05.

34 GONÇALVES, Reinaldo. **O Brasil e o comércio internacional: transformações e perspectivas**. São Paulo: Contexto, 2000. p. 50.

35 SÜSSEKIND, Arnaldo et.al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed, vol. I. São Paulo: LTr, 2005. p. 204.

36 MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM SÃO PAULO – MPT-SP. **MPT obtém condenação das Casas Pernambucanas por trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.prt2.mpt.gov.br/195-mpt-obtem-condenacao-das-casas-pernambucanas-por-trabalho-escravo>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Diante desta prática, a Lojas Pernambucanas foi condenada, em 2014, ao pagamento de multa de R\$2,5 milhões por utilizar trabalho análogo ao escravo na produção de suas roupas. Na sentença, o magistrado afirmou que “os trabalhadores estrangeiros flagrados na produção de roupas das marcas de propriedade da ré estavam submetidos à condição análoga à escravidão, e a ré, nesse contexto, se beneficiou dessa situação, pelo resultado econômico direto que lhe possibilitava”³⁷.

Outro caso a ser citado envolve bolivianos que trabalham como costureiros em São Paulo, e que ainda em La Paz são aliciados por ofertas vindas de pequenas empresas de tecelagens do bairro Brás³⁸.

Em novembro de 2014 foi publicada a notícia de que uma fábrica têxtil no centro da capital paulista que mantinha um grupo de 37 funcionários bolivianos, entre eles 36 adultos (21 homens e 15 mulheres) e um adolescente de 16 anos. Esses imigrantes viviam em alojamentos com condições degradantes, tinham descontos referentes de alimentação e moradia em seus salários, eram submetidos a jornadas de trabalho exaustivas e a violência física, verbal e psicológica. Um boliviano resgatado relatou que produzia 26 vestimentas por hora e um cronometro ao lado da máquina de costura controlava a produção. [...] Comumente o nome de grandes marcas é associado à exploração de mão de obra escrava, na busca incansável pelo lucro as empresas de diversos segmentos, mas em especial as da indústria têxtil têm compactuado com a violação de direitos fundamentais sob o argumento de que não têm responsabilidade na maneira que se dá a contratação dos trabalhadores com as fabricas com as quais mantém relações comerciais³⁹.

Segundo Rossi⁴⁰, nestes locais os cômodos são divididos por paredes de compensado, uma estratégia para que os trabalhadores fiquem virados para a parede, sem condições de ver e relacionar-se com o companheiro que trabalha ao lado. A música alta evita que os trabalhadores conversem e discutam sua situação, ou busquem alternativas para reivindicar melhores condições. As ofensas à dignidade dos bolivianos é verificada também diante da precarização quanto à

³⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM SÃO PAULO – MPT-SP. **MPT obtém condenação das Casas Pernambucanas por trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.prt2.mpt.gov.br/195-mpt-obtem-condenacao-das-casas-pernambucanas-por-trabalho-escravo>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

³⁸ MARTINS, Lara Caxico; KEMPFER, Marlene. Trabalho escravo urbano contemporâneo: o trabalho de bolivianos nas oficinas de costuras em São Paulo. **Revista de Direito Público**, Londrina, vol.8, n. 3, p. 77/102, set/dez. 2013.

³⁹ PEREIRA, Claudia T. Coimbra. **Os imigrantes irregulares e o trabalho escravo no Brasil**. Disponível em: <http://claudiatamar.jusbrasil.com.br/artigos/358591221/os-imigrantes-irregulares-e-o-trabalho-escravo-no-brasil?ref=topic_feed>. Acesso em: 01 jun. 2017.

⁴⁰ ROSSI, Camila Lins. **Nas costuras do trabalho escravo**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Jornalismo e Editoração). Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, 2005). p. 23.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

alimentação e moradia, obrigando-os a enfrentarem jornadas de trabalho de 16 horas diárias, com salários irrisórios, muitas vezes de até menos da metade de um salário mínimo.

Outro caso amplamente divulgado pela mídia foi a constatação da prática de *dumping* social pela multinacional Zara. Em 2011, após uma investigação da Superintendência Regional do Trabalho de São Paulo, por três vezes os fiscais flagraram trabalhadores Transmigrantes em condições análogas à escravidão, em oficinas com péssima estrutura, falta de segurança, má alimentação, jornada de trabalho exaustiva e baixa remuneração. Na ocasião foram resgatados 52 trabalhadores, a maioria de bolivianos, que eram mantidos reclusos para quitar valores relativos ao custo de transporte para o Brasil⁴¹.

Diante da gravidade dos acontecimentos, o MPT lavrou 48 autos de infração contra a Zara e iniciou Inquérito Civil para apurar as violações à legislação trabalhista. No curso do inquérito, as partes celebraram termo de ajustamento de conduta – TAC em que a empresa, não reconhecendo a culpa por situações pretéritas, se comprometia a aprimorar seu controle em relação às condições de trabalho oferecidas por fornecedores e terceiros.

Em virtude do não cumprimento do TAC citado, em maio de 2017 restou homologado novo TAC entre a Zara e o MPT, ampliando a responsabilidade jurídica da empresa quanto às más condições de trabalho e prevendo o pagamento de R\$ 5 milhões em multas⁴².

A Europa também é acusada de ser palco da utilização de mão de obra Transmigrante, em ofensa a vários princípios relativos aos direitos destes trabalhadores. Um novo relatório da Anistia Internacional denunciou uma ampla exploração dos trabalhadores Transmigrantes clandestinos na Itália. Grupos de defesa dos Direitos Humanos realizaram, em 2012, visitas às regiões do sul da Itália, confirmando a existência de “um padrão de exploração trabalhista” dos Transmigrantes lá

⁴¹ MANSOLDO, Felipe Faier. **Considerações sobre o caso Zara do Brasil e a possível inadequação do compromisso de ajustamento de conduta como resposta eficaz às violações de direitos humanos.** Disponível em: <<http://homacdhe.com/dialogossobredireitoshumanos/wp-content/uploads/sites/5/2017/02/CASO-ZARA.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2017.

⁴² VALOR ECONÔMICO. **Zara pagará R\$ 5 milhões por descumprir acordo com MPT.** Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4986586/zara-pagara-r-5-milhoes-por-descumprir-acordo-com-mpt>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

localizados. Segundo a Anistia, os trabalhadores Transmigrantes recebem cerca de 50% do salário de um italiano que trabalha nas mesmas condições⁴³.

Geralmente desenvolvendo atividades na agricultura, turismo e construção civil, o relatório da Anistia teve foco nos Transmigrantes em solo europeu, vindos da África e da Ásia:

As pesquisas da Anistia Internacional encontraram provas de uma ampla e grave exploração do trabalho, em violação às obrigações que a Itália assumiu sob várias convenções internacionais trabalhistas. Particularmente, entre essas arbitrariedades estão salários inferiores ao salário mínimo acertado entre trabalhadores e sindicatos, reduções salariais arbitrárias, atrasos nos pagamentos e jornada muito longas de trabalho⁴⁴.

Ainda na seara internacional, um novo relatório de 2013 da Anistia Internacional revelou que o setor da construção civil no Qatar também se encontra repleto de abusos. Com a construção dos estádios para a Copa do Mundo de 2022, o relatório *The Dark Side of Migration: Spotlight on Qatar’s construction sector ahead of the World Cup* revelou as cadeias de contratos complexas e o abuso dos trabalhadores Transmigrantes. Para a Anistia, é simplesmente imperdoável que em um dos países mais ricos do mundo, muitos trabalhadores Transmigrantes estejam sendo cruelmente explorados, privados de seus salários e tentando duramente sobreviver⁴⁵.

Voltando ao Brasil, no final de 2016, a Justiça do Trabalho condenou a dona da marca M. Officer a pagar multa de R\$ 6 milhões (R\$ 4 milhões por danos morais coletivos e mais R\$ 2 milhões por *dumping* social) por submeter trabalhadores a condições análogas à escravidão. Segundo o MPT:

[...] peças da M. Officer eram produzidas por trabalhadores em jornadas exaustivas, em ambiente degradante, com risco à saúde, à segurança e à vida. Segundo o órgão, esse tipo de exploração é um modelo consagrado de produção da ré, como forma de diminuição de custos, através da exploração dos trabalhadores em condições de vulnerabilidade econômica e social. Em um desses locais, constatou-se que os trabalhadores estrangeiros ganhavam de R\$ 3,00 a R\$ 6,00 por peça produzida e cumpriam jornadas médias de 14 horas. Seis bolivianos foram resgatados do local. Eles pouco falavam

⁴³ GAZETA DO POVO. **Itália explora imigrantes, diz Anistia**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/italia-explora-imigrantes-diz-anistia-admm5sx9uk0tk4i0haz19b2j2>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴⁴ GAZETA DO POVO. **Itália explora imigrantes, diz Anistia**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/italia-explora-imigrantes-diz-anistia-admm5sx9uk0tk4i0haz19b2j2>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴⁵ ANISTIA INTERNACIONAL. **Empresas do Qatar devem acabar com a exploração de trabalhadores migrantes da construção civil**. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/empresas-qatar-devem-acabar-com-exploracao-de-trabalhadores-migrantes-da-construcao-civil/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

português e viviam com suas famílias no mesmo local de trabalho, costurando em máquinas próximas a fiação exposta, botijões de gás e pilhas de roupas⁴⁶.

Da simples análise dos casos ora apresentados, se torna indiscutível que a prática do *dumping* social atenta à dignidade do trabalhador, submetendo-o a condições de trabalho injustas, ferindo importantes documentos internacionais, inclusive no tocante às normas direcionadas aos Transmigrantes. E tudo isso ocorre por motivos unicamente econômicos, visando o lucro a qualquer custo, mesmo que os ofendidos sejam pessoas que já se encontram em situação de extrema vulnerabilidade ante a simples condição de transmigrante. Diante desta realidade, verifica-se que o contingente humano que compõe as migrações está sendo amplamente explorado por empresas que não atentam, minimamente, aos Direitos Humanos.

Em virtude do notável aumento da circulação de Transmigrantes pelo mundo, é urgente a abordagem constante e a discussão pormenorizada da matéria, como pretende a Agenda 2030. Se faz necessário também conscientizar os Estados a manter efetivas frentes de fiscalização do cumprimento dos direitos dos trabalhadores Transmigrantes vez que, com maior possibilidade de fiscalização em loco, poderão evitar e punir qualquer prática de *dumping* social e qualquer forma de ofensa à dignidade dos trabalhadores, sejam eles nacionais ou Transmigrantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os elementos colhidos para a realização deste estudo contribuíram para demonstrar que os trabalhadores Transmigrantes estão sendo vítimas da prática do *dumping* social, confirmando-se as hipóteses inicialmente elencadas. Conforme verificado, tal prática atenta, veementemente aos Direitos Humanos dos trabalhadores Transmigrantes e se apresenta como um verdadeiro desafio para a humanidade.

Com relação aos fundamentos da Agenda da ONU 2030, analisada em conjunto com o ODS 8, esta, além de acertada, traz à tona a necessidade do debate visando a manutenção do emprego pleno e decente também aos trabalhadores Transmigrantes. Especificamente quanto ao ODS 8, é a premissa

⁴⁶ REVISTA ISTO É. **M. Officer é condenada por usar trabalho análogo a escravidão.** Disponível em: <<http://istoe.com.br/m-officer-e-condenada-por-usar-trabalho-analogo-a-escravidao/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

da igualdade de oportunidades e acesso a um trabalho digno - ofertados tanto aos nacionais quanto aos Transmigrantes - que irão permitir a plena realização do potencial humano e contribuir para a prosperidade da vida no planeta. Além disso, visando atingir um patamar mínimo civilizatório, a dignidade da pessoa humana relacionada ao trabalho deve ser perseguida pelos Estados, pela sociedade e pela comunidade internacional, visando a efetivação dos Direitos Humanos dos trabalhadores Transmigrantes.

Tais abordagens, se analisadas como aparato de combate ao *dumping* social, devem servir para evitar que estes trabalhadores sofram maiores injustiças do que quando comparados com outros trabalhadores, pois a situação de desamparo, desconhecimento da língua, condição de irregularidade – em muitos casos – somente corroboram com esta prática, a qual deve ser evitada e cada vez mais reprimida.

Além disso, devem servir para que o contingente humano dos fluxos migratórios atuais não sejam vítimas de mais esta violação, pois sua vulnerabilidade já é acentuada e não suportaria outras constantes violações. E o Estados, quando palco da prática de *dumping* social, fatos que vem aumentando consideravelmente a cada ano, devem agir no sentido de que as principais normativas internacionais sejam cumpridas. Os trabalhadores Transmigrantes urgem por esta proteção.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AMANDI, Victor Manuel Rojas. **El derecho antidumping de la Unión Europea**. México: Porruá, 2004.

AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali**. Bologna: Il Mulino, 2009.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Empresas do Qatar devem acabar com a exploração de trabalhadores migrantes da construção civil**. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/empresas-qatar-devem-acabar-com-exploracao-de-trabalhadores-migrantes-da-construcao-civil/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**. Análise jurídica da exploração do trabalho - trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**. Polytechnical Studies Review 2010, Vol VIII, nº 13, 007-018. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n13/n13a02.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2004.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Le istituzioni della globalizzazione**. Diritto e diritti nella società transnazionale. Bologna: Mullino. 2008.

GIDDENS, Anthony. **Le conseguenze della modernità**. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo. Bologna: Mulino, 1994.

GAZETA DO POVO. **Itália explora imigrantes, diz Anistia**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/mundo/italia-explora-imigrantes-diz-anistia-admm5sx9uk0tk4i0haz19b2j2>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

GONÇALVES, Reinaldo. **O Brasil e o comércio internacional: transformações e perspectivas**. São Paulo: Contexto, 2000.

MANSOLDO, Felipe Faier. **Considerações sobre o caso Zara do Brasil e a possível inadequação do compromisso de ajustamento de conduta como resposta eficaz às violações de direitos humanos**. Disponível em: <<http://homacdhe.com/dialogosobredireitoshumanos/wp-content/uploads/sites/5/2017/02/CASO-ZARA.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2017.

MARCEAU, Gabrielle. **Anti-dumping and anti-trust issues in free trade areas**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

MARTINS, Lara Caxico; KEMPFER, Marlene. Trabalho escravo urbano contemporâneo: o trabalho de bolivianos nas oficinas de costuras em São Paulo. **Revista de Direito Público**, Londrina, vol.8, n. 3, p. 77/102, set/dez. 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM SÃO PAULO – MPT-SP. **MPT obtém condenação das Casas Pernambucanas por trabalho escravo**. Disponível em: <<http://www.prt2.mpt.gov.br/195-mpt-obtem-condenacao-das-casas-pernambucanas-por-trabalho-escravo>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. **Agenda 2030**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

_____. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS.** Disponível em:
<<https://nacoesunidas.org/tema/ods8/>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU Itália. **Convenzioni ONU sui lavoratori migranti.**
Disponível em: <<http://www.onuitalia.it/contributi/migranti.php>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Convenção 143 de 24 de junho de 1975.**
Disponível em: <<http://dhnet.org.br/direitos/sip/onu/emprego/oit143.htm> >. Acesso em: 12 jun.
2017.

_____. **Recomendação número 151.** Disponível em:
<http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312489:NO>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. **Resolução n. 45/158 de 18 de dezembro de 1990.** Disponível em:
<<http://www.oas.org/dil/port/1990%20Convenção%20Internacional>>. Acesso em: 04 jun. 2017.

PARTIDO COMUNISTA PORTUGUÊS – PCP. **Projecto de Resolução n.º 586/XIII/2.^a** Disponível em:
<<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334271636a55344e69315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjr586-XIII.doc&Inline=true>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

PEREIRA, Claudia T. Coimbra. **Os imigrantes irregulares e o trabalho escravo no Brasil.** Disponível em:
<http://claudiatamar.jusbrasil.com.br/artigos/358591221/os-imigrantes-irregulares-e-o-trabalho-escravo-no-brasil?ref=topic_feed>. Acesso em: 01 jun. 2017.

PIFFER, Carla. **Direitos sociais em tempos neoliberais: uma análise do *dumping* social no comércio internacional.** Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2008. Disponível em:
<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp085982.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia.** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em:
<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

REVISTA ISTO É. **M. Officer é condenada por usar trabalho análogo a escravidão.** Disponível em:
<<http://istoe.com.br/m-officer-e-condenada-por-usar-trabalho-analogo-a-escravidao/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

ROSSI, Camila Lins. **Nas costuras do trabalho escravo.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Jornalismo e Editoração). Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, 2005).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed.rev.atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo et.al. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed, vol. I. São Paulo: LTr, 2005.

_____. **Instituições de direito do trabalho**. 22. ed, vol. II. São Paulo: LTr, 2005.

VALOR ECONÔMICO. **Zara pagará R\$ 5 milhões por descumprir acordo com MPT**. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4986586/zara-pagara-r-5-milhoes-por-descumprir-acordo-com-mpt>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

**A TRANSNACIONALIDADE E OS DIREITOS HUMANOS COMO ELEMENTOS DE
RESOLUÇÃO SOBRE O ASPECTO DE PROVISORIEDADE OU DEFINITIVIDADE DO
INSTITUTO DO REFÚGIO**

William Paiva Marques Júnior¹

Fernanda Cláudia Araújo da Silva²

INTRODUÇÃO

As migrações constituem deslocamentos de pessoas, por vontade própria ou por razões involuntárias, que estabelecem a mudança de lugar. Esse fenômeno não é da atualidade, mas nas últimas décadas tem aumentado pelas razões mais variadas, as quais geram a fuga por razões de raça, religião, ou nacionalidade.

Essa questão converteu-se ao longo do tempo numa situação política da maior importância. E nesse contexto a ONU/ACNUR representa um papel fundamental no registro e controle desses transnacionais e principalmente na mobilização para encontrar soluções humanitárias, sem nenhum viés político, mas tão somente numa definição sócio-humanitária capaz de lidar com deslocados humanos.

O cenário internacional tem sido afetado por essas questões, principalmente quando tendem a comprometer a economia e a segurança dos Estados recebedores, a pontuar controle migratório, e a se cogitar numa crise no estatuto do refúgio mundial (Convenção de 1951), e a gerar imigrantes ilegais nos países de ingresso.

¹ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFC. Professor Adjunto I do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da UFC de Direito Civil II (Direito das Obrigações) e Direito Civil V (Direito das Coisas). Assessor de Legislação e Normas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas da UFC. E-mail: williamarques.jr@gmail.com

² Doutoranda em Direito na Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Constitucional pela UFC. Professora Adjunta I do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFC de Direito Constitucional I e Direito Administrativo I. Coordenadora de Programas Acadêmicos da Faculdade de Direito da UFC. E-mail: f.c.araujo@hotmail.com

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Os fluxos em larga escala geram custos financeiros, sociais e políticos, que podem colocar em xeque a capacidade de absorção dos Estados receptores, de forma que a contenção é uma possível saída a ser tomada, numa ideia de prevenção e controle.

Essa matéria no contexto globalizado tem sido debatida no sentido de se fortalecerem Estados e organismos internacionais e promover a legitimação de condutas humanitárias.

Nesse sentido, são abordados no presente trabalho desde um panorama da realidade dos refugiados no mundo, numa análise da transnacionalidade, diferenciando terminologias advindas dessa movimentação de pessoas como refúgio e asilo, a demonstrar fatores internos e externos na aceitação de refugiados, dentro de uma discussão entre provisoriidade e definitividade nos países de refúgio.

1 PANORAMA DA SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS NO MUNDO

Dados atuais revelam que o mundo apresenta cerca de 65 milhões de refugiados (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, 2017, *online*) no trânsito de transnacionais com repercussão em vários países do mundo, em especial para o continente Europeu, em virtude da localização geográfica, do desenvolvimento econômico e da adoção de procedimentos protecionistas no Sistema Europeu Comum para toda o continente. Outros países como Turquia, Paquistão, Líbano, Irã e Etiópia são grandes receptores de refugiados. Via de regra, as nações receptoras têm o islamismo como religião oficial, exceto a Etiópia, a qual possui o cristianismo como religião.

Nessa ordem de ideias, faz-se necessário analisar o infográfico criado por Deisy Ventura e Natália Araújo (2016, p. 01), sobre os países que mais recebem refugiados:



Fonte: Deisy Ventura e Natália Araújo (2016, p. 01)

De acordo com Catherine Wihtol de Wenden (2016, p. 01), em termos de fluxo, a União Europeia continua sendo o destino mais procurado do mundo, à frente de outros grandes polos migratórios: Estados Unidos (em segundo lugar), os países do Golfo (terceiro) e a Rússia (quarto).

Embora os fluxos Sul-Norte constituam o tema predominante dos debates sobre migrações, os fluxos em direção ao Sul do planeta (cerca de 120 milhões, compreendendo os deslocamentos Sul-Sul e Norte-Sul) passaram a equiparar-se em número aos que se dirigem ao Norte (cerca de 120 milhões: Sul-Norte e Norte-Norte), perfazendo um total de 244 milhões de migrantes internacionais, ou seja, 3,5% da população mundial. A eles juntam-se cerca de 740 milhões de migrantes internos

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

em seus próprios países. Logo, um bilhão de pessoas está em situação de migração – em relação à população mundial, uma em cada sete pessoas.

A redistribuição das migrações no mundo explica-se pelas novas migrações: as mulheres correspondem a 51% dos migrantes internacionais; os deslocados ambientais são cerca de 40 milhões; os fluxos de refugiados são estimados em 60 milhões; há ainda os menores desacompanhados, os aposentados que buscam climas amenos e as migrações Norte-Norte relacionadas à crise econômica.

Os dados numéricos colhidos pela Organização das Nações Unidas - ONU excluem a condição de imigrantes, já que utiliza a diferenciação entre refugiados e imigrantes, a apresentar um parâmetros diferente da atual Lei de Migração Brasileira (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2014), a qual utiliza a expressão ‘migração’ como gênero e as demais formas como espécies. Dentre os institutos tratados, encontram-se: imigração, refúgio, asilo, apátrida, emigração, fronteiro e visitante.

Nesse sentido, mostra-se elucidativo o infográfico traçado por Deisy Ventura e Natália Araújo (2016, p. 01):

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

DEFINIÇÕES

The infographic is titled 'DEFINIÇÕES' and is set against a light orange background. It features four rows, each with an illustration on the left and a text box on the right. The illustrations use yellow and red shapes to represent people, boats, planes, and buildings. The text boxes are white with black text and are separated from the illustrations by arrows.

REFUGIADO
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.”¹

IMIGRANTE
Não existe uma definição legal uniforme para o termo “imigrante” no âmbito internacional, mas o termo é comumente empregado para designar não-nacionais que cruzam a fronteira de um país de maneira voluntária, em busca de melhores condições de vida.²

SOLICITANTE DE REFÚGIO
Pessoa que solicita a admissão em um país como refugiada e está aguardando uma decisão para obter esse status, de acordo com os instrumentos nacionais e internacionais aplicáveis.³

DESLOCADOS INTERNOS
pessoas ou grupo de pessoas que foram forçadas ou obrigadas a fugir ou deixar seu lugar/residência habitual, como resultado de ou para evitar os efeitos de um conflito armado, situação de violência generalizada, violação dos direitos humanos ou desastres naturais ou humanos e que não ultrapassaram a fronteira de um Estado internacionalmente reconhecido.⁴

1. A Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, artigo 1 (<http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/56701b969/mid-year-trends-june-2015.html>)
2. “Refugiados” e “Migrantes”: Perguntas Frequentes (<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>)
3. IOM Key Migration Terms (http://www.csem.org.br/pdfs/conceitos_basicos_de_migracao_segundo_a_oim.pdf)
4. IOM Key Migration Terms (http://www.csem.org.br/pdfs/conceitos_basicos_de_migracao_segundo_a_oim.pdf)

Fonte: Deisy Ventura e Natália Araújo (2016, p. 01)

Levando em consideração o contexto do ACNUR e da atual legislação brasileira são analisados os conceitos de refúgio e asilo e sua identificação na atual lei e nas definições estabelecidas pela ONU na proteção dos indivíduos e dos direitos humanos.

O parâmetro identificador encontra-se na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (regulamentado internamente pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997), considerando aqueles que se deslocam de seu país de origem por razões de perseguição por motivos de raça, guerra, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A problemática dos refugiados ambientais é relevante, pois o conceito clássico de refugiado consagrado no Estatuto de 1951 e no Protocolo Adicional, não os aborda. Logo, verificou-se a necessidade emergencial desta nova categoria de refugiados ser amparada e inserida no ordenamento jurídico internacional. No tocante aos refugiados ambientais, a justificativa para a criação desta categoria encontra suporte pelas constantes alterações climáticas e o uso desenfreado e irracional dos recursos da Mãe Natureza.

Na análise de Catherine Wihtol de Wenden (2016, p. 05), o interesse pelas migrações devidas ao clima é recente. É ainda difícil saber quais são as pessoas que migram por razões ambientais. Talvez seja preciso distinguir entre migrantes climáticos e ambientais, pois o impacto da mudança climática sobre as migrações é incerto. Na verdade, segundo os especialistas, as condições climáticas influenciam as migrações, mas de forma limitada em relação a outros fatores socioeconômicos ou políticos (caso dos refugiados), pois as causas dessas migrações frequentemente são mistas. Elas geram mais a migração temporária do que a permanente, com deslocados dentro do território estatal e localizados ao Sul. Quanto às dinâmicas das migrações ambientais observadas pelo mundo, o volume de migrações internacionais vinculadas ao ambiente ainda é pequeno. Entre as regiões atingidas, a bacia mediterrânea, região árida mais povoada do mundo, é muito exposta aos impactos da seca, sobretudo no Egito, no Iêmen, na Argélia e em Marrocos.

A migração, como estratégia individual de adaptação, é confrontada em relação às escolhas políticas e de sociedade adotadas pelos Estados. Os domicílios mais pobres são os mais afetados e, em menor grau, os que se beneficiam de remessas e que têm a escolha de mudar de lugar. No Hemisfério Sul, os ciclones podem converter a migração temporária em migração permanente, em caso de perda de renda. Em Bangladesh, Vietnã, China e Moçambique, as populações mais habituadas aos choques ambientais deslocar-se-ão diante dos riscos de inundações. Elas são mais móveis que no Magrebe, onde as populações continuam mais sedentárias. Mas os mais pobres não querem mover-se ou não dispõem dos meios para isto: para eles, a migração é o último recurso diante da percepção da ausência de ação governamental efetiva e diante da falência das soluções coletivas para reduzir sua vulnerabilidade (WENDEN, 2016, p. 05).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Observa-se, portanto, que os refugiados ambientais não podem ficar marginalizados da proteção constante do sistema internacional de promoção e proteção dos direitos humanos. Os desastres ambientais estão afetando de forma assustadora milhões de indivíduos em todo o Planeta Terra, dando origem aos refugiados ambientais, que estão sendo muitas vezes obrigados a deixar seus países de forma permanente ou temporária.

A Convenção, no entanto, faz a diferenciação com os imigrantes, os quais buscam em outro país melhores condições de vida, de educação, de saúde, das oportunidades de trabalho e dos demais direitos fundamentais individuais e sociais, como elementos que garantem a sua dignidade.

Ao contrário dos refugiados, os imigrantes podem retornar ao seu país e continuar recebendo proteção de seu país de origem.

A definição da ONU, dos países signatários da convenção e das entidades voltadas à proteção dos refugiados condicionam suas tutelas embasadas nos direitos humanos sob o princípio do *care, cure and control* dos países receptores, que orienta sobre a necessidade de organização interna no recebimento de refugiados.

Nessa ordem de ideias, analisa-se o fenômeno do tráfego de pessoas à luz da transnacionalidade e dos direitos humanos, na perspectiva dos Estados receptores. Em seguida, realiza-se a análise de questões internas e externas na repercussão do Direito dos Refugiados, além de se trazer à discussão uma forte contradição entre situação provisória e definitividade no refúgio no contexto da realidade contemporânea.

2 OS FENÔMENOS DO TRÁFEGO DE PESSOAS E DA RECEPÇÃO DOS ESTADOS NA PERSPECTIVA DA TRANSNACIONALIDADE

Os indivíduos ao saírem de seu país e se deslocarem tendem a buscar, ainda que ilusoriamente, campos de trânsito, de passagem fronteiriça ou locais específicos para ficarem nos chamados campos de refugiados (ou guetos, ou “*jugles*”, ou “*hotspots*”), como campos de moradia, e muitas vezes improvisados pelo próprio governo receptor.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Esses campos foram formados em grande quantidade quando da Segunda Grande Guerra, e agora pelo fenômeno de refúgio, o aumento da quantidade de acampamentos em proporções insuficientes ao recebimento de pessoas e com condições de insustentabilidade e insalubridade nesses locais por longos períodos, a gerar um contexto de perturbações políticas, econômicas e ecológicas.

De acordo com Marcos Leite Garcia (2011, *online*), o fenômeno da transnacionalidade dá-se a partir das chamadas *demandas transnacionais* que a sua vez estão relacionadas com a questão da efetividade dos chamados direitos difusos e transfronteiriços. Desta maneira, as demandas transnacionais são questões fundamentais para o ser humano e que vêm sendo classificadas pela doutrina como “novos” direitos. Um fato é impossível de se evitar: as questões transnacionais devem ser abordadas e enfrentadas por toda a Comunidade Internacional de forma diferente da prevista nas legislações interna e internacional existente.

A evolução da democracia limitada ao âmbito da cidade (direta) à democracia em contexto nacional (representativa) parece encontrar situação análoga a sua no presente contexto de expansão global. Como o Estado aparenta tornar-se insuficiente em determinados âmbitos de atuação, ocorre uma nova transformação democrática, partindo do Estado-nacional e evoluindo para o contexto transnacional.

Dahl (1994, p. 03) defende esta comparação de forma clara em seu texto: o resultado é como o processo da segunda transformação em escala mundial. Tanto como a ascensão do Estado-nacional reduziu a capacidade dos cidadãos locais exercerem controle sobre matérias de vital importância através de seus governos locais, a proliferação de atividades e decisões transnacionais reduzem a capacidade dos cidadãos de um país exercerem controle de matérias de vital importância a eles através de seu governo nacional.

Os procedimentos democráticos encontram-se em processo de transnacionalização, uma vez que o território do Estado não é mais o seu único alvo. No que tange ao Estado, este aparenta perder a sua construção clássica, fato que reflete sobre o seu controle, soberania e sistema jurídico (SHAPIRO, I.; HACKER-CORDÓN, C., 1999, p. 55-57).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O fenômeno da transnacionalização jurídica, é analisado a partir do Direito Internacional Público, se materializa por intermédio da transcendência das normas e regulamentos internacionais sobre o direito interno.

Na análise de Cecília MacDowell Santos (2007, *online*), desde os anos 1990, como parte do processo de globalização, ocorre o aumento da transnacionalização das instituições legais e da mobilização jurídica, dois lados de um fenômeno denominado pelos juristas de “judicialização global” e “litigância transnacional”. A judicialização global surge por intermédio da criação de cortes internacionais *ad hoc* ou permanentes e tribunais arbitrais, bem como por meio do crescente recurso às instituições internacionais judiciais ou quase judiciais para lidar com disputas sobre questões empresariais e de direitos humanos. A litigância transnacional engloba as disputas entre os Estados, entre indivíduos e Estados e entre estes por meio de suas fronteiras nacionais.

Essas mudanças jurídicas no contexto da globalização fazem aumentar os debates sobre quando a judicialização global é desejável ou efetiva em fortalecer o Estado de Direito e promover a democracia local e global. Nem os defensores, tampouco os críticos dessa judicialização, têm conseguido analisar criticamente a política global do Estado de Direito em legitimar o projeto neoliberal hegemônico, o qual enfraquece a capacidade dos Estados nacionais em cumprir as normas de direitos humanos.

A conjuntura atual no plano das relações internacionais demonstra a primazia dos direitos humanos como elemento fundante do constitucionalismo global, de modo a refletir em uma releitura de tradicionais conceitos do Direito Constitucional e do Direito Internacional, tais como a soberania, a cidadania e a democracia.

A pretensão de universalidade dos direitos humanos constante na realidade dos países ocidentais revela-se como uma discussão prévia no tocante ao fenômeno da transnacionalidade.

Conforme aduz Marcos Leite Garcia (2011, *online*), as demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Estes fenômenos novos se identificam com os chamados “novos” direitos ou “novos” direitos fundamentais. Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica como alguns autores pretendem, e sim com questões fundamentais de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no Planeta. A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a justificativa prioritária da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a preservação de seu entorno natural.

Na Europa, a situação tem tomado as redes de comunicação no sentido de que em 2014 havia mais de mil campos de deslocados e milhares de pequenos acampamentos clandestinos ao longo de fronteiras permitindo as pessoas a “acamparem” por longos períodos (AGIER, 2017a).

Mesmo que se trate da diversidade de campos, os que podem ser chamados de campos oficiais e não oficiais, apresentam traços comuns: a extraterritorialidade, a exceção e a exclusão (AGIER, 2017a)

A extraterritorialidade caracteriza-se por não se localizar no contexto social da cidade ou do Estado; a exceção, por aplicar-se uma lei diferente das leis do próprio Estado recebedor, e de exclusão, pois descartam, retardam ou suspendem a aplicação de leis e a consagração de direitos no contexto social daquelas pessoas, estabelecendo uma sociedade de exclusão jurídica e social.

Além dessas zonas, ocorrem as Zapis, Zonas de Espera para Pessoas com Pendências, geralmente em portos e aeroportos, e que ficam os refugiados até a solução das pendências e os Centros de Retenção Administrativos – CRAs, onde ficam aguardando as providências necessárias à expulsão (AGIER, 2017a), nesse último caso não há resquícios de possibilidade de permanência no Estado em que se encontra.

O cenário dos acampamentos na Europa, Ásia ou África no recebimento de refugiados tem crescido mundialmente e com uma tendência a estabelecer uma permanência dessas pessoas,

principalmente a localizarem-se em guetos clandestinos (AGIER, 2017b). Isso porque, há um quantitativo muito reduzido no que se recebe, diante do quadro internacional de registro de refugiados no mundo.

Conforme os dados oficiais, a Europa no ano de 2014 só recebeu 184.665 refugiados. Nessa ordem de ideias, observe-se:

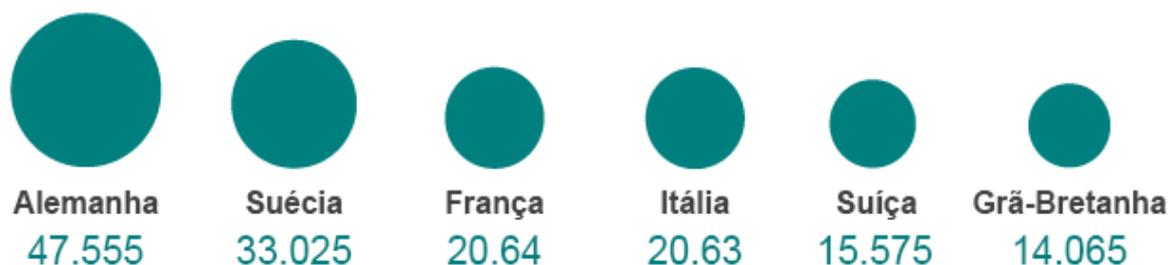
Solicitações de refúgio aprovadas em 2014



Principais nacionalidades que receberam asilo

1. Síria
2. Eritrea
3. Afeganistão
4. Iraque
5. Irã

Principais solicitações aprovadas por país



Fonte: Eurostat



Esse quantitativo revela-se irrisório ante a imensa quantidade de pessoas que transitam em diversos países na condição de refugiados, diante dos 65,6 milhões (ACNUR-BRASIL, 2016). Esses registros abrangem refugiados que estão sob a responsabilidade da ACNUR, como é o caso dos refugiados na Europa, e parte deles, registrados junto à organização irmã do ACNUR, na Agência das Nações Unidas de Assistência aos Refugiados da Palestina (UNRWA).

Embora, a problemática dos refugiados alarme a opinião pública europeia e mundial, esse continente ainda recebe poucos refugiados (numa comparação com a Turquia, Paquistão e Líbano).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Nesse contexto, o contingente de refugiados recebidos pela Europa não é o maior, perdendo inclusive para a América.

3 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS INSTITUTOS DO REFÚGIO E DO ASILO: APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS

A problemática dos refugiados situa-se como tema muito mais abrangente do que a discussão em torno das migrações internacionais e define-se na diferenciação de outros termos como migrantes econômicos, deslocados internos, apátridas e asilados.

Um outro critério, é estabelecer o conceito sob a ótica volitiva, de forma que as migrações podem ser consideradas como deslocamento voluntário ou forçado, mas sem um padrão único na definição. Portanto revela-se que:

A definição de refugiado assim construída considerava o refúgio um estatuto de caráter individual, embora pudesse ser concedido também a grupos, sobretudo em função da perseguição decorrente de "filiação em certo grupo social". Também é importante destacar que o caráter orientado para o indivíduo da legislação internacional muitas vezes obscurece a relação entre questões de raça e gênero com o processo de formação dos fluxos de refugiados e a forma como eles são gerenciados, uma lacuna que recentemente vem sendo mais explorada pela literatura especializada (BARNETT, 2002, p. 248).

A principal diferença no sistema dual contempla-se não sob os direitos humanos, mas sob a separação clara e taxativa entre asilo e refúgio, mesmo havendo pontos de similitudes entre eles. Aliás, a incorporação das normas de proteção aos direitos humanos e de Direito humanitário são elementos obrigatórios e indissociável nas tutelas protetivas, nacional e internacionalmente, dos refugiados

Os termos sequer podem ser usados como sinônimos, apesar de muitas vezes o serem, em razão dos níveis de *standards* estabelecidos.

O dualismo terminológico existe, não somente sob a proteção política, mas pelo próprio enfrentamento da realidade internacional e do Estado que recebe o asilado e o refugiado, apesar do Colóquio do México de 1981 ter se pronunciado a favor da realização de um esforço comum para conjugar circunstâncias favoráveis a um sistema universal para a América Latina de proteção a

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

refugiados e asilados dentro de um único sistema, por isso, a utilização das nomenclaturas com verossimilhança de adequação e utilização.

Em busca de um aperfeiçoamento protetivo, surge uma proposta em ampliar as diretrizes da Convenção de Cartagena (1984) dentro de uma harmonização e coordenação de um sistema universal para América Latina. Nesse sentido,

La definición ampliada de refugiado adopta por la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984 constituye otro ejemplo del criterio amplio que dominó en la conformación de la doctrina sobre el derecho de refugiados. Dicha de definición toma elementos tanto del derecho humanitario como de los derechos humanos [...] (SAN JUAN, 2004, p.33)

Consubstanciado o entendimento ora referenciado na chamada Declaración de Tlatelolco (1999), voltada para refugiados na América Latina e Caribe, destacando uma evolução no avanço jurídico e na busca por um planejamento de proteção internacional dos refugiados.

Mesmo a Declaração de Tlatelolco tendo como destinatários a América Latina e Caribe, podem ser observadas as sistemáticas para aplicação em qualquer contexto.

Considerando que a aludida Declaração faz menção a uma diferenciação entre asilo e refúgio, a análise dos critérios diferenciadores será pautada nela. Asilo ou as expressões *asylum* e *asile* (em inglês e francês, respectivamente) tem sua menção em diversos documentos protetivos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção sobre Estatuto dos Refugiados, Declaração sobre Asilo Territorial de 1967 e na Convenção sobre Asilo Territorial na Convenção em Genebra de 1977, na Assembleia das Nações Unidas e no Comitê Executivo da ACNUR.

Percebe-se que a expressão tem um alcance limitado e vinculado ao refúgio, mas com identificadores distintos. Primeiro porque o refúgio denota um caráter geral, transitório e de regularização para admissão em outro país. Ou seja, é uma proteção de regularização territorial, mesmo embasado em critérios políticos, e atende ao princípio da não devolução (*non-refoulement*).

O refúgio é uma instituição do sistema universal de proteção mundial, ao passo que a expressão asilo tem sido utilizada exclusivamente como um instituto de proteção latino-americano, sendo, portanto, possuidor de um alcance limitado, enquanto o refúgio é universal. O asilo tem como

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

destinatário a proteção dos indivíduos, enquanto que o refúgio dos grupos (familiares ou massivos (SAN JUAN, 2004).

No entanto, essas diferenciações esbarram na discussão doutrinária, mas seguem à soberania do Estado e suas relações obrigacionais, a identificar de uma, ou de outra forma, a solidariedade internacional e a busca por soluções duradouras de caráter humanitário e de uma política de colaboração internacional entre os países.

4 FATORES INTERNOS E EXTERNOS NA REPERCUSSÃO DA ACEITAÇÃO DE REFÚGIO

O refúgio é identificado em dois momentos distintos: o externo e o interno, os quais marcam a condição do indivíduo em abandonar seu país de origem e em momento posterior utilizar-se do benefício do refúgio em país alienígena que possa oferecer-lhe proteção.

Esses momentos justificam as razões humanitárias e o interesse internacional, marcado pela prerrogativa da soberania estatal no acolhimento do indivíduo. Nesse sentido, observa-se que:

Ahora bien, una política de inmigración en sentido amplio excede con mucho a un marco jurídico, pues éste se limita a regular las condiciones específicas de entrada, estancia y salida de los extranjeros en territorio nacional. Una política de inmigración debe tener en cuenta no sólo el control de flujos y estancias; debe atender a la forma en que los extranjeros desarrollan su vida en el país de destino y a la convivencia con los nacionales, y debe estar atenta a las causas que producen indeseados y masivos movimientos migratorios internacionales. En el primer caso se habla de una política de integración, encaminada a facilitar las condiciones de vida de los inmigrantes y su convivencia con los nacionales, mientras que en el segundo estaríamos haciendo referencia a una política de cooperación internacional tendente a mitigar, en los lugares de origen, las causas de la emigración forzosa. (VALDERRAMA, 2001, p. 238)

Sob o prisma tradicional, os direitos humanos são analisados no âmbito reducionista da noção de indivíduo, ao passo que o contexto do pós-positivismo implica em uma abordagem dos direitos humanos à luz da complexidade das relações sociais plasmada nos fenômenos ampliativos do multiculturalismo e do pluralismo.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Para Caridad Velarde (2006, p. 229/230), os direitos humanos são culturais e a-históricos, o que não significa que eles são absolutamente relativos: eles pertencem a uma determinada cultura, e por intermédio do diálogo intercultural e pode ser assumida por outras. Pode-se dizer, nesse sentido, eles são universalizáveis, porque o fato de que os direitos, tanto como um conceito, como no que diz respeito ao seu conteúdo, sejam culturais, não significa que só fazem sentido no campo cultural. Eles têm, no entanto, a capacidade de transcender aos limites do espaço e do tempo.

Com base no discurso hegemônico dos direitos humanos, não se pode referir em caráter de universalidade, uma vez que a visão hegemônica é a de que estes surgiram e se desenvolveram voltados para o indivíduo, resultado prático do individualismo exacerbado propugnado pela ideologia da modernidade, albergando, na prática, somente o sujeito definido pela sociedade moderna ocidental como racional, conforme os padrões de matriz eurocêntrica, questão que atualmente é objeto de uma reestruturação na medida em que os paradigmas do pós-positivismo lançam as bases para o reconhecimento de novas premissas estruturais.

Sobre a delimitação conceitual dos direitos humanos, preleciona Antonio Enrique Pérez Luño (2005, p. 50): de acordo com os direitos humanos que aparecem como um conjunto de poderes e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade humana, liberdade e igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (PÉREZ LUÑO, 2011, p.222).

A violação dos direitos humanos é a condição de justificativa da mobilidade de pessoas e de legitimação da condição de refugiado. É a condição essencial como parâmetro de acolhida na país recebedor.

5 PROVISORIDADE *VERSUS* DEFINITIVIDADE NO REFÚGIO

A tendência dos campos de refúgio é no sentido de permanência nas situações como estão a ocorrer em alguns deles, situados no Paquistão e na Argélia que já perduram por mais de trinta anos.

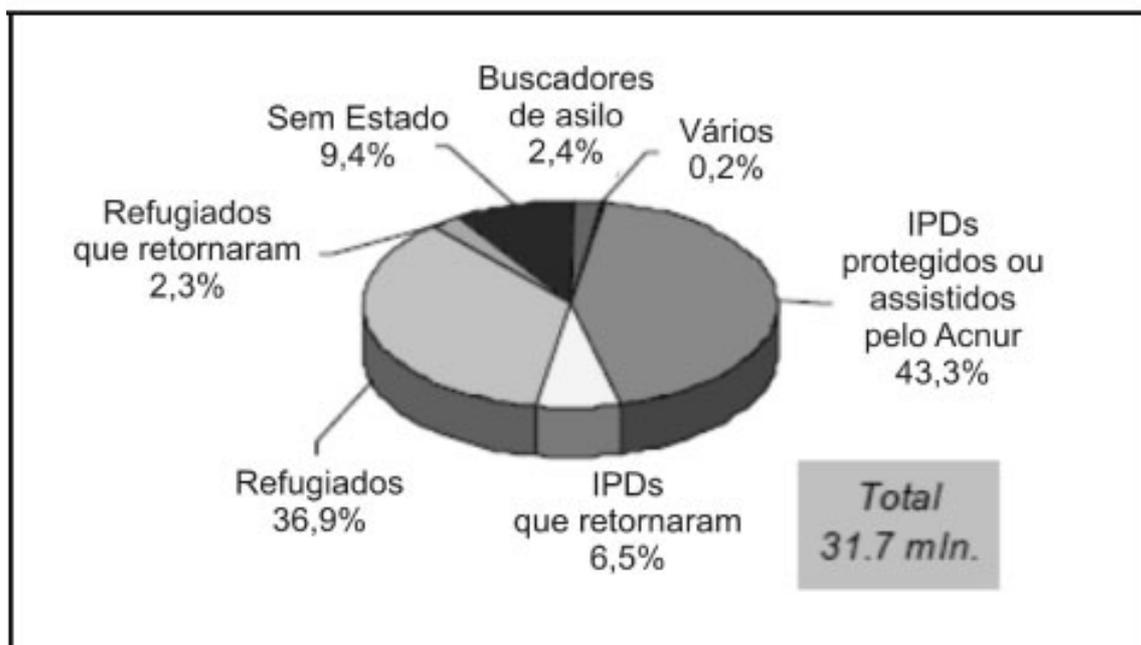
A negação dos direitos humanos aos refugiados, menoscabando sua dignidade, viola os mais nobres objetivos do regime democrático ao comprometer a igualdade e o respeito mútuo informativos da

conduta social recomendável em regimes que se pretendem harmônicos e inclusivos (MARQUES JÚNIOR, SILVA, 2017, p. 289).

Talvez essa será a grande mudança no rumo das organizações para os refugiados, já que há um alargamento temporal na prestação aos refugiados, perdendo a qualidade da situação de provisoriedade, misturando-se à condição de deslocados, deslocados internos, apátridas, retornados, solicitantes e outras categorias de *people under concern* com a situação política de seu país.

Em 2008, o ACNUR trouxe um diagnóstico de refugiados e identificou um percentual muito pequeno de retorno aos seus países de origem, o que levaria um referencial de permanência no Estado, ou ainda a gerar outros efeitos como os deslocados internos. Segue a figura sobre o tema:

FIGURA 2 – TOTAL DE ASSISTIDOS POR CATEGORIA (FINAL DE 2007)



FONTE: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (2008c).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A situação de permanência no país de refúgio onera o Estado por proteger, por longo prazo essa população, mesmo que possua uma organização bem-sucedida para os refugiados. No entanto, essa situação de vulnerabilidade tende a se agravar (VÄYRYNEN, 2001).

Nesse momento, o ACNUR que assumiu a função de coordenador das ações de assistência humanitária e ao mesmo tempo de instituição pacificadora, deve ter um importante papel nessas negociações políticas internacionais não só em remediar as situações de refúgio, mas principalmente na prevenção aos deslocamentos e de retorno dos refugiados e principalmente de reassentamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda não há uma solução uníssona a ser concretizada pela ACNUR sobre as movimentações transnacionais de refugiados, mas a pretensão de envolvimento na tutela dos direitos humanitários é singular.

Na Europa, existem milhares de campos de deslocados e de pequenos acampamentos clandestinos ao longo de fronteiras permitindo as pessoas a “acamparem” por longos períodos. Mesmo em se tratando da diversidade de campos, os que podem ser chamados de campos oficiais e não oficiais, apresentam traços comuns: a extraterritorialidade, a exceção e a exclusão social e econômica.

O cenário transnacional dos acampamentos na Europa, Ásia ou África no recebimento de refugiados tem crescido mundialmente e com uma tendência a estabelecer uma permanência dessas pessoas, principalmente a localizarem-se em guetos clandestinos. Isso porque, há um quantitativo muito reduzido de países receptores, ante o quadro internacional de registro de refugiados no mundo.

Ante essa realidade complexa, uma possibilidade deve ser concretizada tanto pela ACNUR/ONU como pelos Estados receptores: trata-se do repatriamento dessas pessoas, para que a questão dos refugiados se não torne permanente e insolúvel, mas que seja tratada sob a ótica da provisoriedade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização"

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

ACNUR. **ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS**. 1970a. *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugee and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-Second Meeting*. Disponível em: <http://www.unhcr.org>. Acesso em: 13 jul 2017.

ACNUR- BRASIL. **ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS**. Tendências Globais sobre refugiados e outras populações de interesse do ACNUR. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>. Acesso em: 25 de jul de 2017.

AGIER, Michel. A fábrica de indesejados. In: **Le Monde Diplomatique Brasil**. P.18-19, maio de 2017a.

_____. **La Mort aux frontières de l'Europe. Retrouver, identifier, commémorer, Le Passager Clandestin**, Paris: Stowaway, 2017b.

BARNETT, L. 2002. **Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime**. *New Issues Refugee Studies*, Geneva, v. 54. Disponível em: <http://archives.cerium.ca/IMG/pdf/Barnett.pdf>. Acesso em: 11 jul 2017; p. 238-262.

BRASIL. Lei nº 9474, de 22 de julho de 1997. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em: 13 de jul de 2017

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2014, **Institui a Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 13 de jul de 2017.

DAHL, Robert. A democratic dilemma: system effectiveness versus citizen participation. **Political Science Quarterly**. V.109, nº 1,1994.

GARCIA, Marcos Leite. Transnacionalidade, "novos" direitos fundamentais e UNASUL: novas perspectivas para o século XXI. In: *Âmbito Jurídico*. Vol XIV (94). Rio Grande, nov 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10619. Acesso em: maio de 2017.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva; SILVA, Fernanda Cláudia Araújo da . A garantia de proteção dos Direitos Humanos dos Refugiados ante os impactos do dilema sócio-econômico da conjuntura brasileira contemporânea. In: **VI Encontro Internacional do CONPEDI - Costa Rica, 2017**, San José/Costa Rica. Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção II. Florianópolis: CONPEDI, 2017. v. 01. p. 267-292.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Novena Edición. Madrid: Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique de. **Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica**. Décima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2.011.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

SAN JUAN, César Walter. El asilo y la protección internacional de los refugiados em América Latina: análisis crítico del dualismo “asilo-refugio” a luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. In: **El asilo y la protección internacional de los refugiados em América Latina/Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados**. San José, C.R.: Editorama, 2004.

SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 4, n. 7, 2007. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452007000200003>. Acesso em: 23 de Abril de 2017.

SHAPIRO, I.; HACKER-CORDÓN. **Democracy’s Edges**. Cambridge University Press, 1999.

VALDERRAMA, Cristina Blanco Fernández de. La Integración de los inmigrantes. Fundamentos para abordar una política global de Intervención In: **Migraciones**. Espanha, 2001,p 207-248.

VÄYRYNEN, R.. **Funding Dilemmas in Refugee Assistance: Political Interests and Institutional Reforms in UNHCR**. *International Migration Review*, New York, v. 35, n. 1, 2001, p. 143-167.

VELARDE, Caridad. **La universalidad de los derechos humanos** IN QUIRÓS, José Justo Megías (Coord.). **Manual de los Derechos Humanos. Los derechos humanos en el siglo XXI**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

VENTURA, Deisy; ARAÚJO, Natália. Infográficos: Migração e Direitos Humanos. **Revista internacional de Direitos Humanos – SUR: Conectas**, jul. 2016.

WENDEN, Catherine Wihtol de. As novas migrações: Porque mais pessoas do que nunca estão em circulação e para onde elas estão indo? **Revista internacional de Direitos Humanos – SUR: Conectas**, jul. 2016.

CIDADES LENTAS: CAMINHO PARA A SUSTENTABILIDADE PAUTADO NO DECRESCIMENTO

Alexandre dos Santos Priess¹

INTRODUÇÃO

O **objetivo** deste artigo é refletir sobre as cidades, a globalização e suas contradições na perspectiva de Zigmunt Bauman e o decrescimento proposto por Serge Latouche como um instrumento capaz de contribuir para a concretização de cidades lentas e realmente sustentáveis.

Pretende-se compreender o **problema** de como o decrescimento contribui para a sustentabilidade urbana.

O **tema** é relevante e se justifica na medida em que a globalização produz contradições graves no meio urbano, assim como insufla o individualismo. **Justifica-se** aqui a pertinência da pesquisa na medida em que são inevitáveis os efeitos da globalização no ambiente urbano e a importância de se estudar o decrescimento como um caminho para a sustentabilidade mediante a concretização de seu círculo virtuoso que direciona à criação de cidades lentas.

Estrutura-se a pesquisa no conhecimento das cidades como o ambiente para se habitar, trabalhar, recrear e circular. Em seguida, compreendem-se as atuais contradições globais à luz de Zigmunt Bauman para, finalmente, estudar-se o decrescimento de Serge Latouche como instrumento de sustentabilidade e implementação de cidades lentas.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí, Santa Catarina, Brasil, Professor de Graduação e Pós-Graduação, Advogado, alexandrepriess@hotmail.com.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

No tocante à **metodologia**, na fase investigatória² se utilizou do método indutivo³ e no momento de tratamento dos dados o método cartesiano⁴, assim o relatório dos resultados fundamentou-se na lógica indutiva.

1 CIDADES

A evolução da história das cidades demarca três grandes momentos, quais sejam: a) fase pré-urbana ou sociedade de gente (subsistência), b) fase pré-industrial ou feudal, (aperfeiçoamento dos ofícios e armazenamento de alimentos) e c) fase industrial moderna (sistema de classes dinâmico e educação de massas)⁵.

Uma quarta fase das cidades vale dizer: o estágio pós-industrial, já é ventilado, como a cidade que não se contrasta ao campo, com serviços e tecnologias espalhados a oportunizar um conjunto urbano-rural.⁶

Entende-se por cidade a associação, reunião ou aglomerado de pessoas com a) dimensão e densidade populacional específica, b) profissões urbanas diversificadas minimamente c) economia urbana permanente e em diálogo com a área rural e d) camada urbana com produção, consumo e direitos próprios⁷.

Eduardo C. B. Bittar entende que definir cidade e sua função não é construção da razão. A cidade pode ser “descrita, em seus processos, pela compreensão crítico-filosófica”⁸. Viável é seu estudo

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008. p. 83.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 86.

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁵ SJOBERG, Gideon, “Origem e evolução das cidades”, in DAVIS, Kingsley. **Cidades, a urbanização da humanidade**, Tradução de José Reznik. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 36-37.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 19-20.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. p. 24.

⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 242.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

pela engenharia e urbanismo, mas sua compreensão histórico-cultural é o caminho para a afirmação filosófica. As cidades brotam por intermédio de relações históricas com a aglomeração de pessoas.⁹

Cidade e Direito são produtos da cultura humana e a integração é recente, assim como vale advertir que sua evolução não é linear e uniforme¹⁰, em que pese a cidade moderna, em seu tracejado, ser apegada às linhas retas¹¹.

Por urbanização entende-se o crescimento populacional do meio urbano com preponderância ao meio rural¹² e, igualmente, o processo de transformação de regiões rurais em urbanas¹³. Kingsley Davis¹⁴ assevera que “historicamente, a urbanização e o crescimento das cidades ocorrem conjuntamente, o que ocasiona certa confusão”.

Embora se reconheça, com fundamento no Direito Urbanístico português, a dificuldade conceitual e os múltiplos sentidos (como fato social, técnica e ciência)¹⁵ do vocábulo, o urbanismo (na acepção técnica) surge como ato de poder ou intervenção voluntária para a consecução da urbanificação ou reurbanização dos espaços ou, ainda, a correção dos excessos¹⁶.

Reconhecem-se como funções sociais das cidades: habitar, trabalhar, recrear e circular.¹⁷ É neste *locus* que os indivíduos amplificam suas competências. As cidades, portanto, devem ser programadas com o escopo de corporificar vida de qualidade aos seres humanos. E que não se identifique qualidade de vida, pura e simplesmente, com o progresso econômico. Este viés

⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. p. 242.

¹⁰ BRUNO FILHO, **Princípios de direito urbanístico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio de Fabris Editor, 2015, p. 22.

¹¹ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. p. 247.

¹² SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. p. 26.

¹³ PALEN, J. John. **O mundo urbano**. Tradução de Ronaldo Sérgio De Biasi e Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975, p. 23.

¹⁴ DAVIS, Kingsley, “A urbanização da humanidade”, in DAVIS, Kingsley. **Cidades, a urbanização da humanidade**, Tradução de José Reznik. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 15.

¹⁵ CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. 2ª reimpressão. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina Coimbra, 2001, p. 26.

¹⁶ LACAZE, Jean-Paul. **Os métodos do urbanismo**. Tradução Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1993, p. 11.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. p. 33.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

prescreve o acatamento do princípio constitucional da sustentabilidade,¹⁸ também respaldado em lei ordinária (art. 2º, I, da Lei 10.257/01).

Leonardo Boff¹⁹ conceitua sustentabilidade²⁰ como:

Toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.

Carlos Leite²¹ comenta que: “Uma cidade sustentável é muito mais do que um desejável conjunto de construções sustentáveis. Ela deve incorporar parâmetros de sustentabilidade no desenvolvimento urbano público e privado”.

A história urbana se desenrola nas cidades²² ou, ainda, neste meio ambiente artificial²³ que detém previsão constitucional e é primordial à vida digna²⁴ de qualquer indivíduo²⁵. O sentimento de pertencimento e de lar afloram dos diversos elementos das cidades.²⁶

¹⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41-73.

¹⁹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 107.

²⁰ Há inúmeras compreensões da categoria sustentabilidade (inclusive dimensões). Neste estudo adotou-se o autor Leonardo Boff conforme citação.

²¹ LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 132.

²² LIMA, Marcia Cristina Senra Marinho de. Cidade, identidade e os lugares de memória. **Revista Unimontes Científica (Online)**. n. 2. vol. 14. 2012. Disponível em <<https://goo.gl/GVcEer>> Acesso em: 20 jul. 2017, p. 2.

²³ Celso Antônio Pacheco Fiorillo classifica o meio ambiente em natural, artificial, cultural, do trabalho e o patrimônio genético. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20-26. Zenildo Bodnar afirma que: “A cidade sustentável compõe o meio ambiente artificial, criado pela inteligência humana e sujeita ao regime jurídico próprio do Direito Ambiental”. BODNAR, Zenildo. **Regularização registral imobiliária na efetivação de direitos fundamentais da cidade sustentável**. Dissertação de Mestrado em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Universidade Federal do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2015, p. 73.

²⁴ BODNAR, Zenildo. **Regularização registral imobiliária na efetivação de direitos fundamentais da cidade sustentável**. Dissertação de Mestrado em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Universidade Federal do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2015, p. 73.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

²⁶ LYNCH, Kevin, **A boa forma da cidade**. Tradução de Jorge Manuel Costa Almeida e Pinho. Lisboa/Portugal: Edições 70, LDA, 2012, p. 207.

2 A CIDADE GLOBALIZADA E SUAS CONTRADIÇÕES

Os Estados nacionais fazem parte de uma sociedade internacional regida por normas próprias. É a nova ideia de Soberania Nacional.²⁷ Paulo Marcio Cruz²⁸ leciona que “É como se um grande consenso mundial tivesse sido estabelecido, definindo a globalização como o movimento final da humanidade e que traria vantagens para todos os cidadãos do planeta.”

Zigmunt Bauman reflete sobre confiança e medo na cidade sob o enfoque das contradições atribuídas à globalização e ao individualismo moderno.

O ambiente urbano globalizado tende ao medo e a obstinação por segurança. A insegurança abastece, por sua vez, a modernidade, de angústias, não obstante, objetivamente, reconheça-se que os países desenvolvidos, fruam de proteção real.²⁹

Sigmund Freud *apud* Zigmunt Bauman sustenta que os sofrimentos humanos advêm do poder da natureza, da fragilidade dos seus próprios corpos e da inadequação das normas que regem as relações com o Estado e com a sociedade. À grandeza da natureza o homem se curva, assim como à sua falibilidade. Deste modo, como a proteção concretamente disponibilizada não é suficiente ao imaginário das pessoas e como as regras não são rigorosamente de acordo com o desejo do ser humano maquinar-se a existência de um inimigo. Em palavras simples: medo do crime e dos criminosos. O ser humano cada vez mais suspeita do seu semelhante.³⁰

Instrui Dany-Robert Dufour³¹:

Costuma-se ouvir dizer que a época atual se caracteriza por um irresistível aumento do individualismo. Em geral, são citados em apoio a esse diagnóstico os trabalhos pioneiros de Norbert Elias e Lows Dumont, que tendem a mostrar, cada um à sua maneira, que passamos do tempo pré-moderno de um

²⁷ CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, Estado, Globalização e Crise. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR. n. 3, 2003, p.2. Disponível em: <https://goo.gl/bguoob>. Acesso em 21 jul. 2017.

²⁸ CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, Estado, Globalização e Crise. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR. n. 3, 2003, p.8. Disponível em: <https://goo.gl/bguoob>. Acesso em 21 jul. 2017.

²⁹ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2009, p. 11. Disponível em: <https://goo.gl/sNAaor>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 1.

³⁰ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 2.

³¹ DUFOUR, Dany-Robert. **O divino mercado: a revolução cultural liberal**. p. 23.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

indivíduo subordinado a forças que o superam de todos os lados, ao tempo moderno de um indivíduo independente e autônomo.

A sobrevalorização do indivíduo criou a ideia de possibilidade de aperfeiçoamento próprio. A falibilidade humana pode ser enfrentada, afinal. A vulnerabilidade, todavia, mostrou que este aperfeiçoamento não está acessível à maioria dos indivíduos. É a gênese do medo da inadequação.³²

Como pontua Eduardo Bittar³³: “As leis da cidade moderna são as leis da modernidade”. Insuflete-se em maior medida o individualismo e reproduz-se a segregação.

Precisa a exposição de Dany-Robert Dufour³⁴:

Assim, mais que individualistas, estamos numa época de promoção do egoísmo, de produção de ego tanto mais cegos ou cegados porquanto não percebem o quanto podem hoje ser recrutados em conjuntos massificados. Em outras palavras, vamos egos, isto é, pessoas que se crêem iguais e que, na realidade, passaram a ficar sob o controle do que se deve chamar de o “rebanho”. Viver em rebanho fingindo ser livre nada mais mostra que uma relação consigo catastroficamente alienada, uma vez que supõe ter erigido como regra de vida uma relação mentirosa consigo mesmo. E, a partir daí, com os outros. Assim, mentimos despudoradamente aos outros, àqueles que vivem fora das democracias liberais, quando lhes dizemos que acabamos – com algumas maquininhas à guisa de presentes ou de armas nas mãos em caso de recusa – de lhes trazer liberdade individual; na realidade, visamos, antes de tudo, fazer com que entrem no grande rebanho dos consumidores.

A solidariedade de outrora resta substituída pela competição. A modernidade sólida cede espaço à modernidade líquida. As pessoas são abandonadas a própria sorte e com poucos recursos e o que mais as assusta é o sentimento de inadequação.³⁵

Para Eduardo Bittar³⁶: “A lógica da cidade moderna observa a mesma lógica da modernidade, ou seja, revela-se como desumana e excludente”.

³² BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 3.

³³ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. p. 242.

³⁴ DUFOUR, Dany-Robert. **O divino mercado**: a revolução cultural liberal. Tradução de Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 19.

³⁵ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 5.

³⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. p. 244.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O afastamento dos vizinhos próximos gerado pelo individualismo incrementa a confiança na vigilância do ambiente, razão por que muitas casas são construídas não como modo de criar pontes e integrar o sujeito à sua comunidade, mas sim como forma de proteger do mal iminente.³⁷

Inequívoco reflexo dessa ponderação são as barreiras físicas construídas nas casas. A nova estética de segurança funda-se na lógica de vigilância e distância.³⁸

O ser diferente e o excluído representam perigo às primeiras filas, motivo pelo qual a vida encastelada passa a ser desejável e não percebida como clausura.

Os condomínios fechados (exclusivos) são exemplo disso, uma vez que, embora isolados da comunidade local situam-se ainda assim dentro das cidades. É o estar perto, mas longe dos olhos. Garantida, assim, a separação com distância suficiente.³⁹ Esta possibilidade de escolha e de isolamento, ao pretexto de segurança, não é rica em experiência de vida. Não contribui para o aperfeiçoamento do ser humano, mas, tão somente, amplifica o individualismo e expande a segregação.

Esse distanciamento acentua-se, gradativamente, de modo a tornar bastante identificáveis os “mundos-de-vida”, ou seja: as pessoas das “primeiras filas” e aquelas das “últimas filas”.⁴⁰

Os sujeitos das primeiras filas comunicam-se globalmente e detém extensa rede de trocas com experiências pelo mundo todo, não se identificam com a terra que os alimenta. A perda de conforto e de segurança pode determinar o escape do problema local, uma vez que possui independência para a mudança, o que não ocorre com os das últimas filas.⁴¹

No outro lado estão as pessoas das últimas filas geralmente ligadas a um local bem determinado com redes fragmentárias, comumente de base étnica, confiantes em sua identidade para a defesa

³⁷ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 7.

³⁸ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 15.

³⁹ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 15-16.

⁴⁰ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 8-9.

⁴¹ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 8-9 e 12.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

de seus interesses e fora do sistema de comunicação global. O sobreviver se desenrola no local em que se fixam e é ali que batalham pela vida decente.⁴²

Instala-se, com esse quadro, verdadeira guerra urbana decorrente de inequívoca segregação. De um lado aqueles que se isolaram com suas trancas, câmeras, muros, entre outros. Para garantir o isolamento e a segurança as elites globais constroem pequenas fortalezas. As pessoas das últimas filas, por sua vez, não são úteis, portanto, são deixadas de lado. Tudo isto incutido de forma perspicaz pelo *marketing* imobiliário que vende a ideia de que as comunidades muradas, quase torres e seteiras das cidades antigas, são a resposta aos medos e incertezas de segurança.⁴³

Oportuno citar Eduardo Bittar⁴⁴:

A cidade moderna acolhe as paradoxais condições da modernidade: máximo desenvolvimento, máxima técnica, máximo deslumbramento, de um lado, e máxima miséria, máximo esquecimento, máxima alienação, máximo individualismo de outro lado. As cidades modernas são modernas demais. Por isso, realizam os paradoxos da modernidade, permitindo que o excesso seja a sua regra. Excesso de trânsito, de ruído, de pessoas, de coisas em circulação, de poluição, de lixo, de violência... Somos desabitados de nós mesmos ao habitarmos esses conglomerados urbanos.

A transição da fase sólida da modernidade para a líquida é marcada pela: segregação das novas elites, o afastamento da população do local e a distância progressiva entre os espaços em que vivem os das primeiras filas para os das últimas filas.⁴⁵

É a lição de Eduardo Bittar⁴⁶:

As cidades são apenas a forma plasmada das categorias sociais, e, por isso, onde predomina a lógica da modernidade excludente, fica claro que a cidade é pensada apenas como lugar de usufruto e privilégio civilizatório de alguns. Nessa medida, a miséria na cidade é a expressão da pobreza dos homens, pois, se a cidade é construção, é ela também a realização histórica consolidada do espírito de uma época. Assim, fica claro que a lógica da cidade moderna observa a mesma lógica da modernidade, ou seja, revela-se como desumana e excludente.

⁴² BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 8-9.

⁴³ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 16-17.

⁴⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. p. 243.

⁴⁵ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 9.

⁴⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. p. 243-244.

A parte crucial, todavia, que marca a vida urbana contemporânea é a “interação entre as pressões globalizantes e o modo como as identidades locais são negociadas, modeladas e remodeladas”.⁴⁷ As cidades são desfiguradas pelos poderes globais incidentes em termos humanos, econômicos, ambientais e sociais.

Os poderes reais, ou seja: o poder decisório é fluído no espaço global. As instituições políticas, por sua vez, são locais. Concebe-se, assim, a ideia de que a política detém atuação limitada ao local e não ao espaço global. Eis a razão pela qual os grandes temas globais só entram na esfera política quando repercutem localmente, por exemplo: poluição do ar ou de recursos hídricos, a comercialização da saúde sob influência da indústria farmacêutica, a expansão do terrorismo, a devastação dos meios de sobrevivência e o deslocamento de pessoas. Quanto mais a política se afastar das decisões globais mais serão atingidas em suas realidades locais.⁴⁸

Essa realidade enuncia o desafio de encontrar soluções locais para problemas globais.⁴⁹

As cidades, portanto, são o campo de batalha dos poderes globais e as identidades locais. Não há resultado perfeito, mas apenas aceitável de modo a proporcionar a convivência saudável⁵⁰.

3 DECRESCIMENTO

É inegável a crise ambiental em que vive a humanidade. Há muitos alertas, por muitas entidades e pesquisadores, quanto ao modo pelo qual o ser humano trata a Terra e o seu semelhante. É conhecida a negligência humana no trato dos recursos naturais. Tudo o que se tem feito em termos de agressão ao meio ambiente se deu em nome da pretensa necessidade de desenvolvimento e do progresso como forma única de emancipar, de forma egoística e individualista, o indivíduo.

⁴⁷ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 9.

⁴⁸ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 10-12.

⁴⁹ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 11.

⁵⁰ BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. p. 13.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Leonardo Boff⁵¹ descreve com detalhes esta crise e, inclusive, alerta ser a sustentabilidade uma questão de vida ou morte. No mesmo sentido, o diagnóstico de Bernard Perret⁵².

Não apenas em termos ambientais, mas a globalização, segundo estudado em Bauman, impõe contradições das mais agressivas.

Decrescimento é, segundo Paul Ariès *apud* Serge Latouche⁵³, “um *slogan* político com implicações teóricas”. É o abandono do crescimento pelo crescimento, desenvolvimento e progresso por si só como dogma intocável, estes que geram apenas enriquecimento dos detentores do capital produtivo e destroem recursos naturais finitos. É uma crítica ao desenvolvimento com o escopo de propor um projeto alternativo pós-desenvolvimento.⁵⁴

O decrescimento questiona o desenvolvimento sustentável. Não pode este ser, conforme salienta Bernard Perret⁵⁵, um “...mantra, uma fórmula mágica que evita nos desesperarmos com nossas contradições”.

Leonardo Boff adverte que “Nessa guerra total, fruto da ganância, da vontade de acumular e de poder, rompemos um limite que, uma vez ultrapassado, põe em risco a saúde de Gaia”.⁵⁶

Acautela gravemente Bernard Perret⁵⁷ que:

Por ora, tudo indica que rumamos para a catástrofe. Ainda é possível limitar seus danos, mas o caminho é estreito. Passar do crescimento atual para um desenvolvimento sustentável a longo prazo não ocorrerá sem mudanças profundas dos modos de produção e consumo, dificilmente concebíveis sem uma mobilização da sociedade, mobilização da qual o modelo é equivalente a um esforço de guerra.

⁵¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 13-29.

⁵² PERRET, Bernard. **O capitalismo é sustentável?** São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 14-21.

⁵³ LATOUCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. Tradução António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 13.

⁵⁴ LATOUCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. p. 13-14.

⁵⁵ PERRET, Bernard. **O capitalismo é sustentável?** p. 13.

⁵⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. 4. ed. Petrópolis: RJ: Vozes, 2015, p. 24.

⁵⁷ PERRET, Bernard. **O capitalismo é sustentável?** p. 19.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A ponderação simultânea do volume de recursos naturais não renováveis e da velocidade com que se regeneram os recursos naturais renováveis é que impõe a marcha do desenvolvimento.⁵⁸ Vale dizer: há um limite bem definido e que o ser humano não respeita.

Carlos Taibo⁵⁹ adverte:

Pero las agresiones, y con ellas la ruptura de delicados equilibrios, alcanzan también a la biodiversidad, producto por igual del cambio climático y de la contaminación. La ONU reunió em su momento a 1.300 científicos que convinieron em afirmar que, de resutas de la actividad humana, más de 60% de los ecosistemas existentes han experimentado una degradación em el transcurso del último siglo, o en su defecto no son mantenidos de maneira que permita su renovación. Em términos generales, las especies desaparecen hoy com um ritmo entre cien y mil veces superior al que se registraba em la era preindustrial.

Não é o decrescimento uma teoria sobre o crescimento negativo ou, ainda, sobre a diminuição da velocidade do progresso. O decrescimento propõe uma mudança de direção e, possivelmente, o termo mais adequado à sua categorização seja “a-crescimento”, uma vez que orienta no sentido de abandonar a economia, o progresso e o desenvolvimento como fim em si mesmo, tal qual uma religião.⁶⁰

Assim, segundo Serge Latouche⁶¹:

A gestão dos limites do crescimento tornou-se um desafio intelectual e político. A pesquisa teórica sobre o decrescimento insere-se portanto num movimento mais amplo de reflexão sobre a bioeconomia, o pós-desenvolvimento e o a-crescimento.

Em termos de Direito Urbanístico e Planejamento Urbano brasileiro, tem-se que o decrescimento, e seu círculo virtuoso de mudanças interdependentes, contribui para a materialização de uma cidade realmente sustentável, na linha do que preconiza o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), a saber:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a

⁵⁸ LATOUCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. p. 14.

⁵⁹ TAIBO, Carlos. **Por qué el decrecimiento?** Um ensayo sobre la antesala del colapso. Barcelona: Los libros del lince, 2014, p. 72.

⁶⁰ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 5-6.

⁶¹ LATOUCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. p. 17.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

idades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Compõe com igual importância⁶², o projeto do decrescimento, o círculo de virtudes oito ‘erres’, quais sejam⁶³: 1) reavaliar, 2) reconceituar, 3) reestruturar, 4) redistribuir, 5) relocar, 6) reduzir, 7) reutilizar, 8) reciclar.⁶⁴ São estes vetores que orientam a reação ao estado globalizado.

Reavaliar os valores da sociedade. Preside toda a mudança. Triunfa hoje o egoísmo que promove a competição, a obsessão pelo trabalho, o consumo ilimitado, a globalização, a eficiência produtivista, o material, por exemplo. Estes podem ser substituídos, respectivamente, pelo altruísmo, pela cooperação, pelo prazer do lazer e da contemplação, pela importância da vida social, pelo local, por gosto pela obra e pelo relacional. Acima de tudo o homem deve se converter em um jardineiro da Terra e não um predador, ou seja, deve-se reavaliar a crença de subjugar a natureza para uma integração harmoniosa.⁶⁵

Leonardo Boff⁶⁶ pondera que os indivíduos não precisam ser o Satã da Terra, mas o Anjo bom, cuja vocação é cultivar o jardim tal qual aquele do Éden.

Ao reavaliar e com a mudança de valores é necessário reconceituar pobreza e riqueza e, ainda, escassez e abundância de modo a não se permitir que, mesmo diante da abundância se crie a artificial necessidade mediante a estratégia de apropriação da natureza e sua mercantilização. Exemplo deste apoderamento é o que já se fez com a água e o que se faz, hoje, com o homem do campo por intermédio do despojar de suas terras em prestígio ao agronegócio de organismos geneticamente modificados.⁶⁷

⁶² Não obstante se reconheça que reavaliar, reduzir e relocar sejam vetores estratégicos. LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 58.

⁶³ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Dimensão econômica da sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte. v. 13, n. 25, p. 148-150, janeiro/abril 2016.

⁶⁴ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 42.

⁶⁵ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 43-45 e 58.

⁶⁶ BOFF, Leonardo. **A opção-Terra: a solução para a Terra não cai do céu**. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 13.

⁶⁷ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 45-46.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Perpassa, inclusive, rebatizar o consumo, a vida social, a forma de produção, o deslocamento de pessoas, o trabalho, e tantas outras esferas atinentes ao ser humano. Ressignificar a forma da vida humana no Planeta.

Reestruturar implica harmonizar a forma produtiva e as relações sociais aos novos valores adotados.⁶⁸ Vale dizer “só será possível conciliar o social com a ecologia ao preço de uma nova interpretação da noção de bem-estar”, consoante Bernard Perret.⁶⁹

Redistribuir riquezas e acesso ao patrimônio natural entre classes e indivíduos é parte do círculo virtuoso. É a congregação de todos os vetores práticos da mudança. A redistribuição tem duplo efeito na medida em que, diretamente, reduz o poder de consumo dos grandes predadores e, indiretamente, diminui a sedução da ostentação.⁷⁰ O consumismo deixa de ser métrica da qualidade de vida das pessoas.

Relocalizar é render (gerar e produzir) localmente. É relocalizar a economia, a política, a cultura e a vida cotidiana. É satisfazer as necessidades da população com a produção, por empresas e com o capital local. Entende-se também como o ancorar a política, a cultura e a economia ao território local, o que afeta o emprego de milhões de pessoas.⁷¹ Finalmente, é reaprender a valorizar a sua terra e o seu lugar.

Para Carlos Taibo⁷²:

Lo que debe postularse es una suerte de relocalización abierta, rompiendo la lógica del libe comercio, no para protegernos frente a la competición, y menos aún para propiciar una activa reindustrialización. Lo que tenemos que hacer es preguntarnos, local y colectivamente, qué es lo que producimos, cómo lo hcaemos y com qué objetivo.

Reduzir os efeitos da produção, do consumo (excessivo) e do desperdício sobre os recursos naturais é essencial. Inclui-se, ainda, a redução do turismo de massa (predatório em sua essência, segundo

⁶⁸ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 46-47.

⁶⁹ PERRET, Bernard. **O capitalismo é sustentável?** p. 17.

⁷⁰ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 47-49 e 58.

⁷¹ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 49 e 58.

⁷² TAIBO, Carlos. **Por qué el decrecimiento?** Um ensayo sobre la antesala del colapso. Barcelona: Los libros del lince, 2014, p. 82.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Serge Latouche) e do tempo de trabalho de modo a redistribuir as oportunidades e desintoxicar do vício do trabalho. É reduzir a velocidade e apreciar a lentidão.⁷³

Reutilizar detém repercussão maior sobre as empresas na medida em que se criem políticas sérias, concretas e, portanto, corajosas com o fim de impedir a obsolescência programada dos objetos (coisas). É, para as empresas, garantir a duração (não efêmera) dos produtos. É, para o ser humano, reaprender o consumo respeitoso à biosfera e ao semelhante e, inclusive, resgatar e ideia do consertar coisas e adquiri-las, em bom estado de conservação, mesmo em segunda mão (sem que isso gere um sentimento de autodesvalorização).⁷⁴

Reciclar é utilizar como matéria-prima de outro objeto aquilo (a coisa) que foi demasiadamente utilizado e realmente cumpriu sua vida útil evitando que se transforme em lixo inútil.⁷⁵

Esse círculo virtuoso muitas vezes é taxado de romântico ou nostálgico, mas representa a oposição aos excessos da modernidade, tais como: superatividade, superprodução, superabundância, excesso de consumo, superendividamento, supermedicalização, excesso de comunicação, entre outros. Estes excessos geram: deslocalização industrial, deflação monetária, desencantamento político, desmotivação cultural, por exemplo.⁷⁶ É também resposta ao “fatalismo malandro” que indica Bernard Perret⁷⁷.

A expressão urbanística desse projeto de decrescimento se concretiza por intermédio das cidades lentas. Estas materializam as ideias do círculo virtuoso exposto anteriormente.

O movimento cidades lentas (*cittàslow*⁷⁸) nasceu na Itália, em 1999, por ideia de Paolo Saturnini, em *Greve in Chianti* e preconiza um ritmo de vida desacelerado e saudável em todos os seus

⁷³ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 49-54.

⁷⁴ LATOUCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. p. 216-217.

⁷⁵ LATOUCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. p. 217-219.

⁷⁶ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. p. 57-58.

⁷⁷ PERRET, Bernard. **O capitalismo é sustentável?** p. 18.

⁷⁸ INTERNATIONAL NETWORK OF CITIES WHERE LIVING IS GOOD. <Disponível: <http://www.cittaslow.org/>> Acesso em 25 jul. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

aspectos, com respeito à diversidade local e com vistas ao desenvolvimento durável. É, de fato, pensar em qualidade de vida e realização pessoal, social, comunitária, territorial e ambiental⁷⁹.

É um compromisso com a qualidade ao revés da quantidade, um retardar do frenético ritmo urbano em prol da renovação do compromisso do ser humano consigo mesmo, com seu semelhante e com o ambiente em que se encontra inserido. Reestruturam-se elos sociais e a fraternidade.

Pode-se afirmar que se trata da humanização dos seres humanos – o que por si só demonstra a que nível de degradação os indivíduos chegaram – e o respeito pelos ritmos próprios: pessoas e meio ambiente em todas as suas acepções, conciliando as diversas áreas da vida, minimizando idiosincrasias e excessos⁸⁰.

Reavaliar a condição das cidades é o ponto de partida à sustentabilidade. Identificadas as mazelas urbanas reconceituam-se as prioridades da comunidade e reestrutura-se em direção à qualidade de vida. O olhar local (relocalizar) valoriza as comunidades tradicionais, sustenta a economia e gera a percepção da possibilidade de mudança de rota.

Cumprir, assim, ao decrescimento resistir às contradições da globalização e recuar para, responsabilmente, avançar para um viver mais qualitativo com respeito ao meio ambiente e ao semelhante, reconhecendo que o quadro das cidades globais é grave, mas sem perder de vista a real necessidade de tomada de decisões concretas, muitas vezes duras e conservacionistas. Na maioria das vezes decisões impopulares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O **objetivo** deste artigo foi refletir sobre as cidades, a globalização e suas contradições na perspectiva de Zigmunt Bauman e o decrescimento proposto por Serge Latouche como um instrumento capaz de contribuir para a concretização de cidades lentas e realmente sustentáveis.

⁷⁹ SLOW MOVEMENT PORTUGAL ONG. O que é movimento *slow*? <Disponível: <http://www.slowmovementportugal.com/>> Acesso em 25 jul. 2017.

⁸⁰ SLOW MOVEMENT PORTUGAL ONG. O que é movimento *slow*? <Disponível: <http://www.slowmovementportugal.com/>> Acesso em 25 jul. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Compreendeu-se de que forma o decrescimento contribui para a sustentabilidade urbana.

A globalização produz contradições graves no meio urbano, assim como insufla o individualismo. Estudou-se a proposta de decrescimento como um caminho para a sustentabilidade mediante a concretização do círculo virtuoso dos oito erres, quais sejam: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar e reciclar.

Para atingir os objetivos do estudo se construiu o raciocínio no conhecimento das cidades como o ambiente para se habitar, trabalhar, recrear e circular. Em seguida, entendeu-se as atuais contradições globais à luz de Zigmunt Bauman para, finalmente, estudar-se o decrescimento proposto por Serge Latouche como instrumento de sustentabilidade e implementação de cidades lentas.

Conclui-se, portanto, que a proposição do decrescimento concorre, quando implementados os vetores do círculo virtuoso, para a construção de cidades lentas e, de fato, sustentáveis.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zigmunt. **Confiança e medo na cidade**. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

BODNAR, Zenildo. **Regularização registral imobiliária na efetivação de direitos fundamentais da cidade sustentável**. Dissertação de Mestrado em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Universidade Federal do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2015.

BOFF, Leonardo. **A opção-Terra**: a solução para a Terra não cai do céu. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 13.

_____. **Sustentabilidade**: o que é: o que não é. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013

BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências**. <<https://goo.gl/PXk21E>> Acesso em 25 jul. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

BRUNO FILHO, **Princípios de direito urbanístico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio de Fabris Editor, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. 2ª reimpressão. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina Coimbra, 2001.

CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, Estado, Globalização e Crise. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR. n. 3, 2003. Disponível em: <https://goo.gl/bguoob>. Acesso em 21 jul. 2017.

DAVIS, Kingsley, “A urbanização da humanidade”, in DAVIS, Kingsley. **Cidades, a urbanização da humanidade**, Tradução de José Reznik. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

DUFOUR, Dany-Robert. **O divino mercado**: a revolução cultural liberal. Tradução de Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008, p. 19.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schimitt Siqueira Garcia. Dimensão econômica da sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte. v. 13, n. 25, p. 148-150, janeiro/abril 2016.

INTERNATIONAL NETWORK OF CITIES WHERE LIVING IS GOOD. <Disponível: <http://www.cittaslow.org/>> Acesso em 25 jul. 2017.

LACAZE, Jean-Paul. **Os métodos do urbanismo**. Tradução Marina Appenzeller. Campinas, SP: Papyrus, 1993.

LATOCHE, Serge. **O desafio do decrescimento**. Tradução António Viegas. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

_____. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**, Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEITE, Carlos. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano**. Porto Alegre: Bookman, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

LIMA, Marcia Cristina Senra Marinho de. Cidade, identidade e os lugares de memória. **Revista Unimontes Científica (Online)**. n. 2. vol. 14. 2012. Disponível em <<https://goo.gl/GVcEer>> Acesso em: 6 mai. 2017.

LYNCH, Kevin, “A cidade como meio ambiente”, in DAVIS, Kingsley. **Cidades, a urbanização da humanidade**, Tradução de José Reznik. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

LYNCH, Kevin, **A boa forma da cidade**. Tradução de Jorge Manuel Costa Almeida e Pinho. Lisboa/Portugal: Edições 70, LDA, 2012.

MUMFORD, Lewis. **A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas**. Tradução de Neil R. da Silva. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NORA, P. **Entre Memória e História - a problemática dos lugares**. Tradução de Yara Aun Houry. *Projeto História*, São Paulo, v. 10, dez. 1993. Disponível em <<https://goo.gl/zyP0JC>> Acesso em: 5 jun. 2017.

PALEN, J. John. **O mundo urbano**. Tradução de Ronaldo Sérgio De Biasi e Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1975.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PERRET, Bernard. **O capitalismo é sustentável?** São Paulo: Edições Loyola, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SJOBORG, Gideon, “Origem e evolução das cidades”, in DAVIS, Kingsley. **Cidades, a urbanização da humanidade**, Tradução de José Reznik. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

SLOW MOVEMENT PORTUGAL ONG. O que é movimento *slow*? <Disponível: <http://www.slowmovementportugal.com/>> Acesso em 25 jul. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAIBO, Carlos. **Por qué el decrecimiento?** Um ensayo sobre la antesala del colapso. Barcelona: Los libros del lince, 2014.

AMERICA FIRST: AS PERSPECTIVAS DO ACORDO DE PARIS SOBRE O AQUECIMENTO GLOBAL APÓS A DESREGULAMENTAÇÃO AMBIENTAL DE WASHINGTON

Flávio Marcelo Rodrigues Bruno¹

Raimundo Giovanni França Matos²

INTRODUÇÃO

De acordo com o *Instituto de Recursos Mundiais (WRI)*³ a China ocupa o primeiro lugar entre os maiores emissores de gases de efeito estufa na atmosfera, sendo seguida por Estados Unidos, União Europeia e pelo Brasil. Estas nações representam os maiores emissores de gases nocivos ao meio ambiente, refletindo mais de dois terços do total global de emissões.

Mesmo diante deste cenário, em junho de 2017, o governo norte-americano anunciou a sua retirada do *Acordo de Paris*⁴ que foi ratificado pelas 195 nações que fazem parte da *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, sigla em inglês)*⁵, mais a União Europeia e a Autoridade Palestina, durante a *21ª Conferência das Partes (COP-21)*,⁶ ocorrida em Paris, em 2015. O governo americano alegou que o *Acordo de Paris* seria desvantajoso para as políticas de

¹ Doutorando em Direito Internacional (UERJ/Brasil). Mestre em Direito (PUC-PR/Brasil). Mestre em Economia (UNISINOS-RS/Brasil). Especialista em Direito e Economia (UFRGS/Brasil). Graduado em Direito (UNISINOS/Brasil). Pesquisador vinculado ao Grupo de Pesquisas em Direito Internacional dos Investimentos (UERJ/Brasil) e ao Grupo de Estudos em Novas Tecnologias e o impacto nos Direitos Humanos (UNIT-SE/Brasil), membro do Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento (Nead/PUC-PR/Brasil) e do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Internacional (Nepedi-UERJ/Brasil). Professor Auxiliar de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/Brasil). Endereço Eletrônico: flavio.bruno@msn.com.

² Doutorando em Direito Político e Econômico (MACKENZIE-SP/Brasil). Mestre em Direito (PUC-PR/Brasil). Especialista em Direito Processual Civil (JUSPODIVM-BA/Brasil). Graduado em Direito (UNIT-SE/Brasil) Professor Adjunto e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Universidade Tiradentes (UNIT-SE/Brasil).

Endereço Eletrônico: rg.adv@hotmail.com.

³ *World Resources Institute*. Acessível em: <http://www.wri.org>

⁴ *Conference of the Parties*. Acessível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>

⁵ *United Nations Framework Convention on Climate Change*. Acessível em: <http://newsroom.unfccc.int>

⁶ *21ª Conference of the Parties*. Acessível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

crescimento econômico, contrário aos interesses dos trabalhadores e injusto com a economia dos Estados Unidos.

Com o anúncio de Washington, o país se torna membro do seleto clube de nações que não assumiram um compromisso internacional comum na luta contra as mudanças climáticas. Um conglomerado composto por apenas três membros: Síria, Nicarágua e, agora, os Estados Unidos. O restante dos países do mundo, incluindo nações como Coreia do Norte e a Somália assinaram o *Acordo de Paris* que prevê até 2030 a limitação do aumento das temperaturas mundiais em um nível mais próximo possível de 1,5º graus *Celsius* (°C) em relação aos níveis pré-industriais. Inclusive os países membros da *Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP)*⁷, maiores interessados em preservar o uso global dos combustíveis fósseis, assinaram o documento.

A decisão de Washington abalou as estruturas de um movimento global em prol da defesa do meio ambiente, da cooperação pelo clima, das alterações climáticas e da diminuição dos impactos ambientais causados pela emissão de gases de efeito estufa na atmosfera. Um retrocesso nas políticas multilaterais de preservação do planeta. A decisão tem, num dos lemas do chefe de Estado norte americano, uma clara sinalização: “*America First*”, e deve provocar um terremoto político em todo o mundo e prejudicar de forma intensa o combate às mudanças climáticas.

Em resposta a decisão adotada pelos Estados Unidos, o Presidente de França falou em inglês, para se fazer ouvir na América e lançou no ar uma adaptação da frase chave da corrida eleitoral de 2016 à presidência dos Estados Unidos:⁸ “*make our planet great again*” ou “tornar o nosso planeta grande outra vez”, foi o que disse o chefe de Estado francês, enquanto Washington colocava os norte-americanos no isolamento de uma das iniciativas mais relevantes para o futuro do planeta.

Em meio a afirmação de que nada era negociável no *Acordo de Paris* sobre o combate às alterações climáticas. E dirigindo-se diretamente aos Estados Unidos, em discurso com tom de seriedade, força

⁷ *Organization of the Petroleum Exporting Countries*. Acessível em: http://www.opec.org/opec_web/en/

⁸ Uma alusão ao principal lema da campanha de eleição do atual chefe de Estado norte-americano que ecoou e o impulsionou a vitória na corrida eleitoral: “*make America great again*” ou “tornar a América grande outra vez”.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

e reprovação, o Presidente francês afirmou: "não se enganem sobre o clima. Não há plano B, porque não há planeta B".

A contrariedade ao *Acordo de Paris* manifestada pelo atual presidente norte-americano e suas convicções sobre o clima eram conhecidas desde o período eleitoral de 2016, inclusive, a retirada das negociações e o abandono de medidas em concordância com o *Acordo de Paris* faziam parte de suas plataformas de governo se caso eleito. O que era, portanto, algo certo entre os norte-americanos, inclusive com amplas correntes de apoio às medidas contrárias aos ditames do *Acordo*, atualmente abala as estruturas da urgente redução de gases de efeito estufa na atmosfera que causas severas alterações climáticas, entre elas, o aquecimento global.

É diante deste contexto que o presente trabalho pretende identificar as perspectivas do *Acordo de Paris* sobre o aquecimento global após a desregulamentação ambiental de Washington, num primeiro capítulo identificando a temática central das discussões nas alterações climáticas globais e os sinais vitais do planeta. No segundo momento, revisitando a arquitetura da ordem jurídica internacional sobre mudanças climática. E ao final, no terceiro e último capítulo buscando compreender quais são os efeitos da nova política de Washington no combate ao aquecimento global.

Esclarecendo que não é objetivo e tampouco poderia o ser, o esgotamento do tema, por sua importância no mundo atual, seu dinamismo e sua necessidade de ser constantemente pauta de negociações que façam evoluir e não retroceder a pauta de combate à causa de alteração climática, dentre elas, a mais severa de todas – o aquecimento global. Tendo como pano de fundo a tentativa de elucidar a perspectiva que, a partir da saída dos Estados Unidos, se tem sobre o verdadeiro cumprimento do documento multilateral mais importante do Século 21 sobre o meio ambiente, fruto de intensas negociações e que tem como principal agenda a redução do impacto do homem na natureza em prol da preservação do planeta.

1 AS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS GLOBAIS E OS SINAIS VITAIS DO PLANETA

De acordo com os estudos de Foucault⁹, clima é o comportamento dinâmico das condições da atmosfera em determinado local, é composto por um conjunto de variáveis meteorológicas sucessivas e que ciclicamente se repetem ao longo temporal de meses ou anos. Quando se aborda o clima, é feita referência a um conjunto de dados que envolvem a temperatura, a intervenção da luz solar, o grau de precipitações, a umidade do ar e a pressão atmosférica¹⁰.

A dinâmica do clima sofre influências humanas em todas as suas composições, o que ocasiona a determinação das mudanças climáticas.¹¹ A influência da ação humana sobre o clima é clara e indiscutível. Nesse sentido, em fundamental relatório, o *Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC, sigla em inglês)*¹², determinou que as emissões de gases de efeito estufa¹³ produzidas pelas atividades humanas, como a queima de combustíveis fósseis (derivados do petróleo, carvão mineral e gás natural) para geração de energia, as atividades industriais e de transportes; a conversão do uso do solo; a agropecuária; o descarte de resíduos sólidos (lixo) e o

⁹ FOUCAULT, Alain. **O Clima: história e dever do meio ambiente terrestre**. Lisboa: Instituto Piaget, 2015.

¹⁰ O *Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC)*, uma organização científico-política no âmbito do *Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)* e da *Organização Meteorológica Mundial (OMM)*, conceitua o clima em sentido estrito como 'tempo meteorológico médio', ou mais precisamente, como a descrição estatística de quantidades relevantes de mudanças do tempo meteorológico num período de tempo, que vai de meses a milhões de anos. O período clássico é de 30 anos, definido pela *Organização Mundial de Meteorologia (OMM)*. Essas quantidades são geralmente variações de superfície como temperatura, precipitação e vento. O clima num sentido mais amplo é o estado, incluindo as descrições estatísticas do sistema global. (IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Synthesis Report: Summary for Policymakers**).

¹¹ Em sua definição, a mudança climática é uma variação estatisticamente significativa em um parâmetro climático médio (incluindo sua variabilidade natural), que persiste num período extenso (tipicamente décadas ou por mais tempo). Em termos abstratos, a mudança climática pode ser causada por processos naturais, e realmente no passado da Terra houve variações importantes no clima, como por exemplo, os períodos glaciais. Contudo, a mudança recente tem sua causa nas atividades humanas. (IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Synthesis Report: Summary for Policymakers**).

¹² *Intergovernmental Panel on Climate Change*. Acessível em: <https://www.ipcc.ch>.

¹³ A atmosfera, a camada de ar que envolve o planeta Terra, é constituída por vários gases. Os principais são o *nitrogênio (N₂)* e o *oxigênio (O₂)* que, juntos, compõem cerca de 98,9% da atmosfera. Vários outros gases encontram-se presentes em pequenas quantidades e, naturalmente, constituem os conhecidos “gases de efeito estufa” como o *dióxido de carbono (CO₂)*, *ozônio (O₃)*, *metano (CH₄)* e o *óxido nitroso (N₂O)*, *hidrofluorcarbonos (HFCs)*, *perfluorcarbonos (PFCs)*, *hexafluoreto de enxofre (SF₆)*, juntamente com o *vapor d’água (H₂O)*. O mais poluente entre eles é o *dióxido de carbono (CO₂)*, cuja concentração na atmosfera saltou de 288 partes por milhão (ppm) no período pré-industrial (até 1750) para 378,9ppm em 2005, e que em números atuais de 2017 já está em 406,17ppm. (BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. **Efeito Estufa e a Convenção sobre Mudança do Clima**, Cartilha. Brasília: 1999; ALVES, José Eustáquio Diniz. **Concentração de CO₂ na atmosfera chega a 410 ppm**. in *EcoDebate*. 24 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2017/04/24/concentracao-de-co2-na-atmosfera-chega-410-ppm-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em 03 de junho de 2017).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

desmatamento são os principais fatores negativos dessa interferência humana no clima, e têm crescido sem cessar, estando atualmente nos níveis mais altos já verificados na história.¹⁴

Os efeitos negativos das emissões de gases de efeito estufa levam ao aquecimento global, inequivocamente o mais contundente efeito sobre a sociedade humana, e muitas das mudanças observadas nas últimas décadas não têm precedentes. O aquecimento global é um fenômeno climático de extensão significativa. Ensinam Silva e Paula¹⁵ que os fatores de interferência humana são tidos como antropogênicos e são relacionados à emissão de gases de efeito estufa e grande parte do aumento de concentração desses gases é a causadora do aquecimento global. Sua origem assim, é antropogênica, como evidencia uma demonstração relevante do *Projeto Global do Carbono (GCP, sigla em inglês)*¹⁶, sobre os resultados da maioria dos estudos científico da última década, em apontar as atividades humanas como o principal causador das mudanças climáticas, em específico, sendo o homem responsável por 97% do aquecimento global na atualidade.

A temperatura média na superfície terrestre e oceânica no ano de 2016 foi a mais alta desde 1880, é o terceiro ano consecutivo de recordes do aquecimento global. De acordo com a *Administração Nacional para os Oceanos e a Atmosfera (NOAA, sigla em inglês)*,¹⁷ em seu relatório anual sobre o clima global, "durante 2016, a temperatura média na terra e nos oceanos esteve 0,94°C acima da média do Século 20 que foi de 13,9°C e registrando o nível mais alto desde 1880". O relatório ainda acrescenta que desde o início do Século 21 o recorde de temperatura global anual aumentou cinco vezes nos anos de 2005, 2010, 2014, 2015 e 2016.¹⁸

Em demonstração infográfica da *Administração Nacional da Aeronáutica e do Espaço (NASA, sigla em inglês)*,¹⁹ é possível comparar os níveis das camadas de gelo global com a extensão de gelo

¹⁴ IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Synthesis Report: Summary for Policymakers**; NOAA. National Oceanic and Atmospheric Administration. **Trends in Atmospheric Carbon Dioxide**. 2017. Disponível em: <https://www.esrl.noaa.gov/gmd/ccgg/trends/graph.html>. Acesso em 03 de junho de 2017.

¹⁵ SILVA, Robson Willians da Costa; PAULA, Beatriz Lima. **Causa do aquecimento global: antropogênica versus natural**. *Terræ Didática*, 5(1):42-49, 2009. Disponível em: <http://www.ige.unicamp.br/terraedidatica/>. Acesso em 03 de junho de 2017.

¹⁶ *Global Project Carbon*. Acessível em: <http://www.globalcarbonproject.org/index.htm>.

¹⁷ *National Oceanic and Atmospheric Administration*. Acessível em: www.noaa.gov.

¹⁸ NOAA. National Oceanic and Atmospheric Administration. **PMEL. Carbon Group. What is Ocean Acidification?**. 2017. Disponível em: <https://www.pmel.noaa.gov/co2/story/What+is+Ocean+Acidification%3F>. Acesso em: 3 de junho de 2017. p.6.

¹⁹ *National Aeronautics and Space Administration*. Acessível em: <https://www.nasa.gov/>

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

oceânico nos polos de 2000 a 2016, demonstrando que continuam em séria regressão. No Ártico, no inverno de 2016, foi registada a menor extensão pelo segundo ano consecutivo, enquanto na época do degelo foi registada a menor área desde que existem se iniciaram as séries de registos, com uma regressão do gelo semelhante à ocorrida em 2007. Na Antártida, no inverno, a extensão do manto de gelo oceânico foi a décima mais baixa e no degelo foi registado o nono mínimo em termos de área coberta de gelo. Quanto aos oceanos, a temperatura ficou 0,75 °C acima da média do século passado, ligeiramente superior ao anterior pico, atingido em 2015. O último mês do ano de 2016 foi considerado o terceiro dezembro mais quente desde 1880.²⁰

De acordo com as principais agencias que registram o clima na Terra, as evidências científicas do aquecimento global são irrefutáveis.²¹ Os levantamentos mais relevantes e contundentes são os realizados pela *Administração Nacional da Aeronáutica e do Espaço (NASA)*, disponíveis em seu website para ampla divulgação e consulta.²² E de acordo com estes levantamentos, é possível identificar as evidências e as causas das mudanças climáticas. Se também considerar-se, além do órgão, as demonstrações e revisões de literatura, será possível determinar que as mudanças climáticas sejam relevantes e irrefutáveis cientificamente, ainda mais se forem consideradas em suas evidências.

Constata-se um aumento do nível do mar: os estudos indicam que o nível global do mar subiu o dobro do século passado²³. É inegável o aumento global da temperatura: a temperatura média da superfície aumentou de forma significativa, impulsionada, principalmente, pelo aumento dos gases estufa. A maior parte do aquecimento global ocorreu nos últimos 35 anos, não apenas o ano de 2016 foi o mais caloroso já registrado, como oito de seus doze anos foram os mais quentes em comparação com outros meses de anos anteriores.²⁴ Dados demonstram o aquecimento dos

²⁰ NOAA. National Oceanic and Atmospheric Administration. **Trends in Atmospheric Carbon Dioxide.**

²¹ IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Synthesis Report: Summary for Policymakers**; NOAA. National Oceanic and Atmospheric Administration. **Global Climate Report: Annual 2016.**

²² *National Aeronautics and Space Administration.* Acessível em: <https://climate.nasa.gov>

²³ CHURCH, John. A; WHITE, Neil J. **A 20th century acceleration in global sea level rise**, *Geophysical Research Letters*, Vol. 33, Issue 1, 2006; NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.** 2017. Disponível em:

https://earthobservatory.nasa.gov/GlobalMaps/view.php?d1=MOD10C1_M_SNOW&d2=MOD11C1_M_LSTDA. Acesso em 03 de junho de 2017.

²⁴ NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

oceanos: os oceanos absorveram parte significativa desse aumento do calor²⁵. Houve redução das camadas de gelo: o gelo na Groenlândia diminuiu em massa, perdendo de 150 a 250km³ de gelo no período de 2002 a 2006, enquanto a Antártida perdeu cerca de 152km³ entre 2002 e 2005.²⁶ Registrou-se um declínio do gelo do mar Ártico: tanto as extensões como a espessura do gelo do mar Ártico diminuíram rapidamente nas últimas décadas.²⁷ Houve uma retração glacial: as geleiras estão recuando em todo o mundo, incluindo os Alpes, o Himalaia, os Andes, as Montanhas Rochosas, o Alaska e a África.²⁸ Registraram-se eventos naturais extremos: o número de eventos naturais como chuvas torrenciais, tempestades com tornados, ciclones e tsunamis, ventanias, ondas de calor e frio intensas, nevascas, secas e inundações tem aumentado tanto em altas temperaturas como em baixas desde 1950.²⁹ Ocorreu um aumento da acidez oceânica: desde a Revolução Industrial, a acidez das águas aumentou em cerca de 30%. Esse aumento é o resultado da ação humana emitindo gases estufa na atmosfera, aumentando a absorção por parte dos oceanos em sua camada mais superior.³⁰ Uma diminuição da cobertura de neve na primavera norte: as observações por satélite revelam que a quantidade de cobertura de neve da primavera no Hemisfério Norte diminuiu nas últimas cinco décadas e que a neve está derretendo mais cedo.³¹

A interferência humana é a principal causa das alterações climática. Mesmo que não se possa desconsiderar que nos levantamentos da *Administração Nacional da Aeronáutica e do Espaço*

²⁵ LEVITUS, S., et al. **Global ocean heat content 1955-2008 in light of recently revealed instrumentation problems** Geophysical Research Letters, VOL. 36, L07608, 2009; NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

²⁶ NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

²⁷ POLYAK, L. et.al., **History of Sea Ice in the Arctic, in Past Climate Variability and Change in the Arctic and at High Latitudes**, U.S. Geological Survey, Climate Change Science Program Synthesis and Assessment Product 1.2, January 2009; KAWOK, R.; ROTHROCK, D. A. **Decline in Arctic sea ice thickness from submarine and ICESAT records: 1958-2008.** Geophysical Research Letters, vol. 36, issue 15, 2009; NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

²⁸ NSIDC. National Snow & Ice Data Center. **In the cryosphere sending signals about climate change.** State of the Cryosphere reviews in Science, 14 april. 2017. Disponível em: http://nsidc.org/cryosphere/sotc/glacier_balance.html. Acesso em 03 de junho de 2017; NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

²⁹ NASEM. National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. 2016. **Attribution of Extreme Weather Events in the Context of Climate Change.** Washington, DC: The National Academies Press. 2016; NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

³⁰ SABINE, C. L. et.al. **“The Oceanic Sink for Anthropogenic CO₂,”** Science vol. 305, 16 july, 2004. p. 367-371; NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

³¹ DEKSEN, Chris. BROWN, Ross. **Spring snow cover extent reductions in the 2008-2012 period exceeding climate model projections.** Geophysical Research Letters. olume 39, Issue 19, 16 October, 2012; NSIDC. National Snow & Ice Data Center. **In the cryosphere sending signals about climate change;** NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

(NASA), aponte-se que as mudanças climáticas são uma constante na história geológica da Terra. Desde sua origem, há aproximadamente 4,55 bilhões de anos, o planeta Terra está em constante desenvolvimento, tendo passado por inúmeras alterações climáticas. Algumas dessas mudanças foram tão drásticas que diversos organismos vivos não foram capazes de se adaptar e foram extintos, como mostram os abundantes registros fósseis.³² Nesse processo de desenvolvimento natural existem ciclos de aquecimento global devido à atuação combinada dos fatores internos: as massas continentais, por exemplo, em função do tectonismo de placas, estão em constante movimento, e as mudanças de latitude e longitude afetam o clima.

Modelos matemáticos climáticos projetam que as temperaturas globais de superfície provavelmente aumentarão no intervalo entre 1,1 e 6,4°C, e o nível médio dos oceanos entre 9 a 88 cm entre 1990 e 2100. Os impactos não são apenas ambientais, mas econômicos e sociais.³³ A generalidade dos estudos científicos considera que se a temperatura global aumentar para valores mais de 2°C acima dos existentes antes da Revolução Industrial provocará alterações climáticas severas e irreversíveis.

Como se viu, grande parte da comunidade científica acredita que o aumento da concentração de poluentes antropogênicos na atmosfera é a causa principal do efeito estufa, conseqüentemente do aquecimento global. Mas as mudanças climáticas podem ter causas naturais como alterações na radiação solar e dos movimentos orbitais da Terra ou podem ser consequência das atividades humanas. O *Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC)*, órgão das Nações Unidas, responsável por produzir informações científicas, afirma que há 90% de certeza que o aumento de temperatura na Terra está sendo causado pela ação do homem.³⁴

Assim, as atividades humanas passaram a ter influência importante nas mudanças climáticas. Historicamente, os países desenvolvidos tem sido responsáveis pela maior parte das emissões de gases de efeito estufa, mas os países em desenvolvimento vêm aumentando consideravelmente suas emissões. Dados do *Instituto de Recursos Mundiais (WRI)* identificam que atualmente, a China

³² NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

³³ NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature.**

³⁴ IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Synthesis Report: Summary for Policymakers.**

ocupa o primeiro lugar entre os maiores emissores de gases de efeito estufa na atmosfera, sendo seguida por Estados Unidos, União Europeia e pelo Brasil.

Existem várias maneiras de reduzir as emissões dos gases de efeito estufa e diminuir os efeitos do aquecimento global. É possível citar: a reduzir o desmatamento, investir no reflorestamento e na conservação de áreas naturais, incentivar o uso de energias renováveis não convencionais (solar, eólica, biomassa e pequenas centrais hidrelétricas), preferir utilizar biocombustíveis (etanol, biodiesel) a combustíveis fósseis (gasolina, óleo diesel), investir na redução do consumo de energia e na eficiência energética, reduzir, reaproveitar e reciclar materiais, investir em tecnologias de baixo carbono, melhorar o transporte público com baixa emissão de gases de efeito estufa, são algumas das possibilidades. E estas medidas podem ser estabelecidas através de políticas nacionais e internacionais de clima.

É nesse sentido que surge *A Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)*, uma base de cooperação internacional em que os seus países membros buscam estabelecer políticas para reduzir e estabilizar as emissões de gases de efeito estufa em um nível a partir do qual, as atividades humanas não interfiram seriamente nos processos climáticos naturais. A consequência da percepção global da necessária preservação do meio ambiente e o marco inicial na construção da arquitetura jurídica internacional sobre as mudanças climáticas.

2 A ARQUITETURA DA ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL SOBRE MUDANÇAS CLIMÁTICA

A primeira reunião que apresentou em suas negociações, rodadas específicas sobre as alterações climáticas aconteceu em 1992 durante a *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro (ECO-92)*, da qual resultou o texto da *Convenção do Clima*, assinado e ratificado por 175 países, reconhecendo a necessidade de um esforço global para o enfrentamento das questões climáticas. Com a entrada em vigor da referida *Convenção*, os representantes dos diferentes países passaram a se reunir anualmente para discutir a sua implementação, estas reuniões são chamadas de *Conferências das Partes (COPs)*.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Na *Conferência (ECO-92)* foi criada a *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)*, que deu origem a um regime de mudanças climáticas que está contido em um complexo de regimes com temática similar. Há uma causa transversal onde as partes atuam por integração ou por fragmentação.³⁵ Haja vista ainda no contexto da *Organização das Nações Unidas (ONU)*, se apresentam as agências especializadas como a *Organização Mundial de Meteorologia (OMM)*³⁶, o *Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)*³⁷, a *Fundação para a Alimentação e Agricultura (FAO, sigla em inglês)*³⁸ e *Agência Internacional para a Energia Atômica (IAEA, sigla em inglês)*³⁹. As questões de tema ambiental são por si só, complexas, por serem multidisciplinares, e sua operacionalização igualmente se apresenta de forma complexa.

Mesmo a *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)* esclarecendo a necessidade da redução de emissão de gases de efeito estufa, não se chegou a delimitar objetivos de forma direta e específica para efetivar ações de combate. A *Convenção-Quadro (UNFCCC)* tem o objetivo de estabilizar as concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera em um nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado em um prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, assegurando que a produção de alimentos não seja ameaçada e permitindo ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável. Para que se possibilite a operacionalização de uma agenda de redução foram criadas as *Conferências das Partes (COPs)*, reuniões com estes objetivos específicos⁴⁰.

Reconhecida como um órgão supremo da *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)*, acontece anualmente e reúne os países em conferências mundiais. Suas decisões, coletivas e consensuais, só podem ser tomadas se forem aceitas unanimemente pelas nações envolvidas, sendo soberanas e valendo para todos os países signatários da *Convenção-Quadro*

³⁵ KEOHANE, R.; VICTOR, D. **The regime complex for climate change**. The Harvard Project on International Climate Agreements. Discussion Paper. 10-33. January, 2010.

³⁶ World Meteorological Organization Extranet. Acessível em: <https://www.wmo.int/>.

³⁷ United Nations Development Programme. Acessível em: www.undp.org

³⁸ Food and Agriculture Organization of the United Nations. Acessível em: www.fao.org/

³⁹ International Atomic Energy Agency. Acessível em: www.iaea.org

⁴⁰ UNFCCC. **United Nations Framework Convention on Climate Change**, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

(UNFCCC). Seu objetivo é manter de forma regular o exame sobre as questões climáticas e tomar as decisões necessárias para promover a efetiva implementação dos objetivos de redução das alterações climática e de quaisquer instrumentos jurídicos que a *Conferência das Partes (COP)* possa adotar.⁴¹

Também compete ao órgão: examinar periodicamente as obrigações dos países e os mecanismos institucionais estabelecidos pela *Convenção-Quadro (UNFCCC)*; - promover e facilitar o intercâmbio de informações sobre medidas adotadas pelos países para enfrentar a mudança do clima e seus efeitos; promover e orientar o desenvolvimento e aperfeiçoamento periódico de metodologias comparáveis, a serem definidas pela *Conferência das Partes (COP)* para elaborar inventários de emissões de gases de efeito estufa por fontes e de remoções por sumidouros; e examinar e adotar relatórios periódicos sobre a implementação da *Convenção-Quadro (UNFCCC)* que conta com um Secretariado, sediado em Bonn, na Alemanha, e que mantém atualizadas todas as informações relativas ao combate das alterações climática.⁴²

No âmbito da *Conferência das Partes (COP)*, um dos mais fundamentais princípios que se instaurou é o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, no sentido de que as partes devem proteger o sistema climático em benefício das gerações presentes e futuras com base na equidade e em conformidade com suas respectivas capacidades. Em decorrência disso, os países desenvolvidos que participam da *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)* devem tomar a iniciativa no combate à mudança do clima e seus efeitos, devendo considerar as necessidades específicas dos países em desenvolvimento, em especial os particularmente vulneráveis aos efeitos negativos da mudança do clima.

As reuniões da *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)* no âmbito das *Conferências das Partes (COPs)* já ocorreram em vinte e uma oportunidades. A *1ª Conferência das Partes (COP-1)* aconteceu entre 28 de março e 7 de abril de 1995, em Berlim, Alemanha e ali iniciou-se o processo de negociação de metas e prazos específicos para a redução de missões de

⁴¹ UNFCC. **United Nations Framework Convention on Climate Change**,

⁴² UNFCC. **United Nations Framework Convention on Climate Change**.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

gases de efeito estufa pelos países desenvolvidos. Os países em desenvolvimento não foram incluídos nas discussões.⁴³ A 2ª Conferência das Partes (COP-1) realizou-se em Genebra, Suíça, de 9 a 19 de julho de 1996 e nela, os países participantes decidiram pela criação de obrigações legais de metas de redução de emissões de gases de efeito estufa. A 3ª Conferência das Partes (COP-3) realizou-se na cidade de Kyoto, no Japão, de 1º a 10 de dezembro de 1997. Daí surgiu o *Protocolo de Kyoto*, que estabeleceu metas de redução para gases de efeito estufa para os países desenvolvidos apenas. Em linhas gerais, as metas de redução de emissões ficaram em 5,2 sobre as emissões de 1990. Japão, Estados Unidos e União Europeia assumiram reduções maiores: respectivamente 6%, 7% e 8%. Entretanto, os Estados Unidos não ratificaram o acordo, cuja entrada em vigor estava condicionada à ratificação de 55 países que somassem 55% das emissões globais, o que só aconteceu em 16 de fevereiro de 2005. Não só isso: o governo americano anos depois abandonou o acordo em 2001.⁴⁴

Contrariando as expectativas mais pessimistas, a 13ª Conferência das Partes (COP-13), realizada em Bali, na Indonésia, entre de 3 e 15 de dezembro de 2007, nela foram estabelecidos compromissos verificáveis para a redução de emissões causadas por desmatamento das florestas tropicais para o acordo que substituirá o *Protocolo de Kyoto*. Pela primeira vez a questão de florestas foi incluída no texto final. Os países em desenvolvimento teriam até 2009 para definir as metas de redução de emissões oriundas do desmatamento depois de 2012, quando o *Protocolo de Kyoto* se encerra. Também foi aprovada a implementação efetiva do *Fundo de Adaptação*, para que países mais vulneráveis à mudança do clima possam enfrentar seus impactos. Entretanto, o adiamento para 2050 de metas compulsórias claras para redução de emissões, deixando de lado a proposta de metas entre 25% e 40% para 2020.⁴⁵

Em Poznan, na Polônia, a 14ª Conferência das Partes (COP-14), entre 1º e 12 de dezembro de 2008, discutiu um possível acordo climático global, uma vez que na Conferência anterior foi estabelecido que um novo acordo deveria substituir Kyoto. A 15ª Conferência das Partes (COP-15) foi realizada

⁴³ IS. Instituto Socioambiental. Widgets Socioambientais: **COPs**. Disponível em: <https://widgets.socioambiental.org/widgets/timeline/535#20>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

⁴⁴ IS. Instituto Socioambiental. Widgets Socioambientais: **COPs**.

⁴⁵ IS. Instituto Socioambiental. Widgets Socioambientais: **COPs**.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

em Copenhague, Dinamarca, entre 7 e 19 de dezembro de 2009, consolidou o tema climático nas agendas pública, corporativa e da sociedade civil. Mas não conseguiu fechar um acordo global entre os países para diminuir as emissões após 2012. Entretanto, embora a *Conferência* tivesse gerado muitas expectativas, pois seu objetivo era fechar um acordo que substituísse o *Protocolo de Kyoto*, isso não aconteceu. O *Acordo de Copenhague* reconheceu que promover reduções de emissões resultantes de desmatamento e degradação florestal era fundamental para mitigar os efeitos das mudanças climáticas. Mas questões como o impasse que se estabeleceu entre países desenvolvidos e em desenvolvimento sobre metas de redução de emissões, por exemplo, ficaram no meio do caminho sem nada de concreto. Durante a *Conferência* ficou acordada uma meta de limitar ao máximo de 2°C, o aumento da temperatura média global, em relação aos níveis pré-industriais.

Realizada na capital peruana, de 1º a 14 de dezembro de 2014, a 20ª *Conferência das Partes (COP-20)* tinha como objetivo definir as bases para um acordo geral sobre o clima a ser aprovado na próxima *Conferência*, em Paris, em substituição ao *Protocolo de Kyoto*. O documento final intitulado *Chamamento de Lima para a Ação sobre o Clima*, também conhecido por “rascunho zero” traz os elementos básicos para o novo acordo global que entrará em vigor em janeiro de 2021. A última versão, de 9 de fevereiro de 2015, tem 109 páginas e 221 artigos que incorporam as diversas opções sobre a mesa. O documento também define os parâmetros mínimos para a apresentação das *Contribuições Intencionais Nacionalmente Determinadas (INDCs sigla em inglês)*, para mitigação e adaptação, a serem propostas no pelas partes e que servirão também de base para o futuro acordo de Paris. Mas foi considerado tímido pelos especialistas. Outros temas como financiamento, transferência de tecnologia, capacitação e transparência para ações estão incluídos.⁴⁶

Foi adotado por consenso em dezembro de 2015, em Paris, um novo acordo global que busca combater os efeitos das mudanças climáticas, bem como reduzir as emissões de gases de efeito estufa, o denominado *Acordo de Paris*.

⁴⁶ IS. Instituto Socioambiental. Widgets Socioambientais: **COPs**.

3 O ACORDO GLOBAL SOBRE AS MUDANÇAS DO CLIMA E OS EFEITOS DA NOVA POLÍTICA DE WASHINGTON NO COMBATE AO AQUECIMENTO GLOBAL

Em novembro de 2016, entra em vigor o documento, então chamado de *Acordo de Paris*, que foi ratificado pela União Europeia, pela Autoridade Palestina e mais 195 países signatários da *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)*, durante a *21ª Conferência das Partes (COP-21)*. Um dos objetivos é manter o aquecimento global “muito abaixo de 2°C”, buscando ainda “esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais”. Este foi o mais recente esforço multilateral para a construção sólida de uma arquitetura de regulação internacional no contexto das mudanças climáticas. Os países signatários comprometeram-se a elaborar uma estratégia global “para proteger o sistema climático para gerações presentes e futuras”.⁴⁷

Além disso, o documento busca incrementar a capacidade dos países de se adaptarem às mudanças climáticas, sempre levando em consideração a “segurança alimentar”. Por último, defende conseguir com que os “fluxos financeiros” caminhem para uma economia baixa em emissões de gases de efeito estufa. Com o estabelecimento claro das metas, para atingir o objetivo de manter o aumento da temperatura média no fim do século entre 1,5°C e 2°C, o *Acordo de Paris* estabelece que todos os países devem alcançar um teto em suas emissões de gases de efeito estufa “o quanto antes”.

Os países desenvolvidos deverão fazer isso primeiro. As nações em desenvolvimento terão mais tempo, ainda que não esteja estipulado um prazo concreto. Outro aspecto abordado é que, até a segunda metade deste século, é preciso chegar a um equilíbrio entre as emissões e a capacidade de absorver esses gases, principalmente o dióxido de carbono (CO₂). Esse último ponto abre a porta de maneira clara aos mecanismos de sequestro e armazenamento de carbono, um caminho defendido pelos países produtores de petróleo para que não se corte imediatamente os combustíveis fósseis.⁴⁸

⁴⁷ UNFCC. United Nations Framework Convention on Climate Change Convenção. **21ª Conference of the Parties**. Acordo de Paris, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

⁴⁸ UNFCC. United Nations Framework Convention on Climate Change Convenção. **21ª Conference of the Parties**.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A mitigação é outra meta do *Acordo de Paris*. A grande maioria dos países presentes a 21ª Conferência das Partes (CPO-21) já apresentaram planos de redução de suas emissões de gases de efeito estufa. Quando analisados em conjunto, esses programas de redução de emissões resultam em um aumento de cerca de 3°C na temperatura até o fim do Século 21. Por isso, o *Acordo* estabelece que as contribuições devem ser revisadas para cima a cada cinco anos. A primeira análise será realizada em 2018, e a segunda atualização, em 2020, quando entrará em vigor o *Acordo de Paris*. Exige-se que os países desenvolvidos reduzam suas emissões em suas contribuições nacionais. As nações em desenvolvimento estão sendo incentivadas a limitar suas emissões ou reduzi-las de acordo com suas capacidades.⁴⁹

Um dos instrumentos fundamentais do acordo é a criação de inventários para que se possa fazer um bom acompanhamento dos programas nacionais de redução. Estão estabelecidas três categorias em termos de países para acompanhar este ponto do documento: os países desenvolvidos, que deverão oferecer informações completas, os países emergentes, que terão uma exigência menor, e os países mais pobres, que terão um nível mínimo de obrigações.⁵⁰

O *Acordo de Paris* será vinculante. O que não será legalmente vinculante são os objetivos de redução de emissões de cada um dos países.⁵¹ Esse ponto teve que ser incluído para evitar que os Estados Unidos, o segundo maior emissor do mundo, não ficasse fora do pacto já que o país teria problemas para ratificá-lo em casa se fossem impostas, de fora, metas concretas de redução das emissões – o que se demonstrou ineficaz após o anúncio de retirada de Washington da esfera de aplicação do *Acordo*.

Para que os países com menos recursos possam se adaptar aos efeitos das mudanças climáticas e para que também possam reduzir suas emissões de gases de efeito estufa na atmosfera, está estabelecida a obrigação de que exista uma ajuda internacional. Os países desenvolvidos são os que devem mobilizar os fundos. Outras nações também poderiam fazer aportes, mas de maneira

⁴⁹ UNFCC. United Nations Framework Convention on Climate Change Convenção. 21ª Conference of the Parties.

⁵⁰ UNFCC. United Nations Framework Convention on Climate Change Convenção. 21ª Conference of the Parties.

⁵¹ UNFCC. United Nations Framework Convention on Climate Change Convenção. 21ª Conference of the Parties

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

“voluntária”. O compromisso é conseguir que, até 2025, sejam levantados US\$ 100 bilhões anuais, apesar de ainda não estar fixada uma data para a revisão antes daquele ano.⁵²

Além disso, o documento inclui a criação de um organismo internacional novo dedicado às “perdas e danos”. Ou seja, para compensar os países que serão mais atingidos pelas consequências das mudanças climáticas. O desenvolvimento desse novo órgão ficará para o futuro. Por último, o acordo inclui ainda a criação de mecanismos de mercado de emissões de gases de efeito estufa.⁵³

Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC) é uma Convenção universal de princípios, reconhecendo a existência de mudanças climáticas antropogênicas – ou seja, de origem humana – e dando os países industrializados a maior parte da responsabilidade para combatê-la. A *21ª Conferência das Partes (CPO-21)* buscava alcançar um novo acordo internacional sobre o clima, aplicável a todos os países, com o objetivo de manter o aquecimento global abaixo dos 2°C. O *Acordo de Paris* marca um momento decisivo de transformação para reduzir os riscos da mudança climática. Pela primeira vez, cada país do mundo se compromete a reduzir as emissões, fortalecer a resiliência e se unir em uma causa comum para combater a mudança do clima. O que já foi impensável se tornou um caminho sem volta.

A *Organização das Nações Unidas (ONU)* vislumbra o progresso na erradicação da pobreza, no fortalecimento da paz e na garantia de uma vida de dignidade e oportunidade para todos, e do ponto de vista da arquitetura jurídica internacional sobre as questões climáticas, o *Acordo de Paris* reflete o avanço em todas as áreas possível de combate ao aquecimento global, a promoção e a preservação do meio ambiente e seu desenvolvimento sustentável sob o viés de ações globais. Mas talvez, nem todos pensem da mesma forma.

Os efeitos da decisão de Washington em se retirar do *Acordo de Paris* e abdicar de uma iniciativa multilateral importante para as questões climáticas, podem ser analisados sob algumas perspectivas. Internamente como se posicionaram cidades, organizações e transnacionais que já se utilizam de planos de energia limpa em concordância com as metas do *Acordo de Paris*?

⁵² UNFCC. United Nations Framework Convention on Climate Change Convenção. **21ª Conference of the Parties**

⁵³ UNFCC. United Nations Framework Convention on Climate Change Convenção. **21ª Conference of the Parties**

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Internacionalmente como reagiram imediatamente as principais nações envolvidas e em tratativas de efetivação das metas do documento? E nestas duas perspectivas, tanto a interna como a externa, quais impactos econômicos ocorreriam? Sob o ponto de vista das relações globais, em termos jurídicos internacionais, os Estados Unidos estariam vinculados à alguma sanção diplomática ou econômica, nos termos do *Acordo de Paris*? E por fim, qual o futuro do combate ao aquecimento global, sem a segunda maior responsável pela emissão de gases de efeito estufa na atmosfera e mais potente economia mundial?

Em seu discurso com o qual anunciou a retirada dos Estados Unidos do *Acordo de Paris*, declarou o presidente norte-americano: “Eu fui eleito pelos cidadãos de Pittsburgh, não de Paris”. Um dos primeiros a confirmar seu compromisso com a redução da emissão de gases de efeito estufa nos termos do *Acordo de Paris*, logo após o anúncio de Washington, foi justamente o prefeito de Pittsburgh, nos seguintes termos: "como prefeito, posso assegurar a vocês que seguiremos as diretrizes do *Acordo de Paris* por nosso povo, nossa economia e nosso futuro".⁵⁴

O prefeito de Nova York, assinou na mesma data do anúncio de retirada dos Estados Unidos do *Acordo de Paris*, uma ordem executiva que estabelece que a cidade vai cumprir as metas estipuladas na *21ª Conferência das Partes (COP21)*. Ao anunciar sua decisão, o prefeito declarou: “assinei a Ordem Executiva nº 26 porque o futuro da cidade de Nova York está ameaçada pela mudança do clima. Nós vamos honrar as metas do *Acordo de Paris*". A ordem executiva estabelece que "todas as agências da cidade reportem até 30 de setembro de 2017 um plano para alcançar metas mais altas em termos de redução de emissões e em uma taxa mais rápida, para nós podermos fazer a nossa parte em redução no aumento da temperatura em menos de 1.5°C".⁵⁵

Estas iniciativas incentivaram ao menos 68 prefeitos e governadores dos Estados Unidos que informaram através de comunicado que farão esforços de manter as diretrizes do *Acordo de Paris* sobre o clima após Washington anunciar a saída do país do *Acordo*. Além de Pittsburgh e Nova York,

⁵⁴ GRATH, Matt. Cinco **efeitos globais da saída dos EUA do Acordo de Paris**. BBC Brasil. 1 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-40114352>. Acesso em 03 de junho de 2017.

⁵⁵ GRATH, Matt. Cinco **efeitos globais da saída dos EUA do Acordo de Paris**.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

os prefeitos de Los Angeles, Boston, Chicago, Houston, Salt Lake City, entre outros, confirmaram que manterão seu compromisso de honrar o maior acordo climático da história.⁵⁶

Em nota conjunta, os governadores dos estados de Nova York, Califórnia e Washington anunciaram a criação da *Aliança do Clima* para respeitar os debates do Acordo de Paris e para intensificar os esforços para atingir as metas propostas no documento. Vários políticos iniciaram reuniões para submeter um plano a *Organização das Nações Unidas (ONU)* com a intenção de permanecer seguindo o acordo climático de Paris.

Organizações como a *Climate Action Network (CAN, sigla em inglês)*⁵⁷, rede de mais de 900 organizações não governamentais, disse que a decisão foi “desajuizada” e prejudicará antes de tudo os norte-americanos, que sofrerão com mais impactos da poluição e do aquecimento global, além de verem perdidas oportunidades de emprego em energias limpas. Afirmando que pensando nos trabalhadores do setor do carvão, Washington poderia estar condenando os trabalhadores do setor das energias renováveis, já que sua decisão poderia colocar as empresas chinesas do setor das energias limpas em forte concorrência às americanas.⁵⁸

O secretário-geral da *Organização das Nações Unidas (ONU)*, afirmou que a decisão dos Estados Unidos de se retirar do *Acordo de Paris* sobre as mudanças climáticas é uma “grande decepção para os esforços globais para reduzir as emissões de gases de efeito estufa e promover a segurança global”. (ONU, 2017). O ambientalista Michael Brune, CEO do Sierra Club, considerou o recuo americano “um erro histórico que será analisado por nossos netos com decepção e surpresa sobre como um líder global conseguiu estar tão distante da realidade e da moralidade”.⁵⁹

Um reconhecido professor da *Universidade de Michigan* que participou como observador das discussões do *Acordo em Paris*, apontou que o presidente desrespeita a população e a comunidade científica ao adotar medidas que terão efeitos ecológicos negativos, com aumento de problemas de

⁵⁶ GRATH, Matt. Cinco **efeitos globais da saída dos EUA do Acordo de Paris**.

⁵⁷ *Climate Action Network*. Acessível em: www.climatenetwork.org

⁵⁸ O POVO. Acordo de Paris: **Mark Zuckerberg, outras organizações e políticos americanos reagem à saída dos EUA**. 2 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/noticias/mundo/2017/06/acordo-de-paris-mark-zuckemberg-outras-organizacoes-e-politicos-amer.html>. Acesso em 03 de junho de 2017.

⁵⁹ O POVO. Acordo de Paris: **Mark Zuckerberg, outras organizações e políticos americanos reagem à saída dos EUA**..

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional "Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização"
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

saúde da população americana. "Não há dúvida de que a partir de agora deve aumentar o ritmo do aquecimento global o que vai elevar também os estudos de pesquisadores nesta área pelo planeta."⁶⁰

A maioria dos países do mundo consideram as mudanças climáticas como uma verdade inegável, e acreditam que alguma ação sobre o clima seja algo urgentemente necessário. O premiê chinês, Li Keqiang, determinou que seu país, o maior emissor de gases de efeito estufa do globo, "continuará comprometido" com o *Acordo de Paris* e garantiu que o promoverá.⁶¹ Numa declaração conjunta, Berlim, Paris e Roma lamentaram a saída americana e frisaram que o *Acordo* "não é renegociável". "Tomamos conhecimento com pesar da decisão dos Estados Unidos" de sair deste acordo, indicaram, em comunicado conjunto, o Presidente francês, Emmanuel Macron, a chanceler alemã Angela Merkel, e o primeiro-ministro italiano, Paolo Gentiloni.⁶²

Os três líderes "consideraram que é uma dinâmica irreversível" e que oferece "oportunidades significativas para a prosperidade e o crescimento, nos países e a nível global". Macron, Merkel e Gentiloni apelaram para uma "rápida aplicação" dos objetivos do acordo no domínio do financiamento climático e pediram a todos os países signatários para acelerarem as medidas de combate às alterações climáticas. E assumiram o compromisso que os respetivos países vão intensificar os esforços para ajudar os países em desenvolvimento "em particular os mais pobres e os mais ameaçados" para que alcancem os seus objetivos em matéria de clima.⁶³

Por sua vez, o antigo Presidente francês François Hollande afirmou que Washington, ao ter anunciado a saída do *Acordo de Paris*, "renunciou ao futuro", acrescentando que "o que aconteceu em Paris é irreversível". afirmou que os Estados Unidos "tomou uma decisão fatal, mas não vai impedir o mundo de avançar na sua luta racional e voluntária contra o aquecimento global. A saída

⁶⁰ O POVO. Acordo de Paris: **Mark Zuckerberg, outras organizações e políticos americanos reagem à saída dos EUA.**

⁶¹ TREVISAN, Claudia; CHADE, Jamil. **Trump tira EUA de acordo climático e quer renegociação; UE e China rejeitam.** O Estadão. Internacional. 01 de junho de 2017. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,trump-vai-retirar-os-estados-unidos-de-acordo-do-clima-de-paris,70001822261>. Acesso em 03 de julho de 2017.

⁶² DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Clima: **Mundo reage à saída dos EUA do Acordo de Paris e lamenta decisão de Trump.** 01 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.dn.pt/lusa/interior/clima-mundo-reage-a-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris-e-lamenta-decisao-de-trump-8527256.html>. Acesso em 03 de junho de 2017.

⁶³ DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Clima: **Mundo reage à saída dos EUA do Acordo de Paris e lamenta decisão de Trump.**

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

americana não suspende o *Acordo de Paris*. Pelo contrário, deve acelerar a aplicação”, disse o antigo chefe de Estado francês, que foi o anfitrião da *Conferência das Nações Unidas sobre o clima (COP-21)* em Paris.⁶⁴

Vários representantes no seio da União Europeia lamentaram a decisão norte-americana. Foi o caso do presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, que classificou a saída americana como “profundamente errada”. Também o presidente do Parlamento Europeu, Antonio Tajani, afirmou que o *Acordo de Paris* “deve ser respeitado”. “É uma questão de confiança. O *Acordo de Paris* está vivo e vamos aplicá-lo, com ou sem a administração americana”, acrescentou Tajani.⁶⁵

Segundo as regras do próprio tratado, os americanos deverão esperar três anos antes da retirada definitiva. Bastante tempo na curta dimensão de um mandato presidencial. Por isso Washington poderia escolher uma estrada mais curta, e mais drástica: abandonar diretamente o Tratado da *Organização das Nações Unidas (ONU)* na qual o *Acordo de Paris* se funda: a *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC)*.⁶⁶

A manifestação de Washington gera uma perspectiva inquietante sob o perfil do Direito Internacional, que poderia ser um precedente perigoso para outros países no futuro.⁶⁷ Um dos maiores riscos será a ameaça de possíveis tarifas de retaliação impostas por países que acreditam que estão sendo forçados a suportar uma parte injusta do fardo de enfrentar um problema global. Sob o aspecto econômico, com a decisão de retirar os Estados Unidos do *Acordo de Paris*, o governo americano está visando favorecer as empresas energéticas “tradicionais”, ou seja, as grandes companhias que operam nos setores de petróleo, carvão e gás natural, consideradas pelo presidente norte-americano como “recursos nacionais”.⁶⁸

⁶⁴ TREVISAN, Claudia; CHADE, Jamil. **Trump tira EUA de acordo climático e quer renegociação; UE e China rejeitam.**

⁶⁵ DIÁRIO DE NOTÍCIAS. **Clima: Mundo reage à saída dos EUA do Acordo de Paris e lamenta decisão de Trump.**

⁶⁶ GRATH, Matt. **Cinco efeitos globais da saída dos EUA do Acordo de Paris.**

⁶⁷ GRATH, Matt. **Cinco efeitos globais da saída dos EUA do Acordo de Paris.**

⁶⁸ G1. **Natureza. EUA se juntarão a Síria e Nicarágua no 'clube' dos países fora do Acordo de Paris.** 01 de junho de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/eua-se-juntarao-a-siria-e-nicaragua-no-clube-dos-paises-fora-do-acordo-de-paris.ghtml>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Contudo, até 2030, o mercado das energias renováveis terá um valor de cerca de US\$ 6 trilhões, representando uma contribuição fundamental na produção do *Produto Interno Bruto (PIB)* dos Estados Unidos. Sem o apoio do governo federal, as empresas americanas poderiam perder terreno na pesquisa e desenvolvimento, e também cotas de mercado em relação aos concorrentes internacionais.⁶⁹

A China, por exemplo, já está planejando investir cerca de US\$ 360 bilhões no setor, criando 13 milhões de novos empregos.⁷⁰ Além do mais, outros países que assinaram o acordo poderiam penalizar as empresas norte-americanas como forma de retaliação, como exemplo, reduzindo os impostos alfandegários de outros países produtores de infraestruturas energéticas renováveis e aumentando os impostos sobre os produtos americanos, provocando uma catástrofe comercial para a indústria verde dos Estados Unidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivamente em relação ao futuro do *Acordo de Paris*, o que a saída dos Estados Unidos significará para o resto do mundo? Um enfraquecimento dos objetivos gerais do *Acordo* ou um fortalecimento das nações que tomam a frente das iniciativas com a nova política norte-americana sobre o clima?

Não há dúvidas de que a ausência dos Estados Unidos dificulta o cumprimento das metas estabelecidas pelas nações globais no *Acordo de Paris* - sobretudo impedir que a temperatura global suba mais de 2°C. O documento prevê limites à emissão de gases do efeito estufa e que países desenvolvidos ajudem os mais pobres financeiramente a se adaptar às mudanças climáticas e na adoção de energias renováveis.

Os Estados Unidos contribuem com cerca de 15% das emissões globais de carbono, mas ao mesmo tempo é uma importante fonte de financiamento e tecnologia para países em desenvolvimento em seus esforços para combater o aquecimento global. Neste ponto, outra questão é a da "liderança

⁶⁹ G1. Natureza. **EUA se juntarão a Síria e Nicarágua no 'clube' dos países fora do Acordo de Paris.**

⁷⁰ G1. Natureza. **EUA se juntarão a Síria e Nicarágua no 'clube' dos países fora do Acordo de Paris.**

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

moral" da qual os Estados Unidos abdicarão ao deixar de lado o acordo climático - algo que pode ter consequências no âmbito diplomático.

China e Estados Unidos foram atores cruciais na consolidação do acordo climático. O ex-presidente americano Barack Obama e seu par chinês, Xi Jinping, entraram em consenso quanto à criação de uma ambiciosa coalizão com pequenos países insulares e a União Europeia. Tão logo Washington retirou-se do cenário de combate ao aquecimento global, a China apressou-se em reafirmar seu compromisso com o acordo parisiense, e logo se comprometeu com a maior cooperação nas políticas globais de redução de emissão gases de efeito estufa. Nenhum país deveria ficar para trás, mas a União Europeia e a China decidiram andar para frente. É possível também que, além de aumentar o protagonismo chinês, a decisão americana abre espaço para que Canadá e México ascendam como nações significativas nas Américas no esforço de impedir o aumento das temperaturas globais.

Governadores e prefeitos de cidades importantes norte-americanas se somaram a líderes corporativos americanos e formaram uma das mais fortes vozes em favor da permanência dos Estados Unidos no *Acordo de Paris*. Centenas de empresas como Google, Apple, Facebook e até mesmo produtoras de combustíveis fósseis como a Exxon Mobil haviam pedido a Washington que se mantivesse nas negociações climáticas.

Uma das forças eleitorais do pleito de 2016 é região americana produtora de carvão - em estados como Virgínia Ocidental, Ohio e Pensilvânia, que o governo norte-americano afirma terem sido prejudicados pelo *Acordo de Paris*, e nas quais o presidente prometeu incentivos e empregos durante a campanha. Mas o caso do carvão, que também está sendo abandonado em diversos outros países, dificilmente será revertido. Além disso, a quantidade de empregos gerados nos Estados Unidos pela indústria carvoeira equivale hoje à metade dos gerados pela indústria de energia solar. Ainda que muitos países em desenvolvimento dependam do carvão, essa fonte de energia é alvo de críticas por seu forte impacto na qualidade do ar. E a queda dos preços da energia renovável também tem levado nações como a Índia a adotar fontes mais verdes de combustível.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Mesmo com a saída americana, as emissões de carbono devem continuar a cair nos Estados Unidos - isso por causa do crescimento do gás como fonte de energia em substituição ao carvão. O uso do gás de xisto - que também é alvo de polêmicas ambientais - cresceu exponencialmente com o aumento da produção e a queda dos preços. Muitas empresas já funcionam com energia mais eficiente e tornaram-se mais produtivas e com redução de custos de produção, o que não permitirá uma volta para o passado de menor produtividade. Além disso, muitos estados norte-americanos já adotaram regulações específicas que tratam do meio ambiente de forma mais avançada e moderna para suas comunidades e também para o setor corporativo.

Sem os Estados Unidos, que são o segundo maior produtor de gases de efeito estufa, o *Acordo de Paris* perde grande parte de seu sentido político e prático. Os cientistas da *Climate Interactive*⁷¹ realizaram uma simulação digital sobre o que ocorreria se todos os 194 países do mundo que assinaram o *Acordo de Paris* chegassem aos objetivos previstos pelo documento sobre a redução das emissões de CO₂ até 2030, e considerando que somente os Estados Unidos não estariam entre estes países. O resultado foi no sentido de que seriam despejados na atmosfera terrestre mais de 3 bilhões de toneladas de dióxido de carbono a mais a cada ano, com um aumento das temperaturas até o final do Século que ainda não pode ser calculado com margem razoável de certeza.

Do lado diplomático da questão, com essa decisão, os Estados Unidos arriscam se alienar e isolar de aliados em uma temática considerada como fundamental. Mas a retirada do *Acordo de Paris* poderia ainda provocar um efeito cascata, em particular em países que o assinaram sem muita convicção, e que poderiam ser tentados a seguir Washington.

Para evitar posições nesse sentido, após a retirada dos Estados Unidos, o segundo maior emissor global de gases do efeito estufa, a China e a União Europeia se comprometeram a dar continuidade aos compromissos firmados em Paris. E mesmo em meio a decisão norte-americana, que sobremaneira enfraquece os objetivos traçados pelo *Acordo de Paris* sobre a redução do aquecimento global, os principais líderes mundiais assumiram o compromisso que os respectivos países vão intensificar os esforços para ajudar os países em desenvolvimento e, em particular os

⁷¹ *Climate Interactive*. Acessível em: <https://www.climateinteractive.org/tools/c-roads/>

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

mais pobres e os mais ameaçados, para que alcancem os seus objetivos em matéria de aquecimento global, dando efetiva continuidade de uma política climática que preserve o planeta Terra. Mesmo que para isso, a resposta a política climática global adotada pelos Estados Unidos, seja em tom forte, mas positivo, num discreto sotaque francês de que é preciso tornar o nosso planeta grande outra vez ou: *“make our planet great again”*.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALLISSON, N. L. et al. TCD. **The Copenhagen Diagnosis**, 2009: Updating the world on the Latest Climate Science. The University of New South Wales Climate Change Research Centre, Sydney, 2009.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **Concentração de CO2 na atmosfera chega a 410 ppm**. in *EcoDebate*. 24 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2017/04/24/concentracao-de-co2-na-atmosfera-chega-410-ppm-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em 03 de junho de 2017.

BRASIL, Ministério da Ciência e Tecnologia. **Efeito Estufa e a Convenção sobre Mudança do Clima**, Cartilha. Brasília: 1999.

CHURCH, John. A; WHITE, Neil J. **A 20th century acceleration in global sea level rise**, *Geophysical Research Letters*, Vol. 33, Issue 1, 2006.

DEKSEN, Chris. BROWN, Ross. **Spring snow cover extent reductions in the 2008-2012 period exceeding climate model projections**. *Geophysical Research Letters*. volume 39, Issue 19, 16 October, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS. Clima: **Mundo reage à saída dos EUA do Acordo de Paris e lamenta decisão de Trump**. 01 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.dn.pt/lusa/interior/clima-mundo-reage-a-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris-e-lamenta-decisao-de-trump-8527256.html>. Acesso em 03 de junho de 2017.

DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. **Direito internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

FONSECA, F. Eduardo. A Convergência entre a Proteção Ambiental e a Proteção da Pessoa Humana no Âmbito do Direito Internacional. **Revista Brasileira de Política Internacional** (Impresso), v. 50, p. 121-138, 2007

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

FOUCAULT, Alain. **O Clima: história e devir do meio ambiente terrestre**. Lisboa: Instituto Piaget, 2015.

G1. Natureza. **EUA se juntarão a Síria e Nicarágua no 'clube' dos países fora do Acordo de Paris**. 01 de junho de 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/natureza/noticia/eua-se-juntarao-a-siria-e-nicaragua-no-clube-dos-paises-fora-do-acordo-de-paris.ghtml>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

GRATH, Matt. Cinco **efeitos globais da saída dos EUA do Acordo de Paris**. BBC Brasil. 1 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-40114352>. Acesso em 03 de junho de 2017.

IPCC. Intergovernmental Panel on Climate Change. **Synthesis Report: Summary for Policymakers**. Climate Change, 2014. Disponível em: http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf. Acesso em 03 de junho de 2017.

IS. Instituto Socioambiental. Widgets Socioambientais: **COPs**. Disponível em: <https://widgets.socioambiental.org/widgets/timeline/535#20>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

KAWOK, R.; ROTHROCK, D. A. **Decline in Arctic sea ice thickness from submarine and ICESAT records: 1958-2008**. Geophysical Research Letters, vol. 36, issue 15, 2009.

KEOHANE, R.; VICTOR, D. **The regime complex for climate change**. The Harvard Project on International Climate Agreements. Discussion Paper. 10-33. January, 2010.

LEVITUS, S., et al. **Global ocean heat content 1955-2008 in light of recently revealed instrumentation problems** Geophysical Research Letters, VOL. 36, L07608, 2009.

NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Earth Observatory. Snow Cover & Land Surface Temperature**. 2017. Disponível em: https://earthobservatory.nasa.gov/GlobalMaps/view.php?d1=MOD10C1_M_SNOW&d2=MOD11C1_M_LSTDA. Acesso em 03 de junho de 2017.

NASA. National Aeronautics and Space Administration. **Goddard Space Flight Center. Sciences and Exploration Directorate**. Earth Sciences Division. 2016. Disponível em: <https://www.giss.nasa.gov/research/news/20170118/>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Aulálio do. **Direito ambiental internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995.

NASEM. National Academies of Sciences, Engineering, and Medicine. 2016. **Attribution of Extreme Weather Events in the Context of Climate Change**. Washington, DC: The National Academies Press. 2016.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

NOAA. National Oceanic and Atmospheric Administration. **Global Climate Report: Annual 2016**.
Disponível em: <https://www.ncdc.noaa.gov/sotc/global/201613>. Acesso em 03 de junho de 2017.

_____. National Oceanic and Atmospheric Administration. **PMEL. Carbon Group. What is
Ocean Acidification?**. 2017. Disponível em:
<https://www.pmel.noaa.gov/co2/story/What+is+Ocean+Acidification%3F>. Acesso em: 3 de junho
de 2017.

_____. National Oceanic and Atmospheric Administration. **Trends in Atmospheric Carbon
Dioxide**. 2017. Disponível em: <https://www.esrl.noaa.gov/gmd/ccgg/trends/graph.html>. Acesso em
03 de junho de 2017.

NSIDC. National Snow & Ice Data Center. **In the cryosphere sending signals about climate change**.
State of the Cryosphere reviews in Science, 14 april. 2017. Disponível em:
http://nsidc.org/cryosphere/sotc/glacier_balance.html. Acesso em 03 de junho de 2017.

O POVO. Acordo de Paris: **Mark Zuckerberg, outras organizações e políticos americanos reagem à
saída dos EUA**. 2 de junho de 2017. Disponível em:
[http://www.opovo.com.br/noticias/mundo/2017/06/acordo-de-paris-mark-zuckemberg-outras-
organizacoes-e-politicos-amer.html](http://www.opovo.com.br/noticias/mundo/2017/06/acordo-de-paris-mark-zuckemberg-outras-organizacoes-e-politicos-amer.html). Acesso em 03 de junho de 2017.

ONU. Organizações das Nações Unidas. **Saída dos EUA de acordo do clima é ‘grande decepção’**, diz
secretário-geral da ONU. Stéphane Dujarric, porta-voz do secretário-geral da ONU, António
Guterres, 1 de junho de 2017. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/saida-dos-eua-de-acordo-
do-clima-e-grande-decepcao-diz-secretario-geral-da-onu/](https://nacoesunidas.org/saida-dos-eua-de-acordo-do-clima-e-grande-decepcao-diz-secretario-geral-da-onu/). Acesso em 03 de junho de 2017.

POLYAK, L. et.al., **History of Sea Ice in the Arctic, in Past Climate Variability and Change in the Arctic
and at High Latitudes**, U.S. Geological Survey, Climate Change Science Program Synthesis and
Assessment Product 1.2, January 2009.

SABINE, C. L. et.al. **“The Oceanic Sink for Anthropogenic CO₂,”** Science vol. 305, 16 July, 2004. p.
367-371

SILVA, Robson Willians da Costa; PAULA, Beatriz Lima. **Causa do aquecimento global:
antropogênica versus natural**. Terræ Didática, 5(1):42-49, 2009. Disponível em: [http://
www.ige.unicamp.br/terraedidatica/](http://www.ige.unicamp.br/terraedidatica/). Acesso em 03 de junho de 2017.

SOARES, Guido Fernando e Silva. **A proteção internacional do meio ambiente**. Barueri: Manole,
2003.

_____. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e
responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2003.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

TREVISAN, Claudia; CHADE, Jamil. **Trump tira EUA de acordo climático e quer renegociação; UE e China rejeitam.** O Estadão. Internacional. 01 de junho de 2017. Disponível em: <http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,trump-vai-retirar-os-estados-unidos-de-acordo-do-clima-de-paris,70001822261>. Acesso em 03 de julho de 2017.

UNFCC. United Nations Framework Convention on Climate Change. **21º Conference of the Parties.** Acordo de Paris, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

UNFCC. **United Nations Framework Convention on Climate Change**, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cop21/>. Acesso em: 03 de junho de 2017.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional econômico ambiental.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental.** São Paulo: Editora Senac, 2007.

APONTAMENTOS SOBRE A SUSTENTABILIDADE NO AMBIENTE CORPORATIVO GLOBAL

Alexandre Waltrick Rates¹

INTRODUÇÃO

O cenário de degradação ambiental desenfreada, causado por um crescimento econômico insustentável, somado a crises políticas, intolerâncias religiosas, falta de ética nas organizações, entre tantos outros males do fim do século passado e início desse século, levou indivíduos, pesquisadores, educadores, governos e organizações a crerem que a sustentabilidade deve ocupar um lugar central na vida econômica e social das nações, pois ela tem sido considerada a propulsora de mudanças que poderão modificar o futuro ambiental, social e econômico do planeta.

Dentro da cadeia produtiva, o panorama empresarial atual, decorrente das transformações radicais que aconteceram nas últimas três décadas, e que envolve, especialmente, aspectos tecnológicos, econômicos, sociais, políticos, de conhecimento e, principalmente, ambientais, tem exigido que as organizações se preparem para competir dentro de um cenário muito mais complexo e dinâmico. Esta nova demanda determina que a adoção de um modelo mais eficaz e mais sólido de gerir os negócios no mundo empresarial globalizado, lugar onde somente a qualidade, o preço competitivo, o cumprimento das regulamentações e a honra dos compromissos financeiros já não se bastam, passe, inevitavelmente, pelo crescimento do ensino da sustentabilidade para toda essa cadeia produtiva.

Continuar trabalhando sob um modelo econômico movido apenas pela lógica e dimensão do crescimento financeiro, no qual se privatiza o lucro, se socializa o prejuízo, se maximiza a vantagem

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis. Especialista em Direito e Gestão Ambiental pela Faculdade Anita Garibaldi. MBA em Gestão Executiva Internacional pelo Convênio CESUSC/Universidade Lusófona. Mestrando em Gestão pela Universidade Lusófona. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Univali. Presidente da Fundação do Meio Ambiente de Santa Catarina - FATMA. *E-mail:* alwaltrick@brturbo.com.br

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

pessoal, se utiliza a responsabilidade social empresarial ou se promove a gestão socialmente responsável apenas para autopromoção, parece não atender mais a esta realidade. Qual então o modelo de gestão necessário para atuar neste mercado mais exigente, onde a questão ambiental é crescente?

Nesse aspecto, várias empresas em diversos pontos do planeta, parecem ter iniciado um movimento de atuação mais consciente e responsável do ponto de vista ambiental, que objetiva avaliar o impacto de suas ações e operações para além de sua dimensão física, considerando todos os públicos com os quais se relacionam e que constituem sua cadeia de valor organizacional. Estas iniciativas podem ser observadas em ações como: produzir sem agredir o meio ambiente, transparência e respeito ao consumidor, funcionários, fornecedores e comunidade, integrando as aspirações legítimas da sociedade aos interesses ambientais, o que acaba gerando, por óbvio, um grande potencial de retorno financeiro e de imagem.

Diante da notória pressão externa de um mundo globalizado, as próprias empresas estão reavaliando suas expectativas e exigências em relação ao papel dos gestores neste ambiente mais complexo. Como prepará-los então para essa nova atuação no mercado com viés ambiental? Que conhecimentos adicionais serão necessários? Que competências precisarão ser desenvolvidas neste sentido? Para dar conta deste cenário interno e externo mais crítico, demandante e competitivo, algumas empresas escolheram inserir a sustentabilidade em sua estratégia de negócios, como forma de corresponder a essa gama de novas exigências e responsabilidades. Para essas organizações, a preocupação não fica restrita somente à obtenção do lucro financeiro. Em outras palavras, essa atuação corporativa busca o ideal de não abrir mão do aspecto econômico, mas incluir e integrar as dimensões social e ambiental em todas as decisões de negócio.

O conceito de sustentabilidade, que pode ser compreendido como uma derivação do termo desenvolvimento sustentável, apresentado pela World Commission for Economic Development (WCED) em 1987, no relatório *Our Common Future*², conduzido pela primeira-ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, foi definido, conforme mencionado pelo professor F. Almeida, como sendo

² <https://ambiente.wordpress.com/2011/03/22/relatrio-brundtland-a-verso-original/>

“Um processo de mudanças no qual a exploração de recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as transformações institucionais são feitas de forma consistente com as necessidades futuras tanto quanto com as necessidades presentes³”.

Esta definição carrega em seu bojo um grande desafio para quem escolhe trilhar o caminho da sustentabilidade, sejam empresas, organizações governamentais, não-governamentais, entidades civis e outras, que nada mais é do que equalizar questões de longo prazo (gerações futuras) com resultados de curto prazo (geração atual), obtendo e promovendo benefícios econômicos, sociais e ambientais simultaneamente. Este novo jeito de operar requer um aprendizado e uma reavaliação permanente das empresas, do ponto de vista da estratégia adotada, na relação com seus fornecedores, na preparação de seus gestores ou mesmo com seu grupo de funcionários. Então, ao tratar da preparação dos seus gestores, é mister destacar a relevância que ações educativas corporativas têm no processo de ampliação do olhar e da consciência deste grupo sobre este tema. Mas, de fato, o que significa educar no âmbito empresarial para a sustentabilidade? Como desenvolver gestores capazes de aplicar este conceito em suas práticas de gestão?

Com o propósito, então, de se discutir tais aspectos, esse artigo está orientado pelo seguinte problema: como as ações educativas podem potencializar e desenvolver as competências para a sustentabilidade nos gestores?

1 NOÇÕES SOBRE SUSTENTABILIDADE

O tema da sustentabilidade tem despertado crescente interesse nos estudos organizacionais. Revisões sobre o assunto no exterior mostram que além do crescimento do número de publicações a partir da década de 1990, as abordagens e visões sobre a educação para a sustentabilidade têm se multiplicado. Muitas das ideias que estão hoje embutidas no conceito de desenvolvimento sustentável já são discutidas há muito tempo, como, por exemplo, a pesquisa de Malthus⁴ sobre o crescimento populacional no século XIX.

³ ALMEIDA, F. *Os Desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente*. São Paulo: Campus/Elsevier, 2007, p.46.

⁴ O economista e demógrafo inglês Thomas Malthus viveu entre 1766 e 1834. Em seu “Ensaio sobre a população” desenvolveu a teoria segundo a qual o crescimento da população (que cresce em progressão geométrica) tende sempre a superar a produção de alimentos (que cresce em progressão aritmética), o que torna necessário o controle da natalidade para que haja equilíbrio entre a

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O conceito de desenvolvimento sustentável, tal qual se conhece hoje, surgiu no debate ambiental travado do início dos anos 70, a partir de uma série de publicações que chamavam a atenção para a exploração desenfreada do meio ambiente e sua relação com o desenvolvimento econômico, como é o caso, por exemplo, dos documentos do Clube de Roma conhecidos por “Os limites do crescimento”⁵, e os documentos da Conferência de Estocolmo de 1972 sobre o ambiente humano⁶, ambos tornando-se marcos para o surgimento de políticas de gerenciamento ambiental.

Neste aspecto, segundo Montibeller⁷, a origem do termo desenvolvimento sustentável “*remonta ao surgimento do conceito de eco-desenvolvimento e da preocupação com a solução de problemas socioambientais essenciais*”, introduzido na própria Conferência de Estocolmo, e largamente divulgado por Ignacy Sachs a partir de 1974. O conceito de Sachs de eco-desenvolvimento, se referia ao desenvolvimento adaptado às áreas rurais do terceiro mundo, e levava em conta a utilização criteriosa de recursos locais, sem comprometer o esgotamento dos recursos naturais. Sachs estava preocupado, sobretudo, com os direitos e igualdades sociais e com a dependência de populações e países menos favorecidos na ordem mundial⁸. Com o tempo, a expressão eco-desenvolvimento foi sendo substituída pelo movimento ambientalista para o termo desenvolvimento sustentável.

O novel conceito tomou maior vulto a partir do Relatório Brundtland (já mencionado na introdução do presente trabalho). É que a comissão mundial que criou e apresentou o trabalho em 1987, objetivou encontrar meios práticos de focar os grandes problemas mundiais de meio ambiente e de desenvolvimento. E sob esse prisma, o relatório possuiu três objetivos principais: 1) reexaminar questões críticas ambientais e de desenvolvimento, formulando propostas realistas para lidar com as mesmas; 2) propor novas formas de cooperação internacional relacionadas aos problemas que pudessem influenciar nas políticas e agendas na direção das mudanças necessárias; e 3) levantar os

produção de alimentos e população.

⁵ MEADOWS, D. L., MEADOWS, D. H., RANDERS, J. & BEHRENS, W.W. *Limites do crescimento - um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o dilema da humanidade*. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1972.

⁶ www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc

⁷ MONTIBELLER, G. *O mito do desenvolvimento sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtos de mercadorias*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004 pág. 76.

⁸ LIMA, G. C. *O discurso da sustentabilidade e suas implicações para a educação*. Ambiente & Sociedade. v. 6, n. 2, jul./dez. 2003.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

níveis de entendimento e de comprometimento de indivíduos, de organizações, institutos e governos⁹.

O relatório reconheceu a existência de dois princípios fundamentais: o de igualdade intra e intergeracional em sede ambiental. Também, foram criados conceitos-chave de necessidades e limites, sendo o principal deles a necessidade de que se priorizem as necessidades básicas das populações carentes. Pobreza e distribuição desigual de recursos, população crescente e consumo em expansão são consideradas as maiores causas da degradação ambiental. O relatório afirma que o desenvolvimento sustentável requer que as necessidades básicas de todos sejam atendidas, e que todos possam ter oportunidades de satisfazer suas aspirações de uma vida melhor. Ainda como objetivos importantes das políticas de desenvolvimento e de meio ambiente propostos pelo Relatório Brundtland, são destacados a retomada do crescimento como condição necessária para erradicar a pobreza, a readequação do crescimento para que o mesmo seja mais justo e equitativo, o atendimento das necessidades humanas essenciais de emprego, a alimentação, o acesso à energia, a água e ao saneamento, a diminuição do crescimento populacional, o redirecionamento da tecnologia, a inclusão dos impactos sobre o meio ambiente e sobre a economia no processo decisório.

O professor Mauro Guimarães¹⁰ ao mencionar o assunto adverte que:

conscientizar é, na verdade, possibilitar ao educando questionar criticamente os valores estabelecidos pela sociedade, demonstra que a razão de ser do desenvolvimento requer um novo estilo que deve ser: ambientalmente sustentável no acesso e uso dos recursos naturais e na preservação da biodiversidade; socialmente sustentável na redução de pobreza e das desigualdades e na promoção da justiça social; culturalmente sustentável na conservação do sistema de valores, práticas e símbolos de identidade que determinam integração nacional ao longo do tempo; e, por fim, politicamente sustentável aprofundando a democracia e garantindo o acesso e participação de todos os setores da sociedade nas decisões públicas.

Segundo o mesmo autor, tem-se como diretriz:

⁹ WCED – World Commission on Environment and Development. Our common Future (Brundtland Report). World Commission on Environment and Development. Nova York: Oxford University Press, 1987.

¹⁰ GUIMARÃES, Mauro. Armadilha paradigmática na educação ambiental. In: LOUREIRO, C.F.B; LAYRARGUES, P.P; CASTRO, R.S. (Orgs). In: Pensamento Complexo, dialética e Educação Ambiental. São Paulo, Cortez, 2006.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

(...) uma nova ética de desenvolvimento, uma ética na qual os objetivos econômicos de progresso material subordinam-se às leis que governam o funcionamento dos sistemas naturais, bem como a critérios superiores de respeito à dignidade humana e de melhoria na qual idade de vida das pessoas¹¹.

Tem-se, então, que a questão de uma educação voltada ao meio empresarial com vistas a sustentabilidade é algo recente, ainda pouco explorado no mercado financeiro. O assunto, que neste artigo apenas suscita alguns questionamentos pode, também, abrir possibilidades para demonstrar que as empresas devem caminhar na construção de ações educativas consistentes e diversificadas, voltadas à sustentabilidade, e que proporcionem aos gestores a ampliação do olhar e da consciência sobre o tema, além de servir como estímulo ao protagonismo neste processo, a partir do desenvolvimento de competências em práticas de gestão mais responsáveis e comprometidas.

2 O CRESCIMENTO ECONÔMICO VERSUS O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Como já afirmado, o conceito de desenvolvimento sustentável é resultado de um processo histórico, estando embasado por três pilares essenciais: econômico, ambiental e social. Independentemente da definição adotada, o foco do conceito está na integração destas três dimensões em um sistema complexo em que os diversos *trade-offs* existentes afetam extremamente o desenvolvimento das nações e o bem-estar de suas populações. Neste aspecto, segundo Viveret¹², no âmbito econômico *“o sistema depende que os diversos tipos de capital que possibilitam a produção, entre eles capital natural, humano, social e manufaturado, sejam mantidos e preservados. Ainda que seja possível alguma substituição, são complementares e sua manutenção ao longo de tempo é essencial.”*

Em termos ambientais, é fundamental que os ecossistemas e recursos naturais sejam preservados. Sob a perspectiva ecológica, a demanda por recursos deve ser limitada e a diversidade das espécies preservada. Os mecanismos de mercado não somente são ineficientes na conservação desse capital natural, como também promovem sua degradação, de maneira desequilibrada. Já em termos sociais, algumas questões fundamentais são requeridas para o desenvolvimento, como educação de qualidade, saúde e democracia participativa, entre outras.

¹¹ GUIMARÃES, Mauro. Armadilha paradigmática na educação ambiental. In: LOUREIRO, C.F.B; LAYRARGUES, P.P; CASTRO, R.S. (Orgs). *In: Pensamento Complexo, dialética e Educação Ambiental*. São Paulo, Cortez, 2006.

¹² VIVERET, P. *Reconsiderar a riqueza*. Tradução de Vera Ribeiro, Brasília: UnB, 2006, p.2.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A análise do conceito do desenvolvimento sustentável sob estas perspectivas, ratifica o quão complexo e dinâmico é tal fenômeno. A sustentabilidade vai além de limites à população e ao consumo, embora tais sejam bastante importantes. Isso significa que a escolha de bens e tecnologias deve respeitar as limitações dos ecossistemas e suas interações com as diversidades das espécies, assim como com os objetivos sociais, em termos de equidade e qualidade de vida. Elementos das três perspectivas são essenciais para o entendimento e operacionalização da questão.

O professor Ignacy Sachs¹³ suscita outras perspectivas na abordagem do desenvolvimento sustentável, como a territorial e política, sendo a primeira relacionada à distribuição espacial dos recursos, das populações e das atividades, sendo a segunda ligada à questão das liberdades tão necessárias para o desenvolvimento das pessoas e das nações, que foi também amplamente explorada por Amartya Sen¹⁴.

A questão da multidisciplinaridade do desenvolvimento sustentável e a dificuldade para que seja apresentada uma definição consensual que permita sua melhor operacionalização é apresentada por Bellen¹⁵:

[...] talvez o fato de existirem diferentes concepções ambientalistas sobre a ideologia de desenvolvimento sustentável possa explicar a existências das diversas definições deste conceito. Entretanto, um conceito como o do desenvolvimento sustentável, com várias concepções, não pode ser operacionalizado, o que prejudica a implementação e a avaliação dos processos desse novo modelo de desenvolvimento. Existe a necessidade de definir concretamente o conceito, verificando criticamente o seu significado e observando-se as diferentes dimensões que abrange.

Sachs apresenta alguns critérios de sustentabilidade para cada uma das diversas dimensões envolvidas, segundo sua análise, traduzidos em critérios de cunho¹⁶:

¹³ SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2004, p.15.

¹⁴ O indiano Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia (1998) é conhecido por sua grande contribuição à questão do desenvolvimento das nações, que, segundo ele, está estreitamente ligado às oportunidades oferecidas às pessoas para que façam escolhas e exerçam suas cidadanias. É autor do livro “Desenvolvimento como Liberdade”.

¹⁵ BELLEN, Hans Michael. *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p.33.

¹⁶ SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2002, p.85-88.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Social: o alcance de um patamar razoável de homogeneidade social; a distribuição de renda justa; o emprego pleno e/ou autônomo com qualidade de vida decente; e a igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais.

Cultural: as mudanças no interior da continuidade (equilíbrio entre respeito à tradição e inovação); a capacidade para autonomia para elaboração de um projeto nacional integrado e endógeno; e a autoconfiança combinada com abertura para o mundo.

Ecológico: a preservação do potencial do capital natureza na sua produção de recursos renováveis; a limitação do uso dos recursos não-renováveis.

Ambiental: o respeito a capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais.

Territorial: as configurações urbanas e rurais balanceadas (eliminação das inclinações urbanas nas alocações do investimento público); a melhoria do ambiente urbano; a superação das disparidades inter-regionais; e as estratégias de desenvolvimento ambientalmente seguras para áreas ecologicamente frágeis (conservação da biodiversidade pelo ecodesenvolvimento).

Econômico: o desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado; a segurança alimentar; a capacidade modernização contínua dos instrumentos de produção; a razoável autonomia na pesquisa científica e tecnológica; a inserção soberana na economia internacional.

Político (nacional): a democracia definida em termos de apropriação universal dos direitos humanos; o desenvolvimento da capacidade do Estado para implantar o projeto nacional, em parceria com todos os empreendedores; o nível razoável de coesão social.

Político (internacional): a eficácia no sistema de prevenção de guerras da ONU, na garantia da paz e na promoção da cooperação internacional; o pacote Norte-Sul de co-desenvolvimento, baseado no princípio de igualdade (regras do jogo e compartilhamento da responsabilidade de favorecimento do parceiro mais fraco); o controle institucional efetivo da aplicação do Princípio da Precaução na gestão do meio ambiente e dos recursos naturais, na prevenção das mudanças globais negativas, na proteção da diversidade biológica (e cultural); e a gestão do patrimônio global, como herança comum da humanidade; o sistema efetivo de cooperação científica e tecnológica internacional e eliminação parcial do caráter de commodity da ciência e tecnologia, também como propriedade da herança comum da humanidade.

Observa-se que essas dimensões se tornam fundamentais para a construção do desenvolvimento sustentável, podendo-se perceber que podem gerar conflitos sociais no processo de implantação, pois estão vinculadas a um aspecto social, revelando a necessidade de haver uma tentativa de uniformidade para que as dimensões possam se inter-relacionar e promover o desenvolvimento em todos os setores no objetivo de contribuir para que a sociedade também se desenvolva. E para que se alcance a integração dessas dimensões de sustentabilidade é fundamental, então, compreender que o desenvolvimento sustentável é um projeto de alcance da sociedade como um todo e deve ser entendido como uma ideia reguladora, comparável com os ideais de liberdade, justiça e verdade e

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

somente poderá ser concretizado por meio de um processo político-social paulatino de formação de vontade. Diante disso, o desenvolvimento sustentável deve possuir objetivos e princípios que permitam à sociedade uma maior compreensão e entendimento sobre o processo de transformação desse novo modelo de desenvolvimento.

Com uma questão, cuja resposta é emblemática, o relatório Prosperidade sem crescimento? (*Prosperity without growth?*), publicado pela Comissão para o Desenvolvimento Sustentável (*Sustainable Development Commission*), busca apresentar os caminhos da transição para uma economia sustentável. Algumas estatísticas apresentadas por Jackson¹⁷ merecem atenção, sendo elas o fato de que nos últimos 25 anos a economia mundial duplicou de tamanho, enquanto se estima que 60% dos ecossistemas mundiais foram degradados; que as emissões de carbono cresceram 40% desde 1990; e que uma série de recursos naturais fundamentais – como o petróleo – pode estar a menos de uma década da escassez total.

A situação de degradação apresentada, aliada a crises econômicas globais sem precedentes, criam, segundo o relatório, um cenário oportuno e único para que grandes mudanças sejam possíveis. Jackson¹⁸ enumera uma série de recomendações para que se trilhe um caminho rumo ao desenvolvimento sustentável. Tais recomendações estão agrupadas em três temas principais, que englobam os “12 passos para uma economia sustentável”: a) construir uma macroeconomia sustentável (*Building a macro-economics for sustainability*); b) proteger as competências para prosperidade social (*Protecting capabilities for social flourishing*); c) respeitar os limites ecológicos (*Respecting ecological limits*). O autor reforça que nenhum deles pode ser alcançado imediatamente e tampouco unilateralmente, mas, em conjunto, podem oferecer a solução para a construção de uma mudança definitiva.

¹⁷ JACKSON, Tim. *Prosperity without growth? The transition to a sustainable economy*. Sustainable Development Commission, 2009, p.6.

¹⁸ Ibid, p.103.

3 EDUCAÇÃO CORPORATIVA PARA A SUSTENTABILIDADE

Interagindo com as questões apresentadas anteriormente, tem-se que a questão da educação empresarial para a sustentabilidade é algo recente, ainda pouco explorado no mercado econômico e nos meios de produção. Parece, também, que não é só no mundo corporativo que existe esta lacuna. No meio acadêmico, até onde se pode verificar, as pesquisas ainda são incipientes e os estudos também não contemplam, em sua totalidade, a preparação das empresas para este cenário, e o correspondente desenvolvimento de competências para formação de seus corpos gerenciais. Autores que reforçam este aspecto de mudança de mentalidade como Loiola e Bastos¹⁹, mencionam que:

conscientizar é, na verdade, possibilitar ao educando questionar criticamente os valores estabelecidos pela sociedade, demonstrando que a razão de ser do desenvolvimento requer um novo estilo que deve ser: ambientalmente sustentável no acesso e uso dos recursos naturais e na preservação da biodiversidade; socialmente sustentável na redução de pobreza e das desigualdades e na promoção da justiça social; culturalmente sustentável na conservação do sistema de valores, práticas e símbolos de identidade que determinam integração nacional ao longo do tempo; e, por fim, politicamente sustentável aprofundando a democracia e garantindo o acesso e participação de todos os setores da sociedade nas decisões públicas.

Este entendimento tem como diretriz uma nova ética de desenvolvimento, uma ética na qual os objetivos econômicos de progresso material subordinam-se às leis que governam o funcionamento dos sistemas naturais, bem como a critérios superiores de respeito à dignidade humana e de melhoria na qualidade de vida das pessoas. Ver demonstrado ou aplicado na realidade cotidiana o que foi aprendido em face de um estudo ambientalista por excelência, parece ser o principal objetivo das organizações atuais ao promoverem as ações de treinamento, de educação e de desenvolvimento para seus funcionários. O que o indivíduo aprende são atitudes, conhecimentos e habilidades que se manifestam como desempenho voltado a metas organizacionais.

O conceito de desempenho nas organizações, portanto, *“é utilizado para exprimir conjuntos de comportamentos ligados a tarefas, papéis, normas, expectativas, metas e padrões de eficiência e*

¹⁹ LOIOLA, E; BASTOS, A.V.B. A Produção acadêmica sobre aprendizagem organizacional no Brasil. Revista de Administração Contemporânea, v. 7, n. 3, p. 181-201, jul./set. 2003.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

eficácia manifestados pelos indivíduos em um dado ambiente corporativo.”²⁰ De acordo com os autores o “desempenho compreende então além de comportamentos, habilidades e atitudes (saber o que fazer e como fazer), as experiências pessoais dos funcionários (saber ser), a motivação (querer fazer) e as condições de trabalho (poder fazer)”.

Em geral, o desempenho para ser considerado competente deve considerar os padrões organizacionais de eficiência e eficácia estabelecidos pela organização, além de outros fatores, em especial os treinamentos, que se realizados pelas organizações geram intencionalmente ações educativas corporativas, que também promovem a manifestação do desempenho competente, dependendo, por óbvio, substancialmente, além da iniciativa do próprio indivíduo, de outros agentes relevantes no processo, pois a educação está relacionada diretamente a metas de formação do cidadão. Então, independentemente do tipo de ação realizada, estas condições de aprendizagem, criam condições para que indivíduos com diferentes motivações, estilos pessoais, repertórios de entrada, níveis de inteligência e de absorção e ritmo/velocidade possam adquirir o mesmo conteúdo. Parece residir aqui um dos grandes desafios da educação corporativa: garantir um alto grau de estruturação dos eventos instrucionais e, simultaneamente, respeitar as diferenças individuais.

No caso de ações em que o propósito é desenvolver um desempenho competente mais complexo, como é o caso de sustentabilidade, a ênfase passa a ser então nas diferenças individuais para que elas possam promover criatividade na resolução de problemas e gerar respostas inovadoras aos desafios do novo contexto. Nesta situação, oferecer também ambientes propícios à aprendizagem, em que se dispõe de recursos materiais apropriados, infraestrutura que estimule a busca de novos estímulos e clima de compartilhamento de experiências faz toda a diferença para o resultado do processo de aprendizagem. Muitas ações de treinamento, de desenvolvimento e de educação acabam sendo infrutíferas, porque não é dada a devida atenção às questões do contexto organizacional, do ambiente pedagógico propício à aprendizagem.

²⁰ ABBAD, G.S; BORGES-ANDRADE J.E. *Aprendizagem humana em organizações de trabalho*. In: ZANELLI, J.C; BORGES-ANDRADE J.E; BASTOS, A.V.B. *Psicologia, organizações e trabalho no Brasil*. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 237-275.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Se a intenção é de fato propiciar uma aprendizagem que resulte em resultados positivos para a organização e para seus funcionários, de acordo com Dibella e Nevis²¹, é necessário haver uma relação entre aprendizagem e projeto organizacional e, para isto, os líderes organizacionais devem criar estas condições essenciais. Para estes autores:

[...] o projeto da aquisição, transferência e aplicação de conhecimentos deve então ser concebido e ajustado à linha de pensamento dos dirigentes da empresa. Responsabilidade ambiental na esfera dos negócios assume, então, uma particular importância, uma vez que as organizações detêm um poder de influência significativo na sociedade. Assim, o comportamento das empresas é um fator relevante no resultado da atual macro transição, pela qual o mundo está passando.

A antiga cultura por óbvio está obsoleta: seu eixo era o lucro e o crescimento em benefício dos acionistas, seguindo a premissa de que o negócio dos negócios é fazer negócios. O resto era considerado vã filosofia, ou indevida pressão social ou política. Na atual cultura das corporações mais avançadas, a procura do lucro a curto prazo é atenuada por preocupações com a lucratividade de longo prazo e a ânsia do crescimento ilimitado é substituída pela busca de uma participação sustentável em vários mercados. As gestões empresariais mais avançadas também estão focadas na filosofia, na identidade e no papel que elas possuem perante a sociedade, bem como no papel e na ética de suas lideranças, aliado ao fato da percepção moderna da necessidade de garantir-se os recursos ambientais necessários para a produção.

Os executivos de hoje parecem atônitos diante do impacto das novas demandas: há uma nova configuração geopolítica global, nacional e local; aparecem, a cada instante, novas formas de competição e alteram-se os fatores de competitividade (das empresas e dos países); a disputa de novos mercados e de novos produtos é cada vez mais acirrada (o diferencial não é o preço, mas essencialmente os serviços e a qualidade oferecidos); existem novas exigências sociais e novas pressões comunitárias; os valores e as atitudes mudam intensamente e velozmente; e as economias são bruscamente alteradas, seja pela recessão mundial, seja pelo alto grau de incerteza que caracteriza o período atual. Este cenário, mais do que nunca, confirma que as organizações, consideradas sistemas abertos - atuam sobre o ambiente e também são influenciadas pelas forças

²¹ DIBELLA, A.J; NEVIS, E.C. *Como as organizações aprendem: uma estratégia integrada voltada para a construção da capacidade de aprendizagem*. Tradução Flávio Kuczynski – São Paulo: Educator, 1999.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”

Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

advindas dele -, exercem a função de gestão que representa, necessariamente, conviver com a ambiguidade e com a incerteza, não havendo mais “respostas certas”; quando muito, metodologias de buscar a melhor resposta, em especial no tocante ao meio ambiente.

Uma das implicações e necessidades geradas por esta nova realidade global é, então, o fato inquestionável de que os problemas não são isolados, mas estão interligados, sendo de extrema importância que o gestor atual adquiria habilidades conceituais mais amplas, incluindo responsabilidades perante o meio externo. Em sintonia a isso, tem-se que a responsabilidade das organizações perante já não é mais um fator “subjetivo” e idealístico; ela tornou-se uma dimensão “objetiva” da cultura empresarial. A preocupação das organizações também deve ser a de criar riqueza para a sociedade e, neste sentido, a cultura da empresa deve contemplar não só a excelência plena em todos os sentidos, mas também a medida exata de sua responsabilidade social e ambiental. Para Laszlo²², existem na atualidade responsabilidades das organizações que podem ser entendidas como novas competências requeridas aos líderes/gestores empresariais, neste contexto voltado à inserção da sustentabilidade nos negócios. O autor demonstra que a questão ambiental deve ser inserida na preparação dos novos trabalhadores, especialmente firmando-se em paradigmas separados por: 1) cumprimento de todas as regulamentações e leis ambientais; 2) busca consistente da prevenção da poluição e minimização do desperdício em sua cadeia produtiva; 3) antecipar-se à regulamentação ambiental, tomando a iniciativa de reduzir os impactos negativos sobre o meio ambiente; 4) estabelecimento de sistemas de gerenciamento ambiental próprios; 5) busca ativa da eficiência ecológica e a desmaterialização de seu valor agregado para clientes e consumidores; 6) comprometimento com sua contínua adaptação à busca da sustentabilidade ambiental, limitando a redução da biodiversidade, minimizando a poluição, fazendo a reciclagem de recursos não-renováveis, eliminando os detritos e substâncias tóxicas desnecessárias e consumindo recursos renováveis num ritmo que lhes permita a regeneração.²³

Trata-se, assim, da necessidade de se refletir sobre os processos educacionais de desenvolvimento de competências para a sustentabilidade nas organizações, o que se demonstra não mais ser uma

²² LASZLO, E. *Macrotransição: o desafio para o terceiro milênio*. São Paulo: Axis Mundi; Antakarana/ Willis Harman House, 2001.

²³ *Ibid*, p.112-114.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

ideia, mas uma prática moderna e específica de um novo olhar para a formação dos trabalhadores, gestores, diretores e empreendedores. E este novel estilo tem como diretriz uma nova ética de desenvolvimento, uma ética na qual os objetivos econômicos de progresso material subordinam-se às leis que governam o funcionamento dos sistemas naturais, bem como a critérios superiores de respeito à dignidade humana e de melhoria na qual idade de vida das pessoas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se por um lado nesse contexto de crise ambiental, social e política, as organizações empresariais mundiais são compelidas a buscar práticas de responsabilidade corporativa e a evoluírem continuamente em prol do desenvolvimento sustentável, por outro lado as instituições de ensino superior são requisitadas a formar trabalhadores capacitados a responder adequadamente às necessidades sociais e organizacionais. Reconhecer a importância da educação para a sustentabilidade na vida social e econômica, bem como a necessidade de mudança e adaptação constantes das organizações, traz à tona o entendimento de que ser sustentável requer uma mudança de atitude e comportamento de todos os indivíduos dentro das instituições. A complexidade e a magnitude da sustentabilidade requerem uma mudança sistêmica e transformadora das políticas e práticas educacionais organizacionais.

As propostas radicais de transformação da educação corporativa parecem ser impraticáveis ao se levar em conta que não há respostas fáceis para os complexos e controversos problemas da sustentabilidade. A factibilidade da sustentabilidade é ainda contestada por muitos. Não há um consenso do que é sustentabilidade ou de como operacionalizá-la. Há um despreparo dos administradores e gestores em relação aos conhecimentos, habilidades e atitudes necessários para incorporar os princípios da sustentabilidade em suas organizações.

Mesmo contra todas as dificuldades que possam encontrar pelo caminho, um crescente número de universidades ao redor do mundo tem se comprometido com o processo de mudança em busca da sustentabilidade. Cada vez mais faculdades e universidades aderem a movimentos ou passam a ser signatárias de declarações de compromisso com a sustentabilidade. O tema da sustentabilidade e

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

da educação para a sustentabilidade no ambiente corporativo também tem despertado crescente interesse nos estudos organizacionais. Essas constatações têm levado corporações globalizadas a investirem na integração da sustentabilidade em seus programas de formação e em seus processos produtivos. As estratégias de sucesso de integração da sustentabilidade nas empresas, incluindo os estudos organizacionais, apontam para uma importante questão: a necessidade de uma ação coerente do discurso institucional com as práticas implantadas, sendo que a mesma só se viabiliza dentro de um novo processo produtivo econômico, que favoreça o envolvimento e o alinhamento dos colaboradores com os princípios e valores que, em última instância, são os vetores do conhecimento de ações sustentáveis. E é sob a ótica da necessidade da ensinância da sustentabilidade nos ambientes corporativos globais, que se pode pressupor a necessidade efetiva de que uma educação organizacional, que seja crítica, transformadora e participativa, seja o mote para um futuro sustentável da nossa atividade econômica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAD, G.S; BORGES-ANDRADE J.E. **Aprendizagem humana em organizações de trabalho.** In: ZANELLI, J.C; BORGES-ANDRADE J.E; BASTOS, A.V.B. Psicologia, organizações e trabalho no Brasil. Porto Alegre: Artmed, 2004, p. 237-275.

ALMEIDA, F. **Os Desafios da sustentabilidade:** uma ruptura urgente. São Paulo: Campus/Elsevier, 2007.

BELLEN, Hans Michael. **Indicadores de sustentabilidade:** uma análise comparativa. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DIBELLA, A.J; NEVIS, E.C. **Como as organizações aprendem:** uma estratégia integrada voltada para a construção da capacidade de aprendizagem. Tradução Flávio Kuczynski. São Paulo: Educator, 1999.

GUIMARÃES, Mauro. **Armadilha paradigmática na educação ambiental.** In: LOUREIRO, C.F.B; LAYRARGUES, P.P; CASTRO, R.S. (Orgs). In: Pensamento Complexo, dialética e Educação Ambiental. São Paulo, Cortez, 2006.

JACKSON, Tim. **Prosperity without growth? The transition to a sustainable economy.** Sustainable Development Commission, 2009.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

LASZLO, E. **Macrotransição: o desafio para o terceiro milênio**. São Paulo: Axis Mundi; Antakarana / Willis Harman House, 2001.

LIMA, G. C. **O discurso da sustentabilidade e suas implicações para a educação**. *Ambiente & Sociedade*. v. 6, n. 2, jul./dez. 2003.

LOIOLA, E; BASTOS, A.V.B. **A Produção acadêmica sobre aprendizagem organizacional no Brasil**. *Revista de Administração Contemporânea*, v. 7, n. 3, p. 181-201, jul./set. 2003.

MEADOWS, D. L., MEADOWS, D. H., RANDERS, J. & BEHRENS, W.W. **Limites do crescimento - um relatório para o Projeto do Clube de Roma sobre o dilema da humanidade**. São Paulo: Ed. Perspectiva, 1972.

MONTIBELLER, G. **O mito do desenvolvimento sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtos de mercadorias**. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2002.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Editora Garamond, 2004.

VIVERET, P. **Reconsiderar a riqueza**. Tradução de Vera Ribeiro, Brasília: UnB, 2006.

<https://ambiente.wordpress.com/2011/03/22/relatrio-brundtland-a-verso-original/>

https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O CRESCIMENTO E A PROPAGAÇÃO DO RISCO COMO FATORES DE AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE IMPACTO AMBIENTAL: DO TRANSINDIVIDUAL AO TRANSNACIONAL

Vanusa Murta Agreli¹

INTRODUÇÃO²

Os estudos anotados no presente artigo científico têm por objeto o exame do crescimento e da propagação do risco, como fatores de ampliação do campo de incidência do impacto ambiental, inicialmente local, e seguidamente global, ultrapassando as fronteiras nas nações, sem qualquer cerimônia com a soberania. A delimitação da pesquisa, dedicou-se a analisar o avanço do crescimento populacional e das atividades econômicas, e perquirir, no sistema legal, o tratamento destinado à solução dos conflitos ambientais para uma pluralidade de pessoas, numa única ação judicial, dada a repercussão transindividual do dano. Nesse particular, realizou-se uma digressão sobre as alterações processuais promovidas no Brasil, para o melhor enfrentamento das agressões, demonstrando o

¹ Advogada especialista em gestão ambiental (UFRJ-2000), com ampla experiência na consultoria preventiva e no contencioso ambiental. Especialista em Política e Estratégia (UFF e ADESG/RJ - 1998). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Presidente da Comissão de Direito Ambiental do IAB (2014/2018). Diretora das Comissões, Legislação e Pesquisa do IAB (2016/2018), com sede no Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Membro do Conselho Editorial da Revista Fórum de Direito Urbano e Ambiental (MG/RS). Professora de Direito Ambiental da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ/RJ). Coordenou o MBA Executivo em Direito do Ibmecc Business School (IBMEC-RJ). Foi Professora do Mestrado em Meio Ambiente na Universidade Federal Fluminense (UFF - Projeto PETROBRAS) e da Especialização em Educação Ambiental na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ - Projeto Programa de Despoluição da Baía de Guanabara) e do Foi Diretora da Associação Brasileira de Advogados Ambientalistas (ABAA) e da Associação de Professores de Direito Ambiental Brasileiro (APRODAB). Palestrante no Encontro Mundial de Juristas de Meio Ambiente para a Rio + 20. Mestranda na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com dupla titulação na Universidade de Alicante (Espanha). E-mail: vanusa@murtaagreli.adv.br

² Parte das análises dispostas no presente artigo científico foram utilizadas na construção de outros estudos, com variáveis na delimitação temática, destinados à publicação.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

alcance das ações judiciais previstas, desde o mecanismos para a tutela de direitos individuais, até o surgimento de instrumentos ajustados à natureza transindividual do dano. Demais disso, a análise enfrentou a crise decorrente da propagação transnacional dos impactos, imprimindo visibilidade para a socialização de danos atrelados à transnacionalidade, o que reclama a inclusão de mecanismos transconstitucionais ajustados à globalização, capazes de superar a nova dimensão dos impactos, com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Na investigação, coleta de dados e redação do resultado da pesquisa, adotou-se a metodologia indutiva, coletando dados normativos e doutrinários, alcançando-se a conclusão disposta na parte final do estudo científico. Na definição dos termos trabalhados, utilizou-se técnicas da categoria e do conceito operacional. Desenvolveu-se pesquisa bibliográfica direcionada pela técnica do referente, registrada pela técnica do fichamento.

1 O AMBIENTE CRIADO PELO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E PELO CRESCIMENTO DAS POPULAÇÕES

As mais profundas transformações que impulsionaram os impactos ambientais, relacionam-se às duas grandes guerras, que grifaram épocas associadas ao colapso econômico, à fome, à barbárie, às mutilações, às doenças, à fragmentação das famílias, ao extermínio, às deportações e sobretudo aos rearranjos de territórios, mercados e forças. Sob muitos aspectos, deflagraram transformações que estrearam novos rumos para o modo de vida, e essencialmente inaugurou um novo modelo de valores. Se por um lado se investiu fortemente na indústria bélica como forma de eliminar o inimigo, por outro lado se investiu em medicamentos para prolongar a vida, assim como se investiu em mecanismos para esmerar a qualidade de vida sob a ótica do conforto, no sentido de

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

reduzir os esforços físicos. Indiscutivelmente, ocorreram vultosos avanços na medicina, nos meios de comunicação e nos diversos modos de transporte, o que desafiou o cotidiano, ao viabilizar a fixação de residências em locais distantes das estações de trens e dos portos, e também porque fez crescer a relação social entre pessoas antes incomunicáveis em razão das distância e das muralhas.³

A interação de elementos como distância, velocidade, tecnologia, guerra, política e tempo, influenciou nas riquezas e nas relações, dotando-as de características e dimensões complexas e jamais supostas. Oportuno trazer à colação, as considerações postas em 1983 por Paul Virilio, urbanista e filósofo do espaço e do tempo, cuja vida foi perpassada pela guerra, emprestando-o conhecimento para investigar a relação da política, da tecnologia e da guerra com a cidade, as distâncias e o tempo:

Até o século XIX, a sociedade estava fundada no freio. Os meios para favorecer a velocidade eram muito insuficientes. Você tinha navios, mas os navios a vela evoluíram muito pouco até entre a Antiguidade e o tempo de Napoleão; o cavalo, menos ainda; e, evidentemente, havia os pombos-correio. A única máquina a usar a velocidade com alguma sofisticação foi o telégrafo ótico, e depois o telégrafo elétrico. Em geral, até o século XIX, não havia produção de velocidade. Podia-se produzir freios por meio de muralhas, da lei, das normas, interdições, etc. Podia-se frear usando todo tipo de obstáculos. (Não é por acaso que a sociedade antiga era uma sociedade de sucessivos obstáculos ao nível do povo, da moral, da definição territorial; fossem eles os muros da cidade, os impostos, os sistemas fortificados da Nação-Estado – todos eles tantos freios.) E então, repentinamente, há a grande revolução, que outros denominaram Revolução Industrial ou Revolução dos Transportes. “Eu” a chamo revolução “dromocrática”, pois o que foi inventado não era somente, como tem sido dito, a possibilidade de multiplicar objetos similares (o que, em meu entender, é uma visão completamente limitada), mas sobretudo um meio de fabricar velocidade com o motor a vapor, e depois com o motor a explosão. E assim pode-se passar da idade do freio à idade do acelerador. Em outras

³ AGRELLI, Vanusa Murta. A contribuição dos instrumentos obtidos à luz do princípio da precaução para a eficácia do princípio do poluidor pagador na ação civil pública ambiental. In MILARÉ, Édis (Coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p.810

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

palavras, o poder será investido na própria aceleração. [...] Fica muito claro que a hierarquia da velocidade é equivalente à hierarquia da riqueza. As duas estão acopladas.⁴

A análise de Paul Virilio desenha o poder da velocidade enquanto vetor de transformação, insinuando a necessidade de controle:

Não controlamos o que produzimos. Saber como fazer não significa que saibamos o que estamos fazendo. Vamos tentar ser um pouco mais modestos, e vamos tentar entender o enigma do que produzimos. As invenções, as criações dos cientistas são enigmas que expandem o campo do desconhecido, que, por assim dizer, ampliam o desconhecido. E aqui temos uma inversão. Essa inversão não é pessimista *per se*, é uma inversão de princípios. Já não partimos de uma idéia positivista ou negativista, partimos de uma idéia *relativística*. O problema é o seguinte: a tecnologia é um enigma; então, vamos trabalhar sobre o enigma e parar de trabalhar apenas sobre a tecnologia.⁵

No mesmo sentido, Rachel Carson realça a velocidade das criações sintéticas, sem equivalentes na natureza. Trata-se do ambiente criado:

A rapidez da mudança e a velocidade com que novas situações são criadas seguem o ritmo impetuoso e insensato da humanidade, e não o passo cauteloso da natureza. [...] As substâncias químicas às quais se exige que a vida se ajuste não são mais somente o cálcio, a sílica, o cobre e todos os demais minerais lavados das rochas e carregados pelos rios até o mar: são as criações sintéticas da mente invertida do ser humano, preparadas em seus laboratórios e sem equivalentes na natureza.⁶

Nomeadamente, os passos dados pelo crescimento populacional e pela forma do desenvolvimento econômico, inaugurou um ambiente diverso do natural, desafiando a vida. À época, as externalidades negativas do processo de produção, dos produtos, da matéria prima e dos resíduos gerados, não integrava as políticas públicas e empresarias, e a informação relativa aos impactos que eventualmente fossem mensurados e

⁴ VIRILIO, Paul. **Guerra Pura: a militarização do cotidiano**. Tradução de Elza Miné E Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: brasiliense, 1984, p.50-51.

⁵ VIRILIO, Paul. **Guerra Pura: a militarização do cotidiano**. p.65.

⁶ CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. por Claudia San't Anna Martins. São Paulo: Gaia. 2016. p.23.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

catalogados, não era disponibilizada para o cidadão, lançando-o para a condição de vulnerabilidade. Ulrich Beck alerta que no ambiente criado, o qual nomina de ‘modernidade desenvolvida’ [...] emerge um novo modelo de *destino “adscrito” em função do perigo*, do qual nenhum esforço permite escapar.’ Beck leciona que ‘não se vê nele a desigualdade dos estamentos (nem grupos marginais, nem diferença entre campo e cidade ou de origem nacional ou ética, e por aí afora).’⁷

Paralelamente ao crescimento infrene dos riscos, surgem novos rumos para a legislação ambiental. No que diz respeito à qualidade de vida associada à qualidade do meio ambiente, identifica-se na virada da segunda grande guerra, em especial na Alemanha, o uso da precaução nas atividades econômicas, com vistas a apequenar a ocorrência de danos ambientais, instalando-se um influente marco na história do Direito Ambiental. Conforme Andrew Jordan,⁸ o princípio da precaução (*vorsorgeprinzip*) foi fortemente percebido na Alemanha Ocidental durante a década de 70, na área da regulação da emissão de poluentes, quando se impôs a proteção da cobertura arbórea (Lei Federal de 15.3.1974). Na mesma linha de tempo da Alemanha, o Decreto-Lei 1.413 de 14.8.1975, que dispõe sobre o controle da poluição do meio ambiente provocada por atividades industriais, inseriu a precaução no território brasileiro, prescrevendo que “As indústrias instaladas ou a se instalarem em território nacional são obrigadas a promover as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente.” (art.1º).

Frise-se que sucessivamente, diversas regras confirmaram e ampliaram a precaução, destacando-se a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, tornou obrigatório em todo o

⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011, p.8.

⁸ JORDAN, Andrew apud HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informar**. In *Direito & Justiça*, v.38, n. 2, p.156-182, jul./dez. 2012.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

território brasileiro, o licenciamento ambiental (art.9º, IV; art.10) e a avaliação dos impactos ambientais (art.9º, III). No mesmo passo, a Constituição Federal prescrevendo o estudo prévio de impacto ambiental como condição para o licenciamento de obra ou atividade com significativo potencial lesivo (art.225, §1º, IV), zelou por um ambiente normativo fundado na precaução, impondo, a obtenção da certeza científica relativa aos impactos, e às medidas mitigatórias adequadas para poupar os ecossistemas. Outrossim, a despeito da adoção da precaução como instrumento para abreviar a ocorrência de danos irreversíveis e estreitar as possibilidades de novas lesões aos recursos ambientais, e conseqüentemente apear a incidência de eventos passíveis de reparação, múltiplas são as ocorrências de lançamentos de efluentes fora dos padrões de permissibilidade.

A expansão desalinhada das cidades, o aumento das atividades e empreendimentos econômicos em descompasso com as técnicas e regras próprias da precaução, gestam um ambiente de riscos. Fritjof Capra (1981) sugere uma mudança de paradigma, de maneira que a humanidade sobreviva ao colapso e possa ascender o futuro que está para acontecer. O autor anuncia que a doença pode sobreviver em prejuízo da vida, tendo em vista que “Os efeitos a longo prazo da excessiva “quimioterapia” na agricultura provaram ser desastrosos para a saúde do solo e das pessoas, para as nossas relações sociais e para todo o ecossistema do planeta”⁹:

No centro das inquietudes, a crise ambiental, os maus tratos ao ecossistema e ao ser humano. Segundo Capra, estamos imersos numa pluralidade de riscos que ameaçam a sadia qualidade de vida: ‘Ar poluído, ruídos irritantes, congestionamento de tráfego, poluentes químicos, riscos de radiação e muitas outras fontes de estresse físico e psicológico passaram a fazer parte cotidiana da maioria das pessoas.’¹⁰ A ampliação dos

⁹ CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. Ed. Cultrix: São Paulo. 2012, p.249.

¹⁰ CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. p.227-228.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

riscos e a proliferação de impactos ambientais, por vezes, de maneira superior à capacidade de carga, incentivou alterações no sistema processual, de modo a facilitar o enfrentamento dos conflitos ambientais, que numa escala inadmissível, atinge uma diversidade de pessoas e bens ambientais, simultaneamente.

2 AS ALTERAÇÕES PROCESSUAIS PROMOVIDAS NO BRASIL, PARA O ENFRENTAMENTO DAS AGRESSÕES COM REPERCUSSÃO TRANSINDIVIDUAL

Ao longo do tempo percebendo o quanto é vulnerável perante o Estado na relação público privado, o homem se propôs a novos arranjos na sociedade mediante a formação de grupos, o que lhe emprestou melhores condições para o enfrentamento, na defesa de seus interesses. Rodolfo de Camargo Mancuso traça os passos dos ‘corpos intermediários’, designação dada por Montesquieu, e a remodelagem dos grupos, o que incentivou, ao lado das constantes e onerosas guerras, o fracionamento das forças do Estado na Idade Medieval.¹¹ Feudos e corporações que agrupavam artesãos, mestres, aprendizes e comerciantes representaram focos de poder frente ao Estado acostumado a reinar num cenário de indivíduos solitários. A ascendência e a consolidação dos ‘corpos intermediários’ instaurou uma nova realidade fática que forçou a reorganização do Estado.

O fortalecimento trouxe resultados na esfera administrativa, porém faltaram instrumentos judiciais, ajustados à nova configuração, que fossem de fato aptos para conduzir as pretensões dos grupos, surgindo a necessidade de adaptação do sistema, de modo que a força dos grupos também adquirisse dimensão na esfera judicial. José Carlos Barbosa Moreira¹² ponderou acerca da ‘propensão do mundo contemporâneo para os

¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p.37.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição Federal*, n.61, p.187 apud MANCUSO, Rodolfo de

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa e, por que não, processo de massa? Ocorre que os conflitos coletivos e difusos eram obstaculizados pelo art.6º do pergaminho processual brasileiro de 1973, voltado para cuidar de contendas entre indivíduos, que condicionava a substituição processual à lei autorizativa. E como bem observa Mancuso:

os interesses são melhor e mais eficazmente exercidos em forma coletiva (...) e essa nova ‘ordem coletiva’ emergente aparece como o *tertium genus* de todo o processo sócio-político, porque representa o ponto médio entre o Estado e o indivíduo: menos do que aquele; mais do que este.¹³

A utilização do litisconsórcio ativo não socorria as novas carências fundadas pelo direito coletivo, limitando-se a prover a tutela coletiva de interesses individuais. Tornou-se imprescindível, a instituição de instrumentos para a tutela de direitos coletivos, o que é dissemelhante da tutela coletiva de direitos individuais. Vale dizer que era inescusável a edição de lei criando mecanismo e legitimidade processual. Bem de ver importante ponderação de João Batista de Almeida:

Não é exagero dizer-se que relevantíssimos interesses vagavam à procura de um autor que os defendesse. Se individualmente não se podia, nem se pode, defender o bem coletivo, a solução era mesmo alterar a concepção do Código de Processo Civil, criando-se paralelamente um sistema de processo civil coletivo, capaz de assegurar-lhe proteção.

¹⁴

Afinal a fronteira foi vencida, e grandes marcos foram situados pela Lei da Ação Civil Pública (1985), e pelo Código de Defesa do Consumidor (1990), modernizando os rumos da defesa dos direitos, inaugurando um caminho efetivo para a tutela dos direitos transindividuais. Instrumentos processuais forneceram mecanismos para a tutela de

Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004, p.49.

¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. p.38, 42.

¹⁴ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p.36.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

direitos coletivos e, demais disso, as normas postas venceram a barreira construída pelo art.6º¹⁵ do antigo Código de Processo Civil (1973), atendendo aos então recentes modelos de grupos, como os sindicatos, associações e classes (OAB, CREA, CRM etc) que conquistaram legitimação para propor ação judicial para requerer direitos coletivos pelo caminho da substituição processual¹⁶ dos indivíduos agrupados que, não raro, recebem tratamento especialmente facilitado, como por exemplo o consumidor que é presumidamente vulnerável, podendo ser beneficiado pela inversão do ônus da prova, como forma de equiparação de armas.

**3 A TUTELA JUDICIAL NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO: DIREITOS INDIVIDUAIS;
DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS; DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS**

Cediço que a infração ao sistema legal atrai o infrator para o polo passivo de uma ação judicial, através da qual o sujeito que aperceber-se agravado em seu direito submeterá a questão ao Estado-Juiz, diretamente ou por substituto processual, com a finalidade de manter ou recuperar o *satus quo*. Acentue-se que os mecanismos para a tutela jurisdicional atendem a três importantes categorias, conforme passaremos a expor. A primeira delas, a categoria dos direitos individuais a ser judicializada pelo titular, tema que será oportunamente abordado, ao analisarmos um exemplo em que um único fato gerador ilustra categorias diversas de direitos e os mecanismos processuais cabíveis. A segunda categoria refere-se aos direitos individuais homogêneos¹⁷ (caracterizado quando o fato gerador repercute na esfera privada de diversos indivíduos), cuja tutela pode ser requerida individualmente pelo próprio titular, através dos mecanismos disponibilizados pelo Código de Processo Civil ou pode ser pleiteada coletivamente através do

¹⁵ Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

¹⁶ Merece fazer uma digressão doutrinária acerca da substituição processual e da representação.

¹⁷ Conceito de interesses ou direitos individuais homogêneos para efeito do código do consumidor: assim entendidos os decorrentes de origem comum. (art.81, III da Lei 8078/90).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

litisconsórcio facultativo ativo previsto no diploma processual ordinário em regime de representação, ou através da ação civil pública, em regime de substituição processual¹⁸.

A judicialização do conflito conjuntamente, pelo instituto do litisconsórcio facultativo ativo ou pela ação civil pública, concentra a atividade cognitiva numa única ação, trazendo vantagens (afasta a fragmentação de decisões, evitando-se entendimentos diferentes em casos homogêneos) e desvantagens pelas dificuldades de se incorporar numa sentença formalmente única, as peculiaridades de cada um dos autores. Este fenômeno deflagrou as sentenças ilíquidas, nas quais o juízo certifica a existência de obrigação (*an debatur*) condenando o réu de forma genérica, o que reclama uma fase secundária complementar, para se liquidar a sentença conforme a extensão do dano (*quantum debatur*) individual, posto que somente os valores que espelhem o prejuízo individualmente sofrido devem ser repassados para o patrimônio do titular, sob pena de enriquecimento sem causa.

Finalmente vamos adentrar no tema dos direitos transindividuais, que consistente na terceira categoria que se utiliza dos mecanismos da tutela jurisdicional. Essa categoria, que se vale da ação civil pública, possui dois núcleos, um deles consiste no direito difuso¹⁹ que tem como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. O outro núcleo refere-se ao direito coletivo²⁰ cujos titularidade pertence a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Em se tratando de interesses difusos, os valores eventualmente recebidos

¹⁸ A eleição da alternativa ‘substituição processual’ é polêmica na doutrina, e nesse particular note-se que existem espaços para os argumentos de que servir-se da ação civil pública para interesse individual, arranha o propósito indicado no art.1º, IV, da Lei 7.347/75 que, ao referir-se a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, sinaliza que a lei é território destes.

¹⁹ Conceito de interesses ou direitos difusos para efeitos do código do consumidor: os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (Art.81, I da lei 8078/90).

²⁰ Conceito de interesses ou direitos coletivos para efeito do código do consumidor: os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art.81, II da lei 8078/90).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

na condenação, por referirem-se a bem jurídico infracionável, não serão destinados a integrar qualquer patrimônio individual.

Pode-se inferir que na seara dos direitos difusos o bem jurídico é inalteradamente indivisível e conseqüentemente a fruição do direito é dispersa entre os sujeitos indeterminados, característica que impede que a tutela seja requerida por uma pessoa, que jamais poderá ser parte legítima numa demanda, sob pena de um único ou poucos apropriarem-se de um direito que não pode ser fragmentado. A condição dos sujeitos indetermináveis decorre de uma situação fática e não jurídica pré-existente ao fato lesivo. Diferentemente, para os direitos coletivos, a condição deriva de uma relação jurídica-base que forma uma classe ou grupo de pessoas (membros de uma associação, por exemplo os médios credenciados no CRM) ou por um vínculo jurídico que vincula os polos (contratantes de um plano de saúde em grupo). Kazuo Watanabe nutre o entendimento de que o direito coletivo deriva de condições específicas seja através da relação jurídica-base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc).²¹ Não obstante a natureza indeterminada do sujeito, há uma delimitação que possa apontar pessoas passíveis de integrar o rol dos titulares dos direitos coletivos, sendo portanto, determináveis.

Como exemplo para bem entender as categorias acima tratadas vamos considerar a venda de um agrotóxico cujo processo de produção falho tenha gerado um produto com substâncias acima do nível autorizado. A utilização do produto impróprio para o uso, tem potencial de deflagrar responsabilidades diversas, e em especial no campo da

²¹ WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, p.625 apud DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Bahia: Juspodivm. 2009, pág. 75.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

responsabilidade civil várias categorias de direitos podem ser afetadas. Como o sistema normativo estabelece uma rotina de controle na venda do agrotóxico, em tese, há um rastro para identificação do grupo de consumidores que adquiram o produto, e que sejam passíveis de integrar o rol de titulares de direitos individuais homogêneos com interesse processual para requerer a reparação patrimonial pelos prejuízos decorrentes da inutilidade da plantação, no que inclui-se lucros cessantes e danos emergentes; reparação do solo que tenha ficado impróprio para o cultivo; reembolso dos gastos hospitalares e medicamentosos. E na esfera extrapatrimonial, a compensação pelo dano moral. A demanda pode ser proposta individualmente ou através do litisconsórcio facultativo ativo formado pelas vítimas. Se for adotada a segunda hipótese, na fase de liquidação e de execução da sentença, caberá a cada um dos integrantes do litisconsórcio, demonstrar a extensão de seus prejuízos.

Neste mesmo caso, outras pessoas, de forma pulverizada, de difícil identificação, podem ser vítimas do mesmo fato gerador. Estamos referindo-nos aos direitos coletivos dos consumidores finais da cadeia produtiva, aqueles que alimentaram-se dos legumes, verduras e frutas que foram comercializadas antes que houvesse a constatação da contaminação. Neste grupo de pessoas, estão inseridos os indivíduos de famílias diversas e seus hóspedes e empregados; clientes e empregados de restaurantes; pacientes de hospitais e seus acompanhantes; crianças e funcionários de creches; passageiros e tripulantes de companhias aéreas etc. O grupo de vítimas é de difícil determinação, e muitos não teria acesso aos documentos indicativos do nexos causal. A pulverização das vítimas constitui circunstância razoável para atrair a necessidade da utilização da ação civil pública, que parece-nos preferencialmente vocacionada para a tutela de direitos coletivos do que para a tutela coletiva de direitos individuais. Note-se que na fase de execução, dada a natureza da titularidade individual (determinável), o produto da condenação que não seja reclamado, reverte-se para o fundo previsto na Lei 7.347/75.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Finalmente, no tocante ao exemplo acima, o ilícito também imprime lesão aos recursos ambientais, no âmbito dos direitos difusos. A descontaminação do solo, passível de requerimento individual, com vistas a tornar o solo útil para a vida econômica, refere-se ao valor patrimonial da propriedade e da atividade econômica, cabendo ao substituto processual legitimado para propor a ação para a tutela dos direitos difusos, observar tal fato, e requerer a integral reparação do bem ambiental, atuando na dimensão difusa da reparação, relacionada aos componentes ambientais que seguem danificados, como por exemplo a descontaminação do lençol freático, dos rios e do solo, cuidando para evitar o *bis in idem*.

Diante o exposto, que elencou os mecanismos disponibilizados pelo ordenamento legal brasileiro, para o trato das demandas ambientais, inclusive para os casos com repercussão transindividual, conforme ilustrado, é acertado aduzir pela suficiência processual, sem prejuízo do memorável porte paradigmático da legislação material relativa às responsabilidades administrativa, civil e penal. Segundo o notável jurista José Carlos Barbosa Moreira, o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais complexas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supra individuais. À subsistência de uma situação largamente insatisfatória, não é a carência de meios processuais que responde.

22

4 A REPERCUSSÃO TRANSNACIONAL DO RISCO

Diferentemente é o destino das vítimas no campo transnacional. A globalização, a velocidade e sobretudo as discrepâncias entre os modelos internacionais de controle das atividades econômicas, causa uma miscelânea das externalidades negativas, propiciando

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. in Milaré, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**, p. 345.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

efeitos cumulativos e sinérgicos de impactos, que ultrapassam fronteiras, causando uma desordem mundial, num cenário desprovido de instrumentos de controle e repressão. Luiz Alberto Moniz Bandeira, acentua o entrelaçamento das regiões e países:

O capitalismo espalhou, no processo de acumulação e expansão mundial, uma teia que emaranhou, econômica e politicamente, todas as regiões industrializadas, agrícolas, pré-capitalistas e não capitalistas, em um todo global, um sistema de vasos comunicantes, e tornou as sociedades interdependentes, apesar e/ou em consequência da diversidade de seus graus de progresso e civilização. A economia mundial constitui, portanto, uma realidade superior, não um conjunto, uma soma, uma teia de economias nacionais. E a Ciência Política necessita estudar a ontogênese do Estado, no processo da opressiva acumulação do poder capitalista [...] ao longo da história e da evolução da economia mundial.

[...]

À medida que a economia capitalista mais e mais se globalizou, a entrelaçar e agrupar todas as regiões e países, enredando-os em todo, conquanto níveis assimétricos, irregulares e complexos, contudo interdependentes, os acontecimentos sociais e políticos quase sempre estiveram, direta ou indiretamente, interconectados. E a osmose ainda mais se acentuou na política internacional, conforme as condições domésticas e diferentes estruturas de instituições e do Estado, que se modificaram com a evolução das forças produtivas.²³

O fenômeno é mais agravado por conta da alta diversidade na forma de controle de cada território, circunstância que impõe novos contornos nas nações atingidas pelas intervenções ambientais avessas à precaução, em afronta à capacidade de carga dos ecossistemas. A sentença ‘ação local, resultado global’ traduz a realidade dos fatos, significando que o ecossistema de uma região pode ser piorado pelas ações de outros países. Por conseguinte, um Estado que exige controles rijos do processo de produção e da ocupação do solo, encarecendo-os, fica passível de acondicionar em seu ambiente, os efluentes de outros Estados que ultrapassam os limites de tolerabilidade. Inolvidável que

²³ MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. **A desordem mundial: O espectro da total dominação: Guerras por procuração, terror, caos e catástrofes humanitárias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 24-25.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

a poluição não observa fronteiras, quando despatriada pelo Estado gerador, aloja-se em outro território e lá atua, acumula-se e interage com elementos locais e também com elementos de outras nacionalidades lá guarnecidos. A propagação dos impactos atravessa fronteiras e nações, ultrapassando os limites geográficos da nação na qual se realiza a atividade econômica. As externalidades negativas do processo de produção, ainda que suportadas pela legislação local, podem ultrapassar fronteiras e impactar Estados, socializando os riscos, afrontando a soberania e propagando a poluição pelo sistema global, esparramando um véu nebuloso que envolve o planeta. A este respeito, dispõe Fritjof Capra:

Nossa principais cidades estão cobertas por camadas de *smog** sufocante, cor de mostarda. [...] **Essa contínua poluição do ar não só afeta os seres humanos, como também atinge os sistemas ecológicos.** [...] **No mundo de hoje, o *smog* não é encontrado apenas na vizinhança das grandes cidades, está disperso por toda a atmosfera da Terra, e pode afetar gravemente o sistema global. Os meteorologistas já falam de um véu nebuloso de poluição atmosférica que envolve todo o planeta.**²⁴

Neste caso, a apropriação da qualidade de vida reclama um sistema com alcance mundial, apto a solucionar a desordem ambiental. A inexistência de um mecanismo com abrangência transnacional adaptado às Constituições, funciona como um permissivo para os excessos decorrentes de intervenções que ultrapassem os limites de tolerabilidade, que ao tempo que atraem lucros para o gerador, entregam prejuízos para as nações vítimas dos impactos. Ulrich Beck assevera que ‘na modernidade desenvolvida’ [...] emerge um novo modelo de *destino* “adscrito” *em função do perigo*, do qual nenhum esforço permite escapar.’ O autor realça que ‘não se vê nele a desigualdade dos

* Combinação de fumaça e nevoeiro. (N. do E.)

²⁴ CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente.** p.23.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

estamentos (nem grupos marginais, nem diferença entre campo e cidade ou de origem nacional ou ética, e por aí afora).²⁵ Ulrich Beck sinaliza a ostentação dos riscos:

Pobre em catástrofes históricas este século na verdade não foi: duas guerras mundiais, Auschwitz, Nagasaki, logo Harrisburg e Bhopal, e agora Chernobyl. Isso exige precaução na escolha das palavras e aguça o olhar para singularidades históricas. Todo o sofrimento, toda a miséria e toda a violência que seres humanos infligiram a seres humanos eram até então reservados à categoria dos “outros” – judeus, negros, mulheres, refugiados, dissidentes, comunistas etc. De um lado, havia cercas, campos, distritos, blocos militares e, de outro, as próprias quatro paredes – fronteiras reais e simbólicas, atrás das quais aqueles que aparentemente não eram afetados podiam se recolher. Isso tudo continua a existir e, ao mesmo tempo, desde Chernobyl, deixou de existir. É o fim dos “outros”, o fim de todas as nossas bem cultivadas possibilidades de distanciamento, algo que se tornou palpável com a contaminação nuclear. *A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear.*

[...] A admissão de uma contaminação nuclear *perigosa* equivale à admissão da *inexistência de qualquer saída possível* para regiões, países ou continentes inteiros.²⁶

Rachel Carson, refletindo sobre a influência dos riscos sobre a vida humana, argumenta que a Declaração dos Direitos Humanos não garante proteção do cidadão contra os venenos letais, porque os antepassados não puderam planejar o surgimento de tal hipótese. Percebe que ‘as gerações futuras provavelmente não perdoarão nossa falta de preocupação prudente com a integridade do mundo natural que sustenta toda a vida’²⁷. De fato, o complexo arsenal de riscos que habitam o ambiente criado, impulsiona uma urgente reconfiguração para o enfrentamento das agressões.

²⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011, p.8.

²⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. p.7.

²⁷ CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. p.24.

5 O TRANSNACIONAL COMO FATOR PARA O TRANSCONSTITUCIONAL

A velocidade do crescimento e propagação dos riscos numa dimensão transnacional, não enfrenta freios suficientes nos países afetados, tendo em vista que os mecanismos de controle e repressão não ultrapassam fronteiras. Se por um lado, a poluição não respeita fronteiras, por outro lado, as respostas correspondentes às ações impactantes não podem ser entregues ao poluidor. De modo conseqüente, estamos expostos à uma ruptura, ainda que transversa, da soberania! Uma ruptura pela poluição. As Constituições erguem muros para a responsabilização do causador do dano, mas não erguem muralhas contra o lançamento de efluentes. Este é o ponto a ser combatido e solucionado. Analisando o imbróglcio de difícil solução, Paulo Márcio Cruz, ressalta que “existe um problema que poderá levar à criação de centros de poder transnacionais que superem a ideologia e a estrutura jurídica das relações internacionais: o problema ecológico.”²⁸ Este autor, com propriedade, propaga a ideia de cessão de cotas de soberania, inspirado no modelo adotado pela Comunidade Europeia:

A trágica experiência da Segunda Guerra Mundial induziu alguns estados europeus a ceder cotas de soberania para criar centros de poder transnacionais de gestão de determinadas relações econômicas. Do mesmo modo o risco ambiental poderia induzir os Estados a ceder cotas de soberania em favor de organismos que possam, oportunamente e eficazmente, impor as medidas necessárias para a salvaguarda ecológica do planeta. Um modelo para ser levado em consideração é o oferecido pela CE, com os seus atos vinculantes e de efeito direto, que operam segundo o Princípio da Especialidade das competências de subsidiariedade, e com a possibilidade de Estados e de pessoas remeterem-se a um juiz imparcial.

[...] a atual situação ambiental torna necessária a criação de uma autoridade para a tutela ecológica que opere mediante poderes de caráter transnacional e subsidiário, com efeito vinculante e direto em relação aos Estados e às pessoas. As controvérsias entre autoridades, Estados e pessoas deveriam ser reguladas por uma corte de justiça.

²⁸ CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Direito e Estado no século XXI**. Itajai, SC: Editora Univali, 2014, p. 155.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

[...] Mas novos organismos que se ocupem em nível transnacional dos problemas ecológicos, no entanto, serão eficazes desde que seus poderes não estejam configurados de acordo com princípios do direito internacional “clássico”.²⁹

Indispensável observar as ponderações postas por Paulo Márcio Cruz, que orientam para a essencialidade de uma configuração distinta do direito internacional ‘clássico’. Com efeito, conforme aludido por Marcelo Neves, falta clareza quanto ao modelo de constitucionalização no plano da estatalidade global:

Caso seja um Estado mundial, caberia antes falar de *uma* Constituição global estruturada em termos análogos ou funcionalmente equivalente à Constituição do Estado. Mas, nesse caso, reduziríamos nossa perspectiva a uma projeto ideal, altamente controverso também em uma perspectiva de adequação às exigências da sociedade mundial.

Marcelo Neves salienta a incontrovérsia quanto ao afloramento de ordens jurídicas internacionais, transnacionais e supranacionais, em modelos diversos do direito internacional público tradicional. De acordo com o jurista, pautado em pronunciamento de outros especialistas, outra é a questão que suscita debates:

O que intriga a “ciência” jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordens jurídicas que prescindem do Estado, seja como ordens jurídicas que prevaleçam contra os Estados, pondo em xeque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico. É nesse contexto que surge a discussão sobre Constituições transversais além do Estado, no âmbito da qual não é suficiente a referência nem à noção de juridificação nem a um conceito histórico-universal de Constituição, pois está em jogo a controvérsia sobre o surgimento de instituições que configurem equivalentes funcionais à Constituição transversal do Estado constitucional.

Embora as Constituições estatais modernas já tenham surgido como mecanismos *estruturais* da racionalidade transversal entre direito e política, a semântica do constitucionalismo transversal somente tornou-se significativa em decorrência dos novos problemas com os quais a atual ordem internacional e as emergentes ordens supranacionais e transnacionais estão confrontadas cada vez mais intensamente. A esse

²⁹ CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Direito e Estado no século XXI**. p.163-166.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

respeito, podem ser designados como exemplares os âmbitos da política de segurança, do comércio mundial, do direito ambiental e dos direitos humanos. Nesse contexto, a Constituição estatal é posta, inicialmente, no segundo plano, mas, em outro momento, entrelaça-se novamente com as constelações internacionais, supranacionais e transnacionais.³⁰

Investindo nos ideais alinhavados no livro ‘O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança’, Klaus Bosselmann, integra o projeto mundial Casa Comum da Humanidade (Tratado SOS)³¹ sediada em Portugal. No final de 2016, foi assinado um protocolo estabelecido entre o Ministério do Ambiente de Portugal, a Câmara Municipal do Porto, a Universidade do Porto e a organização ambientalista ZERO. Segundo divulgado pelo portal ‘Porto’, a pretensão da Casa Comum, consiste em “a médio prazo, apresentar uma candidatura ao reconhecimento do estado favorável ao Sistema Terrestre junto da UNESCO, para que seja reconhecido como bem jurídico global, “que existe dentro e fora das soberanias.”³² A assinatura do protocolo foi também alvo de publicação no portal Expresso:

Pretende-se que esta casa venha a ser a futura sede mundial de uma nova organização ligada à ONU destinada a promover um novo tratado internacional, o SOS Treaty (Safe Operating Space of Humankind Treaty), que irá adotar pela primeira vez um modelo de governação global dos recursos naturais da Terra baseado em limites sustentáveis e no estatuto do Sistema Terrestre como Património da Humanidade Os promotores da Casa Comum da Humanidade defendem que o processo de negociações internacionais em matéria de alterações climáticas organizado pela ONU deve evoluir, através de um sistema muito mais global de contabilidade dos contributos ecológicos de cada país. Por exemplo: o Brasil não deve ser o único país a preservar a Amazónia, porque todo o mundo pode beneficiar com a boa gestão deste gigantesco ecossistema.

³⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p.83.

³¹ O projeto foi apresentado na Agência Espacial Europeia (Paris), em 7.10.2016, e na COP22 (Marrakech), em 17.11.2016

³² Disponível em: <<http://www.porto.pt/noticias/futura-casa-comum-da-humanidade-vai-fica-sediada-no-porto>> Acesso em: 25 jul. 2017

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

O estudo científico e jurídico deste novo modelo está pronto, foi feito por uma equipa internacional de cientistas que inclui vários portugueses, vai ser editado em livro pela Cambridge Scholars Publishing (Universidade de Cambridge, Reino Unido) com o título "SOS Treaty" e o seu lançamento está previsto para outubro na sede da Agência Espacial Europeia (ESA), em Paris.

Paulo Magalhães, membro do conselho geral da ZERO (Associação Sistema Terrestre Sustentável) e investigador da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa (UNL), será o presidente da comissão instaladora da CCH. O investigador do Centro Interdisciplinar de Ciências Sociais da UNL explica ao Expresso que "todos os países estão expostos aos impactos ambientais positivos e negativos de outros países". Como o conhecimento desta realidade "é ainda recente e o Sistema Terrestre continua a ser usado de uma forma não regulada, a Humanidade chegou a um ponto em que está a desestabilizar o seu próprio sistema de suporte à vida".³³

O projeto parte da premissa de que o Sistema Terrestre é patrimônio da humanidade, de modo que idealiza um governo global dos recursos naturais. Bem de ver que Marcelo Neves, marcando a necessidade de permanente adequação recíproca e de diálogo constitucional, em detrimento de imposição de uma ordem sobre a outra³⁴, desaconselha a criação o emprego da estatalidade para uma ‘ordem descentralizada’:

não é teoricamente aconselhável nem frutífero que se aplique o conceito de estatalidade ou Estado para uma ordem fortemente descentralizada e mesmo fragmentada como a da política mundial, na qual várias organizações estão em conflito e concorrência permanente.³⁵

Examinando a dificuldade para deslindar problemas de direitos humanos e fundamentais no espectro da integração da sociedade mundial, Marcelo Neves introduz o conceito de

³³ Disponível em: <<http://apps.expresso.pt/sociedade/2016-07-15-Casa-Comum-da-Humanidade-nasce-na-cidade-do-Porto>> Acesso em: 25 jul. 2017

³⁴ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>> Acesso em: 26 jul. 2017

³⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p.xxii.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

transconstitucionalismo, elucidando que não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local³⁶:

O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de solução.³⁷

Em entrevista ao Conjur, Neves esclarece o significado de transconstitucionalismo:

Em poucas palavras, o transconstitucionalismo é o entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais como transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional. Ou seja, problemas de direitos fundamentais e limitação de poder que são discutidos ao mesmo tempo por tribunais de ordens diversas. Por exemplo, o comércio de pneus usados, que envolve questões ambientais e de liberdade econômica. Essas questões são discutidas ao mesmo tempo pela Organização Mundial do Comércio, pelo Mercosul e pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. O fato de a mesma questão de natureza constitucional ser enfrentada concomitantemente por diversas ordens leva ao que eu chamei de transconstitucionalismo.³⁸

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É nossa responsabilidade, pesquisar soluções para auferir a tutela relacionada aos recursos ambientais numa esfera global, de modo que o direito e a justiça sejam certificados, afastando-se o enriquecimento sem causa pelos poluidores, que confiscam recursos ambientais e qualidade de vida do entorno. Conforme Paulo Affonso Leme Machado, ‘a atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão de poluente representa um confisco do direito de

³⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. p. xxi-xxii.

³⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. xxii.

³⁸ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>> Acesso em: 26 jul. 2017

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade’³⁹, o que configura um novo modelo de pilhagem, contra a qual, a engrenagem mundial deve ser adaptada.

A expansão da agressão ambiental que não observa fronteiras afandegárias, no processo de invasão deve ser objeto de freios. A barreira constitucional que assegura a soberania, requer uma revisão pontual, que desintegre o obstáculo para as ações preventivas e repressivas por parte das nações que possam ser alvo de interferência. Evidentemente, o rearranjo a ser modulado, deve prezar pela independência, e atentar-se contra brechas que facilitem a pilhagem clássica dos recursos ambientais. A este respeito, Marcelo Neves ao tratar da supranacionalidade global e constitucionalização internacional no plano da ordem internacional, destaca:

No plano da concretização e realização, observa-se que o Conselho de Segurança e as grandes potências recorrem à retórica dos direitos humanos principalmente para justificar a sua prática interventista com relação a Estados mais fracos na constelação internacional de poder. Evidentemente, tal uso da força simbólica tem um caráter manipulativo e serve negativamente ao incremento da força normativa dos direitos humanos. A esse respeito, cabe lembrar “a suspeita de que também os direitos humanos servem de pretexto para intervir em relações políticas que só podem ser resolvidas responsavelmente – seja democraticamente ou não – no plano nacional” Referindo-se ao modelo das políticas interventistas, Koskenniemi salienta que o “imperialismo nacional revelou ser uma fachada para o imperialismo cínico”. A propósito, caberia falar, um tanto paradoxalmente, de “imperialismo dos direitos humanos”.⁴⁰

Marcelo Neves continua sua análise apontando que o problema da constitucionalização internacional ou supranacional deficiente na dimensão global, reflete a deficiência

³⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. apud COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.168.

⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p.95-96.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

estrutural da esfera mundial pública, no sentido de não ter bases fortes o suficiente para influir procedimentos jurídicos e políticos⁴¹:

Por questões as mais diversas – especialmente os conflitos geopolíticos, a assimetria abismal nos níveis de desenvolvimento e a variedade de perspectivas referentes à agenda decisória –, a capacidade de apoio político generalizado, no sentido da neutralização perante os particularismos e as persistentes pressões das relações concretas de dominação, permanece basicamente restrita ao Estado constitucional, não se transportando para o plano global.⁴²

Notadamente, o tema reclama cautela, medida e providência dos governos, que precisam dedicar-se na investigação de mecanismos aptos a impelir medidas acautelatórias, e ações remediadoras no cenário global, com competência na totalidade dos territórios. Distante de colaborar com quaisquer precipitações, porém vigilante relativamente à importância do tempo, da necessidade de providências antecipadas aos fatos que possam desencadear e perpetuar sequelas, que possamos propugnar pela concepção de um modelo que venha a desenlaçar as amarras desinentes da soberania, com vistas a embaraçar a evasão transnacional de poluentes (e pilhagens), e impor a reparação do dano decorrente de externalidades negativas invasoras.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGRELLI, Vanusa Murta. A contribuição dos instrumentos obtidos à luz do princípio da precaução para a eficácia do princípio do poluidor pagador na ação civil pública ambiental. In MILARÉ, Édís (Coord.). **Ação Civil Pública após 30 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

⁴¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p.96.

⁴² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p.97.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente**. Ed. Cultrix: São Paulo. 2012.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. por Cláudia San't Anna Martins. São Paulo: Gaia. 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: Direito e Estado no século XXI**. Itajai, SC: Editora Univali, 2014.

JORDAN, Andrew apud HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informar**. In Direito & Justiça, v.38, n. 2, p.156-182, jul./dez.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ações coletivas na Constituição Federal**, n.61, p.187 apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. apud COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. in Milaré, Edis (coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**.

MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. **A desordem mundial: O espectro da total dominação: Guerras por procuração, terror, caos e catástrofes humanitárias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PRIEUR, Michel apud MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

VIRILIO, Paul. **Guerra Pura: a militarização do cotidiano**. Tradução de Elza Miné E Laymert Garcia dos Santos. São Paulo: brasiliense, 1984.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, p.625 apud DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Bahia: Juspodivm. 2009.

Disponível em: <<http://www.porto.pt/noticias/futura-casa-comum-da-humanidade-vai-fica-sediada-no-porto>>Acesso em: 25 jul. 2017

Disponível em: <<http://apps.expresso.pt/sociedade/2016-07-15-Casa-Comum-da-Humanidade-nasce-na-cidade-do-Porto>>Acesso em: 25 jul. 2017

Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/resenhas/primavera-silenciosa.htm>>Acesso em: 27 abr. 2017

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/fimde-entrevista-marcelo-neves-professor-conselheiro-cnj>>Acesso em: 26 jul. 2017

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

**O ESTADO E SUAS AMEAÇAS EXTERNAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A CRISE DA
SOBERANIA DO ESTADO A PARTIR DE *OLTRE LO STATO DE SANTI ROMANO***

Tarcísio Meneghetti¹

Josemar Soares²

Carlo Calvieri³

O objetivo do presente estudo é apresentar a visão de Santi Romano acerca da crise do Estado diante da ameaça de forças exteriores. No contexto histórico do autor, isto é, início do século XX, significa falar da expansão de grandes potências como os Estados Unidos da América, a Rússia, o Império Britânico, que passavam a ameaçar a soberania de outros mais limitados seja territorialmente seja em recursos naturais e tecnológicos para realização de seu protagonismo geopolítico.

O presente estudo está inserido na *linha de pesquisa Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade*, enquadrado na *Área de Concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito*.

O referencial teórico é o pensamento de Romano no que concerne o Estado. Primeiro apresenta-se a ideia de Estado do autor, situando-o como ordenamento jurídico dentro da abordagem institucionalista. Na sequência é enfrentada a questão da ameaça à existência dos Estados nacionais quando confrontados com a tendência de surgimento de

¹ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e dupla titulação com a Università Degli Studi di Perugia. Professor do curso de Direito na UNIVALI.

² Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí.

³ Doutor em Direito Público. Professor do Programa de Doutorado da Università Degli Studi di Perugia e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

megaestados no início do século XX. O principal texto de base é *Oltre lo Stato*, no qual Romano discute se no futuro seria possível um cenário político sem o protagonismo estatal.

O assunto é de valia para as discussões contemporâneas, vez que a necessidade e o protagonismo estatal são cada vez mais colocadas em xeque diante do crescimento de forças supranacionais. Síntese fundamental da abordagem romaniana é a precisão de colocar o Estado como instituição especial, nascida no intuito de fazer prevalecer o interesse geral sobre a fragmentação de interesses parciais. Este princípio é indispensável para a manutenção de uma organização social mais humanista, que permita a sociedade em seu conjunto se desenvolver, e não apenas o prevalecimento de interesses parciais.

1 O ESTADO EM ROMANO

Compreender a noção de Estado em Santi Romano é tarefa que exige o perscrutamento em diversos de seus textos. Primeiramente, é importante introduzir os elementos gerais que, para o autor, formariam o conceito de Estado, conforme apresentado em sua obra *Principii di Diritto Costituzionale Generale*.

Tal obra, evidentemente, possui escopo bastante específico, qual seja, delinear as linhas mestras do Direito Constitucional, não sendo, portanto, obra de Teoria Geral do Direito, como é o caso de *L’Ordinamento Giuridico*⁴. No entanto, o conceito de Estado é, primariamente, para Romano, vinculado justamente à ciência jurídica do Direito Constitucional, daí a importância de partir de tal obra para o presente estudo.

Romano inicia o capítulo dedicado ao conceito de Estado auferindo que a primeira e genérica noção de Estado deve pôr em evidência a ideia de Estado como ‘instituição’, no “sentido de ente ou corpo social”⁵. Isto é:

⁴ ROMANO, Santi. *L’ordinamento giuridico*. Firenze: Ed. Sansoni, 1967.

⁵ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. Milano: Giuffrè, 1945. p. 47.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

[...] o Estado não se conclui nem em uma pluralidade de indivíduos, nem em uma ligação ou uma série de relações entre indivíduos. Este é uma unidade estável e permanente; possui uma existência em si mesma objetiva e concreta, exterior e visível; tem uma organização ou estrutura que absorve os elementos mesmos como suas relações, em modo que não perde a sua identidade, ao menos sempre e necessariamente, por singulares modificações de tais elementos⁶.

Percebe-se, de antemão, que tal noção preliminar está intimamente vinculada à concepção institucionalista do autor. O Estado é instituição, e não pode ser resumido à relação de interdependência entre os indivíduos que o compõe, pois se assim o fosse, não teria o Estado a capacidade de persistir existindo ainda que com a transição de gerações de indivíduos. O Estado consegue manter sua identidade mesmo com a mudança de indivíduos que o integram. O Estado, tal como qualquer instituição, em sua origem nasce a partir da associação de indivíduos, mas a partir de sua organização passa a existir em si mesmo, independente dos indivíduos que lhe originaram. Para Romano, portanto, o Estado é entidade real e concreta, existente na realidade jurídica.

[...] o Estado é um ente real, mas a sua realidade é dada unicamente da positividade do ordenamento jurídico que nele se concretiza; uma verdadeira e própria organização porque assim é cada ordenamento jurídico⁷.

Romano discorda que o Estado seja um ente biológico ou psíquico, submetido às mesmas leis físicas e químicas que sofrem todos os indivíduos enquanto seres humanos. Desse modo, não se pode conciliar a visão de Romano com a abordagem de Durkheim, por exemplo, pois o sociólogo francês tenta enquadrar as diversas manifestações de organização social dentro de uma lógica das ciências naturais, seguindo o conceito de fatos sociais, enquanto que para o jurista italiano o Estado é real e concreto, mas uma existência exclusivamente jurídica, sem conexão com as leis estudadas nas ciências

⁶ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 47.

⁷ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 48.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

naturais. O Estado não é um organismo vivo que nasceu e um dia morrerá.⁸ É certo que o Estado pode vir a desaparecer, mas isto por diversas causas que nada possuem de relação com as ciências naturais.⁹

Ainda contra esta noção naturalística de Estado, Romano esclarece que ainda que este possua “un corpo esteriore e visibile, perchè consta di elementi materiali che appaiono fra di loro collegati, ma non esso stesso un elemento materiale, nel significato naturalistico della parola”¹⁰.

Há elementos materiais visíveis do Estado, como o sistema penitenciário, as forças armadas, os diversos departamentos do Poder Público, mas o Estado em si mesmo transcende todos estes elementos materiais. O Estado não é a soma de todos os elementos materiais que o integram, mas a organização jurídica que origina e mantém todos estes elementos materiais e tantos outros imateriais. O Estado transcende os elementos materiais que se subordinam a ele.

Da mesma forma as teorias opostas, que negam ao Estado qualquer realidade, apresentando este como mera ficção, abstração intelectual, são refutadas por Romano:

[...] não é nem uma ficção nem, como é a opinião difusa entre aqueles que sustentam a sua realidade, uma abstração, já que por via de abstração se poder chegar a um conceito genérico de vários objetos que se consideram reunidos por suas características comuns, mas não à percepção de uma nova, efetiva realidade.¹¹

O Estado não pode ser mera ficção ou abstração intelectual, porque ainda que imaterial, é um ente que organiza a realidade, juridicamente, sendo sua existência percebida concretamente por todos os indivíduos que o integram. Se fosse mera ficção ou abstração

⁸ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 48.

⁹ O Estado pode desaparecer por vir a ser integrado em outro Estado, por uma revolução, golpe de Estado que o transforma totalmente, entre outras razões.

¹⁰ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 48.

¹¹ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 48.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

não teria a capacidade de transformar a vida das pessoas que vivem dentro de sua lógica. Em síntese, de antemão é necessário entender o Estado como instituição, ou seja, ente ou corpo social, enquanto existência real, parte da realidade jurídica. O Estado é organização jurídica, de onde reclama sua positividade, sendo percebido materialmente, mas em si mesmo é entidade imaterial, pois transcende todos os elementos materiais internos a ele.

Entretanto, esta noção é comum a qualquer ordenamento jurídico, sendo constatada também na família, na Igreja, na organização empresarial, no partido político, etc. É o momento de apresentar os elementos específicos do Estado, que diferenciam esta instituição de qualquer outra existente enquanto realidade jurídica, segundo a visão de Romano.

A) Primeiro elemento indispensável é a existência de governo, aqui entendido em sentido amplo, capaz de abranger as várias formas de governo presenciadas ao longo do tempo, ou seja, cada Estado deve apresentar indivíduos que servem, ao menos temporariamente, como governantes. Devido a este fato Romano elenca o Estado como ‘instituição autoritária’, sendo esta qualquer instituição que possua um indivíduo ou grupo de indivíduos encarregado com a função de governar os demais e a própria instituição como um todo. É certo que o poder deste governante depende de Estado para Estado, variando desde um governo despótico, uma monarquia absolutista até um regime democrático com elevado controle de limitação dos poderes dos representantes eleitos pelo voto popular. Ainda assim, todos eles possuem poderes mais elevados sobre a coisa pública que o restante da população.¹²

O oposto das instituições autoritárias seriam as paritárias, como é o caso do direito internacional em que, ao menos teoricamente, cada Estado possui igual direito em

¹² ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 49.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

relação aos demais membros.¹³

Em segunda classificação Romano insere o Estado entre as instituições autônomas, que governam a si mesmas, ao menos parcialmente, em oposição às instituições não-autônomas, governadas por indivíduos de outras instituições.¹⁴

B) Segundo elemento essencial é o território, que não deve ser entendido como o limite de ação do Estado, como se este pudesse agir somente dentro das próprias fronteiras. O Estado é entidade territorial, com capacidade de agir e impactar diretamente locais externos aos próprios geográficos.

A delimitação territorial, desse modo, serve para individualizar e tangibilizar o Estado em sua real existência, de modo que a partir do próprio Estado este pode ser diminuído ou acrescido, dividido, etc.

Este argumento depois apresenta inúmeras especificidades, pois existem territórios ocupados simultaneamente por mais de um Estado, existem territórios dentro do próprio Estado que se regram por outros ordenamentos, entre outros tópicos. Momentaneamente basta esta definição inicial.¹⁵

C) Terceiro elemento é a povo. Por povo Romano não se refere à soma dos indivíduos que integram, ao mesmo tempo, o Estado, mas a coletividade destes indivíduos, que persiste a mesma ainda que com a modificação dos indivíduos concretos. Portanto, povo não é a quantidade de pessoas que vivem em determinado território, mas a coletividade que

¹³ Ou seja, aqui a sociedade internacional entendida teoricamente, e não do ponto de vista da realidade, onde, obviamente, há Estados com mais protagonismo que outros, seja do ponto de vista econômico como militar, tecnológico, geopolítico, etc..

¹⁴ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 50.

¹⁵ Para maiores aprofundamentos na questão ‘território’ em Santi Romano ver o escrito do autor incluído na obra Scritti Minori: ‘Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato’. Neste texto o autor apresenta o território como elemento do Estado, como uma de suas partes, a mais visível delas. Sendo assim, não se pode aceitar o argumento de que o Estado teria direito sobre seu território como se este fosse uma coisa, e sim um direito pessoal, que integra a personalidade do Estado. ROMANO, Santi. *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè Editore, 1990. p. 203-216.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

envolve tais pessoas. Importante esclarecer que Romano, neste ponto, não tenta definir povo a partir de caracteres étnicos, sociais, históricos, tradicionais, se resumindo a apresentar o povo enquanto coletividade que vive, integra e se subordina à lógica do Estado que o envolve¹⁶. É devido à ideia de povo enquanto elemento essencial que Romano acrescenta que o Estado, além de ser ente e corpo social, é também comunidade, sendo este o termo que enfatiza a condição de povo como parte do núcleo do conceito de Estado.¹⁷

Decorre também desta ideia a conclusão de que o Estado é uma instituição necessária e não voluntária, pois os indivíduos que nascem em seu território necessariamente passam a integrar o corpo social do Estado. Aqui o jurista italiano critica as teorias contratualistas, que partem de uma noção atomística de que o indivíduo optaria por viver em sociedade ou no Estado. Existem instituições voluntárias, como as empresariais, os partidos políticos, associações esportivas, entre outras, mas o Estado não se encontra dentro desta lógica de livre associação.¹⁸

Apresentados os elementos essenciais que compõem o conceito de Estado passa-se a abordar a visão de Romano do Estado enquanto ordenamento jurídico.

3.1.1 O ESTADO ENQUANTO ORDENAMENTO JURÍDICO

Romano inicia esta seção retomando a sua abordagem de ordenamento jurídico, distinguindo-a da visão comum de seu tempo, que tendia a conceber o ordenamento jurídico como um sistema ou complexo de normas. Defronte a isto ele recupera seu conceito de ordenamento jurídico, no qual cada instituição:

¹⁶ “Resulta, de fato: [...] que o Estado não se insere entre as comunidades familiares, ou parentais [...]. O vínculo que une os seus membros não é aquele do sangue ou da comum descendência, mas aquele da convivência em uma sede fixa e determinada, ao menos naquilo que se relaciona à maior parte da população”. ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 52.

¹⁷ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 51-52.

¹⁸ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 52.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

[...] enquanto é um ente que possuía sua própria estrutura e organização e, então, uma ordem, um lugar mais ou menos estável e permanente, e reduz à unidade os indivíduos, além dos outros elementos que o compõem, conquistam diante destes uma vida própria, a mesma existência daqueles entes ou corpos sociais ou instituições, que se deseja dizer, já por si, determina a posição, a função e uma certa linha de conduta dos mesmos e de quem faz parte ou é dependente dele. Em outros termos, cada instituição é um ordenamento jurídico e cada ordenamento jurídico é uma instituição. [...] ¹⁹

Desse modo o complexo de normas deriva da instituição, de todas as engrenagens organizadas em cada instituição, não sendo o complexo de normas o ordenamento jurídico em sua totalidade. É certo que as normas integram o ordenamento jurídico, e representam papel da mais alta conta nas instituições mais refinadas e modernas, no entanto, isto não afasta o fato de que são produtos do ordenamento e não o ordenamento em si mesmo, porque o ordenamento emana da própria instituição, do próprio corpo social, que com sua organização mais ou menos estabilizada gera as normas jurídicas. É por isto que mesmo instituições mais simples, que ainda não criaram normas de direito positivo são também ordenamentos jurídicos, porque nelas o complexo de normas ainda é latente, necessitando ser exteriorizado historicamente. ²⁰

A explanação acima vale para qualquer instituição, entre elas o Estado, por isto:

Como cada instituição, assim como o Estado não possui, mas é um ordenamento jurídico. Se alguma vez se diz que o direito é a alma e o princípio vital dos corpos sociais e, então, do Estado, isto não se deve entender no sentido que o direito e os corpos sociais sejam duas coisas diversas, ainda que unidas, e ainda menos que o primeiro seja produto ou uma função do segundo, e se deve enfatizar a imagem daquele conceito que diz que um não pode se distinguir do outro nem materialmente nem conceitualmente, como não se pode distinguir, nem por vazia abstração, a vida do corpo vivente. ²¹

O autor enfatiza em itálico que o Estado não *tem* ordenamento jurídico, ele é um ordenamento jurídico. O máximo de abstração que permitiria a sentença ‘a instituição

¹⁹ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 55

²⁰ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 55-56.

²¹ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 56.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

possui um direito’ seria permitida a partir da ideia de que o direito é alma, o princípio vital que anima as engrenagens da instituição. Deste modo o direito é alma que anima um corpo animado, este a instituição em sua totalidade. Ainda assim, este exercício é meramente abstrativo, pois na realidade não há como separar princípio vital do corpo vivo.

Outro ponto a esclarecer neste trecho é que quando o autor sinaliza que o direito não pode ser entendido como produto da instituição isto em nada contradiz a citação anterior. O complexo de normas é produto da instituição, mas não o direito em si mesmo, porque este é a alma da instituição, o princípio vital que fará os corpos e engrenagens da instituição se movimentarem, e daí darem surgimento às regras complexas e positivadas, no caso dos Estados modernos. O complexo de regras positivas é uma das formas de manifestações do direito, e não o direito em si mesmo.

Específico ao Estado não se pode concordar com as teorias que visualizam este como uma instituição não jurídica, mas criadora do direito, como se o Estado criasse o ordenamento jurídico mas fosse externo a ele. No campo do direito constitucional isto se torna mais evidente quando é a Constituição que determina os poderes de criação de normas e funcionamento do Estado, e não vice-versa. De certo modo é a Constituição que organiza as engrenagens do Estado, e não o contrário. Isto se torna mais evidente após processos revolucionários, em que a nova constituição reorganiza toda a legislação ao ponto de transformar o Estado existente de tal forma que este passa a ser um novo Estado. Mesmo as leis antigas ainda que permaneçam em vigência passam a ser reinterpretadas conforme a nova constituição, tal como se fossem novas normas.²²

Tampouco se pode dizer que a constituição seja anterior ao direito, o que seria apenas aplicação da mesma teoria, somente trocando o termo ‘Estado’ pelo termo ‘constituição’.

²² ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 57.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A constituição é parte do ordenamento, nos Estados contemporâneos muitas vezes é sua parte mais importante, mas interna ao ordenamento, e não exteriora ou criadora dele. Sendo a parte mais importante do ordenamento é evidente que acabará influenciando drasticamente na condução, geração e transformação das demais engrenagens e normas que compõem o ordenamento como um todo.²³

A constituição não é anterior nem posterior, mas simultânea ao Estado. O que ocorre é que para o Estado se desenvolver exteriormente necessita de determinados degraus de movimento, e a Constituição, sobretudo no Estado contemporâneo, se torna um tipo de pedra fundamental que vai erguer as demais pedras do edifício do Estado. Mas o Estado enquanto organização já existia desde o momento em que estava sendo posta a Constituição, esta apenas reforça seu funcionamento. Citando o processo revolucionário, no decorrer dos acontecimentos já está sendo formalizada a nova instituição, ali já existe o novo Estado, a constituição, quando criada, será a peça que organizará as demais.

Sinteticamente finaliza o autor:

[...] O direito constitucional é aquela parte do direito do Estado, no qual melhor se revela a exatidão do conceito já brevemente acenado sobre a garantia do direito. A opinião comum que recoloca esta garantia em uma norma que deveria se fazer valer por um poder supraordenado aos sujeitos vinculados a esse ou em outra norma, a qual a primeira deveria sancionar, no campo do direito constitucional é manifestadamente inadmissível. Se a constituição é o ordenamento supremo do Estado, não é possível existir uma norma ainda superior que a proteja e, então, esta [a constituição] deve encontrar nos seus próprios elementos e abordagens institucionais a própria garantia: os freios dos poderes mais altos não podem ser exteriores, mas devem ser imanentes e conaturais a estes, operando em modo também indireto, com coerções morais por vezes apenas preventivas.²⁴

A ilogicidade da argumentação de que a Constituição está acima do Estado encontra-se no fato de que equivaleria a dizer que há algo acima da própria instituição. A constituição

²³ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 57.

²⁴ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 57-58.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

é parte da instituição, parte de importância central, mas interna à própria instituição. Isto significa que para funcionar o Estado enquanto ordenamento jurídico, não necessita de nenhum órgão ou instituição acima dele que o regulamente, pois interno a ele já há as várias engrenagens e normas que possibilitam o seu pleno funcionamento. O Estado regulamentado constitucionalmente é o Estado que se posiciona de um certo modo, qual seja, com uma Constituição racionalizada na qual se encontram os princípios que nortearão o funcionamento das demais normas.

Concluindo a seção Romano retoma o argumento do pluralismo dos ordenamentos jurídicos, salientando que na visão institucionalista é inadmissível considerar o Estado como a única instituição do mundo jurídico. O Estado, enquanto instituição autônoma, tem o direito de não reconhecer as demais instituições como jurídicas, relegando-as a apenas dados fáticos da realidade.²⁵ Mas isto seria uma abordagem do mundo jurídico a partir de um Estado específico, e não teoria geral do direito, capaz de abranger todo o mundo jurídico. Daí a conclusão do autor:

[...] em base aos dois princípios da pluralidade dos ordenamentos jurídicos e da possível não exclusividade entre eles, o Estado deve ser considerado, e em regra se considera desse modo, não como o único ordenamento jurídico existente, mas como um entre os vários ordenamentos que constituem o mundo jurídico e entre eles se relacionam ora em coexistência sociável, ora em luta, ora ignorando-se entre si.²⁶

Por fim, é necessário analisar outro elemento da definição de Estado, o da soberania.²⁷

²⁵ “[...] O ordenamento do Estado, sendo [...] totalmente autônomo, pode não reconhecer aqueles que lhe são indiferentes e inclusive se contrapor àqueles que lhe são contrários: os primeiros não serão por isto jurídicos e os segundo serão inclusive antijurídicos, mas ambas as qualificações se verão, não a partir dos ordenamentos em si mesmos considerados, mas por suas eficácias em respeito ao Estado: fora da própria esfera, o juízo deste último não possui nem pode possuir qualquer valor, não somente prático, mas nem menos lógico”. ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 58.

²⁶ ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. p. 59.

²⁷ Na sequência da obra o autor antes aborda o aspecto da personalidade jurídica do Estado, que seria continuação do próprio desenvolvimento da ideia de ordenamento jurídico estatal. O Estado, na medida em que tenta organizar toda a vida interna a ele, com suas diversas contradições, tende a assumir a posição de personalidade jurídica. O problema é que isto é típico dos Estados modernos, e mesmo assim, não presente em todos eles. A personalidade jurídica não é característica presente em todos os Estados, vez que exige a evolução do pensamento jurídico dos últimos séculos.

3.2 A SOBERANIA DO ESTADO

Santi Romano, para explicar o elemento da soberania do Estado, diferenciando sua visão das opiniões correntes, primeiro apresenta as noções gerais evocadas com o termo ‘soberania’, quais sejam:

Posição suprema ocupada por um indivíduo ou entidade, de modo que os demais entes estão todos abaixo e subordinados ao soberano;

Sendo soberana, esta entidade será também a única independente, com poder de governo, já os demais entes são todos com autonomia limitada ao soberano;

No que se refere ao Estado é necessário dizer que ele é soberano no sentido de que possui autonomia originária, pois a autonomia de regulamentar a si mesmo provém de si mesmo, e não de qualquer outro ordenamento. Isto é, na origem, o Estado pôs a si mesmo e daí retirou toda a organização social. Isto difere de ordenamentos jurídicos derivados, como é o caso de empresas públicas, derivadas do ordenamento jurídico do Estado.²⁸

Importante notar que soberania se refere, conceitualmente, à esta autonomia originária, e não a uma condição existencial histórica. O argumento comum na contemporaneidade de que determinado Estado não é soberano porque encontra-se refém de interesses privados, por exemplo, serve apenas como constatação de que aquele Estado viu, historicamente, sua autonomia sendo limitada por outros interesses, mas não muda o fato que na origem tal Estado possuía poder ilimitado de regulamentar a si mesmo. Todo Estado é soberano originariamente.²⁹

Desse modo, para Romano existem Estados com e sem personalidade jurídica, ainda que a existência dela seja a continuação natural da própria ideia de Estado enquanto ordenamento jurídico. O tema da personalidade jurídica será resgatado em outro momento quando se passar à discussão de entes que, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, devem também ser reconhecidos como instituições e ordenamentos jurídicos. ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 59-64.

²⁸ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 68-69.

²⁹ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 68-69.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Outro aspecto a destacar é que tal soberania refere-se, exclusivamente, ao poder de regulamentação interna do Estado. Ou seja, internamente nenhum outro ordenamento é superior ao Estado. Externamente o Estado pode se limitar ao ingressar em uma confederação de Estados ou integrando os tratados de direito internacional, mas isto diz respeito à existência do Estado em outras esferas, ainda que surtam efeitos em sua vida interna.³⁰ A fórmula simples de Romano encerra toda a polêmica: “para o ordenamento estatal, o Estado é sempre soberano”.³¹

O elemento da soberania é essencial, pois como se verá no próximo tópico dentro do espaço territorial do Estado existem ainda inúmeros outros ordenamentos jurídicos, como famílias, organizações empresariais, partidos políticos, fundações, movimentos sociais, etc. Quando se diz que o Estado é soberano em seu território, portanto, significa também que o Estado exerce poder superior a todas estas instituições e ordenamentos jurídicos. Daí que o fato de Romano conceder juridicidade a todas estas instituições não significa, ao mesmo tempo, que elas possuam autonomia similar ao Estado dentro do território estatal.

Por fim, Romano finaliza o capítulo sintetizando sua definição de Estado:

[...] é Estado cada ordenamento jurídico territorial soberano, ou seja, originário. Pelo término ‘ordenamento jurídico’, quando seja oportuno de se dizer mais explicitamente em vista de certos conceitos, pode-se constitui-lo como equivalente, substancialmente, a ‘ente’, ‘comunidade’, ou ‘instituição’.³²

A partir da explicação introdutória do que seja o Estado, conceitualmente, para Romano, passa-se a abordar a relação do Estado moderno, ou seja, o Estado tal como aparecia enquanto fenomenologia aos olhos do autor no momento em que vivia, com os demais ordenamentos jurídicos externos, ou seja, diante dos outros Estados. O escrito essencial

³⁰ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*. p. 70-71.

³¹ ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*.p. 71.

³² ROMANO, Santi. *Principii di diritto costituzionale generale*.p. 71.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

para esta investigação é *‘Oltre lo Stato’*, texto menos conhecido do autor, mas de grande importância para compreender a lógica de seu pensamento, a relação de sua teoria geral do ordenamento jurídico com a visão realista do Estado moderno.

2 O ESTADO MODERNO E SUAS AMEAÇAS EXTERNAS

Estado moderno nasce, para Romano, a partir da conflagração de diversos movimentos que se inter cruzam desde o fim da Idade Média, forças sociais que modificariam definitivamente a ordem tanto econômica como moral da sociedade. É sobretudo com as revoluções, que de modo violento transformam radicalmente as instituições, superando o panorama fragmentado do mundo medieval, em que as diversas esferas da vida social coexistiam em certa tolerância, sem que pudessem ser resumidas a um poder central. O Estado moderno surge como força maior acima dos interesses intermediários, sobrepondo-se a cada indivíduo e instituição como força soberana em si mesma, uma entidade distinta dos membros que o compõem. Para Romano, o princípio anunciado pelo Estado moderno é que:

[...] em relação aos indivíduos que o compõem e à comunidade que a compreende, é um ente que reduz a si a unidade dos variados elementos no qual consta, mas sem se confundir com nenhum deles, diante aos quais se ergue com uma personalidade própria, dotado de um poder, que não decorre senão da sua própria natureza e da sua força, que é a força do direito.³³

Isto é, o Estado nasce da consciência social que constitui a comunidade, mas eclode como unidade que contém em si tais individualidades, e como unidade é ente em si e por si, dotado de existência própria, capaz de transcender os indivíduos que lhe dão origem. E a força capaz de garantir esta transcendência histórica é o direito, o qual o Estado extrai de

³³ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. *Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1969. p. 7

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

si mesmo, afinal nasce como organização social, como ordenamento jurídico. Na sequência resta mais claro o pensamento do autor:

Apenas assim esse [o Estado] supera a finita existência dos indivíduos, ainda que sendo composto por homens, se eleva acima dos interesses não gerais, organizando-lhes e harmonizando-lhes; põe-se na condição de organizar não apenas as gerações presentes, mas também aquelas futuras, religando em uma íntima e ininterrupta continuidade de tempo, de ações, de fins, momentos e energias diversas, dos quais é compreensiva e típica expressão.³⁴

É ao coligar as gerações atuais com as futuras (e também as passadas) que a ideia de Estado enquanto ente próprio e individualizado, distinto dos indivíduos que o integram, torna-se evidente.

Isto porque o Estado não nasce dos indivíduos atomizados, mas da consciência coletiva, da comunidade enquanto grupo social. E a comunidade é sempre uma entidade viva em si mesma, maior que a soma dos indivíduos que fazem parte contemporaneamente dela. Desse modo toda comunidade é instituição, porque organiza-se enquanto ente, portanto é ordenamento jurídico. E algumas comunidades organizam-se juridicamente como Estado, e mais especificamente como Estado em sua versão moderna.

Portanto é preciso cautela para não confundir as asserções romanianas. O fato do Estado ser entidade própria para além dos indivíduos deve-se ao fato de que o Estado não provém da relação de indivíduos isolados, mas da comunidade, da consciência coletiva. É uma comunidade organizada que torna-se Estado. Daí que Romano em vários momentos critica a teoria contratualista que tenta resumir a origem estatal a relações interindividuais.

Não havendo real distinção entre o Estado e a comunidade a qual o organiza, é notório que o Estado enquanto ordenamento jurídico se modificará com a continuidade histórica,

³⁴ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969. p. 7-8.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

pois a consciência social se defrontará a novos problemas, novas circunstâncias, impondo novas necessidades, o que provocará medidas que inevitavelmente transformarão a própria estrutura do Estado, muitas vezes de modo radical. Ou seja, já aqui se evidencia a natureza dinâmica da concepção institucionalista romaniana.

O Estado é: “[...] [...] uma pessoa imaterial, mas também real; uma entidade não fictícia e imaginária, mas que, ainda que não possuindo corpo, alcança por meio de delicados e maravilhosos dispositivos jurídicos, a formar, manifestar e impor uma própria vontade”.³⁵

O Estado não é abstração, criação fictícia da intelectualidade moderna, Romano aceita que no máximo pode-se conceder que alguns intelectuais intuíram algo que se formava historicamente na consciência social dos povos modernos. O Estado é produto real da história, é uma entidade imaterial, mas com partes visíveis e que reorganizam a neestutura da vida cotidiana.

Ademais, o que torna o Estado moderno uma instituição tão especial, aos olhos romanianos, é o fato dele, diferente da família, da empresa, do partido político, entre outros corpos sociais, conseguir harmonizar interesses particulares distintos num interesse coletivo. As várias partes da comunidade, muitas delas com realidades distintas, opiniões contrárias, estabelecem dialéticas que conduzem ao erguimento do edifício estatal acima dos interesses individuais.³⁶

³⁵ ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969. p. 8

³⁶ “O qual assim aparece e deseja ser não objeto de domínio, não órgão de uma classe, de um partido, de uma facção, dominante por direito de vitória ou de potência, mas uma síntese das várias forças sociais; a expressão mais alta daquela cooperação entre os indivíduos e os grupos de indivíduos, sem o qual não há sociedade bem ordenada, supremo poder regulador e por isto poderoso meio de equilíbrio”. Ou seja, o Estado moderno nasce como instituição capaz de superar os interesses fragmentados, impedindo que um grupo ou indivíduo controle o poder e determine a vida social. No entanto, o próprio Romano é ciente de que tal instituição não é imune à tomada de poder por facções internas ao Estado: “Anche quando nella practica i suoi istituti si corrompono e degenerano, e l’inevitabile, permanente contrasto tra la forza oggettiva del diritto e la potenza arbitraria di chi detiene il potere tende a risolversi a favore di quest’ultima, rappresenta sempre un grande vantaggio e un grande progresso il fatto che tutto ciò non può considerarsi che come uno stato di cose che, lungi dall’essere consacrato e riconosciuto dall’ordinamento giuridico, si rivela a questo contratio”. Ou seja, mesmo o Estado refém de quem o governa apresenta o consolo deste

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Oito anos depois, pouco antes da publicação de *L’Ordinamento Giuridico*, Santi Romano faria outra importante conferência que enfrentaria, por outro ângulo, a crise³⁷ do Estado moderno: *Oltre lo Stato*.

Aqui, no entanto, a abordagem vai aos fatores externos da crise³⁸, quais sejam, o aumento quantitativo e qualitativo de algumas grandes potências, que de certa forma já estavam deixando de ser Estados nacionais para passarem ser megaestados, no caso os Estados Unidos da América, o Império Britânico (que na época incluía diversas colônias ao redor, entre elas a Índia), a Rússia e o Japão, que recém se abria à comunidade internacional.

Romano discutia até que ponto o surgimento destas potências³⁹ não colocariam em xeque todo o equilíbrio da comunidade internacional, arrastando os Estados menores a jogarem conforme suas vontades. Não sem razão ele inicia o discurso citando a I Guerra Mundial, que se desenrolava naquele momento, demonstrando que nela vários Estados ingressaram contra a própria vontade, mas diante da necessidade de defesa e sobrevivência foram forçados a participarem de grande conflito armado iniciado por interesses alheios.

fato ser exceção e contrária ao ordenamento jurídico, o que em tese, movimentaria as forças sociais a tomar decisão de modificar o panorama, seja pacificamente, seja de modo violento por meio de um processo revolucionário. ROMANO, Santi. *Lo stato moderno e la sua crisi*. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969. p. 9. O percurso de surgimento do Estado moderno a partir das fragmentações também encontra estudo em Heller. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

³⁷ Cassese tenta posicionar o argumento da crise do Estado em Romano diante das complexidades do período vivenciado pelo autor. CASSESE, Sabino. **La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo**. Disponível em: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/La-prolusione-romaniana-sulla-crisi-dello-Stato-moderno-e-il-suo-tempo-CdS-30-novembre-3.pdf> .p. 3.

³⁸ A relação do argumento da crise por fatores externos como outra face da crise do Estado moderno é explicitada por Romano já no início do discurso: “Aquele que é dita crise do Estado atual poderia ser não apenas aquele fenômeno que, já notado no seu interior, efeito de forças desagregadoras, que não é o caso de acenar, mas também um fenômeno concernente às relações interestaduais.”. ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 421.

³⁹ No *Corso di Diritto Internazionale* Romano apresenta as ‘grandes potências’ como aqueles Estados, que variam de tempo em tempo, que teriam maior capacidade de influenciar militarmente e politicamente os interesses da comunidade internacional. Ver *Corso di Diritto Internazionale*, ROMANO, Santi. **Corso di Diritto internazionale**. Padova: CEDAM, 1939. p. 104-105.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Romano acena a autores germânicos clássicos como Schelling e Kant que, às suas maneiras, hipotetizaram conjecturas acerca do futuro da comunidade internacional. Kant, especificamente, publica a célebre defesa da paz perpétua, de que a humanidade como um todo estaria destinada no futuro a viver estado de harmonia entre as várias nações, em uma espécie de confederação mundial de Estados que acabaria por reduzir ou até eliminar a existência da guerra. O jurista italiano não segue o raciocínio kantiano, pois utópico e incerto demais, mas demonstra que a publicação de ditas obras denunciavam forças que já estavam se movendo, de que meios de garantir melhor relação entre as potências seriam necessários de serem pensados.

Os movimentos concretos históricos pareciam corroborar esta questão, pois Romano aborda o fato de já haver naquela época forte movimento nacionalista germânico visando criar um grande império na Mitteleuropa, que reuniria a Prússia e os vários reinos germânicos mais a Áustria, a Hungria e, num prospecto mais adiante, inclusive a Itália, a Suíça, França e outras nações europeias. Era evidente, para Romano, que este movimento se alinhava com a necessidade histórica de determinados povos se reunirem e se fortalecerem frente a novas grandes potências mundiais, estas já plenamente estabelecidas.⁴⁰

Se o processo de criação fática do Império Germânico na Mitteleuropa seria possível ou não, e por quais razões, Romano discute nas páginas seguintes, mas sem visar chegar à conclusão definitiva. O aceno a este assunto serve ao jurista apenas como demonstração de um movimento já presente no período, de fortalecer as instituições estatais a fim de

⁴⁰ “A Grã-Bretanha, a Rússia, os Estados Unidos já em parte realizaram tal processo histórico: e isto é perigoso para outros Estados, os quais continuariam com cada via preclusa para expansão e desenvolvimento, mas veriam inclusive cortas as condições de existência das mesmas. Daí a necessidade urgente para a Alemanha de se organizar, sobre a base de uma união doganal, a Europa central dando vida a um novo gigantesco império econômico, capaz de se contrapor àqueles já existentes”. ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 425.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

sobreviverem ao surgimento das grandes potências.⁴¹ Ao final do discurso Romano passa a tecer considerações gerais e mais frutíferas que podem ser extraídas dos tópicos levantados:

Que exista uma certa tendência à formação de algumas amplas estruturas superestatais, temos já reconhecido [...]. Porém, que isto se deve entender como tendência geral e de tal força que nenhum Estado poderá a esta se desvencilhar, em modo que seria necessário cedo ou tarde ser atraído à órbita de alguma destas organizações maiores, não parece que seja em nada provado.⁴²

Romano reconhece, portanto, que existem forças se movendo no sentido de construção de superestados, talvez necessidade de alguns povos de competirem com maior protagonismo na comunidade internacional, mas discorda que daí se possa extrair o elemento de que todos os Estados precisem ser arrastados para dentro de tais superestados. Romano implicitamente informa que nem todos os povos parecem sentir a necessidade interna de formarem grandes impérios visando construção de espaços sempre mais amplos e poderosos, de tal forma que Estados menores ou até minúsculos poderiam continuar existindo, tendo eles também missões a cumprir, papéis a desempenhar na comunidade internacional.⁴³

Para Romano os tempos que se avizinhavam seriam certamente difíceis para os Estados, grandes ou pequenos, de tal modo que cada um precisaria buscar em suas próprias forças qual seria sua missão a cumprir, tanto para si enquanto instituição, como para a

⁴¹ O século XX se tornaria verdadeiro laboratório para esse tipo de discussão, pois de fato megaestados viriam a aparecer, como a União Soviética, a China, a Tchecoslováquia, a Iugoslávia, mas depois também se constataria o processo inverso de descentralização, com a fragmentação do mundo comunista no leste europeu, por exemplo. No entanto, o assunto é plenamente válido ainda hoje, bastando recordar que a União Europeia também se insere neste tópico, vez que, entre os seus vários objetivos, visa criar um mercado europeu comum, com moeda única, capaz de disputar o mercado mundial com outras grandes potências.

⁴² ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 430.

⁴³ “De outra parte, se até agora é percebida a coexistência de grandes Estados ou mesmo colossais e de Estados pequenos, até minúsculos, não se sabe porque a história futura não deva permitir que aqueles Estados singulares, que efetivamente terão uma própria arte a representar, uma própria missão a cumprir, e então uma verdadeira razão de ser, reste não absorvidos e não anulados nas maiores constelações que poderão ser formadas.” ROMANO, Santi. *Oltre lo Stato*. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 431.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

humanidade em sentido geral, de modo a encontrar um lugar onde se situar nos novos desenlaces da comunidade internacional. Romano chega a afirmar que não somente Estado, mas qualquer instituição que interrompesse o processo de desenvolvimento, terminaria fadada a perder sua importância ou mesmo a desaparecer.⁴⁴ E é nestes termos que o autor encerra o discurso:

[...] Cada Estado, que não deseje ser condenado, deve demonstrar para além de seus termos materiais, que possui uma missão histórica, não apenas para os seus particulares interesses, mas também para a humanidade inteira. E para isto é necessário que se dê continuamente e manifestadamente sinais da própria energia: especialmente aquela energia moral, a qual nunca como hoje sentimos o seu altíssimo valor, para poder, completamente restituídos a nós mesmos, prosseguir sobre a vida de nosso destino. Também nós poderemos então, no sentido mais civil e humano, fazer nosso o motto: além do Estado.⁴⁵

Romano, então, não afirma categoricamente nem que os Estados nacionais desapareceriam e nem mesmo que eles continuariam tendo o protagonismo e formato que possuíam em seu tempo. O que parecia provável ao jurista italiano, diante das forças que se moviam naquela época, é que haveria grandes transformações no modo como se relacionam e como se desenvolvem os Estados nacionais, de que alguns passariam a expandir e consolidar ainda mais seus poderes em relação aos demais. No entanto, o autor prefere terminar recorrendo à sensibilidade moral, de que cada instituição possui uma missão própria, que se realizada, repercute favoravelmente para si e para a humanidade como um todo, e de cada Estado que fosse capaz de exteriorizar tal missão, teria chances maiores de sobreviver, pois certamente conseguiria se inserir no novo cenário sendo benéfico para si e para as demais instituições. Sendo assim, as instituições que desaparecem seriam aquelas que perderam o sentido de suas existências, que não possuem mais uma missão a cumprir, ou que as tendo, deixaram de desenvolvê-las,

⁴⁴ ROMANO, Santi. Oltre lo Stato. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 431-432.

⁴⁵ ROMANO, Santi. Oltre lo Stato. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 432.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

concretizá-las historicamente. Este argumento, evidentemente, vale inclusive para os Estados nacionais.

O Estado tende a existir enquanto a necessidade⁴⁶ assim o posicionar, enquanto a própria realidade não situar novas instituições mais adequadas diante das exigências contemporâneas. Mais importante do que a permanência ou não do Estado é a preservação do seu princípio fundamental, aquele de realizar a supremacia do interesse geral sobre os parciais, ou de modo mais preciso tal como delineado por Crisafulli⁴⁷, da soberania popular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível afirmar que Romano via as forças externas na forma de grandes potências ou superestados, como ameaças sérias à existência dos Estados modernos no formato em que se mantinham na época em que o autor era vivo. Ainda assim Romano afirma a convicção de que entender ser plenamente possível o Estado moderno se adaptar, modificar algumas de suas engrenagens para se tornar mais apto aos novos tempos e às novas exigências, sem precisar ser extinto. Ou seja, o Estado moderno possuía ainda força vital para ser protagonista, sobretudo porque ainda não havia surgido alguma instituição com a mesma capacidade de fazer prevalecer, sobre a fragmentação dos interesses particulares, a centralidade do interesse geral. Kant e outros autores tentaram vislumbrar que uma liga mundial de nações garantindo a paz poderia cumprir tal papel, mas isto

⁴⁶ Necessidade aqui no sentido romaniano, de força da própria realidade que surge impondo transformações das instituições existentes. ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1953; ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969; TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico: interpretazione della dottrina di Santi Romano**. Milano: Giuffrè, 1976.

⁴⁷ CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957. Ver também Tosato e Luciani. TOSATO, Egidio. Sovranità del popolo e sovranità dello Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1957; LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. **Rivista di Diritto Costituzionale**, 1996.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

restava demasiado no mundo das utopias, sem claros indícios de que historicamente pudesse se concretizar a curto ou médio prazo, talvez nem mesmo a longo prazo. Para Romano, portanto, enquanto não surgisse esta nova instituição, o Estado moderno teria ainda papel a desempenhar.

Romano não afirma que os Estados devam ser instituições eternas, pois encerra dizendo que inclusive ele poderia aderir ao coro do fim do Estado, caso a necessidade se movesse em tal direção. Mais importante que discutir acerca do Estado em si é o princípio da supremacia do interesse geral sobre as fragmentações parciais. Se efetivado pelo Estado ou outras instituições é a necessidade que encaminhará, mas este princípio precisa ser resguardado, porque somente ele garante espaços de relações mais pacíficas e fomentadoras de desenvolvimento humano entre pessoas e instituições.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

CASSESE, Sabino. **La prolusione romaniana sulla crisi dello stato moderno e il suo tempo**. Disponível em: <http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/La-prolusione-romaniana-sulla-crisi-dello-Stato-moderno-e-il-suo-tempo-CdS-30-novembre-3.pdf>

CRISAFULLI, Vezio. La sovranità popolare nella Costituzione italiana. In: **Scritti in memoria di V. E. Orlando**. Padova: CEDAM, 1957.

FONTANELLI, Filippo. Santi Romano and L'ordinamento giuridico: the relevance of a forgotten masterpiece for contemporary international, transnational e global legal relations, **Transnational Legal Theory**, v. 2, 2011.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968.

LUCIANI, Massimo. L'antisovrano e la crisi delle costituzioni. **Rivista di Diritto Costituzionale**, 1996.

ROMANO, Santi. **Corso di Diritto internazionale**. Padova: CEDAM, 1939.

ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano: Giuffrè, 1953.

ROMANO, Santi. L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

ROMANO, Santi. Oltre lo Stato. In: ROMANO, Santi. **Scritti Minori Vol I**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 431-432.

ROMANO, Santi. Lo stato moderno e la sua crisi. In: ROMANO, Santi. **Lo stato moderno e la sua crisi**: saggi di diritto costituzionale. Milano: Giuffrè, 1969.

ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milano: Giuffrè, 1945.

ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Ed. Sansoni, 1967.

TOSATO, Egidio. Sovranità del popolo e sovranità dello Stato. **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, 1957.

TARANTINO, Antonio. **La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico**: interpretazione della dottrina di Santi Romano. Milano: Giuffrè, 1976.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

SUSTENTABILIDADE E ETICIDADE: UMA LEITURA A PARTIR DA IDEIA DE RECONHECIMENTO E INSTITUIÇÕES EM HEGEL

Josemar Soares⁴⁸

INTRODUÇÃO

A ideia de intersubjetividade é essencial para a Filosofia de Hegel. E isso pode ser extraído da parte final da citação acima. A Liberdade se faz quando o espírito liberta-se de todas as formas que não são próprias ao conceito do espírito. Essas formas precisam ser transformadas em uma efetividade perfeitamente apropriada ao conceito do espírito. A Liberdade não passa pela eliminação das Instituições, mas na transformação dessas em algo apropriado ao conceito do espírito. E toda instituição nasce da intersubjetividade originada pela dialética de reconhecimento entre diversas consciências de si (indivíduos). São indivíduos que se reconhecem que formam famílias, a sociedade civil, o Estado, as corporações, etc.

Em síntese, o espírito consiste numa dialética de intersubjetividade do Indivíduo com a Natureza e o mundo. O homem nasce em um mundo que é um Outro, e depois se vê rodeado de outros seres-Outros, outros homens. Por fim, há as todas as construções racionais humanas, como o direito, a moral, as Instituições, as ciências e assim por diante. Tudo isso é um Outro, que me provoca a agir de um determinado modo. Porém, todas essas construções refletem também a vontade humana em transformar o mundo natural

⁴⁸ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica na UNIVALI.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

em um mundo humano, e isso é algo fundamental quando se pensa em Liberdade diante do mundo.

O objetivo do presente artigo é explorar a dialética do reconhecimento em Hegel como fundamento das instituições e sua implicação na compreensão das dinâmicas transnacionais, aqui especificamente aplicada à questão da sustentabilidade. Tal abordagem está vinculada à ideia de Eticidade em Hegel.

A Eticidade é a realização da Ideia de Liberdade no mundo dado, onde a vontade livre encontra a harmonia entre o Indivíduo e as Instituições. É nessa harmonia que se situa a Liberdade hegeliana. Para Hegel o indivíduo é *mitglied*, membro de uma comunidade, e na relação intersubjetiva com os demais fundamenta as leis e instituições.

A efetivação de direitos transnacionais passa pela construção de uma eticidade capaz de perspassar as várias instituições que compõem o complexo e fragmentado cenário contemporâneo. A promoção da sustentabilidade depende de esforços individuais e institucionais na dimensão transnacional, mas antes exige um processo de reconhecimento do indivíduo nesta esfera, ou seja, ele precisa reconhecer os demais e se reconhecer como membro de uma sociedade civil já presente em esferas transnacionais.

Primeiro se discute a abordagem hegeliana de reconhecimento. No segundo momento apresentam-se ideias sobre sustentabilidade e transnacionalidade, para que nas considerações finais a síntese seja alcançada.

1 RECONHECIMENTO E INSTITUIÇÕES EM HEGEL

A dialética hegeliana da consciência na obra *Fenomenologia do Espírito* surge como a manifestação do indivíduo em seu percurso de auto-conhecimento, contudo, não

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

somente isso, mas sim um auto-conhecimento que permite se fazer ciência, isto é, um conhecer a si mesmo que propicia o conhecimento do mundo como um todo, “o puro reconhecer-se-a-si-mesmo no absoluto ser-outro, esse éter *como tal*, é o fundamento e o solo da ciência, ou do *saber em sua universalidade*”.⁴⁹ Seria possível traçar paralelos entre fundamento do autoconhecimento como solo para a ciência e a pesquisa do Eu transcendental efetivada para Husserl, o que pode ser objeto de futuras pesquisas.

A filosofia tem de ser científica. A ciência ou filosofia é necessária e completa; não uma especulação individual. O sistema tem de ser circular; só então ele é necessário e completo. A circularidade é o critério da verdade (absoluta) da filosofia. É de fato o único critério (imane) possível da verdade no monismo idealista (e talvez em geral). Já foi demonstrado que uma filosofia implica a totalidade do pensável (isto é, que é absolutamente verdadeira) quando se demonstrou que não é possível ultrapassar, sem voltar ao ponto de partida, o ponto de vista ao qual chega necessariamente o desenvolvimento lógico do sistema (que alias, pode começar onde quiser).⁵⁰

Não obstante, a ciência inicialmente surgirá distante da consciência como uma figura completamente determinada e separada, somente Em-Si. A consciência, mergulhada em sua certeza de si própria num primeiro momento não verá motivos para afastar de si mesma e ir a direção da ciência, esse objeto longínquo. Serão, portanto, dois seres inversos, de forma que a consciência, como certa de si própria em possuir a verdade terá sua figura como a efetividade, enquanto do lado oposto, verá a ciência somente como uma figura incerta e inefetiva, ou seja, sem qualquer traço de realidade. Isso ocorre porque, nesse momento, o individuo ainda não é aquele a qual nos aludimos anteriormente, mas somente um ser simplório e inculto, uma consciência sensível, ainda sem as noções da realidade do mundo, das ciências, ou, mais precisamente, da filosofia.

A Fenomenologia hegeliana seria o movimento fluído perene do vir-a-ser, algo que lembra inclusive a filosofia de Heráclito. Os fenômenos são constante movimento, e a cada novo

⁴⁹ “Das *reine* Selbsterkennen im Absoluten Anderssein, dieser Äther *als socher*, ist der Grund und Boden der Wissenschaft oder das *Wissen im Allgemeinen*”. FE, *Prefácio*, HW 3, p. 29.

⁵⁰ KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2002. p. 38.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

momento observa-se a suspensão, negação, do dado anterior. Tal dado não é, contudo, eliminado, mas conservado e incluído no novo dado, o que permite seu ressurgimento em outro momento. A partir do movimento contínuo de suspendimentos seria possível vislumbrar a essência, a própria realidade, que se encontraria por trás dos fenômenos superficiais e relativos. É dessa forma que pode-se aplicar a fenomenologia à Filosofia do Direito de Hegel, pois naquela obra a essência do Direito, qual seja, a Ideia de Liberdade realizada no mundo dado como Eiticidade, também seria revelada a partir de uma série de suspendimentos das várias figuras e instituições, como o Direito Abstrato, a Moralidade, a Família, etc.

Na exposição da *Fenomenologia* Hegel apresenta uma tripartição constituída pela seção da Consciência, da Consciência de si e da Razão. A seção da Consciência é aquela que analisa o movimento epistemológico da ciência moderna, até Kant e sua impossibilidade de acessar o nômenon. O impasse é resolvido na Consciência de si, que se dá conta que ela mesma está imersa no mesmo mundo onde se localizam todos os objetos, e que portanto, o conhecer a si mesmo permitira o conhecer o Outro. Enquanto a Consciência é teórica a Consciência de si seria prática, atora no mundo. A Razão efetua a síntese de ambas, permitindo a racionalidade que entende e elabora o mundo.

Pode-se dizer que numa abordagem hegeliana o Direito surge como fenomenologia porque é emanado pelos costumes e valores reconhecidos por determinada sociedade. As normas e instituições jurídicas não são regras absolutas, mas resultados do percurso histórico. O movimento de negação das regras e instituições, entretanto, permitira visualizar a Ideia que as faz movimentar, ou seja, a própria lógica jurídica que subsistiria subterraneamente ao movimento concreto do Direito.

Observa-se agora abordagem conferida na obra *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito*.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Hegel inicia a exposição da Eticidade no § 142:

A eticidade é a *ideia da liberdade*, enquanto Bem vivente, que tem na autoconsciência seu saber, seu querer, e pelo agir dessa, sua efetividade, assim como essa tem, no ser ético, seu fundamento sendo em si e para si e seu fim motor, - [a eticidade é] o *conceito da liberdade que se tornou mundo presente e natureza da autoconsciência*.⁵¹

Por autoconsciência entende-se aqui a mesma figura da consciência de si, já indicada na Fenomenologia do Espírito. Somente por meio da consciência de si é possível elevar um projeto social como a eticidade.

Muitas interpretações foram feitas da *Filosofia do Direito* de Hegel, da liberal ao comunismo, do enaltecimento do indivíduo ao absolutismo estatal. A eticidade, conforme exposto no conceito do § 142, não se baseia nesta fragmentação.

A eticidade resultada do saber e do querer da consciência de si, depois de superar diversos momentos, a se iniciar pela dialética do reconhecimento. A eticidade é o conceito da liberdade que se tornou mundo presente e natureza da consciência de si, isto é, a própria ideia de Liberdade realizada, de que de tal forma se tornou uma segunda natureza da consciência de si.

O ser ético, dessa forma, não é externo e coercitivo à consciência, mas seu próprio conteúdo, de tal forma que as instituições e leis que derivarem daquela comunidade e Estado não são opressoras contra seus membros, mas a manifestação da vontade dos indivíduos.

Isto não significa que Hegel autoriza considerar qualquer Estado como livre e manifestação da eticidade. A eticidade é um processo espiritual e histórico, e que nasce

⁵¹ “Die Sittlichkeit ist die *Idee der Freiheit*, als das lebendige Gute, das in dem Selbstbewußtsein sein Wissen, [und] Wollen, und durch dessen Handeln[,] seine Wirklichkeit, [hat] sowie dieses an dem sittlichen Sein seine an und für sich seiende Grundlage und [seinen] bewegenden Zweck hat, - der zur vorhandenen Welt und zur Natur des Selbstbewußtseins gewordene Begriff der Freiheit”. FD, *A eticidade*, § 142, HW 7, p. 292.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

apenas de uma série de dialéticas fenomenológicas e históricas efetuadas pelo indivíduo e pela humanidade, de tal forma que para Hegel seria possível somente na modernidade⁵².

O mundo ético é harmônico e dialético, onde uma série de interesses (família, sociedade civil, Estado, indivíduo, etc.) coexistem, às vezes de modo conflituoso, mas sem jamais ameaçar a existência do ser ético, ou da eticidade em si.

A eticidade seria aquele momento de convivência social onde os indivíduos sabem ser membros efetivos de uma totalidade maior, seja ela o Estado ou a comunidade em geral, e respeita a Constituição e as normas emanadas pelo Poder Público não por atitude de obrigação mas por vontade livre.

Por outro lado, a substância ética, suas leis e suas potências, não passam, para o sujeito, como algo de estranho, mas, tem o testemunho de constituir em si mesma sua própria essência, onde tem o seu sentimento e nele vive como um elemento não diferente de si. Trata-se de uma relação imediata, que é mais idêntica que na *fé* e na *confiança*.⁵³

Entretanto, mais importante que o respeito em si às instituições e normas, que parecem ser mais efeito que causa, é o processo de reconhecimento mútuo, já realizado pelas consciências de si. O indivíduo não agride o outro e as instituições porque reconhece o outro e as instituições como ele próprio, pois todos são membros de uma totalidade orgânica, logo agredir o outro é agredir a si mesmo. Objetivamente falando o homicídio não é o ato de matar apenas um indivíduo, mas a própria ideia de humanidade, e o representante eleito que se aproveita de seu cargo para praticar atos ligados à corrupção

⁵² Embora possua relação, a eticidade da *Filosofia do Direito* não é a mesma eticidade da *Fenomenologia do Espírito*, que se refere ao mundo grego. O vínculo entre ambos é a Harmonia, imediata no mundo grego e mediatizada na modernidade.

⁵³ “Andererseits sind sie dem Subjekte nicht ein *Fremdes*, sondern es gibt das *Zeugnis des Geistes* von ihnen als von *seinen eigenen Wesen*, in welchen es sein *Selbstgefühl* hat und darin als seinem vo sich ununterschiedenen Elemente lebt, - ein Verhältnis, das unmittelbar noch identischer als selbst *Glaube* und *Zutrauen* ist. FD, *A eticidade*, § 147, HW 7, p. 295.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

não está apenas enriquecendo ilicitamente, mas agredindo o ser ético do Estado. Entretanto, tais preocupações e discernimentos não perpassam a consciência do sujeito que pratica tais atos.

Não se reputa aqui que o sujeito precisa saber discernir as ideias de reconhecimento e ser ético. Na verdade, se tal ideia estivesse enraizada em seu ser, de modo inconsciente ele se negaria a praticar tais atos. O problema não é a inconsciência da dialética do reconhecimento, mas a sua falência ou até inexistência nos dias atuais.

O problema é existencial e, portanto, anterior à esfera jurídica, política e social, anterior inclusive à esfera ética/moral.

Na dialética do reconhecimento hegeliana a consciência precisa sair de si e reconhecer o outro como a si mesmo. Como já salientado, Hegel substituiu o amor pela luta/conflito, portanto não se trata de exigir das pessoas o amor, o sentimento genuíno pela humanidade, como queria Fromm, e como foi tão salientada na filosofia cristã, mas apenas um sentimento de respeito mútuo pelo outro, de reconhecimento de seu valor e humanidade, de entender que o outro é igual a ele mesmo, então ambos membros de um mesmo projeto social maior. Amor seria uma etapa ainda mais evoluída desse processo.

O que se coloca em questão é se uma consciência que não reconhece o outro pode reconhecer a si mesma. Como afirmava Hegel, reconhecimento é necessariamente mútuo. Ser pessoa implica em ser reconhecido por outros como pessoa, da mesma forma que ser proprietário de um bem implica em reconhecer o outro também como proprietário de um bem. Não há real dicotomia entre direitos e deveres. Exercer o direito responsabiliza o sujeito no dever de respeitar o direito alheio.

A sociabilidade parece fato natural ou ao menos indispensável ao ser humano. Para os gregos era um dado evidente, formulado na famosa sentença aristotélica de que um indivíduo que vive isolado só poderia ser um deus ou uma besta. É da condição

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

humana buscar o outro. O ser humano não apenas vive, mas convive. A crise contemporânea de convivência, explicada parcialmente pelo excesso de egoísmo põe em debate uma crise ainda mais profunda, que acomete a própria natureza humana.

2 SUSTENTABILIDADE E TRANSNACIONALIDADE SOB O PRISMA DO PLURALISMO JURÍDICO

2.1 Sustentabilidade

Sustentabilidade ⁵⁴ é assunto preeminente nas pautas estatais atualmente. É responsabilidade do Estado, juntamente com todos os indivíduos que fazem parte dele, concretizar um desenvolvimento tanto de âmbito material quanto imaterial, que seja *sustentável* em todos os aspectos da sociedade, seja socialmente inclusivo, seja durável, seja ambientalmente limpo, gere inovação e, principalmente, garanta o bem-estar das gerações atuais e futuras.

Assim, a Sustentabilidade adquire um caráter pluridimensional, pois o bem-estar que ela busca garantir é pluridimensional. Freitas afirma que as dimensões da Sustentabilidade seriam cinco:

- a) social: composta pelo incremento da equidade, condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas e o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura;

⁵⁴ “[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

- b) ética: composta pelo reconhecimento da ligação de todos os seres, o impacto retroalimentador das ações e das omissões, exigência da universalização concreta do bem-estar e o engajamento numa causa que proclama e admite a dignidade dos seres vivos em geral;
- c) ambiental: ou se protege a qualidade ambiental ou não haverá futuro;
- d) econômica: necessidade de ponderação, o adequado *trade-off* entre eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado dos benefícios e custos diretos e indiretos; e
- e) jurídico-política: determinação, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, da tutela jurídica do direito ao futuro⁵⁵.

Freitas deixa claro que tais dimensões existem entrelaçadas e se constituem mutuamente em uma dialética da sustentabilidade não podendo, sob pena de irremediável prejuízo, ser rompida. São dimensões intimamente vinculadas e essenciais ao desenvolvimento⁵⁶.

A pluridimensionalidade da Sustentabilidade permite que ela seja percebida como inerente a existência dos homens em sociedade, da mesma forma que o direito internacional é inerente à existência dos Estados, conforme explicitado anteriormente.

A partir do momento que o homem existe no mundo e, dessa forma, se relaciona com ele e com os demais homens, existe uma forma de vivência que é sustentável, ou seja, que é eficiente, produz crescimento, desenvolvimento, inovação, igualdade, garante um bem-estar, uma qualidade de vida de cada indivíduo com o mundo a sua volta em todas as dimensões.

⁵⁵ FREITAS, Juez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 58-71.

⁵⁶ FREITAS, Juez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. p. 71.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Com isso percebe-se que existe uma demanda por Sustentabilidade que perpassa a história da humanidade. Muito antes de haver um problema ambiental devido a um desenvolvimento descontrolado a partir da Revolução Industrial⁵⁷, já havia profundas crises nas dimensões ética, social e econômica.

A história da humanidade está marcada pela desigualdade, exploração, guerras, epidemias, etc., que impediram que um bem-estar se instalasse na sociedade. A busca por um bem-estar para as gerações presentes e futuras em todas as dimensões sociais, sempre foi algo necessário, mas nunca alcançado.

A necessidade da Sustentabilidade, assim, é inerente à condição humana e sua sobrevivência no planeta Terra.

Os danos que a insustentabilidade em qualquer uma das dimensões supramencionadas ocasionam, não se mantêm somente no local que ocorreram, gerando consequências no mundo todo, pois, como explicado, é da essência da existência humana como sociedade global uma necessidade de sustentabilidade para o bem-estar global. A relação entre homem e ambiente não conhece fronteiras.

Muito do que impede uma efetivação da Sustentabilidade é o pensamento predominante na pós-modernidade⁵⁸ caracterizado pelo estrito materialismo-científico cominado com a compreensão separatista entre indivíduo e objeto, ocorrendo aquilo que Frijot Capra chama de crise da percepção⁵⁹, não se percebe que o mundo todo é naturalmente uma

⁵⁷ Não se nega a existência de problemas ambientais em menor escala que afetaram povos primitivos que, por exemplo, por não saberem utilizar a terra adequadamente, ocasionavam sua improdutividade. Porém, por ser em menor escala, não suscitava um problema de crise ambiental.

⁵⁸ Jean-François Lyotard chama de pós-moderna o estado cultural após as transformações que afetaram as regras da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX. A era pós-moderna quer representar uma segunda etapa, mais elevada, de progresso das ciências. LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998. p. XV-XVI. Para aprofundamentos da caracterização e problemas da era pós-moderna, consultar, além da obra já citada: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002; MAFFESOLI, Michel. **Le temps des tribos: le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1988.

⁵⁹ CAPRA, Frijot. **A Teia da Vida: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

aldeia global⁶⁰, que todos os indivíduos e nações são fios da teia da vida⁶¹, e que não há como garantir bem-estar se não for de modo total, em todo o planeta.

De qualquer forma, mesmo já havendo uma inseparabilidade natural entre os indivíduos e nações, com a globalização ocorre uma aproximação desses elementos já coligados, passando para uma nova etapa da humanidade em que os impactos em um local do globo ocasionam efeitos no resto de forma muito mais rápida do que em momentos anteriores da história.

A globalização consentiu uma passagem da sociedade industrial moderna para a atual sociedade de risco, uma mudança de tanto impacto quanto foi a passagem da sociedade agrária para a sociedade industrial.

Da mesma forma que na sociedade atual a técnica se desenvolveu amplamente, também se desenvolveram os riscos, de forma que Ulrich Beck define a sociedade atual como sociedade de riscos. Os riscos são os mais diversos: acidentes em usinas nucleares, guerra nuclear, catástrofes ambientais, epidemias, terrorismo, entre outros⁶².

Também Heidegger, já em 1927, indicava os perigos do avanço da técnica. O filósofo alemão destacou que o homem de hoje teria um pensamento mais calculista e menos reflexivo, caracterizando o que Heidegger chama de era técnica ou era atômica, em que o homem encontra-se em uma posição totalmente nova em relação ao mundo que agora aparece como um objeto sobre o qual o pensamento calculista investe, sendo que nada mais pode resistir aos seus ataques⁶³.

Beck destaca que os riscos que permeiam a sociedade atual possuem três características fundamentais: são universais, incalculáveis e imprevisíveis. Universais, pois todos estão

⁶⁰ MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

⁶¹ CAPRA, Frijot. **A Teia da Vida**: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos.

⁶² BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós, 2002.

⁶³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2006.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

sujeitos aos seus efeitos, independentemente de classe social, raça, gênero, credo, nacionalidade, etc. Os riscos possuem consequências que afetam a todos indistintamente, por isso é algo de interesse e preocupação de todos, ou pelo menos deveria ser⁶⁴.

São incalculáveis e imprevisíveis, pois a ciência não tem a capacidade de determinar quando esses riscos se tornaram realidade nem qual será a extensão do seu dano, apesar de conseguir determinar que de fato existem. Sendo que as provas são os diversos desastres que a sociedade tem enfrentado nos últimos tempos⁶⁵.

Nesse cenário, a única forma de se garantir uma Sustentabilidade efetiva, com diminuição dos riscos e garantia de bem-estar para todos, é por meio do diálogo entre os ordenamentos jurídicos nacional e transnacional.

2.2 Transnacionalidade

O fenômeno da transnacionalização surge em um novo contexto mundial derivado principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período pós guerra fria, caracterizado pela desterritorialização da expansão capitalista, o enfraquecimento da soberania e a aparição de ordenamentos jurídicos gerados fora do monopólio estatal⁶⁶.

Os ciclos de atividades das economias nacionais são cada vez mais determinadas pelos equilíbrios externos e pelos vínculos de interdependência que ocorrem em escala planetária⁶⁷.

⁶⁴ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad.

⁶⁵ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidad.

⁶⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho nel siglo XXI. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 10, n. 20, p. 159-174, jul./dez. 2011. p. 169.

⁶⁷ ALMEIDA, Paulo Roberto de. **O Brasil e o multilateralismo econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.p. 35.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Para além disso, a produção capitalista globalizada tornou-se fragmentada em número incalculável de fases e em constante mudança, descentralizadas e dispersas pelo planeta. Ao mesmo tempo os segmentos distintos são integrados em amplas correntes de produção, distribuição e consumo. Cada economia nacional autônoma está sendo reestruturada e integrada externamente para que seja uma parte constituinte do sistema de produção global⁶⁸.

O capitalismo foi reorganizado em uma nova estrutura de redes que se estende pelo globo, o capital transnacional está no topo dessas redes globais e o capital local e nacional não podem competir com ele⁶⁹.

Há uma incompatibilidade entre a autodeterminação do Estado, como reflexo teórico da vontade da maioria soberana popular, e o poder financeiro e econômico das grandes empresas.

Nessa realidade, há um Direito ineficiente perante as questões transnacionais e seus efeitos no mundo todo. O Direito Nacional por si só não é suficiente para lidar com questões que geram efeitos a nível mundial. O Direito Internacional é fraco e não tem poder suficiente para obrigar as nações a cumprirem seus tratados. Por isso seria necessário um Direito Transnacional.

Entende-se por transnacional espaços públicos não vinculados a um território específico que iriam além da ideia tradicional de Nação Jurídica, aceitando a pluralidade como premissa e possibilitando o exercício de poder a partir de uma pauta axiológica comum, consensual, destinada à viabilizar a proposição de um novo pacto de civilização. Essa pauta seria estabelecida por seleção consensual de valores, sendo que sua proteção não

⁶⁸ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.p. 26.

⁶⁹ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional.p. 26.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

poderia ser viabilizada por intermédio das instituições nacionais, comunitárias ou internacionais atualmente existentes⁷⁰.

A grande diferença de um sistema de governança internacional para novas formas de governança transnacional estaria na forma de articulação entre o poder local e o global, ou seja, não é possível prescindir da indispensável parceria cooperativa das esferas locais de poder e ao mesmo tempo é necessário multiplicar os esforços locais para a produção de melhores resultados em escala global⁷¹.

Essas novas estratégias de governança devem ter como pressupostos a aproximação de culturas e povos e a participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social. Esse novo cenário não pode ser uma imposição do mais forte, mas sim um resultado de emancipação de valores e posições jurídicas e subjetivas esquecidas, fragilizados e em situação de risco manifesto⁷².

Esse ambiente político-jurídico transnacional criaria um sistema jurídica constituído por normas que responderiam a pautas axiológicas comuns que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional. O Direito Transnacional seria construído com base em princípios de inclusão social e proteção ao meio ambiente, sendo a sustentabilidade e a solidariedade dois dos principais itens do debate jurídico⁷³.

O Direito Transnacional deverá ser aplicado por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção, além da capacidade fiscal em diversos âmbitos

⁷⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.p. 61.

⁷¹CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**.p. 144.

⁷²CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**.p. 145.

⁷³CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**.p. 48.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

transnacionais, como questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, entre outros⁷⁴.

É fundamental que o Direito Transnacional possa ser aplicado coercitivamente a fim de garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, residindo nesse questão seu diferencial de eficiência em comparação com os direitos nacional e internacional⁷⁵.

Esse sistema jurídico deve ser desterritorializado, ou seja, sem uma base física indefinida, que é uma das características dos elementos compõem o cenário transnacional. Não pode estar vinculado a um espaço estatal nacional, mas sem estar acima ou entre eles, está para todos ao mesmo tempo, ou seja, é desvinculado da limitação do âmbito territorial em que o direito nacional tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente suas leis⁷⁶.

Quanto ao seu conteúdo, o ordenamento jurídico transnacional deve ser a expressão de todas as nações jurídicas a ele submetidas. Deve refletir a vontade política de uma comunidade quanto aos seus valores e objetivos essenciais, ou seja, as decisões básicas que confeririam unidade e coerência à organização. Essas decisões versariam sobre os valores nos quais se funda, como a questão ambiental, direitos humanos, paz mundial e solidariedade, e sobre a distribuição do poder social e político⁷⁷.

Quanto ao aspecto formal, as normas de direito transnacional serão válidas se forem geradas de acordo com os procedimentos e pelos órgãos previamente estabelecidos no espaço público transnacional⁷⁸.

⁷⁴CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional.p. 22.

⁷⁵CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional.p. 23.

⁷⁶CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional.p. 24.

⁷⁷CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional.p. 24-25.

⁷⁸CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional.p. 25.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

Uma questão de relevância historicamente global como é o problema da insustentabilidade em todas as dimensões da vida humana, só pode ser resolvida por meio de normas transnacionais em diálogo com as nacionais. Já afirmava Ulrich Beck acerca da necessidade de pensar globalmente e agir localmente⁷⁹.

A consolidação de uma nova cultura de sustentabilidade global deve partir de um paradigma de aproximação entre os povos e culturas, na participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social⁸⁰.

Somente com novas estratégias de governança transnacional, baseadas na cooperação e na solidariedade, é que será possível assegurar um futuro com mais justiça e sustentabilidade.

Conforme se observa o ordenamento jurídico de um direito transnacional visando promover a sustentabilidade necessita de novo paradigma conceitual, pois a visão corrente de direito como exclusivo da fonte estatal parece incompatível com a ideia de um direito planetário.

Nesse sentido o pluralismo jurídico surge como opção viável, na medida em que aceita o direito para além do Estado e inclusive a necessária harmonia entre a esfera internacional e as esferas nacionais.

Sustentabilidade, conforme se demonstrou, não se restringe a questões de proteção de recursos hídricos, vegetais, animais, entre outros, embora tais questões sejam de primeira importância, mas deve abranger também a condição existencial humana, em sua necessidade de coexistir com a diversidade de etnias, culturas, relações, de ser capaz de viver autonomamente sem agredir a existência dos demais e do próprio planeta.

⁷⁹ BECK, Ulrich. **Qué es la globalización**: falácias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 2004.

⁸⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**.p. 120.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

A questão da Sustentabilidade é de responsabilidade mundial, aqui não entendida apenas enquanto obrigação dos Estados nacionais, mas dos indivíduos que vivem sobre este planeta. É necessário o prospecto de possibilidades jurídicas que sejam capazes de garantir a proteção do meio ambiente para a humanidade e suas gerações futuras, ainda que recorram a sistemas para além do monismo estatal consagrado pela modernidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da Sustentabilidade já transcende os domínios nacionais, revelando-se problemática de interesse à própria humanidade. Desse modo o paradigma de Ciência Jurídica vigente, oriundo do pensamento moderno instituído sobre a supremacia do Estado-Nação parece insuficiente para resolver tal dilema.

Diversos assuntos são de abrangência transnacional, extrapolando a incidência apenas nas relações internacionais, como direitos humanos, questões militares, e também a proteção ao meio ambiente global por meio do Direito da Sustentabilidade.

Os efeitos ambientais transcendem limites nacionais, e por hora não se observa solução jurídica advinda do paradigma moderno. A abordagem hegeliana da dialética do reconhecimento como fundamento das instituições traz contribuição importante à problemática, vez que visualiza as instituições como resultado do processo dialético do reconhecimento do indivíduo perante os demais nas regras emanadas de cada instituição. Sendo assim, a regulamentação da instituição não surge como coerção exterior, mas como manifestação da vontade livre do indivíduo de se realizar naquela instituição.

Este é o fundamento da eticidade no pensamento hegeliano. É certo que o autor escreveu suas teses em período no qual o Estado ainda era a instituição predominante, a única

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

capaz de equilibrar os interesses universais diante dos particulares. No entanto, a ideia de uma instituição somente poder funcionar e existir de modo autônomo na medida em que os indivíduos a reconhecem como reflexos de suas vontades pode ser adaptada para contextos transnacionais.

Desse modo a promoção da sustentabilidade em dimensões transnacionais depende antes do reconhecimento do indivíduo nesta problemática, de se ver como responsável de modo vivo e ético perante os rumos não somente de sua comunidade e Estado nacional, mas de todo o globo. A sustentabilidade, como problemática transnacional, exige uma eticidade transnacional, um processo de dialéticas de reconhecimento dos indivíduos da sociedade global como membros atuantes e corresponsáveis pela saúde, prosperidade, paz e sustentabilidade em dimensões transnacionais.

Tal temática ganha impacto cada vez maior ao longo do século XX e certamente se reforçará nas próximas décadas do século XXI, com a intensificação da globalização, exigindo maior diálogos entre os diversos atores ao redor do planeta.

Assim como o problema municipal emana da própria sociedade de determinado município o problema mundial da sustentabilidade emana da própria natural e inexorável relação entre humanidade e meio ambiente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, José de Lima. **Gestão Ambiental e Responsabilidade Social**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **O Brasil e o multilateralismo econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nuevamodernidad**. Barcelona: Paidós, 2002.
- BECK, Ulrich. **Qué es la globalización: falácias del globalismo, respuestas a la globalización**. Barcelona: Paidos, 2004.
- CAPRA, Frijot. **A Teia da Vida: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y elnuevo paradigma delderechoenelsiglo XXI. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 10, n. 20, p. 159-174, jul./dez. 2011.
- CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.
- FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y TransformacionesdelDerecho. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A importância da Gestão Ambiental para Proteção Ambiental. In: _____.; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE
5º Seminário Internacional “Democracia e Constitucionalismo: novos desafios na era da
globalização”
Università Degli Studi Di Perugia – Itália
Setembro de 2017

HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel

KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à leitura de Hegel**. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2002.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998.

MAFFESOLI, Michel. **Le temps des tribos: le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1988.

MCLUHAN, Marshall. **La aldeia global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

MORELLA JUNIOR, Jorge Hector. **Transnacionalização e Segurança do Comércio Mundial: a importância do poder econômico na difusão das normas anti-terroristas pós-onze de setembro e sua implementação no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009.