

ORGANIZADORES

Luciene Dal Ri
Rafael Padilha
Jaqueline Moretti Quintero

COORDENADORES

Maurizio Oliviero
Josemar Sidinei

ELEMENTOS DE CONSTITUCIONALISMO E TRANSNACIONALIDADE

**ESTUDOS REALIZADOS NO ÂMBITO DO CONVÊNIO PARA PESQUISAS
CONJUNTAS ENTRE A UNIVALI/BRASIL E A
UNIVERSIDADE DE PERÚGIA/ITÁLIA**



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



VOLUME 2

ORGANIZADORES

Luciene Dal Ri
Rafael Padilha
Jaqueline Moretti Quintero

COORDENADORES

Maurizio Oliviero
Josemar Sidinei Soares

ELEMENTOS DE CONSTITUCIONALISMO E TRANSNACIONALIDADE

**ESTUDOS REALIZADOS NO ÂMBITO DO CONVÊNIO PARA PESQUISAS
CONJUNTAS ENTRE A UNIVALI/BRASIL E A UNIVERSIDADE DE
PERUGIA/ITÁLIA**

COLABORADORES

Alessandra Ramos
Waldemar Moreno Junior
Ildete Regina Vale da Silva
Luciana de Carvalho Paulo Coelho
André Emiliano Uba
Loreno Weissheimer
Queila de Araújo Duarte Vahl
Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld
Salustino David dos Santos Andrade
Tarcísio Germano de Lemos Filho
Airto Chaves Júnior
Bárbara Guasque
Diogo Marcel Reuter Braun
Everson Luis Matoso
Alisson de Bom de Souza
Rafael do Nascimento
Demes Britto

Denival Francisco da Silva
Gabriel de Araujo Sandri
Luiz Felipe Machado
Celso Costa Ramires
Clayton Marafioti Martins
Juliete Ruana Mafra Granado
Natammy Luana Bonissoni
Mariza Viecili
Thaís Vandresen
Rodrigo Roth Castellano
Ronan Saulo Robl
Queila Jaqueline Nunes Martins
Adilor Danieli
Josemar Sidinei Soares
Maria Chiara Locchi

ISBN: 978-88-99490-01-0



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



CAPES
Programa Professor Visitante do Exterior (PVE)

2015



Rettore dell'Università degli Studi di Perugia

Franco Moriconi

Direttore Generale

Dante de Paolis

Prorettore

Fabrizio Figorilli

Delegato per le relazioni internazionali

Elena Stanghellini

Delegato per la cooperazione internazionale

Fabio Maria Santucci

Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza

Giovanni Marini

**Vice-Direttore del Dipartimento
di Giurisprudenza**

Antonio Bartolini

**Professore Ordinario del Dipartimento
di Giurisprudenza**

Maurizio Oliviero

**Professore Ricercatore di Istituzioni
di Diritto Pubblico**

Daniele Porena

**Professore Associato di Istituzioni
di Diritto Pubblico**

Guido Sirianni

**Professore Associato del Dipartimento
di Giurisprudenza**

Carlo Calvieri

Comitato Redazionale - E-books/UNIPG**Il presidente**

Maurizio Oliviero

Redattore**Dirigente E-Books/UNIPG**

Leonello Mattioli

Membri

Maria Chiara Locchi

Jacopo Paffarini

Daniele Porena

Sofia Felicioni

Indirizzo

Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli Studi
di Perugia - Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG)

Progetto di Fomento

Libro risultato del progetto "Professor Visitante
do Exterior (PVE)" con finanziamento della Coordenação
de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)

Diagramma/Revisione

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Copertina/Foto Aqeduto di Perugia (Italia)

Alexandre Zarske de Mello

Organizzatori

Luciene Dal Ri

Rafael Padilha

Jaqueline Moretti Quintero

Coordinatori

Maurizio Oliviero

Josemar Sidinei Soares

Colaboratori

Alessandra Ramos

Waldemar Moreno Junior

Ildete Regina Vale da Silva

Luciana de Carvalho Paulo Coelho

André Emiliano Uba

Loreno Weissheimer

Queila de Araújo Duarte Vahl

Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld

Salustino David dos Santos Andrade

Tarcísio Germano de Lemos Filho

Aírtio Chaves Júnior

Bárbara Guasque

Diogo Marcel Reuter Braun

Everson Luis Matoso

Alisson de Bom de Souza

Rafael do Nascimento

Demes Britto

Denival Francisco da Silva

Gabriel de Araujo Sandri

Luiz Felipe Machado

Celso Costa Ramires

Clayton Marafioti Martins

Juliete Ruana Mafra Granado

Natammy Luana Bonissoni

Mariza Viecili

Thaís Vandresen

Rodrigo Roth Castellano

Ronan Saulo Robl

Queila Jaqueline Nunes Martins

Adilor Danieli

Josemar Sidinei Soares

Maria Chiara Locchi

Crediti

Questo e-book è stato possibile a causa del Programma
di Doppia Titolazione con Cotutela di Tesi a livello di Dottorato
com l'Università di Perugia e dall'accordo di collaborazione di
produzione scientifica tra le Università di Perugia (Italia) e l'UNIVALI
(Brasile) con lo scopo di divulgazione, condivisione e produzione
della conoscenza giuridica. Editrice UNIVALI e la Commissione
organizzatrice Ebook/PPCJ composta dai Professori Dottori: Paulo
Márcio Cruz e Alexandre Moraes da Rosa e dallo Editore
Esecutivo Alexandre Zarske de Mello



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



Programa Professor Visitante do Exterior (PVE)



2015

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	VI
A PARTIR DE UMA LEITURA DE HABERMAS, A SOBERANIA E A NACIONALIDADE DO ESTADO NACIONAL EUROPEU DIANTE DO SISTEMA DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESPAÇO EUROPEU.....	8
Alessandra Ramos.....	8
Waldemar Moreno Junior	8
PERSPECTIVA FUTURA DO CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL: UM DESAFIO QUE NÃO É SÓ DA UNIÃO EUROPEIA.....	23
Ildete Regina Vale da Silva.....	23
Luciana de Carvalho Paulo Coelho.....	23
A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA UNIÃO EUROPEIA.....	38
André Emiliano Uba	38
Loreno Weissheimer.....	38
A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ATIVISMO JUDICIAL.....	60
Queila de Araújo Duarte Vahl	60
Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld.....	60
JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E CONTROLE CONSTITUCIONAL:	72
DA NECESSIDADE DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE.....	72
Salustino David dos Santos Andrade	72
Tarcísio Germano de Lemos Filho	72
A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL	93
Airto Chaves Júnior.....	93
Bárbara Guasque	93
EXTRADIÇÃO E PROCEDIMENTO DE ENTREGA NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL: ANÁLISE DO CASO BATTISTI ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE ENTREGA	118
Diogo Marcel Reuter Braun	118
Everson Luis Matoso.....	118
A DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E ITALIANA.....	139
Alisson de Bom de Souza.....	139
Rafael do Nascimento	139
RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS “CONTRATOS” E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RELACIONADOS À MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	155
Demes Britto	155
Denival Francisco da Silva	155
Imunidade tributária ao crédito de carbono: com base no princípio da prevenção ou precaução	182

Gabriel de Araujo Sandri	182
Luiz Felipe Machado.....	182
EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES SOBRE O MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO BRASILEIRO	198
Celso Costa Ramires	198
Clayton Marafioti Martins	198
APANHADO GERAL SOBRE A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA E A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA DA UNIÃO EUROPEIA.....	220
Juliete Ruana Mafrá Granado	220
Natammy Luana Bonissoni	220
O EXCESSO DE IMPERMEABILIZAÇÃO DO SOLO URBANO: uma agressão ao meio ambiente e à dignidade humana	237
Mariza Viegani.....	237
Thaís Vandresen	237
UTILITARISMO: CONCEPÇÃO COMO ESCOLA FILOSÓFICA E INFLUÊNCIA NA COMUNIDADE EUROPEIA	256
Rodrigo Roth Castellano	256
Ronan Saulo Robl.....	256
ARBITRAGEM NO DIREITO DO CONSUMO DA UNIÃO EUROPEIA	270
Queila Jaqueline Nunes Martins	270
Adilor Danieli	270
A NECESSIDADE DE UM DIREITO HUMANISTA E TRANSNACIONAL EM UM MUNDO GLOBALIZADO	298
Josemar Sidinei Soares	298
Maria Chiara Locchi.....	298

APRESENTAÇÃO

Este livro é resultado da experiência internacional de acadêmicos brasileiros do Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) – Brasil, que frequentaram seminários na Universidade de Perugia (UNIPG) – Itália, sob a coordenação do professor Dr. Maurizio Oliviero da Faculdade Giurisprudenza, o referido professor Maurizio Oliviero é Professor Visitante do Exterior no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado – PPCJ/UNIVALI com bolsa CAPES. Dando continuidade ao acordo firmado neste ano de 2015 entre a UNIVALI e a UNIPG visando à mútua colaboração na divulgação, compartilhamento e produção do conhecimento jurídico através de publicações conjuntas. A expressão de mais uma etapa de uma aliança global entre as duas universidades que esse ano completa 17 (dezessete) anos de intensa colaboração.

A UNIVALI e a Universidade de Perugia possuem um dos melhores sistemas de internacionalização entre as universidades brasileiras e italianas no que se refere à área do Direito. Apenas como exemplo: neste ano de 2015 já teremos 15 (quinze) doutores em Direito em dupla titulação.

Alinha-se assim, cada vez mais, ao espírito da transnacionalização universitária através da cooperação, mobilidade de estudantes e professores, relações científicas avançadas e evolução de competências interculturais. É fundamental e salutar promover o fluxo de conhecimento, pessoas, valores e ideias para a formação de consciências cosmopolitas a novos profissionais que movimentam seus pensamentos para além da fronteira nacional.

Trata-se de um trabalho enriquecido pela novidade da viagem e da convivência com outras culturas, do intercâmbio, da pesquisa, do estímulo de forças vitais que se encontram novamente para revigorar o conceito de Universidade no mundo globalizado. A Universidade é por definição um espaço de universalidade, e este livro prestigia esta definição por ser um elo entre mundos: é o resultado da sólida e duradoura colaboração entre a UNIVALI e a UNIPG no âmbito da pesquisa científica. Esta cooperação é possível por força de um esforço conjunto protagonizado, em Perugia e na UNIVALI, por professores que já compartilham o fundamental sentimento de pertencerem todos às duas instituições. Como diria Gabriel Real, essa fundamental sensação de pertencimento, que cria as necessárias empatias intelectuais que poderão levar a humanidade a um porto seguro a partir de critérios de sustentabilidade.

Nesta obra coletiva os autores abordam assuntos diversos dentro de uma perspectiva multidimensional, como a sustentabilidade, o pluralismo jurídico, a transnacionalidade, os direitos fundamentais, os direitos humanos, o tratamento do direito no espaço sul-americano e europeu, o direito das águas, a arbitragem, a governança global.

A diversidade de temáticas reencontra uma coerência interna, a sua unitas multiplex, no esforço dos autores em explorar o novo continente que vem se abrindo com a sociedade mundial, considerando o direito nacional, o direito regional, o direito internacional, mas também antevendo o direito transnacional como a próxima primavera do direito que anseia por nascer.

Deparando-se com uma globalização que acontece em um cenário mundial contingente de tendências polarizadas, é preciso refletir sobre as relações jurídicas nas dimensões territoriais e extra-estatais, debater a relação entre direito e comunidade, considerar novas possibilidades para o equilíbrio de poder, tratar do direito no ordenamento jurídico local (ou estatal) e o direito em uma nova ordem jurídica global.

As contribuições que seguem neste livro fornecem material para sustentar tal debate, pois são estudos que, no seu conjunto, propõem reflexões que adentram na complexidade da dinâmica geopolítica e geoeconômica atual, toques de clarim para despertar o pensamento jurídico na crítica do próprio tempo.

Tanto a UNIVALI quanto a UNIPG integram-se assim na vanguarda do século XXI, pois através deste livro propiciam um lugar de encontro para a produção e divulgação da produção científica que se dedica a discutir o novo Direito a ser produzido nesses tempos de globalização/transnacionalização. Vale frisar que este livro é produzido no palco da vivência intelectual transnacional, representa um canal de comunicação acadêmica aberto a toda comunidade científica, cumprindo a obrigação de toda universidade em globalizar os avanços do conhecimento.

Prof. Dr. Maurizio Oliviero

Prof. Dr. Rafael Padilha

A PARTIR DE UMA LEITURA DE HABERMAS, A SOBERANIA E A NACIONALIDADE DO ESTADO NACIONAL EUROPEU DIANTE DO SISTEMA DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESPAÇO EUROPEU

Alessandra Ramos¹

Waldemar Moreno Junior²

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto realizar - a partir de fundamentos da globalização e aspectos destacados do sistema europeu de tutela dos direitos fundamentais, tendo como referências de análises a Corte Europeia e a União Europeia – um estudo da soberania e da nacionalidade do Estado Nacional Europeu diante do sistema de tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu em uma leitura de Habermas, considerando também sua teoria da ação comunicativa.

Primeiramente realiza-se uma breve exposição sobre o fenômeno da globalização sob uma reflexão da necessidade de um direito transnacional na proteção dos direitos fundamentais.

Em seguida, em um estudo da tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu, no momento atual, tendo como referências de análises a Corte Europeia e a União Europeia, são apresentados aspectos destacados do sistema europeu de tutela dos direitos fundamentais.

E então, realiza-se uma leitura de Habermas do Estado nacional europeu de questões apresentadas por Habermas, principalmente em sua obra “A inclusão do outro”, relacionadas a soberania e nacionalidade do Estado nacional europeu, considerando também a teoria da ação comunicativa de Habermas, diante do sistema de tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu apresentado anteriormente de forma a fundamentar o estudo.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professora no Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville, Santa Catarina, Brasil. Advogada. E-mail: alepiazero.adv@outlook.com.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – Univali. Mestre em Processo Penal e Cidadania – Universidade Paranaense - Unipar, Professor de Processo Penal e Criminologia da Universidade da Região de Joinville – Univille. Delegado de Polícia Federal: e-mail: profwmorenopr@gmail.com

A relevância da pesquisa e do artigo está demonstrada na medida em que, a partir do fenômeno da globalização, surge a necessidade de um direito transnacional de defesa dos direitos fundamentais, através de um ordenamento jurídico que venha a ser respeitado e observado por todos os povos e nações.

Para construção do estudo busca-se uma leitura do modelo do ordenamento do Conselho da Europa com um ordenamento jurídico completo, a partir de uma análise da transnacionalidade decorrente no fenômeno da globalização.

O presente artigo concentra o estudo na leitura de Habermas sobre a soberania e nacionalidade do Estado nacional europeu e no estudo sobre aspectos destacados do sistema europeu contemporâneo na tutela dos direitos fundamentais, que permitem e fundamentam reflexões atuais e futuras sobre o tema da proteção dos direitos fundamentais de forma universal, tema tão urgente na vida dos povos.

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

A globalização, tema tão atual de discussões em todas as áreas de ciências e pesquisas – especialmente na ciência jurídica - é realidade, onde vê-se uma sociedade contemporânea vivendo de forma globalizada onde questões sociais, ambientais, culturais, políticas e econômicas principalmente, que transcendem o espaço de autonomia dos governos nacionais, passando a existir uma transnacionalidade com fenômenos globalizados.

Sobre o fenômeno da globalização, doutrina Maurizio Oliviero,

A globalização, entendida como processo dinâmico, afirmou-se com extraordinária rapidez seja do ponto de vista quantitativo (impondo-se em todas as áreas geográficas do mundo), seja do ponto de vista qualitativo (condicionando os institutos característicos dos ordenamentos estatais singulares). Ainda que as tentativas de definição de tal fenômeno abundem na literatura jurídica e econômica, nesta sede, pela finalidade dos escritos que seguem, propõe-se uma que aparece particularmente funcional. Em geral, a globalização indica um fenômeno de progressivo alargamento da esfera das relações sociais até um ponto que potencialmente coincide com o planeta inteiro. Em particular, a globalização significa também interdependência global, por isso modificações substanciais que ocorram em uma parte do planeta têm repercussões também em outro ângulo do próprio planeta, em tempos relativamente breves.³

Tem-se assim, que o fenômeno da globalização produz fenômenos de elevada intensidade

³ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Introdução: **As Dimensões Legais da Globalização**. In: OLIVEIRO, Maurizio.; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). *As Trajetórias Multidimensionais da Globalização*. Itajaí: Univali, 2014, e-book ISBN 978-85.7696-136-9, p. 11-12.

e rapidez de forma global, nos campos jurídico, econômico, social, cultura e ideológico.⁴

A produção jurídica em tempo de globalização parece transformar o sistema do período moderno onde o sistema jurídico era apenas estatal, proposto transformar este modelo em um esquema relacional baseado na centralidade do indivíduo “liberto” das relações comunitárias, no qual o órgão judicial perde progressivamente seu caráter de territorialidade.⁵

Atualmente é quase lugar-comum apontar como a capacidade dos sistemas jurídicos estatais de produzir o próprio direito em forma absoluta se esta gradualmente redimensionando, reformulando a própria categoria histórica da soberania nacional na direção de uma definição conceitual ainda de híbrida configuração.⁶

Na abordagem dos direitos fundamentais, Ingo W. SARLET assim se posiciona,

[...] verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.⁷

Conforme Josemar Soares,

[...] A partir do momento que a globalização coloca em contato tantas culturas diferentes, com diversidades em costumes, religiões, desenvolvimento tecnológico e também sistemas jurídicos, é certo que se exige uma nova postura das pessoas, instituições e Estados.⁸

Diante do referente teórico de Habermas tem-se que não há mais uma língua em comum, mas diversos sistemas que comportam-se entre si segundo o princípio da autoconservação⁹

E assim, a partir da globalização o caminhar é para a necessidade de um sistema de proteção dos direitos fundamentais transnacional, com normas e procedimentos que sejam aceitos, reconhecidos e tenham a aceitação de todos os povos.

⁴ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Introdução: **As Dimensões Legais da Globalização**. p. 12.

⁵ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Transnacional**. In: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). *Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica*. Itajaí: Univali, 2013, e-book ISBN 978.85-7696-119-2. P. 34.

⁶ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos de Direito Transnacional**. In: ROSA, Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). *Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica*. p.34.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 125-126.

⁸ SOARES, Josemar Sidinei. **A Ética como Critério para Mediação de Conflitos entre Sistemas Jurídicos na Contemporaneidade**. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, n.39, p. 140 a 163, jul/dez 2011, ISSN 1516-6104, p.149.

⁹ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 142-143.

2. ASPECTOS DESTACADOS DO SISTEMA EUROPEU DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste processo de globalização e transformação destacam-se os aspectos jurídicos relacionados ao contencioso judiciário. No contencioso judiciário, através da análise das decisões dos principais tribunais nacionais, da Corte de Justiça da União Europeia e dos tribunais ligados aos organismos supranacionais, o que se percebe é o estabelecimento de forma gradual de uma nova ordem de relações sociais, especialmente na proteção dos direitos fundamentais,

[...] Esse processo se baseia em duas tendências jurídicas bem precisas: por um lado, a adaptação interpretativa à leitura dos direitos fundamentais dada pelo Tribunal de Justiça de Luxemburgo e seguida, sem mais resistências, pelos tribunais nacionais (sobretudo na Europa). Por outro lado, a ocorrência, cada vez mais frequente, de casos nos quais os juízes optam livremente em utilizar normas concebidas em outros países (*lex alii loci*) para interpretar o direito em vigor no seu próprio ordenamento jurídico interno. Isso é o que a doutrina chama de diálogo horizontal, ou seja, aplicação de norma não nacional sem a necessidade de processos de integração supranacional entre Estados. Também é um exemplo de diálogo horizontal a produção e aplicação de normas jurídicas inerentes à matéria comercial, de informática e esportiva, como regras de conduta e que envolve o setor privado na ausência ou em substituição às regras do Estado.¹⁰

Os direitos fundamentais¹¹ ou direitos do homem no espaço europeu na atualidade possui uma estrutura jurídica dividida em três ordenamentos jurídicos, tendo cada qual destes três ordenamentos, três jurisdições e fundamentos legais diversos. E assim, no espaço europeu, tem-se o Conselho da Europa, a União Europeia e o ordenamento jurídico de cada Estado europeu na tutela dos direitos fundamentais, não caracterizando esta ordem exposta nenhuma forma de hierarquia jurídica.¹²

O Conselho da Europa está fundamentado na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, e tem jurisdição na Corte Europeia dos Direitos Humanos com sede em Estrasburgo na França; e a União Europeia está fundamentada na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também chamada de “Carta de Nice” e tem jurisdição na Corte de Justiça da União Europeia com sede em Luxemburgo.

¹⁰ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Mário. **Fundamentos de Direito Transnacional**. In: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). *Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica*. Itajaí: Univali, 2013, e-book ISBN 978.85-7696-119-2. p. 36

¹¹ “Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração no âmbito do direito constitucional e do chamado direito internacional dos direitos humanos.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 12 ed. Atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 21.

¹² Aula ministrada na Università Degli Studi Di Perugia (Universidade de Perugia), Módulo **La Tutela Multilivello dei Diritti Fondamentali in Europa** – Professor OLIVIERO, Maurizio, apresentação FELICIONI, Sofia, em 10.11.2014.

Instituição	Conselho da Europa	União Europeia
Fundamento	Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Carta de Nice
Jurisdição	Corte Europeia dos Direitos Humanos	Corte de Justiça da União Europeia
Sede	Estrasburgo - França	Luxemburgo

No sistema de proteção dos direitos fundamentais no espaço europeu, o Conselho da Europa e a União Europeia são ordenamentos jurídicos distintos e autônomos.

A União Europeia em seus tratados fundadores não possuía qualquer referência ou proteção de direitos fundamentais ou direitos humanos, à exceção de previsão de um mínimo de direito de liberdade voltado ao atendimento da implementação do mercado comum europeu.

O reconhecimento dos direitos humanos e direitos fundamentais ocorreu somente com o Tratado de Maastricht no ano de 1992.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – também chamada de Carta de Nice – foi promulgada em dezembro de 2000 e é um marco de transição da União Europeia apenas como mercado comum/união econômica para uma união política e de direitos.

Ocorre que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Carta de Nice – não possuía força vinculante junto aos estados membros da União Europeia, tendo passado a ter força de “tratado” junto a União Europeia em 2009 com o Tratado de Lisboa.

Alguns artigos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

7 dicembre 2000

Capo I – Dignità

Articolo 1

Dignità umana – La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelada.

Articolo 2

Diritti alla vita – 1. Ogni individuo ha diritto alla vita. 2. Nessuno può essere condannato alla pena di morte, né giustiziato.

Articolo 3

Diritto all'integrità della persona – 1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. [...]

Articolo 4

Proibizione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradante – Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene ou trattamenti inumani ou degradante.

Articolo 5

Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato – 1. Nessuno può essere tenuto in condizione di schiavitù ou de servitù. [...] ¹³¹⁴

Todos os Estados europeus participantes do Conselho da Europa, através de um acordo internacional, firmaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, criando assim uma Corte com finalidade exclusiva de proteção dos Direitos Humanos: a Corte Europeia dos Direitos Humanos com sede em Estrasburgo na França.

A Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é um parâmetro aos países para examinar constitucionalmente suas normas internas e um critério para interpretação das normas internas. Assim em caso de conflito entre uma norma constitucional interna com uma norma estabelecida na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais o Juiz ou Tribunal interno do Estado europeu deverá julgar segundo o caminho de interpretação constitucional para identificar as compatibilidades das normas, e se não for possível a interpretação irá examinar constitucionalmente a norma interna de acordo com o parâmetro da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Segundo Silvio Gambino, a positivação dos direitos fundamentais é um fato importante tanto em seu valor simbólico e de identidade dos direitos fundamentais tratados como base de expressão em um espaço público, tanto quanto um parâmetro europeu de Justiça para configuração de um modelo social europeu. ¹⁵

¹³ PAROLARI, Paola; MAZZARESE, Tecla. **Diritti Fondamentali**: le nuove sfide con un'appendice di carteregionali. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010. p. 196.

¹⁴ "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia -

7 dezembro 2000

Capítulo I – Dignidade

Artigo 1

Dignidade humana – A dignidade humana é inviolável. Esta deve ser respeitada e tutelada.

Artigo 2

Importante ressaltar que, podem recorrer para a Corte Europeia dos Direitos Humanos os Estados Membros da União Europeia, os Estados que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e todos os indivíduos (pessoas físicas) destes Estados que tiver violado um de seus direitos reconhecido pela Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Quando trata dos problemas no ordenamento jurídico em sua teoria, Bobbio argumenta que, “O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis quando se considera apenas uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz), diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o fundamento mesmo da validade.”¹⁶

No ordenamento jurídico do Conselho da Europa a questão da validade está observada junto aos Estados Membros da União Europeia e os países que ratificaram a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

As decisões, acórdãos e julgamentos proferidos pelo Tribunal de Estrasburgo – Corte Europeia dos Direitos Humanos - possuem eficácia jurídica assegurada conforme Artigo 46 da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, “Art. 46 CEDU: “le Alte Parte Contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti”¹⁷.

O sistema de tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu, seja pelo Conselho da Europa ou pela União Europeia, demonstra os primeiros passos de um caminho apontado pela

Direito a vida – 1. Cada indivíduo tem direito a vida. 2. Ninguém pode ser condenado a pena de morte, nem executado.

Artigo 3

Direito a integridade da pessoa – Cada indivíduo tem direito a própria integridade física e psíquica.

Artigo 4

Proibição de tortura e de punições ou tratamento desumano ou degradante – Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante.

Artigo 5

Proibição da escravidão e de trabalho forçado – 1. Ninguém pode ser submetido a condição de escravo e de servidor. (tradução própria autora artigo)

¹⁵ “Tale ottica, la positivizzazione della Carta dei diritti rappresenta elemento importante, sia nella sua portata simbolica e identitaria - diritti fondamentali assunti come base ed espressione di un unico spazio pubblico - sia in quella di parametro europeo one del Giustiziale dell’Unione, soprattutto per configurazione ultima attuazione di un compiuto modello sociale europeo [...]” GAMBINO, Silvio (Org). **Diritti Fondamentali e Unione Europea, Una Prospettiva Costituzionale-Comparatistica**. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 115.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico, p. 44.

¹⁷ “[...] as partes Contratantes comprometem-se a cumprir com a decisão final da Corte em todo caso em que forem partes.” Tradução autores artigo.

globalização, na busca de um ordenamento jurídico transnacional de defesa dos direitos fundamentais.

3. A SOBERANIA E A NACIONALIDADE DO ESTADO NACIONAL EUROPEU DIANTE DO SISTEMA EUROPEU DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - A PARTIR DE UMA LEITURA DE HABERMAS¹⁸

Para Habermas o conceito “Nações Unidas” designa uma sociedade mundial constituída por Estados nacionais. O Estado nacional é o tipo histórico que decorreu da Revolução Francesa e da Revolução Norte-americana.¹⁹

O fenômeno da globalização, a partir da análise da soberania do Estado nacional de Habermas, foi analisado como um passo da continuidade da atuação integradora do Estado nacional, como um caminho incerto rumo às “sociedades pós-nacionais”:

[...] A seu tempo, o Estado nacional foi uma resposta convincente ao desafio histórico de encontrar um equivalente funcional às formas de integração social tidas na época como um processo de dissolução. Hoje estamos novamente diante de um desafio análogo. A globalização do trânsito e da comunicação, da produção econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e poderio bélico, em especial dos riscos militares e ecológicos, tudo isso nos colca em face de problemas que não podem mais resolver no âmbito dos Estados nacionais, nem pela via habitual do acordo entre Estados soberanos. Salvo melhor juízo, tudo indica que continuará avançando o esvaziamento da soberania de Estados nacionais, o que fará necessária uma reestruturação e ampliação das capacidades de ação política em um plano supranacional que, conforme já vínhamos observando, ainda está em fase incipiente. Na Europa, na América do Norte e na Ásia, estão se constituindo formas de organização supra-estatal para “regimes” continentais, que poderiam até mesmo ceder a infra-estrutura necessária às Nações Unidas, ainda hoje muito ineficientes.²⁰

Ao tratar o tema “Estado” Habermas destaca tratar-se de um poder soberano tanto externamente quanto internamente. Internamente tem-se além do espaço territorial, a delimitação social que refere-se ao povo do Estado, o seu conjunto de integrantes. E, “O domínio estatal constitui-se nas formas do direito positivo, e o povo de um Estado é portador da ordem

¹⁸ “HABERMAS, Jurgen (n.1929) – Depois de graduar-se em Frankfurt, dedicou-se a estudos e investigações no âmbito do Instituto para Pesquisas Sociais em Frankfurt, fundado por Horkheimer, do qual ele é o continuador. Entre as suas obras principais deve-se lembrar “Teoria e Práxis”. Para Habermas, a tarefa de uma ciência social, filosoficamente fundada, é a elaboração do nexo entre teoria e prática que penetre os mecanismos da comunicação inter-subjetiva, sua estrutura linguística, os processos de criação do consenso e da legitimação para alcançar uma Verdade, que é simultaneamente iluminação prática e formação de uma vontade coletiva.” MODIN, Battista. **Introdução à Filosofia: problemas, sistemas, autores, obras.** p. 261.

¹⁹ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 121.

²⁰ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** p. 123.

jurídica limitada à região de validade do território desse mesmo Estado.”²¹

A organização da sociedade em forma de Estado já existia antes de existir “nação” no conceito moderno que permite interpretar povo como “nação” em um sentido além do jurídico.

E, então, a partir das revoluções do final do XVIII, “Estado” e “nação” se fundiram para formar: o “Estado nacional”. E este Estado nacional criou uma “coesão solidária” entre as pessoas, que se tornaram todos cidadãos politicamente ativos. E diante de tudo isto o Estado nacional em Habermas teve o seguinte mérito: “O mérito do Estado nacional consistiu, portanto, em ter resolvido dois problemas: com base em novo *modo de legitimação*, ele tornou possível uma nova forma de *integração social* mais abstrata.”²²

O novo modo de legitimação foi a legitimação do Estado nacional a partir de outras fontes além da base religiosa, um pluralismos de visões do mundo. E a questão da integração social passou a ser um problema relacionado à urbanização e modernização econômica, onde passaram a circular produtos, pessoas e informações.²³

E surge o grande desafio identificado por Habermas:

[...] A seu tempo, o estado nacional proporcionou um contexto de comunicação política em que foi possível aparar os impulsos abstrativos da modernização social, tomar uma população privada do contexto de vida que ela havia herdado da tradição e reacomodá-la no encadeamento de um mundo vital ampliado e racionalizado, também pela via de consciência nacional. Foi-lhe possível cumprir essa função integrativa assim que o *status* jurídico do cidadão vinculou-se ao fato de se pertencer culturalmente à nação. Já que o Estado nacional se vê desafiado internamente, pela força explosiva do multiculturalismo, e externamente, pela pressão problematizadora da globalização, cabe perguntar se há hoje um equivalente para o elemento de junção entre a nação de cidadãos e a nação que se constitui a partir da idéia de povo.²⁴

Habermas apresenta uma nova sociedade pluralista que não pode mais ser acomodada como uma sociedade culturalmente homogênea dentro do estado nacional. Hoje tem-se uma população com diversas culturas, grupos étnicos, religiões e diferentes visões do mundo. E esta coexistência de pluralismos somente se possibilita sob a existência de mesmos direitos, e o desejo de direitos iguais para proteção somente pode existir se respeitados os princípios constitucionais vigentes. “A cultura política de um país cristaliza-se em torno da constituição em vigor.”²⁵

²¹ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 124.

²² HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 128.

²³ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 128.

²⁴ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 134.

²⁵ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 135.

Sociedades multiculturais (incluindo estrangeiros) somente poderão manter-se coesas, com força integrativa, mediante demonstração da eficiência “[...] enquanto mecanismos pelo qual os pressupostos constitutivos das formas de vida desejadas possam de fato tornar-se realidade.”²⁶ Democracia não somente pelo compartilhamento de direitos à liberdade e direitos políticos, mas também de direitos sociais e culturais.

Esta perspectiva é sugerida na Europa pelo “Estado de bem estar social” que surgiu em circunstância ao pós guerra. Com o passar do tempo foram criados e ampliados sistemas de seguridade social, modificações nas áreas da educação, da família e do direito penal.

[...] No interior de uma geração o ‘status’ dos cidadãos, mesmo que de maneira incompleta, melhorou muito em sua substância jurídica. Isso sensibilizou os próprios cidadãos (e eis que me importa) para a ‘precedência’ do tema de transformação dos direitos fundamentais em realidade, ou seja, sensibilizou-os para essa precedência cuja tarefa é resguardar a nação real de cidadãos ante a nação imaginada, supostamente constituída dos membros de um mesmo povo.²⁷

Tudo isto sob condições econômicas muito favoráveis, de crescimento econômico, com o público e o privado em movimento de melhorias das condições de se viver, onde cada um pode conhecer seu “status” de cidadão “enquanto algo que o vincula aos demais membros da coletividade política e que o torna ao mesmo tempo dependente desses outros membros e co-responsável por eles.”²⁸

Anteriormente, no passado, o Estado nacional guardou – ressaltado por Habermas “de forma quase neurótica”²⁹ – as suas fronteiras territoriais e as suas fronteiras sociais. Atualmente, com a globalização e os processos supranacionais quebram estes controles em várias situações.

Habermas em sua proposta de ação comunicativa,

[...] a razão comunicativa – apesar do seu caráter puramente procedural, desobrigado de todas as hipotecas religiosas e metafísicas – está imediatamente entrelaçada no processo social da vida porque os atos de entendimento recíproco assumem o papel de um mecanismo de coordenação da ação. O tecido das ações comunicativas nutre-se dos recursos do mundo da vida e, ao mesmo tempo, constitui o *médium* pelo qual as formas concretas de vida se reproduzem.³⁰

Habermas em sua ação comunicativa afirma que não há uma razão pura, mas uma “razão

²⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 136.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 137.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 137.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 138.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 439.

encarnada tanto nos contextos de ações comunicativas como nas estruturas do mundo da vida.”³¹

Para Habermas a comunicação assume um significado duplo com a globalização: por meio das línguas naturais e destaca que na maioria das vezes por meios eletrônicos; e por meio de código especiais destacando o dinheiro e o direito.³²

A respeito destes processos de comunicação:

De um lado, eles incrementam a expansão da consciência dos agentes, de outro lado, a ramificação, o alcance e as ligações de sistemas, redes (tais como mercados, por exemplo) ou organizações. Embora o crescimento de sistemas e redes multiplique os contatos e informações possíveis, ele não tem como consequência ‘per se’ a ampliação de um mundo intersubjetivamente partilhado, nem tampouco a união discursiva de pontos de vista relevantes, temas e contribuições, dos quais surgem grupos de opinião pública de caráter político. A consciência de sujeitos que planejam, comunicam-se e agem uns com os outros parece ser ao mesmo tempo ampliada e fragmentada. Os grupos de opinião pública criados na Internet continuam segmentados, separados uns dos outros como comunidades aldeãs globais. De início não fica claro se uma consciência pública em expansão, mas que permanece centrada em seu universo vital, ainda pode abranger as concatenações sistemicamente diferenciadas e autonomizadas, ou se os acontecimentos sistêmicos tornados autônomos já deixaram mesmo para trás todas as concatenações proporcionadas pela comunicação política.³³

Os mercados se globalizam, e o direcionamento é de desnacionalização da economia, não sendo possível o fechamento nacional do mercado sob pena de consequências sociais como uma taxa de desemprego alta, mas com o risco de em nome de uma capacidade de concorrer no mercado internacional ocorre o desmonte do Estado social. E as fontes de solidariedade social “secam” e surgem minorias sociais, parcelas da sociedade segmentadas e isoladas.³⁴

Com isto, desvirtua-se o Estado nacional “que tratou de integrar sua população por meio da participação democrática.”³⁵

E diante deste cenário Habermas, propõe como alternativa à esta renúncia política do Estado nacional, que a política crescente no sentido de “acompanhar o mercado” e para isto seriam necessários agentes com competência para atuar em nível supranacional.

E como exemplo, cita a Europa no caminho na União Europeia onde a própria União Europeia assumiria a forma de Estado³⁶, o que levaria ao enfraquecimento do Estado nacional.

³¹ HABERMAS, Jürgen. O discurso filosófico da modernidade. p. 447.

³² HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 138.

³³ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 138.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 140.

³⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 141.

³⁶ “Um exemplo disto é a Europa a caminho da União Europeia. Infelizmente, esse exemplo não é instrutivo apenas em uma direção. Hoje os Estados europeus detêm-se ante o limiar de uma união monetária em favor da qual os governos nacionais terão

Para superar este enfraquecimento o Estado nacional teria que ter pessoas com capacidade de agir com força política num plano supranacional.

Dentro do estudo deste artigo, no sistema europeu de defesa dos direitos fundamentais, a Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais é utilizada como parâmetro aos países para examinar constitucionalmente suas normas internas e um critério para interpretação das normas internas. Assim, conforme já fundamentado neste artigo, em caso de conflito entre uma norma constitucional interna com uma norma estabelecida na Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais o Juiz ou Tribunal interno do Estado europeu deverá julgar segundo o caminho de interpretação constitucional para identificar as compatibilidades das normas, e se não for possível a interpretação irá examinar constitucionalmente a norma interna de acordo com o parâmetro da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

E, no ordenamento jurídico do Conselho da Europa as decisões, acórdãos e julgamentos proferidos pelo Tribunal de Estrasburgo – Corte Europeia dos Direitos Humanos - possuem eficácia jurídica assegurada conforme Artigo 46 da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, “Art. 46 CEDU: “le Alte Parte Contraenti si impegnano a conformasi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti”.³⁷

Com a globalização questiona Habermas se chega ao fim o estado nacional e a libertação do legado da “velha Europa” que perdeu sua função da seguinte forma:

Se não é apenas o Estado nacional que chega a seu fim, mas com ele também toda forma da sociedade ‘política’, então os cidadãos serão encaminhados a um mundo de relações enredadas de forma anônima, no qual lhes caberá decidir entre opções criadas sistemicamente, segundo as respectivas preferências. Nesse mundo ‘pós-político’, a empresa transnacional se transformará em modelo comportamental. A autonomização do sistema econômico global em face das tentativas inócuas de influência política empreendidas por via normativa manifesta-se do ponto de vista da teoria dos sistemas como caso particular de um desenvolvimento mais abrangente. O ponto de fuga nesse horizonte é a sociedade global plenamente descentrada, que se decompõe em uma quantidade desordenada de sistemas funcionais que se reproduzem e se orientam em si mesmos. Assim como as pessoas em estado natural no pensamento de Hobbes, esses sistemas constituem uns para os outros não mais que um entorno. Eles já não têm nenhuma língua em comum. Sem um universo de significados intersubjetivamente partilhado, esses sistemas apenas deparam uns com os

que abandonar sua soberania financeira. Uma desnacionalização do dinheiro e da política monetária tornaria necessária uma política social, econômica e financeira comum. Desde o Tratado de Maastricht, cresce nos Estados-membros a resistência à expansão vertical de uma União Europeia que dessa forma assumiria ela mesma os traços essenciais de um Estado e mediaría as relações entre seus membros, todos eles Estados nacionais. [...] HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** p. 141.

³⁷ “[...] as partes Contratantes comprometem-se a cumprir com a decisão final da Corte em todo caso em que forem partes.” Tradução autores artigo.

outros com base em observações mútuas e comportam-se uns diante dos outros segundo imperativos e autoconservação.³⁸

À este questionamento de Habermas acrescenta-se a questão do sistema de defesa dos direitos humanos no espaço europeu em seus aspectos destacados neste estudo e, fundamentados no próprio Habermas tem-se que são necessárias instituições internacionais com capacidade de agir, com processo de conciliação entre regimes continentais, em uma ordem mundial e uma ordem econômica global, com políticas que poderão se impor sobre uma sociedade civil com capaz de transitar em esfera global.³⁹

No atual sistema de tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu tem-se duas instituições com capacidade de agir - Conselho da Europa e União Europeia – que demonstram os primeiros passos de um caminho apontado pela globalização, na busca de um ordenamento jurídico transnacional de defesa dos direitos fundamentais.

E sobre o tema com maestria conclui Habermas:

Isso já sugere a outra maneira de ler a questão, segundo a qual o Estado nacional teria sido antes “suprassumido”, e não extinguido. A essa noção luminosa das figuras capazes de agir em um plano supranacional e capazes de dar condições às Nações Unidas e as suas organizações regionais para que iniciem uma nova ordem mundial e uma nova ordem econômica global, segue no entanto uma pergunta assombrosa e inquietante: resta saber se uma formação democrática de opinião e vontade realmente poderá alcançar a força vinculativa necessária, mais além da fase de integração ligada ao Estado nacional.⁴⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da globalização é uma temática atual e um fenômeno contemporâneo. A tutela dos direitos fundamentais em nível de um ordenamento legal transnacional é uma necessidade do cenário mundial e de todos os povos.

São destacados aspectos do sistema europeu de tutela dos direitos fundamentais, destacando o ordenamento do Conselho da Europa fundamentado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais – Corte Europeia dos Direitos Humanos/Estrasburgo – e; o ordenamento da União Europeia fundamentado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – Corte de Justiça da União Européia/ Luxemburgo.

³⁸ HABERMAS, Jorgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 142-143.

³⁹ HABERMAS, Jorgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 145.

⁴⁰ HABERMAS, Jorgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. p. 145.

No estudo realizado da soberania e da nacionalidade do Estado Nacional Europeu diante do sistema de tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu a partir de uma leitura de Habermas - considerando também sua teoria da ação comunicativa - pode-se verificar e concluir que, apesar da história do nascimento e fortalecimento do Estado nacional, o fenômeno da globalização e a comunicação entre povos direciona para a necessidade de uma autoridade política com força vinculativa a todos os Estados, como o são o Conselho da Europa e União Europeia na tutela dos direitos fundamentais no espaço europeu, atualmente, sem que isto signifique a supressão do Estado nacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2014.

GAMBINO, Silvio (Org). **Diritti Fondamentali e Unione Europea, Una Prospettiva Costituzional-Comparatística**. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MODIN, Battista. Introdução à Filosofia. **Problemas, sistemas, autores, obras**. São Paulo: Paulus, 1980.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Introdução: As Dimensões Legais da Globalização**. In: OLIVEIRO, Maurizio.; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.). **As Trajetórias Multidimensionais da Globalização**. Itajaí: Univali, 2014, e-book ISBN 978-85.7696-136-9.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos de Direito Transnacional. In: ROSA,

Alexandre Moraes da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs.). **Direito Global:** Transnacionalidade e Globalização Jurídica. Itajaí: Univali, 2013, e-book ISBN 978.85-7696-119-2.

PAROLARI, Paola; MAZZARESE, Tecla. **Diritti Fondamentali:** le nuove sfide con un'appendice di cartergionale. Torino: G. Giappichelli Editore, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12 ed. Atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOARES, Josemar Sidinei. A Ética como Critério para Mediação de Conflitos entre Sistemas Jurídicos na Contemporaneidade. In: **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC-Rio, n.39, p. 140 a 163, jul/dez 2011, ISSN 1516-6104.

PERSPECTIVA FUTURA DO CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL: UM DESAFIO QUE NÃO É SÓ DA UNIÃO EUROPEIA

Ildete Regina Vale da Silva¹

Luciana de Carvalho Paulo Coelho²

INTRODUÇÃO

Este artigo traz alguns elementos de reflexão, de forma breve e simplificada, sobre a trajetória futura do Constitucionalismo europeu que, embora tenha evoluído muito com o passar dos séculos, sente a falta de uma Constituição Europeia.

A evolução do Constitucionalismo europeu é, também, uma evolução estrutural verificada pela expansão do conceito de Constituição utilizado para além da ideia fixada no Estado, contemplando três estruturas jurídicas - nacional, regional e universal –, fazendo surgir uma Estrutura Constitucional Múltiplice.

Para o reconhecimento de uma Estrutura Constitucional Múltiplice, apresenta-se a ideia de um ponto comum e muito relevante que é esfera pública: Esfera Pública Mundial, na qual aqui é apresentada como uma tendência à convergência que deve ser reforçada pelo bem comum, sendo esse a sintonia entre Esfera Pública e Constituição.

Encontra-se no reconhecimento de uma Estrutura Constitucional Múltiplice pela existência de uma Esfera Pública Mundial, uma perspectiva futura para o Constitucionalismo mundial, uma possibilidade de estudo, também, para o ‘novo’ Constitucionalismo latino-americano, no qual, o Constitucionalismo brasileiro está inserido.

¹ 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). Advogada (OAB/SC 19362) e especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário, atualmente, presta serviços de consultoria jurídica trabalhista na Empresa Irmãos Fischer S/A. Indústria e Comércio em Brusque/SC. e Professora Colaboradora do Curso de Direito da UNIVALI E-mail: ildetervs@gmail.com.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada (OAB/SC 18.474) e Professora do Curso de Direito da UNIVALI. E-mail: lupaulocoelho@yahoo.com.br

1. PANORAMA DA TRAJETÓRIA FUTURA DO CONSTITUCIONALISMO EUROPEU³

A dimensão política europeia nasce com os direitos e, sobretudo, com o Constitucionalismo. O Constitucionalismo clássico, que fincou raízes profundas na Europa, tem evoluído com o passar dos séculos e, essa evolução é, também, uma evolução estrutural. Essa fala é de Oliviero na abertura de um dos Seminários por ele coordenado, no mês de novembro de 2014, na Universidade de Perugia – Itália – intitulado “A tutela multinível dos direitos fundamentais na dimensão europeia”, um título, apenas aproximativo para apresentação de um tema que representa uma perspectiva, uma trajetória.

Oliviero lembra que os pilares fundamentais do Constitucionalismo europeu estão no conceito político e jurídico de Estado de bem estar e, depois de alguns séculos, esses pilares estão sofrendo uma crítica muito forte, sendo-lhes atribuído a responsabilidade e a extensão da crise econômica e financeira europeia, a incapacidade e/ou a inadequação do sistema de estado de bem estar europeu para sustentar uma ideia de Estado transnacional.

No contexto de evolução estrutural do Constitucionalismo europeu. Nesse contexto, surgem as perguntas: Seria a organização dos pilares fundamentais do Constitucionalismo - os direitos sociais, o Estado de bem estar social - a causa principal do que determina a crise do Constitucionalismo europeu? E, mais: Qual é a trajetória futura do Constitucionalismo europeu? Oliviero diz que muito se fala e se tem utilizado expressões como direito constitucional transnacional ou constitucionalismo transnacional. Mas, para ele, a definição de Constitucionalismo transnacional não pode ser uma definição pragmática, entende que não é uma expressão para ser colocada em forma de uma categoria política definitiva, porque é uma expressão que decorre de um processo dinâmico, um processo em constante evolução e, sempre, fazendo surgir novas perguntas.

Mas, qual é a perspectiva futura que o Constitucionalismo mundial pode ter? A palavra Constitucionalismo transnacional pode dizer tudo e pode dizer nada, explica Oliviero, elaborando e justificando novos questionamentos: Qual é o modelo de governança do Constitucionalismo transnacional? E, sobretudo, qual é a relação entre poder e os Direitos Fundamentais? Qual é a

³ Essa considerações iniciais reproduzem as anotações de classe das autoras desse artigo, na fala de abertura do Seminário “A tutela multinível dos direitos fundamentais na dimensão europeia”, do Professor Doutor Maurizio Oliviero - Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia, Professor Visitante do Exterior – PVE/CAPES na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Universidade de Brasília – UnB.

definição das categorias políticas que determinam os *links* do poderes? Essas são perguntas que devem ser formuladas, porque um dos elementos fundamentais que se tem estudado nos primeiros dias dos cursos de Ciência Jurídica sobre o direito público é que este serve de instrumento para limitar o exercício do poder de uma forma mais ou menos democrática. Mas, hoje, qual é a trajetória que esse conhecimento vai assumir?

Para Oliviero, colocar foco nesse debate é interessante, porque o conhecimento que se tem é - a partir do século XVIII, sobretudo de XIX e XX, depois da Revolução Francesa, na Europa -, a ideia de soberania como elemento fundamental para a construção do Constitucionalismo. E, essa soberania que se colocava, desde o nível de autoridade até o nível de comunidade de um povo, nos anos de desenvolvimento do Constitucionalismo, foi colocada em um espaço político e jurídico nascido da criação do Estado nacional.

Lançar um olhar à soberania nacional - na qual cada Estado determina o seu poder -, como uma oportunidade evolutiva é uma perspectiva interessante que encontra na dimensão europeia um exemplo que Oliviero entende ser muito importante, embora a ideia de União Europeia não seja uma ideia nova, mas anterior a Segunda Guerra Mundial. Contudo, politicamente a União Europeia só teve sua expansão nos anos seguintes a Segunda Guerra, pelo ativismo de alguns Estados nacionais, recordando: Itália, Alemanha, França, Inglaterra.

Mas o que determinou, nesses anos, a criação de um Estado supranacional? A expansão de um Estado federal, uma nova dimensão política? Para Oliviero a União Europeia é, antes de tudo, uma dimensão econômica e monetária, mesmo, antes de ser jurídica, ainda que na dimensão política da União Europeia haja poderes, administração, departamentos e cortes judiciais, porém, não se sabe qual é a relação desses com os mesmos nos níveis de cada Estado membro e, sobretudo, qual é a relação constitucional que tem cada Estado no âmbito político da União Europeia.

Nessa fase de transformação do Constitucionalismo europeu, deve-se pensar o Constitucionalismo a serviço do desenvolvimento de uma organização do sistema de construção política e jurídica e que tem como característica a sequência: norma metajurídica e, depois normas jurídicas que dependem dessa mesma norma metajurídica. Ou, seja, se as normas devem continuar a compor um sistema coerente, - a Constituição e os ramos do Direito (administrativo, ambiental, penal etc) - e, se essa organização deve ser protegida pela ideia política que é a

Constituição ou se o mecanismo de globalização, de aceleração de produção de Direito colocou a revés essa dinâmica, essa sequência. Na Europa, ainda não existe uma norma metajurídica. E, se não se tem uma Constituição Europeia, quais são os poderes que podem dar conformidade as normas, pergunta Oliviero.

De forma breve e bem simplificada, o panorama traçado provoca e apresenta possibilidades de estudo de uma realidade que serve, também, para pensar o Constitucionalismo Brasileiro, fazendo todo o sentido indagar qual, seria a perspectiva futura que o Constitucionalismo mundial pode ter?

A questão que surge para esse artigo é trazer alguns elementos de reflexão sobre a perspectiva futura do Constitucionalismo mundial, perpassando a ideia de uma Estrutura Constitucional Múltiple pela existência de uma Esfera Comum Mundial. Uma perspectiva de estudo que, também, interessa ao Constitucionalismo latino-americano e, conseqüentemente, ao Constitucionalismo brasileiro.

2. ESTRUTURA CONSTITUCIONAL MÚLTIPLE

Não só a globalização, a internacionalização ou europeização justificam pensar, na atualidade, uma Estrutura Constitucional Múltiple⁴, a urgência de pensar uma perspectiva futura para o Constitucionalismo mundial é ainda maior depois da guerra do Iraque e da ameaça global do terrorismo.

No âmbito da globalização econômica e, notadamente, relacionadas ao transpasse das fronteiras nacionais, causando alteração na característica mais predominante da Modernidade: o relacionamento entre Estados soberanos. A transfiguração do cenário se apresenta no plano internacional (internações) para transnacional (transações); da soberania absoluta para soberania relativa; das relações territoriais para relações virtuais; do trânsito entre fronteiras para trânsito em espaço único⁵.

Sabe-se que além da União Europeia há outras formas de regionalização, tal como o

⁴ Múltiple - que se refere a quantidade maior do que três; numeroso. 1.1 composto por elementos complexos, variados; 1.2 desenvolvido em muitas etapas. ETIM lat. *multisplex,icis* 'que tem muitas dobras'. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

⁵ STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio (Org.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p.22.

Mercado Comum do Sul - Mercosul⁶ -, além de outras tendências em crescente desenvolvimento das chamadas “alle culture cresciute in loco, in piccole patrie, microstrutture e spazi di vita dominabili con lo sguardo, culture che servono da ontrappeso contro un “mercato mondiale” senza frontiere e contro il primato dell’economia.”⁷

O processo de globalização, além de abranger as dimensões econômicas e financeiras, abrange, também, as dimensões de circulação de produtos, pessoas e ideias, alterando os marcos sociais e mentais de referência: tudo que é local, nacional, regional, revela-se, também, global⁸. No local, dá-se a busca pela identidade, o retorno à comunidade, à pátria pequena, a invenção da tradição, tornando-o intimamente interconectado com o global em uma espécie de relação interfacial, explica Marramao⁹.

A Carta Europeia de Direitos Fundamentais da União Europeia – proclamada pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão como Carta dos Direitos - e, antes dela, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Fundamentais de 1950, representam para Europa uma Constituição parcial.¹⁰ E, a ideia de uma Constituição parcial já pode ser encontrada nos fundamentos do direito internacional, basta pensar

al preambolo della Carta delle Nazioni Unite del 1945 (“umanità”) o al preambolo della Convenzione contro il genocidio Del 1948 e, ancora prima, al preambolo della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 (“coscienza dell’umanità”), ai due patti universali dei diritti dell’uomo (1966) e allo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (1945) ..¹¹

⁶ MERCOSUL – é a “União Aduaneira (livre comércio intrazona e política comercial comum) entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, instituída pela assinatura do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991. O aprofundamento do processo de integração, com a consolidação do livre comércio e da política comercial comum na região, pretende alcançar, no futuro, um Mercado Comum. O Mercado Comum é o estado de integração econômica que compreende a União Aduaneira e o livre movimento de fatores produtivos (Capital e Trabalho).” <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/faqs.html#1>. Acesso em 01 de fevereiro de 2015.

⁷ [...] culturas locais, em pequenas pátrias, micro-estruturas e espaços de convivência controlável com o olhar, as culturas que servem de contrapeso ao "mercado mundial", sem fronteiras e ao primado da economia. Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.1.

⁸ IANNI, OCTAVIO. **Teorias da Globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 205.

⁹ MARRAMAIO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo. p. 104.

¹⁰ Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.4.

¹¹ [...] preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945 (“humanidade”) ou no preâmbulo da Convenção contra o Genocídio de 1948 e, antes disso, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (“consciência da humanidade”), os dois pactos universais dos Direitos do Homem (1966) e do Estatuto da Corte Internacional de (1945) Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.6.

A Convenção sobre o Direito do Mar de 1982 (ratificada pelo Brasil em 1988) e do Estatuto de Roma de 1999 (ratificado pelo Brasil em 2002), sendo esses dois citados como exemplo entre outros processos mais recentes de constitucionalização do direito internacional, sem desconsiderar a fragilidade deste que tem sido violado muito frequentemente¹². Logo, o Constitucionalismo do futuro deve perseguir estruturas constituintes e de assunção de responsabilidade para toda a comunidade de direito internacional, fundamentada em uma doutrina de soberania baseada nos Direitos Humanos e, especialmente, considerando que

se si tiene conto che il diritto internazionale non è più semplicemente um diritto degli stati o popoli (inter sovranitates), bensì um diritto dell'umanità che appresta una tutela a tutti gli uomini riuniti in modo pacifico, individuando negli esseri umani e nei diritti umani il suo ultimo centro di imputazione.¹³

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e dos vários pactos internacionais sobre direitos do homem¹⁴ tem inspirado muitas Constituições recentes. E o Estado Constitucional vive, também, uma história de evolução e há uma realidade que não pode ser ignorada ou limitada as relações entre “uniões regionais entre Estados”. A complexidade dessa realidade consiste em conhecer e compreender o que há de comum e quais são as diferenças do direito internacional entendido como direito da Humanidade. E, essa é a questão que vale, tanto às uniões entre estados e comunidade internacional como vice-versa¹⁵ e, também, no âmbito nacional.

No âmbito nacional, a esta dualidade só existe na medida pela qual é constituída pela Constituição, mas o conceito de Constituição deve superar a ideia fixada no Estado, em outras

¹² Häberle, Peter. Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.6/7.

¹³ [...] o direito internacional não é mais simplesmente um direito dos estados ou povos (*inter sovranitates*), mas um direito da humanidade que garante uma proteção a todos os homens reunidos de forma pacífica, individuando nos seres humanos e nos direitos humanos o seu último centro imputação. Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.7.

¹⁴ É interessante estabelecer a distinção entre as três expressões: Direitos do Homem, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: *Direitos do Homem* diz respeito àqueles direitos naturais que precederam à positivação internacional ou nacional; *Direitos Humanos* guardam relação com documentos de direitos internacionais, uma vez que se referem àquelas posições jurídicas em favor do ser humano como tal, independentemente da sua vinculação jurídica com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional); *Direitos Fundamentais* são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

¹⁵ Häberle, Peter. Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.8.

palavras:

[...] il concetto di costituzione è utilizzabile anche per formazioni astatuali. Se si cerca di applicarlo ai “fratelli piccoli” dell’Unione europea, ad es. al Mercosur o ad altre organizzazioni latino- o pan- americane (ora ad es. l’Área de Libre Comercio de las Américas - ALCA), si fatica ancora a cogliere con precisione le procedure e i contenuti dei loro processi di costituzionalizzazione in atto, ma si delineano quanto meno alcuni elementi costituzionali come ad es. in materia di diritti umani e di stato di diritto.¹⁶

Ainda que no âmbito da União Europeia se possa discutir de forma controversa sobre a forma adotada já é de Estado *pre-federale*, Häberle diz que o fato é que, a base da formação da União Europeia é um conjunto parcial de Constituições, formalmente contidas em um pacto constitucional, ou seja: “il concetto di costituzione è utilizzabile anche per formazioni a- statuali”.¹⁷

Há uma expansão do conceito de Constituição pela sua utilização para além da fixação no Estado, uma ideia que contempla três estruturas jurídicas: nacional, regional e universal. E, no contexto de evolução estrutural do Constitucionalismo europeu, as três estruturas jurídicas - nacional, regional e universal – faz surgir a uma Estrutura Constitucional Múltipla.

3. A ESFERA PÚBLICA MUNDIAL: UM PONTO COMUM PARA UMA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL MÚLTIPLE

A atualidade - em que se vê desgastar “a forma estatal das pertenças fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros”¹⁸ - é , então, marcada por esse período de transição, caracterizado pela passagem da ordem internacional entre Estados soberanos e a nova (des)ordem global, causando uma cadeia de efeitos, um curto circuito de ações e reações¹⁹ e, a existência de uma Esfera Pública Mundial deflagra a urgência de pensar uma perspectiva futura para o Constitucionalismo mundial e, conseqüentemente, uma

¹⁶[...], o conceito de constituição é também utilizável para as formações não estaduais. Se for aplicá-la aos “fratelli piccoli” da União Europeia, por exemplo, o Mercosul ou outras organizações latino - ou pan- americanas (como exemplo a área de Livre Comércio das Américas - ALCA) , ainda é difícil captar com precisão os procedimentos e os conteúdos dos seus processos de constitucionalização, mas é possível delinear alguns elementos constitucionais, como por exemplo, em matéria de direitos humanos e de Estado de Direito. Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.8.

¹⁷ “[...] o conceito de constituição é utilizável também para formações não estaduais”. Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.8.

¹⁸ RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 12.

¹⁹ MARRAMAO, Giacomo. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. p. 24.

possibilidade de estudo, também, para o ‘novo’ Constitucionalismo latino-americano, no qual, o Constitucionalismo brasileiro está inserido.

A perspectiva futura para o Constitucionalismo mundial é um desafio que consiste em outros desafios regionais e nacionais, entre eles o de não matar a esperança de um desenvolvimento adaptado às particularidades nacionais e sem desrespeitar as diversidades culturais²⁰.

O período atual é de inquietação em relação à proteção e à efetividade dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, pelo complicador de que esses direitos são aqueles “que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade”. A humanidade “despojada do seu conteúdo metafísico” não possui garantias para a autoproteção^{21, 22}.

O mundo parece um grande laboratório em matéria de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: aspectos comuns em matérias de direitos emergem em um alto grau de dinamicidade e interatividade nas três estruturas jurídicas - nacional, regional e universal – e, os Direitos Humanos internacionais e regionais se alimentam dos catálogos nacionais e vice e versa, em intensos processos de recepção e produção relacionados com a tríade dos textos normativos, jurisprudência e doutrina.²³

Nessa atual perspectiva dos Direitos Fundamentais – lembrando sempre que “Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, [...]”²⁴ – a positivação faz parte da ideia desses Direitos, enquanto significa o ponto de chegada de um processo que é - a história não cessa - o ponto de partida de um ordenamento projetado para o futuro, sendo que esse futuro se constrói hoje. Sem positivação, os Direitos são incompletos, significando apenas valores morais que não criam vínculos com a realidade.²⁵ Porém, assim como não basta qualquer positivação aos Direitos Fundamentais, também, não basta aos Direitos Humanos, logo “é necessário assinar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas

²⁰ BOURDIEU, Pierre. “**Contrafogos 2**” – Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001, p. 92-93.

²¹ RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Tradução Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 13.

²² VALE DA SILVA, Ildete Regina. A Fraternidade como um valor que do Direito pode e deve (Re)construir: uma abordagem à luz dos Direitos Fundamentais. http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=722. p.51/52

²³ Häberle, Peter. Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.11.

²⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p.14.

²⁵ VALE DA SILVA, Ildete Regina. A Fraternidade como um valor que do Direito pode e deve (Re)construir: uma abordagem à luz dos Direitos Fundamentais. http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=722. p.34

constitucionais”.²⁶

A tarefa consiste, segundo Häberle, em conceber um direito constitucional a nível nacional, regional e universal na medida da dignidade humana e, um ponto comum e muito relevante para pensar uma Estrutura Constitucional Múltiplice é, justamente, a publicidade ou a esfera pública. O Autor recorda o brocardo ciceroniano:

“res publica – res populi” mette in luce ‘antico nesso europeo tra il bene pubblico, il principio di pubblicità, la libertà pubblica e la costituzione, nesso che si sta rivitalizzando ai tempi nostri. Anche a livello europeo, le norme del diritto costituzionale dell’Unione pretendono pubblicità, ad es. per i lavori del parlamento, per le relazioni della corte dei conti ecc.²⁷

Na Europa já existe uma esfera pública “alimentata soprattutto dalle istituzioni dell’arte e della cultura, ma anche dalla politica e dal diritto costituzionale europeo”²⁸ e, uma questão que, de forma análoga, para Häberle traz uma possibilidade aplicável à América Latina, servido “l’integrazione degli indios e la tutela della loro identità, allo stesso modo della tutela dell’ambiente, diventano concepibili come una questione comune latinoamericana, sentita dalla Colombia e dal Perù fino al Messico e fino alla Patagonia.”²⁹

As manifestações públicas que ocorreram contra a guerra no Iraque em 2003 e os temas e as atividades da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. – UNESCO – são evidências da existência de uma Esfera Pública Mundial, observa Häberle e, alerta para que, na passagem do Estado Constitucional à união regional e ao mundo cosmopolita, não sejam ignorados os riscos de um enfraquecimento da força normativa da Constituição e da capacidade de semear justiça na esfera pública.³⁰ Sobre a força normativa da Constituição, sempre vale à pena

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 377.

²⁷ O brocardo ciceroniano “res publica – res populi” ilumina o antigo nexo europeo entre o bem público, o princípio da publicidade, a liberdade pública e a constituição, nexos que se está revitalizando nos nossos tempos. Também a nível europeo, as normas do direito constitucional da União requerem publicidade, como exemplo, pelos trabalhos do parlamento, pelas relações das Cortes das Contas etc. Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.10.

²⁸ [...] alimentada, sobretudo, pelas instituições da arte e da cultura, mas também pelas instituições da política e do direito constitucional europeu. Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.10.

²⁹ [...] a integração dos índios e a proteção das suas identidades, como também a proteção do ambiente, concebíveis como uma questão comum latino-americano a Colômbia e ao Peru, do México até a Patagonia. Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.10.

³⁰ Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed

lembrar Hesse que diz não ser importante, nos tempos difíceis, verificar a caracterização da força normativa da Constituição, “mas sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas”.³¹

Esfera Pública Mundial pode ser entendida como aquele espaço único da existência de vida, no qual a noção de pertencimento da Pessoa Humana é comum e não vinculado a um determinado território ou nação.³² É um espaço onde a Pessoa Humana pode “construir, consciente e criativamente sua identidade, seus projetos e seu sonhos, enfim, sua dignidade de sujeito racional, a partir de direitos fundamentais socialmente reconhecidos”³³. Um espaço que pode ser comparado a “lugares cheios de canteiros de obra ‘kelsenianos’”³⁴, termos em que Resta faz referência a um ensaio de Hans Kelsen, logo após a Segunda Guerra, no qual ele analisava que

[...] o pacifismo jurídico havia falado da ‘tarefa infinita’ do jurista, que consistia no desmantelamento da categoria de soberania dos Estados, sempre destinada a produzir aquele egoísmo de pertença, que está na base da guerra. E se sabe que a Tese kelseniana não está longe do diagnóstico do seu cúmplice e rival Carl Schmitt, que identificava a ‘lei da terra’ (*Nomos der Erde*) na ‘lei da guerra’, e vice-versa, e que atribuía ao egoísmo do território a razão de todas as inimizades.³⁵

No enfrentamento do terrorismo - que continua a ser uma das maiores (ou a maior) ameaça à Humanidade - , a comunidade internacional, além do dever de estar atenta, deve ter o cuidado de cair na tentação de contribuir, intencionalmente ou involuntariamente, para um estado de exceção que significaria o fim da existência Humana na terra. Para Häberle, a exigência para enfrentar o terrorismo requer uma estratégia de prevenção.³⁶

Para Kelsen, segundo Resta, a realização da *civitas maxima* depende do esvaziamento da “forma e conteúdo de poder ligado à soberania dos Estados”³⁷, sendo que “desmantelar a categoria da *soberania dos Estados*” é a tarefa infinita do jurista.³⁸

Para evitar os riscos de um enfraquecimento da força normativa da Constituição e da

april 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.10.

³¹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. p.18.

³² VALE DA SILVA, Ildete Regina. FRATERNIDADE: Fundamentos para entender a Constituição Brasileira como Projeto Cultural e Condição para a construção de uma Sociedade Fraterna. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ildete%20Regina%20Vale%20da%20Silva%202014.pdf>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015.

³³ CORRÊA, Darcísio. **Estado, cidadania e espaço público**: as contradições da trajetória humana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010. p.27.

³⁴ RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 12.

³⁵ RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 12.

³⁶ Häberle, Peter. Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.6/7.

³⁷ RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 12.

³⁸ RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 75.

capacidade de semear justiça na Esfera Pública Mundial, a tendência a convergência deve ser reforçada e, para Häberle o bem comum é a sintonia entre Esfera Pública e Constituição.³⁹

4. PERSPECTIVAS DE UM 'NOVO' CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A América Latina é um “largo fosso de desigualdades do continente latino-americano”⁴⁰ e, durante décadas, as peculiaridades do Constitucionalismo latino americano não foram consideradas muito importantes.⁴¹ Porém, a perspectiva de um ‘novo’ Constitucionalismo vem adquirindo “características próprias e originárias, desbravadoras e instauradoras de uma nova conceptualização da teoria constitucional”.⁴²

Aqui – como, de certa forma, no Constitucionalismo europeu -, também, a questão não está em negar o Constitucionalismo clássico, mas de não mais reproduzir a cultura jurídico-constitucional eurocêntrica como matriz de fundamentação teórica do ‘novo’ Constitucionalismo na América Latina, “enquanto conceito contraditório, marcado por vários significados e ambigüidades, centrado na formalização e garantia de direitos, e exegese restritiva do texto constitucional, bem como, na hegemonia de princípios e valores, e no ativismos hermenêutico e pragmático do poder judicial.”⁴³

O Constitucionalismo moderno de teor político-liberal que tem, também, matriz eurocêntrica, também não é mais inteiramente satisfatório. No entanto, a questão não é pensar em romper com esses Constitucionalismos, mas ir mais além da ideia deles.⁴⁴

Nas últimas décadas, o desenvolvimento de um ‘novo’ Constitucionalismo na América

³⁹ HÄBERLE, Peter. Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. p.10.

⁴⁰ PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martinez. O Processo Constituinte Venezuelano no Marco do novo Constitucionalismo Latino-americano. In WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas.p.43.

⁴¹ PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martinez. O Processo Constituinte Venezuelano no Marco do novo Constitucionalismo Latino-americano. In WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas.p.43.

⁴² WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.p.9.

⁴³ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**.p.11.

⁴⁴ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**.p.29.

Latina vem sendo sinalizado “diante das mudanças políticas, dos novos processos constituintes, dos direitos relacionados aos bens comuns da cultura e da natureza, e das relações paradigmáticas entre o Estado e as populações originárias”⁴⁵: nações indígenas, populações afro-americanas, massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos sociais.

Não há, ainda, uma denominação definida para o ‘novo’ Constitucionalismo latino-americano, mas Wolkmer entende que poderia ser denominado Constitucionalismo pluralista e intercultural, denominação essa que para ele representaria uma síntese de um “constitucionalismo indígena, autóctone e mestiço”.⁴⁶

O surgimento de um novo paradigma de Constitucionalismo vem sendo sinalizado pelas mudanças políticas e pelos novos processos sociais de luta nos Estados latino-americanos, os quais não só produzem

[...] novas constituições que materializam novos atores sociais, realidades plurais e práticas biocêntricas desafiadoras, mas igualmente, propõe diante da diversidade de culturas minoritárias, da força incontestada dos povos indígenas do Continente, de políticas de desenvolvimento sustentável e da proteção de bens comuns naturais.⁴⁷

Embora, ainda, em processo de evolução, esse ‘novo’ Constitucionalismo latino americano tem como atores “povo oprimido, as vítimas excluídas e os ‘não ser’ negados e subalternos” e, não “os representantes legislativos tradicionais ou as elites judiciárias”⁴⁸, e, reclama um ‘novo’ Constitucionalismo mais comprometido com a

cultura pós-colonial e libertadora, fundada em novos critérios e em outra lógica de organização, que venha demonstrar, mais clara e profundamente, a própria identidade histórica econômica, sociopolítica e jurídico-constitucional de ‘nuestra América’.⁴⁹

O comprometimento do ‘novo’ Constitucionalismo deve avançar pelo caminho da justiça social da igualdade e do bem estar dos cidadãos, considerando muitas Sociedades ainda não desfrutaram do Estado de bem estar⁵⁰ e do estudo das Constituições latino-americanas deve surgir

⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**.p.29.

⁴⁶ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**.p.33.

⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**.p.32/33.

⁴⁸ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**.p.29.

⁴⁹ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**.p.10.

⁵⁰ PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martínez. O Processo Constituinte Venezuelano no Marco do novo Constitucionalismo Latino-americano. In WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-**

um

[...] um *ius commune* constitucional *in statu nascendi* que incorpora aquele “*patrimônio comum do direito constitucional*” (amadurecido na Europa a partir do segundo pós-guerra) e desenha um modelo de democracia constitucional pela expansão do elenco de direitos fundamentais e pela introdução de novas estruturas e mecanismos voltados à sua promoção e tutela. Estes novos delineamentos configuram um indubitável progresso no processo de aperfeiçoamento da técnica constitucional, direcionando a proteger o indivíduo e a comunidade contra os arbítrios do poder (ainda vivos na memória histórica dos povos da região) e a promover sociedades abertas, plurais e que miram o desenvolvimento socioambiental igualitário e sustentável.⁵¹

Contudo, esse comprometimento com as condições sociais da América Latina não está dissociado da necessidade de perseguir estruturas constituintes e da recepção de responsabilidades fundamentadas em uma doutrina de soberania baseada nos Direitos Humanos, a qual requer uma expansão do conceito de Constituição pela sua utilização para além da fixação no Estado, contemplando a ideia de três estruturas jurídicas: nacional, regional(ais) e universal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente realizados é uma “das características comuns a todos os países latino-americanos”⁵² e impulsionar:

[...] um estudo de Direito Constitucional comparado dá lugar à noção de inexistência de um único constitucionalismo e, em especial, à percepção de que a elaboração de uma Constituição não pode decorrer de um processo de importação e simplórias adaptações constitucionais. Fatores determinantes, como a História, a Ideologia e a realidade sociocultural local são e devem ser determinantes para a aprovação de uma Constituição.⁵³

Enquanto que os Estados Constitucionais Latino-americanos, ainda, estão assujeitados às transformações radicais dos modelos econômicos adotados pelo capitalismo, influenciando, diretamente, as transformações das suas fórmulas políticas⁵⁴ e, nesse contexto, buscam concretizar o Estado de bem estar social, na Europa, justamente, critica-se os conceitos políticos e jurídicos desse mesmo modelo, responsabilizando-o pela crise do Constitucionalismo Europeu.

Não obstante, as diferentes realidades sociais, a existência de uma Espera Pública Comum

Americano. Tendências Contemporâneas.p.50.

⁵¹ MELO, Milena Petters. As Recentes Evoluções do Constitucionalismo na América Latina: *Neoconstitucionalismo?*In WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas.2013, p.78/79.

⁵² WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas.** 2013.p.79.

⁵³ OLIVIERO, Maurizio. STAFFEN, Márcio Ricardo. Narcisismo Constitucional: Considerações sobre o Constitucionalismo Árabe a partir da Hermenêutica Filosófica. **Revista NEJ** - Eletrônica, Vol. 16 - n. 3 - p. 268-280 / set-dez 2011. p.269.

⁵⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Vol. 1 (6) Porto Alegre: 2008. p. 222.

deflagra a importância do estudo de uma Estrutura Constitucional Múltipla na tutela dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais pela verificação de aspectos convergentes e divergentes entre procedimentos e conteúdos de processos de constitucionalização em matérias de Direitos Humanos e de Estado de Direito. E, essa é uma possibilidade de estudo que serve, também, para o ‘novo’ Constitucionalismo latino-americano, e, conseqüentemente, ao Constitucionalismo brasileiro que está inserida nesse cenário político e jurídico.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1 (6) Porto Alegre: 2008.

BOURDIEU, Pierre. **“Contrafogos 2”** – Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CORRÊA, Darcísio. **Estado, cidadania e espaço público**: as contradições da trajetória humana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

HABÈRLE, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze**. Versione italiana di una conferenza tenuta a Città del Messico e Bologna tra febbraio ed aprile 2004, trad. it J. Luther. http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

IANNI, OCTAVIO. **Teorias da Globalização**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

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

MELO, Milena Petters. **As Recentes Evoluções do Constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo?** In WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.).

Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas.2013.

MERCOSUL.

Disponível

em:

<http://www.mercosur.int/msweb/porta1%20intermediario/pt/faqs.html#1>. Acesso em 01 de fevereiro de 2015.

OLIVIERO, Maurizio. STAFFEN, Márcio Ricardo. Narcisismo Constitucional: Considerações sobre o Constitucionalismo Árabe a partir da Hermenêutica Filosófica. **Revista NEJ** - Eletrônica, Vol. 16 - n. 3 - p. 268-280 / set-dez 2011.

PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martinez. **O Processo Constituinte Venezuelano no Marco do novo Constitucionalismo Latino-amerciano**. In WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**. Curitiba:Juruá, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. In CRUZ, Paulo Márcio (Org.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009..

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

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

VALE DA SILVA, Ildete Regina. **A Fraternidade como um valor que do Direito pode e deve (Re)construir: uma abordagem à luz dos Direitos Fundamentais**. http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=722.

VALE DA SILVA, Ildete Regina. **FRATERNIDADE: Funsamentos para entender a Constituição Brasileira como Projeto Cultural e Condição para a construção de uma Sociedade Fraternal**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Ildete%20Regina%20Vale%20da%20Silva%202014.pdf>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas**. Curitiba:Juruá, 2013.

A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA UNIÃO EUROPEIA

André Emiliano Uba¹

Loreno Weissheimer²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivos apresentar aspectos relativos às origens, evolução histórica e uma aproximação conceitual da dignidade da pessoa humana, assim como analisar a sua proteção pelo Direito, acentuadamente no âmbito da União Europeia.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, assim como a Corte Europeia de Direitos Humanos tem empregado a dignidade humana como fundamento em várias de suas decisões.

Mesmo tendo havido uma evolução histórica quanto a concepção da dignidade humana, a sua delimitação e compreensão ainda sofre com as disparidades existentes entre as diferentes concepções filosóficas, religiosas e culturais da humanidade.

Para procurar responder a esse questionamento, o estudo desenvolvido neste artigo traz a hipótese da necessidade da existência de mecanismos, como os acordos e tratados internacionais e Cortes com competência e força vinculante de suas decisões, para uma uniforme implementação de respeito a dignidade da pessoa humana.

Para averiguar a confirmação ou não da hipótese é analisada Convenção Europeia sobre Direitos Humanos a competência e as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados é composto na base lógica Indutiva³. Nas

¹ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Procurador do Estado de Santa Catarina. Consultor Jurídico da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico Sustentável. Florianópolis - Santa Catarina, Brasil. uba@pge.sc.gov.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Tributário pela UFSC. Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis - Santa Catarina, Brasil. lorenzo@pge.sc.gov.br.

³ [...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]. (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86).

diversas fases da Pesquisa, são utilizadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A palavra “dignidade” antes de ter a si somada à ideia de “dignidade humana” tem uma longa história, segundo Bruno Cunha Weyne: “tão longa quanto a própria história do pensamento ocidental”⁸.

Ramos faz referências à Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio da China, à codificação de Menes (3.100-2850 a.C), no Antigo Egito, ao Código de Hammurabi da Babilônia, este é considerado “o primeiro código de normas de condutas, preceituando alguns esboços de direitos dos indivíduos (1792-1750 a.C), em especial o direito à vida, propriedade, honra, consolidando os costumes e estendendo a lei a todos os súditos do Império”⁹. É importante lembrar a contribuição de Confúcio que, na China, no século VI e V a.C., lança as bases de sua filosofia dando ênfase ao direito de todo indivíduo ao amor, e o budismo introduz um código de conduta que tem sua base no bem comum para uma sociedade pacífica¹⁰.

Diversos autores, como Barroso¹¹ e Ramos¹², ao mencionar a contribuição judaico-cristã referem-se ao texto do Livro de Gênesis, do Antigo Testamento¹³. Passagem que fala da criação

⁴ [...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 53).

⁵ [...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 25).

⁶ [...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]. (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 37).

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 209).

⁸ WEYNE, Bruno Cunha. O princípio da dignidade humana, reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 30.

⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. p. 33.

¹⁰ GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos humanos dos primórdios da humanidade ao Brasil de Hoje. Porto Alegre:Imprensa Livre, 2005, p.32, apud RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. p. 33.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. p.13.

¹² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. p.34

¹³ O Antigo Testamento da Bíblia Cristã tem correspondência com a Bíblia Hebraica. Para conferência com o texto hebraico dos livros de Gênesis e Levíticos: BIBLIA HEBRAICA Stuttgartensia. Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft. 1983, (Livro de Gênesis, p. 2 e Livro de Levítico p.192)

divina do ser humano (Gênesis, capítulo 1, versículos 26-27). O ser humano é *Imago Dei*¹⁴. Ramos busca referenciar as contribuições advindas do judaísmo e cristianismo, citando os cinco livros de Moisés¹⁵. Estes apregoam, em aproximadamente 1800 a.C, a solidariedade e a preocupação com o bem estar de todos, em especial para com os vulneráveis. Ramos reporta-se, em especial, ao texto do Livro de Êxodo: “Não maltratem, nem persigam um estrangeiro que estiver morando na terra de vocês. Lembrem que vocês foram estrangeiros no Egito. Não maltratem as viúvas nem os órfãos” (Êxodo capítulo 22, versículos 21-24)¹⁶.

O Novo Testamento traz, conforme menciona Barroso, elementos fundantes que contribuem para a concepção das ideias-conceito de individualismo, igualdade e solidariedade. No que se “refere ao individualismo, o cristianismo surgiu como uma religião de indivíduos cujo relacionamento com Deus era independente de pertencimento a qualquer comunidade, nação ou Estado”¹⁷.

A igualdade, como elemento essencial do indivíduo diante de Deus, é afirmada na conhecida passagem do apóstolo Paulo, na carta aos moradores da Galácia): “Desse modo não existe diferença entre judeus e não judeus, entre escravos e pessoas livres, entre homens e mulheres: todos vocês são um só por estarem unidos com Cristo Jesus” (Gálatas, capítulo 3, versículo 28)¹⁸.

Para Barroso¹⁹, a solidariedade e a misericórdia aparecem como tendo um papel central no cristianismo, para exemplificar, o autor evoca o texto do Evangelho de Mateus: “Ame o Senhor seu Deus com todo o seu coração, com toda a sua alma e com toda a sua mente. Esse é o primeiro e o maior dos deveres. E o segundo é esse: Ame seu próximo como a si mesmo” (capítulo 22, versículo 37-40)²⁰.

No mundo romano, a expressão “dignidade humana” recebeu relevância filosófica, sendo “ligada tanto ao fato de o homem se diferenciar do restante da natureza, pelo motivo de ser o único *animal rationale*, como pela maneira ativa com que ele se movimenta na vida pública, o que

¹⁴ BÍBLIA SAGRADA, Nova Tradução na Linguagem de Hoje. Barueri (SP): Sociedade Bíblica do Brasil, 2005. p. 123.

¹⁵ Os cinco livros são conhecidos no judaísmo por Torah Lei de Moisés, ou ainda, por Pentateuco.

¹⁶ BÍBLIA SAGRADA. Nova Tradução na Linguagem de Hoje. p. 81.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. p. 15-16.

¹⁸ BÍBLIA SAGRADA, Nova Tradução na Linguagem de Hoje, p.1188.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. p. 16.

²⁰ BÍBLIA SAGRADA. Nova Tradução na Linguagem de Hoje. Barueri (SP): Sociedade Bíblica do Brasil, 2005. p. 989.

lhe confere um valor inteiramente particular”²¹.

Marco Túlio Cícero (103 a.C - 44a.C) sustenta que ao homem foi concedida dupla personalidade “uma, comum a todos nós, quinhão de razão e dignidade que nos eleva acima dos animais, princípio de todos os nossos deveres, e de onde derivam o que se chama dignidade e decência; a outra, própria de cada um de nós”²². Ele parte do pressuposto de uma superioridade da natureza do homem sobre os animais que seguem seus instintos, ao contrário do homem, que “com ajuda da razão, que é o seu galardão, percebe as consequências, a origem, a marcha das coisas, compara-as umas com as outras, liga e reata o futuro ao passado”²³.

A herança grega é também expressiva na consolidação dos direitos humanos; não obstante a expressão *dignitas* estar atrelada ao status do indivíduo. Platão em *A República*, (400 a.C.), defende a igualdade e a noção do bem comum. E Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, salienta a importância do agir com justiça, para o bem da *pólis*, mesmo em face de leis injustas²⁴.

A democracia ateniense, “a começar pelos direitos políticos [...] adotou a participação política dos cidadãos (com diversas exclusões, é claro) que seria, após, aprofundada pela proteção de direitos humanos”²⁵. É difundido, desde a filosofia grega, o pensamento no qual o “homem detém uma superioridade na escala dos seres, por serem os únicos capazes de fazer uso do logos”²⁶. A palavra *logos* é de origem grega e significa palavra, significado, motivo²⁷.

Na antiguidade greco-romana, a dignidade era entendida como um atributo, honraria ou título com o qual se distinguia um indivíduo em razão do papel que exercia na sociedade, admitindo-se, assim, tanto uma quantificação quanto a supressão desta; significa que havia indivíduos mais ou menos dignos e outros destituídos de dignidade, como se retira das lições de Weyne:

A dignidade como termo sociopolítico. Prevalencia a idéia de dignidade como atributo – uma espécie de honraria ou título – pelo qual se distinguia o indivíduo em razão do papel que exercia dentro da sociedade, admitindo-se, assim, tanto a quantificação quanto a supressão da dignidade, isto é, a

²¹ BECCHI, Paolo. **O princípio da dignidade humana**. Aparecida, SP: Editora Santuário, 2013. p.9.

²² CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres**. São Paulo: Saraiva, 1965, p.15

²³ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres**. p.31

²⁴ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 36.

²⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. p. 33.

²⁶ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana, reflexões a partir da filosofia de Kant**. p. 32.

²⁷ TAYLOR, W.C. **Dicionário Grego**. 6. ed. Rio de Janeiro, 1980. p. 128.

possibilidade de haver indivíduos mais ou menos dignos do que outros ou, ainda, indivíduos destituídos de qualquer dignidade²⁸.

A ideia de dignidade associada ao status pessoal de alguns indivíduos, ou como posição política ou social, ou ainda como reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral no período da Roma antiga, que atravessa a Idade Média e chega ao Estado liberal, também é observada por Barroso:

Em linha de desenvolvimento que remonta à Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado liberal, a dignidade – dignitas – era um conceito associado ao status pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. Como status pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como de reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral²⁹.

No início da Idade Média, é Anício Manlio Severino Boécio (480-525) quem formula um novo conceito de pessoa que “acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional”³⁰. Tomás de Aquino, influenciado por Boécio, chega a usar a expressão *dignitas humana*, e afirma que a dignidade é fundamentada no fato de o ser humano ser feito à imagem e semelhança divina. Ele “radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade”³¹.

Depois de Aquino, é do humanista Giovanni Pico della Mirandola (1463-1494), período da Renascença e limiar da Idade Média, a ideia de que o ser humano possui livre arbítrio e racionalidade e, por isso, tem a possibilidade de “construir uma forma livre e independente sua existência e seu próprio destino”³². Pico della Mirandola, citado por Sarlet, justifica a ideia da grandeza e superioridade humana. Segundo ele, o ser humano,

sendo criatura de Deus, [...] (diversamente dos demais seres, de natureza bem definida e plenamente regulada pelas leis divinas) foi outorgada uma natureza indefinida, para que fosse seu

²⁸ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade humana, reflexões a partir da filosofia de Kant**. p. 33.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 13.

³⁰ SANTOS, V. C. F, A Dignidade da Pessoa Humana nas Decisões Judiciais: uma exploração da Tradução Kantiana no Estado Democrático de Direito Brasileiro, dissertação de Mestrado, São Leopoldo, UNISINOS, 2007, p.15-16; apud SARLET. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. p. 34.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 8 ed. rev. atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 34.

³² STERN, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. IV/1, Munchen:C.H.Beck, 2006, p. 7, apud. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. p.34

próprio árbitro, soberano e artífice, dotado de capacidade de ser e obter aquilo que ele próprio quer e deseja³³

Sarlet aponta a contribuição do espanhol Francisco de Vitória quando este, no século XVI, se opõe à aniquilação, exploração e escravização de índios. Vitória, para isso, baseia-se no pensamento estoico e cristão para afirmar o direito natural e a natureza humana dos indígenas. Que, para ele deveriam ser respeitados não por sua denominação religiosa, mas por serem “em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola”³⁴

Como já, anteriormente, se viu em Ramos, não é possível reivindicar para o judaísmo e cristianismo a exclusividade e originalidade no tocante à temática da dignidade humana. Sarlet lembra, inclusive, que o cristianismo, em tempos como o das Cruzadas e da “Santa” Inquisição, renega a concepção de ser humano como indivíduo “dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento”³⁵.

Na concepção kantiana o ser humano é fim em si mesmo, jamais podendo ser usado como meio, a racionalidade lhe confere a autonomia, que obedece a si mesma, aí está o fundamento da dignidade, sendo que a qualificação essencial da racionalidade é a liberdade, conforme Thadeu Weber:

Convém salientar que a racionalidade, dignidade e autonomia se complementam. O homem é fim em si mesmo e não meio porque é racional. Uma vontade racional obedece a si mesma e não a uma razão superior. Ora, a liberdade é uma qualificação essencial da racionalidade. Dar-se a lei, isto é, ser livre, requer o uso da razão. [...]. Em questões morais, a supremacia é da nossa razão prática. Homem como fim em si mesmo é aquele que se dá a própria lei. É essa autonomia que lhe confere dignidade.³⁶

A concepção da dignidade humana secularizada, igualitária e fundada na autonomia do sujeito, a partir da natureza racional do ser humano, entendida como a faculdade de se determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, constitui-se no fundamento da dignidade da natureza da humana, segundo Kant:

O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto

³³ MIRANDOLA, Giovanni Pico della. Discurso Sobre a Dignidade do Homem, Lisboa: Edições 70, 1986, p.52-3 apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. p35.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. p. 35.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988**. p. 33.

³⁶ WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, n.º 9, out/dez, 2009, p. 33.

nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem // a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*³⁷.

Ao contrário, o que não possui racionalidade, isto é, todos os objetos e os animais irracionais tem, para Kant, “apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio”³⁸.

A autonomia como racionalidade e fundamento da dignidade humana é considerada na sua forma abstrata, razão pela qual, eventual perda do direito da autonomia, ou mesmo a sua perda real, não significa a perda da dignidade, pois como qualidade intrínseca do ser humano não pode ser retirada.

A partir da concepção de autonomia de Kant pode-se afirmar que ele supera a concepção grega de dignidade humana, uma vez que esta ainda previa a possibilidade de indivíduos serem meios e não somente fins em si mesmo:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...] Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade³⁹.

A autonomia é para Weber, a capacidade abstrata que cada sujeito tem de autodeterminação. Escreve ele que “é claro que existem situações justificadas de perda do direito de autonomia, Isso não significa, no entanto, perda da dignidade. Esta não pode ser retirada. Aliás, nem pode ser concedida”⁴⁰. Para esse autor, a dignidade é “uma qualidade intrínseca da pessoa. Descrita desse modo, a autonomia é abstratamente considerada. É tida como capacidade que cada sujeito agente tem de autodeterminação, mesmo que concretamente não seja possível realizar esse direito”⁴¹.

Na mesma linha, Sarlet descreve a dignidade da pessoa humana também como uma “qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”⁴². O que implica numa conjunto de normas

³⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

³⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 68.

³⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 77.

⁴⁰ WEBER, Thadeu. *Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant*. p. 23.

⁴¹ WEBER, Thadeu. *Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant*. p. 23.

⁴² SARLET, Wolfgang Ingo (org.) **Dimensões da dignidade**: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre:

jurídicas que “asseguem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável”. E igualmente conclamam o indivíduo através da promoção de “sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”⁴³.

Para Sarlet, essa é uma proposta conceitual (jurídica) de dignidade da pessoa humana, que abrange – mas não restringe – a vedação da coisificação, como degradação da pessoa por conta da fórmula-objeto, como também busca reunir a dupla perspectiva ontológica e instrumental. Ele procura destacar a necessária faceta intersubjetiva, relacional e também a sua dimensão simultaneamente negativa (defensiva) e positiva (prestacional)⁴⁴.

Por causa da significação como valor intrínseco é que a dignidade da pessoa humana foi alçada como fundamento do Estado Democrático de Direito, dessa forma nem mesmo um comportamento indigno priva à pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, estando sujeita, todavia, a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas, como assevera Silva:

De fato, a palavra dignidade é empregada como uma forma de comportar-se seja como atributo intrínseco da pessoa humana; neste último caso, como um valor de todo ser racional, independentemente da forma como se comporte. É com esta segunda significação que a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva à pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, ressalvada a incidência de penalidades constitucionalmente autorizadas⁴⁵.

A compreensão atual da dignidade humana está assentada sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Portanto, lê-se nessa interpretação do conceito de dignidade humana a influência e contribuição da ideia judaico-cristã que influencia a construção das legislações da sociedade ocidental. Diversas outras religiões, teorias, e concepções filosóficas também contribuíram para a construção dessa concepção, que se encontra em permanente aperfeiçoamento.

Tendo-se percorrido sobre a dignidade da pessoa humana, no decorrer apresentam-se

Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

⁴³ SARLET, Wolfgang Ingo (org.) **Dimensões da dignidade**. p. 37.

⁴⁴ SARLET, Wolfgang Ingo (org.) **Dimensões da dignidade**. p. 37.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, p. 93. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, 1998. p. 125-145.

algumas considerações acerca da proteção universal da dignidade humana.

2. A PROTEÇÃO UNIVERSAL DA DIGNIDADE HUMANA

Após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os direitos humanos voltaram a ser uma categoria fundamental para a proteção da liberdade dos indivíduos, também daqueles que não refletem a maioria, com a determinação de limites e compromissos para os governos.

No âmbito nacional, os novos sistemas constitucionais se tornaram a base do Estado de direito. Na comunidade internacional, liderada pelas potências vencedoras, coloca-se o objetivo de por limites à soberania dos Estados e encontrar um fundamento para esses limites.

Através da Resolução n.º 217 A (III) a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁴⁶, instituiu normas mundiais de conduta, formadoras do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos. A DUDH representa um ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, para assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal.

A Declaração Universal de Direitos Humanos visa a promoção em âmbito internacional (*universal*) da dignidade humana. Os direitos por ela assegurados aos indivíduos são de liberdade, à vida, vedação à escravidão, direito de locomoção, presunção de inocência, igualdade, propriedade, entre outros. Ou seja, a intenção da Declaração é promover a dignidade humana ao redor do planeta, como se retira do seu texto:

Artigo I - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II – 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo III Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal⁴⁷.

⁴⁶ DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 21.02.2015.

⁴⁷ DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Acesso em 21.02.2015.p.4-5.

Inobstante o fato de que a DUDH não ter previsto qualquer órgão ou tribunal para a efetivação de suas normas de direito material, o seu art. 30 contém uma disposição interpretativa, um princípio *pro homini*, estabelecendo que deva prevalecer a regra que melhor proteja os direitos da pessoa humana, com o propósito de assegurar que ninguém venha a utilizar seus preceitos para impedir, violar ou destruir os direitos e liberdades nela estabelecidos.

Artigo XXX - Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos⁴⁸.

Anterior à DUDH, em 1789, a Assembleia Nacional francesa já havia proclamado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que já assegurava que os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, não podem ser vulnerados por atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

À parte da Declaração Universal, desenvolveu-se um sistema Regional de proteção à dignidade da pessoa humana, concernente à Europa e à América, alcançando depois a África e o mundo árabe-islâmico. Esse alcance, segundo, Hélio Bicudo, “é obra das organizações regionais concernentes: o Conselho da Europa, a Organização dos Estados Americanos, a Organização da Unidade Africana e a Liga dos Estados Árabes”⁴⁹. Em relação ao continente asiático, Bicudo menciona que este “apresenta a particularidade, contrariamente às outras regiões, de não ter adotado convenção regional alguma e mecanismo institucional algum destinado a promover e a proteger os direitos humanos, sobre uma base regional ou sub-regional”⁵⁰.

A seguir, discorre-se sobre a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito da União Europeia.

3. PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, denominação técnica, ou simplesmente Convenção Europeia de Direitos Humanos é o tratado-regente do sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos, que entrou

⁴⁸DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Acesso em 21.02.2015.p.16.

⁴⁹ BICUDO, Hélio. **Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. Estud. av.** [online]. 2003, vol. 17, n. 47, p. 225-236. ISSN 0103-4014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000100014>>. Acesso em 22/02/2015.

⁵⁰ BICUDO, Hélio. **Estud. av.** [online]. Acesso em 22/02/2015.

em vigor em 3 de setembro de 1953, quando dez Estados europeus a ratificaram, consoante seu art. 59, § 2º.

Os Estados signatários ficam comprometidos a não adotarem disposições de direito interno contrárias às normas da Convenção, estando compromissados a reconhecer o princípio da preeminência do Direito e o princípio que toda pessoa sob sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

Do ponto de vista europeu, Bicudo afirma que, o Conselho da Europa e a Convenção Europeia “de salvaguarda dos direitos [...] e das liberdades fundamentais expressam a vontade de promover e defender a liberdade e a democracia, vontade essa que permeia o Estatuto do Conselho da Europa”⁵¹.

Segundo preâmbulo desse Estatuto, os Estados signatários estão, sem dúvida, ligados aos valores morais e espirituais que são o patrimônio comum de seus povos e que estão na origem dos princípios de liberdade individual, de liberdade política e da preeminência do Direito, sobre os quais se funda a verdadeira Democracia⁵². O princípio em virtude do qual toda a pessoa sob jurisdição do Estatuto do Conselho da Europa deve gozar dos direitos e das liberdades fundamentais está previsto no artigo 3º do Estatuto⁵³.

Esse liame estabelecido entre o respeito dos direitos do homem e o regime democrático aparece reforçado pela Convenção Europeia, que entrou em vigor em 3 de setembro de 1953 e que se constitui no primeiro tratado multilateral concluído no quadro do Conselho da Europa⁵⁴.

Por meio do protocolo n.º 11, que entrou em vigor em 1.º de novembro de 1998, houve uma reforma no sistema de controle da Convenção Europeia, com a substituição da Comissão e da Corte de Direitos Humanos por uma nova Corte permanente, assim, do Protocolo 11 em diante a função de decidir se houve ou não violação da Convenção Europeia passou a ser exclusiva da Corte, enquanto que o Comitê de Ministros manteve a função de supervisão das sentenças da Corte⁵⁵.

⁵¹ BICUDO, Hélio. **Estud. av.** [online]. Acesso em 22/02/2015.

⁵² BICUDO, Hélio. **Estud. av.** [online]. Acesso em 22/02/2015.

⁵³ BICUDO, Hélio. **Estud. av.** [online]. Acesso em 22/02/2015.

⁵⁴ BICUDO, Hélio. **Estud. av.** [online]. 2003, Acesso em 22/02/2015.

⁵⁵ CEDH. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acessado em 22/02/2015.

3.1 O Tribunal de Justiça da União Europeia

Com a finalidade de fiscalizar a legalidade dos atos das instituições da União Europeia; assegurar o respeito, pelos Estados-Membros da União Europeia, das obrigações decorrentes dos Tratados; e, interpretar o direito da União, a pedido dos juízes nacionais, criou-se, em 1952, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)⁵⁶. O Tribunal de Justiça constitui assim “a autoridade judiciária da União Europeia e vela, em colaboração com os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, pela aplicação e a interpretação uniformes do direito da União”⁵⁷.

Revela-se importante a existência do Tribunal, para a eficácia dos direitos humanos estabelecidos pelos tratados e convenções internacionais, pois não basta proclamar o respeito aos direitos humanos, mas a sua observação e adoção de medidas em caso de descumprimento, como leciona Antonio Cassese: “È noto che non basta proclamare il rispetto dei diritti umani. Quel che conta di più è istituire meccanismi internazionali capaci de verificare puntualmente se gli Stati osservino quei diritti e, quando non fanno, di adottare qualche "sanzione.”⁵⁸

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) está localizado em Luxemburgo e é composto por 28 (vinte e oito) juízes, 9 (nove) advogados-gerais e 1 (um) secretário⁵⁹. Os juízes e os advogados-gerais “são designados de comum acordo pelos governos dos Estados Membros, após consulta de um comitê encarregado de dar parecer sobre a adequação dos candidatos”⁶⁰, com mandatos de seis anos, renováveis. Os critérios para candidatar-se às vagas do Tribunal assemelham-se aos do Supremo Tribunal Federal brasileiro, podendo-se afirmar que, para tanto, requer-se notório saber jurídico e reputação ilibada.

A página oficial do Tribunal de Justiça da União Europeia relata as funções dos advogados gerais e do secretário. Quanto aos juízes, cuida de detalhar suas incumbências com base nas secções e tribunal pleno, concluindo que a eles compete apreciar as questões submetidas ao crivo daquela Corte⁶¹.

⁵⁶ CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/>. Acesso em 10/02/2015.

⁵⁷ CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acesso em 10/02/2015.

⁵⁸ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. Roma: Editori Laterza. 2012, p. 107. Em tradução livre: “Sabe-se que não é suficiente proclamar o respeito aos direitos humanos. O que mais importa é instituir mecanismos internacionais capazes de verificar regularmente se o Estado está observando tais direitos e, quando não o faz, adotar alguma ‘sancção’”.

⁵⁹ CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acesso em 10/02/2015. .

⁶⁰ CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acesso em 10/02/2015.

⁶¹ CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acesso em 10/02/2015.

Existem três jurisdições no âmbito do Tribunal de Justiça da União Europeia: a do Tribunal de Justiça, do Tribunal Geral e do Tribunal da Função Pública. Este possui a competência especializada para julgar o contencioso da função pública na União Europeia, e, em primeira instância, os litígios entre a União Europeia e os seus agentes.

No tocante ao Tribunal Geral sua competência consiste em conhecer as ações e recursos interpostos, que tenham por objeto a anulação de atos das instituições, dos órgãos ou dos organismos da União Europeia de que sejam destinatários, assim como contra os atos regulamentares que lhe digam respeito e que não comportem exceção. As decisões do Tribunal Geral podem ser objeto de recurso, “limitado às questões de direito, a interpor no prazo de dois meses, para o Tribunal de Justiça”⁶².

Ao Tribunal de Justiça cabe a apreciação dos procedimentos denominados de Reenvio Prejudicial (procedimento em que um juiz nacional solicita ao Tribunal de Justiça da União Europeia a apreciação de determinada questão quanto à compatibilidade ou não com a legislação da União); de Ação por Descumprimento (recurso que fiscaliza o cumprimento pelos Estados-Membros das obrigações que lhes incumbem por força do direito da União); Recurso de Anulação (o recorrente pede a anulação de um ato de uma instituição, de um órgão ou de um organismo da União); Ação por Omissão (após um órgão ou organismo da União ser intimado a agir e não o faz, cabe a Ação por Omissão exigir a conduta imposta); Recurso de Decisão do Tribunal Geral (consiste em recurso que visa atacar decisão prolatada pelo Tribunal Geral) e Reapreciação (recurso contra decisão do Tribunal Geral que julga recurso interposto contra decisão do Tribunal da Função Pública)⁶³.

Além da incumbência de solucionar determinados conflitos, ao Tribunal de Justiça da União Europeia cabe ainda “a competência para emitir pareceres que se revestem de caráter vinculante, a respeito de acordos que a Comunidade pretenda celebrar com terceiros estados”⁶⁴. O Tribunal de Justiça desempenha papel fundamental não somente enquanto garantidor da uniformidade de interpretação da ordem jurídica comunitária, mas também como “criador desse mesmo direito”⁶⁵.

⁶²CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acesso em 10/02/2015.

⁶³CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acesso em 10/02/2015.

⁶⁴CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Hildebrando Accioly; NASCIMENTO, G. E. do. **Direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150.

⁶⁵CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Hildebrando Accioly; NASCIMENTO, G. E. do. **Direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 150.

É importante lembrar que os precedentes jurisprudenciais fixados

[...] declararam uma série de direitos aos cidadãos europeus e obrigações aos estados-membros. A responsabilidade destes últimos pelo descumprimento do direito comunitário já foi reconhecida, com a prolação de condenações em indenizações. O Tribunal, ao aplicar os princípios deduzidos dos Tratados constitutivos, trouxe a possibilidade de os indivíduos invocarem sua jurisdição, por meio de demandas apresentadas diante dos juízes nacionais que, por sua vez, solicitam o pronunciamento da Corte supraestatal. Trata-se de um dos pilares do reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direitos na ordem internacional⁶⁶.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem um cuidado com os diversos idiomas dos jurisdicionados. “É obrigado a respeitar um multilinguismo integral devido à necessidade de comunicar com as partes na língua do processo e de assegurar a difusão da sua jurisprudência em todos os Estados-Membros”⁶⁷. É, portanto, uma instituição multilíngue: “o seu regime linguístico não tem equivalente em nenhuma outra jurisdição do mundo, visto que cada uma das línguas oficiais da União pode ser língua de processo”⁶⁸.

O Tribunal de Justiça tem utilizado a dignidade humana como princípio para fundamentar suas decisões, conforme explica Barroso, citando situações em que a Corte se valeu deste princípio para fundamentar seus julgamentos:

Em um pedido de anulação de uma diretiva relativa à proteção jurídica das invenções biotecnológicas, a CEJ afirmou, invocando a dignidade humana, que nem o corpo humano nem qualquer se seus elementos podem constituir invenções patenteáveis, que a presunção de inocência e a proteção de sigilo profissional exigem “respeito pela reputação e pela dignidade” dos indivíduos envolvidos, e que o empregador viola o dever de respeitar a dignidade ao demitir um empregado devido a uma cirurgia de mudança de sexo⁶⁹.

Barroso cita o caso Omega, cujo litígio envolvia a empresa britânica de mesmo nome que comercializava uma arma a laser, a “laserdrome” e as autoridades alemãs de Bonn. O jogo simulava combate disparando contra os seres humanos usando feixes de laser ou outros equipamentos técnicos (por exemplo, infravermelho). A empresa britânica fornecia o equipamento do jogo, cuja exploração era pretendida por uma empresa alemã através de um acordo de franquia que ainda estava para ser assinado. “Um tribunal alemão acolheu a proibição afirmando que o ‘jogo da morte’ era uma afronta à dignidade humana”⁷⁰. A questão submetida ao Tribunal era sobre, se disposições sobre a liberdade de prestar serviços e a livre movimentação de mercadorias, contidas no Tratado estabelecido pela Comunidade Europeia, seriam violados com a

⁶⁶CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Hildebrando Accioly; NASCIMENTO, G. E. do. **Direito internacional público**. p. 150.

⁶⁷CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acesso em 10/02/2015.

⁶⁸CURIA, **Tribunal de Justiça da União Europeia**. Acesso em 10/02/2015.

⁶⁹BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. p. 30.

⁷⁰BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. p. 30-31.

proposição e venda do jogo. Barroso reitera que:

A Corte considerou que a Alemanha poderia ter um sistema de proteção da dignidade humana diferente do adotado em outro Estado-membro e que não era necessário que os Estados-membros compartilhassem as mesmas concepções de um dado valor ou direito fundamental. Em outras palavras, a dignidade humana poderia ter diferentes significados e alcances dentro das jurisdições domésticas da União Europeia⁷¹.

Denota-se, portanto, a preocupação do Tribunal de Justiça da União Europeia em promover o direito à dignidade humana aos seus jurisdicionados.

3.2 A Corte Europeia de Direitos Humanos

A Convenção Europeia de Direitos Humanos instituiu a Corte Europeia de Direitos Humanos, conforme o seu artigo 19º, qual seja: “A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”⁷². A convenção está baseada em Estrasburgo e foi instituída para aplicar a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950)⁷³.

O Tribunal funciona em Comitês de três juízes, em Secções (Chambres) de sete e em Tribunal Pleno (Grande Chambre) de dezessete juízes (art. 27, §1º.). Não tendo sido declarada inadmissível (por unanimidade) uma petição pelo Comitê (de três juízes), cabe a uma das Secções (com sete juízes se pronunciar quanto à admissibilidade e (após tentativa de conciliação) ao mérito da petição individual formulada (art. 29, §1º.). O exame de mérito pela Secção se dá no âmbito de um procedimento contraditório, em regra após o intercâmbio de memoriais e de uma audiência pública.⁷⁴

Em comparação aos demais tribunais regionais de direitos humanos a Corte Europeia é a que tem maior jurisdição territorial, por abranger 41 Estados-membros, cuja população ultrapassa 800 milhões de pessoas.⁷⁵ Chama atenção o amplo acesso à Corte, proporcionado pelo protocolo nº 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

Sem dúvida alguma, a maior inovação (e também o maior avanço) do Protocolo n. 11 foi ter conferido aos indivíduos, organizações não governamentais e grupos de indivíduos o acesso direto à Corte Europeia de Direitos Humanos, com poder inclusive de iniciar um processo diretamente perante ela⁷⁶.

Mas, para tanto, aqueles que forem apresentar uma queixa perante a Corte devem

⁷¹BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. p. 30.

⁷²CEDH. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Acessado em 22/02/2015.

⁷³BAROSSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. p. 31.

⁷⁴MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 359.

⁷⁵MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos**. p. 361.

⁷⁶MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos**. p. 355.

observar se o direito pleiteado está previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ter esgotado a jurisdição nacional, o ato ilícito deve, em princípio, advir de um Estado-membro, a queixa deve ser apresentada em um prazo de seis meses do ato ilícito e não pode haver litispendência ou a apresentação da mesma queixa perante outro tribunal internacional.⁷⁷

Da mesma forma que o Tribunal de Justiça da União Europeia, a Corte de Direitos Humanos possui competência consultiva, todavia esta função é limitada a restritas hipóteses mencionadas artigo 47: “sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos”

⁷⁸.

Sobre a jurisdição não contenciosa leciona Simonetta Gerli:

La giurisdizione non contenziosa della Corte vale anche per la funzione consultiva che essa svolge nei confronti delle altre istituzioni dell’Unione nei casi previsti dai trattati. Ad esempio un’attività consultiva è prevista dall’art. 218, par. 11, TFUE laddove dispone che **il Parlamento, la Commissione, il Consiglio o uno Stato membro posso no chiedere il parere dela Corte** circa la *compatibilità* di um *accordo* con le disposizioni dei trattati. Quando la Corte esprime parere negativo, “ *l’accordo può entrare in vigore solo com modifica dello stesso o in caso di revisione dei trattati*”.⁷⁹

Além da consultiva, a Corte possui competência contenciosa, sendo a mais corriqueira, tendo suas decisões eficácia vinculante perante os membros da União Europeia. Quanto à competência contenciosa, as sentenças da Corte Europeia “são vinculantes e tem natureza declaratória. Essa última característica significa que a sentença se limita a declarar que o ato estatal violou (ou não) a Convenção Europeia”⁸⁰.

Se a Corte entendeu na sentença que o Estado violou a Convenção por disposição de seu direito interno, contrária às regras do tratado, o Estado deve tomar medidas legislativas para adequar a sua legislação às prescrições da Convenção, além de impedir que violações dessa natureza novamente ocorram [...] Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus Protocolos e se o direito interno do Estado-parte não permitir senão parcialmente remediar as consequências da violação ocorrida, a Corte atribuirá à parte lesada uma justa reparação, se

⁷⁷ GABINETE De Documentação e Direito Comparado. **Como apresentar queixa individual por violação de direitos humanos ao Tribunal Europeu dos direitos do homem**. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sist-europeu-dh/cons-europa-queixa-tedh.html>>. Acesso em 10/02/2015.

⁷⁸ CEDH. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Acessado em 10/02/2015.

⁷⁹ GERLI, Simonetta. **Compendio di diritto dell’unione Europea, aspetti istituzionali e politiche dell’Unione**, 2014, edizioni giuridiche SIMONE, Napoli, Itália. Em tradução livre: “A jurisdição não contenciosa da Corte se aplica ao papel consultivo que joga contra as outras instituições da UE nos casos previstos nos Tratados. Tal consultivo previsto, 218, par. 11, onde o TFUE prevê que o Parlamento, a Comissão, o Conselho ou um Estado-Membro não pode procurar o conselho do Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade em conformidade com as disposições dos Tratados. Quando o Tribunal de Justiça emitiu um parecer negativo, “este acordo só entra em vigor com a sua alteração ou em caso de revisão dos Tratados”.

⁸⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos**. p. 361-362.

necessário (art. 41)⁸¹.

Sendo assim, mesmo a sentença da Corte tendo “natureza declaratória (no sentido de afirmar se houve ou não a violação alegada), pode vir ela acompanhada de uma decisão que determine o pagamento de indenização pecuniária”⁸². Apresentada a queixa, um grupo de três juízes procede ao juízo de admissibilidade e procede uma tentativa de conciliação. Em seguida, “se houver acordo do Estado e do queixoso, poder-se-á encontrar uma solução amigável para o litígio”⁸³. Caso contrário, “o Tribunal continua a apreciação contraditória da queixa e, se for necessário realizará um Inquérito para cuja eficaz condução os Estados interessados fornecerão todas as facilidades necessárias”⁸⁴. Caso o Tribunal declare

que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o Direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal Atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário O Tribunal Pleno intervirá: a pedido de uma parte no prazo de três meses a contar da data da sentença proferida por uma secção. se o assunto levantar uma questão grave⁸⁵.

De acordo com o artigo 46º da Convenção, após a prolação da decisão da Corte, a sentença é encaminhada ao Comitê de Ministros, incumbido em fiscalizar o seu cumprimento⁸⁶.

Em casos concretos apreciados pela Corte em que, embora a Convenção não incorpore expressamente o conceito de dignidade humana no seu texto, a Corte Europeia de Direitos Humanos – CEDH emprega frequentemente a dignidade humana como importante elemento na sua interpretação do documento, conforme menciona Barroso. No caso do jovem Anthony M. Tyrer, um cidadão do Reino Unido, que em março de 1972, com 15 anos, se declara culpado perante o tribunal local de agredir um colega de sua escola. Tyrer foi condenado, no mesmo dia, a três açoites com vara. A CEDH considerou que, como afirma Barroso, “a decisão proferida por um tribunal da infância do Reino Unido de submeter alguém de quinze anos de idade a castigos corporais [...] violava o artigo 3º da Convenção sobre Direitos Humanos”⁸⁷.

Mesmo sendo uma punição sem efeitos de longa duração, constituía para a CEDH uma

⁸¹GABINETE De Documentação e Direito Comparado. Acesso em 10/02/2015.

⁸²GABINETE De Documentação e Direito Comparado. Acesso em 10/02/2015.

⁸³GABINETE De Documentação e Direito Comparado. Acesso em 10/02/2015..

⁸⁴GABINETE De Documentação e Direito Comparado. Acesso em 10/02/2015.

⁸⁵GABINETE De Documentação e Direito Comparado. Acesso em 10/02/2015.

⁸⁶CEDH. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Acessado em 10/02/2015.

⁸⁷BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**, p. 31.

agressão sobre a dignidade da pessoa e a integridade física⁸⁸. “Para apoiar essa conclusão, a Corte apontou, em particular, o fato de que o jovem foi tratado como um objeto em poder das autoridades”⁸⁹.

No sistema regional Europeu o binômio da igualdade perante a lei e da proibição da discriminação encontra-se consagrado pela Convenção Europeia, citado por Flávia Piovesan:

A Convenção Europeia, em seu artigo 14, consagra a cláusula da proibição da discriminação, ressaltando que o ‘gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra situação’⁹⁰.

Piovesan, ao mencionar precedente da CEDH, leciona que, no tocante a proibição da discriminação baseada em orientação sexual, cabe menção ao paradigmático caso *Salgueiro da Silva Mouta versus Portugal*, que envolve a denúncia de um peticionário português que casou, teve uma filha, divorciou-se e passou a viver uma relação homossexual. A disputa judicial se deu “a respeito do poder parental, sendo que, em grau de recurso, e ex-mulher obteve o poder parental, com base em decisão que se fundamentou na homossexualidade do peticionário”⁹¹.

Portugal foi condenada pela Corte Europeia, “por afronta ao artigo 8º (respeito à vida privada e familiar) e artigo 14 (proibição de discriminação), sob o argumento de que teria ocorrido violação ao princípio da proporcionalidade”⁹².

Quanto à proteção dos direitos sociais, Piovesan leciona que, a Convenção Europeia dedica-se exclusivamente à proteção de direitos civis e políticos, estabelecendo um “catálogo de direitos sociais abrangendo o direito ao trabalho, liberdades sindicais, o direito à saúde, o direito à segurança social, dentre outros”⁹³.

Quanto à proteção indireta dos direitos sociais, Piovesan relata o caso *Sra. Lopez Ostra versus Espanha* (Caso n. 16.798/90, j.9-12-1994). Na cidade de Lorca, a Sra Lopez residia a 12 metros da indústria de beneficiamento de couro, que operava sem licença municipal, emitindo gases e causando contaminação ambiental em seu entorno, produzida pelo tratamento de

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, p. 31.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, p. 32.

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e justiça Internacional*. 6ª ed. Ver, ampl e atual. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 179.

⁹¹ PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e justiça Internacional*. p. 182.

⁹² PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e justiça Internacional*. p. 183.

⁹³ PIOVESAN, Flávia *Direitos Humanos e justiça Internacional*. p. 193.

resíduos sólidos e líquidos.

O caso foi submetido à Corte Europeia, com base na afronta aos artigos 8º e 3º da convenção Europeia. A Corte condenou a Espanha, por violação ao artigo 8º, ao entender que, no caso, houve violação ao direito à vida privada e familiar da peticionária, resultante da omissão do Estado. [...] Afastou a violação ao artigo 3º da Convenção, considerando que, na hipótese, não estaria configurado um tratamento degradante⁹⁴.

Ainda no âmbito da proteção aos direitos sociais, Piovesan relata o caso *Taskin versus Turquia* (Caso n. 16.798/90, j.9-12-1994). O caso que denuncia a morte do Sr. Izzet Oçkan, em janeiro de 2004. A vítima vivia nas proximidades de uma mina de ouro, tendo adoecido e correndo risco de morte em decorrência de graves danos ambientais. Nesse caso, a Corte reiterou o entendimento de casos como o de *Lopez Ostra*, “no sentido de endossar que o artigo 8º da Convenção Europeia é aplicável a severas violações ao meio ambiente, capazes de afetar o bem estar de indivíduos, sua moradia, bem como sua vida privada e familiar, cabendo ao Estado obrigações positivas para assegurar o exercício deste direito⁹⁵.”

Nesse caso a CEDH condenou a Turquia pela violação ao artigo 8º da Convenção, “por não ter cumprido com suas obrigações positivas concernentes à proteção da vida privada e familiar, falhando em enfrentar os riscos derivados das atividades de mineração”⁹⁶.

Quanto à proteção de direitos e liberdades públicas no combate ao terrorismo, Piovesan registra que a “Convenção Europeia de Direitos Humanos estabelece [...] a proibição da tortura, a proibição da escravidão e do trabalho forçado, o direito à liberdade e à segurança, o direito ao respeito à vida privada e familiar”⁹⁷. Em tempos de guerras ou grave ameaça à nação, “o artigo 15 consagra a possibilidade de derrogação das obrigações previstas na Convenção”⁹⁸. Acerca das medidas repressivas de combate ao terrorismo, Piovesan relata o caso *S. and Marper versus Reino Unido* (Caso n. 30.562/2004 e 30.566/04, j.4-12-2008). O caso teve como objeto a política de segurança do Reino Unido de armazenagem de informações genéticas baseadas no DNA de suspeitos de crimes. A Corte Europeia, adicionando o artigo 8º, concernente ao direito ao respeito à vida privada, protegendo “o direito ao desenvolvimento pessoal e o direito de manter relações com outras pessoas no mundo externo [...]”⁹⁹, entendeu:

⁹⁴ PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. p. 194.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. p. 194.

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. p. 195.

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. p. 200.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. p. 200.

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. p. 201

que a retenção de informações de pessoas suspeitas estava a constituir uma interferência na vida privada, realçando que o conceito de “vida privada” é amplo e insuscetível de definição exaustiva, de forma a proteger a integridade física e psíquica”¹⁰⁰.

A Convenção afasta a justificativa do Estado de que tal retenção seria para prevenção ou detenção do crime; “a justificativa foi considerada pela Corte como vaga e aberta a abusos”¹⁰¹.

A seguir traz-se à baila as considerações finais a respeito do tema central deste artigo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inobstante a dignidade da pessoa humana ser um valor histórico de origem religiosa, filosófica, moral e jurídica, sua positivação e efetividade tem sofrido um processo de construção lento e contínuo.

No alvorecer do século XX recebeu a atenção das Leis Fundamentais de alguns Estados e após a Segunda Guerra Mundial, seu reconhecimento através do Direito Internacional, Com a Declaração dos Direitos Universais da Pessoa Humana, através da Res. Das Nações Unidas, no ano de 1948.

Os Tratados e Convenções de Proteção Regional têm mostrado maior eficácia através da instalação de Tribunais, no caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Importante anotar que a experiência das Cortes tem demonstrado que não basta proclamar o respeito aos direitos humanos, mas se faz necessário a instituição de mecanismos internacionais capazes de verificar a sua observância e a adoção de sanções nos casos de seu desrespeito.

As decisões do TJCE, quanto da CEDH tem demonstrado a importância de se alcançar uma uniformidade na interpretação das normas protetivas da dignidade da pessoa humana, assim como o alcance de sua eficácia, possibilitando o convívio fraterno de nações e povos, inobstante a diversidade de línguas, concepções religiosas e culturais.

¹⁰⁰ PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. p. 201.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. p. 202.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. (Here, there, and everywhere: human dignity in contemporary and in the transnational discourse). Trad.: Humberto Laport de Mello. 2ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BECCHI, Paolo. **O princípio da dignidade humana**. Aparecida, SP: Editora Santuário, 2013.

BÍBLIA HEBRAICA **Stuttgartensia**. Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft. 1983.

BÍBLIA SAGRADA. **Nova Tradução na Linguagem de Hoje**. Barueri (SP): Sociedade Bíblica do Brasil, 2005.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estud. av.** [online]. 2003, vol. 17, n. 47, p. 225-236. ISSN 0103-4014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000100014>>. Acesso em 22/02/2015.

CASELLA, Paulo Borba; SILVA, Hildebrando Accioly; NASCIMENTO, G. E. do. **Direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**, GLF, Editoi Laterza, Terza edizione, 2012, SEDIT, Bari Itália.

CEDH. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 10/02/2015.

CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. Roma: Editori Laterza. 2012.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos Deveres**. São Paulo: Saraiva, 1965.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 21/02/2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

GERLI, Simonetta. **Compendio di diritto dell'unione Europea**, aspetti istituzionali e politiche dell'Unione, 2014, edizioni giuridiche SIMONE, Napoli, Itália.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** – RDCI 71. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.

PIOVESAN, Flávia **Direitos Humanos e justiça Internacional**. 6ª ed. Ver, ampl e atual. São Paulo: Saraiva. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2.ed.rev.atual.e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____ **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, p. 93. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, 1998.

WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, n.º 9, out/dez, 2009.

WEYNE, Bruno Cunha. O princípio da dignidade humana, reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013.

A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ATIVISMO JUDICIAL

Queila de Araújo Duarte Vahl¹

Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld²

INTRODUÇÃO

A segunda metade do século XX pode assistir o surgimento das constituições rígidas, com ênfase aos direitos fundamentais.

A efetividade destes direitos é um desafio que vivemos diariamente, sendo forçoso reconhecer a distância entre a norma constitucional e a realidade social.

No Brasil, o Poder Judiciário tem tomado para si, de forma peculiar, a tarefa de tornar efetivos tais direitos, muitas vezes invadindo as competências reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo.

O presente trabalho tem por finalidade identificar a (i)legitimidade desta atuação, tendo em conta a divisão de poderes própria dos Estados modernos.

No primeiro item será apresentado um conceito de direitos fundamentais, para em seguida, no segundo item, indicar, segundo a teoria garantista de Ferrajoli, o sistema de garantias aos direitos fundamentais. Por fim, no terceiro item, será caracterizada, no Brasil, a invasão do Poder Judiciário nas esferas de competências reservadas aos poderes Legislativo e Executivo no que concerne a efetivação das garantias aos direitos fundamentais.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: O QUE SÃO?

Tema central do constitucionalismo são os direitos fundamentais, são estes também, foco deste artigo. Falar sobre eles exige, antes de qualquer coisa, apresentar seu conceito, o que

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Procuradora do Estado de Santa Catarina E-mail: queilavahl@hotmail.com

² Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Auditora Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina E-mail: valeriarlg@gmail.com

passa-se a fazer.

Para Martins Neto³, fixar um conceito para a expressão direitos fundamentais, em um primeiro momento demanda notar que ela é composta por dois termos: o primeiro, o substantivo direito, e o segundo, o adjetivo fundamental.

Observa o autor que direito é um substantivo polissêmico, que no caso é utilizado como sinônimo direito subjetivo. Segue para afirmar que “a palavra direito, no sentido subjetivo designa algo que pertence a alguém”⁴. Esclarece que bem e propriedade, no caso, devem ser entendidos em sentido amplo, o primeiro como “qualquer meio adequado à satisfação de um interesse”⁵ e o segundo como “o reconhecimento da destinação ou atribuição de um bem qualquer à pessoa, a fim de que ela possa dele tirar um proveito legítimo”⁶.

Digno de nota que para o autor, esta relação entre o bem e alguém não quer dizer que somente os direitos individuais podem ser caracterizados como direitos subjetivos, mas que cabem neste conceito, os direitos transindividuais, entendidos como individuais homogêneos, coletivos e difusos.⁷

Outro aspecto importante do conceito de direito subjetivo, segundo o autor, é a prerrogativa de seu titular de em face deste obter algum proveito⁸, ademais, o efetivo exercício da prerrogativa é desimportante para a existência do direito subjetivo, basta que a possibilidade de agir esteja à disposição de seu titular.⁹

Característica a ser destacada, também, para a compreensão do conceito de direito subjetivo é que as prerrogativas conferidas a um indivíduo em relação a um bem impõem um dever de respeito a todos os outros membros do grupo social, consistente em um comportamento de abstenção.¹⁰

Destaca ainda Martins Neto, que nos *direitos de estrutura relacional*, como é o caso dos

³ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 24.

⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 26.

⁶ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 26.

⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 75.

⁸ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 35.

⁹ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 38.

¹⁰ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 40-41.

direitos subjetivos, a relação jurídica bilateral que lhes é própria, ao mesmo tempo que atribui a um indivíduo uma prerrogativa, imputa a outro um dever.¹¹

Neste norte, destaca Facchi¹² ao descrever a locução direitos subjetivos, o papel de sujeitos que não o titular na sua realização:

"Direitos subjetivos", locução utilizada já nas teorias jusnaturalistas seiscentistas e consolidada na doutrina jurídica oitocentista, indica a classe mais ampla de direitos, enquanto se refere ao direito como atributo de um sujeito, sem nada especificar sobre a sua natureza, sobre os titulares, sobre as normas nas quais se traduz etc. Entre os direitos subjetivos distinguem-se direitos que podem se realizar por meio de abstenção de outros sujeitos e direitos que se traduzem em benefícios de outros sujeitos. Os primeiros correspondem à liberdade de fazer ou não fazer alguma coisa e se traduzem em obrigações que limitam as ações de outros; os segundos correspondem a pretensões de que outros façam alguma coisa e se traduzem em obrigações de atos e serviços.

Necessário, ainda, acrescentar que para Martins Neto¹³, a coatividade é um elemento indispensável à composição do conceito de direito subjetivo.

Ademais, direitos subjetivos nos sistemas com raiz na *civil law* não existem sem direito objetivo, ou seja, sem a presença de uma norma válida e vigente que lhe dê suporte.¹⁴

Conjugando todos os elementos acima abordados, apresenta o autor o seguinte conceito de direito subjetivo: “[...] direito em sentido subjetivo pode ser definido como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva.”

Assim, tendo em conta que para Martins Neto¹⁵, “[...] direitos [...] fundamentais [...] são simplesmente direitos subjetivos assinalados com uma marca particular que é a sua qualidade de fundamentais”, e desvelado o sentido do substantivo direito, resta perquirir o que se deve entender pelo adjetivo fundamentais. Para o autor, em razão da sua essencialidade à vida digna dos seres humanos, o constituinte originário conferiu aos direitos ditos fundamentais uma proteção que os torna indisponíveis ao constituinte derivado e ao legislador ordinário, em outras palavras, “podemos então identificar os direitos fundamentais como *direitos subjetivos pétreos*”¹⁶. Portanto, é forçoso concluir que a nota de fundamentalidade atribuída a certos direitos está

¹¹ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 41.

¹² FACCHI, Alessandra. **Breve história dos direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2011, p. 16-17.

¹³ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 48.

¹⁴ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 62.

¹⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 78.

¹⁶ MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. p. 81-89.

diretamente ligada à rigidez constitucional.

De outro lado, quanto ao conteúdo, os direitos fundamentais foram fruto de longa gestação. Tiveram seu berço no Estado moderno, com os direitos políticos e civis, passando pelos direitos sociais, pelos direitos coletivos e difusos, com a contínua agregação de novos direitos a seu catálogo¹⁷, aos quais, no Constitucionalismo Contemporâneo¹⁸ foi conferida especial proteção que caracteriza sua fundamentalidade.

Dispõe o parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal brasileira¹⁹ que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, impondo limites materiais ao constituinte derivado.

Todavia, se é certo que a rigidez constitucional confere fundamentalidade a determinados direitos eleitos pelo constituinte originário para gozarem de especial proteção por traduzirem valores destacados de uma sociedade em um tempo determinado, não é menos certo que tal rigidez é insuficiente para garantir a fruição de tais direitos por seus destinatários. Para este fim, Ferrajoli construiu uma teoria do constitucionalismo juspositivista que transcende os limites da vigência das normas para alcançar sua validade, impondo limites e obrigações ao Poder Público como garantia dos direitos fundamentais, como se passará a expor no item seguinte.

2. GARANTIAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO FERRAJOLI

Necessário esclarecer em um primeiro momento que Ferrajoli não concebe o Constitucionalismo Contemporâneo como a superação do juspositivismo, mas como reforço desde, seu complemento²⁰.

Conforme Ferrajoli, vivemos o Estado Constitucional de Direito, aquele em que a Constituição está no vértice da hierarquia das fontes das normas e ademais, no qual a edição de

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200-201.

¹⁸ Constitucionalismo Contemporâneo, com iniciais maiúsculas, é o termo utilizado por Lenio Streck para designar “o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra”, cf FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63-64.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Poder Constituinte Originário, 1988.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli, p. 13.

normas pelo Estado não está submetida tão-somente a limites formais, mas também a limites substanciais. Isto quer dizer que às perguntas “quem?” e “como?”, próprias do Estado Legislativo de Direito, foi definitivamente acrescentada a “o que?”²¹. Sobre o constitucionalismo salienta:

Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia de submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Nesse sentido, o constitucionalismo equivale, como *sistema jurídico*, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como *teoria jurídica*, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade das suas formas de produção a normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos como os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos.²²

O garantismo, para o autor, é uma das faces do constitucionalismo, equivalendo ao sistema de garantias correspondente ao modelo normativo por ele desenhado. Uma teoria do constitucionalismo é, portanto, em grande parte uma teoria do garantismo, isto porque a manutenção da democracia constitucional depende de um sistema de instrumentos por meio dos quais se confira efetividade aos direitos fundamentais²³.

O papel garantista das constituições é assegurado, no modelo desenhado por Ferrajoli, em um primeiro momento por sua rigidez, entendida como a impossibilidade de modificar a constituição senão mediante procedimentos de revisão agravados e controle jurisdicional de inconstitucionalidade das leis. Ademais, devem ser excluídas as possibilidades de revisão dos princípios constitucionais supremos postos como salvaguarda permanente da soberania popular e dos poderes da maioria, como por exemplo, o método democrático, os direitos políticos e o sufrágio universal, os direitos de liberdade e sociais, que constituem os pressupostos elementares dos direitos políticos²⁴.

Assim, as normas sobre a revisão e sobre a exclusão de algumas matérias desta revisão são as garantias constitucionais primárias, consistentes na proibição da produção de normas que alterem ou derroguem normas constitucionais. Enquanto as garantias constitucionais secundárias são as normas sobre controle de constitucionalidade, consistentes na obrigação de anular as normas com características de lei que contrastem com as normas constitucionais, assim como em

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris teoria del derecho y de la democracia**: 2. Teoria de la democracia. Madri: Editora Trotta, 2011, p. 35.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. p. 13.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris teoria del derecho y de la democracia**: 2. Teoria de la democracia. p. 85.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris teoria del derecho y de la democracia**: 2. Teoria de la democracia. p. 85-86.

resolver os conflitos entre poderes gerados pelos desdobramentos que ultrapassem os limites a eles adstritos pelas normas constitucionais instituidoras de suas competências²⁵.

Além das garantias constitucionais primárias e secundárias, cujo objetivo é eliminar as antinomias, assegurando a coerência interna do sistema normativo, tendo a constituição como norte, são também necessárias à efetividade dos direitos fundamentais as garantias legislativas e normas de desenvolvimento dos princípios constitucionais, sem as quais não é possível preencher as lacunas. Trata-se de obrigação tanto do legislador ordinário, quanto do Poder Executivo quando exercita poder regulamentar.

Se trata, como es evidente, de los imperativos más importantes, em los que sobre todo se expresa la normatividad de las constituciones rígidas. Su introducción viene impuesta por la *obligación constitucional*, extrañamente ignorada por la teoría del derecho y por la doctrina publicística, a la que está vinculado el legislador em desarrollo de los derechos constitucionalmente establecidos. Es precisamente em esta obligación – la obligación de uma *legislación de actuación* – em la que podemos identificar la *garantía constitucional primaria positiva* de tales derechos, la cual incumbe al legislador em adición a la *garantía constitucional primaria negativa* ilustrada em el parágrafo anterior y consistente em la prohibición de producir normas em contraste com la constitución salvo em los casos y em las formas previstas por las normas sobre la revisión. Y es sobre todo em el cumplimiento de esta obligación em lo que consiste la labor de construcción jurídica de la democracia constitucional.²⁶

É certo afirmar, portanto, que segundo o modelo proposto por Ferrajoli, cabe aos Poderes Legislativo e Executivo o protagonismo na criação de instrumentos necessários à efetividade dos direitos fundamentais, pois “los derechos fundamentales, al consistir em normas téticas, requieren siempre, como observância primera y prejudicial, uma *legislación de desarrollo*”²⁷. Cabe notar, como reforço, que os direitos sociais, por consistirem, em sua maioria, direitos à prestações positivas, exigem “la institución de aparatos – escuelas, hospitales, entes de previsión y asistencia – encargados de su satisfacción”²⁸, a cargo do Poder Executivo.

Assim, embora o constitucionalismo no segundo pós-guerra tenha encarregado o Poder Judiciário da guarda da constituição, cabendo a ele o controle de constitucionalidade das leis e, de outro lado, não se desconheça o seu papel contramajoritário, é certo que o princípio democrático e a divisão de funções próprias do Estado Moderno não permitem a substituição do processo democrático de tomada de decisões pela decisão judicial, como se passará a abordar no item seguinte.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoría del derecho y de la democracia*: 2. Teoría de la democracia. p. 87.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoría del derecho y de la democracia*: 2. Teoría de la democracia. p. 93.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoría del derecho y de la democracia*: 2. Teoría de la democracia. p. 77.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris teoría del derecho y de la democracia*: 2. Teoría de la democracia. p. 77.

3. ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: INVASÃO DA ESFERA POLÍTICA

Como observa Tessinari²⁹, o Constitucionalismo Contemporâneo nos trouxe dois fenômenos: a judicialização do direito e o ativismo judicial. Destaca a autora que embora muitos confundam e misturem estes dois fenômenos, de fato eles são bastante distintos.

Assim, a judicialização do direito é caracterizada pelo aumento de litigiosidade em relação à concretização de direitos fundamentais principalmente, tendo suas causas em fatores alheios à jurisdição, como a “maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário”³⁰. Dito de outro modo: a judicialização do direito é um fato social.

O ativismo judicial, a seu turno, decorre de um comportamento adotado por certos membros do poder judiciário, assim caracterizado pela autora:

Por sua vez, o ativismo é gestado no seio da sistemática jurídica. Trata-se de uma conduta adotada pelos juízes e tribunais no exercício de suas atribuições. Isto é, a caracterização do ativismo judicial decorre da análise de determinada postura assumida por um órgão/pessoa na tomada de uma decisão que, por forma, é investida de juridicidade. Com isso, dá-se um passo que está para além da percepção da centralidade assumida pelo Judiciário no atual contexto social e político, que consiste em observar/controlar qual o critério utilizado para decidir, já que a judicialização, como demonstrado, apresenta-se como inexorável.

[...] É, no questionamento de como pode ser compreendida a manifestação judiciária, é possível encontrar posicionamentos que retratam a indexação da decisão judicial a um ato de vontade daquele que julga.³¹

Ponto central para a caracterização do ativismo judicial, para Tessinari³², é que as decisões ativistas buscam seu fundamento em critérios não jurídicos, mas econômicos, morais ou políticos, assim enfraquecem o direito, eis que abalam sua autonomia. É o que, conforme anotado pela autora, Lenio Streck chama de predadores externos do direito:

Como resultado disso, surgiu o que Lenio Streck chama de ‘predadores externos do direito’. Ou seja, modos de inter-relacionar o âmbito jurídico com conteúdos morais, econômicos e/ou políticos que, por incidência de seus próprios critérios para a tomada da decisão, resultaram no enfraquecimento do campo jurídico. Como mesmo afirma Streck, o resultado disso é a perda do DNA do Direito, no sentido de que, ao sofrer as influências da Moral ou da Economia de modo substitutivo da *estrutura* que lhe compõe, o Direito acaba perdendo sua identidade como efetivamente esfera *jurídica*.³³

²⁹ TESSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27-29.

³⁰ TESSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 32.

³¹ TESSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 56.

³² TESSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 120.

³³ TESSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 119.

Em face dos conceitos apresentados, necessário concluir que a judicialização da política – fato social - não pode ser considerada como causa do ativismo judicial – ato de vontade -, tais fenômenos não se confundem.

Estabelecida a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial, constatamos com Streck que no Brasil “acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo”³⁴, o que deu causa à ampliação do âmbito de discricionariedade dos juízes para muito além do permitido.

Note-se que segundo Ferrajoli³⁵, enquanto as discricionariedades administrativa e legislativa admitem a criação de direito novo, nos limites da constituição, a discricionariedade judicial diz respeito unicamente à interpretação, ou seja, é relativa ao significado das normas aplicáveis ao caso concreto.

Assim é que para Streck³⁶ a discricionariedade conferida ao juiz transita dentro das zonas de incerteza, nunca em espaços devidamente aclarados pelas normas democraticamente produzidas, todavia, para o autor, isto não é o que ocorre em nosso país:

[...] em *terrae brasiliis*, discricionariedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade [...].

[...] a força normativa da Constituição - que se manifesta pelo elevado grau de autonomia conquistado pelo direito a partir do segundo pós-guerra - pode, dependendo do *modus* compreensivo-interpretativo utilizado pelos juristas, vir a ser fragilizado ou até mesmo anulado pelo crescente aumento das posturas pragmatistas (nos seus mais variados matizes) que, a pretexto de superar o "ultrapassado" silogismo dedutivista do paradigma liberal-formal-burguês, vêm deslocando o *lucus* do sentido do texto - que representa a produção democrática do direito - na direção do protagonismo (acionalista-indutivista) do intérprete.³⁷

Destaca também Streck³⁸ que por aqui foram importadas e aplicadas, de forma acrítica, teorias construídas em épocas e contextos diversos do brasileiro, como é o caso do ativismo judicial estadunidense³⁹. Neste sentido, Tessinari esclarece que uma das distinções entre o contexto brasileiro e norte americano, é a concisão da constituição estadunidense, em contraste com a extensão e detalhamento da brasileira. Portanto, naquele caso há uma justificada discussão

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris teoria del derecho y de la democracia**: 2. Teoria de la democracia. p. 75.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 53-54.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 57.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. p. 61.

sobre a aplicação pelo Poder Judiciário dos direitos não enumerados, debate que perde relevância no Brasil, onde a constituição prevê tudo, ou quase tudo.

Ademais, no caso brasileiro, tem-se uma extensa legislação de desenvolvimento dos direitos fundamentais. Tome-se, por exemplo, o direito a saúde, previsto inicialmente no artigo 6º da Constituição Federal⁴⁰ entre os direitos sociais. O constituinte reservou, ainda, a seção II, do Capítulo II, do Título VIII, que trata da Ordem Social, para explicitá-lo, obrigando a destinação de percentual da receita dos entes federados para aplicação em ações e serviços públicos de saúde. O legislador ordinário, a seu turno, editou diversas leis de desenvolvimento, podendo-se citar entre tantas: Lei 8.080/1990⁴¹, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes; Lei 11.347/2006⁴² que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários aos portadores de diabetes; Lei 11.255/2005⁴³, que define a política de prevenção e atenção integral à saúde da pessoa portadora de hepatite; Lei 9.313/96⁴⁴, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV e doentes de AIDS; Lei 13.002/2014⁴⁵, que obriga a realização do protocolo de avaliação do frênulo da língua de bebês; Lei 12.303/2010⁴⁶, que obriga a realização do exame denominado emissões otoacústicas evocadas em bebês; Lei 9.434/1997⁴⁷, que disciplina a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento; Lei 10.216/2001⁴⁸, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

O Poder Executivo, no exercício do poder regulamentar, de igual modo editou um sem número de portarias, padronizando medicamentos, instituindo protocolos clínicos, distribuindo competências entre os órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde, organizando os serviços prestados aos usuários do Sistema.

⁴⁰ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. *in*: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁴¹ BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

⁴² BRASIL. **Lei 11.347, de 27 de setembro de 2006**. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

⁴³ BRASIL. **Lei 11.225, de 27 de dezembro de 2005**. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

⁴⁴ BRASIL. **Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996**. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

⁴⁵ BRASIL. **Lei 13.002, de 20 de junho de 2014**. Brasília: Congresso Nacional, 2014.

⁴⁶ BRASIL. **Lei 12.303, de 02 de agosto de 2010**. Brasília: Congresso Nacional, 2010.

⁴⁷ BRASIL. **Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Brasília: Congresso Nacional, 1997.

⁴⁸ BRASIL. **Lei 10.216, de 06 de abril de 2001**. Brasília: Congresso Nacional, 2001.

Mesmo com legislação abundante, tem-se na área da saúde inúmeras situações em que o poder judiciário tem substituído a norma democraticamente editada, válida e vigente, pelo entendimento do julgador, exercitando discricionariedade que não lhe é própria. Assim é que no Estado de Santa Catarina tem decidido o Tribunal de Justiça, que embora exista uma política pública estabelecida no SUS, que disponibiliza medicamentos adequados para o agravo de saúde do autor de determinada ação, conforme constatado em perícia realizada no curso do processo por perito nomeado pelo juízo, o Estado deve fornecer medicamento diverso daquele padronizado, pela razão de que foi receitado pelo médico do autor da ação⁴⁹. A revista *época*⁵⁰, de 16.03.2102, noticia o caso de um paciente no estado de São Paulo, que recebe do SUS, no Hospital Sírio-Libanês, o medicamento não padronizado Soliris, ao custo de R\$ 800 mil ao ano na época, quando há alternativa terapêutica padronizada.

Não é possibilitado ao Poder Judiciário determinar as políticas públicas que devem ser desenvolvidas e menos ainda executá-las diretamente. Cabe ao Poder Executivo, com a aprovação do Poder Legislativo, fixar as diretrizes, objetivos, metas e prioridades da administração pública⁵¹.

Sobre o ativismo judicial no Brasil afirma Tessinari⁵²:

No atual contexto, os esforços não se voltam mais para *chamar o Judiciário a atuar*, mas para *segurá-lo*. Ou seja, é certo que esse Poder passou por uma verdadeira *mutação funcional*, na medida em que foi provocado a atuar nas esferas de responsabilidade outrora exclusivas do Executivo e Legislativo, como, por exemplo, na realização de políticas públicas – responsabilidade administrativa –, caracterizando, portanto, o fenômeno da judicialização. Contudo, o quadro que se apresenta não é tão somente o do exercício de uma complementariedade (ou cooperação) diante da omissão dos demais Poderes, mas de uma acentuada e discricionária atuação, elevada a ponto de, no ano de 2009, o ‘Anuário da Justiça’ veicular a seguinte notícia em sua capa: ‘O Ano da Virada: País descobre que, ao constitucionalizar todos os direitos, a Carta de 1988 delegou ao STF poderes amplos, gerais e irrestritos. E o Tribunal governa.’

Mostra-se necessário, portanto, repensar no Brasil, o ativismo judicial, promovendo uma correção de curso, reconduzindo os Poderes Executivo e Legislativo ao lugar que lhes é reservado

⁴⁹ Apelações Cíveis 2014.0015454-0, 2014.028540-5, 2014.012634-5, 2013.051055-6, 2013.058870-0 e 2014.63313-5, por exemplo.

⁵⁰ SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Revista época**. 16 de março de 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 29 de abril de 2015.

⁵¹ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. [...] § 4º Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional [...]. in: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁵² TESSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. p. 134.

na efetivação dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como nos ensina Novaes⁵³, a constituição pós-guerra não se limita à legalidade formal do positivismo, não se resume a uma carta de promessas, ela é substancial, na medida que seu conteúdo não pode prescindir de uma “pauta universal de valores de onde decorrem direitos de que os poderes políticos instituídos não dispõem”.

Enquanto para a revolução francesa, não havia constituição sem a garantia de direitos e a separação de poderes⁵⁴, a norma fundamental contemporânea, para Ferrajoli⁵⁵, não pode existir sem que sejam respeitados o princípio da igualdade e os direitos fundamentais.

Todavia, vivemos o esforço diário de tornar os direitos fundamentais efetivos, sendo que esta efetividade não pode prescindir de instrumentos que a assegurem, construídos democraticamente.

Neste norte, a efetividade dos direitos fundamentais depende de garantias legislativas e normas de desenvolvimento, além de atos concretos de execução de políticas públicas a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo necessário devolver-lhes o local de destaque que tem sido ofuscado pelo ativismo judicial.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Poder Constituinte Originário, 1988.

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

⁵³ NOVAES, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 198.

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 27.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris teoria del derecho y de la democracia**: 2. Teoria de la democracia. p. 10.

BRASIL. **Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996**. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

BRASIL. **Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Brasília: Congresso Nacional, 1997.

BRASIL. **Lei 10.216, de 06 de abril de 2001**. Brasília: Congresso Nacional, 2001.

BRASIL. **Lei 11.225, de 27 de dezembro de 2005**. Brasília: Congresso Nacional, 2005.

BRASIL. **Lei 11.347, de 27 de setembro de 2006**. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

BRASIL. **Lei 12.303, de 02 de agosto de 2010**. Brasília: Congresso Nacional, 2010.

BRASIL. **Lei 13.002, de 20 de junho de 2014**. Brasília: Congresso Nacional, 2014.

FACCHI, Alessandra. **Breve história dos direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola Jesuítas, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris teoria del derecho y de la democracia**: 2. Teoria de la democracia. Madri: Editora Trotta, 2011.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Revista época**. 16 de março de 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 29 de abril de 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2014.

TESSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E CONTROLE CONSTITUCIONAL: DA NECESSIDADE DE UM TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

Salustino David dos Santos Andrade¹

Tarcísio Germano de Lemos Filho²

“[...] a função básica e primordial dos tribunais constitucionais deve ser a de aplicar a Constituição, especialmente contra as leis que a violem [...]”³

INTRODUÇÃO

Pretendemos com o presente trabalho buscar analisar o que faz com que um Estado Democrático de Direito como é São Tomé e Príncipe (STP), vivendo experiência democrática há mais de 20 anos, não tem no seio do Poder Judicial um Tribunal Constitucional autônomo, independente.

Para desvendar essas causas, debruçaremos sobre o Poder Judicial no que tange ao ordenamento jurídico-constitucional depois de 1975 – ano da independência – até a atualidade. Será feita uma análise sobre o lugar do Poder Judicial nas Constituições Políticas de 1975 (CP75), de 1990 e de 2003, bem como novidades inscritas nas revisões constitucionais de 1980, 1982, a emenda constitucional de 1987.

Dedicaremos um capítulo desta exposição, tratando da legislação infraconstitucional que objetivaram organizar e tornar funcional o Poder Judicial durante os 40 anos da independência de

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Doutorando em Direito Constitucional Comparado pela Università Degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Assessoria Jurídica de Empresas pela Universidade Politécnica de Madrid (Espanha). Pós-graduado em Direito de Empresas pela Universidade Politécnica de Madrid. Pós-graduado em Administração Pública Internacional pelo Instituto Nacional de Administração (Portugal). Especialista em Administração Pública pela Universidade Politécnica de Madrid. Graduado em Línguas e Administração pelo Instituto Superior Politécnico de São Tomé e Príncipe. Bolsista CAPES. E-mail: saludavi@hotmail.com; lindosalu@gmail.com

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professor de Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito pela Unianchieta, Jundiaí-SP, Mestre em Direito Processual Civil pela PUCCAMP, advogado, E-mail: tarcisio@germanodelemos.com.br.

³ TAVARES, André Ramos. **Justiça Constitucional e suas fundamentais** Funções. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006 (p. 25)

São Tomé e Príncipe.

No fim deste texto, desenvolveremos um capítulo que versará sobre assuntos como a inclusão de cláusulas constitucionais na Constituição Política de 1990 (CP90) e Constituição Política de 2003 (CP03) tendendo ao surgimento do Tribunal Constitucional, a aprovação de decretos parlamentares no intuito de instalação do Tribunal Constitucional e do bloqueio imposto pelo veto presidencial.

É bom frisar que a não institucionalização efetiva de um Tribunal Constitucional em São Tomé e Príncipe, além de congestionar as atividades do Supremo Tribunal de Justiça, faz com que muitas demandas de natureza jurídico-constitucional levassem muito tempo a serem julgadas. Há registros de cidadãos que desistiram das queixas e os pedidos acabam sendo arquivados. Cidadãos há, que de tanto esperar, socorrem do artigo 60.º (direito de petição) da Constituição endereçando solicitação a Assembleia Nacional no sentido de verem satisfeitas suas reclamações.

O Supremo Tribunal de Justiça transvestido de Tribunal Constitucional tem resolvido de maneira mais célere as questões que brigam com direitos políticos, deixando para segundo plano as demandas relacionadas com direitos civis e sociais.

Há uma forte probabilidade de que a institucionalização e instalação do Tribunal Constitucional, separando-o do Supremo Tribunal de Justiça, agilizará a justiça constitucional sobretudo nas questões de fórum dos direitos civis e sociais.

A exposição que vai a seguir é fruto de pesquisa documental *in loco* em que foram analisados diversos instrumentos jurídicos são-tomense, bem como uma pesquisa com recursos informáticos, ou seja, internet.

1. BREVES INFORMAÇÕES SOBRE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

São Tomé e Príncipe é um microestado insular, situado no Golfo da Guiné. De uma dimensão territorial de 1001 Km² (São Tomé - 859 Km²; Príncipe - 142 Km²), é o mais pequeno Estado lusófono, o segundo mais pequeno país de África, deixando para trás apenas as Seychelles (455 Km²). Dista do continente africano cerca 300 km a oeste do Gabão. As duas ilhas principais que compõem o arquipélago são-tomense distam-se uma da outra de 150 km de alto mar.

Com uma população estimada em 186.243⁴, povo crioulo, São Tomé e Príncipe conquistou a independência de Portugal a 12 de julho de 1975, depois de mais de 500 anos de exploração colonial.

Conquistada a independência, as novas autoridades aprovaram uma Lei Fundamental⁵ e posteriormente a CP75⁶, e ao nível internacional, o país passou a integrar naquele mesmo ano a Organização da Unidade Africana (OUA) e a Organização das Nações Unidas (ONU).

O Estado São-tomense optou pela democracia socialista monopartidária, com um sistema de governo presidencial, que vingou até janeiro de 1991, quando foram realizadas as primeiras eleições legislativas multipartidárias.

Todavia, antes das eleições de 1991, o país referendou uma nova Constituição, a CP90 que permitiu a abertura política ao regime democrático liberal multipartidário, de economia de mercado, tendo um sistema de governo semi-presidencial de matriz presidencial.

Depois de uma convivência democrática um tanto quanto conturbada, no ano 2003, a Assembleia Nacional procedeu a revisão a CP90, alterando desta feita o sistema de governo semi-presidencial de matriz presidencial para o semi-presidencial de matriz parlamentar. Desta feita foi aprovada uma nova Constituição Política (CP2003).

2. O PODER JUDICIAL NAS CONSTITUIÇÕES DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

A Constituição é a lei fundamental e suprema de qualquer Estado, visando, dentre outros, proporcionar uma governação que facilite o desenvolvimento e justiça para todos os cidadãos.

O Professor Ronaldo Polleti⁷ na sua obra “Controle de Constitucionalidade das Leis” defende que

A ideia da Constituição escrita é sem dúvida, uma conquista da liberal democracia. O Código Constitucional deve consagrar, na sua formalização, o ideário dos direitos individuais e das liberdades públicas, limitando-se o poder dos governantes pela subordinação à lei, expressão da vontade geral. Sempre citado o art. 16 da Declaração dos Direitos do homem: a Sociedade que não

⁴ Dados do IV Recenseamento Geral da População e da Habitação, Instituto Nacional de Estatística, p. 27.

⁵ Lei Fundamental é um instrumento jurídico sem número, publicado no Diário da República n.º 1, de 17 de Julho de 1975

⁶ Diário da República n.º 39, de 15.12.75. p. 1 e ss.

⁷ Polleti, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade das Leis**. Ed. Ver. 2.ede ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 54.

tiver claramente estabelecidos os direitos do homem e garantida a separação dos poderes, não tem Constituição.

São Tomé e Príncipe teve sua Constituição escrita desde Dezembro de 1975, embora vivesse numa democracia socialista monopartidária, não impediu que o Poder Judicial – com justiça politizada – fosse considerado constitucionalmente um dos três pilares funcionais do Estado.

Quanto a importância deste Poder, o Juiz Silvio Dobrowolski assegura que “O Poder Judiciário exerce o papel de guardião dos direitos fundamentais e da própria Constituição, ainda mais porque cabe-lhe dizer da constitucionalidade dos atos normativos.”⁸

2.1 Lei Fundamental

A Lei Fundamental aprovada pelo Bureau Político MLSTP⁹ tratou-se de um instrumento jurídico com normas constitucionais que visava assegurar a gestão corrente e transitória do Estado nos termos legais e até que fosse aprovada a Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe:

Ao nascer este novo Estado livre e independente para o mundo político internacional e demorando ainda um período máximo de três meses a elaboração da sua Constituição, torna-se necessário desde já um mínimo indispensável de normas constitucionais, instrumento legal fundamental para se assegurar a legalidade e a eficiência do funcionamento dos Órgãos do Estado e da administração pública em geral durante o período provisório.¹⁰

Reza o artigo 1.º desta Lei, sob epígrafe “Órgãos da Soberania no regime provisório” o seguinte:

Até que iniciem o exercício das suas funções os órgãos que vierem a ser instituídos pela Constituição Política a elaborar pela Assembleia Representativa, já eleita, exercerão o poder, além da Assembleia Representativa, o Bureau Político do MLSTP, o Presidente da República, o Governo Provisório e os Tribunais.

⁸ DOBROWOLSKI, Silvio. O Poder Judiciário e a Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997, p. 259

⁹ Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe, força política fundada em 1972, derivado do Comitê de Libertação de São Tomé e Príncipe, que tinha como objetivo principal lutar pela independência de São Tomé e Príncipe do colonialismo português. Tomou o poder em 1975 como partido único. Com a transição política do regime democrático socialista monopartidário para o regime democrático liberal multipartidário, realizaram-se as primeiras eleições multipartidárias em 1991, e o MLSTP, que se transformará no MLSTP/Partido Social Democrática saiu derrotado. O MLSTP/PSD venceu as eleições de 1994 (maioria relativa), 1998 (maioria absoluta), 2002 (maioria relativa). Nas duas legislaturas (2006 e 2010) em que o MLSTP/PSD não ganhou as eleições, protagonizou queda do governo na Assembleia Nacional, assumindo a governação como a segunda força política mais votada, tendo mantido no poder cerca de 30 anos, apenas com ligeiros interregnos, nomeadamente 1991/1994, 2006/2008 e 2010/2012. Perdeu as eleições de 2014, onde obteve 16 mandatos dos 55 assentos da Assembleia Nacional.

¹⁰ Terceiro parágrafo do preâmbulo da Lei Fundamental

Interessa-nos neste estudo analisarmos o enquadramento jurídico constitucional do Poder Judicial em São Tomé e Príncipe, pelo que escusaremos a tratar dos outros órgãos de soberania, podendo ser abordado uma ou outra vez devido a relação intrínseca que deve existir entre as instituições que detêm o poder no Estado.

A Lei Fundamental são-tomense de 1975 definiu as atribuições do Poder Judicial em quatro artigos, respectivamente o artigo 15.º “Exercício da função jurisdicional”, afirmando que “As funções jurisdicionais são exercidas exclusivamente por Tribunais integrados no Poder Judicial”; o artigo 16.º cuja epígrafe é “Justiça” rezando no seu número dois que “A justiça é administrada, em nome do povo, pelos Tribunais, que são um órgão da soberania do Estado”; para em seguida o artigo 17.º “Tribunais” estabelecer que “A função jurisdicional é exercida pelo Tribunal Supremo e pelos tribunais de 1ª e 2ª instância” e no artigo 18.º “Ministério Público” frisar que “O Ministério Público é um órgão de justiça a quem compete representar o Estado e as pessoas a quem este deve proteção e defender a legalidade perante os tribunais.”.

Verifica-se, desde logo, que essa Lei Fundamental não desenvolveu muito sobre o Poder Judicial e no que tange ao Tribunal Constitucional *nihil*.

2.2 Constituição Política de 1975

A Constituição Política de 1975 fruto de um trabalho aturado dos novos dirigentes de São Tomé e Príncipe comparativamente a Lei Fundamental consagrou no seu capítulo III “Da Organização do Poder do Estado” os diferentes órgãos de poder do Estado, sendo o Poder Judicial tratado numa seção sem número com epígrafe “Justiça”.

Enquanto na Lei Fundamental o Poder Judicial vinha estabelecido em apenas quatro artigos, na Constituição Política de 1975 esse Poder passou a contar com sete artigos. De referir que nenhum destes sete artigos estão epigrafados o que dificulta em certa maneira uma análise, uma vez que caberá ao pesquisador epigrafá-los, o que poderá não estar de acordo com o que havia preconizado o legislador constituinte.

De qualquer forma, para uma melhor compreensão do estudo que estamos desenvolvendo, entendemos por bem epigrafa-los como se segue: para o artigo 39 teríamos a epígrafe “Competência da Justiça”, uma vez que reza que cabe a justiça promover o “respeito a liberdade e

os direitos dos cidadãos” por um lado e por outro “defender as instituições e a ordem econômica social do Estado”. Para o artigo 40 seria “Julgamento” pois a redação do artigo ordena que “a justiça é feita pelo Tribunal Supremo”. O artigo 41 daríamos a epígrafe “Nomeação e Responsabilidade do Tribunal Supremo” uma vez que a redação estipula que “os membros do Tribunal Supremo são nomeados pela Assembleia Popular Nacional sob proposta do MLSTP” e “o Tribunal Supremo é responsável perante a Assembleia Popular”. Porque a redação do artigo 42 normatiza que “o julgador só obedece as leis e a sua consciência”, a epígrafe seria “Julgador”. Os artigos 43 e 44 teriam as epígrafes respetivamente “Ministério Público” e “Procurador-Geral da República” e por fim o último artigo desta seção, o artigo 45 cuja epígrafe seria “Direito de Defesa”.

2.3 Revisão Constitucional (1980, 1982 e 1987)

Decorridos cinco anos pós-independência, em 1980, a Assembleia Popular aprovava a primeira revisão a CP75. Devemos ressaltar que a Constituição continuou a ter os artigos sem epígrafes. Esta revisão atribui competência de iniciativa legislativa ao Poder Judicial nas matérias relacionadas com a administração da justiça (art. 66.7).

Uma inovação digna de registo é a nomeação do Procurador-Geral da República, antes cabia ao Ministro da Justiça propor e o Governo nomear. Entende-se neste caso Governo, o seu chefe, que nos termos constitucionais era o Presidente da República. Com esta revisão, o procedimento para nomeação do Procurador-Geral da República passaria a ser semelhante a nomeação dos juízes. Ou seja, os juízes são nomeados pela Assembleia Popular Nacional sob proposta do MLSTP (artigo 41.2 da CP75) igualmente o Procurador-Geral passou a ser nomeado pela Assembleia Popular Nacional sob a proposta do MLSTP, conforme consta no artigo 66.º: “O Ministério Público é dirigido pelo Procurador-Geral da República. Este é nomeado pela Assembleia Popular Nacional, sob proposta do MLSTP.”

O MLSTP era o partido político no poder e tinha um domínio claro sobre toda estrutura do Estado, o que poderia levar-nos a concluir que havia uma verdadeira politização da justiça. E esta alteração tinha como objetivo constitucionalizar uma disposição normativa já prevista da Lei de Organização Judiciária (Lei n.º 1/79), no artigo 52 e seguintes.

Apesar de ter havido revisão constitucional no ano de 1982 e uma emenda constitucional no ano 1987 nenhuma destas alterações trouxeram novidades ao Poder Judicial.

2.4 Constituição Política de 1990

Em 22 de Agosto de 1990, os são-tomenses foram chamados as urnas para referendaram uma nova Constituição Política. Como referimos no item Breves Informações sobre São Tomé e Príncipe, tratou-se da Constituição que despoletou o país para regime democrático liberal multipartidário.

Inspirada no modelo constitucional português, a CP93 foi “elaborada com assistência do constitucionalista Jorge Miranda¹¹”, tendo definido claramente “Os Tribunais” como um órgão de soberania integrando a “Organização do Poder Política”. Reza o artigo 103.1 que “Os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.”

Várias foram as mudanças operadas na CP90 comparativamente a CP75 no que tange ao Poder Judicial. A primeira é que pela primeira vez uma Constituição Política são-tomense traz os seus artigos epigrafados. Dos sete artigos que se ocupavam do Poder Judicial na CP75, na CP90 passaram a ser dez. Os dispositivos constitucionais do Poder Judicial na CP75 estavam concentrados todos a uma seção sem número na CP75, enquanto que na CP90 fazia parte de um Título, todos devidamente epigrafados.

O texto constitucional prevê que o Poder Judicial tem a incumbência de administrar justiça (art. 103), é independente (art. 104), as decisões são universais e obrigatórias (art. 105), as audiências são públicas (art. 106), participação da população na justiça (art. 107), da garantia dos juízes (art. 108), da instância suprema da justiça (art. 109), dos tribunais criminais (art. 110), da fiscalização da constitucionalidade (art. 111) e o Ministério Público (art. 112).

Assim, o Poder Judicial, ou seja, os “Tribunais” passaram a constar na CP90 com esta atribuição:

Artigo 111.º

Fiscalização da constitucionalidade

¹¹ SEIBERT, Gerhard. Instabilidade política e revisão constitucional: Semi-Presidencialismo em São Tomé e Príncipe in **O Semi-Presidencialismo nos países de língua portuguesa**. Org. Marina Costa Lobo, Octávio Amorim Neto. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009. p. 203

1. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais, aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou nos princípios nela consagradas.
2. A questão da inconstitucionalidade pode ser levantada oficiosamente pelo tribunal, pelo Ministério Público ou por qualquer das partes.
3. Admitida a questão da inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado à Assembleia Nacional, que decidirá.
4. As decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pela Assembleia Nacional terão força obrigatória geral e serão publicadas no Diário da República.

Uma nota de destaque no Poder Judicial da CP90 é a independência dos tribunais e a fiscalização da constitucionalidade. Está última será tratada no capítulo “A Justiça Constitucional e o Controle de Constitucionalidade em São Tomé e Príncipe”.

Muito embora a CP90 refere a independência dos tribunais, na prática não é o que se tem visto, talvez porque durante mais de dez anos o Poder Judicial subordinava-se ao Poder político. Já o filósofo e sociólogo alemão Habermas afirmará que: “A cultura política de um país cristaliza-se em torno da Constituição em vigor.”¹²

A dependência política do Poder Judicial são-tomense cristalizou-se de tal forma, que chega-se a levantar dúvidas quanto a sua independência. Estipula os números 3 “Admitida a questão da inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado à Assembleia Nacional, que decidirá” e 4 “As decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pela Assembleia Nacional terão força obrigatória geral e serão publicadas no Diário da República” ambos do artigo 111.º da CP90.

Enquanto por um lado a CP90 afirmava que os tribunais são independentes, por outro lado, as questões de foro de inconstitucionalidade, a decisão final, cabia ainda a um órgão político, ou seja, a Assembleia Nacional.

2.5 Constituição Política de 2003

Passados doze anos, devido a constantes crises políticas que culminavam sempre com demissão de governo, ora pela Assembleia Nacional, ora pelo Presidente da República, os representantes eleitos da nação decidiram proceder a alteração da CP90.

¹² HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro** – estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004, especificamente p. 127 a 190. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie, p. 141.

Já referimos anteriormente que a alteração visou sobretudo a mudança do sistema de governo, mas nem por isso ficou-se sem tocar nos outros órgãos, como é o caso do Poder Judicial.

No que tange ao Poder Judicial a grande novidade na CP03 é a criação de diferentes categorias de tribunais (art. 126). Se até então, o Poder Judicial constitucionalmente resumia ao Supremo Tribunal de Justiça, a CP03 preconiza a instituição do Tribunal Constitucional, do Tribunal de Contas, do Tribunal de Primeira Instância, dentre outros:

Título VI

Os Tribunais

Artigo 126.º

Categoria de Tribunais

1. Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de Tribunais:
2. O Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância, o Tribunal Regional e os Tribunais Distritais;
3. O Tribunal de Contas.
4. Podem existir tribunais militar e arbitrais.
5. A lei determina os casos e as formas em que os tribunais previstos nos números anteriores se podem constituir, organizar e funcionar.

A fiscalização da constitucionalidade que depois de cumprir os procedimentos subia para a Assembleia Nacional, órgão político, na CP90 para decisão final, na CP03 vem consagrada constitucionalmente como competência do Tribunal Constitucional. O artigo 129 da CP03 reza que:

3. Admitida a questão da inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado para o Tribunal Constitucional, que decidirá;

4. As decisões tomadas em matéria pelo Tribunal Constitucional terão força obrigatória geral e serão publicadas no Diário da República.

As alterações empreendidas neste artigo, transparece a intenção do legislador constituinte em querer tirar da alçada do poder político as questões jurídico-constitucionais, apesar de manter ainda a nomeação dos juizes. A CP03 além de instituir o Tribunal Constitucional, dedica-lhe todo o Título VII, que contem quatro artigos que definem o tribunal (art. 131), aborda a composição e o estatuto dos seus juizes (art. 132), apresenta as competências (art. 133) e por fim, fala da sua organização e funcionamento (art. 134)

3. O PODER JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO SÃO-TOMENSE

A organização e funcionamento do Poder Judicial é remetido a legislação infraconstitucional. Assim entre 1975 e 1990 foram aprovados diversos diplomas legislativos que visavam reger o Poder Judicial que na verdade funcionava como um órgão político.

A Lei n.º 1/79 – Lei de Organização Judiciária é o marco da estruturação do Poder Judicial, a partir dele tudo o que não se encontrava consagrado constitucionalmente tinha que ser regulamentado tendo em conta este diploma. Este diploma tinha um condão eminentemente político, pois para ser nomeado juiz, procurador geral, delegado judicial, etc. tinha que ser necessariamente militante ou no mínimo simpatizante do partido do MLSTP, pois era sob proposta deste partido que a Assembleia Nacional nomeava.

O artigo 55.2 vai mais longe ainda ao prever que “Os representantes do Ministério Público podem ser eleitos deputados à Assembleia Popular Nacional” não havendo separação alguma do Poder Judicial e do Poder Legislativo.

Foram agregados ainda ao Poder Judicial diversas legislações a saber: Lei que Regulamenta a eleição dos juízes (Lei n.º 4/80); Lei que cria Tribunal Superior de Recurso (Lei n.º 2/83); Lei que adita um artigo a Lei 2/83 (Lei n.º 1/88) e Lei de constituição do Pleno Tribunal Superior de Recurso (Lei n.º 9/90).

A partir de 1990 foi aprovada legislação diversa com vista adequar o Poder Judicial ao regime democrático liberal multipartidário. Ora, o edifício democrático deve estar assente sobre os direitos fundamentais, respeitando valores de liberdade, igualdade, segurança jurídica, etc. Para que esses valores sejam respeitados é preciso que o Poder Judicial seja completamente independente do poder político, funcional. Tudo isto só poderá ser uma realidade se estiver previsto em legislação.

Nesta senda foram aprovados a Lei Base do Sistema Judiciário (Lei n.º 8/91) revoga as Leis n.º 1/79 e 2/83; Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n.º 9/91); Lei do Estatuto dos Magistrados (Lei n.º 10/91) e Lei que altera o artigo 18 da Lei 8/91 (Lei/92).

Alguns anos mais tarde a Assembleia Nacional aprovou um pacote de leis, na arquitetura do Poder Judicial, desta feita institucionalizando o órgão de controlo Tribunal de Contas: Lei n.º

3/99 – Orgânica do Tribunal de Contas¹³; Lei n.º 4/99 – Relativa aos Serviços de Apoio de Tribunal de Contas e o respectivo Quadro do Pessoal¹⁴; Lei n.º 5/99 – Procedimentos no Tribunal de Contas¹⁵; Lei n.º 6/99 – sobre emolumentos a cobrar pelo Tribunal de Contas¹⁶; Lei n.º 7/99 – sobre a Fiscalização Prévia do Tribunal de Contas¹⁷; Lei n.º 8/99 – sobre Prestação de Contas¹⁸; e a Lei n.º 1/VII/02 – que altera o Artigo 9.º da Orgânica de Tribunal de Contas (Lei n.º 3/99)¹⁹.

Tanto a Orgânica do Ministério Público como o Estatuto dos Magistrados Judiciais foram revistos e atualizados para adequarem a CP03, tendo sido aprovados respetivamente pelas Leis n.º 13²⁰ e 14²¹ de 2008.

Ao consultarmos a data de aprovação destes dois diplomas (14.12.2007) pela Assembleia Nacional verifica-se que são próximas as da aprovação dos diplomas que proponha organizar o Tribunal Constitucional e que fora vetado pelo Presidente da República. Podendo afirmar, sem risco de errar, que faziam parte de um pacote legislativo com objetivo de aproximar a legislação do Poder Judicial a CP03.

4. A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE.

A Professora Leane Araújo tratando da justiça constitucional sublinha que

[...] a Justiça Constitucional surge *com*²² a jurisdição constitucional, que retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais. Assim, a jurisdição constitucional apresenta como pilar fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados em Assembleia Nacional Constituinte, exercendo um controle negativo²³.

Enquanto que relativamente ao controle da constitucionalidade Ronaldo Polleti assevera

¹³ Diário da República n.º 7, de 20.08.99, p. 37

¹⁴ Diário da República n.º 7, de 20.08.99, p. 41

¹⁵ Diário da República n.º 7, de 20.08.99, p. 43

¹⁶ Diário da República n.º 7, de 20.08.99, p. 48

¹⁷ Diário da República n.º 7, de 20.08.99, p. 50

¹⁸ Diário da República n.º 7, de 20.08.99, p. 52

¹⁹ Diário da República n.º 9, de 20.12.02, p. 145

²⁰ Diário da República n.º 64, de 7.11.08, p. 670

²¹ Diário da República n.º 65, de 10.11.08, p. 694

²² Grifo nosso

²³ ARAÚJO, Leane Benevides Ferraz. A Jurisdição Constitucional e a Garantia dos Direitos Fundamentais. **Faculdade de Direito de Franca. Revista Eletrônica**. p. 186. Disponível em www.direitofranca.br acessado 15.02.15

que representa uma garantia da Constituição rígida²⁴ e o Consultor Bruno Pereira defende que o controle de constitucionalidade das leis pressupõe a ideia de supremacia da Constituição, concebida como a ordem jurídico-normativa suprema, à qual se devem conformar os demais dispositivos integrantes do ordenamento jurídico²⁵.

Ora, não é nossa intenção neste artigo promover nem tão pouco estabelecer as diferenças conceituais e os aspectos históricos relativos a justiça constitucional e ao controle de constitucionalidade, porque entendemos tratar de uma matéria já analisada, debatida e revisitada em diversas outras produções acadêmicas.

Contudo daremos ênfase a algumas questões que julgamos ser pertinentes para que se possa compreender da necessidade de implementação da justiça constitucional e controle constitucional em São Tomé e Príncipe.

O Professor José Alfredo Baracho defende que atualmente só existem dois modelos de justiça constitucional: o europeu e o americano, asseverando que “O modelo americano de justiça constitucional tem como base o estudo dos fundamentos do controle de constitucionalidade dos Estados Unidos, e dificilmente é transponível para outros países, tendo em vista suas particularidades²⁶”.

Ele sublinha que “O modelo europeu de justiça constitucional, também denominado de austríaco, tem esta denominação por ter surgido na Áustria e pela participação efetiva de Kelsen na sua estruturação e teorização. As origens da justiça constitucional na Europa tiveram uma evolução progressiva, sendo que seu aparecimento está ligado à evolução das ideias e ao conceito de democracia.”²⁷

O modelo europeu de justiça é o que tem sido mais difundido, sendo que Portugal segue esse modelo e São Tomé e Príncipe que tem contando quase sempre com consultoria portuguesa para elaboração da sua legislação também segue este modelo. Não se pode ignorar contudo, que cada Estado depois de adotar um determinado sistema conforma-o a sua realidade histórico-

²⁴ POLLETI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade da Leis**. Ed. Ver. 2.ede ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 53

²⁵ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. Apontamentos sobre o papel do Conselho Constitucional na consolidação do Sistema Francês de Justiça Constitucional, **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 7-30, jul./dez. 2012 p. 10

²⁶ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. Apontamentos sobre o papel do Conselho Constitucional na consolidação do Sistema Francês de Justiça Constitucional, **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, p. 18.

²⁷ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. Apontamentos sobre o papel do Conselho Constitucional na consolidação do Sistema Francês de Justiça Constitucional, **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, p. 18

cultural e sócio-político.

Partindo do princípio que CP90 é o marco jurídico da abertura democrática multipartidária em São Tomé e Príncipe e considerando que é nesta Constituição que pela primeira vez consagra-se um artigo abordando a questão de constitucionalidade, podemos afirmar sem o risco de errar que é a partir daí que começou-se a despoletar o interesse pela constitucionalidade no Estado são-tomense.

Importa frisar ainda que a fiscalização de constitucionalidade prevista no artigo 111 da CP90 é destinada ao Poder Judicial, ou seja, os tribunais no momento do julgamento dos cidadãos não poderiam “aplicar normas e princípios que infringisse” dispositivos constitucionais.

Regista-se uma evolução bastante interessante com a CP03 consagrando nos artigos 132 e 134 a arquitetura do Tribunal Constitucional: composição e estatuto dos juízes (art. 132), competência (art. 133) e organização e funcionamento (art. 134).

Quando analisamos os artigos do Título VII da CP03 que trata do Tribunal Constitucional, num primeiro momento conclui-se que está tudo muito bem. Aparentemente está. Tudo foi muito bem desenhado pelo legislador constitucional, que estipulou no artigo 134 que lei iria estabelecer os tramites de organização e funcionamento daquele tribunal. E para que não houvesse um vazio, enquanto decorresse os procedimentos com vista a sua efetivação, plasmou na CP03 o seguinte:

Parte V

Disposições Finais e Transitórias

Artigo 156.º

Supremo Tribunal de Justiça - Acumulação de funções de Tribunal Constitucional

1. Enquanto o Tribunal Constitucional não for legalmente instalado, a administração da justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional passa a ser feita pelo Supremo Tribunal de Justiça, ao qual compete:

- a) Apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos Artigos 144.º a 150.º;
- b) Exercer as competências previstas no Artigo 133.º.

2. Os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, em matéria de natureza jurídico-constitucional não são passíveis de recurso e são publicados no *Diário da República*, detendo força obrigatória geral, nos processos de fiscalização abstrata e concreta, quando se pronunciam no sentido da inconstitucionalidade.

Entretanto doze anos se passaram depois da publicação da CP03 e o Supremo Tribunal de Justiça continua vestindo a capa do Tribunal Constitucional.

A Assembleia Nacional, sob proposta do XI Governo, decretou instituir a orgânica do

Tribunal Constitucional regulamentando o preconizado no artigo 134 da CP03. Um dos parágrafos do preâmbulo do decreto parlamentar que aprovou a Proposta de Lei n.º 09/VIII/06²⁸ – Orgânica do Tribunal Constitucional exprime que “a opção do presente diploma legal sobre a organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional é a de deixar construídos, no plano normativo, todos os instrumentos adequados à decisão de tornar real o Tribunal Constitucional.”

Segundo o Professor André Tavares “Quando o Tribunal Constitucional confunde-se com um Tribunal judicial, todas as funções próprias do Judiciário serão, *ipso facto*, transferidas àquele.”²⁹ Ele afirma ainda que “Isso costuma ocorrer sempre que o Tribunal Constitucional é apresentado como Tribunal Supremo. Ocorre que, em tais circunstâncias, boa parte dessas funções é imprópria e, assim, interferirá na eficiência do Tribunal Constitucional”.³⁰

Os parlamentares são-tomenses estavam cónscios disto, por isso pretendiam ver Tribunal Constitucional a funcionar, pois já haviam passados três anos desde a publicação da CP03, e o Supremo Tribunal de Justiça continuava exercendo a função cumulativa do Tribunal Constitucional. Os representantes do povo fizeram aprovar também um conjunto de legislação a saber: Proposta de Lei n.º 10/VIII/06³¹ – as Custas do Tribunal Constitucional; Proposta de Lei n.º 14/VIII/06³² – Secretaria do Tribunal Constitucional e a Proposta de Lei n.º 16/VIII/06³³ – que Altera a Lei Base do Sistema Judiciário. A publicação destes diplomas legislativos e a sua respetiva entrada em vigor, permitiria que São Tomé e Príncipe passasse a ter um Tribunal Constitucional como vem previsto na CP03, e hoje já se poderia falar numa jurisprudência constitucional.

Acontece que a CP03 também prevê que cabe ao Presidente da República (PR) promulgar ou vetar dos diplomas (art. 83) emanados do governo ou da Assembleia Nacional. Desta feita o PR decidiu vetar politicamente três dos quatros diplomas a saber: Orgânica do Tribunal Constitucional; Custas do Tribunal Constitucional e Secretaria do Tribunal Constitucional. Promulgando apenas o decreto que aprovou a Proposta de Lei que altera a Lei Base do Sistema.

²⁸ Diário da Assembleia Nacional, Quarta-feira, 21.11.07 II Série – Número 04, VIII LEGISLATURA, Quarta SESSÃO LEGISLATIVA (2006-2010), p. 41 e ss.

²⁹ TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais **Funções**. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006, p. 28

³⁰ TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional e suas fundamentais **Funções**., p. 28

³¹ Diário da Assembleia Nacional, Quarta-feira, 21.11.07 II Série – Número 04, VIII LEGISLATURA, Quarta SESSÃO LEGISLATIVA (2006-2010), p. 67 e ss.

³² Diário da Assembleia Nacional, Quarta-feira, 21.11.07 II Série – Número 04, VIII LEGISLATURA, Quarta SESSÃO LEGISLATIVA (2006-2010), p. 70 e ss.

³³ Diário da Assembleia Nacional, Quarta-feira, 21.11.07 II Série – Número 04, VIII LEGISLATURA, Quarta SESSÃO LEGISLATIVA (2006-2010), p. 76 e ss.

O Decreto Presidencial n.º 10/2010³⁴ - Veto Político a Orgânica do Tribunal Constitucional, a Lei do Secretariado do Tribunal Constitucional e a Lei das Custas do Tribunal Constitucional -, no seu preâmbulo de dez parágrafos apresentou as razões que levaram o PR a vetar os diplomas legislativos em causa.

É pertinente assinalar que os diplomas foram enviados para promulgação a 14 de Dezembro de 2007 e o PR³⁵ veta a 7 de julho de 2010, isto é três anos depois, quando nos termos constitucionais ele tinha um prazo de quinze dias para fazê-lo. Vejamos o que reza os números 1 e 2 do artigo 83 da CP03:

1. Os diplomas aprovados pela Assembleia Nacional e submetidos ao Presidente da República deverão ser por este promulgados no prazo de 15 dias a contar da data da sua recepção.
2. Caso não se verifique a promulgação, o diploma será reaparecido pela Assembleia Nacional e se obtiver o voto favorável da maioria qualificada dos Deputados deverá o Presidente da República promulgá-lo no prazo de oito dias.

Transcrevemos alguns parágrafos do preâmbulo que julgamos ser deveras interessante:

[...]

Não obstante as necessidades da sua criação e ponderados os elementos que concorrem para sua implementação, muitas preocupações se impunham acerca do diminuto conteúdo de trabalho, a afetação de infraestruturas e em termos do impacto sensível no Orçamento Geral do Estado nos anos que se seguiam a médio e longo prazo.

[...] a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional enviada para promulgação exclui a conformação da vontade política do Presidente da República, através de uma eventual promulgação ou veto, sobretudo sendo também o Presidente da República um dos co-garantes da Constituição Política.

Pois, a eleição/indigitação dos Juizes do Tribunal Constitucional far-se-á por uma simples resolução da Assembleia Nacional, que não carece de nenhuma comparticipação por parte do Presidente da República.

Discordando em absoluto com esta exclusão da comparticipação do Presidente da República na nomeação dos Juizes do-Tribunal Constitucional.

O preâmbulo tem servido nos decretos presidenciais como uma nota explicativa, um justificativo, ou seja, as razões que levam o PR a vetar determinado diploma. Neste caso, as razões apresentadas são um tanto ou quanto caricata, vamos ressaltar apenas duas.

A primeira diz o texto do preâmbulo “diminuto conteúdo de trabalho” para “impacto sensível” que a instituição do Tribunal Constitucional iria acarretar, ou seja, a institucionalização do Tribunal Constitucional aumentaria os encargos no erário público para um órgão quase inativo. Perante tamanha violação de direitos sociais consagrados constitucionalmente, não podemos

³⁴ Diário da República n.º 60, de 17.08.10, p. 676

³⁵ Fradique de Menezes era o Presidente da República, estava no segundo mandato, que terminou em 2011

compreender como é que um decreto presidencial apresenta como justificativa, “diminuto conteúdo de trabalho”. A razão apresentada não é suficiente para se vetar um diploma que visa instalar um órgão consagrado constitucionalmente e que tem a responsabilidade num Estado de Direito Democrático Constitucional de não apreciar os direitos políticos, mas todos direitos fundamentais.

A democracia tem custos e há custos que não se pode prescindir. Quando o PR alega “diminuto conteúdo de trabalho”, pode-se questionar: Precisa-se de uma Assembleia Nacional com 55 deputados para um Estado-Nação de 186.243 habitantes? Quando sabe-se que os deputados só reúnem uma vez por mês e ainda assim auferem um subsídio mensal dez vezes superior ao salário mínimo praticado na Administração Pública? Precisa-se de um PR, um Primeiro-Ministro e 15 Ministros para governação deste Estado-Nação?

O segundo motivo é que “eleição/indigitação dos Juizes do Tribunal Constitucional é feita por resolução da Assembleia Nacional, não carecendo de promulgação do PR”. É caso se perguntar: onde esteve o PR três anos antes quando promulgará a CP03?! Será que os seus assessores não informaram que o artigo 132.1 reza que “O Tribunal Constitucional é composto por cinco Juizes, designados pela Assembleia Nacional.”? E que a designação das individualidades feitas pela Assembleia Nacional para qualquer órgão do Estado não carece e nunca careceu do aval do PR.

O PR veta um diploma porque não apresenta um normativo inconstitucional. Isto não parece sério! Pois, os parlamentares a não abrirem espaço para a interferência ou “comparticipação” - como é referido no veto presidencial - do PR na indigitação de juizes do Tribunal Constitucional estavam tão simplesmente cumprindo a Constituição e parece que o PR queria que os deputados agissem contrariamente à Constituição que os parlamentares, inclusive o PR jurará defender.

A Professora Leane Araújo sublinha que:

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estando sujeitos a qualquer vínculo representativo. Nos termos expostos por Jorge Miranda, ao contrário, “uma vez designados, são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juizes”^{36,37}

³⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 535 *apud* ARAÚJO, Leane Benevides Ferraz. A Jurisdição Constitucional e a Garantia dos Direitos Fundamentais. Faculdade de Direito de Franca. Revista Eletrônica. p. 194. Acesso www.direitofranca.br em 15.fev.15

O PR não poderia sentir receio sequer em promulgar as leis do Tribunal Constitucional porque os juízes ali designados estariam tão somente ao serviço da nação e como adverte o Juiz Sílvio Dobrowolski “[...] *mesmo que*³⁸ as instituições não funcionem com a eficácia desejável, de modo algum justifica, que se pense em descartá-las”³⁹.

O decreto presidencial que veta os diplomas que visam organizar e pôr em funcionamento o Tribunal Constitucional foi emitido a 7 de julho de 2010. No artigo 2.º “Reenvio das Leis” deste decreto diz o seguinte: “São reenviadas à Assembleia Nacional as Leis referentes ao Tribunal Constitucional, respectivamente, Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, à Lei de Secretária do Tribunal Constitucional e a Lei das Custas do Tribunal Constitucional.”

O veto e o reenvio de diplomas pelo PR para a Assembleia Nacional objetiva a sua reapreciação. Como podia-se querer que o Parlamento reapreciasse diplomas quando “encontrava fora do funcionamento efetivo”⁴⁰?

O Decreto Presidencial n.º 7/2010⁴¹, de 17 de Março de 2010, já havia marcado para 1 de Agosto de 2010 as eleições legislativas, quando o PR em 7 de julho de 2010 veta os diplomas que objetivava a instalação do Tribunal Constitucional. É no mínimo questionável esta pretensão.

Depois do veto presidencial, já passaram quase cinco anos. A IX nova Legislatura iniciou e terminou. A X Legislatura está em curso e ainda não deu entrada nos serviços parlamentares nenhuma iniciativa legislativa nem por parte dos deputados da maioria nem da oposição, nem ainda do Governo visando retomar a instalação do Tribunal Constitucional.

Nos últimos 5 anos, parece que tem havido aumento de queixas⁴² junto ao Supremo Tribunal de Justiça, reclamando de inconstitucionalidade de ação, cidadãos que se sentem lesados por patronatos, direitos sociais que não garantidos pelo executivo, atos praticados contra cidadãos, partidos políticos e que acabam levando muito tempo em serem julgadas porque os juízes do STJ estão demasiado ocupados.

³⁷ ARAÚJO, Leane Benevides Ferraz. A Jurisdição Constitucional e a Garantia dos Direitos Fundamentais. **Faculdade de Direito de Franca. Revista Eletrônica**. p. 194. Acesso www.direitofranca.br em 15.fev.15

³⁸ Grifo nosso

³⁹ DOBROWOLSKI, Sílvio. O Poder Judiciário e a Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997, p. 257

⁴⁰ Artigo 107.1 da CP03

⁴¹ Diário da República n.º 11 de 09.04.10

⁴² Fonte do Supremo Tribunal de Justiça que preferiu não identificar

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se compreende como é que até ao presente momento, em pleno século XXI, num Estado de Direito Democrático, como é São Tomé e Príncipe, o Poder Judicial continua a não ter um Tribunal Constitucional que possa apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Com certeza que só após uma efetiva instalação do Tribunal Constitucional, bem como de outros tribunais especiais previstos na Lei base do Sistema Judiciário se completará o quadro jurídico-constitucional do Poder Judicial são-tomense. As condições jurídico-constitucionais para institucionalização do Tribunal Constitucional estão criadas. É preciso que haja vontade do executivo (Presidente da República e Governo) e legislativa (Assembleia Nacional) para que o Tribunal Constitucional seja uma realidade em São Tomé e Príncipe.

A Assembleia Nacional deve reapreciar os diplomas que visavam a instalação do Tribunal Constitucional, até porque já passaram cerca de 8 anos após a aprovação pelo plenário. Fazer os acertos necessários, atualizá-las e aprova-las, submetendo-a para promulgação do Presidente da República. Este último deverá promulgar os diplomas em causa e persuadir o Governo a dotar as condições necessárias para instalação do Tribunal Constitucional.

Urge a necessidade de institucionalização e instalação de Tribunal Constitucional, pois contrariamente do que se chega a afirmar “diminuto trabalho” em São Tomé e Príncipe, os tribunais constitucionais não têm que apenas julgar questões políticas. Os tribunais constitucionais devem fazer análises de muitas das demandas que são remetidas a Assembleia Nacional nos termos do artigo 60.º (direito da petição) da Constituição.

As queixas, reclamações e demandas apresentadas nas petições dirigidas a Assembleia Nacional nos termos do artigo citado, na sua maioria, são enquadradas como reivindicações de direitos sociais e civis. Demandas que devem ser julgados pelo Tribunal Constitucional.

Porque ainda não existe tribunais específicos para questões de trabalho, menores, família, dentre outros, e porque as demandas que são julgados pelos tribunais ordinários desta natureza têm um forte elo com direitos sociais, consequentemente direito fundamental, é imperioso que se instale o Tribunal Constitucional quanto antes possível, sob o risco de São Tomé e Príncipe vir a ter cidadãos que fazem justiça social com as próprias mãos.

A Professora Leane Araújo ressalta que “os Tribunais Constitucionais garantem a supremacia de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, basilares do Estado de Direito⁴³”.

Assim sendo, o Estado São-tomense não pode protelar por muito mais tempo a instalação deste órgão que completará o Poder Judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Leane Benevides Ferraz. A Jurisdição Constitucional e a Garantia dos Direitos Fundamentais. **Faculdade de Direito de Franca. Revista Eletrônica**. Disponível em [Www.direitofranca.br](http://www.direitofranca.br) Acesso 15.fev.2015

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Justiça Constitucional**. Disponível em http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2004/04/-sumario?next=1 Acesso 09.jan.2015

DOBROWOLSKI, Silvio. **O Poder Judiciário e a Constituição**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34 n. 136 out./dez. 1997

HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional tem futuro? In HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber, Paulo AstorSoethe e Milton Camargo Mota. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2004, especificamente p. 127 a 190. Título original: Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politischen Theorie.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 535 *apud* ARAÚJO, Leane Benevides Ferraz. **A Jurisdição Constitucional e a Garantia dos Direitos Fundamentais**. Faculdade de Direito de Franca. Revista Eletrônica. p. 194. Disponível em www.direitofranca.br Acesso 15. fev. 2015

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. Apontamentos sobre o papel do Conselho Constitucional na consolidação do Sistema Francês de Justiça Constitucional, **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2: 7-30, jul./dez. 2012

POLLETI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle de Constitucionalidade da Leis**. Ed. Ver. 2.ed. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁴³ ARAÚJO, Leane Benevides Ferraz. A Jurisdição Constitucional e a Garantia dos Direitos Fundamentais. **Faculdade de Direito de Franca. Revista Eletrônica**. p. 194. Acesso www.direitofranca.br em 15 de fev.15

São Tomé e Príncipe, **IV Recenseamento Geral da População e da Habitação** realizado no ano de 2012 pelo Instituto Nacional de Estatística

_____, **Proposta de Lei n.º 9/VIII/06**. Diário da Assembleia Nacional N.º 04, II Série, 4.ª Sessão Legislativa, VIII Legislatura (2006-2010), de 21 de nov. de 2007

_____, **Lei Fundamental**. Diário da República n.º 1, de 17 de jul. de 1975

_____, **Constituição Política**. Diário da República n.º 2, de 29 de jan. de 2003

_____, **Constituição Política**. Diário da República n.º 13, de 20 de set. de 1990.

_____, **Decreto Presidencial n.º 7**. Diário da República n.º 11, de 09 de abr. de 2010

_____, **Constituição Política**. Diário da República n.º 39, de 15 de dez. de 1975

_____, **Decreto Presidencial n.º 10**. Diário da República n.º 60, de 17 de ago. de 2010

_____, **Lei Orgânica do Ministério Público**. Diário da República n.º 64, de 07 de nov. de 2008

_____, **Estatuto dos Magistrados Judiciais**. Diário da República n.º 65, de 10 de nov. de 2008

_____, **Lei Orgânica do Tribunal de Contas**. Diário da República n.º 7, de 20 de ago. de 1999

_____, **Altera Orgânica do Tribunal de Contas**. Diário da República n.º 9, de 20 de dez. de 2002

SEIBERT, Gerhard. Instabilidade política e revisão constitucional: Semi-Presidencialismo em São Tomé e Príncipe *in* **O Semi-Presidencialismo nos países de língua portuguesa**. Org. Marina Costa Lobo, Octávio Amorim Neto. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Justiça Constitucional e suas fundamentais Funções**. Brasília a. 43 n. 171 jul./set. 2006

ABREVIATURAS

Constituição Política de 1975 – CP75

Constituição Política de 1990 – CP90

Constituição Política de 2003 – CP03

Diário da Assembleia Nacional – DAN

Diário da República – DR

Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe – MLSTP

Organização da Unidade Africana – OUA

Organização das Nações Unidas – ONU

Presidente da República – PR

São Tomé e Príncipe – STP

Supremo Tribunal de Justiça – STJ

A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL

Airto Chaves Júnior¹

Bárbara Guasque²

INTRODUÇÃO

A separação dos poderes é um princípio constitucional presente na estrutura organizacional da ampla maioria dos Estados constitucionais contemporâneos. No entanto suas acepções são inúmeras e variadas além de terem sofrido significativas interpretações que fundamentaram a consolidação de modelos constitucionais contrapostos em cada um dos lados do Atlântico.

Tradicionalmente, o princípio pressupõe uma delimitação entre as funções estatais, delegando cada uma delas a um órgão específico com autonomia e independência. Em uma perspectiva teleológica pretende-se que nenhum dos poderes detenha a totalidade do poder estatal e que, ao mesmo tempo, sirvam de freios e contrapesos um para com os outros a fim de que seja evitado o controle e consequente abuso do poder em prol das liberdades individuais.

A atual concepção do princípio da separação dos poderes adveio do amálgama de uma série de ideias ao longo da história que se concretizaram em contextos históricos-políticos muito diversos, assumindo formas manifestamente incompatíveis. O continente americano enfrentava problemas diversos do que vinha ocorrendo no velho continente e, por certo, abordaram suas particularidades em âmbitos institucionais diferentes.

É premissa comum que a Constituição Inglesa, a Norte-Americana e a Francesa foram os estatutos jurídicos do Estado Liberal inspirados no ideário iluminista que afirma o indivíduo com

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Professor Titular de Direito Penal e Direito Processual Penal da mesma Universidade; Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina; Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Advogado Criminalista em Santa Catarina. E-mail: oduno@hotmail.com

² Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí com bolsa PROSUP da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011/2013). Pós-Graduada em Direito Ambiental pela Universidade Positivo - UP (2009). Advogada graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2003).

sua liberdade natural e não previamente inscrito em estamentos gozando dos direitos ou privilégios correspondentes a este estamento. Este ideário irá pautar a construção de novos modelos de Estados, com novas formas de exercer o poder político e em flagrante oposição ao sistema jurídico-político anterior, como o absolutismo e o sistema feudal. Partindo dessa afirmação do indivíduo com sua autonomia individual perante o Estado e a sociedade, houve a construção de modelos estatais diversos que tinham por denominador comum o princípio da separação dos poderes, o qual assumiu distintas e antagônicas conotações em cada um deles.

O presente estudo pretende, através das diferentes conotações assumidas pelo princípio da separação dos poderes ao longo da história, traçar um panorama dos diferentes paradigmas constitucionais e estatais que se formaram nos dois lados do Atlântico.

A pesquisa se justifica a fim de se promover um resgate histórico, ainda que perfunctório, das bases da teoria constitucional europeia e norte-americana, a partir do princípio da separação dos poderes.

Utilizou-se, para tanto, quer na fase de investigação quanto na fase do relatório da pesquisa, o método indutivo. O método procedimental utilizado foi o monográfico e a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

1. NOTAS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Conforme bem anota Jorge Miranda,

Qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico a que se reconduza, requer ou envolve institucionalização jurídica do poder; em qualquer Estado podem recortar-se normas fundamentais em que assenta todo o seu ordenamento (...). Todavia, somente desde o século XVIII se encara a Constituição como um conjunto de regras jurídicas definidoras das relações (ou da totalidade das relações) do poder político, do estatuto dos governantes e dos governados; e é esse o alcance inovador do constitucionalismo moderno.³

Essas inovações, trazidas por essa nova ordem constitucional, tem por objeto os diversos movimentos constitucionais, concretamente o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano e o francês e ascende o princípio do governo limitado necessário para que se garantam os direitos estruturadores e organizacionais político-sociais de uma comunidade.⁴

³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 01.

⁴ CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51.

Na Inglaterra, após a morte de Cromwel, em 1658, sucedeu-lhe no governo da República seu filho Ricardo, o qual abdicou a favor do Rei Carlos II dando início a um período de paz após as guerras civis e à ditadura de Cromwel. Com a morte de Carlos II, sucede-lhe o irmão Jaime II o qual se aliou ao francês Luis XIV. Com isso ambos os partidos, partidários do rei e oposicionistas, temendo que subisse ao trono um católico filho de Jaime II, prepararam a revolução a qual se deu em 1688 com a Declaração de Direitos (Bill of Rights), assinada por Guilherme de Orange, a qual garantia as liberdades inglesas consagradas na Magna Carta, nos Estatutos de Oxónia e no *Habeas Corpus*.⁵

A Revolução Americana está na gênese do Constitucionalismo Moderno pelas suas ideias de Direito Natural, a doutrina do pacto social, a doutrina da soberania popular e o direito da revolução. Surge a Constituição de 1789 dos Estados Unidos e as primeiras constituições escritas.⁶

A Revolução Francesa surge na sequência, ante os problemas financeiros que a França sofreu em resultado de dois séculos de várias guerras, o que se traduziu num aumento das receitas advindas dos impostos e numa grande contestação ao poder instituído. Em desespero de causa são convocados os Estados Gerais, onde o Clero, a Nobreza e o Povo se reúnem para resolver a grave situação financeira e para determinar o modo de aumento da carga fiscal. A reunião destes Estados Gerais vai estar na base da criação de uma Assembleia Constituinte, onde é criada uma Constituição, embora suspensa, que consigna as liberdades já proclamadas na Inglaterra e nos Estados Unidos. Desta Constituição surgem três ideias importantes: a) a ideia de vontade geral, no seguimento das ideias de Rousseau que tenta conciliar os interesses do indivíduo com os interesses da comunidade. Os indivíduos mediante um contrato social abdicam das suas vontades individuais a favor do Estado, em troca da liberdade e da propriedade. A vontade geral assenta na regra da maioria e a lei é o resultado dessa vontade geral; b) o conceito de Nação que está até os dias de hoje, na França, vinculado ao conceito de soberania. A soberania ainda reside na Nação; c) a própria ideia de razão é vincada na Revolução Francesa.⁷

O constitucionalismo, portanto, veio como oposição aos antigos princípios consuetudinários fundamentados em direitos estamentais e em um Estado arbitrário, atuando com “fins garantísticos” mediante a criação da constituição moderna, cujo conceito engloba: a)

⁵ CHUMBINHO, João Paulo da Cunha Rendeiro. **A Constituição e a Independência dos tribunais**. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 24.

⁶ CHUMBINHO, João Paulo da Cunha Rendeiro. **A Constituição e a Independência dos tribunais**. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 25.

⁷ CHUMBINHO, João Paulo da Cunha Rendeiro. **A Constituição e a Independência dos tribunais**. Lisboa: Quid Juris, 2009, p. 25

ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; b) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; c) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado.⁸

A constituição inaugurou um Estado de Direito Liberal, figurando como um garante na defesa dos direitos e da liberdade dos cidadãos; e o princípio da separação surge como um meio de assegurar a salvaguarda e o respeito desses direitos e liberdade. E é nesse contexto de constitucionalismo moderno que surge um poder judicial com autonomia e separado dos demais poderes, garantido mediante o princípio da separação dos poderes.

O paradigma liberal do Estado de Direito se articula através de um conteúdo complexo que oferece duas vertentes claramente diferenciadas: uma vertente material, fundamental na medida em que é o seu elemento teleológico, destinado a garantir a liberdade do indivíduo através do reconhecimento de seus direitos frente ao Estado; e uma formal, consistente no desenvolvimento de um sistema determinado de organização dos poderes do Estado (separação dos poderes) e uma determinada maneira de articular a forma de atuação destes poderes estatais que se põem a serviço da liberdade individual (império da lei – primazia da lei como norma emanada da Assembleia representativa e; - legalidade da atuação administrativa e judicial – submissão da Administração e da Justiça à essa lei).⁹

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes é elevada a princípio constitucional presente na estrutura organizacional da ampla maioria dos Estados constitucionais contemporâneos¹⁰. No entanto, suas acepções são inúmeras e variadas:

- a) Diferenciar as funções estatais designadas bem como os órgãos que respectivamente as exercem: legislativo, executivo e judicial;
- b) Independência de cada um dos órgãos perante a ação ou interferência de outro;
- c) Participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, da mesma função estatal, em ordem a prática de um ato imputável a todos; e
- d) Incompatibilidade de exercício simultâneo de cargos em diferentes órgãos estatais.

Tradicionalmente, o princípio pressupõe uma delimitação entre as funções estatais,

⁸ CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51.

⁹ ALARCÓN, María Luz Martínez. **La Independencia Judicial**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004. P. 53.

¹⁰ No Estado do Vaticano o princípio não é especificamente acolhido. In: PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 11.

delegando cada uma delas a um órgão específico com autonomia e independência. Em uma perspectiva teleológica pretende-se que nenhum dos poderes detenha a totalidade o poder do Estado e que sirvam de freios e contrapesos um para com os outros a fim de que seja evitado o controle e consequente abuso do poder em prol das liberdades individuais.

No que diz respeito a uma concepção simplista de limitação ou moderação do poder político e garantia da liberdade, é na antiguidade greco-romana e na teoria da constituição mista que referido princípio encontra suas raízes históricas.¹¹ No entanto, a sua acepção que distingue as funções do Estado, prescrevendo as atribuições de cada uma à diferentes órgãos autônomos com vistas às liberdades individuais tem origem moderna, mas precisamente no século XVII na Inglaterra. A própria expressão “separação dos poderes” pertence a essa época.

Nuno Piçarras afirma que esse princípio moderno da separação dos poderes associou-se e até mesmo confundiu-se com a doutrina da constituição mista da antiguidade greco-romana; e que a partir dessa associação de ideias, as quais de início nada tinham em comum, originou-se a teoria da balança dos poderes a qual evoluiu para uma teoria dos freios e contrapesos. O autor remete à esse amálgama de ideias, a formulação de tamanhas acepções com relação ao mesmos princípio. Afirma também que a concretização do princípio em contextos histórico-políticos muito diversos, assumiu formas manifestamente incompatíveis.

É ressaltada a atribuição, quase que unânime, da doutrina da separação dos poderes à Montesquieu, em referência ao capítulo VI do livro XI do clássico “Espírito das leis”. No entanto o autor alude que Montesquieu foi influenciado por autores ingleses, a exemplo de Locke e Bolingbroke, e também pela realidade constitucional inglesa que havia concretizado a separação dos poderes. Portanto considera errônea a ideia prevalecente de que os autores anteriores teriam sido apenas precursores da ideia de Montesquieu, além de atribuir a esse fator, a causa das controvérsias e mal entendidos que geraram em torno da doutrina e do princípio da separação dos poderes. Isto porque, a versão apresentada por Montesquieu constitui tão somente uma “síntese sincrética” do que o autor considera como as verdadeiras raízes da doutrina.¹²

O autor referido formulou minucioso estudo a fim de averiguar as exatas origens, o sentido e o alcance da doutrina da separação dos poderes e remete à antiguidade greco-romana as raízes

¹¹ PIÇARRAS, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 17.

¹² PIÇARRAS, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 19.

da ideia da separação dos poderes, nomeadamente em uma perspectiva de distribuição de poder passível de permitir a participação de todas as classes sociais no exercício do poder, gerando um equilíbrio de forças. Essa aceção se prende ao conceito de Constituição mista formulado por Aristóteles. Uma constituição mista leva em conta todas as partes que compõem o corpo social e é aquela em que o exercício do poder seja exercido partilhado dentre as várias classes sociais, contrapondo-se às constituições puras onde apenas uma classe era detentora do poder político. Dentro desta perspectiva, somente uma constituição mista tem o condão de abarcar ricos e pobres ao mesmo tempo e com paridade. Como Aristóteles discriminava seis formas de governo: monarquia, aristocracia, república, tirania, oligarquia e democracia; a melhor constituição seria o resultado da mistura da forma de governo dos ricos com o governo dos pobres, das oligarquias com a democracia procurando constituir o almejado meio-termo “o ideal de toda ética aristotélica”¹³, ou seja, a república¹⁴.

Seguindo essa mesma linha, Aristóteles também formulou o conceito de constituição média, que com vistas a seu ideal e idolatria pela filosofia do meio-termo, tinha por preceito o equilíbrio entre as classes sociais de forma a se atenuar as diferenças entre elas, a fim de que nenhuma se sobreponha sobre a outra.¹⁵

Ambos os conceitos se relacionam e, mais que isso, se integram a fim de propor uma distribuição do poder, participação de todos os substratos sociais e equilíbrio de forças. Eis aí, uma remota ideia do que viria a ser a doutrina na separação dos poderes.

A versão de constituição mista de Políbio e também Cícero, escritores greco-romanos do século IIa.C., partem de uma experiência concreta de constituição – a República Romana. Políbio antes e durante as duas guerras púnicas e Cícero em período logo anterior às reformas dos Gracos.¹⁶ Referidos escritores reavivem a ideia aristotélica acerca da constituição mista proveniente da mistura de formas de governos que abrangessem todos os substratos sociais. Assim a organização da república romana contemplava dois cônsules, senado e comícios tribunícios; cada um com sua respectiva legitimação, representativo de um diferente substrato social. Sendo os cônsules legitimados pela monarquia, o senado pela aristocracia e os comícios

¹³ Expressão utilizada por Nuno Piçarras in: PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 35.

¹⁴ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 34.

¹⁵ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 36.

¹⁶ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 37.

tribunícios legitimado pela democracia.¹⁷ E nessa atribuição de órgãos políticos à respectiva classe social é que reside a diferença entre a teorização de Políbio da constituição mista com a de Aristóteles, vez que para o primeiro o equilíbrio residia exatamente na atribuição à cada classe social de um poder autônomo de forma que nenhum se exceda e sofram as fiscalizações uns dos outros. Essa aceção polibiana também deixa de lado a pretensão aristotélica de obter uma maior aproximação entre ricos e pobres, primando em preservar apenas o equilíbrio natural entre as forças representativas.¹⁸

Enquanto a constituição mista em Aristóteles previa que todas as classes tivessem acesso ao poder de modo unificador e misturado, em Políbio o poder é separado e atribuído cada um a uma classe de modo que funcione simultaneamente como limite e contrapeso.¹⁹

No entanto, segundo Nuno Piçarras, nessa antiguidade narrada, a teoria da constituição mista não passou de uma “tradição literária” que no mais serviu para impor algum limite ao poder monárquico mediante a intervenção dos demais estamentos sociais nas decisões políticas, quase que exclusivamente nas questões de caráter financeiro ou fazendário. Somente com o desenvolvimento do sistema constitucional representativo inglês, que distribuiu o poder entre o Rei, os Lordes e os Comuns, consolidou-se a repartição dos poderes como “teoria política dominante”, estabelecendo o princípio da separação dos poderes à margem do esquema constitucional do governo misto, a qual não se deve à exigência de dividir o poder unitário do Estado e sim, pelo contrário, com o mister de compor uma unidade política composta dos diversos estamentos e ordens que serviam de base nas monarquias feudo-estamentais – uma monarquia mista.²⁰

A separação dos poderes, como doutrina, surgiu pela primeira vez na Inglaterra do século XVII associada ao pressuposto da *rule of law* inglês, tida como condição essencial para o desenvolvimento do mesmo.

Na Inglaterra, a separação dos poderes surgiu como um imperativo de se limitar o poder e por fim à tirania. No entanto, a tirania que justificou a adoção do princípio não veio do rei, conforme logo se cogita, mas do parlamento. O rei Carlos I, após ter dissolvido o parlamento em

¹⁷ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 38.

¹⁸ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 38-39.

¹⁹ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 40.

²⁰ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 43.

1629 foi levado a convocá-lo para efeito de lançamento de impostos – primeiro o Curto Parlamento, depois o Longo Parlamento o qual embrenhou uma oposição ferrenha ao governo autocrático de Carlos I. Assim, o Longo Parlamento se utilizou sistematicamente do *impeachment* contra titulares de cargo público. Segundo Kluxen,²¹ 98 (noventa e oito) pessoas foram alvo de *Impeachment*, desde funcionários civis a membros da hierarquia eclesiástica. A fim de frear os abusos e arbitrariedades cometidas pelo Longo Parlamento foi invocada uma necessária separação dos poderes, nomeadamente para que um mesmo órgão não aglutinasse a função legislativa e a aplicabilidade das mesmas leis as quais criou, a exemplo do que acontecia com o *impeachment*.

Aqui, portanto denota-se uma acepção jurídica da separação dos poderes, completamente diversa da acepção política proposta por Aristóteles na constituição mista. Apresentou-se completamente divorciada da teoria da constituição mista, vez que tinha por cerne excluir o arbítrio e a tirania inerentes a quaisquer concentrações de poder, e a preservação das liberdades individuais do risco das leis serem aplicadas pelo mesmo órgão que as formula. Afinal, certamente a tirania e a arbitrariedade se farão presente, se os executores da lei possuir a prerrogativa de alterá-la, ampliando ou restringindo seu limite ao prazer de suas conveniências.²² Conforme preleciona Piçarras:

[...] a doutrina da separação dos poderes entrou no direito constitucional com uma conotação estritamente jurídica sem, de todo, estar ligada ao tema político da constituição mista, sem curar, portanto, da titularidade política dos respectivos poderes-funções. Estava apenas ligada a concepções jurídicas em desenvolvimento na Inglaterra de então, que visavam assegurar a proteção das esferas jurídicas individuais perante intervenções arbitrárias do Estado. Nesta medida constitui o embrião do liberalismo.²³

Portanto, o princípio da separação dos poderes foi originariamente concebido como uma conotação estritamente jurídica para se assegurar a primazia da lei e garantir as liberdades individuais das arbitrariedades do Estado, sem ligação com a conotação política da constituição mista, sendo, conforme desenvolvido na Inglaterra, um precursor do liberalismo.²⁴

No entanto, a despeito de haver uma distinção entre as funções executiva e legislativa as funções se misturavam sendo que nem Rei nem o Parlamento exerciam somente as funções que

²¹ KLUXEN, Kurt. *Geschichte und Problematik des Parlamentarismus*. Frankfurt-am-Main, 1983, p. 60 *apud* PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 48.

²² PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 47-52.

²³ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 53

²⁴ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 53.

lhes seriam inerentes. Deve-se aos niveladores, na pessoa de seu mais ilustre representante – John Lilburn, a arguição da separação entre executivo e legislativo em contraposição à monarquia mista. Explica-se: antecedendo a proclamação da república, no ano de 1649, o *Rump Parliament*, composto em sua maioria pelo partido dos Niveladores e dos Republicanos, decretou que “o povo é, após Deus, a origem de todo justo poder e os Comuns na Inglaterra, reunidos em Parlamento, escolhidos pelo povo e seus representantes, detêm o poder supremo da nação”²⁵; restringindo ao Poder Legislativo a exclusividade para legislar, excluindo, portanto a Monarquia e a Câmara dos Lordes em nome da soberania popular. Assim, o poder supremo de legislar, ficou restrito àqueles escolhidos e representantes da soberania popular, refutando o poder real de veto sobre a assembleia legislativa, que, segundo os niveladores, feria a separação dos poderes a qual exigia que o representante do poder executivo detenha apenas a incumbência de executar as leis, sem, no entanto, participar de sua feitura.

Denota-se, nessa fase da história, uma conotação política da teoria da separação dos poderes, diferentemente do aspecto jurídico anterior em que o objetivo da separação era a fim de garantir o *rule of law* – a primazia da lei, igualdade perante a lei e segurança jurídica. Aqui o sentido político da separação dos poderes era necessário para excluir o poder executivo de qualquer possibilidade de legislar, que caberia apenas à uma assembleia de representantes eleitos pela soberania popular. Com essa acepção política, a separação dos poderes foi contraposta à monarquia mista, marcando “o início da doutrina política da separação dos poderes”²⁶, e o fim da monarquia mista”²⁷.

A primeira Constituição escrita da Inglaterra (*Instrumento of Government*), em 1653, consagrou o princípio da separação dos poderes sem, no entanto, lhe atribuir um sentido radical conforme proposto pelos Niveladores, principalmente por conceder ao chefe do Poder Executivo o direito de veto, numa flagrante tentativa de reaproximação do modelo constitucional de monarquia mista. Mais próxima ainda ficou a Constituição seguinte, de 1657 (*Humble Petition and Advice*), que permitia o veto do executivo de forma idêntica ao voto real da monarquia mista.²⁸

Mesmo enquanto restrita ao primado da *rule of law*, a doutrina da separação dos poderes

²⁵ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 54.

²⁶ O que Piçarra denomina de “versão democrática-radical da doutrina da separação dos poderes”

²⁷ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 57.

²⁸ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 58-59.

foi proposta e defendida pelos inimigos da monarquia mista por constituir, para os mesmos, “um entrave à realização do princípio democrático”²⁹. De qualquer forma, a restauração dessa Monarquia em 1600 não levou à negação da doutrina, a qual já estava bem consolidada na teoria constitucional inglesa e o poder teve de ser partilhado entre rei, nobreza e povo (bicameralismo).

Nuno Piçarras separa as teorizações da separação dos poderes em uma teoria de caráter jurídico, cujo cerne era a primazia da lei (*rule of law*); e a versão democrática-radical proposta pelos Niveladores, calcada no princípio da supremacia popular, e, portanto, supremacia do parlamento, na qualidade de representante do povo. A mistura entre referidas teorias deu origem àquela que veio a ser a teoria constitucional típica da Inglaterra no século XVIII: a doutrina da balança dos poderes. A nova teoria pregava a separação entre os poderes executivo e legislativo como condição para o controle e limitação recíproca do poder público exercido por cada órgão separadamente – em suma, que atuassem como freios e contrapesos.

Efetivamente a doutrina da separação dos poderes encontrará em Locke e Montesquieu seus grandes sistematizadores; o inglês, pioneiro, através do “Segundo tratado sobre o governo civil” e o francês no célebre “Do Espírito das Leis”.

2.1 John Locke

A contribuição de Locke para a doutrina da separação dos poderes é muito mais significativa do que a primeira vista pode parecer mediante um simples lançar de olhos no capítulo 12 de seu célebre *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, onde a questão do controle e limitação do poder de Estado aparece de forma sintética nos parágrafos 143 a 148. A importância de sua teoria política o coloca como filósofo político por excelência da Revolução Inglesa de 1688. Suas teorias definiram os contornos essenciais da doutrina liberal por cerca de dois séculos.³⁰

John Locke compatibilizou a monarquia mista, o contrato social e a separação dos poderes. Enquanto a monarquia mista possuía a participação bem delimitada do Rei, dos Lordes e dos Comuns com base no pressuposto da existência de uma sociedade pré-constituída, onde os homens estariam previamente inscritos em estamentos; o contrato social estipulava que a sociedade advém de um contrato, refutando essa existência de uma ordem natural ou divina. Na

²⁹ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p.59.

³⁰ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 45.

concepção de Locke, o homem é dotado de direitos naturais como a liberdade, igualdade e a propriedade, os quais antecedem o contrato social cujo efeito é o Estado. Neste estado de natureza cada homem teria o direito de fazer tudo o que entender adequado para salvaguardar sua liberdade e sua propriedade. No entanto isso torna todos detentores de poder e de jurisdição desprovidos de parcialidade. O contrato social adviria, em Locke, da necessidade da intervenção do Estado a fim de resolver os conflitos nascidos entre os indivíduos, proteger a propriedade e a segurança destes e não para limitar os direitos naturais. Seu fundamento se encontra na lei, vez que no estado de natureza não existem leis fixas e estabelecidas consensualmente que regulem os litígios e apenas as transgressões, cabendo ao Estado a feitura das mesmas. Caberá também ao Estado, garantir o que, da mesma forma, o estado de natureza não proporciona: juízes imparciais para julgar os litígios e meios coercitivos que garantam a aplicação das sentenças proferidas por estes.

Somente através da lei, a vida e a propriedade estarão garantidas, e, como em virtude da lei algumas liberdades restarão restritas, é necessário legitimá-las mediante um consenso social. Em sendo impossível a obtenção de referido consenso pelo exercício da totalidade dos indivíduos, o será pelos seus representantes eleito. E, ante a diversidade de opiniões e interesses, referido consenso só poderá se concretizar se levada em conta a maioria.

No entanto, para que o poder legislativo, detentor do poder supremo, ainda que legitimado pelo consenso social, não se transformasse na institucionalização da repressão e arbitrariedade, Locke defendia a separação de poderes como mecanismo indispensável para que impedisse que o mesmo corpo legislativo extrapolasse os limites de suas atribuições e aplicasse as leis que faz. Em consequência, o poder atribuído ao governo pelo contrato social haveria de ser dividido, cabendo ao Legislativo editar as leis e, ao Executivo, aplicá-las.

Note-se que Locke retoma a versão clássica da doutrina da separação dos poderes com vistas à primazia da lei: para que uma lei seja, de fato, imparcial, não pode ser criada e aplicada pelo mesmo órgão.³¹ Também convém salientar que a lei, conforme concebida por Locke, deve ter, necessariamente, caráter geral e abstrato cuja aplicação ao caso concreto ficará a cargo do executivo. E é nesse caráter geral e abstrato onde reside o fundamento de supremacia da mesma, vez que referidos atributos lhe outorgam o sentido de justiça. Valdés enaltece essa afirmação

³¹ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 71.

como sendo de suma importância futura por constituir-se uma das bases filosófica-política sobre a qual se constituirá o sistema norteamericano da *judicial review*, na medida em que a assertiva impõem que o poder legislativo atue mediante leis gerais e abstratas, garantias fundamentais da liberdade e propriedade as quais constituem, portanto, limites ao poder político estatal.³²

No entanto, a superioridade do poder legislativo não impedirá a arguição de determinadas limitações ao poder supremo, segundo Locke. O poder legislativo não pode ser exercido absoluta e arbitrariamente sobre as fortunas e as vidas do povo. Referida limitação parte da premissa Lockeana de que a lei da natureza é superior às leis sociais, de modo que “as leis ditadas pelos legisladores devem estar de acordo com a lei da natureza, ou seja, com a vontade de Deus, da qual a lei da natureza é manifestação”³³.

Um segundo limite exige que, ao poder legislativo supremo, não pode atribuir-se o poder de governar mediante decretos extemporâneos e arbitrários; está obrigado a administrar a justiça e a decidir quais são os direitos de um súdito, guiando-se por leis promulgadas e estabelecidas e servindo-se de juízes autorizados.³⁴ Vislumbra-se nesta limitação a afirmação do princípio da legalidade.

Uma terceira limitação prevê que “o Estado não pode apoderar-se de parte alguma da propriedade de um homem sem o consentimento deste, vez que o fim do Estado seria a preservação da propriedade, razão pela qual os homens acordam em formar uma sociedade, o que implica dizer que ao povo é permitido ter propriedades. Referida limitação afirma o princípio da liberdade econômica. Como última limitação, Locke aduz a proibição, por parte do poder legislativo, de delegar sua competência legiferante vez que referido poder lhe foi atribuído pelo povo e não é passível de delegação.”³⁵

Para Valdés, a enumeração de referidos limites ao supremo poder legislativo é um prenúncio da posterior exigência da doutrina lockeana da separação dos poderes, uma vez que todas as limitações expostas são no sentido de se coibir arbitrariedades por parte do poder legislativo impondo um “mecanismo estrutural que possibilite a efetividade das limitações

³² VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 54.

³³ John Locke *apud* VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 54

³⁴ John Locke *apud* VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 54

³⁵ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 55.

impostas”.³⁶ Após delimitar a estrutura sob a qual deve funcionar o poder legislativo, Locke passa à doutrina da separação dos poderes fundamentando a necessária separação entre os poderes executivo e legislativo na fraqueza dos homens os quais tendem a acumular poder, “estes poderiam ser tentados a ter em suas mãos o poder de fazer leis e de executá-las, para assim eximirem-se de obedecer as leis que eles mesmos fizeram”.³⁷ Para tanto se faz necessário a existência um poder executivo separado e detentor da função definida de executar as leis proveniente do poder legislativo.³⁸

Locke também admitia a existência de um poder federativo, que seria uma divisão do poder executivo, sendo que à este pertencia a execução das leis dentro da comunidade e ao poder federativo competia tratar da segurança e de assuntos externos ao Estado, como por exemplo fazer guerra e paz, estabelecer alianças etc.

Para justificar a ausência do poder judicial na doutrina da separação dos poderes lockeana, Valdés recorre a interpretação de Bobbio, para o qual juízes e legisladores possuem funções similares, ou seja, de estabelecer o direito, não importando que os legisladores digam o direito de forma genérica e abstrata e os juízes ao caso concreto, representando ambos duas faces de um mesmo poder.³⁹ Valdés encontra a justificativa da interpretação dada por Bobbio nos parágrafos 89 e 136 do Segundo Tratado, onde Locke afirma que o que tira os homens do estado de natureza e os coloca em um Estado é o estabelecimento de um juiz com autoridade para decidir as controvérsias existentes entre os membros do Estado; e que este juiz seria a legislatura ou o magistrado por ela nomeado.⁴⁰

Embora detentor de inúmeras lacunas, Locke propôs um esquema de relação entre os poderes políticos muito avançado com relação as formulações anteriores. Em suma a construção de Locke detém duas contribuições fundamentais para a teoria política do Estado constitucional: uma reside na constatação da supremacia do poder legislativo e na necessidade de se dividir o poder a fim de se assegurar a liberdade e a propriedade, considerado pelo mesmo, como os fins do Estado; outra contribuição fundamental foi ter mencionado o inevitável conflito que tende a se

³⁶ Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 55.

³⁷ John Locke *apud* VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 56.

³⁸ VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 56-57.

³⁹ BOBBIO Norberto. Locke e il diritto naturale. *apud* VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 58.

⁴⁰ John Locke *apud* VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 59.

manifestar, nomeadamente entre o poder executivo e legislativo e entre ambos com relação ao povo. No entanto, este esquema está dominado por lacunas e respostas insatisfatórias que remetem a solução aos céus ou à revolta e insurreição popular. De modo que, não reside, na teoria de Locke, a ideia do necessário equilíbrio e a consequente exigência de um sistema de freios e contrapesos entre os mesmos.⁴¹

2.2 Montesquieu

Conforme explanação até aqui, resta latente não ser Montesquieu o criador da doutrina da separação dos poderes, no entanto é de rigor o confronto de sua teoria com as anteriores, a fim de averiguar se *O Espírito das Leis* possui caráter inovador ou apenas consolidador de teorias já existentes.

A doutrina de Montesquieu sobre a separação dos poderes esta contida essencialmente no Capítulo VI, do Livro XI, de sua obra. Esse Capítulo é apresentado pelo próprio Montesquieu como uma reflexão sobre a constituição da Inglaterra. Em 1729, o Lord Chesterfield o levou à Inglaterra, onde permaneceu até 1732 em uma estadia que haveria de influir decisivamente em seu pensamento e na elaboração, pouco depois de seu retorno a França, do manuscrito do famoso Capítulo VI, texto que será introduzido mais tarde no lugar do *Espírito das Leis* que chegou até nós.⁴²

No entanto, a despeito de o título do Capítulo VI do Livro XI seja “A Constituição da Inglaterra”, a descrição dela feita por Montesquieu em sua obra não corresponde, certamente, com a que na época de sua permanência na Inglaterra, era a verdadeira Constituição daquele país. Não existia na Inglaterra mais que dois poderes em lugar de três, o executivo e o legislativo, um detentor de toda a força real mas nenhuma confiança pública enquanto que o outro carecia de força e gozava de confiança. A realidade é que consolidou-se na Inglaterra, desde o triunfo do parlamento pós Revolução de 1688, um governo de gabinete marcado pela união orgânica entre os poderes legislativo e executivo. O que Destutt de Tracy considerava como a origem da perda da liberdade”⁴³.

⁴¹ VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Valor de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 66.

⁴² VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Valor de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 70.

⁴³ Destutt de Tracy in: VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Valor de la Constitución*. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 71-72.

A relação entre os dois poderes existentes na Inglaterra não possuía o equilíbrio descrito por Montesquieu. Enquanto o publicista francês descrevia que “o corpo legislativo está composto de duas partes, cada uma das quais estará sujeita à outra por sua mútua faculdade de impedir, e ambas serão freadas pelo poder executivo, que por sua vez será freado pelo poder legislativo”⁴⁴. A verdade é que após a Revolução, deu-se, na Inglaterra, a supremacia do Poder legislativo – nomeadamente a Câmara dos Comuns.

A separação dos poderes em Montesquieu pode ser lida como uma variação sobre a *rule of law*, com conotação jurídica e ligada essencialmente ao Estado de Direito. Até aqui, as teorizações expostas cuidavam de separação entre os poderes executivo e legislativo. Montesquieu acresceu a função judicial. Embora esta divisão já fosse conhecida na Inglaterra, somente em Montesquieu ela foi efetivamente adotada e adentrou definitivamente no constitucionalismo liberal.⁴⁵

É o que se depreende da leitura do Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.⁴⁶

Madison deduziu que ao aduzir referidas considerações, o publicista francês:

[...] não pretendia dizer que os diversos órgãos não deveriam ter uma participação parcial, ou um certo controle, sobre os atos dos outros. O que pretendia dizer, como se deduz de suas próprias palavras e como resultado mais claro a partir dos exemplos que ele estava presente, não era outra coisa que quando todos os poderes de um órgão são exercidos pelas mesmas mãos que possuem todos os poderes de outro órgão, restam subvertidos os princípios fundamentais de uma constituição livre.⁴⁷

Montesquieu atribuíu ao Poder Legislativo a incumbência de fazer as leis, corrigir ou abrogar as mesmas. Ao poder Executivo competiam as questões de direito internacional: fazer paz ou guerra, enviar e receber embaixadas, manter a segurança e prevenir invasões e, ao Poder de julgar cabia a punição dos crimes e julgamento dos litígios entre os particulares. As funções estatais estavam praticamente limitadas a edição de leis e sua execução, quer pela força pública,

⁴⁴ Montesquieu em O Espírito das leis, Livro XI, Cap. VI, p. 157. Del espíritu de las leyes, cit., Libro XI, Cap. VI, p. 157.

⁴⁵ PIÇARRAS, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 91.

⁴⁶ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martim Fontes, 2000, p.168.

⁴⁷ James Madison, O Federalista, 1788 in: VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010, p. 67.

quer pela intervenção judicial.

Enquanto as doutrinas anteriores aduziam a separação entre executivo e legislativo no que concerne uma separação entre a feitura das leis e a execução das mesmas, sem, no entanto, abarcar a totalidade das funções estatais em referida distinção. Em Montesquieu é perceptível a pretensão de inserir nos poderes tripartidos, a totalidade das funções do Estado.

No entanto, a função judicial era, em Montesquieu, mera aplicação do texto legal, despojado de qualquer autonomia decisória, de qualquer poder criador de Direito. A necessária separação entre legislativo e judiciário se dava a fim de evitar o arbítrio dos juízes-legisladores ou legisladores-juízes, e pelas mesmas razões esse poder judicial deveria ser desprovido de qualquer poder criador de Direito, limitando-se ao cumprimento dos ditames legais.

Neste ponto, uma vez mais a descrição de Montesquieu não guarda qualquer semelhança com a realidade constitucional inglesa da época, em que os juízes possuíam autonomia decisória e criativa no sistema de precedentes do *common law*, mas ia ao encontro com o pensamento iluminista do publicista francês.⁴⁸

O abuso e o arbítrio também eram o fundamento para se separar em diferentes órgãos autônomos o executivo e o legislativo uma vez que, nomeadamente em matéria criminal, a reunião dos dois poderes em um mesmo órgão, poderia acarretar a utilização da força pública contra os acusados, gerar intimidação e fazer tábula rasa do devido processo legal que todo julgamento deve se pautar. Em outra parte do livro, e aí se referindo ao contexto da monarquia, Montesquieu também argui que se o titular do poder executivo for também juiz, “cessam todas as formalidades dos julgamentos e fica postergado o princípio de que ninguém deve ser juiz em causa própria, pois é aquele quem acusa criminalmente, quem confisca, quem comuta e indulta penas”⁴⁹.

Também o poder legislativo deveria ser autônomo e distinto do executivo para que se garantisse que a execução das leis não partisse do mesmo órgão que as formulou.

A conclusão essencial é que as justificativas, até aqui arguidas por Montesquieu a fim de fundamentar a necessidade de separação entre executivo e legislativo; executivo e judiciário e

⁴⁸ PIÇARRAS, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 97.

⁴⁹ Montesquieu (EL, VI, V, pp. 206 e 206) in: PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 100.

legislativo e judiciário possuem conteúdo exclusivamente jurídico -para garantir a primazia da lei, a *rule of law*, a legalidade a fim de que o poder se exerça nos ditames da lei, afastando as arbitrariedades. No entanto ele não deixou de fora a conotação política da doutrina com as ideias de monarquia mista, de balança dos poderes e freios e contrapesos. Portanto a doutrina de Montesquieu envolve duas dimensões não perfeitamente harmonizáveis, uma separação institucional ou funcional dos poderes e uma separação social ou extra-institucional.⁵⁰

No âmbito de sua versão jurídica, a separação dos poderes, ainda que de modo imperfeito, já é considerada por Montesquieu com uma condição imprescindível ao Estado de Direito. Em sua concepção política, a doutrina de Montesquieu, propunha a divisão do poder legislativo entre rei, nobreza e os representantes do povo. O povo era mais um estamento social que deveria participar do exercício do poder político, conjuntamente com a nobreza e o rei, aos moldes do esquema de monarquia mista. O poder judiciário fica fora do esquema de separação social dos poderes vez que não possui autonomia decisória com relação a lei, não sendo nenhuma potência de poder.⁵¹ A diferença relevante entre a balança dos poderes de Montesquieu e a versão clássica da monarquia mista, é que nesta o rei tinha participação no poder legislativo conjuntamente com a nobreza e o povo; enquanto que em Montesquieu atribuía ao rei apenas o poder de veto em caráter defensivo, o direito de tornar nula ou anular uma lei efetuada pelo legislativo, sem qualquer participação no processo legislativo. A justificativa para a defesa do veto era justamente para que o legislativo não se tornasse despótico, como um mecanismo de equilíbrio e controle. “Se o poder executivo não tiver o direito de se opor aos atos do corpo legislativo, este será despótico, pois, como poderá atribuir-se todo o poder que entender, aniquilará todos os outros poderes”⁵². Além do que, desta maneira o executivo defende-se de uma possível usurpação de funções pelo legislativo.

Em suma, quer na separação dos poderes com conotação jurídica, quer na sua conotação político-social, Montesquieu não trouxe nenhuma inovação, mas contribuiu certamente para transformar a doutrina da separação dos poderes inglesa em condição *sine qua non* do Estado constitucional.⁵³

⁵⁰ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 105.

⁵¹ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 109-110.

⁵² PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 112.

⁵³ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 122.

3. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA FORMAÇÃO DO ESTADO LIBERAL

É certo que as Constituições Inglesa, Norte-americana e Francesa foram os estatutos jurídicos do Estado Liberal inspirados no ideário iluminista responsáveis pela afirmação do cidadão com direitos e liberdades e com sua autonomia individual perante o Estado e a sociedade não previamente inscrito em estamentos gozando dos direitos ou privilégios à este estamento correspondente. Este ideário irá pautar a construção de novos modelos de Estados, com novas formas de exercer o poder político e em flagrante oposição ao sistema jurídico-político anterior, com o absolutismo e o sistema feudal. Com base nestas premissas deram-se a construção de dois modelos estatais diversos e emblemáticos, que tinham por denominador comum o princípio da separação dos poderes, o qual, no entanto, assumiu diferentes concepções em cada um dos lados do oceano.

No Estado de Direito parlamentar⁵⁴, institucionalizado no continente europeu, constituído ante o sentido iluminista de lei, o princípio da separação dos poderes era condição *sine qua non* à garantia da primazia da lei bem como o monismo do poder legislativo. Não pretendendo nenhum efeito de limitação ou equilíbrio entre os poderes, pelo contrário, visa garantir o poder legislativo como única fonte efetiva de poder dentro do Estado, suprimindo ao máximo a autonomia decisória dos órgãos responsáveis pela execução e aplicação da lei. Possui conotação exclusivamente jurídica, reduzindo o Estado ao Direito.⁵⁵

No Estado de jurisdição executor de constituição,⁵⁶ implantado nos Estados Unidos da América, o princípio da separação dos poderes se prestou a garantir o pluralismo de centro de poderes, organizando os órgãos estatais em funções pré-determinadas de modo que, autônomos e independentes, procedessem em equilíbrio e recíproco controle um dos outros. Possui, portanto dimensão política “que implica a autonomização progressiva de uma função de controle, atribuída em certa proporção a cada um dos órgãos constitucionais”.⁵⁷

Enquanto o primeiro modelo cedeu no confronto com a realidade, vez que o Estado não se

⁵⁴ Denominação dada por Nuno Piçarras in: PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 150.

⁵⁵ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 150.

⁵⁶ Denominação dada por Nuno Piçarras in: PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 151.

⁵⁷ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 150.

deixou reduzir ao Direito e a lei parlamentar se revelou arbitrária e injusta, o segundo modelo de limitação do poder político mediante mecanismos constitucionais equilibrantes agindo como freios e contrapesos perdurou ante a necessária limitação do poder pelo poder.⁵⁸

A constituição norte-americana foi a primeira constituição que adotou a tripartição dos poderes (legislativo, executivo, judiciário) fora dos padrões da Monarquia mista. Ela rompeu com a separação orgânica-funcional e desenvolveu mecanismos de relacionamento entre os órgãos autônomos e independentes – o sistema de freios e contrapesos. As contribuições norte americanas à separação dos poderes generalizaram-se pela Europa a partir do século XX.⁵⁹ Isto porque, nos Estados Unidos jamais prosperou as ideias democráticas de Rousseau, de que o povo soberano sempre faria leis baseadas na razão e com vistas ao interesse geral e de que por isso era soberano e insuscetível de quaisquer limites ou interferências pelos demais poderes. Não significa que o primado da lei e o princípio da legalidade não ocupem posição fundamental, vez que a primazia da lei não guarda necessária relação com a ausência de controle sobre o poder legislativo. Aliás, a tirania de uma maioria legislativa sim, era para os americanos, motivo de receio. As lutas das colônias da América do Norte contra a Inglaterra foi, originariamente, uma luta contra o parlamento inglês. Mais tarde, já sob a forma de República, a tirania da maioria de não proprietários na assembleia também era alvo de temor. Daí a atribuição do mecanismo de veto atribuído ao titular do Poder Executivo, que deixava de ser o Rei e passou a ser um Presidente eleito pelo povo. O poder de veto atribuído ao Presidente lhe retira a atuação de meramente executar as leis e lhe dá a poder de impedir que o legislativo usurpe funções executivas e a prerrogativa de participação da função legislativa, culminando em um poder detentor de considerável dimensão política. “Com facilidade se intui, por isso, que a história do Presidente dos Estados Unidos é, em larga medida, a história das tentativas geralmente bem sucedidas de transformação do seu estatuto inicial de mero chefe do executivo em centro de gravidade do próprio sistema de governo”⁶⁰.

⁵⁸ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 151-152.

⁵⁹ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 200.

⁶⁰ PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 202.

4. JUDICIAL REVIEW

Enquanto na Inglaterra a separação dos poderes na concepção básica de um poder pluralmente estruturado se fazia necessária a fim de que todos os estamentos participassem do exercício do poder político de modo que, na escala política, não havia distinção de ordens; nos Estados Unidos, um país fundado na igualdade dos cidadãos, a adoção de uma separação de poderes nessa acepção poderia constituir uma fonte de divisões e lutas e fomentar uma diferença de classes. No entanto a existência de uma igualdade jurídica e política entre os americanos não excluiu a formação de grupos cuja maior fonte de revolta era a distribuição desigual da propriedade. Não era viável a composição de um único grupo contemplando os grandes proprietários e os que não possuíam propriedades, formando grupos de interesses opostos e rivais. Como os não proprietários eram maioria nas assembleias, era necessário um instrumento que servisse de limite no caso de essa maioria decidir legislar segundo seus próprios interesses – o veto presidencial. O veto presidencial ressurgiu não somente como um escudo ao poder executivo para evitar usurpação de poder por parte do legislativo, mas também como um instrumento de controle dentro do legislativo, a fim de evitar maiorias tirânicas. Em outras palavras, para salvaguardar o direito de propriedade.

Também foram os norteamericanos que integraram o poder judicial no processo de equilíbrio entre os poderes estatais, vez que o esquema da balança dos poderes, até então, era constituído apenas pelo poder legislativo e o poder executivo.

Hamilton descreve que, originariamente, não era nítida a forma que o Poder judiciário poderia servir de equilíbrio e controlar os outros poderes. Isso porque, até então, restringia sua atuação ao julgamento das causas colocadas para sua apreciação. Neste contexto, a sua independência não era apta a provocar o efeito pretendido.

No entanto, o autor parte das seguintes premissas: sendo o campo de atuação do poder judiciário a interpretação das leis, estes devem sempre se ater a constituição como lei básica. Isto quer dizer que, se em virtude de sua atividade interpretativa restar latente que determinada lei, aplicada ao caso concreto, está em contradição com a constituição, é de rigor que os juízes se atenham ao contido na constituição denegando vigência à lei que a infringir. Desta forma o poder judiciário poderia controlar a lei emitida pelo parlamento coibindo a manutenção de leis contrários ao ordenamento constitucional.

Para Hamilton, essa prerrogativa de controle de constitucionalidade atribuída ao Poder judiciário não o torna superior ao legislativo nem fere o princípio da separação dos poderes. Isto porque, o poder do povo materializado na Constituição é superior á todos os demais, ou seja, é supremo tanto em relação ao poder legislativo como ao poder judicial. Todos os poderes estes à ela submetidos e devem estar em conformidade com seus ditames, e esta atuação judicial com vistas ao controle de constitucionalidade tem por primado, justamente, a defesa do conteúdo da Constituição.⁶¹

Como não houve modificação do teor do texto constitucional, os representantes do povo e integrantes do poder legislativo não poderão efetuar leis que não estejam em consonância com o mesmo. Da mesma forma, e com respeito à soberania da constituição, expressão máxima da soberania popular, o poder judiciário não poderá deixar de declarar a nulidade de leis contrárias aos ditames constitucionais. Conforme o autor referido,

[...] perante o poder do povo, o poder da constituição, o poder legislativo, executivo e judiciário estão em pé de igualdade, e as recíprocas relações só podem ser de paridade. Tão subordinando à constituição está o poder legislativo, como o executivo ou o judicial. Por isso se podem mutuamente contrabalançar.⁶²

Hamilton parte de uma concepção de lei, de constituição e de poder judicial muito diversa das que fundamentaram a tradição jurídica europeia, na qual o papel do juiz era limita ao de “boca da lei”, exprimindo tão somente o conteúdo da lei feita pelo poder legislativo – elevado a poder supremo com a Revolução Francesa.⁶³ O autor concebe a existência de leis injustas e maus legisladores, contrariamente à ideia do legislador racional pregado pelo iluminismo; e atribui função ativa ao poder judiciário ao contrário da atuação de mero “boca da lei”. Enquanto no modelo europeu alçava o poder legislativo à superioridade hierárquica perante os demais, não havendo nem equilíbrio nem controle e limitação de uns perante os outros, vez que os poderes não se encontram no mesmo patamar de igualdade necessário para estes fins.

Além da construção deste entendimento americano sobre a lei e a supremacia constitucional tão diverso do propagado com a revolução francesa, soma-se às razões que impulsionaram a adoção do controle de constitucionalidade pelos norteamericanos, a *commom law*. Pertencente à tradição inglesa e adotada pelas colônias americanas essa tradição jurídica

⁶¹ Hamilton in: O Federalista *apud* PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 203.

⁶² PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 205.

⁶³ MARAVALL, José María. **El control de los políticos**. Madrid: Taurus, 2003.

anglo-saxã subtrai a criação da lei do legislador e a entrega aos juízes.

Marques Guedes afirma que a atribuição de competência aos juízes para aferir a constitucionalidade das leis possui natureza política, contrapondo-se à competência judicial normal que lhe seria inerente. Assertiva ratificada por Piçarras aduzindo que a própria história se encarregou de demonstrar: “Entre 1880 e 1935, a Suprema Corte Americana afirmou claramente o seu poder contra o poder legislativo, erigiu-se, de fato, em contralegislador, num sentido conservador da ordem social capitalista, tendo dado origem ao chamado governo dos juízes.”⁶⁴

Apesar de toda esta interpretação doutrinária, a Constituição Federal americana de 1787 não previu expressamente o controle de constitucionalidade, sendo que o mesmo só se consagrou definitivamente, passando a integrar o ordenamento jurídico constitucional, em 1803 através do emblemático caso *Marburyvs Madison*⁶⁵.

No velho continente, o desenvolvimento da justiça constitucional deu-se mais tarde devido a resistência a se impor limites ao poder legislativo, tido como poder soberano por ser a expressão da soberania popular. A França atravessava uma crise imobiliária resultante das isenções fiscais concedias à nobreza e ao clero. Os intentos da Coroa a fim de convencer os grandes proprietários de aumentarem sua participação fiscal não foram bem sucedidas e o Parlamento de Paris impôs ao rei a reunião dos Estados Gerais. No entanto Luís XVI não consentia a retirada de privilégios de ditas categorias, defendendo-os tenazmente, o que conduziu a reivindicação de uma Constituição passível de colocar o Poder Legislativo – a lei – acima da vontade da Coroa. Ao invés da repartição dos poderes e de competências na Constituição Federal, uma das interpretações do princípio da separação dos poderes, a Constituição francesa tinha por base o princípio da vontade geral que se expressava na soberania do legislativo. A lei era a expressão da vontade geral e a supremacia da lei garantia o desaparecimento de privilégios e a igualdade de direitos e deveres.

⁶⁴ Marques Guedes *apud* PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 206.

⁶⁵ O presidente Federealista John Adams perde a eleição para Thomas Jefferson, no entanto, antes de Adams deixar a presidência para o democrata, o Congresso passa o "Judiciary Act" de 1801 que além de outras alterações aumenta o número de juízes, modificando o "Judiciary Act" de 1789. Adams, dias antes de deixar a presidência aponta diversos juízes para cortes federais, dentre eles William Marbury. Quando Jefferson assume a presidência ele ordena que Madison, o novo secretário de estado, não conclua o processo de nomeação de alguns juízes que Adams previamente teria apontado, Marbury sendo um desses. O Congresso, para apoiar Jefferson passa o "Judiciary Act" de 1802 que altera a composição do Judiciário novamente, desta vez voltando as alterações do "Judiciary Act" de 1789. Marbury então, entra com uma ação junto a Suprema Corte Americana contra Madison de modo a reaver a sua chamada comissão que concluirá o processo de nomeação dele como juiz. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, em 1803 que concluiu, segundo interpretação própria, que a lei federal que dava competência à Suprema Corte para emitir *mandamus* contrariava a Constituição Federal. Como a lei que dava competência a Suprema Corte era inconstitucional, não cabia à Suprema Corte decidir o pedido do *mandamus*.

O controle de constitucionalidade só foi introduzido no continente europeu no século XX, com a criação, em 1920, do Tribunal Constitucional austríaco. Nesta mesma época, também a República de Weimar estabeleceu um controle de conformidade dos atos normativos com a lei fundamental. No entanto, somente após a Segunda Grande Guerra foi que a justiça constitucional realmente se expandiu na Europa. Primeiramente na Alemanha, em 1951, com o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal) seguido da Itália que instaurou seu Tribunal Constitucional instaurado em 1956. Devido à forte resistência democrática, o instituto só foi adotado na França em 1958 com a instituição do *Conseil Constitutionnel*. Em 1978 a Espanha cria o seu Tribunal Constitucional, o que foi feito em Portugal em 1983.⁶⁶

Esta variação genuinamente americana ao princípio da separação dos poderes espalhou-se pelo velho continente e se propagou em todo o mundo ocidental como um instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais mesmo com as fortes resistências doutrinárias que, ainda atualmente, o qualificam como uma violação da separação dos poderes e um atentado aos preceitos democráticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação dos poderes é um princípio constitucional presente na estrutura organizacional da ampla maioria dos Estados constitucionais contemporâneos. No entanto suas acepções são inúmeras e variadas além de terem sofrido significativas interpretações que fundamentaram a consolidação de modelos constitucionais contrapostos em cada um dos lados do Atlântico.

Embora em sua interpretação tradicional o princípio da separação dos poderes se traduza na delimitação entre as funções estatais, delegando cada uma delas a um órgão específico com autonomia e independência a fim de que nenhum dos poderes detenha a totalidade do poder estatal e que, ao mesmo tempo, sirvam de freios e contrapesos um para com os outros a fim de que seja evitado o controle e consequente abuso do poder em prol das liberdades individuais; é certo que referido princípio é oriundo de uma fusão de inúmeras ideias ao longo da história sofrendo as mais diversas interpretações.

⁶⁶ GUARNIERI, Carlo; PEDERZOLI, Patrizia. *Los jueces y la política*. Poder judicial y democracia. Madri: Taurus, 1999, p. 115.

As diferentes concepções da teoria da separação dos poderes, impulsionadas pelos diferentes contextos políticos e sociais de cada continente, materializaram-se em antagônicos modelos estatais fundados em diferentes valores constitucionais. O que Valdés denomina *El valor de la Constitución*.

Enquanto na França atribuiu-se um valor político à Constituição manifestado ante a supremacia da lei; na América do Norte atribuiu-se um valor jurídico, alçando a Constituição em uma posição de superioridade perante a Assembleia Legislativa. Enquanto o valor político atribuído na França preocupava-se com a ampliação de direitos e a limitação dos poderes; o valor jurídico se ocupou do aperfeiçoamento de garantias que tivessem o condão de compelir os poderes constituídos aos preceitos constitucionais, através de uma instância especial, com fito de decidir sobre a constitucionalidade das leis.

No afã de se evitar abusos e arbitrariedades oriundos de um poder não eletivo, a tradição jurídica europeia relegou o papel do juiz a mero “boca da lei”, limitado a exprimir a exatidão do conteúdo da lei de feitura do poder legislativo – tido como poder supremo com o advento da Revolução francesa.

Já na América, o modelo de sociedade estamentária, detentora de privilégios de acordo com o respectivo estamento, era desconhecido. Os cidadãos eram todos livres e iguais. Da mesma forma, não foi necessário o rompimento com um sistema pré-existente, a exemplo da França, e sim construiu-se uma nova ordem político-social.

Se na França o perigo de arbitrariedades advinha da Coroa, nos Estados Unidos ele apareceu em uma maioria legislativa não proprietária de terras. Enquanto na França o princípio da separação dos poderes foi originariamente concebido para se assegurar a primazia da lei e a supremacia do poder legislativo, garantindo, deste modo, as liberdades individuais das arbitrariedades do Estado; na América ele assumiu a função de separação entre os poderes, de modo que cada um tivesse suas funções delimitadas e atuassem como pesos e contrapesos um dos outros – *the check and balances*.

No entanto, o limite de atuação judicial delimitado no constitucionalismo francês desmitificou-se e demonstrou sua fragilidade, Referido modelo cedeu no confronto com a realidade, vez que o Estado não se deixou reduzir ao Direito e a lei parlamentar se revelou arbitrária e injusta, sendo necessária a posterior ampliação do poder jurisdicional ante a

possibilidade de controle de constitucionalidade da legislação por parte dos juízes.

Desta forma, o controle de constitucionalidade, uma contribuição genuinamente americana ao princípio da separação dos poderes, estendeu-se ao continente europeu como um instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais mesmo com as fortes resistências doutrinárias que, ainda atualmente, o qualificam como uma violação da separação dos poderes e um atentado aos preceitos democráticos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALARCÓN, María Luz Martínez. **La Independencia Judicial**. Madri: Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, 2004.

CANOTILHO, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CHUMBINHO, João Paulo da Cunha Rendeiro. **A Constituição e a Independência dos tribunais**. Lisboa: Quid Juris, 2009.

MARAVALL, José María. **El control de los políticos**. Madrid: Taurus, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martim Fontes, 2000.

PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El Valor de la Constitución**. Madri: Alianza Editorial, 2010.

EXTRADIÇÃO E PROCEDIMENTO DE ENTREGA NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL: ANÁLISE DO CASO BATTISTI ATRAVÉS DA APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE ENTREGA

Diogo Marcel Reuter Braun¹

Everson Luis Matoso²

INTRODUÇÃO

As normas jurídicas transnacionais fortalecem a integração dos povos, o que, no estágio presente da globalização, com internacionalização de finanças e o trânsito intensivo de pessoas e bens, ocorre também na expansão dos crimes transnacionais.

Assim, é necessário que haja mecanismos que os Estados possam utilizar para coibir a criminalidade internacional, o que deve fazer com que as fronteiras dos países não sejam empecilhos para a justiça, com respeito, contudo, a soberania dos Estados.

No direito internacional vemos alguns mecanismos que são utilizados pelos Estados para afastar ou requerer cidadãos que estejam em outros Estados. Destaca-se a existência dos institutos de: banimento (afastamento compulsório de nacionais de um Estado); desterro (confinamento de nacional em determinado local do próprio país); expulsão (obrigar estrangeiro regular num país a se retirar por prática nociva a convivência ou ao interesse nacional); deportação (devolução de estrangeiro, para origem, por permanência irregular num país), extradição (ato de soberania, praticado a requerimento, que visa a cooperação entre países no combate ao crime); e bem recente surgiu a Entrega (meio pelo qual um Estado coloca cidadãos à disposição de outro Estado para fins penais)³.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. Email: diogobraun@gmail.com

² Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC. Titular da Escrivania de Paz de Bela Vista do Toldo, Comarca de Canoinhas/SC. Especialista em Direito material e processual Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina e em direito pela Faculdade Arthur Thomas (IBEST). Email: eversonlmatoso@bol.com.br.

³ MACHADO, Diego Pereira. **Do instituto da extradição: análise prévia de banimento, desterro, entrega, expulsão e deportação.** Disponível em: <<http://diegomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121933158/do-instituto-da-extradicao-analise-previa-de>>

Vê-se que a extradição e a entrega são institutos voltados à cooperação penal entre os Estados. Assim, no presente estudo, utiliza-se do método dedutivo, parte de conceitos, para analisar o caso Battisti, afeto ao instituto da extradição no Brasil, e uma possível entrega que ocorreria se fosse o caso decido na União Europeia.

1. EXTRADIÇÃO

A extradição é um ato de soberania que consiste no afastamento compulsório do país, daquele cidadão que não é nacional, com a entrega para outro Estado solicitante onde o cidadão tenha praticado ilícito penal.

Tem, assim, a definição de extradição como o “ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça do outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo.”⁴

Colhe-se da doutrina de Del’Olmo a definição de extradição como:

Processo pelo qual um Estado entrega, mediante solicitação do Estado interessado, pessoa condenada ou indiciada nesse país requerente, cuja legislação é competente para julgá-la por crime que lhe é imputado. Destina-se a julgar autores de ilícitos penais, não sendo, em tese, admitida para processos de natureza puramente administrativa, civil ou fiscal.⁵

O instituto em análise também pode ser assim definido: “A Extradição é o resultado da cooperação internacional em matéria penal que se manifesta em ocasiões em que o Estado entrega uma pessoa a outro Estado que o requereu para submetê-lo a um processo penal ou execução de uma pena.”⁶

Assim, fica evidenciado que a extradição é um ato de soberania, para cooperação judicial internacional, exercido pelo Estado onde se encontre o cidadão, o qual entrega-o para outro Estado requerente, afim de vê-lo cumprir condenação penal ou responder por indiciamento penal.

A extradição tem como limites o fato de não poder ser aplicada nos delitos militares (deserção, insubordinação, abandono de posto) e nos delitos de opinião ou políticos. Ela deve ser

banimento-desterro-entrega-expulsao-e-deportacao>, acesso em 12 de janeiro de 2015.

⁴ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 8ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 1994. P. 105.

⁵ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. KÄMPF, Elisa Cerioli Del’Olmo. **A Extradição no Direito Brasileiro**. Ed. GZ. Rio de Janeiro. 2011. P. 34.

⁶ BOGGIANO, Antonio. **Derecho Internacional A.D. 2000**: em la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. La Ley. Buenos Aires. 2000. P. 375.

aplicada em medida grave, por isso somente deve ser extraditado um indivíduo por causa da prática de crime grave (ex.: terrorismo, homicídio, etc.), o qual não tem conceito em lei, por isso deve constar nos tratados, os quais são crimes passíveis de extradição (ex.: contravenção penal não pode gerar extradição). Neste mesmo contexto, no caso do Brasil, se o Estado solicitante não se comprometer a comutar em pena máxima privativa de liberdade para 30 anos, o Brasil não concede a extradição, pois o requisitado pode ser condenado com pena de morte ou prisão perpétua no país requerente, o que não é admitido na legislação brasileira”⁷.

O instituto da extradição é um dos meio mais antigos de cooperação judiciária internacional. O mais antigo que se conhece é o “Tratado de Pérola concluído cerca de 1292 a.C. entre Ramsés II e o rei dos Hititas. Este tratado fixava os princípios de uma aliança reforçada pela cooperação numa base de reciprocidade, designadamente em matéria de extradição de refugiados políticos”⁸.

Somente com o advento do Estado Constitucional que a extradição tomou a forma atual, com sua natureza no direito penal, a fim de coibir a expansão dos crimes transnacionais, principalmente para que as barreiras fronteiriças deixem de representar empecilho para a justiça.

O processo de extradição, que consiste no conjunto de atuações judiciais que vão desde a recepção do pedido até o pronunciamento, de entrega ou denegatório e sua comunicação aos interessados, tem como requisito a entrega do reclamado ao Estado requerente, para ser processado ou cumprir uma condenação já imposta, previsto no controle jurisdicional, do Estado requerente. É a extradição o procedimento que compreende as atuações governamental e administrativa que precedem e, normalmente, seguem o pronunciamento jurisdicional⁹.

Pelo que consta, o cidadão que for requisitado por um Estado deve ter descumprido o ordenamento penal do Estado solicitante; e mais, o Poder Judiciário, ao decidir sobre o pedido de extradição, deve observar somente a legalidade, a procedência e a regularidade do pedido, não se pode intervir na decisão que deu origem ao pedido (decisão do país de origem), bem como de definir a situação, visto tratar-se de um ato de soberania que deve ser decidido pelo Chefe do

⁷MACHADO, Diego Pereira. **Do instituto da extradição**: análise prévia de banimento, desterro, entrega, expulsão e deportação.

⁸DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vitor Marques Coelho. 4ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1999. P. 37.

⁹VIEIRA, Manoel Afonso. ALTOLAGUIRRE, Carlos García. **La Extradición**: desde sus origenes hasta nuestros días: doctrina, legislación, jurisprudencia, derecho comparado. Fundação de Cultura Universitária. Montevideo. 2001. P. 27.

Poder Executivo.

Dentre os princípios da extradição vê-se o princípio da especialidade e o princípio da identidade ou dupla incriminação. Também seguirá, como princípio, a necessária existência de tratado entre o país solicitante e o país solicitado, ou a promessa de reciprocidade entre os países interessados. Por esta razão que a extradição é considerada um ato bilateral¹⁰.

Cumprir destacar que a especialidade tem por objetivo impedir que o extraditado seja detido ou processado por fato anterior ou diverso daquele pelo qual a extradição foi concedida; e que a dupla incriminação consistente em conduta considerada ilícita nos dois Estados envolvidos, independente do nome que se dê aos fatos.

Ao referir-se à existência de tratado entre os Estados envolvidos, num pedido de extradição, cabe destacar que a decisão deve pautar-se por esse instrumento e pelas regras de direito internacional público, que exige cumprimento, porém, se a decisão for denegatória da extradição, essa deverá ser bem fundamentada, pois enseja responsabilidade internacional do Estado, e caracteriza “um ilícito pelo qual, no plano externo, terá (o Estado) de responder”¹¹. Portanto:

tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica¹².

Para outros “tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”¹³.

Já nos casos que não há tratado, a extradição será regida pelas regras de direito internacional público, decorrente da existência de reciprocidade entre os Estados, qual será regido pelas normas de Direito Interno. A reciprocidade é firmada para o caso concreto, por instrumento para caracterizar o “concurso de vontades entre as partes concordantes”¹⁴. Assim a reciprocidade determina que “a extradição será concedida se o governo requerente, em condições idênticas, puder prometer, de acordo com a lei de seu país, a entrega futura de delinquente que venha a ser

¹⁰ MACHADO, Diego Pereira. **Do instituto da extradição**: análise prévia de banimento, desterro, entrega, expulsão e deportação.

¹¹ MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2000.

¹² CONVENÇÃO de Viena sobre o direito dos tratados, de 23 de maio de 1969. Disponível em: < <http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em: 26/02/2015.

¹³ REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1984. P. 21.

¹⁴ DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vitor Marques Coelho. P. 108.

solicitado pelo governo requerido”¹⁵

Assim, tem-se a extradição como um importante instituto de direito penal internacional que permite a aplicação da norma criminal em relação a pessoa que esteja no território de outro Estado, desde que respeitados requisitos próprios no processo expropriatório. Passa-se, agora, a tecer algumas considerações sobre a extradição no Brasil, com a abordagem de caso fático específico.

2. A EXTRADIÇÃO NO BRASIL

O Brasil, como a maioria dos demais Estados soberanos, não viabiliza a extradição de seus nacionais, pois a extradição é utilizada na cooperação entre os Estados no combate da criminalidade, que torna-se, cada vez mais, transnacional.

Ressalte-se que não será admitida a extradição em processos de natureza administrativa, civil ou fiscal.

A inviabilidade da extradição dos nacionais decorre dos direitos e garantias fundamentais, constantes no artigo 5º da Constituição da República, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LI - **nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado**, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de **estrangeiro por crime político** ou de opinião;

[...] ¹⁶ grifei.

Temos ainda no Brasil as normas infraconstitucionais que regem a matéria, notadamente a Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro) e a Lei 6.964/1981 (Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal), bem como os tratados firmados que foram incorporados ao sistema legal brasileiro.

Pode-se classificar a extradição por ativa (requer um cidadão para outro Estado) ou passiva

¹⁵ CASTRO, Joelíria Vey de. **Extradição: Brasil & Mercosul**. Ed. Juruá. Curitiba. 2003. P 29.

¹⁶ CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em 27/02/2015.

(recebe requisição de cidadão por outro Estado); também pode ser instrutória (solicitado o cidadão para responder a processo de algum ilícito praticado) ou executória (o cidadão já foi condenado e será para cumprimento da pena)¹⁷. Assim, no campo diplomático, será a forma do Brasil solicitar um nacional para outro Estado; ou será a forma do país confirmar a cooperação do Brasil no combate à criminalidade.

Para casos de pedidos de extradição pelo Brasil, a autoridade que necessite deverá solicitar por meio do Ministério da Justiça, responsável por formalizar o pedido ao Estado onde se encontre o requisitado.

Nos pedidos formulados para que o Brasil extradite residente em seu país, e, considerado esse um ato de soberania, previu-se nas normas nacionais que os procedimentos terão 3 fases, duas administrativas e uma jurisdicional, portanto, é um processo misto; o que causa uma demasiada demora na conclusão.

O pedido é recebido pelo Ministério que dará o recebimento. Se não negar de plano o pedido, passará para a fase judiciária a decisão sobre o cidadão requisitado.

Recebido no Supremo Tribunal Federal (STF), constitucionalmente competente para esses casos, o pedido de extradição será autuado como procedimento especial, com o objetivo constituir e dar força jurídica ao título. A Suprema Corte deverá verificar se o pedido obedece ao princípio da legalidade, às formalidades requeridas e à procedência do pedido. Desta decisão, se for indeferida, não poderá vir a ser concedida a extradição (por ter o país utilizado o denominado modelo belga de extradição) e nem caberá recurso.

Cumprir destacar que o STF, ao receber o pedido de extradição, expedirá o mandado de prisão, como condição para que se inicie o processo. Essa medida tem caráter preventivo, para resguardar a possibilidade do Brasil poder efetivar a entrega, se essa for a decisão final. Satisfeita a fase jurisdicional com a constituição e declaração autorizatória, seguirá para que o Chefe do Poder Executivo efetive, ou não, a entrega do requisitado/extraditado.

Assim, inicia-se a segunda fase administrativa em que o Chefe do Poder Executivo se cercará dos meios legais para conceder ou negar a extradição. Cumprir destacar que no caso de haver tratado firmado entre os países, a negativa somente pode ocorrer de forma fundamentada

¹⁷MACHADO, Diego Pereira. **Do instituto da extradição: análise prévia de banimento, desterro, entrega, expulsão e deportação.**

e segundo as possibilidades constantes deste acordo; já no caso de não haver o tratado a recusa pode dar-se por diversos meios; porém, uma recusa não fundamentada pode gerar desconfiança internacional, pelos países, e até vir o Estado a responder internacionalmente por esse ato. E mais, essa fundamentação reforça a boa manutenção das relações entre os países.

Desta forma, conhecido o formato exigido no Brasil, quanto à extradição, resta ser vista outra possibilidade de cooperação judiciária, em matéria penal, existente na União Europeia.

3. UNIÃO EUROPEIA E O PROCESSO DE *ENTREGA*

A Europa, há muitas décadas, vêm, de forma a manter e organizar uma unidade regional, criar “traços e valores comuns ou, em todo o caso, aproximáveis”¹⁸. Nesse período surgiram várias organizações¹⁹ (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA, Comunidade Econômica Europeia – CEE que antecede a União Europeia, Comunidade Europeia de Energia Atômica – CEEA²⁰) mas através do Tratado da União Europeia que se reuniu essas organizações e por isso assume um papel crescente na atualidade.

Os Estados-Membros buscaram um espaço europeu sem fronteiras internas, no qual ficava assegurada a livre circulação do mercado interno, e com o resultado das reuniões de Maastricht (1992), ficou consignada a criação de convenções em assuntos de interesse comum nas áreas de justiça e de assuntos internos.

Com as alterações do Tratado de Amsterdã (1999), as considerações do Conselho de Tampere (2000) e com os acontecimentos nos Estado Unidos da América (2001) surge a Decisão-Quadro que prevê ações comuns no domínio de cooperação em matéria penal, que firma o objetivo do espaço de liberdade, segurança e justiça na União Europeia, e, reafirma o princípio do reconhecimento mútuo das decisões, que é a “primeira concretização no domínio do direito penal, do princípio do reconhecimento mútuo, que o Conselho Europeu qualificou de ‘pedra angular’ da cooperação judiciária” entre os Estado-membros da União Europeia²¹.

Destaque-se que ao pretender implementar seus objetivos com a livre circulação das

¹⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **DIREITO COMUNITÁRIO – Seminários desenvolvidos**, 4ª Edição, Editora Almedina, 2007. P. 14.

¹⁹ DUARTE, Maria Luísa, **Estudos sobre o Tratado de Lisboa**, Almedina, 2010, P. 27 e 28.

²⁰ FROUFE. Pedro Madeira. **Integração Económica e Integração Europeia**. Working paper.

²¹ Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de junho de 2002. Considerando sexto.

decisões judiciais penal, substituiu “o sistema de extradição multilateral baseado na Convenção europeia de extradição”²², o qual não atingia os objetivos da União²³.

Com o uso do princípio da subsidiariedade²⁴, o Conselho criou a normativa sobre o “mandado de detenção europeu e os processos de entrega entre os Estado-Membros”²⁵, na qual o reconhecimento mútuo é o modo das autoridades circularem nos variados direitos penais constantes nos Estados-Membros. Nessa norma exclui-se o filtro político existente nas extradições para possibilitar somente a supervisão da legalidade pelo Estado-Membro de execução das decisões judiciais, dentro da Comunidade.

Não se pode deixar de destacar a existência de normas anteriores, na União Europeia, que são alicerçadas no princípio do reconhecimento mútuo, porém, em matérias civis e comerciais ou em matéria familiar, mas não em âmbito penal.

Ressalte-se que a norma penal veio a atingir todas as fases do processo penal, ao criar certa uniformização de procedimentos entre os Estado-Membros, o que extrapola previsões das normas em outras áreas do direito, que eram basicamente em relação a competência e aplicação entre os Estados-Membros. E mais, as normas passaram a ser aperfeiçoadas no decorrer desse tempo, deste modo o princípio do reconhecimento mútuo, atualmente, já é muito bem aplicado e em várias áreas, e, inclui a possibilidade de restituição de bens e bloqueios para suportar as indenizações dos atos penais.

Cabe lembrar que o principal problema enfrentado pela aplicação do princípio do mútuo reconhecimento, principalmente o penal, decorre do fato dos Estados-Membros não aceitarem a intervenção que possa ocorrer em relação a sua soberania, o que afeta a sua ordem pública, e, é entendido que a sanção penal é um dos principais pontos afetos à soberania e democracia desses Estados-Membros; com o *jus puniendi* maior expressão.

Esse poder de punir do Estado espelha a cultura de um povo e é a mais profunda expressão da soberania, portanto o ponto mais nevrálgico da cedência da competência penal, mesmo que em favor da comunidade.

²² Decisão-Quadro 2002/584/JAI. Considerando sétimo.

²³ Decisão-Quadro 2002/584/JAI. Considerando sétimo.

²⁴ Tratado da União Europeia – TUE, de 07 de fevereiro de 1992. Constante do artigo 2º TUE e 5º CE.

²⁵ Decisão-Quadro 2002/584/JAI.

Neste ponto, ao levar em conta o interesse do fortalecimento da União Europeia, impende tratar dois pontos para a continuação do presente.

3.1 Princípio do Primado

Segundo o Princípio do Primado “os tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros”²⁶, “não por lhe ser superior, mas porque é materialmente competente para regular o caso concreto”²⁷, o qual deve seguir alinhado nos interesses da União, com apelo à especificidade própria do Direito da União, à necessidade da uniformidade de aplicação e interpretação e à salvaguarda do seu efeito útil.

No Acórdão Costa/ENEL, de 15 de julho de 1964, já afirmou o TJUE:

[...] a transferência efectuada pelos Estados, da sua ordem jurídica interna em benefício da ordem jurídica comunitária, dos direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado, implica, pois, uma limitação definitiva dos seus direitos soberanos, sobre a qual não pode prevalecer um acto unilateral ulterior incompatível com o conceito de Comunidade²⁸.

Neste mesmo sentido consta nas Conclusões do Advogado-Geral Alain Dutheillet de Lamothe, para quem:

A legalidade de um acto comunitário apenas pode ser apreciada à luz do direito comunitário, escrito ou não, e nunca à luz da lei nacional, mesmo que esta seja uma lei constitucional. Como já foi decidido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Costa [...]

Este princípio aplica-se, de acordo com a jurisprudência do Tribunal, qualquer que seja a norma jurídica nacional invocada e o Tribunal já decidiu, nomeadamente, que a validade de uma decisão comunitária não pode ser apreciada à luz da lei fundamental alemã [...]

Quer isto dizer que os princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos nacionais não têm valor para o direito comunitário?

Por certo que não; eles contribuem para a formação do substrato filosófico, político e jurídico comum aos Estados-membros a partir do qual emerge de forma pretoriana um direito comunitário não escrito do qual um dos fins essenciais é, precisamente, o de assegurar o respeito dos direitos fundamentais dos indivíduos²⁹.

E do Acórdão do mesmo processo, consta:

²⁶ Declaração 17, anexa à Ata final da Conferencia Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa em 13 de dezembro de 2007.

²⁷ AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno José Cardoso da Silva. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia: uma evolução na continuidade**. Revista Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO. São Paulo. Brasil. 2009. P. 17.

²⁸ Acórdão Costa/Enel, de 15 de julho de 1964. Processo 6/64.

²⁹ Conclusões do Advogado-Geral Alain Dutheillet de Lamothe, apresentadas em 2 de Dezembro de 1970, no Processo 11/70 nos Autos InternationaleHandelsgesellschaftmbH contra Einfuhr- undVorratsstellefürGetreideundFuttermittel.

O respeito dos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça. A salvaguarda desses direitos, ainda que inspirada nas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da Comunidade³⁰.

Pelo que ficou demonstrado, o Primado concentra o poder final em casos transfronteiriços, e, deve também ser incorporado nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros.

3.2 Princípio da Legalidade

A legalidade decorre do Estado de Direito, que é a base de todos os sistemas constitucionais dos Estados-Membros, e, é a fonte dos princípios, o qual “[...] numa comunidade de direito, o respeito da legalidade deve ser devidamente garantido”³¹.

Antes mesmo de ser expresso no âmbito da União Europeia o Tribunal de Justiça já havia reafirmado ser “uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-Membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus atos com a carta constitucional de base que é o Tratado”³².

Expressamente surge o Estado de direito no preâmbulo do Tratado de Maastricht (1992), e no Tratado de Amsterdã (1999) já passou a constar que “a União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros”. E posteriormente consta no Tratado da União Europeia (TUE), no artigo 2º (embora muito vago).

Ainda, com base no artigo 6º do TUE, que reconhece com valor igual aos Tratados e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual, no artigo 49, que traz expressamente:

Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas. 1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou por uma omissão que, no momento da sua prática, não constituí a infracção perante o direito nacional ou o direito internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida. Se, posteriormente à infracção, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada. 2. O presente artigo não prejudica a sentença ou a pena a que uma pessoa tenha sido condenada por uma acção ou por uma omissão que, no momento da sua prática, constituí a crime segundo os princípios gerais reconhecidos por todas as nações. 3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção.

³⁰ Acórdão no Processo 11/70 nos Autos Internationale Handelsgesell IschaítmbH contra Einfuhr- undVorratsstellefürGetreideundFuttermite, número 4.

³¹ Processo C-496/99 P, Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA, Colectânea 2004, p. I-03801, nº 63.

³² Processo 294/83, «LesVerts»/Parlamento Europeu, Coletânea 1986, p. 01339, n.º 23. Tradução livre do Inglês.

Assim, vê-se que o Estado de Direito, no princípio da legalidade, civil ou penal, envolve instituição parlamentar (que deveria ser democrático, o que não ocorre completamente na União Europeia), o qual dá a base para o direito.

Na área penal, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, esse princípio é “conhecido pelo brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*”³³.

O princípio da legalidade em matéria penal é muito forte com a questão da legalidade democrática. Assim está em causa, por um lado, o processo pelo qual se pode chegar à formulação do padrão³⁴. Por outro lado, a qualidade do padrão do princípio pode não se realizar, pela onipotência do alcance legislativo meramente formal, mas está firmemente ancorada à garantia constitucional³⁵.

Em contrapartida vê-se: “o conceito de lei deve assim ser encarado num plano material ou substantivo, legitimando-se desta forma a interpretação de que o costume e a jurisprudência podem ser encarados como fontes de direito penal, o que acontece aliás, nos países de *comon law*”³⁶.

Daí decorre alguns requisitos:

Para a observância do princípio da legalidade, necessário se torna, em primeiro lugar, que a lei seja suficientemente clara, o que implica o agente conseguir determinar os comportamentos, comissivos ou omissivos, legalmente proibidos, ainda que para isso tenha de lançar mão da interpretação judicial dada à norma em causa.

[...]

Embora os requisitos da acessibilidade e precisão sejam reconhecidos como essenciais, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não devota grande profundidade à sua análise³⁷.

Ao observar a implementação das normas penais pela ordenação do Estado de direito, como é entendida na tradição do constitucionalismo moderno da União Europeia (Estado Transnacional³⁸), pois esta requer cautela, devido à utilização de uma categoria conceitual que

³³ MONTE, Mário. FREITAS, Pedro Miguel. SANTOS, Margarida. **Princípios da legalidade e da Proporcionalidade dos delitos e das penas**. In: SILVEIRA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana. (Coord.) Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Editora Almedina. Coimbra. Portugal. 2013. P. 553.

³⁴ PALAZZO, Francesco Carlo. **Legge penale**, in Dig. disc. pubb., VII. Roma. Itália. 2010. P. 344. Tradução livre, do Italiano.

³⁵ CARLASSARE, Sergio Lariccia. **Legalità (principio di)**, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII. Itália. 1990. P. 4. Tradução livre, do Italiano.

³⁶ MONTE, Mário. FREITAS, Pedro Miguel. SANTOS, Margarida. **Princípios da legalidade e da Proporcionalidade dos delitos e das penas**. P. 555.

³⁷ MONTE, Mário. FREITAS, Pedro Miguel. SANTOS, Margarida. **Princípios da legalidade e da Proporcionalidade dos delitos e das penas**. P. 555.

³⁸ CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional**. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. Direito de Transnacionalidade. 1ª Edição. Juruá Editora. Curitiba. 2009. P. 58.

originou-se há mais de dois séculos e foi projetado para operar, no seu contexto original, com base em formas muito diferentes do que os atualmente exigidos na União Europeia. Deve, portanto, ser entendida de uma forma original com a leitura que deve estar no contexto do Estado: aqui a sede da soberania é representada pelo parlamento nacional; União legítima e democrática se baseia em outro título muito diferente.

Al proposito mi sembra che rilevino diversi punti di criticità. Un primo riguarda la portata (giuridica, ovvero meramente politica) delle norme alle quali il principio di legalità si è ancora nell'ordinamento dell'Unione; un secondo attiene al procedimento di formazione della norma europea dalla prospettiva della sua democraticità; un terzo è relativo alle caratteristiche intrinseche della produzione normativa dell'Unione suscettibile di incidere in materia penale; un approfondimento merita infine la questione della tutela giurisdizionale del singolo raggiunto dall'atto normativo dell'Unione che incide nella sua sfera di diritti e libertà fondamentali.³⁹

Da forma como consta acima, na União Europeia a legalidade decorre de um Estado de Direito, relacionado às características intrínsecas da legislação comunitária, com garantia dos direitos fundamentais, numa proteção jurisdicional dos particulares, por uma perspectiva democrática.

Ao sair da discussão do desgaste do modelo atual de Estado, bem como da discussão do enfraquecimento deste frente ao direito comunitário; e com o conhecimento do *primado* da União; ao voltar ao ponto nevrálgico da aceitação pelos Estados-Membros no tocante a matérias de direito penal, vê-se que a União Europeia criou um mecanismo (norma legal nos moldes *Civil Law*) que *prima* e direciona os Estados-Membros na convergência penal; afim de atingir em toda a comunidade com a proteção dos direitos à liberdade e dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Assim, nacionalmente, permanecem os Estados-Membros com o poder de toda e qualquer normativa penal, porém, seguiu uma linha mestra definida comunitariamente; o que fica muito patente no Regulamento que trata do mandado de detenção europeu.

Nos considerandos do referido regulamento observa-se a previsão da abolição dos processos de extradição entre os Estados-Membros, com a simplificação dos tramites dentro da comunidade cria o procedimento de ENTREGA, com o intuito de reafirmar o reconhecimento mútuo das decisões penais, prevê uma entrega de pessoas, entre autoridades judiciárias, condenadas ou para responder procedimento penal⁴⁰.

³⁹ PARISI, Nicoletta. **I Diritti Fondamentali Nell'unione Europea Fra Mutuo Riconoscimento** In Materia Penale E Principio Di Legalità. Disponível em: <http://www.lex.unict.it/didattica/materiale09/dirue/materiale/diritti_fondamentali.pdf> acesso em 16 de fevereiro de 2015.

⁴⁰ Decisão-Quadro 2002/584/JAI. Resumidamente o que consta dos considerandos.

As decisões em matéria penal, pelo elevado grau de confiança dos Estados-Membros, só podem ser suspensas nos casos expressos na legislação da União, principalmente relacionados aos Direitos Fundamentais, que possibilitam somente o controle prático administrativo da decisão.

O sistema de *entrega*, formalizado pelo Mandado de Detenção Europeu foi definido como: “uma decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro duma pessoa procurada para efeitos de procedimento penal ou de cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas de liberdade.”⁴¹

A aplicação deste decorre de fatos puníveis no Estado-Membro de emissão do Mandado de Detenção, seja para acompanhar os procedimentos penais ou para cumprimento de decisão, com pena (cuja sanção privativa de liberdade tenha duração máxima não inferior a 12 meses) ou medida de segurança (cuja sanção não seja inferior a 4 meses). Igualmente traz uma lista exemplificativa (pois o Conselho pode aditar tal lista) de crimes que não estão sujeitos ao controle, seja da dupla incriminação, ou seja da possibilidade de ser impostas condições para o cumprimento, desde que a duração máxima não seja inferior a 3 anos.

Na norma estão expressos os casos em que, ao receber um mandado, o Estado-Membro não está obrigado a executá-lo, bem como as possibilidades facultativas do cumprimento, principalmente pelos direitos fundamentais dos cidadãos, os quais foram transpostos expressamente na norma, ou pelo reconhecimento da Carta a nível comunitário.

Inicialmente a Decisão-Quadro previu a possibilidade do Estado-Membro de execução impor, de forma geral, condições ao Estado-Membro de emissão do Mandado, o que veio a ser abolido da norma. Esclareça-se que a norma ainda tem em seu texto as possibilidades de impor condições, mas somente as expressas com a edição da Decisão-Quadro 2009/299/JAI e que foi muito bem esclarecido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, ao dispor que:

quando um ato do direito da União exige medidas nacionais de execução, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais podem aplicar os padrões nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não comprometa o nível de proteção previsto pela Carta, conforme interpretada pelo Tribunal de Justiça, nem o primado, a unidade e a efetividade do direito da União⁴² grifei.

Ainda consta no regulamento as competências (órgãos e autoridades) e as formas do mandado de detenção europeu, com todos os requisitos e possibilidades de sua utilização.

⁴¹ Decisão-Quadro 2002/584/JAI. Artigo 1º, número 1.

⁴² Acórdão Melloni, de 26 de fevereiro de 2013. C-399/11, número 60.

Fica claro, de forma prática, o processo de entrega, em todas as fases, conforme passa-se a expor.

Ao saber do local onde a pessoa procurada se encontre, se emite o mandado, pelo Estado-Membro emissor, para o Estado-Membro executor; na falta da localização poderá o Estado-Emissor cadastrar seu pedido no Sistema de Informação Schengen (SIS). E pode ainda recorrer aos serviços da Interpol.

Com o Mandado aparelhado conforme as exigências legais⁴³, poderá ser enviado por qualquer meio seguro, diretamente à autoridade competente⁴⁴.

No momento da detenção são informados todos os direitos da pessoa – da existência do Mandado; seu conteúdo (com direito a tradução se for o caso); ser acompanhado de defensor e interprete; da possibilidade de consentir a entrega (com renúncia da regra da especialidade ou não) que tem caráter irrevogável (que deverá ser tomado por termo escrito nos moldes do direito do Estado-Membro executor); da possibilidade de não consentir, momento que deve fundamentar seus motivos, e, ser conduzida para audição.

A decisão de entrega caberá ao Estado-Membro executor que pode solicitar informações complementares, se entender necessárias.

Aqui fica claro que não existe a fase política, ou seja, não existe a interferência do poder executivo, momento em que o Estado-Membro emissor envia para o Estado-Membro executor o mandado de detenção europeu e esse executa de plano, se assim entender.

Ressalte-se que enquanto não tiver a decisão definitiva, cabe ao Estado-Membro executor zelar para que continuem a estar reunidas as condições materiais para a entrega efetiva, com a possibilidade de manter a detenção ou libertar a pessoa.

No caso de mais de um Estado-Membro emitir mandado de detenção contra a mesma pessoa, caberá ao Estado executor, considerar as circunstâncias, a gravidade, o lugar das práticas criminosas, bem como o fato de ser, a requisição, para medida de segurança ou cumprimento de pena privativa de liberdade.

Estão expressos na Decisão-Quadro os prazos a serem observados pelos Estados

⁴³ Decisão-Quadro 2002/584/JAI. Artigo 8º.

⁴⁴ Decisão-Quadro 2002/584/JAI. Artigo 6º.

envolvidos; bem como a possibilidade de envolver pessoa com privilégios de imunidade (com todos os tramites nesses casos). E igualmente o fato de envolver Estados terceiros, concorrentes (casos de extradição).

Consta ainda as situações de trânsito das pessoas e agentes judiciários, seja nos Estados-Membros envolvidos diretamente, seja em relação a outros Estados necessários para o trânsito da pessoa requisitada no mandado de detenção europeu.

A decisão de entrega da pessoa poderá ser diferida, bem como as informações (no caso de detenção) quanto à pessoa, para que possa ser comutada a pena no Estado-Membro de emissão.

Ressalte-se que sem ter renunciado o direito da especialidade, após cumprida a pena, a pessoa deverá ser restituída ao Estado-Membro executor, e não pode vir a ser, diretamente, punida por crime anterior ao constante do Mandado; bem como, deverá ser consultado para o caso de entrega a outro Estado-Membro que possa ter emitido mandado de detenção europeu ou ainda nos casos de pedidos de extradição por países terceiros.

Assim, por tudo que consta, fica evidente que a Decisão-Quadro criou

[...] um novo sistema simplificado e mais eficaz de entrega das pessoas condenadas ou suspeitas de ter infringido a lei penal, facilitar e acelerar a cooperação judiciária com vista a contribuir para realizar o objetivo, atribuído à União, de se tornar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, baseando-se no elevado grau de confiança que deve existir entre os Estados-Membros⁴⁵.

Destaca-se que no procedimento de entrega foi excluída a atuação política, existente em casos de extradição; com a exclusão da intermediação do Poder Executivo ou do Chefe de Estado, previsto nos procedimentos tradicionais de extradição.

Neste compasso, dispõe Henrique Lago Silveira em análise própria sobre o Mandado:

O mandado de detenção europeu é um instituto a ser utilizado diretamente entre autoridades judiciárias, visando a entrega de uma pessoa procurada para fins de viabilizar o início e/ou continuação de um processo penal ou, então, execução de sentença condenatória ou medida de segurança privativa de liberdade no Estado-Membro requerente. O novo instrumento, portanto, independe da atuação direta do Poder Político, seja para a averiguação da regularidade do processo penal havido no Estado requerente, seja para decidir sobre a conveniência de se entregar o procurado⁴⁶.

A exclusão de uma decisão política na execução de um Mandado de Detenção Europeu é o que mais agiliza o cumprimento, visto que as autoridades podem comunicar-se diretamente,

⁴⁵Acórdão Melloni, número 37. C-399/11, TJUE.

⁴⁶SILVEIRA, Henrique Lago. **Dilemas da Cooperação Judiciária em Matéria Penal na União Europeia: A Decisão-Quadro N. 2002/584/JAI** – Que instituiu o Mandado de Detenção Europeu – Como instrumento de Erosão da Soberania Nacional. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 2010. P. 77.

corrigir distorções e cumprir em menos de 24 horas, sem depender da morosidade existente nas extradições normais.

Destaca-se que essa possibilidade simples de entrega só é possível após a integração sólida (econômica, política e jurisdicional) que a União Europeia constrói há anos, e nesse tempo se aparelhou (com órgão próprios da comunidade) de forma a viabilizar sua execução, principalmente pelos órgãos legislativos que vêm criar uma integração normativa e procedimental, para facilitar a execução das requisições de pessoas entre os Estados-Membros.

4. CASO BATTISTI - EXTRADIÇÃO (NO BRASIL) X ENTREGA (NA UNIÃO EUROPEIA)

O caso Battisti ficou conhecido mundialmente, visto envolver vários países e ter sido muito visado pela mídia.

4.1 O Caso⁴⁷

Cesare Battisti, cidadão italiano, ex-ativista de esquerda, fazia parte do grupo de extrema direita Proletário Armado pelo Comunismo (PAC), o qual atuou na Itália depois da segunda guerra mundial. Foi condenado naquele país à prisão por ter praticado 2 assassinatos no período de 1977 a 1979.

Em 1979 foi preso em Milão, mas após ação da PAC, conseguiu fugir para a França; seguiu sua vida no México entre 1982 e 2004, momento que regressou à França. Por fim, foi preso em 2007 no Brasil, numa ação que envolveu a polícia brasileira, francesa e a Interpol.

4.2 Procedimentos no Brasil⁴⁸

Em janeiro de 2009 o Ministro da Justiça concedeu a Battisti o *status* de refugiado político, o que obsteu a extradição, isso na primeira fase administrativa prevista na legislação sobre extradição.

⁴⁷ BICALHO, Luis Felipe. **CASO CESARE BATTISTI - Breves Apontamentos.** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2289>>. Acesso em 18/02/2015.

⁴⁸ BICALHO, Luis Felipe. CASO CESARE BATTISTI - Breves Apontamentos.

Com essa decisão a República Italiana solicitou ao Supremo Tribunal Federal que declarasse ilegal a concessão de refugiado ao ex-ativista; o que ocorreu em novembro de 2009, com a decisão pela autorização da extradição; cumpriu a segunda fase procedimental (jurisdicional) da extradição.

Reconhecido o ato de soberania, nos moldes da legislação, o STF envia o pedido de extradição para o Chefe do Poder Executivo, ao qual cabe a decisão final, em matéria de soberania, portanto de extradição.

O Presidente nega a extradição, ao seguir parecer da Advocacia Geral da União (AGU), o qual entende tratar-se de perseguição política. Fica claro no parecer da AGU as inflamadas manifestações, de várias autoridades e órgão, na Itália; onde consignaram, inclusive, matéria publicada no jornal L'Occidentale, a qual sugeriu que autoridades do serviço secreto italiano deveriam realizar uma operação no Brasil para sequestrar Cesare Battisti; momento que fica reconhecido o desrespeito daquele Estado à soberania nacional brasileira.

4.3 Procedimentos na União Europeia

Pelo que ficou demonstrado acima, ao tratar do procedimento de Entrega existente na União Europeia, o caso Battisti teria um desfecho totalmente diverso naquela comunidade.

Ressalte-se que entre os Estados-Membros existe o reconhecimento mútuo das decisões judiciais, e a autoridade que entender necessária pode emitir um Mandado de Detenção Europeu, o qual é enviado diretamente pro órgão competente de execução no país onde se encontre o cidadão.

A autoridade que receber o pedido de entrega deve cumprir o mais breve possível, sem maiores dilações processuais.

Assim, no caso de Battisti, caso estivesse ele na França, por exemplo, o órgão italiano que condenou o réu (Estado-Membro emissor) emitiria o Mandado de Detenção Europeu, instruiria com os documentos necessários e enviaria para a autoridade no Estado-Membro de execução, o qual simplesmente, ao receber, e se estiver com documentos que comprovem os fundamentos do Mandado, cumpre-o e entrega o requisitado para o Estado-Membro emissor.

Cumprir destacar que a maior simplificação ocorrida na União Europeia foi a exclusão das

fases processuais que envolve os entes políticos, o que não ocorre no caso de extradição entre quaisquer países.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão foi demonstrado, de forma ampla, as normativas existentes em relação as formas de afastamento de cidadãos dos países, especialmente no tocante a extradição, em geral e no Brasil, e ao procedimento de *entrega* instituído na União Europeia.

Ficou evidenciada a unidade que a União Europeia conseguiu atingir com a integração de seus Estados-Membros, num governo multinível e democrático; com o respeito da soberania de seus membros, o que fortalece a comunidade como um todo.

Verificou-se que, pelo princípio do primado, a União se sobrepõe aos direitos dos Estados-Membros, obedece a ordem democrática existente a nível de União, a qual substituí a norma de extradição por um procedimento de *entrega* de pessoas procuradas para efeitos de procedimentos penais (Mandado de Detenção Europeu), o que fortalece a cooperação judiciária desses e reafirmar o princípio do reconhecimento mútuo das decisões na comunidade.

Por fim, utilizou-se o método dedutivo, com início nos conceitos, pôde-se verificar o caso de extradição decidido no Brasil, e uma possível entrega que ocorreria se ele fosse decido na União Europeia; o que utilizou-se de fundo o caso Battisti. De igual forma pôde-se esclarecer a celeridade que o procedimento de entrega tem, frente ao procedimento de extradição, fato esse decorrente da exclusão da fase política existente, o qual acaba por burocratizar todo o processo, mas que não é possível, ainda, ocorrer entre os países que não estajm integrados, como a União Europeia.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 8ª Edição. Ed. Saraiva. São Paulo. 1994.

AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno José Cardoso da Silva. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia**: uma evolução na continuidade. Revista Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO. São Paulo. Brasil. 2009. P. 17.

BICALHO, Luis Felipe. **CASO CESARE BATTISTI - Breves Apontamentos**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=2289>>. Acesso em 18/02/2015.

BOGGIANO, Antonio. **Derecho Internacional A.D. 2000**: em la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. La Ley. Buenos Aires. 2000.

BRASIL, **Lei 6.815/1980, de 19 de agosto de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>, acesso em 22/02/2015.

_____. **Lei 6.964/1981, de 09 de dezembro de 1981**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6964.htm>, acesso em 22/02/2015.

CARLASSARE, Sergio Lariccia. Legalità (principio di), in **Enc. giur. Treccani**, XVIII. Itália. 1990. P. 4. Tradução livre, do Italiano.

CASTRO, Joelíria Vey de. **Extradição: Brasil & Mercosul**. Ed. Juruá. Curitiba. 2003. P 29.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em 27/02/2015.

CONVENÇÃO de Viena sobre o direito dos tratados, de 23 de maio de 1969. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em: 26/02/2015.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacional**. In: CRUZ. Paulo Márcio. STELZER, Joana. Direito de Transnacionalidade. 1ª Edição. Juruá Editora. Curitiba. 2009.

Declaração 17, anexa à Ata final da Conferencia Intergovernamental que aprovou o Tratado de Lisboa em 13 de dezembro de 2007.

DINH, Nguyen Quoc. DAILLIER, Patrick. PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vitor Marques Coelho. 4ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1999. P. 37.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. KÄMPF, Elisa Cerioli Del'Olmo. **A Extradição no Direito Brasileiro**. Ed. GZ. Rio de Janeiro. 2011.

DUARTE, Maria Luísa, **Estudos sobre o Tratado de Lisboa**. Almedina. 2010, P. 27 e 28.

FROUFE. Pedro Madeira. **Integração Económica e Integração Europeia**. Working paper.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **DIREITO COMUNITÁRIO** – Seminários desenvolvidos. 4º Edição. Editora Almedina. 2007. P. 14.

Jurisprudência. Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de junho de 2002.

_____.Acórdão Costa/Enel, de 15 de julho de 1964. Processo 6/64.

_____.Conclusões do Advogado-Geral Alain Dutheillet de Lamothe, apresentadas em 2 de Dezembro de 1970, no Processo 11/70 nos Autos InternationaleHandelsgesellschaftmbH contra Einfuhr- undVorratsstellefürGetreideundFuttermittel.

_____.Acórdão no Processo 11/70 nos Autos InternationaleHandelsgesellschaftmbH contra Einfuhr- undVorratsstellefürGetreideundFuttermittel, número 4.

_____.Processo C-496/99 P, Comissão/CAS Succhi di Frutta SpA, Colectânea 2004, p. I-03801, nº 63.

_____.Processo 294/83, «LesVerts»/Parlamento Europeu, Coletânea 1986, p. 01339, n.º 23. Tradução livre do Inglês.

_____.Acórdão Melloni, de 26 de fevereiro de 2013. C-399/11.

MACHADO, Diego Pereira. **Do instituto da extradição: análise prévia de banimento, desterro, entrega, expulsão e deportação.** Disponível em: <<http://diegomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121933158/do-instituto-da-extradicao-analise-previa-de-banimento-desterro-entrega-expulsao-e-deportacao>>, acesso em 12 de janeiro de 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica.** Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2000.

MONTE, Mário. FREITAS, Pedro Miguel. SANTOS, Margarida. **Princípios da legalidade e da Proporcionalidade dos delitos e das penas.** In: SILVEIRA, Alessandra. CANOTILHO, Mariana. (Coord.) Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Editora Almedina. Coimbra. Portugal. 2013.P. 553.

PALAZZO, Francesco Carlo. **Legge penale**, in Dig. disc. pubb., VII. Roma. Itália. 2010. P. 344. Tradução livre, do Italiano.

PARISI, Nicoletta. **I Diritti Fondamentali Nell'unione Europea Fra Mutuo Riconoscimento In Materia Penale E Principio Di Legalità.** Disponível em:

<http://www.lex.unict.it/didattica/materiale09/dirue/materiale/diritti_fondamentali.pdf> acesso em 16 de fevereiro de 2015.

REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1984. P. 21.

SILVEIRA, Henrique Lago. **Dilemas da Cooperação Judiciária em Matéria Penal na União Europeia: A Decisão-Quadro N. 2002/584/JAI** – Que instituiu o Mandado de Detenção Europeu – Como instrumento de Erosão da Soberania Nacional. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis, 2010. P. 77.

Tratado da União Europeia – TUE, de 07 de fevereiro de 1992. Constante do artigo 2º TUE e 5º CE.

VIEIRA, Manoel Afonso. ALTOLAGUIRRE, Carlos García. **La Extradición: desde sus orígenes hasta nuestros días: doctrina, legislación, jurisprudencia, derecho comparado**. Fundação de Cultura Universitária. Montevideo. 2001. P. 27.

A DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E A EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E ITALIANA

Alisson de Bom de Souza¹

Rafael do Nascimento²

INTRODUÇÃO

O artigo doravante intenta comparar o tratamento dado pela legislação brasileira e italiana às categorias processo administrativo, duração razoável do processo e princípio da eficiência na Administração Pública.

O foco científico não está em qualquer processo, mas no processo administrativo, cuja sucessão de atos tem por escopo a decisão do administrador público sobre a satisfação, ou não, de direitos de interessados mediada pela lei. A questão a ser indagada é se tanto no Brasil quanto na Itália a exigência de duração razoável dos processos administrativos é corolário do princípio da eficiência na Administração Pública.

Para tanto é fundamental realizar uma análise comparativa sobre o direito fundamental à duração razoável do processo na Administração Pública brasileira e italiana e como o princípio da eficiência na Administração Pública influencia a duração razoável do processo administrativo.

A demora na solução das questões apresentadas administrativamente representa um ponto de ineficiência da Administração Pública e uma potencial violação ao direito fundamental à duração razoável do processo.

Na primeira parte do trabalho, analisar-se-á o processo administrativo e sua duração. Nesse contexto, o tempo do processo administrativo é caracterizado nos ordenamentos brasileiro e italiano, apresentando-se o direito fundamental à duração razoável do processo previsto na

¹ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público pela UNIVALI-ESMAFESC e Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL-LFG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina. e-mail: alisson@pge.sc.gov.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Público pela UNISUL-LFG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina. e-mail: rafael@pge.sc.gov.br.

Constituição do Brasil após a Emenda Constitucional n. 45/2004, além de verificar como a legislação italiana trata o assunto.

No segundo capítulo, o princípio da eficiência na Administração Pública é analisado sob à luz dos ordenamentos brasileiro e italiano, a fim de que se compare o grau de comprometimento jurídico de cada nação com tal princípio e seus desdobramentos.

Já na terceira parte, a título de síntese do artigo, onde se verifica se a hipótese apresentada é correta, aponta-se para a análise da duração razoável do processo administrativo como corolário do princípio da eficiência na Administração Pública.

A metodologia utilizada é a indutiva, fundando-se em ensinamentos doutrinários de autores brasileiros e italianos, sendo estes angariados na profícua semana de estudos na Università degli Studi di Perugia, na Itália.

A análise comparada de categorias jurídicas tão relevantes na atualidade demonstra a evolução do tratamento jurídico conferido por duas nações diferentes em extensão territorial, população, cultura, mas ambas comprometidas com a Constituição e com a democracia. Saber se a duração razoável dos processos administrativos e a eficiência da Administração Pública são relevantes para as legislações brasileira e italiana é (re)conhecer a evolução democrática e constitucional dessas nações, além de significar, sem sombra de dúvidas, uma adaptação às exigências da sociedade atual.

1. PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUA DURAÇÃO.

A processualidade na atuação da Administração Pública não é tema de unívoco entendimento, pois a categoria processo vem de há muito interligada ao complemento judicial, como se processo só pudesse ser o judicial.

Os estudos jurídicos mais aprofundados sobre processo e mesmo a categoria dos processualistas esteve amalgamada pela relação íntima com aqueles processos que nascem e morrem no âmbito do Poder Judiciário, no exercício de sua atividade finalística.

Entretanto, a atuação da Administração Pública, muitas vezes, também é mediada por uma relação processual e é desejável que assim seja, pois toda vez que há uma intervenção em direitos dos administrados a relação processual mostra-se imprescindível justamente para prevenir

arbítrios e abusos, como observam Ferraz e Dallari ao afirmar que “[...] o processo administrativo aberto, visível, participativo, é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade”³.

O processo administrativo traduz uma produção sequencial de atos administrativos, objetivando um resultado final e conclusivo. A sucessão de atos interligados é, assim, o que caracteriza o procedimento (ou processo), conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nos procedimentos administrativos, os atos previstos como anteriores são condições indispensáveis à produção dos subsequentes, de tal modo que estes últimos não podem validamente ser expedidos sem antes completar-se a fase precedente. Além disto, o vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida em que haja entre ambos um relacionamento lógico incindível.⁴

A doutrina processual brasileira, em parte, distingue processo e procedimento, como Cintra, Grinover e Dinamarco:

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder [...]⁵

Para este trabalho tal distinção não tem relevância, mas se denota o retorno da importância do procedimento como elemento substancial da processualidade jurídica.

Carvalho Filho, por exemplo, aponta que a doutrina italiana:

[...] adota o termo procedimento como indicativo de processo. Também associando o processo administrativo à formação do ato administrativo, e considerando o ato “perfeito quanto é completamente formado em todos os elementos necessários à sua existência jurídica”, assim se pronunciam GUIDO e POTENZA [...]⁶.

Carvalho Filho aponta três elementos do processo administrativo: relação jurídica formal; objetivo; e procedimento, apresentando a partir disso o seu conceito:

Processo administrativo é o instrumento formal que, vinculando juridicamente os sujeitos que dele participam, através da sucessão ordenada de atos e atividades, tem por fim alcançar determinado objetivo, previamente identificado pela Administração Pública.⁷

Assim, todo processo possui um objetivo a ser perseguido. Ferraz e Dallari asseveram dois elementos finalísticos do processo:

³ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 24.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 413.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 309.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à lei n. 9.784, de 29.1.1999**. 5. ed. rev., ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à lei n. 9.784, de 29.1.1999**. p. 21.

O processo, instrumento (meio técnico) estatal de composição de interesses ou direitos intersubjetivos, ou de produção e exteriorização da vontade administrativa, compõem-se (procedimento) de um conjunto de atos sucessivamente ordenados, teleologicamente predeterminados: a entrega de um direito (ou interesse) a quem dele for (ou puder ser) titular (do domínio ou do exercício), a formação e formalização da vontade administrativa”⁸.

Nesse contexto de persecução a um objetivo estatuído na legislação, o fator tempo ganha destacada relevância, pois a satisfação de um direito intempestivamente impede a efetiva legitimação do processo administrativo. Nas palavras de Ferraz e Dallari:

O tempo é uma dimensão inseparável do processo. Há mesmo certa tensão dialética entre os dois vocábulos: o tempo razoável possibilita a plena realização de todos os princípios processuais; o exíguo a dificulta; o excessivo a frustra e frustra o próprio processo. Celeridade e precipitação se espreitam, reciprocamente⁹.

Como se percebe, o tempo processual não deve ser tão rápido que possa atropelar o procedimento previsto em lei, tampouco moroso para frustrar as expectativas dos seus partícipes. A qualificadora do tempo processual é a razoabilidade, vocábulo de interpretação equívoca, mas que sustenta o princípio da duração razoável do processo.

1.1 Direito fundamental à duração razoável do processo na Constituição do Brasil

O artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, passou a prever que “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Carvalho Filho explica que “[...] o dispositivo teve inspiração no cansaço de que tem sido tomada a sociedade em função da imperdoável e inaceitável demora na solução dos problemas deduzidos em feitos judiciais ou administrativos”¹⁰.

A previsão da duração razoável do processo como um direito fundamental acarreta na dimensão subjetiva e, também, no caráter objetivo, significando, neste caso, um valor básico da sociedade, cujo efeito jurídico condiciona a interpretação do direito infraconstitucional e impõe aos poderes públicos o dever de proteção.

A lei n. 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo federal, tem por

⁸ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. p. 39.

⁹ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. p. 39.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à lei n. 9.784, de 29.1.1999**. p. 63.

fundamento, no seu artigo 49, a norma do art. 5º, LXXVIII, pois estabelece prazo para que as autoridades administrativas profiram decisões no âmbito de sua competência, não se admitindo processo interminável e de tramitação irrazoável.

A referida norma jusfundamental, prevista a partir de 2004 na Constituição brasileira, garantiu a todos o processo judicial e também o administrativo com duração razoável. Além de demonstrar o reconhecimento constitucional da autonomia do processo administrativo, a previsão constitucional impõe aos poderes públicos a tramitação célere do processo, ou seja, com os meios do processo não se deve perder tempo.

Isso não significa que o processo deve começar e terminar apressadamente, mas sim que os atos de mero expediente, como a juntada de um documento, por exemplo, sejam céleres.

Os esforços atuais para a automatização e virtualização de processos, sejam judiciais ou administrativos, têm por fundamento a imposição constitucional de celeridade na tramitação dos processos.

Por outro lado, os atos fundamentais do processo, como o prazo de defesa, a produção de prova fundamental ao deslinde da causa, a própria decisão, devem ser produzidos em tempo razoável, nem tão rápido, tampouco a passos lentos.

Conceder prazo de poucas horas para a apresentação de defesa em processo administrativo disciplinar, muito embora possa ser caracterizado como célere, destoa do sistema constitucional de garantias fundamentais, especialmente do devido processo legal. Por isso que determinados atos essenciais devem ter duração razoável, já os meios de tramitação devem ser céleres.

É salutar alertar que a duração razoável é categoria aberta, sujeita a interpretações, o que dificulta sua aplicação. A autoridade administrativa deve construir a aplicação desse direito fundamental nos processos de sua competência e o legislador ordinário deve colmatar esse direito fundamental por meio de leis específicas.

1.2 O tempo do processo administrativo na Itália

O processo administrativo na Itália desenvolveu-se sobre as bases constitucional, doutrinária e jurisprudencial, ou seja, desprovido de qualquer diploma legal que o tratasse de

maneira uniforme e geral.

Contudo, o cenário sobre a matéria se modificou com a edição da Lei n. 241/1990, a qual foi responsável pela regulamentação geral do processo administrativo.

De fato, segundo Alberto Zito, referida Lei introduziu novidades relevantes que contribuíram para redefinir as características da ação administrativa e a relação entre a Administração Pública e os cidadãos. Além disso, no mesmo diploma normativo, encontram-se disposições que extrapolam o sentido estrito do processo administrativo, entrando no campo de outras matérias, a exemplo da previsão de avaliação da responsabilidade da autoridade pública, quando o processo não é concluído no seu prazo legal.¹¹

Uma das grandes inovações trazidas pela Lei n. 241/1990 e posteriormente alterada pela Lei n. 69/2009, diz respeito ao tempo em que o procedimento administrativo deve ser concluído e às consequências geradas em razão da inobservância dos prazos estipulados.

A propósito, em seu parágrafo 2º do artigo 2º, resta estabelecido que nos casos nos quais as disposições da lei não prevêm um termo diverso, os procedimentos administrativos de competência das Administrações Públicas e dos entes estatais devem ser concluídos dentro do prazo de trinta dias.¹²

Mediante proposta do ministro competente, o processo administrativo pode ter prazo diferenciado para conclusão, o qual está limitado a noventa dias (art. 2º, §3º), podendo ser prorrogado a cento e oitenta dias, nos casos em que a medida se mostra indispensável, em virtude da natureza dos interesses públicos tutelados e da particular complexidade do procedimento (art. 2º, §4º).¹³

Dessa forma, no Direito italiano, apresenta-se clara a ideia de que a Administração Pública tem o dever de decidir os procedimentos a ela submetidos dentro do prazo legal, não cabendo ao cidadão interessado arcar com o ônus da duração desarrazoada do processo.

Tanto é verdade, que a constatação aritmética da inobservância dos prazos estabelecidos abre espaço para atuação do instituto denominado como *silenzio assenso*.

¹¹ ZITO, Alberto. **Diritto amministrativo**. Tradução livre. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 214.

¹² ITÁLIA. **Lei n° 241, de 07 de agosto de 1990**. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.parlamento.it>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

¹³ ITÁLIA. Lei n° 241, de 07 de agosto de 1990.

O silêncio consentido pela Administração Pública, previsto no artigo 20 da Lei n. 241/1990, significa que, no caso de procedimento iniciado por provocação da parte interessada, o transcurso do tempo do processo sem decisão da Administração equivale ao acolhimento do pedido.¹⁴

Ocorre que a própria Lei que regulamenta o procedimento administrativo na Itália prevê algumas hipóteses sobre as quais não se aplica o *silenzio assenso*. Exemplificando, os processos relacionados ao patrimônio cultural e paisagístico, meio ambiente, defesa nacional, segurança pública, saúde pública, imigração e cidadania, quando não concluídos tempestivamente, não geram o acolhimento automático do pedido (art. 20, §4º).¹⁵

Por outro lado, o silêncio da Administração Pública não afasta o seu poder de autotutela, sendo permitida a revisão dos atos sempre que identificados vícios processuais ou irregularidades no resultado alcançado em virtude da inércia administrativa (art. 20, §3º).¹⁶

Por essa razão, cria-se, em diversas vezes, uma situação de insegurança jurídica para o interessado que obteve o acolhimento de seu pedido em decorrência do silêncio da Administração.

Para elucidar a afirmação acima, toma-se como exemplo o caso de um empreendedor que busca autorização para o desenvolvimento de determinada atividade empresarial. Se o processo administrativo não é concluído em tempo adequado, surge, ao interessado, a dúvida sobre a (im)possibilidade de início de sua atividade. Ainda que o requerente possua todos os requisitos legais para atendimento de seu pleito, não se pode negar que a situação de inércia da Administração se apresenta lesiva ao particular e lhe provoca dano de ordem material. Além disso, caracterizado o *silenzio assenso*, há a hipótese de alteração posterior do quadro normativo, que modifique os requisitos para autorização e coloque o particular na zona de inobservância da lei. Nessa situação, tendo em vista que o processo ainda não atingiu seu trâmite final, a Administração Pública fica impedida de deferir o pleito para desenvolvimento da atividade empresarial, em virtude da aplicação do princípio *tempus regit actum*.¹⁷

Não obstante a situação acima, ao término do prazo para conclusão do processo administrativo, surge a faculdade de o cidadão pleitear a tutela jurisdicional, com o fim de obrigar

¹⁴ ITÁLIA. Lei n° 241, de 07 de agosto de 1990.

¹⁵ ITÁLIA. Lei n° 241, de 07 de agosto de 1990.

¹⁶ ITÁLIA. Lei n° 241, de 07 de agosto de 1990.

¹⁷ ZITO, Alberto. **Diritto amministrativo**. p. 240.

o Poder Público a decidir sobre o seu pedido, conforme disposto no art. 31 do Código de Processo Administrativo Italiano.¹⁸

Interessante notar que o mesmo Código autoriza o Juízo a decidir acerca do pedido administrativo, quando o ato administrativo for vinculado, ou quando não resta margem para o exercício de discricionariedade e não é necessária a instrução processual a ser feita na esfera administrativa (art. 31, §3º).¹⁹

Por fim, diante do silêncio da Administração Pública, o interessado pode buscar a tutela ressarcitória, responsabilizando aquela pelo dano sofrido, hipótese que configura o dever de indenizar em virtude do denominado *danno da ritardo*.²⁰

Extraí-se, portanto, da legislação italiana examinada, a preocupação justa com a duração razoável do processo administrativo, pois estabelece prazos bem definidos a serem observados e institui instrumentos eficazes de coerção, caso o pedido submetido ao Poder Público não seja decidido em tempo adequado.

2. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A eficiência é antes uma categoria econômica. O Direito dela se apropriou como resposta ao crescente aumento de demandas sociais sem respostas adequadas, o que gera a desconfiança na capacidade do Estado em resolver os conflitos sociais e realizar uma gestão de qualidade. Como afirma Bandeira de Mello “[...] anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da boa administração”²¹.

No plano da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles afirma que o princípio da eficiência “[...] é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”²².

¹⁸ ITÁLIA. **Decreto Legislativo nº 104, de 02 de julho de 2010**. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.parlamento.it>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

¹⁹ ITÁLIA. Decreto Legislativo nº 104, de 02 de julho de 2010.

²⁰ ZITO, Alberto. **Diritto amministrativo**. p. 241.

²¹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. p. 110.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32a ed. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 96.

A distinção de eficiência, eficácia e efetividade é explicitada por Carvalho Filho:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, a eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos.²³

O princípio da eficiência é dotado das seguintes características²⁴: a) direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum; b) imparcialidade; c) neutralidade; d) transparência; e) participação e aproximação dos serviços públicos da população; f) eficácia; g) desburocratização; e h) busca da qualidade. Para José Afonso da Silva:

O princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores.²⁵

Carvalho Filho aponta a produtividade como núcleo da eficiência administrativa:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização [...]²⁶

A eficiência impõe à Administração Pública uma atitude positiva perante o administrado, no escopo de buscar satisfazer suas expectativas, superando o formalismo asséptico da legalidade estrita, cuja característica, ainda muito impregnada nos órgãos públicos, é a atuação negativa, ou seja, a espera contumaz pelo agir do administrado.

Esse princípio informa a necessidade de a Administração Pública agir de forma a não desperdiçar recursos públicos, marcadamente escassos, sendo que a efetivação de direitos fundamentais deve, portanto, ser eficiente. Desdobra-se dele o princípio do uso racional dos recursos públicos:

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 32.

²⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 304.

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 672.

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 30.

possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.²⁷

O dever de eficiência dos Poderes Públicos na efetivação dos direitos fundamentais é corolário da noção de que os recursos públicos são limitados e devem ser aplicados da melhor maneira possível, evitando-se desperdícios, inclusive o desperdício de tempo.

2.1 Eficiência na Administração Pública brasileira

A Emenda Constitucional n. 19/1998, além de outras significativas modificações na estrutura da Administração Pública brasileira, inseriu, no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como princípio da Administração Pública, o princípio da eficiência. Como afirmam Ferraz e Dallari:

É óbvio que esse princípio já estava implícito. Ao torná-lo explícito, ao afirmá-lo expressamente, o que se pretendeu foi demonstrar a redobrada importância que ele passou a ter. Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.²⁸

Já para Carvalho Filho:

[...] o único sentido que se pode emprestar à ideia de cumprir melhor os fins administrativos tem conotação direta com o princípio da eficiência, hoje expressamente inscrito na Constituição como um dos princípios administrativos. Tido como um dos princípios mais relevantes do Estado moderno, o princípio da eficiência se dispõe a enfrentar a travada burocracia da esfera administrativa, a perda e o desvio de recursos financeiros e o atraso tecnológico de alguns setores da Administração.²⁹

Além da legalidade, o gestor público deve perseguir os melhores resultados. A harmonização de legalidade e eficiência é a chave para uma gestão pública constitucionalmente aceitável. Para José Afonso da Silva:

[...] o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.³⁰

Como consectário do princípio da eficiência, a EC n. 19/1998 previu a participação do usuário na Administração, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 37. A possibilidade de reclamações e avaliações dos serviços públicos, o acesso à informação pública e a possibilidade de

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 302.

²⁸ FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. p. 78.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal**: comentários à lei n. 9.784, de 29.1.1999. p. 30.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 673.

representar os agentes públicos que atuam de modo negligente ou abusivo são os meios de participação citados expressamente pelo texto constitucional que qualificam a gestão de eficiente quando aberta à participação.

Na mesma linha, o poder constituinte derivado, no art. 37, parágrafo 8º, previu a possibilidade de autonomia gerencial, orçamentária e financeira ampliada para órgãos da Administração Pública, a fim de cumprimento de metas de desempenho.

Na legislação infraconstitucional, a lei n. 9.784/1999, lei do processo administrativo federal, prevê, por exemplo, como um objetivo do processo administrativo a eficiência administrativa. Além dos direitos dos administrados, o processo deve assegurar o melhor cumprimento dos fins da administração.

Portanto, a eficiência foi reconhecida formalmente posteriormente à Constituição de 1988 por meio de Emenda Constitucional e se tornou, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, um princípio da Administração Pública brasileira, devendo ser observada e perseguida para propiciar respostas adequadas aos anseios da sociedade.

2.2 Eficiência na legislação italiana.

O princípio da eficiência é extraído do artigo 97 da Constituição da República Italiana de 1947, segundo o qual: “os órgãos públicos são organizados segundo disposições de lei, de modo a serem assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração.”³¹

Em análise à transcrição acima, é possível observar que a Constituição daquele país não versa expressamente sobre o princípio da eficiência, referindo-se, apenas, ao princípio do bom andamento da Administração Pública.

Contudo, o bom andamento traduzido no artigo 97 pode ser entendido como prescrição de funcionamento eficaz, eficiente e econômico da Administração e, portanto, de boa administração, que obriga os atos dos agentes públicos e reflete na vida dos cidadãos.

Na verdade, a evolução do pensamento jurídico sobre bom andamento coincide com aquela ocorrida no tema da imparcialidade: inicia-se enfatizando a natureza meramente

³¹ ITALIA. *Costituzione della repubblica italiana*. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.governo.it>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

programática da formulação constitucional, para depois começar a reconhecer a sua juridicidade, identificando o bom andamento com o dever da boa administração, até reconstruí-lo com o sentido técnico de eficiência.³²

Por sua vez, o princípio da eficiência da administração, segundo a jurisprudência da Corte Constitucional Italiana, encontra explicação em uma série de regras traduzidas como: a racional organização dos órgãos públicos e seu correto funcionamento; a garantia da regularidade e da continuidade da ação administrativa e dos serviços públicos; a obrigação de os dirigentes realizarem verificações periódicas acerca do respeito aos princípios da imparcialidade, da funcionalidade, da flexibilidade e da transparência; e a obrigação de os servidores públicos prestarem contas em função dos resultados e dos objetivos prefixados.³³

Nesse contexto, foi editada a Lei n. 15/2009, que visa a otimizar a produtividade do serviço público e a dar eficiência e transparência à Administração Pública.³⁴

Preocupou-se o legislador ordinário em efetivar a Constituição e dar assento legal à jurisprudência da Corte Constitucional, introduzindo na Administração Pública instrumentos de valorização de mérito e métodos de incentivo da produtividade e da qualidade da prestação do trabalho.

Exemplificando, o artigo 6º da Lei em apreço estabelece princípios e critérios em matéria de gestão pública, com a finalidade de conseguir a melhor organização do trabalho e de assegurar o progressivo melhoramento da qualidade da prestação fornecida ao público, utilizando, inclusive, critérios de gestão e de avaliação do setor privado, a fim de alcançar níveis adequados de produtividade do trabalho e promover o reconhecimento público dos méritos e deméritos (art. 6º).³⁵

Nota-se que a profunda regulamentação do princípio da eficiência na legislação italiana, a sólida doutrina sobre o assunto e a constatação da jurisprudência uníssona da Corte Constitucional, reflete a situação de obsolescência da atividade administrativa, sofrida por aquele país no passado.

³² MERCATI, Livia. **Responsabilità amministrativa e principio di efficienza**. Tradução livre. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p. 03-04.

³³ ITÁLIA. Corte costituzionale della repubblica italiana. **Sentença n° 104/2007**. Relator: Juiz Sabino Cassese. Roma, 19.03.2007. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

³⁴ ITÁLIA. **Lei n° 15, de 04 de março de 2009**. Tradução livre. Disponível em: <<http://www.parlamento.it>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

³⁵ ITÁLIA. Lei n° 15, de 04 de março de 2009.

Repita-se, conquanto o princípio da eficiência não esteja expressamente previsto no texto constitucional italiano, a importância atribuída ao tema ultrapassa a singeleza da execução dos atos administrativos mais corriqueiros, para atingir o cerne da estrutura administrativa estatal.

De fato, o princípio da eficiência deve inspirar toda a atividade de organização, toda a vida da Administração e sua relação com os cidadãos, não podendo se limitar, apenas, às práticas internas isoladas.³⁶

3. DURAÇÃO RAZOÁVEL COMO CONSEQUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Inicialmente, é importante ressaltar que o direito à duração razoável do processo administrativo integra nosso ordenamento jurídico, antes mesmo da Emenda Constitucional n. 45, porquanto decorrente do devido processo legal e da eficiência da Administração Pública prevista no artigo 37 da Constituição Federal, conforme leciona Alexandre de Moraes:

Essas previsões - razoável duração do processo e celeridade processual -, em nosso entender, já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput).³⁷

Entretanto, através da promulgação da emenda acima referida, o constituinte optou por declarar, incisivamente, o princípio da duração razoável do processo enquanto direito fundamental, acentuando a sua correlação com a eficiência na seara administrativa.

Sobre o assunto, vale transcrever a doutrina de Carvalho Filho:

A Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2014 (denominada de “Reforma do judiciário”), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, estabelecendo: **“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”**. O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV, CF). Note-se que a nova norma constitucional não se cinge aos processos judiciais, mas também àqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de irritante lentidão, não basta, porém, a inclusão do novo mandamento; urge que outras medidas sejam adotadas, em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter densa efetividade.³⁸

Nesse pensar, a duração razoável do processo se apresenta como consequência do princípio da eficiência, uma vez que este traduz a ideia de celeridade, de respeito aos prazos

³⁶ CRESTI, Marco. *Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale*. Milão: Giuffrè Editore, 2006. p. 43.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. p. 94.

³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. p. 31.

predefinidos, de simplicidade e da tomada de decisão em tempo e modo adequados.

Em outras palavras, a eficiência caminha de encontro à morosidade e à desídia, as quais conflitam com o interesse da sociedade em ver os processos administrativos impressos de rapidez procedimental e justas soluções.

Nesse sentido, destaque-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, *in verbis*: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. **A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade.**³⁹ (Grifou-se).

Portanto, a duração razoável do processo administrativo é visualizada como consequência do princípio da eficiência, sob o aspecto da celeridade processual, vedando que a Administração Pública coloque o interessado em situação de indefinição, com base na informalidade da protelação da execução dos atos inerentes ao processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exigência de que a Administração Pública seja eficiente e decida em prazo razoável vem se tornando uma constante nas últimas décadas. Trata-se de uma história evolutiva de necessidade de aprimoramento da atividade administrativa e de reconhecimento das garantias fundamentais do cidadão, previstas na Constituição Federal de 1988.

Contudo, essa evolução ainda está longe de atingir seu ponto final. Isso porque, não obstante os mandamentos constitucionais, a doutrina esclarecedora e a jurisprudência vigilante, causa perplexidade a ineficiência impregnada, na maioria das vezes, na organização da Administrativa Pública brasileira.

De fato, não há dúvida de que todos desejam uma Administração eficiente e a necessidade de a implantar possui elementos fáticos e jurídicos mais do que suficientes. No entanto, essa

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1138206/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 09.08.2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

aspiração parece ser intangível, diante dos exemplos cotidianos de processos administrativos intermináveis e de desperdício de dinheiro público.

Em contrapartida, o estudo em apreço retratou a experiência da Itália sobre o tema, a qual tem produzido legislação cada vez mais rígida acerca da eficiência da Administração Pública e do tempo dos processos a ela submetidos.

Esclarece-se que a análise do grau de aperfeiçoamento da organização administrativa italiana é alheia ao objeto da pesquisa. Na verdade, elegeu-se aquele país europeu como parâmetro, tendo em vista a sua semelhança com o Brasil, no que tange aos problemas de ineficiência administrativa enfrentados por ambos.

Nesse contexto, a menção à doutrina e à legislação italiana sobre os princípios da eficiência e da duração razoável do processo apresenta-se como uma via de debate para a inserção de alguns institutos daquele país, no ordenamento jurídico nacional.

O presente trabalho, sob essa perspectiva, tem por função dar corpo ao entendimento de que deve ser priorizada a manutenção de níveis aceitáveis de eficiência da Administração Pública, respeitando a Constituição e os cidadãos, os quais, frequentemente submetem seus direitos ao crivo do Poder Público.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1138206/RS**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 09.08.2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a lei n. 12.587/2012. São Paulo: Atlas, 2012. _____ . **Processo administrativo federal**: comentários à lei n. 9.784, de 29.1.1999. 5. ed. rev., ampl. e atual. até 31.3.2013. São Paulo: Atlas, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CRESTI, Marco. **Efficienza e garanzie nell'evoluzione dell'organizzazione statale**. Milão: Giuffrè Editore, 2006.

FERRAZ, Sergio; e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ITALIA. **Costituzione della repubblica italiana**. Disponível em: <<http://www.governo.it>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. Corte costituzionale della repubblica italiana. **Sentenza n° 104/2007**. Relator: Juiz Sabino Cassese. Roma, 19.03.2007. Disponível em <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. **Decreto legislativo n° 104, de 02 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.parlamento.it>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. **Lei n° 15, de 04 de março de 2009**. Disponível em: <<http://www.parlamento.it>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. **Lei n° 241, de 07 de agosto de 1990**. Disponível em: <<http://www.parlamento.it>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros: 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MERCATI, Livia. **Responsabilità amministrativa e principio di efficienza**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZITO, Alberto. **Diritto amministrativo**. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS “CONTRATOS” E TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RELACIONADOS À MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Demes Britto¹

Denival Francisco da Silva²

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga a evolução dos institutos de Direito Tributário Internacional, especialmente no âmbito dos Tratados e Convenções Internacionais, no sentido de evitar a dupla tributação. Baseia-se na contextualização do ingresso dos Tratados Internacionais tributários no ordenamento jurídico interno quando houver conflito entre Tratado e lei ordinária.

Com efeito, interessa-se pela análise pragmática do Direito Tributário Internacional como forma indispensável de percorrer, dentre outras questões, o Direito Tributário por duas óticas distintas, o Direito Positivo e a Ciência do Direito, como também a importância da hermenêutica jurídica para o entendimento desta ciência e para a formação do Direito Positivo. Todavia, não se pode tratar desses enunciados prescritivos sem tecer considerações acerca das fontes do Direito Internacional.

Faz-se descrição sistematizada dos Tratados Internacionais relativa à inserção no Direito brasileiro, especialmente sobre a compatibilização dos enunciados prescritivos internos. Ao inserir normas do Direito Positivo, muito embora o faça com a intenção de racionalidade, acaba por incorrer numa série de vícios, responsáveis por antinomias, pleonasmos, ambiguidades de toda ordem, falhas sintáticas, construções impróprias a fórmulas vazias.³

Em seguida, alcança-se a importância dos Tratados Internacionais tributários e o nível de

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVAI/SC, Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos, Conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) vinculado ao Ministério da Fazenda e Vice-Presidente da 3ª Turma Especial da 3ª Sessão de Julgamento. demes.brito@carf.gov.br

² Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVAI/SC. Mestre em Direito pela UFPE. Juiz de Direito na Comarca de Goiânia/GO. denivalfsilva@gmail.com

³ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva 1999, p 141.

eficácia dessas normas. Levam-se essas reflexões ao art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN), que, em sua concepção positivada, determina: “(...) os Tratados e as Convenções Internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pelas que lhes sobrevenha”.⁴ No entanto, a redação do art. 98 do CTN foi infeliz ao utilizar o termo “revogam”, sendo preferível utilizar “prevalecem”,⁵

Traçaram-se pontos coincidentes entre os direitos e garantias fundamentais e os denominados direitos humanos e, também, em apontar características distintivas entre os Tratados Internacionais normativos e contratuais⁶. Partindo dessa análise comparativa é que se chega à conclusão que não se aplicam em matéria tributária os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Também foi analisada a relação existente entre as normas veiculadas nos Tratados Internacionais e aquelas já existentes na ordem jurídica interna. Para tanto, utilizou-se como ponto de partida o art. 5, § 2º, bem como, o novel § 3º, introduzido, neste artigo, mediante a Emenda Constitucional nº 45/2004.

Torna-se conveniente, ainda, destacar a posição jurisprudencial acerca das questões suscitadas, sem perder de vista a teoria e a prática. Por fim, deixa-se consignada a intenção de interpretar o Direito Positivo e responder às questões levantadas neste artigo e solucioná-las. Para tanto, foi utilizado o método Indutivo tanto na Fase de Investigação quanto como base da lógica do relato de seus resultados, operacionalizando as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

1. DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

O Direito Tributário Internacional resulta dos enunciados prescritivos internacionais que têm por objeto o estudo da sistematização de normas internacionais no plano interno de cada

⁴ CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). “Art. 98 – Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e será observados pela que lhes sobrevenha.” CTN. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>>. Acesso em 30 jun. 2014.

⁵ BRITTO. Demes. Aplicabilidade dos Tratados Internacionais tributários no ordenamento jurídico interno à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ e STF. **Revista de Estudos Tributários**. São Paulo: Síntese, 2012, Ano XV, nº 85, p. 66.

⁶ Neste sentido, os Tratados internacionais normativos são aqueles para os quais os Estados pactuantes buscam criar uma norma jurídica à qual serão submetidos. Já os Tratados Internacionais contratuais são aqueles em que o fim não são propriamente regras de Direito Objetivo, mas sim deveres entre as partes pactuantes, mediante celebração de instrumento sinalagmático com o objetivo de conciliar interesses divergentes entre as partes.

⁷ Sobre o Método Indutivo na Fase de Investigação e na Fase de Relato dos Resultados da Pesquisa Científica e quanto a estas Técnicas, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12ª ed – São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.92

Estado. Para Alberto Xavier, o Direito Tributário Internacional “trata das situações tributáveis internacionais, isto é, que tenham elementos de conexão com mais de uma ordem jurídica nacional. Engloba, pois, todas as normas que delas se ocupem, tenham fonte de produção interna ou internacional”.⁸

Atualmente, alguns autores apresentam o tema Tributação Internacional como módulo único capaz de abarcar tanto o estudo do Direito Interno como as normas contidas em Tratados e Convenções Internacionais.⁹ Heleno Torres adverte aos estudiosos que costumam abordar a fiscalidade internacional como módulo único: “[...] o estilo dualista moderno se distingue estipulativamente entre ambos, havidos como simples especialização do Direito Tributário Interno; apenas didaticamente autônomos e, portanto, sem autonomia científica, constituídos no entanto por normas distintas *ratione materiae*”.¹⁰

Com efeito, os enunciados de Direito Tributário Internacional são normas dirigidas a controlar a conduta dos atores internacionais relacionadas às normas internas de Direito Tributário. Alberto Xavier¹¹ assinala que o DTI surge precisamente porque uma ou alguma das características ou aspectos da situação internacional podem funcionar como conexão suscetível de desencadear a incidência e aplicação das leis tributárias internas de mais um Estado. Conforme este autor, a matéria disciplinada nas relações entre os Estados (sujeitos de DIP) refere-se ao ordenamento jurídico interno de cada Estado, submetendo-se aos princípios e normas tributárias de cada um.

Contudo, o Direito Tributário Internacional tem como principal fonte o Direito dos Tratados, pois, em muitas das vezes, os Acordos e Convenções Internacionais podem ser de diversas espécies. Apesar de os mais utilizados atuar para evitar a dupla tributação e a evasão fiscal, parte dos autores entendem as normas do DTI de duas formas: a primeira relaciona-se aos elementos de conexão, suscetíveis a desencadear a hipótese de incidência do ente tributante na legislação interna de cada Estado; a segunda se utiliza de normas e princípios gerais do Direito para invocar o Direito Tributário Interno sobre as normas internacionais (Tratados e Convenções).

⁸ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. São Paulo: Forense, 2002.

⁹ TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.

¹⁰ TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. p. 11.

¹¹ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. São Paulo: Forense, 2002.

Heleno Torres¹², em apertada síntese, diferencia o Direito Tributário Internacional e Direito Internacional Tributário, sendo ambos entendidos como simples especialidades da ciência do Direito Tributário Interno, autônomos apenas didaticamente, sem nenhuma afetação ad nutum ao princípio da unicidade sistêmica jurídica.¹³ O autor trata a existência de dois campos de estudo: DTI, composto de normas de fonte interna para regulação das situações internacionais, e o DIT, integrado pelas normas de fonte internacional.

Para Klaus Vogel, não existe o DIT, estando às normas descritivas inseridas no DTI:

O Direito Tributário Internacional compreende a totalidade das prescrições jurídicas que se referem à tributação [...]. Fato estes, fiscalmente relevantes, que implicam relações com âmbitos territoriais ou com ordenamentos jurídicos de mais de um Estado e para os quais se ponha como credor tributário mais de um Estado.¹⁴

Revela-se, dessa forma, o DTI sistematizado por normas de Direito Internacional Público, Direito dos Tratados, mas também compreende-se como fonte, normas de Direito Interno. Trata-se, portanto, de estabelecer os enunciados de DIP (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados/1969) em face do Direito Interno, princípios, regras, costumes e o próprio Direito Comparado.

2. PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL

No âmbito da tributação da renda, Victor Uckmar elenca a clássica bipartição dos princípios e regras gerais do Direito Tributário Internacional:¹⁵

- i. normas internas a um ordenamento jurídico que disciplinam as hipóteses impositivas caracterizadas por elementos de exterioridade ao próprio ordenamento (denominado “Direito Tributário internacional tributário);
- ii. normas contidas nos Acordos Internacionais que se refiram ao exercício da atividade dos Estados em matéria tributária no âmbito da cada ordenamento (denominado “Direito Internacional tributário).

¹² TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. p. 57.

¹³ TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**, p. 57

¹⁴ TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**, p. 54, apud VOGEL, Klaus. *Il Diritto Tributario Internazionale*. In: AMATUCCI, Andrea. **Tratatto di Diritto Tributario**. Padova: Cedam, 1994, p. 691-2.

¹⁵ CORASANITI, Giuseppe et al. (orgs. Aspectos Gerais); GRECO, Marco Aurélio; ROCHA André Sergio (orgs. Sistema Brasileiro). **Manual do Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012, p. 35.

Helena Torres esclarece que o Direito Tributário Internacional se dedica exatamente ao estudo sistematizado de normas com elementos de estraneidade, em que a locução Direito Tributário aparece como referida à fonte de emanção, o Direito Interno, enquanto o termo “internacional” designa a diferença específica da espécie de hipótese de incidência: dotada de elemento de estraneidade.¹⁶

Com efeito, a existência do fluxo interior dos sistemas tributários de cada ordem jurídica internacional, destinadas à qualificação e localização dos elementos de conexão e estraneidade dos fatos contidos na hipótese de incidência de normas impositivas, define os elementos de conexão com o próprio sistema, para ulterior incidência de normas impositivas, o qual permite falar na existência do Direito Tributário Internacional.

O autor sustenta que as normas impositivas possuem nas respectivas hipóteses de incidência da regra-matriz de incidência a descrição de fatos com elementos de estraneidade, cujos critérios de qualificação e localização possibilitam a conexão com o ordenamento tributário, por terem os fatos de produção de renda ou capital ocorridos extraterritorialmente, envolvendo residentes; ou territorialmente, por atuação de não-residentes.¹⁷

Por outro lado, dadas normas de Direito Internacional são direcionadas precipuamente a regular a atuação dos Estados (matéria tributária) em âmbito da comunidade internacional. Essas normas de Direito Internacional Tributário estendem-se à terminologia “internacional” como conectivo da fonte de produção normativa, externa ao sistema, por ser produzidas por fontes normativas distintas das constitucionalmente previstas pelo Estado, mas reconhecidas internacionalmente por ser legítimas e eficazes.¹⁸

O Direito Internacional Tributário encontra-se entre as normas convencionais que introduzem conceitos específicos, como, por exemplo, o estabelecimento permanente de critérios específicos para o tratamento das categorias de rendimentos e impostos previstos, pelo princípio da não discriminação e prescrições que regulam os efeitos da dupla tributação, sendo estas normas exclusivamente do campo do Direito Tributário Internacional.¹⁹

Na doutrina, muito se discute se os princípios seriam válidos com força de norma, se

¹⁶ TORRES, Helena Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**, p. 60.

¹⁷ TORRES, Helena Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**, 61

¹⁸ TORRES, Helena Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**

¹⁹ TORRES, Helena Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**, p. 62.

autoaplicáveis ou apenas objeto de construção doutrinária. Contudo, há consenso entre os autores que defendem a importância dos princípios como norma, em especial do Direito Tributário Internacional. Sobre a influência dos princípios para aplicação do Direito, bem esclarece Paulo de Barros Carvalho:²⁰

Sendo objeto do mundo da cultura, o direito e, mas particularmente, as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor. Esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes proporções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em Direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras que falamos, mas também se emprega a palavra para normas que fixam importantes critérios objetivos.

Carlos Ari Sundfeld sustenta como “princípio jurídico a norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”. Defende ainda o autor a importância dos princípios para aplicação eficaz das normas, em especial normas de Direito Tributário Internacional em prevalência sobre o plano interno.²¹

No mesmo sentido, convém invocar Roque Carrazza: “Por igual modo em qualquer Ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é ainda pedra angular de qualquer sistema”.²²

Na concepção de Luiz Lenio Streck²³:

[...] A grande maioria dos juristas brasileiros não se deu conta de que a superação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito. Ou seja, não se deram conta, os juristas, de que é através dos princípios que ocorre a canalização para o âmbito das Constituições do elemento do mundo prático (a razão prática subtraída pelo mundo das regras do positivismo).

Assim, seguindo a definição proposta por Paulo de Barros Carvalho, os princípios devem denotar critérios objetivos, além de significar algum valor, indiferente da estrutura a que está agregado, e, desse modo, o limite objetivo deve ser considerado sem a imposição da norma. Este autor classifica os critérios de objetividade na aplicação de casos concretos tais como o “princípio

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, p. 191.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. In: OLIVEIRA Jr, Dario da Silva. **Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade e capacidade contributiva**. RJ: Lumen Juris, 2000, p. 3.

²² CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 31.

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos**. In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). *Reflexões sobre Política e Direito – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008; p. 238

valor ou princípio objetivo”.²⁴ Segundo o Professor Carvalho, tal distinção tem efeitos jurídicos caso se reconheça no princípio algum valor, conseqüentemente o julgador terá de ingressar no campo da axiologia e ponderar os elementos de cada caso, muita das vezes sendo o elemento subjetivo característica do princípio.²⁵

Quanto aos limites objetivos, continuam as lições do Prof. Paulo de Barros Carvalho: “Nada disso entra em jogo, ficando muito mais simples a construção do sentido dos enunciados”. O autor utiliza como exemplo para aplicação prática do direito os limites objetivos do princípio da anterioridade, norma presente na sistemática impositiva brasileira; sendo um princípio objetivo, sua comprovação se faz por meio da linguagem competente (linguagem das provas admitidas em direito), sendo de simplicidade sua comprovação, bastando exibir o documento oficial relativo ao veículo que introduziu a normas jurídicas no sistema positivado juntamente com a comprovação do momento em que se tornou de conhecimento público a exigência legal, para assim poder aferir se houve ou não respeito ao princípio da anterioridade. Caso o tributo tenha sido introduzido por veículo infralegal, está-se diante da violação de um princípio.²⁶

No caso dos princípios de Direito Internacional Tributário, cumpre deixar claro que são direcionadas a regular a atuação dos Estados (matéria tributária) no âmbito internacional, são exclusivamente interpretativos, ou seja, visam esclarecer e suprir o que já foi legislado em âmbito internacional, resolvendo para tanto obscuridades e ambiguidades, sem introduzir nenhuma forma de novo direito.

3. DUPLA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

Paulo Márcio Cruz esclarece que²⁷:

Em função da emergência de novos cenários globalizados e transnacionais e do esgotamento da liberdade, enquanto paradigma do direito da modernidade é clara a necessidade de se discutir o estabelecimento de alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o Direito [...].

Neste sentido, a dupla tributação internacional ocorre quando existe a mesma hipótese de

²⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, p. 191.

²⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. p, 191

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. p, 194.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p.39

incidência entre Estados signatários de Tratados Internacionais para evitar a dupla tributação, ou seja, mais de um Estado soberano exige do mesmo contribuinte, em idêntico espaço temporal, determinado tributo da mesma espécie pela mesma circunstância. Atualmente, grande parte dos autores internacionais reconhece a ocorrência da dupla tributação internacional jurídica quando presente a regra das quatro identidades; ocorre que a construção doutrinária dos efeitos da dupla tributação apresenta dificuldades de interpretação quanto ao elemento jurídico e econômico.

Xavier reconhece a ocorrência da dupla tributação jurídica internacional quando estiverem presentes as quatro identidades: i) identidade do objeto; ii) a identidade do sujeito; iii) a identidade do período tributário; e iv) a identidade do imposto. Já a denominada dupla tributação econômica internacional ocorre quando presentes apenas três identidades: i) identidade de pressuposto; ii) identidade de tributo; e iii) identidade de tempo.²⁸

Com efeito, entende-se que a diferença dos enunciados da dupla tributação reside na existência ou não da identidade dos contribuintes. Caso ocorra, está-se ante a hipótese de dupla tributação jurídica, senão, será dupla tributação econômica.

Klaus Vogel identifica a ocorrência da dupla tributação jurídica internacional em três situações: i) quando um Estado adota o princípio da residência e outro Estado adota o princípio da fonte para tributar o mesmo rendimento auferido pelo mesmo contribuinte; ii) quando o contribuinte é residente simultaneamente em dois ou mais Estados, ou quando as regras de origem se sobrepõem duas ou mais vezes na mesma transação econômica ou ativo dentro de seu território; e iii) finalmente quando um Estado adota o princípio da nacionalidade para tributar os rendimentos e outro Estado adota o princípio da residência.

Em contraste, ocorre a dupla tributação econômica quando a mesma transação é tributada em dois ou mais Estados durante o mesmo período para diferentes contribuintes. Além disso, dupla tributação econômica pode resultar de regras conflitantes sobre a inclusão ou dedução de elementos positivos ou negativos de renda e ativos como nos casos de Transfer Price.²⁹

Helena Torres, por sua vez, fundamentado em estudos sobre a pluritributação internacional, revela a dicotomia entre “dupla tributação jurídica” e “dupla tributação

²⁸ XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil.

²⁹ VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation, 4 Int l. **Tax & Bus. Law.** 1, 1986. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol4/iss1/>>. Acesso em 10 jun. 2012. Trad. livre do autor.

econômica” no mais equívoco teórico. O autor sustenta que:

[...] os comentários modelo OCDE art. 23a e art. 23b, definem o que vem a ser a dupla tributação jurídica e a dupla tributação econômica, considera a primeira como sendo a situação em que a mesma renda e, ou o mesmo capital são tributáveis nas mãos da mesma pessoa por mais de um estado. Este caso diferencia-se da dupla tributação econômica, onde duas pessoas diferentes são tributáveis com relação a mesma renda ou mesmo capital. O modelo não possui a intenção de resolver o problema da “dupla tributação econômica” e que os Estados, caso desejam fazê-lo, devem procurar mecanismos aptos através de negociações bilaterais, independentes da referida convenção.³⁰

Quanto aos elementos jurídicos e econômicos da dupla tributação internacional, o caráter econômico está implícito no conceito de tributação internacional, de igual modo, o elemento jurídico tem de estar como pressuposto de tributação.³¹

4. MÉTODOS PARA ELIMINAR A BITRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL

Os acordos sobre o fenômeno da dupla tributação estabelecem normas para evitar sistemáticas de tributação conflitantes, posto que, diante de países que se pautam na estrutura do princípio da universalidade e pelo critério da nacionalidade ou da residência como vimos, o Brasil adota o princípio da universalidade da renda.

Entretanto, a dupla tributação poderá ser evitada a partir dos métodos unilaterais e bilaterais: pelo método unilateral o Estado poderá conceder isenção interna, redução de alíquotas, dedução do valor pago no exterior e compensação de créditos tributários (o Brasil adota o método do crédito do imposto). E, como medida bilateral, os Estados podem celebrar Tratados, convenções tributárias para eliminar a dupla tributação além de assinar Acordos Internacionais.

O Brasil por sua vez, apesar de não ser membro da OCDE, utiliza, espontaneamente, a Convenção-Modelo OCDE em Tratados assinados com outros países. Entretanto, a adoção espontânea encontra percalços, pois o Brasil, ao celebrar Tratados utilizando a Convenção-Modelo OCDE, se vale de algumas regras que conflitam com os demais países-membros, como o caso do art. 7º (lucro das empresas); art. 10 (dividendos) e art. 23-A (método para eliminar a dupla tributação por meio de isenções e créditos), instituindo, pois, regras brasileiras que conflitam com as melhores práticas internacionais a despeito do uso do modelo padrão OCDE.

³⁰ TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**, p. 254.

³¹ TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**, p. 254.

5. TRATADOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ANTE A CRFB/1988

A CRFB/1988, no art. 84, inciso VIII,³² estabelece competência privativa para o presidente da República celebrar Tratados, convenções em atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, sendo de competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre Tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.³³

Transcreve-se: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar Tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional”.

Portanto, depois de celebrado o Tratado ou convenção internacional pelo chefe do Executivo, seu texto é submetido à aprovação do Poder Legislativo, que após aprová-lo por meio de Decreto Legislativo o remete novamente ao presidente da República, para que o promulgue por meio de Decreto Executivo. Descrevem-se abaixo as fases:

1. **Negociação:** a primeira fase do processo de conclusão de um Tratado é competência exclusiva do Poder Executivo. Ao término desta fase, existe um texto escrito que é consensual e que pode ser rubricado pelos negociadores. Nesta fase inicial, as Partes procuram elaborar o texto convencional, por meio de propostas de redação.³⁴
2. **Assinatura:** A assinatura é um ato que autentica o texto do Tratado mas não o torna imediatamente obrigatório para as Partes. A assinatura faz-se, via de regra, sob reserva de ratificação, i.e., é necessário um ato adicional e posterior (usualmente chamado “ratificação”) que comunique a vinculação do Estado aos termos do tratado. A critério da Parte Contratante, a sua assinatura pode desde já vinculá-la juridicamente (sempre que o seu direito constitucional o permitir). A assinatura marca o início do prazo (se houver) para depósito dos instrumentos de ratificação.³⁵
3. **Referendo:** Cabe ao Congresso Nacional a autorização do referendo para conclusão definitiva do ato internacional (Art. 49, inciso I da Constituição Federal de 1988);
4. **Ratificação:** Assinado o Tratado pelos plenipotenciários será ele submetido à apreciação e aprovação do Poder Legislativo, antes da ratificação, que será levada a para o Chefe do Poder Executivo ou a quem compete a representação externa do Estado. No Brasil, a formalidade do referendo parlamentar se faz necessário antes da ratificação do Tratado pelo poder competente. Lembramos que após assinatura do tratado, o Estado não está obrigado a submete-lo à apreciação do congresso, podendo deixar de presseguir nas formalidades do acordo, caso não pretenda ratificá-lo.³⁶

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. CTN. *Op. cit.*

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. CTN. *Op. cit.*

³⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público: tratados e convenções**. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 84.

³⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público: tratados e convenções**, p. 85.

³⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 231.

5. No caso dos Tratados bilaterais, as Partes Contratantes trocam os respectivos instrumentos de ratificação; no caso dos Tratados multilaterais, os instrumentos de ratificação são depositados junto a uma das Partes ou a uma organização internacional para tanto designada.³⁷ Alternativamente, é comum que, em vez da troca formal de instrumentos, as Partes se notifiquem reciprocamente da conclusão do processo interno de aprovação do texto convencional.³⁸

6. Eficácia: Eficácia do Tratado tem início após a ratificação, no plano interno o Presidente da República promulga o Decreto Presidencial, posteriormente o Decreto Legislativo.

A doutrina discute as disposições de eficácia e validade do Tratado (contrato) se o Tratado é válido desde o decreto legislativo, desde a ratificação pelo Presidente ou a partir do Decreto Presidencial. Paulo de Barros Carvalho defende que o Tratado é válido a partir do Decreto legislativo, uma vez que o Executivo já teria manifestado anuência ao texto ao enviá-lo ao Congresso Nacional, bastando apenas o referendo deste para a aplicabilidade e eficácia. Por seu turno, Heleno Torres entende que o Tratado passa a ter validade na ordem interna a partir do Decreto Executivo do Presidente da República.³⁹

6. TRATADOS INTERNACIONAIS RELACIONADOS À MATÉRIA TRIBUTÁRIA

6.1 Tratados internacionais normativos e contratuais

Contextualizando a jurisprudência do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, a Corte atribuiu grande importância à divisão entre Tratados normativos e contratuais. Ao examinar o voto do Ministro Cunha Peixoto, verifica-se na época o questionamento da constitucionalidade do art. 98 do CTN.

Transcreve-se o voto vista do Senhor Ministro Cunha Peixoto ao julgar o RE nº 80.004/SE:

Duas são as correntes que situam os Tratados Internacionais em face do Direito Positivo dos países que firmaram. A monista, cujo precursor é Kelsen, que entende produzir a ratificação dos Tratados efeitos concomitantes no Direito Internacional e interno, e a dualista, sustentada, principalmente, por Triepel, que proclama ser necessária a tramitação de projeto de lei especial, moldado nos termos da convenção internacional.

É certo que em torno dos efeitos dos Tratados, duas teorias se formaram: uma de afirmar que o tratado, por si mesmo desde o instante em que entra regularmente em vigor, e tenha sido publicado, é fonte formal de direito nacional, obrigando diretamente particulares e Tribunais a obedecê-lo, sem a necessidade ou por meio de ato legislativo (lei decreto); outra a dizer que, ratificado e publicado, obriga o governo na ordem internacional, mais ainda não converte o que foi convencionalizado em Direito Positivo nacional, que imponha o povo e aos Tribunais havendo necessidade de procedimento especial de adaptação de direito nacional ao internacional,

³⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público**: tratados e convenções, p. 86.

³⁸ REZEK, F.J. **Direito Internacional Público** – curso elementar. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28.

³⁹ PINTO, Gustavo Mathias Alves. Tratados Internacionais em matéria tributária e sua relação com o Direito Interno no Brasil. **Revista Direito GV**, nº 7, jan.-jun./2008 p. 145-6.

denominado ordem de execução. E esta última doutrina é a verdadeira: **Tratado não é lei; é ato internacional, que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa, e não o povo na ordem interna. Não é admissível que um só ato, ao mesmo tempo, possa ser Tratado e ato legislativo ordinário nem se concebe que um Tratado normativo se converta em ato legislativo (lei ou decreto), formas jurídicas inconfundíveis, cada qual com sua esfera própria de ação.**

O dispositivo referente a Tratados e convenções. Isto, porque os Tratados podem ser normativos, ou contratuais. Os primeiros traçam regras sobre ponto de interesse geral, empenhando o futuro pela admissão de princípio abstrato, no dizer de Tito Fulgêncio. Contratuais são acordos entre governantes acerca de qualquer assunto. O contratual é, pois, título de direito subjetivo.

Daí o art. 98 do CTN declarar que o Tratado ou convenção não é revogado por lei tributária interna. E que “se trata de um contrato, que deve ser respeitado pelas partes”⁴⁰. (Negritos no original).

Portanto, o Ministro deixa claro o entendimento quanto a Tratados normativos e contratuais: normativos traçam regras sobre ponto de interesse geral do Estado, já Tratados contratuais cuidam de acordos entre os Estados, por exemplo, Tratados Internacionais para evitar a dupla tributação. O que se considera neste ponto é o direito subjetivo que vai ao encontro, apesar da dicção errada, do art. 98 do CTN ao declarar que o Tratado ou convenção não será revogado por lei tributária interna e se trata de um contrato que deva ser respeitado pelas partes.

Ao longo do tempo, a Suprema Corte construiu o entendimento de que para prevalecer em face da lei interna e consequentemente abrigar o enunciado do art. 98 do CTN,⁴¹ o Tratado Internacional deve estar limitado ao “contrato”. Nessa linha, para melhor compreensão apresenta-se a classificação dos Tratados normativos e dos Tratados contratuais.

Nos Tratados normativos pretendem os pactuantes criar uma norma jurídica à qual serão submetidos. Já os Tratados contratuais são aqueles em que o fim não é propriamente o estabelecimento de regras de direito objetivo, mas, sim, os deveres para as partes pactuantes, mediante a celebração de instrumento sinalagmático com a finalidade de conciliação dos interesses divergentes entre as partes.

Mazzuoli, citando Paulo Caliendo, conclui que o uso da classificação dos Tratados em duas espécies, normativa e contratual, é claramente descabida sob a fundamentação para a interpretação restritiva do art. 98 do CTN. De qualquer forma, mesmo a interpretação constritiva do STF confirma a primazia dos Tratados sobre a dupla tributação em relação à legislação interna,

⁴⁰ STF. **Voto do Ministro Cunha Peixoto RE nº 80.004/SE**. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2014.

⁴¹ Ao verificar o Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha. Se faz referência como parâmetro dos tratados lei e norma, sendo aplicado em matéria tributária o dispositivo do artigo 98 do CTN.

na medida em que tais Tratados são Tratados contratos que versam sobre assuntos específicos nas relações bilaterais entre dois estados.⁴²

Portanto, pode-se notar que há divergência entre Tratados normativos e contratuais, fazendo-se necessária a devida classificação entre Tratados Internacionais normativos e Tratados Internacionais tributários contratos, e que veementemente os Tratados Internacionais tributários ainda que o entendimento jurisprudencial demonstre a prevalência dos Tratados “contrato” na ordem jurídica interna.

7. DISTINÇÃO NORMATIVA ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E TRATADOS INTERNACIONAIS “CONTRATOS” RELACIONADAS À MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O Brasil ratificou os principais Tratados Internacionais que compõem o núcleo jurídico do chamado Sistema ONU de Proteção Internacional dos Direitos Humanos. É possível entender como condicionantes objetivos da atuação estatal pela razão, das obrigações de implementação das normas contidas nos próprios Tratados impõem aos Estados a ratificação, como, e.g., a adoção de revisões legislativas, prestações positivas etc.⁴³

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de Direito Positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos Tratados Internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre Tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I);⁴⁴ e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de Direito Internacional (CF, art. 84, VIII),⁴⁵ também dispõe – enquanto chefe de estado que é

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, p. 404.

⁴³ Nesse sentido, e.g., as obrigações advindas do art. 2º, § 1º, do PIDESC.

⁴⁴ CRFB/1988. “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>>. Acesso em 10 jun. 2014.

⁴⁵ CRFB/1988. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>>. Acesso em 10 jun. 2014.

– da competência para promulgá-los mediante decreto.

O iter procedimental de incorporação dos Tratados Internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do Tratado Internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do Direito Positivo interno.

A inserção dessas normas no rol de direitos e garantias fundamentais é de notórios condicionantes da ação estatal – partindo-se do pressuposto de que elas sejam materialmente constitucionais.⁴⁶ É verdade que tal pressuposto foi e é contestado por alguns, e que a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/04, longe de resolver os questionamentos sobre o *status* legal dos Tratados de direitos humanos, agravou ainda mais a questão. No entanto, o Pleno do STF já decidiu que esses Tratados têm, pelo menos, *status* supralegal, i.e., estando abaixo da Constituição e acima dos demais diplomas legais, o que não ocorre com os Tratados Internacionais tributários.⁴⁷

É verdade que tal pressuposto foi e é contestado por alguns. A introdução do §3º ao art. 5º da CRFB/1988 pela Emenda Constitucional n. 45/04, longe de resolver os questionamentos sobre o *status* legal dos Tratados de direitos humanos, agravou ainda mais a questão.

Isso leva a acreditar que os Tratados Internacionais de direitos humanos conforme a atuação Estatal ainda que não sejam tidos como constitucionais, têm *status* supralegal que coloca suas normas de maneira integrada no rol de direitos e garantias fundamentais, funcionando como grau de concreção das normas formalmente constitucionais do art. 5º da Constituição Federal.⁴⁸

Com a entrada em vigor da EC nº 45/04, o cenário, entretanto, se alterou e trouxe significativas mudanças no que diz respeito ao Direito Internacional, com a inclusão do art. 5º, § 3º no texto constitucional, modificando a abordagem que vinha sendo dada aos Tratados Internacionais, especialmente os que tratam de direitos humanos.

⁴⁶ Pressuposto que, à guisa da atual jurisprudência dominante do STF, tem fulcro constitucional no § 2º do art. 5º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, e que é defendido, e.g., por: CANÇADO TRINDADE, 2005, p. XIV; GALINDO, 2002; LOUREIRO, 2005; MAZZUOLI, 2002; PIOVESAN, 2000 etc.

⁴⁷ Nesse sentido, e.g., as obrigações advindas do art. 2º, § 1º, do PIDESC

⁴⁸ Cf. RE 349703/RS, Tribunal Pleno, Ministro Relator Carlos Britto, DJe-104, publ. 05/06/2009.

O art. 5º, § 3º da CF, inserido na Carta Política pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe que os Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Dessa forma, passou-se a exigir quórum especial e votação em dois turnos em ambas as Casas para que os Tratados de direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma constitucional.

Esse dispositivo, entretanto, não deu fim aos debates. Discussões acerca da posição hierárquica dos Tratados Internacionais ratificados antes da edição da emenda continuam sendo questionados quanto ao *status* legal. Nessa senda, Flávia Piovesan sustenta que os Tratados Internacionais de direitos humanos independentemente de quórum de aprovação possuem *status* constitucional:

Há que afastar o entendimento segundo o qual, em face do parágrafo 3º do art. 5º, todos os Tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quórum qualificado de três quintos, demandando pelo aludido parágrafo. (...)

Reitere-se que, por força do art. 5º, parágrafo 2º, todos os Tratados de direitos humanos, independente do quórum de sua aprovação são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos Tratados ratificados, propiciando ao a constitucionalização formal dos Tratados de direitos humanos no âmbito interno. Como já defendido pela hermenêutica emancipatória dos direitos há que se imperar um lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor da prevalência da dignidade humana, à hierarquia de valores deve corresponder a uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Não seria razoável sustentar que os Tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação.⁴⁹

Por outro lado, como todas as convenções, inclusive as de Direitos Humanos, não passaram até hoje pelo escrutínio, não teriam elas, assim, eficácia de emenda constitucional. Eis a interpretação autêntica – porque subscrita pelo próprio Constituinte – dada a EC nº 45/2004:

Os documentos normativos internacionais de direitos humanos anteriores a ela – a EC nº 45 – não têm altura constitucional, e somente passarão a tê-la após votação especial em dois turnos, pela maioria de três quintos, em cada Casa Parlamentar. Destarte, a Reforma em análise veio a expressar a posição abraçada pela visão restritiva do Supremo Tribunal Federal e dos autores que o seguem.⁵⁰

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72.

⁵⁰ LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em 18 junho 2014.

Por outro lado, o Estado brasileiro, ao ratificar a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), internalizou um novo diploma legal que reforça a tarefa do Estado de tornar efetivas as normas de Tratados Internacionais na esfera interna — o que pode envolver até mesmo reformas legislativas.

Nesse sentido, a CVDT prevê, por exemplo, que, uma vez ratificado um tratado, o Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um Tratado (art. 18) e a cumprir o Tratado de boa-fé (art. 26), não podendo invocar disposições de seu Direito Interno para justificar o inadimplemento do mesmo⁵¹ (art. 27).

Contudo, ao considerar que os Tratados Internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 já possuíam *status* de norma constitucional, versando sobre garantias e direitos fundamentais, qualquer emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais será inconstitucional, nos termos do art. 60, § 4º, IV da CRFB/1988.

Então, conclui-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004 se aplica apenas a Tratados Internacionais de direitos humanos que ainda não foram ratificados, mantendo os anteriores a ela o *status* de norma constitucional, mesmo que não tenham sido aprovados por quórum especial nem tenham sido votados em dois turnos em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Entretanto, com o avanço das discussões, no STF, relativamente ao tema de conflito entre Tratados e ordenamento jurídico interno, em sessão plenária realizada em 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, em que se discutia a prisão civil por dívida relacionada aos contratos de alienação fiduciária, o Ministro Gilmar Mendes colocou em discussão o *status* constitucional dos Tratados Internacionais de direitos humanos, sustentando que existem várias teses sobre o grau hierárquico exercido após sua incorporação, entre as quais destacou:⁵²

- a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos Tratados e convenções em matéria de direitos humanos;
- b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;

⁵¹ CVDT aplica-se retroativamente aos tratados que foram incorporados ao Direito Interno brasileiro antes de sua ratificação, porquanto é interpretativa, amplia o sistema protetivo de direitos, e, mais, é expressão de uma norma de Direito Internacional consuetudinário reconhecida pelo Brasil em décadas de prática internacional.

⁵² Voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário RE 466.344/SP. Interessante notar que o Ministro replica o voto nos autos do RE nº 466.333, o qual se discutia obrigatoriedade ou não da retenção na fonte e do recolhimento de imposto de renda, do ano-base de 1993, quanto aos dividendos enviados por pessoa jurídica brasileira o sócio residente na Suécia. Interessante notar que o Ministro sustenta sua tese sobre o grau hierárquico dos tratados de direitos humanos em matéria tributária.

d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos Tratados e convenções sobre os direitos humanos.

Quanto a primeira vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos Tratados e convenções em matéria de direitos humanos, o Min. Gilmar Mendes sustentou que:

Já se exclui, desde logo, o entendimento de que os Tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do parágrafo 3º do art. 5º equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples, nos termos do art. 49, inc. I da Constituição Federal e não pelo quórum que lhes impõe o referido parágrafo. Aliás, o parágrafo 3º do art. 5º em nenhum momento atribui status de lei ordinária aos Tratados não aprovados pela maioria qualificada por ele estabelecida.

Ao considerar, no entanto a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estado que, com o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia forma e material da Constituição sobre o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle de constitucionalidade desses diplomas internacionais.

Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema, assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se proposta aos Tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição [...] e aquele que, em consequência explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos Tratados (CF, art. 102, II, b).

O poderes públicos brasileiros não estão menos submetidos à constituição quanto atuam nas relações internacionais em exercício do treaty-making power. Os Tratados e convenções devem ser celebrados em consonância não só o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material especialmente em tema de direitos e garantias fundamentais.

A equiparação entre Tratado e Constituição, portanto, esbarraria já na própria competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal para exercer o controle da regularidade formal e do conteúdo material desses diplomas internacionais em face da ordem constitucional nacional.

Quanto à segunda tese, aos que entende que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal como cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em Tratados Internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Ao possibilitar a incorporação de novos direitos por meio de Tratados, a Constituição estaria a atribuir a esses diplomas internacionais a hierarquia de norma constitucional. E o parágrafo 1 do art. 5º asseguraria a tais normas a aplicabilidade imediata nos planos nacional e internacional, a partir de qualquer ato de ratificação dispensando qualquer intermediação legislativa.

A hierarquia constitucional seria assegurada somente aos Tratados de proteção dos direitos humanos em vista seu caráter especial em relação aos Tratados Internacionais comum, os quais possuiriam apenas estatura infraconstitucional.

Para essa tese, eventuais conflitos entre Tratado e a constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação de norma mais favorável à vítima, titular do direito, a tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os Tribunais nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano.

Observa-se, portanto, na posição expressa no voto do Ministro Gilmar Mendes acima, o entendimento deixa consignado que os Tratados Internacionais comuns (contratos) ratificados pelo Estado brasileiro se situam num nível hierárquico abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional. Quanto aos Tratados de direitos humanos, estes levam a crer que ostentam *status* de norma constitucional, indiferente do quórum de aprovação.

O Ministro, ao sustentar a terceira das teses, acentuou que:

[...] a ideia de que os Tratados de direitos humanos, como quaisquer outros instrumentos convencionais de caráter internacional, poderiam ser concebidos como equivalente às leis ordinárias. Para essa tese, tais acordos não possuiriam a devida legitimidade para confrontar, nem para complementar o preceituado pela Constituição Federal em matéria de direitos fundamentais.⁵³

E ainda acentuou que o STF passou a adotar essa tese após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, em acórdão do Min. Cunha Peixoto (julgado em 01/06/1977). Os Ministros discutiam amplamente o tema das relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno. O relator Ministro Xavier Albuquerque, calçado na jurisprudência anterior, votou no sentido do primado dos Tratados e Convenções Internacionais em relação à legislação infraconstitucional. A maioria, porém, após o voto-vista do Min. Cunha Peixoto, entendeu que ato normativo internacional – no caso, a Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias – poderia ser modificado por lei nacional posterior, ficando consignado que os conflitos entre duas disposições normativas, uma de Direito Interno e outra de Direito Internacional, devem ser resolvidas pela mesma regra geral destinada a solucionar antinomias normativas num mesmo hierárquico: *lex posterior derogat legi priori*.⁵⁴

Quanto ao Direito Tributário, o Ministro ressaltou a vigência do princípio da prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno infraconstitucional previsto pelo art. 98 do CTN. Sustentando que há visível incongruência, pois se admite o caráter especial superior (hierarquicamente) dos Tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional; mas, quando se trata de Tratados de direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária.

Entretanto, entende-se que a supremacia do Direito Internacional sobre Direito Interno infraconstitucional, previsto no art. 98 do CTN, não se relaciona com os enunciados contidos em Tratados Internacionais de direitos humanos, até porque, com o advento da Emenda nº 45/04, reitera-se o *status* de norma constitucional, indiferentemente de ser ratificado antes da Emenda. Ainda assim, depreende-se que nas normas contidas em Tratados Internacionais de direitos humanos aplica-se o direito objetivo, traçam-se regras sobre o ponto de vista de interesse geral do Estado; já a prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno previsto no art. 98 do CTN traça regras contratuais entre os Estados pactuantes, em especial sobre efeitos da dupla

⁵³ Voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário RE 466.344/SP.

⁵⁴ Voto-vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos do Recurso Extraordinário RE 466.344/SP.

tributação internacional.

Nesse sentido, Valério Mazzuoli preleciona que se torna descabida a análise dos Tratados em duas espécies, normativos e contratuais, pelo fato de que a jurisprudência do STF tem adotado interpretação restritiva do art. 98 do CTN, entendendo ser o mesmo somente aplicável aos chamados Tratados contratos, que geralmente são bilaterais e não dão causa à criação de uma regra geral e abstrata de Direito Internacional, mas à estipulação recíproca e concreta das respectivas prestações e contraprestações individuais com fins comuns e não aos Tratados normativos, os quais, por sua vez criam normatividade geral de Direito Internacional, constituindo-se normalmente em grandes convenções multilaterais. Tal posicionamento do STF, manifestando-se inicialmente no julgamento do RE nº 80.004/SE, carece de fundamento jurídico, uma vez que o art. 98 do CTN não faz nenhuma referência a um ou a outro tipo de tratado, devendo ser interpretado como aplicável a ambos.⁵⁵

Com efeito, o Ministro ainda sustentou que a premente necessidade de dar efetividade à proteção dos direitos humanos no plano interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos Tratados Internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. Diante do inequívoco caráter especial dos Tratados Internacionais que tratam da proteção de direitos humanos, não é difícil concluir que sua internalização no ordenamento jurídico, por meio de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

E ainda concluiu que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (Art. 7º, 7), porém, deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses Tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria, incluídos o art. 1287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911 de 1º de outubro de 1969.

Neste passo, convém esclarecer sobre o Pacto de San José da Costa Rica. Ao ingressar no ordenamento jurídico nacional, quanto aos dispositivos do Código Civil de 1916 como o de Processo Civil de 1973, deve-se analisar qual norma prevaleceu. Para determinada corrente, não

⁵⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, p. 404.

há muito que discorrer, sendo o Pacto de San José da Costa Rica norma constitucional, hierarquicamente superior a qualquer disposição infraconstitucional, anterior ou posterior, contrária a ele.

Seguindo a orientação de outra corrente, todos os Tratados Internacionais já ratificados ocupariam a mesma posição hierárquica das leis ordinárias, sendo possível afirmar que o Pacto de San José da Costa Rica, com promulgação em 6 de novembro de 1992, teria derogado todas as normas ordinárias anteriores que permitiam a prisão civil do depositário infiel.

Nesse sentido, o art. 7º, inciso 7 do Pacto de San José da Costa Rica, sobrepõe os dispositivos do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil, não sendo mais possível a decretação de prisão civil do infiel depositário.⁵⁶

Conforme alguns julgados, não foi majoritário o entendimento que defendia a revogação dos dispositivos ordinários pela Convenção.

Com advento do novo Código Civil, em 10 de janeiro de 2002, com a mesma disposição que havia no art. 1287 do Código de 1916 foi repetida no art. 652. Dessa forma, é possível dar uma resposta a essa mudança no ordenamento jurídico⁵⁷.

Portanto, o Pacto de San José da Costa Rica possui *status* de norma constitucional. O art. 652 do Novo Código Civil nasceu dotado de inconstitucionalidade, por ser contrário ao art. 7º, inciso 7 da Convenção, que veda a prisão civil do depositário infiel.

Entretanto, ao considerar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem força de lei ordinária, a partir da entrada em vigor do Novo Código Civil, o art. 7º, inciso 7 da Convenção foi derogado, tendo o art. 652 do CC restabelecido a prisão civil do depositário infiel.

Por outro lado, este Tratado Internacional, no art. 7º, inciso 7, dispõe que “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”. A norma veda expressamente a prisão civil por dívida, autorizando apenas a do devedor de pensão alimentícia.

A Constituição da República Federativa do Brasil, país signatário do Pacto de San José da

⁵⁶ Artigo 7º, inciso 7 – Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciárias competentes expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

⁵⁷ Art. 652. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a 1 (um) ano, e ressarcir os prejuízos.

Costa Rica, no artigo, 5º, LXVII, autoriza a prisão do depositário infiel. Nesse sentido, observa-se um conflito entre a norma internacional e a norma constitucional. A questão não é pacífica tanto para os que defendem que o Tratado em questão possui *status* de norma constitucional como para aqueles que afirmam que possui força de lei ordinária.

Segundo entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência, o art. 5º, LXVII da Constituição Federal, deve prevalecer sobre o artigo 7º, inciso 7 do Pacto de San José da Costa Rica. Isso porque a norma constitucional em questão, tanto a parte que proíbe a prisão civil por dívida, quanto a ressalva referente à prisão do depositário infiel, é direito fundamental.

Esta norma, inserida dentro do Título II da Carta Magna, reservada a direitos e garantias fundamentais, tem conteúdo intocável, que não pode ser modificado pelo Poder Reformador, tendo natureza de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º IV da Constituição Federal. Dessa forma, a norma internacional que contraria esse dispositivo da Constituição é inconstitucional, devendo sua aplicação ser afastada da ordem jurídica brasileira.

Neste sentido, Pérez Henrique Antonio Luno pondera que: “(...) Na estrutura normativa das Constituições, ressaltam-se as marcas da cultura jurídica de seu tempo. O sistema de direitos fundamentais, que define a parte dogmática das Constituições dos Estados de direito, observam essas influências teóricas”⁵⁸

Os que defendem a primazia do art. 7º, inciso 7 do Pacto de San José da Costa Rica, sobre o art. 5º, LXVII da Constituição Federal, afirmam que apenas a primeira parte, que veda a prisão civil por dívida, do dispositivo constitucional seria cláusula pétrea. A ressalva do artigo, que autoriza a prisão do depositário infiel, não seria um direito fundamental e sim uma exceção a ele. Dessa forma, a segunda parte do dispositivo constitucional não seria imutável, podendo ser modificada pelo Poder Constituinte Derivado.

Além do conflito existente entre o Tratado Internacional e a Constituição Federal, constata-se outro confronto, este contra o Tratado Internacional e a legislação infraconstitucional que rege a prisão civil por dívida, previamente autorizada pela própria Constituição.

Ocorre que, tendo o Pacto de San José da Costa Rica sido ratificado pelo Chefe do Executivo em 1992, passou este a ser utilizado como fundamento na impetração de *habeas-corpus*

⁵⁸ LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado) p. 16

preventivo com o intuito de evitar a prisão civil dos devedores de dívidas garantidas por alienação fiduciária, devedores estes considerados depositários infieis. Cabe ainda lembrar que o art. 11 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 também veda a prisão civil por dívida. O Brasil é signatário deste pacto, que vigora no território desde 1992.

Finalmente, o Ministro Gilmar Mendes, ao julgar o RE nº 466.343-1/SP,⁵⁹ colocou a discussão quanto ao *status* constitucional dos Tratados Internacionais de direitos humanos. Segundo o Ministro, foi esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 a Reforma do Judiciário, a qual trouxe como um dos estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, entretanto, ao considerar que os Tratados Internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 possuíam *status* de norma constitucional, dessa forma, só se pode concluir que a Emenda Constitucional n.º/2004 se aplica apenas a Tratados de direitos humanos ainda não ratificados, mantendo os anteriores a ela o *status* de norma constitucional.

Está superada a corrente que defende a aplicação de conteúdo normativo contido em Tratados Internacionais de direitos humanos em matéria tributária. Para tanto, o fundamento utilizado pelo Ministro, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP⁶⁰, em que esclareceu a interpretação dos Tratados Internacionais de direitos humanos.

Contudo, a mesma corrente, seguida por Eduardo Schoueri, hesita em incluir o Princípio da Igualdade em matéria tributária entre os direitos humanos, interpretando os efeitos da dupla tributação internacional como Princípio da Capacidade Contributiva, sendo esta contrariada pelo

⁵⁹ “Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Banco Bradesco S/A, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento de apelação, confirmou sentença de procedência de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, em caso de descumprimento da obrigação de entrega do bem, tal como o postulava o autor fiduciário, por entendê-la inconstitucional, como deixou expresso em embargos declaratórios. Insubstância da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. E ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes, pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.11.2006. Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Senhor Ministro Celso de Mello, que pedira vista dos autos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta assentada, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.12.2007. Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008. Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em assentada anterior. Ausente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. “Plenário, 03.12.2008”. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2014.

⁶⁰ LUNO, Antonio Henrique Pérez. Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional.

Princípio da Igualdade.⁶¹

Por fim, o Princípio da Igualdade e o Princípio da Capacidade Contributiva equiparado a direitos humanos referentes às convenções tributárias para evitar a dupla tributação não se aplicam neste caso. E, ainda, o voto do Ministro Gilmar Mendes ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP está equivocado ao equipar Tratados Internacionais de direitos humanos a matéria fiscal, mas acertados estão os fundamentos utilizados no RE 80.004/SE ao classificar os Tratados Internacionais normativos e contratuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao examinar o fenômeno da dupla tributação internacional, identifica-se sua ocorrência no momento em mais de um Estado soberano que exige do mesmo contribuinte em idêntico espaço temporal determinado tributo da mesma espécie pela mesma circunstância. Verifica-se certa dificuldade da doutrina em interpretar o fenômeno da dupla tributação quanto ao elemento jurídico e econômico. Por outro lado, ao examinar os enunciados da dupla tributação internacional, entende-se que a diferença não reside na identidade dos contribuintes, mas se entende que a diferença dos enunciados da dupla tributação reside na existência ou não da identidade dos contribuintes. Caso ocorra, está-se diante da hipótese de dupla tributação jurídica – se não houver, será dupla tributação econômica. Entende-se por fim que o caráter econômico da dupla tributação está implícito no conceito de tributação internacional, de igual modo, no elemento jurídico que deve estar contido na hipótese de incidência como pressuposto de tributação.

Entretanto, a dupla tributação poderá ser evitada a partir dos métodos unilaterais e bilaterais. Unilateralmente o Estado poderá conceder isenção interna, redução de alíquotas, dedução do valor pago no exterior e compensação de créditos tributários (o Brasil adota o método do crédito do imposto). Bilateralmente, os Estados podem celebrar Tratados, convenções tributárias para eliminar a dupla tributação e outros Acordos Internacionais.

O Brasil por sua vez, apesar de não ser membro da OCDE, utiliza, espontaneamente, a convenção-modelo em Tratados assinados com outros países. Contudo, a adoção espontânea

⁶¹ SCHOUERI. Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

encontra percalços, pois o Brasil, ao celebrar Tratados utilizando a Convenção-modelo OCDE, se vale de algumas regras que conflitam com os demais países-membros, como o caso do art. 7º (lucro das empresas), art. 10 (dividendos) e art. 23-A (método para eliminar a dupla tributação por meio de isenções e créditos), instituindo, pois, regras brasileiras que conflitam com as melhores práticas internacionais a despeito do uso do modelo padrão OCDE.

Buscou-se ao longo do estudo contextualizar o paradigma do STF referente ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, à qual a Corte atribuiu grande importância à divisão entre Tratados normativos e Tratados contratuais. Ao examinar o voto do Ministro Cunha Peixoto, fica claro o entendimento quanto aos Tratados normativos e contratuais. Segundo o Ministro, os Tratados normativos traçam regras sobre ponto de interesse geral do Estado, já os Tratados contratuais cuidam de acordos entre os Estados, por exemplo, Tratados Internacionais para evitar a dupla tributação.

A Suprema Corte construiu o entendimento de que para os Tratados Internacionais prevalecer em face da lei interna, e consequentemente abrigar o enunciado do art. 98 do CTN, o Tratado Internacional deve estar limitado a “contrato”. Portanto, pode-se notar que há grande divergência entre os Tratados normativos e contratuais, fazendo-se necessário a devida classificação entre Tratados Internacionais normativos e Tratados Internacionais contrato.

Detectamos fundamento para desconstituir a corrente que defende a interpretação de Tratados Internacionais de direitos humanos relacionados à matéria tributária, para tanto, contextualiza-se o voto equivocado do Ministro Gilmar Mendes ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343/SP (Prisão Civil) utilizado analogicamente no julgamento do RE nº 466.333, o Ministro Gilmar Mendes sustentou várias teses sobre o grau de hierarquia exercido pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos após sua incorporação, entre elas a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos Tratados e Convenções em matéria de direitos humanos; o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; a tendência que reconhece *status* de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; e, por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos Tratados e convenções sobre os direitos humanos.

Portanto, entende-se que o Princípio da Igualdade e o Princípio da Capacidade Contributiva equiparada a direitos humanos referentes às convenções tributárias para evitar a dupla tributação não se aplicam. Por fim, defende-se que o voto do Ministro Gilmar Mendes ao

julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343 está equivocado ao equipar Tratados Internacionais de direitos humanos com matéria tributária com fundamento no RE 80.004/SE, o que deixa claro a natureza jurídica dos Tratados Internacionais tributária.

Por fim, verificamos que a legislação brasileira é obscura, não mostrando que norma deve prevalecer quando forem contrárias, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência estabelecer qual teoria melhor retrata a realidade brasileira, não sendo as posições pacíficas quanto a esse ponto.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

BRITTO. Dmes. **Aplicabilidade dos Tratados Internacionais tributários no ordenamento jurídico interno à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ e STF**. Revista de Estudos Tributários. São Paulo: Síntese, 2012, Ano XV, nº 85, p. 66.

CARRAZZA, Antonio Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 31.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 141.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva 1999, p. 211.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p.39

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (CTN). Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/CodTributNaci/ctn.htm>>. Acesso em 10 jun. 2014.

CORASANITI, Giuseppe et al. (orgs. Aspectos Gerais); GRECO, Marco Aurélio; ROCHA André Sergio (orgs. Sistema Brasileiro). **Manual do Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012, p. 35.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNARD, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012. ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. p.39

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em 18 junho 2014.

LUNO, Antonio Henrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional.** Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. (sem título original no exemplar utilizado) p. 16

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 28

_____. **Curso de Direito Internacional Público.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 502.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional.** 13ª ed. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. **Direito Internacional Público.** Biblioteca Jurídica Freitas Bastos. 8ª. ed. São Paulo: Renovar, 1986, 2 v, p. 294.

_____. **Direito Internacional Público: tratados e convenções.** 5ª ed. São Paulo: Renovar, 1997, p. 84.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Público.** Biblioteca Jurídica Freitas Bastos. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, 2 v., p. 294.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12ª. ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008. p. 81-105.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 72.

REZEK, F.J. **Direito Internacional Público – curso elementar.** 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13.

SCHOUERI, L.E. Imposto de renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). **Grandes questões atuais do Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, 2003, v. 7, p. 303.

_____. **Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 99.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos.** In CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk e GARCIA, Marcos Leite (org.). Reflexões sobre Política e Direito – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar

Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008; p. 238

STF. **Ação cautelar incidental ao Recurso Extraordinário nº 460.320**. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2012.

_____. **ADIn 1.347-D**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2012.

_____. **Decisão Proferida nos autos da ação cautelar incidental ao Recurso Extraordinário nº 460.320**. Apensada a AC 2436. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2014.

_____. **Entendimento após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.0004/SE**. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2014.

_____. **Extradição nº 662-2 Peru**. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2014.

_____. **Recurso Extraordinário nº 460.320**. Apensada a AC 2436 – Ação Cautelar. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2014.

_____. **Recurso Extraordinário nº 80.0004/SE**. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2012.

_____. **Relatório do Recurso Extraordinário nº 80.0004/SE**. Disponível em <<http://stf.jus.br>>. Acesso em 10 jun. 2014.

_____. **Voto do Ministro Cunha Peixoto RE nº 80.004/SE**. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 10 jan. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. In: OLIVEIRA Jr, Dario da Silva. **Análise jurídica dos princípios tributários da legalidade e capacidade contributiva**. RJ: Lumen Juris, 2000, p. 3.

TORRES, Heleno Taveira. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 53.

VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation, 4 Int l. **Tax & Bus. Law**. 1, 1986. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol4/iss1/>>. Acesso em 10 jun. 2014. Trad. livre do autor.

_____. Il Diritto Tributaio Internazionale. In: AMATUCCI, Andrea. **Tratatto di Diritto Tributaio**. Padova: Cedam, 1994, p. 691-2.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. São Paulo: Forense, 2002.

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AO CRÉDITO DE CARBONO: COM BASE NO PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO OU PRECAUÇÃO

Gabriel de Araujo Sandri¹

Luiz Felipe Machado²

“The question is not whether climate change is happening or not, but whether, in the face of this emergency, we ourselves can change fast enough.” – Kofi Annan, 2006

INTRODUÇÃO

Os seres humanos, indissociáveis do meio ambiente em que vivem, estão provocando, pelo incremento da sociedade industrial e pós-industrial, calcado no consumo desmedido, uma acentuada alteração na temperatura da Terra, pela elevada emissão de Gases de Efeito Estufa-GEE na atmosfera.

Contudo, o grande vilão não é o efeito estufa em si, pois “sem efeito estufa, não há vida”³. Tal efeito existe na natureza e é importante para manter equilibrada a temperatura da terra, visto que, a exemplo das estufas (daí a sua nomenclatura), tem a função de reter na atmosfera o calor solar refletido pelo solo, evitando a sua brusca dissipação para o espaço, reduzindo-se, por conseguinte, as extremidades de temperatura mínima e máxima, tornando-a adequada para a vida humana.

Desse modo, o ponto nodal da questão não está *no* efeito estufa, mas no aumento da

¹ É Advogado, Mestrando em Ciências Jurídicas pelo CPCJ/UNIVALI e Professor de Direito Tributário, Processo Tributário e Prática de Direito Tributário na UNIVALI. E-mail: gabrielsandri@univali.br.

² Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2007). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (2008) e em magistério no Ensino Superior (2010). Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí (2012). Atualmente é advogado (Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina) e professor nos cursos de Direito e Engenharia Civil na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Privado, Direito Administrativo e Direito do Trabalho. E-mail: lfmachado@univali.br.

³ FRANGETTO, Flavia Witkowski.; GAZANI, Flavio Rufino. **Viabilização jurídica do mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) no Brasil: o Protocolo de Kyoto e a cooperação internacional**. Peirópolis: Instituto Internacional de Educação do Brasil (IIEB), 2002. p. 23.

concentração de gases que provocam esse efeito (CO₂, CFC, CH₄, N₂O, SF₆ etc.), quase sempre provocados pela intervenção humana na natureza, mormente pelo advento da produção industrial, que trouxe a reboque a queima de combustíveis fósseis (petróleo, gás natural e carvão), a produção animal (gado, aves, suínos etc.) em larga escala, aterros sanitários etc.

Como é consabido, com o aumento da temperatura terrestre advêm sérias e catastróficas consequências: alteração radical do modo de vida hodierno e das estruturas econômicas já concebidas – as quais já são extremamente sensíveis às pequenas variações do clima; alteração da própria paisagem da terra, com o desaparecimento de ilhas e o avanço das águas marítimas; o aumento de catástrofes ambientais e as nefastas consequências de si oriundas; a emigração e assentamento de populações litorâneas para os locais de maiores altitudes; a redução de áreas para o cultivo de alimentos e a desertificação do solo; a escassez de água potável etc.

Diante dessas circunstâncias, torna-se necessário engendrar um freio capaz de evitar – ou ao menos retardar – a eclosão desses efeitos, combatendo-se a sua causa, isto é, combatendo-se a emissão de GEE, apesar das grandes complexidades práticas envolvidas nessa operação, mormente com relação ao *modus operandi* de “como fazer”⁴.

Nesse panorama – embora a preocupação advenha desde longa data, principalmente desde o Relatório de Brundtland, apresentado em 1987, mas com origens fincadas desde a Conferência de Estocolmo, de 1972 – o debate sobre o tema começou a ganhar corpo internacional com a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima-UNFCCC⁵, também conhecida como Convenção do Clima ou Convenção do Rio⁶, teve seu texto adotado na sede das ONU, em Nova York, no dia 09 de maio de 1992. A Convenção esteve aberta a assinaturas no Rio de Janeiro, de 4 a 14 de junho de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – apelidada de Rio-92, Eco-92 ou *Rio Earth Summit* – e posteriormente na sede da ONU, de 20 de junho de 1992 a 9 de junho de 1993⁷, reunindo mais de

⁴ L'intera questione del cambiamento climatico può essere riassunta in pochi aspetti essenziali. Le emissioni di gas serra sono eccessive. Devono essere ridotte. Come farlo? La questione diventa però rapidamente più complessa quando si iniziano a considerare gli aspetti pratici. Che cosa deve essere fatto in concreto, da chi, chi deve prendere quali decisioni e soprattutto: a chi spetta finanziare le misure necessarie? (PANI. Gianguido. **Il Protocollo di Kyoto adempimento e sviluppi futuri**: normativa strategie tecnologie. San Lazzaro di Savena (Bologna): Zanichelli, 2008. p. 589).

⁵ United Nations Framework Convention on Climate Change, em inglês.

⁶ *Rio Convention*, em inglês.

⁷ UNFCC. Status of Ratification. Disponível em <http://unfccc.int/essential_background/>

cem chefes de Estado na busca de uma abordagem equilibrada e integrada das questões relativas ao meio ambiente e desenvolvimento. Até aquela data, a Convenção-Quadro já havia recebido 166 adesões.

No entanto, não obstante a preocupação fosse premente, ainda não se havia estabelecido limites de emissão de GEE, nem se estabelecera, por conseguinte, disposições coercitivas àqueles que as desrespeitassem.

Foi somente na terceira Conferência das Partes do UNFCCC, realizada em 1997, em Quito, Japão, que ficou estabelecido, no documento alcunhado de Protocolo de Quioto, com base no “princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas”⁸, os limites para a emissão de GEE pelos países que historicamente mais o emitiram, denominados, pelo referido documento, de países (Partes) Anexo I.

A meta para as Partes Anexo I ficou inicialmente definida pela redução de suas emissões totais de GEE em pelo menos 5% (cinco por cento) abaixo dos níveis de 1990 no período de compromisso de 2008 a 2012⁹.

Para auxiliar as Partes Anexo I a cumprirem com as metas traçadas para a redução da emissão de GEE, ficaram estabelecidos alguns Mecanismos de Flexibilização¹⁰: Implementação Conjunta; Comércio de Emissões; e Mecanismos de Desenvolvimento Limpo.

Como o presente trabalho tem o apequenado e despretensioso objetivo de fundamentar a criação de uma imunidade tributária ao crédito de carbono, com base no princípio da prevenção e precaução, o estudo sobre os Mecanismos da Implementação Conjunta e do Comércio de Emissões escapa ao foco do estudo, porquanto se tratarem de institutos que afetam diretamente

convention/status_of_ratification/items/2631.php>. Acesso em 22 dez. 2014.

⁸ Cf. LIMIRO, Danielle. **Créditos de carbono**: Protocolo de Kyoto e projetos de MDL. Curitiba: Juruá, 2009. p. 55: “O princípio das ‘responsabilidades comuns, mas diferenciadas’, foi estabelecido depois de observados que a maior parcela das emissões globais, históricas e atuais, de gases de efeito estufa é originária dos países desenvolvidos, pois as emissões *per capita* dos países em desenvolvimento ainda são relativamente baixas”.

⁹ Art. 3º., §1º., do Protocolo de Quito, promulgado pelo Decreto nº. 5.445/05. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm>. Acesso em 22 dez. 2014.

¹⁰ Dispõe o art. 2º., §3º., do Protocolo de Quito, promulgado pelo Decreto nº. 5.445/05: “As Partes incluídas no Anexo I devem empenhar-se em implementar políticas e medidas a que se refere este Artigo de forma a minimizar efeitos adversos, incluindo os efeitos adversos da mudança do clima, os efeitos sobre o comércio internacional e os impactos sociais, ambientais e econômicos sobre outras Partes, especialmente as Partes países em desenvolvimento e em particular as identificadas no Artigo 4, parágrafos 8 e 9, da Convenção, levando em conta o Artigo 3 da Convenção. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo pode realizar ações adicionais, conforme o caso, para promover a implementação das disposições deste parágrafo”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm>. Acesso em 22 dez. 2014.

tão-somente as Partes Anexo I, o que não é o caso do Brasil (Não-Anexo I).

1. MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO LIMPO-MDL E CRÉDITO DE CARBONO

De início, tem-se que a expressão “crédito de carbono” não representa, fidedignamente, a verdadeira abrangência do instituto. Primeiramente, a nomenclatura técnica para o “crédito de carbono”, dada pelo Protocolo de Quito, é Redução Certificada de Emissões (art. 12, §3º., alínea “a”, do Protocolo), a qual poderia ser complementada, para melhor compreensão, como sendo Redução Certificada de Emissões de Gases de Efeito Estufa. Poder-se-ia, também, numa simples adaptação do termo amplamente adotado (crédito de carbono), chamá-lo de “crédito de gases de efeito estufa”.

Contudo, é bastante compreensível a adoção do referido termo, mormente porque todos esses GEE, para o efeito de obtenção de “crédito”, são medidos, por padronização, em toneladas equivalentes de dióxido de carbono (tCO₂e ou tCO₂eq)¹¹.

A normatização do MDL se encontra incrustada no artigo 12, do Protocolo de Quioto:

1. Fica definido um mecanismo de desenvolvimento limpo.
2. O objetivo do mecanismo de desenvolvimento limpo deve ser assistir às Partes não incluídas no Anexo I para que atinjam o desenvolvimento sustentável e contribuam para o objetivo final da Convenção, e assistir às Partes incluídas no Anexo I para que cumpram seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3.
3. Sob o mecanismo de desenvolvimento limpo:
 - (a) As Partes não incluídas no Anexo I beneficiar-se-ão de atividades de projetos que resultem em reduções certificadas de emissões; e
 - (b) As Partes incluídas no Anexo I podem utilizar as reduções certificadas de emissões, resultantes de tais atividades de projetos, para contribuir com o cumprimento de parte de seus compromissos quantificados de limitação e redução de emissões, assumidos no Artigo 3, como determinado pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo.
4. O mecanismo de desenvolvimento limpo deve sujeitar-se à autoridade e orientação da Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo e à supervisão de um conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo.
5. As reduções de emissões resultantes de cada atividade de projeto devem ser certificadas por entidades operacionais a serem designadas pela Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo, com base em:
 - (a) Participação voluntária aprovada por cada Parte envolvida;

¹¹ A tabela com a equivalência dos demais GEE com relação ao gás carbono pode ser encontrada no endereço eletrônico oficial da UNFCCC, no seguinte link: <http://unfccc.int/ghg_data/items/3825.php>. Acesso em 23 dez. 2014.

(b) Benefícios reais, mensuráveis e de longo prazo relacionados com a mitigação da mudança do clima, e

(c) Reduções de emissões que sejam adicionais às que ocorreriam na ausência da atividade certificada de projeto.

6. O mecanismo de desenvolvimento limpo deve prestar assistência quanto à obtenção de fundos para atividades certificadas de projetos quando necessário.

7. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo deve, em sua primeira sessão, elaborar modalidades e procedimentos com o objetivo de assegurar transparência, eficiência e prestação de contas das atividades de projetos por meio de auditorias e verificações independentes.

8. A Conferência das Partes na qualidade de reunião das Partes deste Protocolo deve assegurar que uma fração dos fundos advindos de atividades de projetos certificadas seja utilizada para cobrir despesas administrativas, assim como assistir às Partes países em desenvolvimento que sejam particularmente vulneráveis aos efeitos adversos da mudança do clima para fazer face aos custos de adaptação.

9. A participação no mecanismo de desenvolvimento limpo, inclusive nas atividades mencionadas no parágrafo 3(a) acima e na aquisição de reduções certificadas de emissão, pode envolver entidades privadas e/ou públicas e deve sujeitar-se a qualquer orientação que possa ser dada pelo conselho executivo do mecanismo de desenvolvimento limpo.

10. Reduções certificadas de emissões obtidas durante o período do ano 2000 até o início do primeiro período de compromisso podem ser utilizadas para auxiliar no cumprimento das responsabilidades relativas ao primeiro período de compromisso.

Em rápidas linhas, poder-se-ia afirmar que o MDL é uma forma subsidiária¹² que as Partes Anexo I têm para cumprir com as metas estabelecidas, mediante a compra de Reduções Certificadas de Emissões (os Créditos de Carbono) produzidos por projetos realizados em países em desenvolvimento Não-Anexo I, isto é, em países que ainda não possuem metas de redução de GEE fixadas pelo Protocolo¹³.

A título de curiosidade, convém mencionar que a criação do MDL pelo Protocolo de Quioto é fruto de uma proposta brasileira (*Brazilian Proposal*) apresentada em 28 de maio de 1997 – ou seja, antes da Conferência em Quito –, a qual serviu como a linha mestra para a criação do MDL, possibilitando que os países Não-Anexo I também pudessem contribuir para a redução das emissões de GEE, remunerando-se por esse “serviço”, além de definir metas diferenciadas de redução de emissões para as Partes, na proporção de suas emissões históricas de GEE.

Em que pese o MDL seja um instituto que visa distribuir a riqueza entre as nações que

¹² Diz-se subsidiária porque as Partes Anexo I não podem cumprir com suas quotas de redução tão-somente com base na compra de Reduções Certificadas de Emissões, conforme definido pela Decisão 15, da COP7, em Marraqueche: “1. *Decides that the use of the mechanisms shall be supplemental to domestic action and that domestic action shall thus constitute a significant element of the effort made by each Party included in Annex I to meet its quantified emission limitation and reduction commitments under Article 3, paragraph 1*”. Disponível em: <<http://unfccc.int/resource/docs/cop7/13a02.pdf#page=2>> Acesso em 26 dez. 2014.

¹³ SISTER, Gabriel. **Mercado de carbono e Protocolo de Quioto**: aspectos negociais e tributação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 13.

precisam cumprir com as suas metas de reduções e aquelas que, embora ainda não precisem formalmente reduzi-las, podem fazer essa redução com um menor custo, mesmo assim os projetos de MDL, no Brasil, possuem um valor elevado de implementação, muito em razão da acentuada burocracia que o envolve, além da correspondente incidência tributária sobre essas atividades.

Danielle Limiro¹⁴, em seus estudos, afirma que os custos das etapas de um projeto de MDL podem variar, a depender da magnitude e complexidade, de 60 (sessenta) a 205 (duzentos e cinco) mil dólares americanos!

É justamente visando reduzir esse elevado custo, que de certa forma ilide a realização de vários pequenos projetos, que se passará a apresentar a importância da criação de benefícios tributários àqueles que se lançam a concretizar tais projetos, pois, com a redução dos custos tributários incidentes, possibilitará uma maior proliferação deles, culminando numa menor emissão de GEE no planeta.

Mas antes, passar-se-á a demonstrar a importância dos princípios da prevenção e da precaução para a fundamentação da desoneração tributária a que se propõe.

2. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

De início, convém mencionar que os princípios de Direito Ambiental possuem seu nascedouro positivista na Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, na Suécia, em 16 de junho de 1972, que foi um dos principais marcos regulatórios (se é que chega a ser qualificado desse modo) e uma das primeiras oportunidades internacionais de debate sobre o meio ambiente e ação humana.

Com efeito, os princípios da prevenção e da precaução estão intimamente relacionados à sociedade de risco desnudada por Ulrich Beck¹⁵, na qual a humanidade, em razão da magnitude

¹⁴ LIMIRO, Danielle. **Créditos de carbono**: Protocolo de Kyoto e projetos de MDL. p. 120.

¹⁵ Tem-se por sociedade de risco aquela que gera consequências cuja limitação temporal, espacial e social se torna impossível de ser prevista, em razão da transnacionalidade dos danos causáveis. Cf. BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 120: “a saber, que a sociedade de risco mais antiga, ou seja, a sociedade do risco da Primeira Modernidade, que partia do princípio de que o risco e suas consequências eram localizáveis, afetavam um círculo limitado de pessoas e um lugar limitado e, por isso mesmo, podia ser tecnicamente superado, essa experiência levou a um bloqueio mental. Ninguém podia imaginar que uma Modernidade que se moderniza gera riscos tão diferentes, riscos das dimensões de Chernobil”. Sobre o assunto, vide também: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui entrevista inédita com o autor.

dos riscos que ela mesma se impõe, não tem mais a capacidade de prever e “profetizar cientificamente” todos os efeitos de suas condutas no meio ambiente, impossibilitando uma pronta reação.

Para o Direito Ambiental Italiano, na esteira de Domenico Amirante:

Il principio della “prevenzione” è un tipico principio “orizzontale” del diritto ambientale, in quanto l’approccio preventivo va applicato a tutti gli interventi ambientali ed è volto a ridurre al minimo, anzi potenzialmente ad azzerare, la necessità di interventi “a valle”, cioè successivi alla produzione del danno all’ambiente. [...] il principio precauzionale, introdotto nell’art 130R dal Trattato di Maastricht, nel 1992. Concettualmente si tratta di un principio assai diverso da quello preventivo, in quanto si ricollega in particolare alla questione dei rischi ambientali ed è il risultato di una profonda riconsiderazione dei rapporti fra diritto e scienza, passibile di influenzare in modo rilevante la stessa “filosofia” degli interventi di tutela ambientale.¹⁶

Desse modo, exsurge a necessidade de se prevenir dos riscos provenientes de causas conhecidas (prevenção), e de se precaver daqueles com causas (e efeitos) ainda não-cientificamente comprovados (precaução), porém de existência possível.

Por sua vez, Giovanni Cordini¹⁷ faz uma ligação desses princípios com a necessidade de proteção das presentes e futuras gerações, em semelhança ao que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu artigo 225:

In alcuni recenti testi costituzionali e legislativi si fa riferimento alla protezione dell’ambiente per indurre gli uomini del nostro tempo ad assumere una responsabilità giuridica anche nei confronti delle future generazioni. Il fondamento sul quale poggia questa affermazione di principio è la percezione che i beni della Terra sono limitati ed esauribili. Sul piano teorico si tratta di un’avvertenza che nell’opinione pubblica contemporanea sembra largamente acquista. Di conseguenza, nel patto costituzionale, l’integrità dell’ambiente, è indicata come uno scopo primario per l’esistenza e lo sviluppo della comunità umana.

Contudo, a diferenciação teórica entre os dois princípios é bem sentida por Luca Nivarra¹⁸,

São Paulo: 34, 2010. p.85.

¹⁶ AMIRANTE, Domenico. Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato. In: AMIRANTE, Domenico (a cura di). **Diritto ambientale e costituzione: esperienze europee**. Milano: FrancoAngeli, 2010. p. 38-40. Tradução livre: O princípio da “prevenção” é um típico princípio “horizontal” de direito ambiental, enquanto a abordagem preventiva deve ser aplicada a todas as intervenções ambientais e destina-se a reduzir, potencialmente a zero, a necessidade de uma ação “a jusante” (constante), isto é, é próximo à (fonte) produtora dos danos ambientais. [...] O princípio da precaução, introduzido no artigo 130R do Tratado de Maastricht em 1992. Conceitualmente, é um princípio muito diferente do princípio da prevenção, no que se refere, particularmente, à questão dos riscos ambientais e do resultado de uma profunda reconsideração da relação entre direito e ciência, suscetíveis de afetar significativamente a mesma “filosofia” das intervenções da tutela ambiental.

¹⁷ CORDINI, Giovanni. **Diritto ambientale comparato**. 3. ed. Milani: CEDAM, 2002. p. 27. Tradução livre: Em alguns recentes textos constitucionais e legais se faz referência à proteção do ambiente para induzir os homens de nosso tempo a assumir uma responsabilidade jurídica também com as futuras gerações. O fundamento sobre o qual se apoia a afirmação desse princípio é a percepção de que os bens da terra são limitados e exauríveis. No plano teórico, é um aviso de que a opinião pública contemporânea parece largamente aderir. Por conseguinte, no pacto constitucional, a integridade do meio ambiente é indicada como um objetivo principal para a existência e desenvolvimento da comunidade humana.

¹⁸ NIVARRA, Luca. Azione inibitoria e principio di precauzione. In: D’ADDA, Alessandro; NICOTRA, Ida Angela; SALANITRO, Ugo (a cura di). **Principi europei e illecito ambientale**. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 198. Tradução livre: A confusão entre os princípios da precaução e da prevenção, muitas vezes presentes na jurisprudência, nasce da similitude e da contiguidade dos dois

quando afirma que:

La commistione dei piani precauzionale e cautelare à spesso presente nella giurisprudenza e nasce dalla similitudine e dalla contiguità dei due criteri, ma non è condivisibile e non aiuta a comprendere il carattere innovativo del Pdp [Principio di precauzione]. La diversità dei momenti va condivisa, perché differenti sono la natura giuridica e la funzione dei due livelli di intervento (precauzionale e cautelare). Il Pdp, lo si è detto, si muove dentro una cornice di “incertezza”, in ragione della mancanza o non univocità di dati in ordine alla innocuità del bene o dell’attività. Il concetto di prevenzione che funge da presupposto per l’adozione di misure cautelative, viceversa, si base sulla chiara percezione della portata del rischio, la cui conoscenza costituisce la base stessa per la previsione di idonee misure volte a prevenire il suo concretizzarsi in una dimensione di danno. L’idea che il Pdp sia frutto de un’esigenza di prevenzione, per quanto fuorviante, mette in risalto un aspetto rilevante del metodo precauzionale e mostra come il problema attenga alla necessità di impedire il concretizzarsi di un danno temuto. Questo elemento, inserito in un contesto di incertezza (scientifica), però, fa sì che non si possa sovrapporre il concetto di precauzione con quello di prevenzione.

No mesmo viés, tem-se que a pedra fundamental do princípio da precaução vem insculpida no Princípio 15, da Declaração do Rio/92:

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.¹⁹

Nota-se, de pronto, que o mencionado princípio espraia observância mesmo que haja um simples receio de que uma determinada ação humana possa causar danos graves ou irreversíveis, ainda que o nexo de causalidade entre ambos (ação e dano) não tenha nem sequer sido comprovado cientificamente. Desse modo, é preferível, pelo princípio em tela, que se evite (precavendo-se) – ou ao menos que se mitigue – a realização da conduta *potencialmente* lesiva ao meio ambiente, a despeito de inexistir estudos (dito) científicos (empírico-indutivos) que estabeleçam uma correlação danosa, do que, ao invés, tolerá-la (a conduta) porque ainda não se tem provas que os danos, de fato, exsurirão na escala prevista. É a própria adoção do aforismo de que “prevenir é melhor do que remediar”.

critérios, mas não é compartilhável e não ajuda a compreender a natureza inovadora do princípio da precaução. A diversidade de momentos para ser compartilhado, porque são diferentes a natureza jurídica e a função dos dois níveis de intervenção (da precaução e de prevenção). O princípio da precaução, como se diz, move-se em um quadro de “incerteza”, por causa da falta ou não-singularidade de dados quanto à inocuidade do bem ou atividade. O conceito de prevenção, que serve como um pré-requisito para a adoção de medidas cautelares, por outro lado, baseia-se na clara percepção da dimensão do risco, cujo conhecimento constitui a própria base para a previsão de medidas adequadas para impedir a sua materialização em uma dimensão danos. A idéia de que o PDP é o resultado de uma necessidade de prevenção, porquanto enganosa, destaca um aspecto importante do método de precaução e mostra como o problema atende à necessidade de impedir a ocorrência de um dano temido. Este elemento, inserido em um contexto de incerteza (científica) faz, no entanto, que não se possa sobrepor o conceito de precaução com o da prevenção.

¹⁹ ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2014.

Entretanto, conforme bem ressaltado por Paulo Affonso Leme Machado²⁰,

[...] a implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.

Logo, o indigitado princípio deve ser aplicado com parcimônia, pois não se pode impedir todo e qualquer empreendimento pela leviana alegação de que poderá causar um dano ambiental grave e irreversível, cujos danos não têm o menor indício de causalidade com a ação empreendida. Assim, para que se possa implementar – e observar – o decantado princípio, a Carta Política de 1988 prevê, em seu art. 225, §1º, inc. V, que para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”. Esse controle é, atualmente, partilhado pelos membros integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Numa linha protetiva um pouco mais robusta, ergue-se o princípio da prevenção, o qual também possui previsão na Declaração de Princípios do Rio, precisamente em seu Princípio 17, ao dispor que “a avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente”.

Sobre o tema, Norma Sueli Padilha pontua que

[...] a avaliação de impacto ambiental já fora adotada na legislação nacional brasileira, como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, por força da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, em seu art. 9º, inciso III, bem como pela Resolução CONAMA 1/86 (art. 6º, inciso II). Posteriormente, mas ainda em data anterior à RIO/92, a Constituição Federal brasileira de 1988 adotou expressamente o Estudo Prévio de Impacto Ambiental como um dos mais importantes instrumentos para a efetividade do Direito Ambiental, ao determinar que incumbe ao Poder Público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, Estudo Prévio de Impacto Ambiental, a que dará publicidade” (art. 225, §1º, inciso IV).

Assim sendo, o toque diferenciador entre os dois princípios acima tratados é o *grau de “certeza”* (melhor dizendo, probabilidade) com relação ao nexo de causalidade entre uma ação (conduta) e um dano ambiental. Para a instrumentalização do princípio da precaução, basta a suspeita governamental de que a ação pode gerar um determinado dano, enquanto para o da

²⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme *apud* PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 66.

prevenção, a ocorrência da ação gerará, por uma análise dedutiva, de modo quase invariável, o dano a que se pretende evitar.

Consoante demonstrado alhures, a emissão de GEE gera um risco para a vida humana (além dos demais seres vivos), a qualidade de vida e o meio ambiente e, portanto, diante da expressa dicção constitucional, deve ser controlado, pelo Poder Público, a produção e comercialização de bens e produtos que gerem a emissão desses gases.

Por outro lado, embora também haja uma participação do Poder Público – no caso brasileiro, da Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima-CIMGC, que é a Agência Nacional Designada de que trata o Protocolo de Quioto –, o mercado de carbono é, em grande parte, uma iniciativa implementada pelo setor privado (instrumentos públicos de mercado²¹), que, em razão das benesses que oferta à coletividade, deve ser incentivada pelo Estado.

Traz-se, aqui, os princípios da precaução e o da prevenção para demonstrar que não há saída para se deixar de incentivar a produção de créditos de carbono, pois mesmo que existam alguns céticos – que acreditam que o aumento da concentração de GEE emitidos pelo homem não tem correlação com o aquecimento global –, mesmo assim, pela precaução, deve-se estimular a realização de projetos que visem a redução da emissão de GEE.

Dentre as várias formas de se poder incentivar uma conduta (omissiva ou comissiva) desejável – como é o caso da redução de emissão de GEE –, existe a possibilidade da redução de tributos, que acarreta, por via de consequência, numa redução dos custos, tornando-a mais acessível ao grande mercado, aumentando sua abrangência.

No entanto, a forma mais segura de se desonerar tributos é pela via da imunidade tributária, diante das suas características que lhes são ínsitas, a serem tratadas a seguir.

3. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Encontra-se dentre os instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima a implementação de “medidas fiscais e tributárias destinadas a estimular a redução das emissões e remoção de gases de efeito estufa, incluindo alíquotas diferenciadas, isenções, compensações e

²¹ Sobre alguns exemplos de instrumentos públicos de mercado, inclusive quanto às críticas a tais modelos neo-liberais, vide BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceitos, modelos e instrumentos**. 3. ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74-83.

incentivos, a serem estabelecidos em lei específica” (art. 6º., inc. VI, da Lei nº. 12.187/09).

Todos os mecanismos tributários ali inseridos certamente representarão uma redução da carga tributária sobre as operações de redução de GEE. Entretanto, nenhum deles encampa o mesmo grau de proteção do que se houvesse a criação de uma imunidade tributária à receita proveniente da alienação de RCE.

Consoante bastante difundido, as imunidades tributárias são limitações ao poder de tributar, porquanto elencam *pessoas, bens e/ou situações (ou operações)*²² em que o ente tributante, detentor da competência tributária, está proibido de envolvê-las no aspecto material ou subjetivo/pessoal da norma impositiva-fiscal.

Conforme destacado por Regina Helena Costa, a imunidade tributária encampa uma dúplici natureza: “de um lado, exsurge como *norma constitucional* demarcatória da competência tributária, por continente de hipótese de intributabilidade, e, de outro, constitui *direito público subjetivo* das pessoas direta ou indiretamente por ela favorecidas”²³. Portanto, a imunidade tributária pode (e deve) ser visto como um direito fundamental do contribuinte²⁴, limitador do poder de tributar.

Com efeito, o mesmo documento jurídico que autoriza (*legalidade administrativa*) os entes estatais a tributar (abrindo-se o campo para a eleição das hipóteses de incidência, atrelado à regra-matriz pertinente), proíbe-os (ou melhor, restringe-lhes²⁵ essa autorização) em determinados casos.

Não obstante, alguns dizerem que as imunidades tributárias são hipóteses²⁶ de não-incidência²⁷ constitucionalmente qualificadas²⁸, tal definição não pode se esquivar das

²² “[...] Isso quer dizer que, por vezes, [a imunidade tributária] é estabelecida em favor de uma pessoa e, em outros casos, em favor de um bem ou operação” (PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 98).

²³ COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário**: constituição e código tributário nacional. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

²⁴ Daí se poder dizer que a imunidade é uma das formas mais seguras de desoneração fiscal, porquanto uma vez concedidas, ao se tratarem de *cláusulas pétreas*, não podem ser extirpadas do texto constitucional.

²⁵ Na crítica de Paulo de Barros Carvalho, “inexiste cronologia que justifique a outorga de prerrogativas de inovar a ordem jurídica, pelo exercício de competências tributárias definidas pelo legislador constitucional, para, em momento subsequente, ser mutilada ou limitada pelo recurso da imunidade. Aliás, a regra que imuniza é uma das múltiplas formas de demarcação de competência” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 166).

²⁶ Porque, enquanto normas, habitam o campo abstrato.

²⁷ Porque elegem quais pessoas, bens e situações estão protegidas da imputação fiscal, retirando-as das situações passíveis de incidência (daí a não-incidência).

²⁸ Porque é a Constituição da República, como carta das competências tributárias (e justamente por isso), o único documento hábil

percucientes e argutas críticas levantadas por Paulo de Barros Carvalho²⁹⁻³⁰, no sentido de que as imunidades são *normas de estrutura* (atrelada ao esmiuçamento da competência tributária), enquanto as regras de incidência são *preceitos de conduta*. Em rápidas linhas, poder-se-ia dizer que as imunidades são hipóteses de *não-competência*³¹, mas não hipóteses de *não-incidência*, visto ser atécnico falar em norma cuja incidência (subsunção do conceito fático ao conceito da hipótese eleita) resultaria, paradoxalmente, numa não-incidência – atividade inócua: incidir para não-incidir.

Possui, também, uma íntima relação com os direitos fundamentais, atuando como um notável mecanismo a lhes proteger. Por tais razões, Regina Helena Costa faz referência ao “*princípio da não obstância do exercício de direitos fundamentais por via da tributação*”, visto que

[...] se o ordenamento constitucional ampara determinados direitos, não pode, ao mesmo tempo, compactuar com a obstância ao seu exercício, mediante uma atividade tributante desvirtuada. A atividade tributante do Estado deve conviver harmonicamente com os direitos fundamentais, não podendo conduzir, indiretamente, à indevida restrição ou inviabilização de seu exercício.³²

Como se vê nessas rápidas linhas, o instituto da imunidade atua como um mecanismo protetor dos caros elementos erigidos pela constituição como direitos fundamentais ou normas estruturantes do Estado (da qual se insere a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), impedindo o seu malferimento pela via da tributação.

No entanto, o mesmo mecanismo pode ser aproveitado para garantir ao crédito de carbono uma desoneração fiscal com *status* constitucional, impedindo – isto é, retirando a competência do fisco – a tributação da receita proveniente da sua venda, tanto pela via dos impostos (Imposto de Renda, por exemplo), quanto pela das contribuições sociais (PIS, COFINS, CSLL etc.).

Poder-se-ia, também, estender tal imunidade àqueles que prestam os serviços necessários

a proibir (equivale a dizer: imunizar) a tributação de determinadas pessoas, bens e situações, não sendo tecnicamente possível se falar, pois, em imunidades infraconstitucionais.

²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. p. 170.

³⁰ “A imunidade tributária é, assim, a qualidade da situação que não pode ser atingida pelo tributo, em razão de norma constitucional que, à vista de alguma especificidade pessoal ou material dessa situação, deixou-a fora do campo sobre que é autorizada a instituição do tributo” (AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. p.151); “[...] imunidade tributária como singelas regras que colaboram no desenho do quadro das competências, expostas, todavia, por meio de esquemas sintáticos proibitivos ou vedatórios” (CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. p. 168).

³¹ “Restrições à competência impositiva” (COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 4. ed. São Paulo, 1999. p. 258).

³² COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 79.

à obtenção das Reduções Certificadas de Emissões, ampliando-se ainda mais a desoneração para a certificação desses créditos.

Ainda, em razão da alienação de RCE se tratar de uma operação relativamente recente, dita desoneração seria pouco sentida pelo erário público, mas muito bem vinda para aqueles que a comercializam ou visam comercializá-la.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aquecimento global é um dos problemas ambientais transnacionais, fruto da atual sociedade de risco, que mais preocupam a humanidade diante das nefastas consequências advindas de tal fenômeno.

Por se tratar de um problema que se espalha por todo o globo terrestre, a busca por soluções deve necessariamente perpassar por um esforço globalizado, envolvendo todas as nações.

Há um reconhecimento, ainda que não por todos os cientistas, de que o aquecimento global é proveniente do aumento de concentração de GEE, provocados de forma antrópica pelo homem. Portanto, o combate à causa do aquecimento global é um combate à emissão de tais gases.

Todavia, independentemente da existência de prova cabal a demonstrar a íntima correlação entre emissão de GEE e aquecimento global, não se pode aguardar a perfeita comprovação desse liame para se começar a ter atitudes atreladas ao combate dessa causa.

Desse modo, exsurge a necessidade de se prevenir dos riscos provenientes de causas conhecidas (prevenção) e de se precaver daqueles com causas (e efeitos) ainda não-cientificamente comprovados (precaução), porém de existência possível.

Assim, atrai-se a aplicação do princípio da prevenção, porque já há certo consenso, ao menos no âmbito do IPCC, quanto à correlação causal da emissão antrópica de GEE e aquecimento global, e, sobretudo, caso não se visualize essa concordância uniforme de opiniões científicas, evoca-se, então, a utilização do princípio da precaução, pois independentemente da comprovação irrefutável dessa relação causa-efeito, deve-se, por precaução, adotar as medidas necessárias para se combater a emissão desses gases.

Nesse ponto, visando estabelecer metas de redução de emissão de GEE e ofertar mecanismos para se alcançar tais objetivos, exsurge no cenário internacional o famigerado Protocolo de Quioto, que dentre esses mecanismos cria o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, ao lado do Comércio de Emissões e da Implementação Conjunta. Contudo, os países em desenvolvimento – caso do Brasil –, por ainda não possuírem metas de redução de emissão de GEE, somente podem participar desse mercado pela via do MDL, com a elaboração de projetos que resultem em Reduções Certificadas de Emissões (os créditos de carbono).

Contudo, diante da burocracia inerente à obtenção das RCE, o custo para a sua emissão se torna bastante elevado, praticamente inviabilizando a elaboração de pequenos (e inúmeros) projetos, o que acaba por desincentivar a proliferação e, por conseguinte, reduz a obtenção de recursos para ajudar na proteção do meio ambiente.

Assim, com o desiderato de buscar reduzir os custos oriundos de tais projetos de MDL, defendeu-se nesse despretensioso trabalho a possibilidade de se inserir na Carta Política uma imunidade tributária à receita proveniente da alienação e produção das RCE, resultando, assim, numa maior abertura para a realização de vários e pequenos projetos, além de colocar no cenário acadêmico, mormente no tributário, o debate sobre os problemas ambientais gerados pelo homem, trazendo uma forçada interdisciplinariedade à referida questão.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMIRANTE, Domenico. Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato. In: AMIRANTE, Domenico (a cura di). **Diritto ambientale e costituzione**: esperienze europee. Milano: FrancoAngeli, 2010.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial**: conceitos, modelos e instrumentos. 3. ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**: Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

_____. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui entrevista inédita com o autor. São Paulo: 34, 2010. p.85.

BRASIL. Decreto nº. 5.445, de 12 de maio de 2005. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-

Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5445.htm>. Acessado em 22 dez. 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 4. ed. São Paulo, 1999.

CORDINI, Giovanni. **Dirrito ambientale comparato**. 3. ed. Milani: CEDAM, 2002.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

FRANGETTO, Flavia Witkowski.; GAZANI, Flavio Rufino. **Viabilização jurídica do mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) no Brasil: o Protocolo de Kyoto e a cooperação internacional**. Peirópolis: Instituto Internacional de Educação do Brasil (IIEB), 2002.

LIMIRO, Danielle. **Créditos de carbono: Protocolo de Kyoto e projetos de MDL**. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMIRO, Danielle. **Créditos de carbono: Protocolo de Kyoto e projetos de MDL**. p. 120.

MACHADO, Paulo Affonso Leme *apud* PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

NIVARRA, Luca. Azione inibitoria e principio di precauzione. In: D'ADDA, Alessandro; NICOTRA, Ida Angela; SALANITRO, Ugo (*a cura di*). **Principi europei e illecito ambientale**. Torino: G. Giappichelli, 2013.

ONU. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2014.

PANI. Gianguido. **Il Protocollo di Kyoto adempimento e sviluppi futuri: normativa strategie tecnologie**. San Lazzaro di Savena (Bologna): Zanichelli, 2008.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SISTER, Gabriel. **Mercado de carbono e Protocolo de Quioto**: aspectos negociais e tributação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

UNFCCC. Status of Ratification. Disponível em <http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php>. Acesso em 22 dez. 2014.

EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES SOBRE O MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Celso Costa Ramires¹

Clayton Marafioti Martins²

INTRODUÇÃO

Os problemas de ordem ambiental que vão desde a crise climática até questões econômicas, motivados pela escassez de recursos naturais, atravessam o limite físico-geográfico dos Estados, exigindo a união do planeta para uma redefinição de políticas e instrumentos de gestão ambiental.

Há uma alternativa real de reconciliação entre o homem e a natureza. Esta conciliação necessita da consciência de que a natureza, mesmo em estado de esgotamento, provém serviços ao homem. Estes são os chamados serviços ambientais, os quais são degradados na interação economia e natureza. O consumo destrutivo e o individualismo humano devem ser substituídos por novos paradigmas, dentro de uma sociedade sustentável, onde se utilize racionalmente os recursos naturais.

O século XX deu um grande passo em relação a movimentar diferentes segmentos da sociedade civil com o intuito de limitar a exploração dos recursos naturais. Concomitantemente, passou a tomar frente nas discussões que norteiam a criação de novos instrumentos de gestão, para conter a deflagração ambiental, o que acelerou o processo de globalização.

O papel do Direito Ambiental tem sido de protetor do meio ambiente, tentando balancear o crescimento econômico e social com o desenvolvimento sustentável. “Tentando” é a palavra, porque nesta seara ainda tem muito a ser feito. Há em curso um processo de mudança de valores da sociedade civil, de inovações tecnológicas nas indústrias e de alterações legislativas nas

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus - FDDJ - SC. Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de SC. e-mail: celso@tce.sc.gov.br.

² Doutorando em Ciência jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI - SC. Mestrado em Engenharia e Gestão do Conhecimento na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). e-mail: tcmarafioti@hotmail.com

políticas públicas que tratam da relação harmoniosa entre o ser humano e o ecossistema, mas não é o suficiente.

Há inúmeros aspectos a serem considerados em relação às medidas legais que vêm sendo adotadas em busca do desenvolvimento sustentável. A iniciativa privada tem inovado em novos modelos de gestão ambiental, através de tecnologias que se adequam ao uso racional do meio ambiente, pois com a mudança de paradigma, consegue enxergar nas parcerias, oportunidades de negócio.

O sistema jurídico clássico construído para a tutela dos direitos individuais não conseguiu mais dar respostas completas às complexas relações sociais, exigindo a construção de uma nova ordem jurídica, que passou a proteger, de forma diferenciada, os direitos difusos, coletivos e os individuais homogêneos, criando novas formas de tutela, capazes de dar resposta a essas novas demandas da sociedade.³

Conforme leciona Souza⁴ o estabelecimento do direito ao ambiente como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, como se vê expresso no artigo 5º da Constituição Federal é um importante marco na construção de uma sociedade democrática e participativa e socialmente solidária.

Por fim, à metodologia utilizada e a elaboração do artigo científico foram idealizadas com base no método indutivo, em análise as normas existentes, com o objetivo de trazer o paradigma da sustentabilidade.

1. PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

O principal objetivo do desenvolvimento sustentável, em concordância com o desenvolvimento econômico, é, justamente, a utilização racional dos recursos naturais para que esses sejam resguardados às futuras gerações. Neste sentido, Castoriadis⁵, pondera a necessidade da “verdadeira democracia”, onde exista um desenvolvimento econômico que seja meio e não o

³ SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Moratto (Org.); DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 231.

⁴ SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Moratto (Org.); DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. p. 231.

⁵ CASTORIADIS, Cornelius. **Uma sociedade à deriva. Entrevistas e debates**. 1974 1997. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Ed. 90 graus, 2007, p. 307.

fim do ser humano, com a efetiva participação da população nos processos de “reflexão e deliberação”, onde impere a verdade e a clareza nas informações.

Na acepção de Giampietro⁶, o meio ambiente incide na tutela dos interesses fundamentais da coletividade e do indivíduo, singularmente considerado não só o patrimônio e os recursos naturais, mas os bens culturais e ambientais, a salubridade do ambiente e um equilibrado desenvolvimento produtivo compatível com a conservação do ambiente

O ambiente é definido, em um momento estático, como espaço de vida do homem; no momento dinâmico, é definido como as condições e interações entre o homem e o ambiente natural e cultural onde vive. É dado reconhecimento específico à salvaguarda do ambiente como direito da pessoa e interesse fundamental da coletividade, com a criação de institutos jurídicos para sua proteção.⁷

No entender do autor caminha-se para uma concepção unitária do bem ambiental, compreensiva de todos os recursos naturais e culturais. O elemento unitário refere-se à qualidade de vida, ao habitat natural no qual o homem vive e age, necessário à coletividade e aos cidadãos.

Na assertiva do professor Dell’Anno em palestra proferida no 8º Congresso de Direito Ambiental do Paraná⁸ a discussão sobre a preservação do meio ambiente em comunhão com o desenvolvimento sustentável é atual, e apresenta uma grande fraqueza, como esclarece:

Atualmente, observa-se a carência da educação ambiental com caráter científico, o que impede o estímulo do processo de participação popular através do próprio poder de informação do indivíduo sobre o tema. [...]. Os resíduos são um problema grave e mundial, enquanto a questão da água ainda é mais pontual e ainda sob aspectos de gestão, tratamento e distribuição⁹.

O sistema jurídico brasileiro protege o bem jurídico ambiental com dupla finalidade: a) no que diz respeito à proteção e capacidade funcional do ecossistema; e b) visando a conservar a sua capacidade de aproveitamento humano. Os princípios servem para balizar a atuação do Estado e as exigências da sociedade em relação à tutela do meio ambiente. Além disso, os princípios dão ao

⁶ GIAMPIETRO, Franco. **La Responsabilità per Danno all’Ambiente**. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito à informação e meio ambiente. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 73.

⁷ DELL’ANNO. Paolo. Manuale di Diritto Ambientale. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 73.

⁸ DELL’ANNO. Paolo. Resíduos serão tendências de leis ambientais. **Palestra 8º Congresso de Direito Ambiental no Paraná**. Curitiba. 2011. Disponível em: <http://atitudesustentavel.com.br/blog/2011/10/07/residuos-serao-tendencia-de-leis-ambientais/>. Acesso em: 11 nov.2014.

⁹ DELL’ANNO. Paolo. Resíduos serão tendências de leis ambientais. **Palestra 8º Congresso de Direito Ambiental no Paraná**. Curitiba. 2011. Disponível em: <http://atitudesustentavel.com.br/blog/2011/10/07/residuos-serao-tendencia-de-leis-ambientais/>. Acesso em: 11 nov.2014.

sistema jurídico um sentido harmônico, lógico, racional e coerente.¹⁰

1.1 O Princípio da Precaução e o papel do Poder Público

Um dos princípios mais importantes dos enunciados na Declaração do Rio de Janeiro de 1992, Princípio n.º 15, da Precaução, enuncia:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.¹¹

Este princípio indica uma atuação racional para com os bens ambientais, com a mais cuidadosa apreensão possível dos recursos naturais, numa espécie de cuidado com o futuro, como explica Derani:

Na verdade, “precaução contra o risco” objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. Busca o afastamento, no tempo e espaço, do perigo, na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial danoso oriundo do conjunto de atividades. Sua atuação se faz sentir, mais apropriadamente, na formação de políticas públicas ambientais, onde a exigência de utilização da melhor tecnologia disponível é necessariamente um corolário.¹²

A seriedade ou a irreversibilidade dos danos, embora previamente indeterminados, justifica a adoção de imediatas medidas que os previnam ou minimizem. Nesses aspectos, na atual dinâmica social, ensina Machado¹³ “o passado perde sua função determinante para o presente. É o futuro que vem substituí-lo e é, então, alguma coisa de inexistente, de construído, que se torna a ‘causa’ da experiência e da ação no presente”.

Segundo Machado¹⁴, as medidas de prevenção não devem ser postergadas; pois por meio da precaução deve-se agir no presente para não se ter que chorar e lastimar no futuro. Assim, o princípio da precaução, para ser aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a rapidez insensata e a vontade de resultados imediatos.

¹⁰ LEITE, José Rubens Moratto. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 17.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio)**. Princípio 15. Adotada de 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/declaracaorio.htm>>. Acesso em: 02 dez.2014.

¹² DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2 Ed. Editora Max Limonard, São Paulo, 2001, p. 169.

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 1090.

De acordo com Bottini¹⁵ o princípio da precaução surge como diretriz para a gestão de riscos. As medidas de precaução são concebidas por intermédio de uma perspectiva vertical, ou seja, parte de documentos fundantes de direito ambiental internacional, passando pelos dispositivos constitucionais, para desaguar em ações efetivas, por exemplo, na elaboração e distribuição de determinado produto. Neste caso, sai de uma diretriz geral para direcionar-se para um determinado item, independentemente de seu processo de fabricação ou de criação, como ocorre com a interdição da comercialização de medicamentos ainda não testados.

Mirra¹⁶ afirma que este princípio consagra o critério da probabilidade para a tomada de decisões em favor da preservação da qualidade ambiental, deixando de lado o critério da certeza, inclusive no âmbito judicial. Assim, comprovado em termos de probabilidade, com elementos sérios e confiáveis, a degradação ambiental, ainda que sem certeza científica absoluta, o resultado deverá ser forçosamente impedir, fazer cessar ou reparar o dano e todas as consequências prejudiciais do fato danoso.

1.2 A Participação Popular como princípio

Princípio de n.º 10 da Carta do Rio de Janeiro, menciona a relevância da participação popular e da ampla informação dos cidadãos em geral, com o seguinte enunciado:

As questões ambientais são tratadas de forma mais adequada quando envolvem a participação de todos os cidadãos interessados no nível adequado. No âmbito nacional, cada habitante deve ter acesso às informações que digam respeito ao meio ambiente e exigir que sejam de conhecimento das autoridades públicas, inclusive as que digam respeito a material tóxico e perigoso, e atividades relacionadas a serem realizadas em suas comunidades; e à oportunidade de participar nos processos decisórios respectivos. Os Estados devem promover e encorajar o interesse e a participação da população através da mais ampla divulgação de informação.¹⁷

Leite¹⁸ destaca que “o princípio da participação decorre da forma republicana de governo adotada pela República Federativa do Brasil, em que a titularidade do poder pertence ao povo”. Destacam-se para efetivação deste Princípio dois elementos fundamentais: a informação e a

¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco. São Paulo: RT, 2007, p. 62.

¹⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 21, ano 6, jan. – mar. 2001, p. 101.

¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio)**. Princípio 15. Adotada de 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/declaracaorio.htm>>. Acesso em: 02 dez.2014.

¹⁸ LEITE, José Rubens Moratto. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

educação ambiental.

De acordo com Antunes¹⁹ o princípio da gestão democrática assegura a participação dos cidadãos na elaboração das políticas públicas de meio ambiente e no acesso à informação dos órgãos administrativos de meio ambiente e do Poder Público de uma forma geral em relação às questões ambientais.

Nesta seara Brito contribui com a seguinte assertiva:

A participação popular não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano de sua criação, que se pode entender a locução 'Estado Democrático' (figurante no preâmbulo da Carta de Outubro) como sinônimo perfeito de 'Estado Participativo'.²⁰

O princípio da gestão democrática é também chamado de princípio democrático ou de princípio da participação e deve ser aplicado tanto em relação aos três Poderes ou funções do Estado. No Poder Executivo, se manifesta por exemplo através da participação da sociedade civil nos Conselhos de Meio Ambiente e do controle social em relação a processos e procedimentos administrativos como o licenciamento ambiental e o estudo e relatório de impacto ambiental.²¹

No tocante ao Poder Legislativo, esse princípio se manifesta por exemplo através de iniciativas populares, plebiscitos e referendos de caráter ambiental e da realização de audiências públicas que tenham o intuito de discutir projetos de lei relacionados ao meio ambiente; e, no Poder Judiciário, esse princípio se manifesta por exemplo através da possibilidade dos cidadãos individualmente, por meio de ação popular, e do Ministério Público, da organizações não governamentais, de sindicatos e de movimentos sociais de uma forma geral, por meio de ação civil pública ou de mandado de segurança coletivo, questionarem judicialmente as ações ou omissões do Poder Público ou de particulares que possam repercutir negativamente sobre o meio ambiente.²²

¹⁹ ANTUNES, Paulo Bessa de. Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 20.

²⁰ BRITO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social de poder" e "participação popular". **Rev. Trim. de Direito público** – II, 1993. pág. 85. In: Nelson Saule Junior. Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997, p. 85.

²¹ FARIAS, Talden. **Direito ambiental: tópicos especiais**. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2007.

²² FARIAS, Talden. **Direito ambiental: tópicos especiais**.

1.3 O Princípio do Poluidor Pagador e suas consequências

A Declaração do Rio de Janeiro incluiu, entre seus 27 princípios, o de n.º 16, texto que, referindo-se ao “poluidor-pagador” estabelece:

As autoridades nacionais devem se esforçar para garantir a internacionalização dos custos da proteção ambiental e o uso de instrumentos econômicos, levando em conta que o poluidor deve, em princípio, arcar com os custos da poluição provocada; e com observância dos interesses públicos, sem perturbar o comércio e o investimento internacionais.²³

Este princípio apresenta importantes características e consequências e foi trazido para o âmbito do Direito Ambiental brasileiro pela Lei n.º 6.938/81, que em seu artigo 14, parágrafo 1º, prevê:

Art. 1º. [...]

§ 14. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.²⁴

Fiorillo trata o princípio do poluidor-pagador em dois sentidos:

- a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo) e;
- b) ocorrido o dano, visa sua reparação (caráter preventivo).

Desse modo, num primeiro momento, impõe-se ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.²⁵

Na concepção de Antunes²⁶ este princípio “não está fundado no princípio da responsabilidade mas, isto sim, na solidariedade social e na prevenção mediante a imposição de carga pelos custos ambientais nos produtores e consumidores” e conclui: “o que diferencia o Princípio do Poluidor Pagador da responsabilidade tradicional é que ele busca afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente ao utilizador dos recursos ambientais.”

Na assertiva de Derani²⁷ “pelo princípio do poluidor pagador, arca o causador da poluição

²³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio).

²⁴ BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e dá outras providências. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito. Organização Anne Joyce Angher. 2. ed. (Coleção de Leis Rideel). São Paulo: Rideel, 2011a. CD ROOM.

²⁵ FIORILLO, Celso Antônio. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

²⁶ ANTUNES, Paulo Bessa de. **Direito Ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 42.

²⁷ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**, p. 162.

com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização desse dano. [...]. Ele pode, desde que isso seja compatível com as condições na concorrência no mercado utilizar esses custos para o preço de seu produto final”.

1.4 Atuação estatal na prevenção dos danos ao meio ambiente

A Lei 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, foi o primeiro instrumento normativo brasileiro a trazer um conceito sobre meio ambiente, definindo-o como o conjunto de condições, leis e influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Nesse interim Fiorillo²⁸ defende que o meio ambiente “relaciona-se com tudo aquilo que nos circunda”, e na concepção do autor se costuma “criticar o termo porque é pleonástico, redundante, em razão de ‘ambiente’ já trazer em seu conteúdo a ideia de ‘âmbito que circunda’, sendo desnecessária a complementação pela palavra meio”.

No entendimento de Machado²⁹ não há como construir direitos do meio ambiente de forma isolada, pois as particularidades de cada matéria são interligadas “com a argamassa da identidade de instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação”.

Com o problema da crise ambiental cada vez mais crônico e não obstante sempre tenham havido normas de proteção ambiental, necessário se fez o fortalecimento da legislação ambiental, devido à gravidade dos problemas decorrentes da intervenção do homem na natureza com o objetivo da satisfação de suas necessidades consumistas, questão que para Leff se resume na seguinte assertiva:

A problemática ambiental – a poluição e degradação do meio, a crise de recursos naturais, energéticos e de alimentos – surgiu nas últimas décadas do século XX como uma *crise de civilização*, questionando a racionalidade econômica e tecnológica dominantes. Esta crise tem sido explicada a partir de uma diversidade de perspectivas ideológicas. Por um lado, é percebida como resultado da pressão exercida pelo crescimento da população sobre os limitados recursos do planeta. Por outro, é interpretada como o efeito da acumulação de capital e da maximização da taxa de lucro a curto prazo, que induzem a padrões tecnológicos de uso e ritmos de exploração da natureza, bem como

²⁸ FIORILLO, Celso Antônio. Curso de direito ambiental brasileiro, p. 19.

²⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

formas de consumo, que vêm esgotando as reservas de recursos naturais, degradando a fertilidade dos solos e afetando as condições de regeneração dos ecossistemas naturais.³⁰

Com a Constituição de 1988, os Estados e Municípios passaram a ter competência para formularem suas próprias políticas, assim definidas por Áppio:

As políticas públicas consistem em instrumentos estatais de intervenção na economia e na vida privada, consoante limitações e imposições previstas na própria Constituição, visando assegurar as medidas necessárias para a consecução de seus objetivos, o que demanda uma combinação de vontade política e conhecimento técnico.³¹

A Constituição Federal assegura que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, conforme descreve o art. 225, assim analisado por Canotilho e Leite:

Em termos formais, a proteção do meio ambiente na Constituição de 1988 não segue - nem seria recomendável que seguisse - um único padrão normativo, dentre aqueles encontráveis no Direito Comparado. Ora o legislador utiliza-se da técnica do estabelecimento de direito e dever genéricos [...]. Em alguns casos, tais enunciados normativos podem ser apreciados como princípios específicos e explícitos (p. ex., os princípios da função ecológica da propriedade rural e do poluidor-pagador, previstos, respectivamente, nos arts. 186, II, e 225, §§ 22 e 32), noutros, como instrumentos de execução (p. ex., a previsão do Estudo Prévio de Impacto Ambiental ou da ação civil pública). O constituinte também protegeu certos biomas hiperfrágeis ou de grande valor ecológico (p. ex., a Mata Atlântica, o Pantanal, a Floresta Amazônica, a Serra do Mar e a Zona Costeira).³²

A proteção do meio ambiente e o combate da poluição em qualquer de suas formas é colocada na competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme explicita o art. 23, VI da Constituição Federal de 1988.

A competência legislativa, porém, em matéria direta ou indiretamente ligadas a proteção ambiental, consta do artigo 24, I, VI, VII, VIII, IX, XII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuindo concorrência entre a União, dos Estados e do Distrito Federal, como transcreve-se:

Artigo 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino e desporto; [...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.³³

³⁰ LEFF, Enrique. **Epistemologia Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002, p. 59.

³¹ ÁPPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 143-144.

³² CANOTILHO, José Joaquim; LEITE José Rubens Morato (organizadores). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 97.

³³ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2000.

Estabelece ainda a Carta Magna que a União limitar-se-á, no âmbito da legislação concorrente, a estabelecer normas gerais, sem excluir a possibilidade da criação de leis suplementares pelos Estados e que haverá possibilidade de competência legislativa plena dos Estados, quando inexistir legislação federal sobre normas gerais, a qual, se sobrevier futuramente, poderá implicar na suspensão da eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária.³⁴

O artigo 22, IV, XII e XXVI da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece a competência privativa da União para legislar sobre águas, energia, jazidas, minas, outros recursos minerais, metalurgia, bem como atividades nucleares de qualquer natureza.³⁵

Aos Estados ficou autorizada a competência residual ou remanescente, nas matérias que não forem vedadas pela Constituição, além de poderem, por lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, nos termos do artigo 25, §§ 1º e 3º, respectivamente, da Constituição da República Federativa do Brasil.³⁶

Quanto aos Municípios, podem os mesmos legislar sobre assuntos de interesse local, além de ter relevante competência legislativa, com reflexo ambiental, especialmente no que diz respeito ao adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, bem como a promoção da proteção do patrimônio histórico-cultural local, desde que observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual (artigo 30, I, VIII e IX).³⁷

Na assertiva de Dotti o direito ao meio ambiente sadio é interesse difuso, tendo a Constituição criado mecanismos capazes de assegurar a cidadania e os meios de defesa judiciais essenciais para uma vida digna.

³⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2000.

³⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2000.

³⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2000.

³⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2000.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A responsabilidade civil está relacionada com a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva) ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).³⁸

Leuzinger³⁹, menciona a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente como fruto de longa evolução, calcada na percepção gradual das sociedades humanas sobre a crise ambiental instalada, definitivamente, a partir do início da era industrial, e das consequências que a destruição do ambiente poderia gerar para a própria sobrevivência humana.

A Constituição inscreveu uma disposição de difícil interpretação quando, no artigo 24, VIII, declara competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano causado ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.⁴⁰

No direito ambiental brasileiro, a responsabilidade civil por dano ambiental encontra-se disposta no artigo 14, §1º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.”

A responsabilidade pelo dano ambiental no Brasil é objetiva, conforme previsto no artigo 14, §1º da Lei nº 6.938/81, recepcionado pelo artigo 225, parágrafos 2º e 3º da Constituição Federal, e tem como pressuposto a existência de uma atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador). Pressupõe, ainda, o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial.⁴¹

A introdução da responsabilidade objetiva no âmbito da defesa do meio ambiente é

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume VII. Responsabilidade civil. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 34.

³⁹ LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 45, ano 12, jan. – mar. 2007, p. 185.

⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 300.

⁴¹ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p. 195.

decorrente da constatação da impossibilidade de alcançar, sem ela, o objetivo de defesa e garantir um mínimo de proteção desejada, que é também uma tendência do direito estrangeiro.⁴²

E, completando a assertiva explica porque os princípios clássicos e tradicionais da responsabilidade civil nunca funcionaram adequadamente:

Primeiro porque o dano ambiental, via de regra, é de natureza difusa, atingindo toda uma coletividade de pessoas. [...] Segundo, o regime jurídico da responsabilidade civil aquilina exigia a prova da culpa (imprudência, negligência ou imperícia) do poluidor, para, só então, aplicar o princípio poluidor-pagador. Apenas o dano culposamente causado era passível de indenização. E, como se sabe, provar que o violador agiu com culpa era quase sempre – para não dizer sempre – impossível.⁴³

Nesta seara Ferraz contribui com o argumento e esclarece:

A teoria objetiva na imputação da responsabilidade ao causador dos danos ao meio ambiente se concretiza porque: em termos de dano ecológico, não se pode pensar em outra adoção que não seja a do risco integral. Não se pode pensar em outra malha que não seja malha realmente bem apertada que possa, na primeira jogada da rede, colher todo e qualquer possível responsável pelo prejuízo ambiental. É importante que, pelo simples fato de ter havido omissão, já seja possível enredar agente administrativo e particulares, todos aqueles que de alguma maneira possam ser imputados ao prejuízo provocado para a coletividade.⁴⁴

No Brasil, além da adoção da responsabilidade civil objetiva na esfera ambiental, a obrigação de reparar o dano ao meio ambiente também independe da licitude da atividade e a grande maioria da doutrina e da jurisprudência não concebe os licenciamentos ambientais ou outras autorizações concedidas pelo Poder Público aos eventuais poluidores como excludentes da responsabilidade civil. É bom lembrar que quaisquer pessoas, ligadas à Administração Pública direta ou indireta, estão submetidas à responsabilidade civil ambiental objetiva, por assim se inferir do artigo 225, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil.

2.1 A tutela do patrimônio ambiental

Conforme Figueiredo a Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA foi o marco histórico inicial da tutela jurídica do meio ambiente no Brasil, a qual foi instituída por intermédio da Lei Federal n.º 6938/81, e que tem como objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia a vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

⁴² BENJAMIN, Antônio Herman V. **O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 234.

⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman V. **O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**, p. 234.

⁴⁴ FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista de Direito Público, São Paulo, 1008, v.49, n.50, p. 58.

O direito ao meio ambiente equilibrado adquiriu status constitucional a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu art. 225, *caput*, assim preceitua:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁴⁵

A esta questão, Leite⁴⁶ acrescenta: “trata-se de um direito de responsabilidade compartilhada por todos, isto é, um misto de direitos e deveres de todos, não se inserindo mais como um direito subjetivo de perfil egoístico”.

Para a proteção do meio ambiente enquanto dever específico do poder público destaca-se como fundamental a Educação Ambiental, instituída como ferramenta de proteção ambiental, considerando que educar ambientalmente significa nas palavras de Fiorillo:

- a) Reduzir os custos ambientais, à medida que a população atuará como guardião do meio ambiente;
- b) efetivar o princípio da prevenção;
- c) fixar a idéia de pensamento ecológico, que buscará sempre a utilização de tecnologias limpas;
- d) incentivar a realização do princípio da solidariedade, no exato sentido que perceberá que o meio ambiente é único, indivisível e de titulares indetermináveis, devendo ser justa e distributivamente acessível a todos e,
- e) efetivar o princípio da participação, entre outras finalidades.⁴⁷

O princípio da Educação Ambiental e seu caráter de instrumento de proteção ambiental constituiu o 19.º enunciado da Declaração de Estocolmo⁴⁸, conforme descreve Figueiredo:

É essencial que seja ministrada educação sobre questões ambientais às gerações jovens como adultos, levando-se em conta os menos favorecidos, com a finalidade de desenvolver as bases necessárias para esclarecer a opinião pública e dar aos indivíduos, empresas e coletividades o sentido de suas responsabilidades no que concerne à proteção e melhoria do meio ambiente em toda sua dimensão humana.

No entanto é consenso na doutrina o apontamento de um conjunto de fatores que corroboram para a precariedade da implementação da legislação ambiental, como resultado de uma concretização normativa falha, que no entender de Benjamin⁴⁹, está relacionada com

⁴⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2000.

⁴⁶ LEITE, José Rubens Moratto. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91.

⁴⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120-121.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento** (Declaração do Rio).

⁴⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V. **A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 0, p. 102-103, 1995.

problemas que incluem desde a pequena institucionalização de órgãos especializados na gestão ambiental e sua pouca credibilidade, até a burocracia excessiva do Poder Judiciário, no que toca à morosidade e ao preço elevado dos trâmites jurídicos.

Nesta seara Milaré contribui com a assertiva:

Se, no plano mais amplo, a legislação ambiental brasileira é festejada, espanta verificar, então, que, no terreno da realidade, isto é, das atividades degradadoras, as normas ambientais não tenham sido capazes de alcançar os objetivos que justificam sua existência, o principal deles sendo compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ambiental.⁵⁰

Chacom e Cruz⁵¹ asseveram que o direito à proteção do meio ambiente está relacionado ao princípio da igualdade inter e intra geracional, uma vez que as gerações futuras dependem do atual uso dos recursos naturais existentes. Tanto os recursos ambientais quanto o equilíbrio ecológico devem ser garantidos às futuras gerações.

2.2 O dano ambiental e sua conceituação

As mudanças provocadas no ambiente a partir das atividades humanas, muitas vezes causando danos ecológicos, não é recente. Os romanos já os sentiam, no período entre 400 e 500 a.C. Aquedutos tiveram que ser construídos para abastecer Roma de água potável em virtude da água do rio Tibre ter se tornado imprópria para o consumo doméstico.

A noção de dano está diretamente relacionada com a ocorrência de fatos capazes de provocar uma alteração em algum bem juridicamente protegido, destinado à satisfação de interesses ou necessidades, assim, a percepção do dano pelo ser humano está sempre associada a uma perda, como conceitua Antunes:

O dano é o prejuízo causado a alguém por um terceiro que se vê obrigado ao ressarcimento. É juridicamente irrelevante o prejuízo que tenha por origem um ato ou omissão imputável ao próprio prejudicado. A ação ou omissão de um terceiro é essencial. Decorre daí que o dano implica em alteração de uma situação jurídica, material ou moral, cuja titularidade não possa ser atribuída àquele que, voluntária ou involuntariamente, tenha dado origem à mencionada alteração.⁵²

A legislação brasileira aborda o conceito de dano ambiental de maneira indireta, a menção é feita através da Lei 6.938/81, que traz em seu art. 3º, incisos II e III, os conceitos de degradação e

⁵⁰ MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 808.

⁵¹ CHACON, Mario Peña; CRUZ, Engread Fournier. Derechos Humanos y Medio Ambiente. **Revista do Direito Ambiental**. São Paulo, ano 10, n. 39, p.190-211, jul./Set.2005, p. 195.

⁵² ANTUNES, Paulo Bessa de. **Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 203.

poluição, como transcreve-se

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

[...]

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

[...].⁵³

No entanto, há de se ressaltar que o dano ambiental é questão extremamente complexa, pois em regra envolve elementos tais como: pulverização das vítimas, difícil reparação e imprecisa valoração, além de efeitos cumulativos e sinérgicos, tendo consequências danosas e muitas vezes irreversíveis.

Sobre o dano ambiental Castronovo leciona:

Um dos mais importantes e significativos exemplos de dano moral coletivo é o **dano ambiental**, pois o 'ambiente', como 'paisagem', como 'habitat', como 'belezas naturais', é categoria relacional que exprime a mútua colocação de uma série de elementos que, em seu conjunto, constituem um valor que transcende a sua mera soma, valor esse que não pode ser traduzido mediante parâmetros econômicos. O dano ambiental não consiste apenas na lesão ao equilíbrio ecológico, prejudicando também outros valores fundamentais da coletividade a ele vinculados: a qualidade de vida e a saúde. É que esses valores estão profundamente unidos, de maneira que a agressão ao ambiente atinge diretamente a saúde e a qualidade de vida da comunidade.⁵⁴

Para Amartya Sen os extremos são muitos e as necessidades se acumulam, como relata:

Vivemos em um mundo de opulência sem precedentes [...] entretanto, vivemos igualmente em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônica muito disseminadas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas, ampla negligência diante dos interesses e da condição de agente das mulheres e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social.⁵⁵

⁵³ BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e dá outras providências. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito. Organização Anne Joyce Angher. 2. ed. (Coleção de Leis Rideel). São Paulo: Rideel, 2011a. CD ROOM.

⁵⁴ CASTRONOVO, Carlo. **La Nuova Responsabilità Civile** - Regola e Metafora, Milão, Giuffrè, 1991, p. 161-162.

⁵⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 9.

Impactos negativos causados pela atividade humana no ambiente afetaram sobremaneira o seu equilíbrio, e, segundo Capra⁵⁶ “defrontamo-nos com toda uma série de problemas globais que estão danificando a biosfera e a vida humana de uma maneira alarmante; e que logo pode se tornar irreversível”.

Danos ambientais são manifestações lesivas, degradadoras e poluidoras, perpetradas pelo homem ou decorrentes de atividades de risco exercidas perante o patrimônio ambiental, este compreendido como o meio ambiente natural, artificial ou construído, cultural e do trabalho, capazes de romper o equilíbrio ecológico.

Nesse sentido, Leite⁵⁷ afirma que o dano ambiental foge da visão clássica, considerando tratar-se de um bem comum do povo, incorpóreo, indivisível e insusceptível de apropriação exclusiva. No entanto, é um bem de interesse jurídico autônomo e, portanto, reparável, mesmo não preenchendo os pressupostos tradicionais da configuração do dano.

Silva⁵⁸ também assevera que a autonomia do dano ambiental manifesta-se no fato de que para existir tal lesão não é preciso, necessariamente, vinculá-la a um prejuízo pessoal, individual e privado, conforme é tradicionalmente concebido.

Os tribunais brasileiros têm tido uma compreensão extremamente restritiva do conceito de dano ambiental, adotando de maneira geral, uma postura que exige o dano real, atual e concreto. Sobre essa postura Antunes⁵⁹ entende que há uma inobservância do princípio da cautela e da função protetora do direito ambiental. Classifica esta tendência como de eficácia discutível, principalmente quanto ao dano futuro, porque muitas vezes não pode ser provado de plano, vindo a materializar-se, somente, com o decorrer do tempo.

Boff⁶⁰ defendendo a busca de uma nova civilização, atenta para a necessidade de uma “ecologia mental”, equiparando-a às demais necessidades social e ecológica, entendendo ser a mais difícil de ser alcançada, pois é necessária uma mudança no “coração” do homem, que estaria

⁵⁶ CAPRA, F. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Disponível em: <http://www.slideshare.net/leorcp/fritjof-capra-a-teia-da-vida-pdf-24458538>. Acesso em: 18nov.20104, p. 23.

⁵⁷ LEITE, José Rubens Moratto. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

⁵⁸ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 102.

⁵⁹ ANTUNES, Paulo Bessa de. **Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**, p. 205.

⁶⁰ BOFF, Leonardo. **A opção terra. A solução para a terra não cai do céu**. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 115-117.

desprovido de compaixão. A falta de sensibilidade, de cuidado, cooperação, responsabilidade e solidariedade do homem para com a natureza acaba por tornar incapazes de perceber que a terra está doente porque os seres humanos estão doentes.

2.3 Alternativas para reparação do dano ambiental

Segundo Lucarelli⁶¹, “A poluição e a degradação ambiental é o altíssimo e desproporcional preço pago em contrapartida a este progresso tecnológico”

A promoção de uma maior proteção ao meio ambiente se faz necessária com o desenvolvimento de medidas protetivas e preventivas; mas sem deixar de lado as medidas reparadoras, quando o dano se efetivar como explica Leite:

O aparato legislativo brasileiro de controle ambiental pode ser considerado avançado, posto que já fazem parte dele instrumentos preventivos, como estudo prévio de impacto ambiental, auditoria ambiental, zoneamento ambiental e muitos outros. Entretanto, mesmo com a adoção de um aparato legislativo moderno, o poder público brasileiro não tem sido eficaz e, muitas vezes, há omissão na implementação dos mesmos, e os danos ambientais proliferam assustadoramente, sem que haja uma visível limitação destes. Face à ineficácia da implementação dos instrumentos administrativos, tais como precaução e prevenção, os riscos dos perigos industriais são cada vez maiores. Impossível iludir-se com os instrumentos da política administrativa ambiental e mister se faz contar de forma auxiliar com um sistema de reparação e responsabilidade civil revitalizado, com vistas a inibir as ações e omissões nocivas ao meio ambiente.⁶²

A reparação do dano ambiental no sistema jurídico brasileiro é baseada na responsabilidade objetiva, ou sem culpa, não havendo como medir a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.⁶³

Quando ocorre o dano ambiental torna-se necessária a restauração dos elementos destruídos ou degradados pelo homem e conforme explica Meirelles:

Impõe-se, o florestamento das áreas desmatadas, a recomposição dos terrenos erodidos ou escavados, a recuperação das águas poluídas, a regeneração das terras exauridas, a recriação de espécies silvestres e aquáticas em vias de extinção, e tantas outras medidas de restauração do meio ambiente para o reencontro do equilíbrio ecológico e renascimento da vida animal e vegetal, de que depende a sobrevivência da humanidade.⁶⁴

⁶¹ LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 700, ano 83, fev. 1994. p. 8.

⁶² LEITE, José Rubens Moratto. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial, p. 215.

⁶³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Direito ambiental**: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. Revista de Direito Ambiental, p. 318.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Proteção ambiental e ação civil pública**. Revista dos Tribunais. 611/11, p. 10.

A tutela do meio ambiente visa a preservação e a conservação do ambiente; assim sua reparação foge ao sistema tradicional, onde é permitida a transação entre o causador do dano e o lesado quanto à forma de reparação. A opção primordial é a restauração natural, ficando vedada a mera opção das partes pela indenização pecuniária.

O Código Civil, em seu art. 944, parágrafo único, traz a possibilidade de redução da indenização quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, *in verbis*:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.⁶⁵

Porém, Mirra⁶⁶ observa que a reparação do dano ambiental no sistema jurídico brasileiro é baseada na responsabilidade objetiva, ou sem culpa, não havendo como medir a desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Silva⁶⁷ atenta para a possibilidade da compensação ecológica, como forma adequada para reparar o dano ambiental, considerando que o disposto no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor fornece subsídio para a aplicação da compensação ecológica.

Para Catalá⁶⁸, a indenização pecuniária é um remédio subsidiário, mas necessário, que configura uma compensação simbólica, inadaptada ao sistema de responsabilidade por danos ao meio ambiente. No sistema jurídico brasileiro, a indenização pecuniária também é subsidiária e os valores devem ser revertidos para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, porém não há critérios determinados para a avaliação econômica da lesão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humanidade está sendo intimada a descobrir novas formas de interagir com o meio ambiente, a repensar seus valores, a se relacionar globalmente e a dividir as responsabilidades de proteção e preservação do planeta.

Nos últimos anos ocorreram transformações estruturais em todos os setores, a nível global,

⁶⁵ BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

⁶⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial**. Revista de Direito Ambiental, p. 318.

⁶⁷ SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**, p. 211.

⁶⁸ CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Elcano (Navarro): Aranzadi, 1998, p. 265.

que culminaram com uma mudança de paradigma, onde o foco das atenções deixou de ser o homem e passou a ser a sua relação com a natureza. Isto provocou a implantação, por parte do Estado e sociedade civil, de medidas de prevenção e controle com vistas a promover e restaurar a relação equilibrada do ser humano com a natureza.

O estado nacional vem desenvolvendo políticas públicas a fim de estabelecer ações para a promoção do equilíbrio ambiental e a reparação dos prejuízos ambientais. As organizações de cunho internacional promovem debates e estabelecem critérios para uma ação globalizada, no sentido de combater a escassez dos recursos naturais e incentivar seu uso racional.

Fóruns e conferências, nacionais e internacionais, debatem a necessidade da criação de um organismo transnacional que se encarregue da ordenação, orientação e regulamentação do uso racional dos recursos do planeta, mas nem os espaços locais conseguem se organizar para estruturar sua relação com o meio que o circunda.

Políticas públicas impactantes surgem em meio a muitas controvérsias, talvez por exigir tão rapidamente mudanças tão bruscas, em que não tiveram, sociedade e governo, tempo de amadurecimento e aprimoramento, pois as responsabilidades precisam ser apuradas e as reparações ao dano causado, providenciadas.

A questão é que as atuais normas para um adequado equilíbrio entre o homem e o meio ambiente estão em contratempo. Muito se tem escrito, muito se tem avançado na teoria, o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, é o que prevê a legislação, mas a prática é morosa e onerosa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVAREZ Albino Rodrigues, MOTA José Aroudo (org.). Sustentabilidade ambiental no Brasil: biodiversidade, economia e bem-estar humano. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. – Brasília: Ipea, 2010. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro07_sustentabilidadeambienta.pdf >

ANTUNES, Paulo Bessa de. **Direito Ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____, Paulo Bessa de. **Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA**: Comentários à Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁPPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____, Antônio Herman V. **A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 0, p. 102-103, 1995.

BOFF, Leonardo. **A opção terra**. A solução para a terra não cai do céu. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco**. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. **Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e dá outras providências. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito. Organização Anne Joyce Angher. 2. ed. (Coleção de Leis Rideel). São Paulo: Rideel, 2011a. CD ROOM.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2000, 512 p.

_____. **Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. Brasília, DF, 2002.

BRITO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social de poder" e "participação popular". **Rev. Trim. de Direito público – II**, 1993. pág. 85. In: Nelson Saule Junior. Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim; LEITE José Rubens Morato (organizadores). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPRA, F. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Disponível em: <http://www.slideshare.net/leorcp/fritjof-capra-a-teia-da-vida-pdf-24458538>. Acesso em: 18nov.20104.

CASTORIADIS, Cornelius. **Uma sociedade à deriva. Entrevistas e debates**. 1974 1997. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Ed. 90 graus, 2007.

CASTRONOVO, Carlo. **La Nuova Responsabilità Civile - Regola e Metafora**, Milão, Giuffrè, 1991.

CATALÁ, Lucía Gomis. **Responsabilidad por daños al medio ambiente**. Elcano (Navarro): Aranzadi,

1998.

CHACON, Mario Peña; CRUZ, Engread Fournier. Derechos Humanos y Medio Ambiente. **Revista do Direito Ambiental**. São Paulo, ano 10, n. 39, p.190-211, jul./Set.2005.

DELL'ANNO. Paolo. Manuale di Diritto Ambientale. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Paolo. Resíduos serão tendências de leis ambientais. **Palestra 8º Congresso de Direito Ambiental no Paraná**. Curitiba. 2011. Disponível em: <http://atitudesustentavel.com.br/blog/2011/10/07/residuos-serao-tendencia-de-leis-ambientais/>. Acesso em: 11 nov.2014.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2 Ed. Editora Max Limonard, São Paulo, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume VII. Responsabilidade civil. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

FARIAS, Talden. **Direito ambiental: tópicos especiais**. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2007.

FERRAZ, Sérgio. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista de Direito Público, São Paulo, 1008, v.49, n.50.

FIORILLO, Celso Antônio. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIAMPIETRO, Franco. **La Responsabilità per Danno all'Ambiente**. In: MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LEITE, José Rubens Moratto. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEFF, Enrique. **Epistemologia Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. **Responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 45, ano 12, jan. – mar. 2007, p. 184-232.

LUCARELLI, Fábio Dutra. **Responsabilidade civil por dano ecológico**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 700, ano 83, fev. 1994. p.7-26.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Proteção ambiental e ação civil pública**. Revista dos Tribunais. 611/11.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Edis. **Direito do Ambiente**. 2ª Ed, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo, v. 21, ano 6, jan. – mar. 2001, p. 92-102.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio)**. Princípio 15. Adotada de 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/declaracaorio.htm>>. Acesso em: 02 dez.2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Moratto (Org.); DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Aspectos processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

APANHADO GERAL SOBRE A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA E A TRANSPOSIÇÃO DA DIRETIVA DA UNIÃO EUROPEIA

Juliete Ruana Mafra Granado¹

Natammy Luana Bonissoni²

INTRODUÇÃO

Ao longo de séculos, explorando os recursos naturais, foi tardiamente que o homem tomou por si os primeiros ideais de receio sobre a possibilidade do que viria a ocorrer num futuro próximo.

O alerta global sobre a exploração exacerbada e o consumo pelo consumo só despontou com consideração após a humanidade sofrer as primeiras consequências do movimento degradante.

Precisou de que a natureza mostrasse os danos ambientais e desequilíbrios afetos para que se tomasse ciência da situação alarmante, ou do que a humanidade já detinha conhecimento, mas preferia fingir desconhecer, estando inerte sobre a real face da crise ambiental.

Desta forma, este artigo tem por questão analisar como a prevenção ambiental encontra pertinência jurídica, demonstrando que a Avaliação Ambiental Estratégica - AAE consiste em instrumento que possibilita a consecução deste instituto, encontrando-se, ainda, como mecanismo para o alcance do desenvolvimento sustentável.

É crescente a consciência em diversos países e instituições internacionais sobre importância do mecanismo da Avaliação Ambiental Estratégica – AAE, pois é instrumento inserido nos ordenamentos jurídicos internacionais, isto para auxiliar na garantia a prevenção ambiental.

Destarte, o objeto da presente pesquisa é a análise do instrumento da Avaliação Ambiental Estratégica – AAE e a experiência internacional que o instituto apresenta no cenário internacional.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: julietemafra@univali.br.

² Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. E-mail: natammy@univali.br. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

O Objetivo Geral é o de compreender a aplicabilidade da Avaliação Ambiental Estratégica – AAE. O Objetivo Específico é verificar o mecanismo da AAE frente à diretiva da União Europeia e os aspectos gerais para sua transposição no direito interno.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva³. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica⁷.

1. ASPECTOS GERAIS DA CONSTRUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

Como fruto de dimensões históricas e culturais, o meio ambiente, nos moldes do artigo 3º da Lei 6938/81⁸ é definido como o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Nestes moldes, observa-se que o Meio Ambiente é apresentado como um direito humano fundamental, configurado como direito de todos, bem de uso comum do povo e indispensável à qualidade de vida saudável⁹.

Ocorre que a proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado, em respaldo a sua conservação ecológica, consiste em direito fundamental que, para encontrar eficácia, precisa adotar um modelo de desenvolvimento econômico diferente, que inclua em seus projetos, a variante de preservação ambiental, analisando os impactos que serão acarretados à natureza com a escolha de uma ou outra atividade, isto consiste na concretização do princípio do desenvolvimento sustentável estratégico¹⁰.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

⁴ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 53.

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 25.

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 37.

⁷ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. p. 209.

⁸ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 27/11/13.

⁹ ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19 – 20.

¹⁰ SOARES, G. F. S. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.p.

Para tanto, com o passar dos tempos, todos estes conjuntos de condições de leis e interações que governam a vida em todas as formas passaram por transformações em detrimento à continuidade da espécie humana, ou até mesmo, em favor de sua comodidade.

Desde o surgimento da agricultura, o qual ocasionou a criação de um meio ambiente artificial propício para o cultivo de plantas e gado, iniciou-se o domínio do homem sobre a natureza, sem se preocupar com o respaldo da proteção do ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Desde então, a proteção ambiental deixa aparentar um interesse menor ou insignificante, e começa a alcançar lugares de privilégios nos atuais ordenamentos jurídicos¹¹.

Com o crescente interesse por tais temas, Fritjof Capra citou em sua obra “A Teia da Vida” a importância de não estudar todas estas problemáticas atuais de modo isolado, tendo em vista tais assuntos serem considerados como problemas sistêmicos, totalmente interligados e interdependentes. De mesmo modo, o físico austríaco expõe a necessidade do surgimento de um novo paradigma fundamentado na concepção do mundo como um todo integrado, e “não como uma coleção de partes dissociadas”¹².

Com o “start” da crise ecológica, diversas mobilizações civis surgiram com a finalidade de atuar em defesa da natureza, o qual resultou em valores ainda não vistos antes e práticas de abrangência comunitária. Com isso, nasce o movimento ambientalista na tentativa de resolver as distorções provocadas pela crise ecológica tendo em vista o Estado não ter sido competente na prevenção e proteção dos mesmos.¹³

A instantânea urbanização, fruto da Revolução Industrial, oportunizou profundas e diversas alterações no ambiente natural. Reinaldo Dias relata¹⁴:

Ainda nos primórdios da industrialização, um economista inglês, Thomas Robert Malthus (1766 – 1834), publicou um trabalho denominado *Ensaio sobre a população: como afeta o futuro progresso da humanidade* (1798), onde sistematizava um conjunto de preocupações que apontava para os problemas decorrentes do aumento populacional e para a possibilidade de esgotamento dos recursos naturais e seus reflexos no crescimento econômico. Dando destaque ao crescimento

175-176.

¹¹ BONISSONI, Natammy. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Org(s). **Teoria Jurídica e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 20-36. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/Free_851f3382-7fb7-498d-be73-1077dfdf56b2.pdf. Acesso em 31/08/2014.

¹² CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida**. São Paulo: CULTRIX, 1996, p. 16

¹³ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

¹⁴ DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental – Responsabilidade Social e Sustentabilidade**. São Paulo: Atlas, 2007.

populacional, afirmava que “o poder da população é infinitamente maior que o da terra para produzir a subsistência do homem”.

Em razão da negligente conduta humana, majorada pela Revolução Industrial, iniciou-se a crise ambiental, trazendo também a possibilidade da proteção ao meio ambiente ser tratada com um maior cuidado e, conseqüentemente, aplicabilidade jurídica, inclusive, tornando-a pressuposto constitucional vigente em diversas Constituições.¹⁵

Para Canotilho e Morato Leite¹⁶: “[...] a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou literatura.”

A Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, realizada em 1972, demonstrou vários exemplos de degradação ambiental, ressaltando a pureza da água e do ar. No Brasil, os primeiros exemplos de proteção ao meio ambiente marcaram o século XVII, apontando a proteção do pau-brasil como propriedade real. Um pouco mais a frente, nas décadas seguintes, foram assinadas as primeiras Cartas propendendo ao amparo e conservação das florestas.¹⁷

Com o crescente avanço do processo de desconstituição da soberania em nome da economia de mercado neoliberal, percebe-se cada vez mais a falta de ética, bem como a ausência de capacidade normativa para regular o mercado.¹⁸ Recordando Kelsen, compreende-se a necessidade de existência da norma fundamental hipotética como fruto de um Estado abalizado na Constituição soberana¹⁹.

Percebe-se então a compreensão da existência da crise ambiental, especialmente após a constatação de que as condições tecnológicas e industriais juntamente com as formas de organização e gestões econômicas tão presentes na sociedade contemporânea conflitam com a

¹⁵ BONISSONI, Natammy. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Org(s). **Teoria Jurídica e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 20-36. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/Free_851f3382-7fb7-498d-be73-1077dfdf56b2.pdf. Acesso em 31/08/2014.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito ambiental constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

¹⁷ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. Rio de Janeiro: Thex Ed. 2002, p. 27.

¹⁸ BONISSONI, Natammy. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Org(s). **Teoria Jurídica e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 20-36. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/Free_851f3382-7fb7-498d-be73-1077dfdf56b2.pdf. Acesso em 31/08/2014.

¹⁹ LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Mello. **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004, p. 636-637.

qualidade de vida²⁰.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu art. 225 o termo “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, com a finalidade de evitar a possível ideia de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, ou seja, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio. Portanto, “conservação ecológica” consiste na “gestão da utilização da biosfera pelo ser humano, de tal sorte que produza maior benefício sustentado para gerações atuais, mas que mantenha sua potencialidade para satisfazer às necessidades e às aspirações das gerações futuras”²¹.

Em linhas gerais, pode-se perceber que os modelos constitucionais contemporâneos tem equiparado a proteção ambiental como um direito fundamental. Logo, acrescenta Canotilho²² e Morato Leite: “Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, logram conquistar.”

Com a intenção de se efetivar a tutela ao meio ambiente e corroborar o desenvolvimento econômico e social para próximas gerações, foi legitimada na Eco 92 a importância do ambiente sustentável, considerando-o duradouramente limpo. Considerou-se, portanto, o caráter dessa decisão como valorativo de assento constitucional²³.

Percebe-se então, diante da sociedade de risco²⁴, a predominância da proteção ao meio ambiente como uma condição necessária e indispensável à conservação da vida humana, tornando-se, portanto, indispensável a criação de Estados Constitucionais Ambientais.

Registre-se, ainda, e isto é fato, que o tratamento a ser oferecido com o intuito de proteger e manter o meio ambiente equilibrado para as futuras gerações é de caráter extremamente relevante, não devendo ser tratado somente dentro das fronteiras do Estado nacional, para tanto, deve ser elevado como assunto de interesse internacional, em escala global.²⁵

²⁰ LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 23.

²¹ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 86.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito ambiental constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

²³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 120

²⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

²⁵ BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRER, Gabriel Real. O Processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos. In: **Direito e transnacionalização**. CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo

2. A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA

A proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado, em respaldo a sua conservação ecológica, consiste em direito fundamental que, para encontrar eficácia, precisa adotar um modelo de desenvolvimento econômico diferente, que inclua em seus projetos, a variante da preservação ambiental.

É preciso que se analisem os impactos que serão acarretados à natureza com a escolha de uma ou outra atividade. Com essa preocupação preventiva que se haverá a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável²⁶, para tanto, indaga-se: qual medida coativa hábil a instrumentalizar a prevenção ambiental eficientemente?

A Avaliação Ambiental Estratégica é instrumento que vem ganhando repercussão no cenário jurídico global, em favor de respaldar o Direito Ambiental²⁷.

No que concerne à terminologia da Avaliação Ambiental Estratégica, o Ministério do meio ambiente do Brasil²⁸, por meio da Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA), menciona que:

A expressão *avaliação ambiental estratégica* corresponde à tradução direta da inglesa *strategic environmental assessment*, designação genérica que se convencionou adotar para identificar o processo de avaliação ambiental de políticas, planos e programas. Tanto em inglês como em português a expressão não reúne o consenso dos profissionais da área de meio ambiente. A razão é de ordem etimológica e deve-se aos conceitos de *meio ambiente* e *estratégia*, revelando-se na aplicação prática as interpretações distintas da AAE. Com efeito, a designação adotada tem influenciado a comunicação sobre a matéria, bem como sua percepção por parte dos que a promovem e utilizam. [...] Quaisquer que sejam os conceitos de meio ambiente e estratégia que se adotem, terá que existir sempre uma estratégia objeto de avaliação e, portando, de aplicação da AAE, e a avaliação ambiental deverá ser feita na mais ampla concepção de meio ambiente, considerando-se integralmente todas as suas dimensões e os princípios da sustentabilidade.

Já quanto à conceituação, vê-se que definir a Avaliação Ambiental Estratégica - AAE não é tarefa fácil, poucos que se aventuram sobre o tema, chegam a entender que a AAE é a avaliação ambiental de políticas, planos e programas. E muitos conceituam o instituto como mera avaliação

BuzagloDanta.Itajaí : UNIVALII, 2013.

²⁶ SOARES, G. F. S. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.p. 175-176.

²⁷ O presente tópico deste artigo científico se compõe por pesquisa que também resulta das contribuições feitas em outra obra científica, o qual já fora publicada por parte destes autores, em que se contém semelhante aporte temático. SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica** In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; GARCIA, Heloise Siqueira Org(s). *Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*. Itajaí: UNIVALI, 2014.p. 11-37. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 28 de julho de 2014.

²⁸ BRASIL. MMA - Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA). **Manual sobre a Avaliação Ambiental Estratégica**. Brasília: MMA/SQA. 2002. p. 14.

ambiental em qualquer nível acima ou anterior ao dos projetos arquitetônicos ou de implantação de atividades produtivas²⁹.

Sobre a temática, Riki Therivel³⁰ diz que: “a avaliação ambiental estratégica (AAE) é um processo que tem por objetivo integrar o meio ambiente e considerações sustentáveis no processo de tomada de decisões estratégicas”.

Sadler e Verheem³¹ lecionam que a “AAE é um processo sistemático para avaliar as consequências ambientais de uma política, plano ou programa, de forma a assegurar que elas sejam integralmente incluídas e apropriadamente consideradas no estágio inicial e apropriado do processo de tomada de decisão, juntamente com as considerações de ordem econômicas e sociais”.

Sobre o tema, Partidário³² conceitua a AAE conforme segue:

Avaliação Ambiental Estratégica é o procedimento sistemático e contínuo de avaliação da qualidade do meio ambiente e das consequências ambientais decorrentes de visões e intenções alternativas de desenvolvimento, incorporadas em iniciativas tais como a formulação de políticas, planos e programas (PPP), de modo a assegurar a integração efetiva dos aspectos biofísicos, econômicos, sociais e políticos, o mais cedo possível, aos processos públicos de planejamento e tomada de decisão.

Para Federico Rodrigues Silva³³:

Avaliação Ambiental Estratégica – AAE é o termo usado para descrever o processo de avaliação dos impactos ambientais de ações estratégicas que ocorrem em todos os níveis decisórios governamentais que precedem a fase de projetos específicos. Ou seja, é uma forma de análise e avaliação de impacto de ações e consequências ambientais nos níveis mais estratégicos de decisão das Políticas, Planos e Programas – PPP’s – de intervenção estatal, sejam setoriais, regionais, ou em áreas programáticas. A AAE seria, então, um instrumento de política ambiental sistemático, público, participativo e democrático, que objetiva promover o desenvolvimento sustentável através da incorporação da variável ambiental no processo de planejamento estratégico das políticas públicas.

Sadler e Verheem³⁴ indicam que “os blocos de construção da abordagem estratégica para a

²⁹ PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. Agência Portuguesa do Ambiente. Amadora: 2007. p. 11. Disponível em: http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia_aae_pt.pdf. Acesso 15 fevereiro de 2014.

³⁰ THERIVEL, Riki. **Strategic Environmental in Action**. 2. ed. Washignton DC: earthscan, 2010. p.3.

³¹ SADLER, B.; VERHEEM, R. 1996. Status, Challenges and Future Directions. *Strategic Environmental Assessment* apud EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/166/160. Acesso em 13. ago. 2013.

³² PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica. p 12-29.

³³ SILVA, Frederico Rodrigues. AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. UniBrasil - Faculdades Integradas do Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & democracia**. Disponível em <revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. ISSN 1982-0496. V. 8, n. 8, (jul./dez. 2010), p. 301-329.

³⁴ Sadler, B. and R. Verheem. 1996. Status, Challenges and Future Directions. *Strategic Environmental Assessment* apud EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica**. Disponível em http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/166/160. Acesso em 13. ago. 2013.

avaliação ambiental derivam das experiências com a AIA de projetos”, logo, experiências passadas e as lições adquiridas em aplicações de políticas e de planejamento de instrumentos baseados em AIA, orientam os estudos contemporâneos sobre a AAE.

Entretanto, o conceito de Avaliação Ambiental Estratégica não deve se confundir com a ideia de Avaliação de Impactos Ambientais - AIA, isso é o que orienta o Ministério do Meio Ambiente do Brasil. Veja-se.

A AAE é um instrumento de caráter político e técnico e tem a ver com conceitos e não com atividades específicas em termos de concepções geográficas e tecnológicas. Pode-se concluir, portanto, que a AAE não se confunde com: a avaliação de impacto ambiental de grandes projetos, como os de rodovias, aeroportos ou barragens, que normalmente afetam uma dada área ou um local específico, envolvendo apenas um tipo de atividade; as políticas, planos ou programas de desenvolvimento integrado que, embora incorporem algumas questões ambientais em suas formulações, não tenham sido submetidos aos estágios operacionais de avaliação ambiental, em especial, à uma apreciação de alternativas baseada em critérios e objetivos ambientais, com vista à tomada de decisão; eos relatórios de qualidade ambiental ou as auditorias ambientais, cujos objetivos incluem o controle periódico ou a gestão de impactos ambientais das atividades humanas, mas que não possuem como objetivo específico informar previamente a decisão relativa aos prováveis impactos de alternativas de desenvolvimento.

Neste diapasão, Souza³⁵ diz que a Avaliação Ambiental Estratégica “é a face da ‘avaliação de impacto ambiental’ que pode, no caso da realidade institucional brasileira, exercer importante papel no processo de desenvolvimento na maneira de se fazer avaliação de impacto ambiental” e, complementa que: “sobretudo, no uso da avaliação de impacto ambiental como instrumento de direcionamento do planejamento urbano”.

Muitos são os objetivos e a conveniência de se conceder aplicabilidade ao fenômeno da Avaliação Ambiental Estratégica, porquanto consiste em instrumento que viabiliza a efetiva prevenção de danos ambientais futuros e a diminuição dos impactos ambientais presentes³⁶.

Neste diapasão, a Avaliação Ambiental Estratégica se afigura como uma das ferramentas ambientais passíveis de avaliar os impactos ambientais antes mesmo da política, programa ou plano que o causará. É a tomada de decisão estratégica, viabilizando um estudo acurado e específico sobre o possível dano ambiental que porventura seria decorrente, o que permite sua total minoração ou até mesmo, a inoccorrência deste.

³⁵ SOUZA, Cristiane Mansur de Moraes. **Avaliação Ambiental Estratégica (AAE): Limitações Dos Estudos De Impacto Ambiental (EIA).** XVII Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos. Disponível em http://www.abrh.org.br/SGCv3/UserFiles/Sumarios/aecc27600b3c1d428ebb592f40d89e36_27610eae631ce836849ff563173b0a70.pdf. Acesso em 13 ago. 2013. p. 3.

³⁶ BRASIL. MMA- Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA). **Manual sobre a Avaliação Ambiental Estratégica.** p. 14.

3. A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL COM A AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA

É inegável que há densa experiência internacional regulamentando o processo sistemático estratégico da AAE. Das fartas legislações internas e diretrizes internacionais sobre o assunto, busca-se em linhas gerais, – sem qualquer intenção de esgotar o tema, mas investindo numa visão estruturada, – trazer um apanhado geral do mecanismo no cenário global.

“Cada vez mais, os países em desenvolvimento estão a introduzir legislação ou regulamentos para utilizar a AAE – umas vezes em legislação de AIA, outras em legislação e regulamentos setoriais ou de recursos naturais”, é o que orienta a Equipe de Trabalho em AAE estabelecida pela rede ENVIRONET, do Comitê de Ajuda ao Desenvolvimento da OCDE³⁷.

A União Europeia- UE é responsável por introduzir importantes diretrizes sobre o tema na legislação internacional. Tendo em conta, desde a Convenção sobre a Avaliação dos Impactos Ambientais num Contexto Transfronteiras, de 1991, assinada em Espoo, na Finlândia, e a Decisão II/9 das partes reunidas em Sófia, de 2000, em que se decidiu elaborar um protocolo juridicamente vinculativo sobre a avaliação ambiental estratégica até o alcance do Protocolo Relativo à Avaliação Ambiental Estratégica, de 2003, assinado em Kiev, na Ucrânia³⁸.

No decorrer de 1993, despontou a Diretriz Geral de Transportes que regula as atividades que ocasionam impactos estratégicos da implantação de linhas do trem de alta velocidade (TGV) e da rede europeia de transportes; e a Diretriz Geral das Regiões que adotou regulação exigindo a apresentação das candidaturas dos estados membros aos fundos estruturais europeus³⁹.

Em 25 de Junho de 1998, a Comunidade assinou a Convenção da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas sobre o acesso à informação, a participação do público e o acesso à justiça no domínio do ambiente (Convenção de Aarhus). A legislação comunitária teve que ser harmonizada com a referida convenção, com vista à sua ratificação pela Comunidade. Um dos objetivos da Convenção de Aarhus foi garantir os direitos de participação do público na tomada de decisões em questões ambientais, a fim de contribuir para a proteção do direito dos indivíduos de

³⁷ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Aplicação da avaliação ambiental estratégica:** Guia de boas práticas na cooperação para o desenvolvimento. OECD Publishing: 2012. p. 27. Disponível: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264175877-pt>. Acesso em: 2015.

³⁸ Comissão Econômica Europeia – ECE. Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. MP.EIA/2003/1 **Projeto de protocolo relativo à avaliação ambiental estratégica**. Kiev (Ucrânia): 13 de maio de 2003. p. 3. Disponível em: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Protocol_Portuguese_EC.pdf. Acesso em 2015.

³⁹ BRASIL. MMA - Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA). **Manual sobre a Avaliação Ambiental Estratégica**. Brasília: MMA/SQA. 2002. p. 41.

viverem num ambiente propício à sua saúde e bem-estar. Em 2003, a Convenção de Aarhus foi transposta pela diretiva 2003/35/CE, de 26 de maio, a qual visou fortalecer esse ideal nos planos e programas ambientais⁴⁰.

Ainda no ano de 1998, em colaboração com a Direção Geral de Meio Ambiente, a Comunidade Europeia produziu o Manual de Avaliação Ambiental dos Planos de Desenvolvimento Regional e Programas dos Fundos Estruturais, que “incide sobre o processo de planeamento dos Fundos Estruturais – mecanismo fundamental para a implementação da política regional e de coesão da EU”. Ele contém instrumentos úteis, com etapas da avaliação ambiental⁴¹ e sugere critérios de sustentabilidade⁴² para a avaliação das propostas⁴³.

⁴⁰ PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente e que altera, no que diz respeito à participação do público e ao acesso à justiça, as Diretivas 85/337/CEE e 96/61/CE do Conselho - Declaração da Comissão. Jornal Oficial nº L 156 de 25/06/2003 p. 0017 - 0025 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0035&from=PT>>. Acesso em 2015.

⁴¹ São etapas da AA: “1. AVALIAÇÃO DA SITUAÇÃO AMBIENTAL - DEFINIÇÃO DE UMA BASE DE REFERÊNCIA. Descrição: Identificar e apresentar informações acerca do estado do ambiente e dos recursos naturais de uma dada região e das interações positivas e negativas entre aqueles e os principais setores de desenvolvimento financiados através dos Fundos Estruturais. 2. OBJETIVOS, METAS E PRIORIDADES. Descrição: Identificar objetivos, metas e prioridades ambientais e de desenvolvimento sustentável, que os Estados-Membros e as regiões deverão atingir através dos planos e programas de desenvolvimento financiados pelos Fundos Estruturais. 3. PROJETO DE PROPOSTA DE DESENVOLVIMENTO (PLANO/PROGRAMA) E IDENTIFICAÇÃO DE ALTERNATIVAS. Descrição: Assegurar a plena integração dos objetivos e prioridades ambientais no projeto de plano ou de programa que define os objetivos e eixos prioritários para as regiões beneficiárias da ajuda, os tipos de iniciativas que poderão ser financiados, as principais alternativas para a consecução dos objetivos de desenvolvimento de uma região e um plano financeiro. 4. AVALIAÇÃO AMBIENTAL DO PROJETO DE PROPOSTA. Descrição: Avaliar as implicações ambientais dos eixos prioritários de desenvolvimento contidos nos planos ou programas e o grau de integração da dimensão ambiental nos seus objetivos, eixos prioritários, metas e indicadores. Determinar em que medida a estratégia estabelecida no documento afetará positiva ou negativamente o desenvolvimento sustentável da região. Rever o projeto de documento tendo em atenção a sua conformidade com as políticas e legislações regionais, nacionais e comunitárias em matéria de ambiente. 5. INDICADORES AMBIENTAIS INTEGRAÇÃO DOS RESULTADOS DA AVALIAÇÃO NA DECISÃO FINAL SOBRE OS PLANOS E PROGRAMAS. Descrição: Identificar indicadores ambientais e de desenvolvimento sustentável destinados a quantificar e simplificar a informação, por forma a promover a compreensão da interação entre o ambiente e as questões setoriais fundamentais, tanto para os responsáveis políticos como para o público em geral. Estes indicadores visam utilizar informações quantificadas para ajudar a identificar e a explicar as alterações ocorridas ao longo do tempo. 6. INTEGRAÇÃO DOS RESULTADOS DA AVALIAÇÃO NA DECISÃO FINAL SOBRE OS PLANOS E PROGRAMAS. Descrição: Apoiar a elaboração da versão final do plano ou programa, tendo em conta as conclusões da avaliação”. In: Comissão Europeia. Direção-Geral Ambiente, Segurança Nuclear e Proteção Civil. **Manual de avaliação ambiental dos planos de desenvolvimento regional e programas dos fundos estruturais da EU**: relatório final. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1999. p. 21.

⁴² “[...] 10 critérios fundamentais de sustentabilidade para os setores prioritários dos fundos estruturais: 1. Minimização do uso de recursos não renováveis; 2. Utilização dos recursos renováveis dentro dos limites da sua capacidade de regeneração; 3. Utilização e gestão corretas, do ponto de substâncias e resíduos perigosos ou poluentes; 4. Conservação e melhoria do estado da vida selvagem, dos *habitats* e paisagens; 5. Manutenção e melhoria da qualidade dos solos e dos recursos hídricos; 6. Manutenção e melhoria da qualidade dos recursos históricos e culturais; 7. Manutenção e melhoria da qualidade ambiental local; 8. Proteção atmosférica (Aquecimento Global); 9. Aumento da conscientização, educação e formação no domínio do ambiente; 10. Incentivo a participação do público nas decisões relacionadas com o desenvolvimento sustentável”. In: Comissão Europeia. Direção-Geral Ambiente, Segurança Nuclear e Proteção Civil. **MANUAL DE AVALIAÇÃO AMBIENTAL DOS PLANOS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E PROGRAMAS DOS FUNDOS ESTRUTURAIS DA EU**: relatório final. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1999. p. 53.

⁴³ COMISSÃO EUROPÉIA. Direção-Geral Ambiente, Segurança Nuclear e Proteção Civil. **MANUAL DE AVALIAÇÃO AMBIENTAL DOS PLANOS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E PROGRAMAS DOS FUNDOS ESTRUTURAIS DA EU**: relatório final. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1999. p. 1-53.

Em 2001, a UE fez a Diretiva Europeia (2001/42/CE) sobre avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente, conhecida como a Diretiva de AAE, a qual entrou em vigor apenas em 2003 e se aplica a todos os seus 25 estados membros. A diretiva é responsável por trazer obrigatoriedade para a incidência de avaliação ambiental para determinados planos e programas, passíveis de ter efeitos significativos no ambiente, a diversos níveis (nacional, regional e local). Essa diretriz entende ser indispensável a “ação a nível comunitário para criar um quadro mínimo de avaliação ambiental, que estabeleça os princípios gerais do sistema de avaliação ambiental e deixe a cargo dos Estados-Membros as especificidades processuais”, solicitando, contudo, que “os diferentes sistemas de avaliação ambiental aplicados nos Estados-Membros deverão conter um conjunto comum de requisitos processuais necessários”⁴⁴.

Ora, alguns países da União Europeia, assim como outros países não europeus, já tinham disposições sobre avaliação ambiental estratégica mesmo antes da supra referida diretiva entrar em vigor⁴⁵.

Desde 2009, no cenário interno europeu, todos os 25 estados membros da UE conseguiram cumprir a transposição da diretiva 2001/42/CE, ou seja, houve a aderência total das legislações internas de cada estado para abranger a temática da AAE nos ditames gerais previstos pela diretiva⁴⁶.

Em linhas gerais, com consonância a diretiva da UE, as legislações nacionais europeias indicam que a responsabilidade do processo de AAE é dever da entidade que tomará a decisão do plano ou programa, assim como das partes que cuidam do seu planejamento, e ainda, da sua aplicação, também recaindo no publico alvo de decisão, que importa participar da consulta⁴⁷. Isto

⁴⁴ PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva 2001/42/CE, de 27 de Junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente.** Jornal Oficial nº L 197 de 21/07/2001. p. 0030 – 0037. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0042&from=PT>>. Acesso em 2015.

⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Aplicação da avaliação ambiental estratégica:** Guia de boas práticas na cooperação para o desenvolvimento. OECD Publishing: 2012. p. 27. Disponível: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264175877-pt>. Acesso em: 2015.

⁴⁶ BARONI, Leonardo; D'ANCONA, Stefano. **Corte di giustizia EU e pianificazione:** la valutazione ambientale strategica nella giurisprudenza del 2012. p. 509-534. In: CHITI, Mario P.; GUIDO, Greco. **Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario.** n. 2. Anno XXIII. Poste Italiane s.p.a: 2013.

⁴⁷ “[...] a legislação estabelece que a entidade responsável pela elaboração do plano ou programa deve: Determinar o âmbito da avaliação ambiental e a pormenorização da informação a incluir no Relatório Ambiental; 2. Preparar o Relatório Ambiental; 3. Consultar as entidades públicas com responsabilidade ambiental específica no âmbito da avaliação ambiental bem como determinar o alcance e nível de pormenorização da informação a incluir no Relatório Ambiental; 4. Consultar as entidades públicas com responsabilidade ambiental específica e o público interessado, bem como outros países potencialmente afetados,

porque é responsabilidade geral de todos os que devem se evoluir no processo sistemático estratégico. Em relatoria aos resultados práticos da AAE, viu-se que já foram positivos, ainda que em seus primórdios, pois viabilizou processo decisório mais transparente, participativo, harmonizado, planejado e com melhor integração das questões ambientais⁴⁸.

Em Portugal, por exemplo, a transposição da dita diretiva se fez mediante Decreto-Lei nº 232/2007, diploma que tornou a AAE com carácter obrigatório para as PPPs previstas no seu artigo 3º⁴⁹. O procedimento para a avaliação estratégica poderá ser realizado através de diferentes tipos de AAE: nas ações imediatas e de curto prazo, como planos e programas que pretendem resolver problemas atuais, ou seja, sem uma discussão estratégica, - como por exemplo, nos casos de planos de urbanização e planos de pormenor, - caberá usar de uma AAE com abordagem tipo metodológico de AIA; já nas ações com a intenção de desenvolvimento com objetivos estratégicos de longo prazo - como por exemplo, nos casos de plano nacional da água, planos de desenvolvimento regional, inclusive para PPPs públicas não abrangidas no decreto-lei, mas com natureza estratégica destacada pelo Guia, importa fazer uso da abordagem estratégica da AAE⁵⁰.

Na Espanha, a transposição da diretiva se fez mediante lei n. 9/2006, chamada LEAE, a qual incluiu uma aceção ampla dos planos e programas em consonância com a finalidade preventiva

sobre o Relatório Ambiental; 5. Divulgar a informação relativa à decisão, através da Declaração Ambiental; 6. Proceder à monitorização dos efeitos ambientais resultantes da aplicação e execução do plano ou programa; 7. Verificar a qualidade do Relatório Ambiental". In: PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica: orientações metodológicas**. Agência Portuguesa do Ambiente. Amadora: 2007. p. 26-27. Disponível em: http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia_aae_pt.pdf. Acesso em 2015..

⁴⁸ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões**: relativo à aplicação e eficácia da Diretiva Avaliação Ambiental Estratégica (Diretiva 2001/42/CE). Bruxelas: 14.9.2009. COM (2009) 469 final. Disponível: <file:///D:/Downloads/Relat%C3%B3rio%20da%20CE%20sobre%20a%20efic%C3%A1cia%20da%20aplicação%20da%20Directiva.pdf>. Acesso em 2015.

⁴⁹ "Artigo 3º Âmbito de aplicação. 1 — Estão sujeitos a avaliação ambiental: a) Os planos e programas para os sectores da agricultura, floresta, pescas, energia, indústria, transportes, gestão de resíduos, gestão das águas, telecomunicações, turismo, ordenamento urbano e rural ou utilização dos solos e que constituam enquadramento para a futura aprovação de projectos mencionados nos anexos I e II do Decreto-Lei n. 69/2000, de 3 de Maio, na sua actual redacção; b) Os planos e programas que, atendendo aos seus eventuais efeitos num sítio da lista nacional de sítios, num sítio de interesse comunitário, numa zona especial de conservação ou numa zona de protecção especial, devam ser sujeitos a uma avaliação de incidências ambientais nos termos do artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 140/99, de 24 de Abril, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n. 49/2005, de 24 de Fevereiro; c) Os planos e programas que, não sendo abrangidos pelas alíneas anteriores, constituam enquadramento para a futura aprovação de projectos e que sejam qualificados como susceptíveis de ter efeitos significativos no ambiente". In: PORTUGAL. Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional. **Decreto-Lei n. 232/2007 de 15 de Junho**. 1ª série. n. 114 -15. Portugal: Diário da República, 2007. Disponível em: http://www.ifdr.pt/ResourcesUser/Noticias/Documentos/2014_Consulta_Publica_AAE/Decreto_Lei_232_2007.pdf. Acesso em 2015.

⁵⁰ PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica: orientações metodológicas**. Agência Portuguesa do Ambiente. Amadora: 2007. p. 10. Disponível em: http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia_aae_pt.pdf. Acesso em 2015.

da AAE. Segundo Juan Ramón Fernandez Torres, a LEAE pretende, com fundamento no princípio da cautela, sujeitar os processos de AAE num fim preventivo, por um processo contínuo, desde a fase preliminar de rascunho, antes das consultas, até a última fase da proposta do plano ou programa⁵¹.

Pela Itália, a regulação interna se fez mediante o Decreto-Lei nº 152/2006. Apesar de ter sofrido várias reformas, sob a análise crítica dos especialistas italianos Mario Bucello, Luigi Piscitelli, Simona Viola⁵², o modelo atual de AAE continua a mostrar um padrão de monitoramento mal estruturado, sobretudo acerca do relevante aspecto prático. A avaliação estratégica, como um todo, precisa garantir que os resultados das atividades planejadas ou programadas provem, fielmente, os objetivos gerais de sustentabilidade ambiental.

Pelo escorço, a AAE é mecanismo fortemente avaliado para a consecução da prevenção ambiental e do desenvolvimento sustentável, por isso tem sido regulamentado e aplicado no contexto da União Europeia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do artigo foi possível compreender que a tutela ao meio ambiente recebeu tardiamente a atenção que lhe era merecida. Anos de descaso, após a descoberta da crise ambiental, tentaram ser remediados com as assinaturas de alguns documentos internacionais de compromisso à efetivação da proteção ambiental ou até mesmo com a tomada de decisões urgentes acerca de aspectos específicos.

Na presente pesquisa, o acesso ao meio ambiente equilibrado foi apresentado como um direito humano fundamental, configurado como direito de todos, bem de uso comum do povo e indispensável à qualidade de vida saudável. Esta caracterização ocorreu atentando ao tratamento oferecido com o objetivo de se proteger e estabelecer a manutenção do meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

Desta feita, o processo de AAE confirma-se como mecanismo de pertinência e interesse em

⁵¹ TORRES, Ramón Fernandez. **La evaluación Ambiental de Planes y Programas Urbanísticos**. Espanha: Editorial Aranzadi, Thomson Reuters. 2009. p. 99.

⁵² BUCELLO, Mario; PISCITELLI, Luigi; VIOLA, Simona. **Le nuove leggi amministrative VAS, VIA, AIA, rifiuti emissioni in atmosfera: Le modifiche apportate al Codice dell'Ambiente dai decreti legislativi 128/2010 e 105/2010**. Milano: Giuffrè Editore. 2012. p. 193,261-262.

todo cenário global, pontualmente mais desenvolvido em algumas legislações internas, entretanto, é uníssono que, em todos os países aderentes, a ferramenta já contribui para avanço da integração ambiental na tomada de decisão, bem como em investidas pela consecução dos objetivos em que se propõe o processo sistemático preventivo, tal qual o relevo da sustentabilidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19 – 20.

BUCELLO, Mario; PISCITELLI, Luigi; VIOLA, Simona. **Le nuove leggi amministrative VAS, VIA, AIA, rifiuti emissioni in atmosfera**: Le modifiche apportate al Codice dell’Ambiente daí decreti legislativi 128/2010 e 105/2010. Milano: Giuffrè Editore. 2012.

BARONI, Leonardo; D’ANCONA, Stefano. **Corte di giustizia EU e pianificazione**: la valutazione ambientale strategica nella giurisprudenza del 2012. p. 509-534. In: CHITI, Mario P.; GUIDO, Greco. **Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario**. n. 2. Anno XXIII. Poste Italiane s.p.a: 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BONISSONI, Natammy. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Org(s). **Teoria Jurídica e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 20-36. Disponível em file:///C:/Users/User/Downloads/Free_851f3382-7fb7-498d-be73-1077dfdf56b2.pdf. Acesso em 31/08/2014.

BRASIL. MMA - Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos (SQA). **Manual sobre a Avaliação Ambiental Estratégica**. Brasília: MMA/SQA. 2002.

BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar; DANTAS, Marcelo Buzaglo; FERRER, Gabriel Real. O Processo de internacionalização da proteção ambiental e dos direitos humanos. In: **Direito e transnacionalização**. CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo. Itajaí : UNIVALI, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito ambiental**

constitucional brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida.** São Paulo: CULTRIX, 1996.

Comissão Econômica Européia – ECE. Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. MP.EIA/2003/1 **Projeto de protocolo relativo à avaliação ambiental estratégica.** Kiev (Ucrânia): 13 de maio de 2003. p. 3. Disponível em: http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Protocol_Portuguese_EC.pdf. Acesso em 2015.

COMISSÃO EUROPÉIA. Direção-Geral Ambiente, Segurança Nuclear e Proteção Civil. **MANUAL DE AVALIAÇÃO AMBIENTAL DOS PLANOS DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL E PROGRAMAS DOS FUNDOS ESTRUTURAIS DA EU:** relatório final. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1999.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. **Relatório da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões:** relativo à aplicação e eficácia da Diretiva Avaliação Ambiental Estratégica (Diretiva 2001/42/CE). Bruxelas: 14.9.2009. COM (2009) 469 final. Disponível: <file:///D:/Downloads/Relat%C3%B3rio%20da%20CE%20sobre%20a%20efic%C3%A1cia%20da%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Directiva.pdf>. Acesso em 2015.

DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental – Responsabilidade Social e Sustentabilidade.** São Paulo: Atlas, 2007.

EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica.** Disponível em http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/166/160. Acesso em 13. ago. 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Mello. **Direito Ambiental Contemporâneo.** Barueri: Manole, 2004, p. 636-637.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick A. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática.** 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Aplicação da avaliação ambiental estratégica**: Guia de boas práticas na cooperação para o desenvolvimento. OECD Publishing: 2012. p. 27. Disponível: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264175877-pt>. Acesso em: 2015.

PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Guia de boas práticas para Avaliação Ambiental Estratégica**. Agência Portuguesa do Ambiente. Amadora: 2007. p. 11. Disponível em: http://www.ced.cl/ced/wp-content/uploads/2011/10/guia_aae_pt.pdf. Acesso 15 fevereiro de 2014.

PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva 2001/42/CE, de 27 de Junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente**. Jornal Oficial nº L 197 de 21/07/2001. p. 0030 – 0037. Disponível: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0042&from=PT>>. Acesso em 2015.

PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Maio de 2003, que estabelece a participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente e que altera, no que diz respeito à participação do público e ao acesso à justiça, as Diretivas 85/337/CEE e 96/61/CE do Conselho - Declaração da Comissão**. Jornal Oficial nº L 156 de 25/06/2003 p. 0017 - 0025 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32003L0035&from=PT>>. Acesso em 2015.

PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica**: Teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Frederico Rodrigues. AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. UniBrasil - Faculdades Integradas do Brasil. **Revista Direitos Fundamentais & democracia**. Disponível em <revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. ISSN 1982-0496. V. 8, n. 8, (jul./dez. 2010).

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. Rio de Janeiro: Thex Ed. 2002.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, G. F. S. **Direito internacional do meio ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; MAFRA GRANADO, Juliete Ruana. **A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica** In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; GARCIA, Heloise Siqueira Org(s). *Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*. Itajaí: UNIVALI, 2014.p. 11-37. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 28 de julho de 2014.

SOUZA, Cristiane Mansur de Moraes. **Avaliação Ambiental Estratégica (AAE)**: Limitações Dos Estudos De Impacto Ambiental (EIA). XVII Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos. Disponível em http://www.abrh.org.br/SGCv3/UserFiles/Sumarios/aecc27600b3c1d428ebb592f40d89e36_27610eae631ce836849ff563173b0a70.pdf. Acesso em 13 ago. 2013.

THERIVEL, Riki. **Strategic Enviromental in Action**. 2. ed. Washignton DC: earthscan, 2010.

TORRES, Ramón Fernandez. **La evaluación Ambiental de Planes y Programas Urbanísticos**. Espanha: Editorial Aranzadi, Thomson Reuters. 2009.

O EXCESSO DE IMPERMEABILIZAÇÃO DO SOLO URBANO: UMA AGRESSÃO AO MEIO AMBIENTE E À DIGNIDADE HUMANA

Mariza Viecili¹

Thaís Vandresen²

INTRODUÇÃO

O mundo em que vive a Humanidade tem como base de sobrevivência, o ar, o solo e tudo o que se lhe incorpora, tendo como objetivo justamente a sua sobrevivência da melhor forma possível. O meio ambiente ecologicamente equilibrado, detentor de subsídios para tal fim, é um garantidor de que a vida do ser humano (e de todos os seres vivos do planeta) seja digna e plena.

No Brasil, como premissa maior em termos normativos, existe a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 05 de outubro de 1988 – CRFB/88. Ela é a Constituição de um Estado Democrático de Direito, e este, notadamente, é um Estado comprometido com o respeito e a proteção aos direitos atinentes às pessoas. Dentre estes direitos dois são considerados princípios basilares, quais sejam, o da Dignidade Humana e o do Meio Ambiente. No que diz respeito à promoção da dignidade, não podemos deixar de salientar que este mesmo Estado, o Brasil, tem como tarefa, também, o desenvolvimento dos direitos sociais e ambientais, estes intrinsecamente ligados à vida humana.

Busca-se neste estudo refletir acerca da importância da dignidade da pessoa humana como valor supremo e da urgência em se proteger, efetivamente e de forma global, o ecossistema planetário. Aponta-se uma estreita ligação entre o ecossistema equilibrado e dignidade da pessoa humana, ou seja, em se tendo um meio ambiente pleno de vida, a dignidade da pessoa humana aflora de forma consistente, seu bem estar é condição *sine qua non* e as consequências que o uso desenfreado de materiais que impermeabilizam o solo urbano trazem nefastas consequências.

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí –UNIVALI, na condição de aluna especial do Curso de Doutorado do PPCJ – UNIVALI. Professora no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Universidade de Itajaí – UNIVALI

Entende-se que o Meio Ambiente equilibrado é, assim, absolutamente necessário e responsável pela consecução da Dignidade Humana e, portanto, necessária adoção de posturas ambientais pela comunidade local, regional e global para alcançar este fim e, neste momento vislumbra-se os danos que a excessiva impermeabilização do solo urbano representa na alteração – danosa - do meio ambiente. Apresenta-se, então, a dignidade da pessoa humana como uma orientação a toda ordem jurídica universal, com um olhar universal à Humanidade.

A Declaração de Estocolmo³ estabeleceu especial relação entre direitos humanos e meio ambiente, tendo sido o fruto documental da Assembleia da ONU de 1972⁴. Ao se ler a Declaração em seu todo, percebe-se claramente a preocupação da ONU no tocante ao ecossistema global, sendo que cada um dos princípios elencados, se referendados e aplicados pelos países-membros, resguardará, certamente, a fruição dos direitos essenciais da pessoa humana. Afinal, uma das consequências que afetam a Humanidade é justamente os gravíssimos impactos ambientais que este ecossistema vem sofrendo.

Como exemplo normativo nacional, tem-se a Lei 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, no *caput* do seu artigo 2º insere a proteção da dignidade da vida humana como um dos seus objetivos. Entre outras espécies normativas, quer-se reforçar que a dignidade da pessoa humana é um direito fundamental que juntamente com o meio ambiente sadio, agrega valor essencial à vida humana.

Tendo em vista que a fragilidade nos planejamentos, medidas e posturas que os entes públicos e privados adotam no sentido de salvaguardar o solo urbano - e assim, ocorrer uma excessiva impermeabilização -, agredem o meio ambiente e, conseqüentemente a saúde e bem estar humanos, entende-se vital que haja a ocorrência de condutas no sentido de haver equilíbrio na medida da impermeabilização do solo urbano, práticas essas que deverão limitar, atenuar e compensar este problema, buscando uma utilização mais sustentável dos solos. Há necessidade de desenvolver as melhores práticas para atenuar os efeitos negativos da impermeabilização do solo e esse acervo de posturas deverá ser um modelo que permita, ao ser humano e ao ambiente no

³ A Assembleia Geral das Nações Unidas que ocorreu em Estocolmo, nos dias 5 a 16 de junho de 1972, procurou atender à necessidade de estabelecer uma visão global e princípios comuns, que sirvam de inspiração e orientação à humanidade, para a preservação e melhoria do ambiente humano, enunciando, assim, vinte e três princípios. Disponível em: <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>. Acesso em: 17 fev. 2015.

⁴ SILEX. Tecnologias ambientais. **Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente** Disponível em: <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>. Acesso em: 17 fev. 2015.

qual viva, uma efetiva proteção, pois esta implica respeito ao direito universal de todos que habitam o planeta, direito a uma vida plena, ao bem-estar, entre tantos e diversos direitos inerentes à pessoa humana que, por conseguinte, resulta na consecução da sua dignidade.

Crescentes são os problemas ligados à excessiva impermeabilização do solo urbano e consequentemente ao meio ambiente no todo. A adoção de atitudes que dignifiquem o ambiente no qual se vive deve ser materializada, para construção de um compromisso em prol do ambiente, para assegurar, também preventivamente, a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza, haja vista o risco da continuidade de imprevisíveis consequências, em razão de um desenvolvimento urbano de exploração desenfreada. Não se deve mais pensar, restritivamente, no direito ao ambiente, mas também no direito do ambiente.

Inerente aos Direitos Fundamentais, a dignidade da pessoa humana constitui uma orientação a toda ordem jurídica constitucional e internacional, razão pela qual se pretende justificar plenamente sua caracterização como princípio de maior destaque na Humanidade. É primordial a consagração da dignidade da pessoa humana no mundo global, notadamente no que diz respeito ao meio ambiente equilibrado, na busca de uma vida plena, transbordante de dignidade.

Apresenta-se nesta pesquisa o *Meio ambiente* abstraído do conceito de Paulo de Bessa Antunes⁵, qual seja: “[...] é uma designação que compreende o ser humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação econômica dos bens naturais que, submetidos à influência humana, se constituem em recursos ambientais”; a *Dignidade Humana*, em conceituação de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida [...]”; *Direitos Fundamentais*: exposto por Luigi Ferrajoli⁶: “[...] são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. [...]”⁷; *Impermeabilização do solo*⁸: “[...] é a cobertura permanente de

⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 06

⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direitos Fundamentais. (tradução de Alfredo Copetti Neto) in **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9-11. (sem título original no exemplar utilizado).

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang: **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 52-53.

uma dada superfície de terreno e do seu solo com materiais artificiais impermeáveis, como o asfalto e o cimento. É considerado um dos principais processos de degradação do solo. [...]”

Para encetar a investigação foi utilizado o Método⁹ Indutivo¹⁰; a ser operacionalizado com as Técnicas¹¹ do Referente¹², das Categorias¹³, dos Conceitos Operacionais¹⁴ e da pesquisa em fontes documentais e bibliográficas (realizada através da busca em livros, documentos legais, artigos científicos e dados eletrônicos).

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Entende-se que o ser humano tem uma importância suprema no Universo, sendo que o Cristianismo - que influenciou profundamente o pensamento filosófico e político do mundo ocidental - aclimatou a ideia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto.

Como valor absoluto da pessoa humana, encontra-se intrinsecamente configurada a sua dignidade e, no entender de Eduardo Carlos Bianca Bittar¹⁵, a ideia de ‘dignidade da pessoa humana’, em uma análise histórico-filosófica, “[...] é a convergência de diversas doutrinas e concepções de mundo que vêm sendo construídas desde longa data na cultura ocidental. [...]” Esclarece que já estava presente no pensamento grego, mas são os modernos que configuraram

⁸ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 15 fev. 2015. p. 11.

⁹ “Método é a forma lógico-comportamental na qual se baseia o pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 104.

¹⁰ Método indutivo: “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 104.

¹¹ “Técnica é um conjunto diferenciado de informações reunidas e acionadas em forma instrumental para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas investigatórias”. PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 105.

¹² “Referente é a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma Pesquisa”. PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p. 61.

¹³ “Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p.34.

¹⁴ “Conceito operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos. PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2012. p.50.

¹⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: Direitos Humanos fundamentais: positivação e concretização.* Organizadores: Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: EDIFIEO, 2006. p. 41-42.

mais precisamente o tema. Assim, “[...] se entrega à história contemporânea, para ser tornado princípio fulcral da cultura dos direitos”.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶ esclarece que “[...] compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida [...]”. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido também nas Declarações de Direitos Universais é absoluto, pleno e inegável como primeiro fundamento de algumas Constituições¹⁷, como sistema protetivo dos direitos individuais.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “[...] erigiu à dignidade da pessoa humana condição de fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, como, de resto, já tem sido amplamente sustentado também na doutrina pátria. [...]”¹⁸.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹ também esclarece sobre a importância de se proteger a dignidade pois,

[...] sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção ao meio ambiente como valor fundamental indica que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo as formas de vida do planeta, ainda que se possa argumentar que tal proteção da vida em geral constitua, em última análise, exigência da vida humana e de uma vida humana com dignidade, tudo a apontar para o reconhecimento do que se poderia designar de uma dimensão ecológica ou ambiental da dignidade da pessoa humana.

Por certo que a pessoa humana é a espécie dominante do planeta, tendo em vista sua capacidade em garantir sua sobrevivência e, neste caso, na maior parte das vezes, modificando o ambiente que a cerca, quando seus atos acabam por efetuar uma retirada de recursos (do meio ambiente) em uma taxa superior a de recuperação da área afetada. Ou seja, suas ações causam um dano difícil de ser reparado na mesma medida de sua afetação.

Para que tal não ocorra, necessário que haja equilíbrio! E entender a complexa relação de equilíbrio do mundo no qual vivemos representa o próprio futuro da humanidade neste planeta.

Na natureza um ser vivo provoca impactos que podem ser negativos e/ou positivos, pois

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang: **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 52-53.

¹⁷ Exemplos: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – artigo 1º, III, que a retrata como fundamento; Constituição Federal da Alemanha Ocidental do pós-guerra – artigo 1º: “A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público”.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang: **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 92

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang: **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 43.

quando se alimenta, por exemplo, poderá consumir outros tipos de vida, no entanto, por certo, não os exterminará ao todo, pois assim também estaria dando por fim a sua possibilidade de vida. O equilíbrio se faz condição para a vida e se justifica sua aplicação no que diz respeito à qualidade de vida da pessoa humana, pois esta se expressa na forma dela estar bem física e mentalmente, pois estando bem consigo e com os outros estará em equilíbrio, sendo este fator fundamental.

É essencial à dignidade de uma pessoa que seu 'local de vida' esteja apto a salvaguardar a sua saúde, havendo responsabilidade difusa e coletiva de proteção do meio ambiente que tenha no seu foco a própria pessoa humana. O reconhecimento do ambiente que lhe assegure seus direitos de personalidade, coloca a pessoa em seu habitat natural, estabelecendo um sentido ao direito à vida digna.

2. O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Constata-se que, atualmente, em razão da preocupação ambiental, os modelos constitucionais elevam a tutela ambiental a um direito fundamental, razão pela qual “[...] a proteção ambiental deixou de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento; por isso, com o patamar de direito fundamental, o meio ambiente é alçado ao nível máximo do regramento jurídico, privilégio que outros valores sociais só depois de décadas ou mesmo séculos lograram conquistar.”²⁰

Como conceito de direito fundamental destaca-se o exposto por Luigi Ferrajoli²¹, ao expor que “[...] são direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. [...]” (itálico no original)

Acolhe-se tal definição também no âmbito brasileiro, pois foi justamente com a Constituição brasileira de 1988 que o meio ambiente, no Brasil, ganhou força de direito fundamental da pessoa, notadamente em virtude da previsão inserta no inciso III do artigo 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana, este localizado no Título I, que trata dos Direitos

²⁰ LUNELLI, Carlos Alberto; POLETO, Leonardo Augusto. O direito fundamental da proteção do Meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro e o protagonismo do direito em matéria ambiental. In **Direito, Ambiente e Políticas Públicas**. LUNELLI, Carlos Alberto (Org.). p. 13

²¹ FERRAJOLI, Luigi. Direitos Fundamentais. (tradução de Alfredo Copetti Neto) in **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9-11. (sem título original no exemplar utilizado).

Fundamentais.

O meio ambiente, no Brasil, tem sua proteção constitucional a partir do artigo 225, eis que este expressa: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”²². Com este referencial normativo, além dos que o seguem e que complementam o Capítulo VI, sua força se espalha por todas as legislações infraconstitucionais, além de atrair a coletividade para a mesma consagração: atuar em defesa do meio ambiente, na sua proteção e promoção.

Os instrumentos normativos brasileiros que expressam sobre a tutela ao Meio ambiente são inúmeros e, apesar de não serem cumpridos a contento, podem garantir a preservação do grande patrimônio ambiental no país e, conseqüentemente, não causar danos maiores ao patrimônio ambiental universal. Como exemplo, informam-se alguns²³: Novo Código Florestal Brasileiro; Política Nacional do Meio Ambiente; Lei da Ação Civil Pública; Lei de Recursos Hídricos; Lei de Crimes Ambientais; Lei de Gestão de Florestas Públicas.

É possível verificar que não faltam instrumentos normativos para a efetivação da tutela ao meio ambiente sob proteção legislativa brasileira, quer seja nacional, estadual e até municipal, no entanto, o que se apresenta é a dificuldade em atingir os objetivos primordiais das leis, quais sejam, sua eficácia e sua efetivação prática. Por urgência ambiental, por urgência à consagração da vida humana, necessário superar as mazelas existentes e para tal, há necessidade de uma ampla aliança, envolvendo todos os níveis de governo, de entidades da sociedade civil, notadamente os responsáveis pelo planejamento urbano de uma cidade, seja ela de que dimensão for, além dos próprios cidadãos.

Assim como a proteção e promoção ao meio ambiente se mostra efetivamente presente nos textos normativos brasileiros, sua presença se faz maciça também nos textos normativos de outros países. Cada qual deve desempenhar bem seu papel de gestor/cidadão ambiental, buscando uma unidade local, regional, nacional e também transnacional²⁴, interligando as

²² BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

²³ PLANETA ORGÂNICO. **Meio ambiente**: as 17 leis ambientais do Brasil. Disponível em: <http://planetaorganico.com.br/site/index.php/meio-ambiente-as-17-leis-ambientais-do-brasil/>. Acesso em: 14 fev. 2015.

²⁴ Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar trazem em foco que é imperativa a necessidade de que as ações/posturas não sejam apenas locais ou nacionais, mas também transnacionais, “[...] que contribua com novas práticas e atitudes, principalmente nas ações dos Estados no plano mundial [...] para que seja possível a construção de um compromisso solidário e global em prol do ambiente

estratégias e uma gestão dos bens ambientais a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, já que esta deve ser detentora de saúde e bem-estar.

Amedeo Portiglione²⁵ destaca em seu escrito que:

[...] o ambiente é tudo ao seu redor [...] não apenas algumas espaços territoriais mais ou menos valiosas e, conseqüentemente, agrega os recursos vitais: água, ar, alimentos naturais, energia, cultura [...] compreende naturalmente também os métodos de utilização de recursos (ou seja, o urbanismo, agricultura, indústria, etc.) e produtos da ‘sociedade de consumo’ (pesticidas, resíduos, ruído, etc.). O meio ambiente não é um genérico interesse difuso e tampouco uma expectativa utópica, mas um direito de toda a pessoa humana²⁶. (tradução própria)

E Meio ambiente é vida! A emergência do direito à qualidade de vida é um direito fundamental da pessoa humana, devendo-se exigir o que também José Afonso da Silva²⁷ outrora pontuou, qual seja: “[...] a proteção da natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico.” Denota-se, assim, a importância da conservação do meio ambiente, a fim de se ver garantida a vida humana, esta, com dignidade e qualidade. E é justamente neste entendimento que Ida Nicotra²⁸ expõe que: “[...] o ambiente é reconhecido como valor supremo perante o qual toda a coletividade se presta a mudar completamente de atitude, não sendo capaz de considerar mais como uma inesgotável fonte de recursos, mas um bem muito precioso para guardar e transmitir para a posteridade”²⁹. (tradução própria).

É notório que as mudanças climáticas que ocorrem em todo o Planeta têm se manifestado em devastações e catástrofes e estas têm golpeado a vida das pessoas nos locais atingidos e, muitas vezes, as consequências são sentidas em lugares bem distantes. Absolutamente necessário e urgente que haja um extremo cuidado no sentido de tolher tais danos, não esquecendo que caso não sejam tomada as precauções com a seriedade que deva ocorrer, tudo se agravará.

para assegurar, inclusive de maneira preventiva, a melhora contínua das relações entre os seres humanos e a natureza.” (in. **Globalização, Transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: Univali, 2012. *ebook* Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em 10 jul. 2014. p.49.

²⁵ POSTIGLIONE, Amedeo. **Manuale Dell’Ambiente**: guida ala legislazione ambientale. Napoli/Naples: NIS, 2001. p. 16.

²⁶ “[...] l’ambiente è tutto ciò se circonda [...] non solo alcune ‘isole’ più o meno pregiate sul territorio e comprende di conseguenza innanzitutto le risorse vitali: acqua, aria natura alimenti, energia, compressa la cultura [...] comprende naturalmente anche le modalità di utilizzazione delle risorse (quindi, urbanistica, agricoltura, industria, ecc.) e i terribili prodotti della presente ‘civiltà dei consumi’ (pesticidi, rifiuti, rumore, ecc). L’ambiente non è un genérico interesse difuso, né un’aspettativa utopista, ma un diritto per ogni persona umana”.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 28.

²⁸ NICOTRA, Ira. Il principio dell’azione preventiva nell’attuazione delle politiche europee. **Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, [...]. p. 12.

²⁹ “[...] l’ambiente viene riconosciuto come valore supremo dinanzi al quale l’intera collettività si appresta a mutare radicalmente atteggiamento, non potendolo più considerare alla stregua di un’inesauribile fonte di risorse, bensì un bene preziosissimo da custodire e trasmettere alla posterità”.

3. A EXCESSIVA IMPERMEABILIZAÇÃO DO SOLO URBANO

Um dos principais desafios contemporâneos se encontra na ocupação dos solos, haja vista que isto já ocorre, nos centros urbanos, de maneira desordenada, atendendo precariamente a qualquer orientação e/ou planejamento. Quando há planejamento, este também, muitas vezes, não atende a real necessidade de dois entes importantes no elo da criação, quais sejam, o meio ambiente e a dignidade da pessoa humana.

A ocupação do solo para urbanização e construção tem aumentado demasiadamente, quando então ocorre o uso excessivo de produtos impermeáveis para cobrir o solo.

A Impermeabilização dos solos é a cobertura permanente de uma dada superfície de terreno e do seu solo com materiais artificiais impermeáveis, como o asfalto e o cimento. É considerado um dos principais processos de degradação do solo. A sua amplitude e progressão são significativas. Afeta serviços ecossistêmicos essenciais (como a produção de alimentos, a absorção de água, a capacidade de filtragem e de efeito tampão do solo) e a biodiversidade. A permanente urbanização e transformação da paisagem é considerada, com razão, um dos principais desafios que se nos colocam. Serão necessárias várias gerações para recuperar um solo que tenha sido destruído ou seriamente degradado.³⁰

Importante urgência na definição e concretização de melhores práticas e tal postura deve vir, notadamente, das autoridades competentes de todos os níveis, quer seja nacional, regional ou local. Da mesma forma e com não menos importância nas suas ações, os profissionais que se dedicam com a gestão dos solos para um desenvolvimento territorial sustentável precisam articular as forças, haja vista que as cidades estão confrontadas com um grande desafio: a expansão urbana. Destaca-se sobre “[...] a importância do desenvolvimento de uma gestão ambiental como forma de preservação ambiental, devido aos grandes problemas ambientais existentes. [...]”³¹.

Veja-se que a expansão das superfícies impermeáveis com a inevitável perda de recursos dos solos, é um dos principais desafios ambientais, sendo crucial que a utilização do solo ocorra de forma racional, a fim de possibilitar salvaguardá-lo para as gerações futuras, pois a impermeabilização efetiva um forte impacto no solo, eliminando grande parte da sua utilidade.

³⁰ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 11.

³¹ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A importância da gestão ambiental para proteção ambiental *In* **Direito ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). Itajaí: Univali, 2013. *ebook* Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 27 fev. 2015. p. 39.

Muitos são os males que podem assombrar a população com o uso indiscriminado de materiais que impermeabilizam o solo, notadamente a população urbana. Uma das consequências negativas é poluição, haja vista que o solo natural é um depurador de organismos, e neste aspecto, o magistrado italiano e coordenador de um grupo de estudos sobre Ecologia, Amedeo Postiglione³² esclarece que “[...] a poluição é somente um dos problemas ambientais, sendo responsável por danos aos recursos naturais e ao homem [...] e requer uma conscientização ambiental [...]”³³. (tradução própria)

Na mesma rota da responsabilidade sobre o meio ambiente, também a autora italiana, Ida Nicotra³⁴ esclarece sobre a importância da precaução, quando enfatiza que : “O Método de precaução requer a adoção das medidas necessárias para evitar e prevenir os perigos, mesmo meramente potencial, à saúde humana, à segurança de todo o ambiente”³⁵. (tradução própria)

Utilizar os recursos naturais, como os solos, os terrenos e a paisagem, de forma prudente e sustentável, é uma ação premente no mundo contemporâneo, pois a expansão urbana e a impermeabilização dos solos se apresentam como uma real ameaça para a biodiversidade e aumentam o risco de inundação e de escassez de água.

As melhores práticas existentes para limitar, atenuar e compensar a impermeabilização dos solos mostram que um correto ordenamento do território é o resultado de uma abordagem integrada, que requer o total empenho de todas as autoridades públicas competentes (e não só das responsáveis pelo planeamento e ambiente), em especial a nível da administração (como os municípios, províncias e regiões), que são normalmente responsáveis pela gestão dos terrenos.³⁶

O modelo de urbanização imprimiu às metrópoles ao menos duas características associadas ao modo de fazer ‘cidade’ que, segundo Marta Dora Gronstein³⁷ são: “apresentam componentes de ‘insustentabilidade’ associados aos processos de expansão da área urbana e de transformação e modernização dos espaços intra-urbanos; e proporcionam baixa qualidade de vida urbana a

³² POSTIGLIONE, Amedeo. **Manuale Dell’Ambiente**: guida alla legislazione ambientale. Napoli/Naples: NIS, 2001. p. 15.

³³ “[...] l’inquinamento è solo un aspetto del problema ambientale, rappresentando il momento patologico del danno alle risorse e all’uomo, sicché una concezione ambientale [...]”.

³⁴ NICOTRA, Ida. Il principio dell’azione preventiva nell’attuazione delle politiche europee. **Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione**. p. 14.

³⁵ “Il método precauzionale impone l’adozione dei necessari provvedimenti allo scopo di prevenire i pericoli, anche meramente potenziali, alla salute umana, alla sicurezza ed all’ambiente”.

³⁶ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos**. Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 12 fev. 2015. p. 07.

³⁷ GRONSTEIN, Marta Dora. Metrópole e expansão urbana: a persistência de processos “insustentáveis” **São Paulo em perspectiva**, São Paulo, n.15, v.1, p.14, 2001. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000100003. Acesso em 24 fev. 2015.

parcelas significativas da população”.

A importância de um solo *in natura* diz respeito a uma infinidade de funções ecossistêmicas vitais, pois

desempenha um papel crucial na produção de alimentos e de materiais renováveis como a madeira, oferecendo habitats para a biodiversidade terrestre e subterrânea filtrando e moderando o fluxo de água para os aquíferos, removendo contaminantes e reduzindo a frequência e o risco de inundações e de períodos de seca; podem ajudar a regular o microclima em ambientes de forte densidade urbana, sobretudo quando cobertos de vegetação; podem também desempenhar funções estéticas na paisagem. As terras agrícolas prestam igualmente serviços ecológicos às cidades, como a reciclagem de resíduos urbanos (por exemplo, lamas de depuração) e produtos orgânicos (por exemplo, compostagem).³⁸

A utilização de materiais que revestem artificialmente o solo e impedem que este, literalmente, exerça sua função vital no meio ambiente, causa um forte impacto, pois isola o solo da atmosfera, impedindo a infiltração das águas pluviais e as trocas de gases entre o solo e o ar. O dano é imensurável, pois o solo se forma em um processo extremamente lento (são necessários séculos para formar apenas um centímetro).³⁹

A impermeabilização do solo pode ser considerada como uma das principais causas das inundações e deslizamentos em áreas urbanas, tendo em vista que diminui as áreas verdes, reduz a capacidade de infiltração de água no solo e aumenta a capacidade de escoamento, devido a adoção de condutos e superfícies que facilitam a rápida movimentação da água. Este é o esclarecimento que Carlos Eduardo Morelli Tucci⁴⁰ e ainda enfatiza que: “O desenvolvimento urbano altera a cobertura vegetal provocando vários efeitos que alteram os componentes do ciclo hidrológico natural. Com a urbanização, a cobertura da bacia é alterada para pavimentos impermeáveis [...]”.

Duas outras situações calamitosas que surgem com a excessiva impermeabilização do solo é o fato de que esta reduz a quantidade de água da chuva que pode ser absorvida pelo solo (pode até impedir totalmente a absorção) e a infiltração da água da chuva no solo diminui o risco de

³⁸ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 15 fev. 2015. p. 15.

³⁹ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 15 fev. 2015. p. 15.

⁴⁰ TUCCI, Carlos Eduardo Morelli. Aspectos Institucionais no Controle de Inundações. I Seminário de Recursos Hídricos do Centro-Oeste. Brasília., 1999 **Anais do I Seminário de Recursos.** Brasília, 2009. P. 04. Disponível em <<http://rhama.net/download/artigos/artigo9.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2015.

inundações, haja vista que tem uma função de filtro e com isto aumenta o tempo que a água demora a chegar a rios, reduzindo o seu volume. Observa-se que “nas cidades com um elevado grau de impermeabilização dos solos, o sistema de esgotos pode perder a capacidade de suportar o elevado fluxo de escoamento da água, podendo causar inundações à superfície”.⁴¹

Com a impermeabilização do solo, ocorre a absorção de parte da energia solar e com isto aumenta a temperatura ambiente. “O asfalto, devido a sua cor, absorve mais energia devido a radiação solar do que as superfícies naturais, e o concreto, a medida que a sua superfície envelhece tende a escurecer e aumentar a absorção de radiação solar”⁴². Desta forma, com o aumento da absorção de radiação solar (pela superfície impermeabilizada) acontece o aumento da emissão de radiação térmica de volta para o ambiente, gerando o calor.

A dignidade da pessoa humana também passa a ser agredida e vilipendiada em razão da excessiva impermeabilização do solo, pois a diminuição da evapotranspiração provocada pelo desaparecimento da vegetação e o aumento da absorção de energia solar causado por superfícies asfaltadas e pela existência de telhados e pedras, são fatores significativos que, associados ao calor produzido pelos sistemas de ar condicionado e de refrigeração e pelo tráfego, contribuem para um aumento de temperatura, que pode ser particularmente grave para a saúde de grupos de pessoas vulneráveis, como os doentes crônicos e pessoas idosas. Sem dúvida que a existência de parques e espaços verdes e a preservação de faixas abertas de terreno não impermeabilizado para ajudar a ventilar o centro das cidades (corredores de ar), poderão desempenhar um papel cada vez mais importante no futuro, pois:

A qualidade e quantidade de espaços e corredores verdes numa cidade contribui para a regulação da água e da temperatura e exerce efeito positivo na umidade. Assim, um grau demasiado intensivo de impermeabilização dos solos, sem espaços abertos de qualidade suficiente, pode reduzir a qualidade de vida.⁴³

Um exemplo a ser destacado a fim de promover a desaceleração de impermeabilização do solo é o que ocorre em Dresden, na Alemanha, pois a cidade de Dresden estabeleceu um objetivo

⁴¹ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 15 fev. 2015. p. 15.

⁴² TUCCI, Carlos Eduardo Morelli. Aspectos Institucionais no Controle de Inundações. I Seminário de Recursos Hídricos do Centro-Oeste. Brasília., 1999 **Anais do I Seminário de Recursos.** Brasília, 2009. p. 05. Disponível em <<http://rhama.net/download/artigos/artigo9.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2015.

⁴³ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 15 fev. 2015. p. 16.

de planeamento a longo prazo segundo o qual os terrenos ocupados com habitação e infraestruturas rodoviárias não devem exceder 40% da superfície urbana total.

Para cumprir este objetivo, o conselho municipal estabeleceu uma ‘conta de compensação do solo’ (Bodenausgleichskonto). Os novos projetos em terrenos não construídos requerem medidas adequadas de criação de espaços verdes ou a desimpermeabilização de infraestruturas restantes no interior da cidade. Os promotores têm a possibilidade de executar eles mesmos medidas de compensação ou pagar uma taxa compensatória à autoridade ambiental da cidade, que é responsável por vários projetos de desimpermeabilização. A fim de promover o desenvolvimento urbanístico no centro da cidade, os bairros situados no centro estão geralmente isentos de medidas de compensação. Desde 2000, é monitorizada a impermeabilização e a desimpermeabilização no interior dos limites da cidade. Em média, são desimpermeabilizados por ano cerca de 4 hectares.⁴⁴

Estabelecer metas realistas de ocupação dos solos é crucial e, neste contexto, é importante que as regiões que são altamente afetadas pela ocupação e pela impermeabilização dos solos, acompanhem e avaliem as perdas de solo no seu território e estabeleçam as medidas adequadas.

O desenvolvimento urbano em uma cidade é necessário, por certo, no entanto há que se adotar medidas que possam atenuar os efeitos que possam ser nocivos, até porque, na maior parte das situações, qualquer obra física que alterar a natureza física do local, inevitavelmente afetará a capacidade do solo, que estará tolhido para desempenhar todas as suas funções. Carvalho⁴⁵ esclarece que nos últimos anos, a degradação ambiental passou a constituir não apenas catástrofe ecológica, mas, principalmente humanitária, ameaçando a fruição dos direitos essenciais da pessoa humana.

Um dos caminhos que se pode trilhar a fim de minorar o uso de materiais impermeáveis, é o de evitar danos tidos como ‘desnecessários’, como por exemplo, as áreas que serão utilizadas para o paisagismo do local, as áreas comuns, de recreação, com criação de jardins e espaços verdes. As áreas de estacionamento é um importante espaço, normalmente extenso, que podem receber em sua superfície um material permeável, que ajudará a manter o sistema de drenagem e causar menor impacto, inclusive, na paisagem.

Em muitos casos, a perda de algumas funções do solo pode ser reduzida com a utilização de materiais e métodos de construção adequados. Não existe uma solução única, sendo várias as abordagens e os materiais adequados para diferentes circunstâncias. Em geral, é necessário identificar onde podem ocorrer problemas potenciais e escolher acertadamente os materiais e métodos de construção mais adequados. Há muitos exemplos de medidas de atenuação, como por

⁴⁴ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 16 fev. 2015. p. 22.

⁴⁵ CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente como patrimônio da Humanidade:** princípios fundamentais. Curitiba: Juruá, 2009. p. 17.

exemplo a utilização de materiais e superfícies muito permeáveis, a criação de uma infraestrutura verde e a instalação de coletores de água.⁴⁶

Busca-se então utilizar – ao extremo - tais materiais e superfícies permeáveis, pois irão contribuir para a conservação de algumas das principais funções do solo e para atenuar, em certa medida, os efeitos da impermeabilização. A tecnologia na área da construção civil apresenta uma série de alternativas e as pessoas deveriam lançar mão para elas, porém, o tempo utilizado nessas construções é um grande causador da ‘facilidade’ em se usar o cimento ou asfalto para as áreas abertas – ao céu livre - de fluxo de pessoas e/ou carros. Se houvesse em seus objetivos, em sua missão, uma demanda de tempo maior, poderiam efetuar medidas que mantivessem a ligação entre a camada superficial do solo e as camadas mais profundas, reduzindo o escoamento das águas de superfície e permitindo a penetração de um maior volume de águas pluviais nos solos subjacentes.

Urgente, pois, que todos se mobilizem no sentido de limitar a já existente impermeabilização dos solos, sendo que os caminhos são diversos, entre eles, a conscientização por meio de campanhas populares; adoção de medidas adequadas de atenuação para manter algumas das funções do solo e reduzir os eventuais efeitos negativos, diretos ou indiretos, significativos no ambiente e no bem-estar humano; a utilização de materiais permeáveis em vez de cimento ou do asfalto com o objetivo essencial de manter ou restabelecer a capacidade do solo para assegurar as suas funções ou grande parte delas.⁴⁷

Veja-se que, inclusive, pode-se ajustar sobre a sustentabilidade no contexto, pois a “sustentabilidade é assunto amplo e atual, pertencente às mais variadas áreas do saber. O conhecimento do tema torna-se importante no sentido de que cada pessoa precisa estar ciente de sua parcela de responsabilidade, e do que pode estar fazendo para contribuir”.⁴⁸

Aqui e ali, ocasionalmente, se percebe a adoção de medidas unitárias, individuais, com o uso dos ‘telhados verdes’, que contribuem para reduzir alguns dos efeitos negativos da impermeabilização dos solos, muito embora não compensem a perda das funções do solo. No

⁴⁶ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 20 fev. 2015. p. 29.

⁴⁷ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 12 fev. 2015. p. 07.

⁴⁸ LIBRELOTTO, Lisiane Ilha *et al.*. **A teoria do equilíbrio:** alternativas para a sustentabilidade na construção civil. Florianópolis: DIOESC, 2012. p. 07.

entanto há outro fator importante na utilização dessa alternativa, pois

[...] podem, sobretudo, em certa medida, contribuir para prevenir o escoamento de superfície, como foi demonstrado, por exemplo, no centro urbano de Manchester e na sua periferia densamente construída. Os telhados verdes reduziram aí até 20% do escoamento superficial de uma precipitação de 20mm (TCB, 2010). Este tipo de redução pode ser útil para fazer diminuir as inundações em zonas urbanas. Os telhados verdes servem também de habitat a determinadas plantas e animais selvagens, exercem um efeito positivo no microclima através da transpiração da água (efeito de arrefecimento) e contribuem para a qualidade do ar, filtrando as partículas em suspensão na atmosfera.⁴⁹

Uma atitude positiva é a construção de bacias coletoras em uma área maior e as cisternas domésticas em uma área menor, quando então, além de um escoamento conduzido de forma organizada, a água recolhida poderá ser utilizada na rega de jardins, limpeza dos calçamentos, ou até para substituir a água potável utilizada no autoclismo, além de outras utilidades.

Finalmente, quando os cuidados não foram observados na sua essência e o dano já ocorreu, pode-se fazer aplicar algumas medidas de compensação, quais sejam, exemplificativamente, desimpermeabilização de uma determinada superfície, recuperando seu solo para compensar a impermeabilização noutra local; utilização de ecocontas e comércio de certificados de desenvolvimento, a exemplo do crédito de carbono (este já estabelecido); e ainda a cobrança de uma taxa pela impermeabilização do solo, utilizando o valor arrecadado para a proteção do solo ou para outros objetivos ambientais.

O altruísmo deveria ser a conduta inerente a todos, tendo em vista a carência na sensibilização para o problema. Observa-se na maior parte das situações, a falta de sensibilização para o papel do solo no ecossistema, bem como para os possíveis impactos negativos da sua ocupação. Algumas iniciativas podem ser tomadas nesses casos, quais sejam: campanhas de conscientização nas escolas (as crianças formam um importante elo para a alteração nas condutas dos pais); campanhas de comunicação sobre as funções do solo e os impactos das zonas habitadas; promoção de exposições itinerantes, constituídas por painéis com fotografia e texto; participação efetiva e ativa do público nos processos de ordenamento do território, entre outras.

Evidentemente que as zonas verdes de uma cidade contribuem para o bem-estar e a saúde da população, pois a qualidade e quantidade de espaços verdes são muito importantes devido aos benefícios sociais e ambientais que fornecem, haja vista que são importantes para regular a água e a temperatura, para a biodiversidade e para o clima. Além disso, as zonas verdes contribuem para

⁴⁹ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 23 fev. 2015. p. 30-31.

qualidade do ar, exercendo um efeito positivo na umidade, que mantém a cidade mais 'saudável'.

A impermeabilização e a expansão urbana contribuem para a perda e degradação da paisagem, nomeadamente da paisagem rural. A paisagem é uma referência da identidade da sua população. A Convenção Europeia para a Paisagem, assinada por praticamente todos os países europeus, reconhece que a paisagem é uma 'parte importante da qualidade de vida das populações em qualquer local: nos meios urbanos e rurais, em zonas degradadas e em zonas de grande qualidade, nos espaços de reconhecida beleza e nos espaços mais banais' e descreve-a como um 'elemento-chave do bem-estar individual e social, cuja proteção, gestão e planeamento implicam direitos e responsabilidade para todos'. Além do seu valor histórico e cultural, a paisagem tem também uma enorme importância económica (por exemplo, para o turismo). A transformação da paisagem, rural tem impacto na qualidade de vida, criando frequentemente problemas sociais, desorientação ou perda do sentimento de pertença.⁵⁰

Importa ressaltar, por oportuno, que ideias de preservação e de cuidados gerais "[...] não são opostas ao desenvolvimento. Opõem-se verdadeiramente àquele sem planeamento e responsabilidade. [...] a sobrevivência do homem, como ser humano que conhecemos, depende da adequada conjunção desses conceitos"⁵¹.

Um bom planeamento urbanístico pode assegurar as funções tradicionais das cidades, como local de vida, de produção e de integração social. Ocorre que é necessário desenvolver as ações adequadas - e não apenas planejar - para que o planeamento seja efetivamente implementado dentro da realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pode constatar acerca da ligação entre a excessiva impermeabilização do solo urbano, o meio ambiente e o princípio da dignidade da pessoa, diz respeito a sua qualidade de vida, haja vista que por tudo o que foi exposto anteriormente, o solo livre é um importante elo na consecução de um meio ambiente mais sadio, sendo necessário conhecê-lo para respeitar; respeitá-lo para não ficar à mercê da insensibilidade e da insensatez. "Importante formar uma consciência pessoal e coletiva sobre a responsabilidade na manutenção da ordem e equilíbrio da natureza, única forma de se compatibilizar uso e conservação"⁵².

Nesse caminho, usar do que a natureza nos concede e nos presenteia na medida do

⁵⁰ COMISSÃO EUROPEIA . **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos.** Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf. Acesso em: 23 fev. 2015. p. 58.

⁵¹ CASTRO, Celso de. **O solo: sua vida e sua morte.** Obra editada por meio da Fundação Djalma Guimarães, Araxá/MG, 1999. p. 05.

⁵² CASTRO, Celso de. **O solo: sua vida e sua morte.** p. 08.

necessário, sendo este 'necessário' uma medida equilibrada, por certo que estaremos contribuindo para uma melhoria da qualidade de vida. Ora, se existe possibilidade de pisarmos ou nos locomover em um solo permeável, que possibilita que a água da chuva por ele se infiltre e chegue ao seu destino de forma natural, por que não consolidar tal situação no seu maior grau?

Com certeza se faz premente a necessidade de uma mudança cultural, novas atitudes, novos métodos e um novo pensar notadamente no planejamento urbano em todas as suas modalidades, buscando um equilíbrio entre as necessidades humanas e o uso do solo, aqui, evitando sua impermeabilização e possibilitando um 'respirar' do solo, sem impedimento deste receber a água da chuva, além de todas as maravilhas da natureza que ela, por si só, nos faz ter uma vida mais digna, com saúde e alegria.

O descaso e omissão por parte das pessoas, organizadas ou não, órgãos públicos ou privados do mundo globalizado, traz consequências diretas e irreversíveis a elas mesmas, notadamente no que diz respeito ao Meio ambiente universal. A civilização amadureceu em muitos aspectos, mas sua maturidade deve ser dimensionada pelo seu compromisso e comprometimento com a garantia da vida humana, da vida no planeta, na vida universal, a fim de alcançar uma vida plena, cheia de dignidade.

O que não se pode negar é que todos os cidadãos pertencem a este planeta, sendo crucial que se unam para que sejam superados os problemas que se apresentam ao Meio ambiente e promover a proteção integral. O problema ecológico existe e persiste e há premência de uma utilização sustentável do Meio ambiente, fundamental para o futuro da humanidade globalizada e, por isto, é considerado o Meio ambiente um direito fundamental.

Não é prematuro pensar desta forma e de forma universal, assim como não consideramos que seria uma utopia imaginar que no mundo as pessoas poderiam obter maior dignidade em todos os seus quadrantes.

Para tal, há necessidade de que seja formalizado uma concreta alteração nos planejamentos urbanos - e devidamente operacionalizados - com intuito de resguardar o Meio ambiente como um direito fundamental, que leva à dignidade da pessoa humana, este um direito fundamental universalmente consagrado, assim como, por óbvio, à dignidade da vida no planeta, assegurando às gerações presentes e futuras um ambiente ecologicamente equilibrado, por meio de uma ética ambiental, uma ética de sobrevivência a todo o ecossistema, em uma tutela

contínua, garantidora da dignidade da pessoa humana.

É muito interessante como a ciência se preocupa com a verificação da existência de vida em outros planetas, quando somas incriveis são dispendidas nas pesquisas, quando aqui, no planeta que habitamos, onde a vida é deslumbrante, ela é tratada com parcimônia. Outro detalhe pitoresco diz respeito à valorização do solo, pois as pessoas têm uma relação mais direta com o ar e a água – a poluição do ar e da água é matéria diária - do que com o solo no qual utilizam como base de seu próprio ser.

O meio ambiente é o patrimônio comum da Humanidade e sua sobrevivência depende de reforma na conduta humana, sendo necessário um primoroso planejamento do impacto ambiental com o excesso de impermeabilização do solo, evitando que tal aconteça e para tal a fiscalização dos órgãos responsáveis deve ser onipresente, necessária ainda a união da comunidade e um sério trabalho de educação ambiental.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: **Direitos Humanos fundamentais: positivação e concretização**. Organizadores: Eduardo C. B. Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osaco: EDIFIEO, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 103.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente como patrimônio da Humanidade: princípios fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 17.

CASTRO, Celso de. **O solo: sua vida e sua morte**. Obra editada por meio da Fundação Djalma Guimarães, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA. **Orientações sobre as melhores práticas para limitar, atenuar ou compensar a impermeabilização dos solos**. Documento de trabalho dos serviços da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/soil/pdf/guidelines/pub/soil_pt.pdf.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**.

Itajaí: Univali, 2012. *ebook* Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 9-11. (sem título original no exemplar utilizado).

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A importância da gestão ambiental para proteção ambiental *In* **Direito ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Orgs.). Itajaí: Univali, 2013. *ebook* Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>.

LIBRELOTTO, Lisiane Ilha et *all*. **A teoria do equilíbrio**: alternativas para a sustentabilidade na construção civil. Florianópolis: DIOESC, 2012. p. 07.

LUNELLI, Carlos Alberto; POLETO, Leonardo Augusto. O direito fundamental da proteção do Meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro e o protagonismo do direito em matéria ambiental. *In* **Direito, Ambiente e Políticas Públicas**. LUNELLI, Carlos Alberto (Org.). v. 2. Curitiba: Juruá, 2011.

NICOTRA, Ira. Il principio dell'azione preventiva nell'attuazione delle politiche europee. **Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, [...].

PASOLD, César Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

PLANETA ORGÂNICO. **Meio ambiente: as 17 leis ambientais do Brasil**. Disponível em: <http://planetaorganico.com.br/site/index.php/meio-ambiente-as-17-leis-ambientais-do-brasil/>.

POSTIGLIONE, Amedeo. **Manuale Dell'Ambiente**: guida alla legislazione ambientale. Napoli/Naples: NIS, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang: **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILEX. Tecnologias ambientais. **Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente** Disponível em: <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>.

TUCCI, Carlos Eduardo Morelli. Aspectos Institucionais no Controle de Inundações. I Seminário de Recursos Hídricos do Centro- Oeste. Brasília., 1999 **Anais do I Seminário de Recursos**. Brasília, 2009. P. 04. Disponível em <<http://rhama.net/download/artigos/artigo9.pdf>>.

UTILITARISMO: CONCEPÇÃO COMO ESCOLA FILOSÓFICA E INFLUÊNCIA NA COMUNIDADE EUROPEIA

Rodrigo Roth Castellano¹

Ronan Saulo Robl²

INTRODUÇÃO

O presente artigo foi escrito por meio de revisão de literatura, buscando-se encontrar importantes subsídios para o estudo analítico sobre o fenômeno da globalização, a criação do bloco da união europeia e a influência exercida pela Teoria Utilitarista na sua concepção, sobretudo ante o alcance transnacional do moderno conceito de Estado, a paulatina mitigação das soberanias e a eterna busca do Ser Humano pelo prazer e pela felicidade.

Escolhas devem ser feitas.

Nas últimas décadas, o mundo vem observando mudanças mais do que radicais. Tecnologia, cultura e comunicação estão no chamado 'olho do furacão'. Hodiernamente, é possível falar instantaneamente por vídeo conferência com pessoas em qualquer lugar do mundo, viajar ou transportar mercadorias entre extremos do planeta e produzir coisas que, há 100 anos, eram inimagináveis.

Nesta realidade, perante a evidente constatação de que não vivemos mais apenas em nosso país, mas que pertencemos a uma coletividade sem fronteiras, com a qual podemos nos comunicar em poucos minutos, surge a necessidade de se edificarem uniões que ensejem crescimento e qualidade de vida.

A busca pela melhor forma de se viver, priorizando a felicidade, a prosperidade, o prazer e o bem-estar dos povos, é o fim último das agregações regionais, cujos conceitos remontam às ideias utilitaristas lançadas especialmente pelas doutrinas de Jeremy Bentham e John Stuart Mill,

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera Uniderp. Email: castellano@pge.sc.gov.br

² Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Procurador do Estado de Santa Catarina. Email: ronan@pge.sc.gov.br

cada qual com sua especificidade.

O interesse geral é medido, calculado, substituindo o mundo das ficções pela realidade fática, buscando-se alcançar o máximo de prazer e felicidade dos indivíduos envolvidos.

E o avanço da globalização, com o consequente estreitamento das relações humanas nos colocou na posição de um maquinista na encruzilhada que tem dois caminhos a seguir; e parece que a escolha pela união de nações almejando objetivos comuns em diversas searas ilustra a visão utilitarista.

Sem a pretensão de esgotar de modo profundo e definitivo esse complexo tema, a intenção da presente análise é lançar elementos para uma meditação, fomentando o surgimento de debate que tende a ser turbulento, árduo e que retrate o caminhar da sociedade que se denomina pós moderna.

O problema central a ser enfrentado permeia a seguinte indagação: com o surgimento da globalização, independentemente da corrente desta escola a ser analisada, exerceu o utilitarismo influência na criação e desenvolvimento da comunidade européia?

Para embasar as visões apresentadas e subsidiar o próprio ponto de vista deste artigo, foram utilizados livros e artigos científicos, sendo objetivo da pesquisa responder à questão acima, examinando-se a concepção do bloco da união europeia à luz de conceitos utilitaristas, os quais de fato serviram (mesmo inconscientemente) a sua criação e desenvolvimento.

O estudo justifica-se pela importância de se conceber a diminuição das fronteiras como forma de aplicação de conceitos que remontam a esta corrente filosófica, ensejando reflexões sobre a própria concepção de moral, quando posta em face da busca pelo maior bem-estar possível entre os seres sociais.

O Método utilizado na fase de Investigação foi o indutivo, através das técnicas do Referente, da Categoria e da Pesquisa Bibliográfica, tendo como consequência, a elaboração de um artigo claro e conciso.

1. UTILITARISMO COMO CORRENTE HISTÓRICO-FILOSÓFICA

Primeira pergunta que sempre nos socorre vai direto ao âmago desta doutrina: o que é o utilitarismo?

Embora o questionamento seja direto, objetivo e claro (a ensinar a mesma resposta), a recíproca não se revela verdadeira, sobretudo quando passamos a investigar o pensamento dos seus principais filósofos.

Pois bem. O utilitarismo caracteriza-se como corrente filosófica de grande influência nas searas jurídica, econômica e social, com seus primeiros ensinamentos tendo ocorrido no século XVIII, encontrando nos filósofos Jeremy Bentham e John Stuart Mill grandes estudiosos, sem olvidar, ainda, William Paley e até Adam Smith.

Conforme se retira dos estudos formadores de tal pensamento, a utilidade é um princípio da moral, ou seja, a concepção moral está atrelada ao resultado final. E, amparado na ética, podemos verificar reflexos de sua influência em ordenamentos pelo mundo e até mesmo na adoção de políticas econômica e de governo.

Jeremy Bentham é considerado o maior dos expoentes dessa doutrina, expressando o conceito central do Utilitarismo em seu primeiro livro *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, segundo o qual, por princípio da utilidade, entendemos aquele em que toda a ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função da sua tendência de aumentar ou reduzir o bem-estar das partes afetadas.

A utilidade estaria consubstanciada na tendência das ações em alcançar o bem-estar e a felicidade, cujo conceito não deve ser reduzido, compreendendo, inclusive, medidas de governo³.

Bentham, de certa forma,

oferece ao seu legislador tanto um objetivo quanto uma montanha de conselhos para alcançar esse objetivo. O objetivo é o princípio utilitarista, ou princípio da máxima felicidade. O trabalho do legislador é utilizar o seu conhecimento da natureza humana para criar leis que maximizem a felicidade do seu povo⁴.

O utilitarismo acabou se transformando na grande base de toda teoria filosófica de Bentham que, com uma visão de que o prazer e a dor formam a base da moralidade, endossou o

³ BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Nova York: Hafner Press, 1948, p. 2.

⁴ MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 17.

chamado hedonismo, pelo qual o prazer é o bem supremo da vida humana.

Bentham sempre defendeu que a sociedade almeja a maior felicidade ao maior número de pessoas possível. Como consequência, tal doutrinador propõe um chamado cálculo da felicidade, tentando quantificar matematicamente o seu grau em cada indivíduo e na sociedade a que pertence⁵.

Este método designado para definir a quantidade (valor) das condutas - “cálculo” - consistiu em um algoritmo formulado por Bentham para materializar a felicidade, tornando-a dissecável para o tratamento científico. Embora o cálculo não seja uma tarefa fácil, foram incluídas variáveis que identificavam dor e prazer. Após a soma dos elementos e contraposição das variáveis, obter-se-ia um resultado indicativo de prazer ou dor. Aquele apontaria que o ato adotado era bom; já este resultado retrataria que o ato possuiria tendências maléficas.

Outro importante estudioso que trouxe grande contribuição para a evolução da doutrina Utilitarista foi John Stuart Mill, para o qual o resultado de felicidade não deve se restringir apenas aos atores envolvidos, mas ao máximo de pessoas possível. Dissocia-se de Bentham, pois pretende extrapolar os limites de um pequeno grupo social, para atingir o maior número de pessoas⁶.

Stuart Mill desenvolveu sua filosofia fortemente calcada no empirismo e no eudemonismo, que busca na felicidade o fundamento da moral. Entendia que sua teoria era mais prática, defendendo que educação e opinião pública trabalham juntas para obter a felicidade do indivíduo e o bem-estar comum da sociedade em geral. Ou seja, o prazer e a felicidade devem-se calcular a partir do maior bem para o maior número de pessoas.

Percebe-se o aprofundamento realizado por Mill, não restringindo o prazer ao quantitativo do comensurável pela duração e intensidade, pois “há mais no prazer do que a sua intensidade”⁷.

Assim, é necessário descobrir qual prazer é ‘melhor’ e, para tal, temos de encontrar um julgador competente que já tenha experimentado ambas opções postas à escolha do cidadão.

Acima, entretanto, dos posicionamentos adotados pelos principais aprofundadores da escola utilitarista, não podemos olvidar que, na essência, toda ação está moralmente correta se

⁵ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 19.

⁶ MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Introdução, Tradução e Notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora. 2005. Título original: *Utilitarianism*, p. 10.

⁷ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 36.

propiciar felicidade/bem-estar ao maior número possível de pessoas, tendo como consequência um ideal de paz e harmonia. Não se busca avaliar a motivação do agente, mas, sim, seu resultado final.

É neste ponto que se pretende calcar o presente estudo, sobretudo ante a visão aprofundada por Jeremy Bentham no seu plano por uma paz universal. Isto porque a teoria utilitarista, além de possuir diversos enfoques e elementos que a caracterizam, mereceria aprofundamento que, por si, tomaria mais laudas que o trabalho em tela enseja.

Feita tal ressalva, e em particularidade que já nos torna mergulhados na concepção desta filosofia, entra interessante debate, pois objeção frequente feita ao utilitarismo é a de que não respeitaria os direitos individuais.

O utilitarismo prescreve não apenas forma de agir, mas de pensar e sentir. Neste trilhar, para garantir direito de todos, os envolvidos (individualmente) devem raciocinar e respeitar a coletividade (bem maior).

Os acontecimentos recentes – 11 de setembro de 2001 até o último ataque terrorista em Paris, com a invasão ao jornal ‘Charlie Hebdo’ – ensejam o seguinte exemplo:

Devemos torturar o filho (inocente) do terrorista se esta for a única maneira de fazer com que o terrorista revele a localização de uma bomba que ameaça a vida de vários milhões de pessoas? Os utilitaristas argumentam que, se nós realmente soubermos que estamos nesta situação, então devemos torturar – se formos capazes de fazê-lo⁸.

Percebe-se, pois, que a Teoria Utilitarista está calcada em norteadores que trazem a esta corrente filosófica, como essência e finalidade, o bem-estar, o prazer e a felicidade. “O utilitarismo não é apenas uma teoria a ser estudada – é um guia para a vida, especialmente para a vida pública e política”⁹.

E essa essência é importante ter em mente quando voltamos atenção ao atual fenômeno global que vivenciamos, sobretudo ante a tendência de regionalização dos povos afins.

⁸ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 40.

⁹ MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 39.

2. GLOBALIZAÇÃO E CONCEPÇÃO DE ESTADO

O intróito deste tópico merece transcrição do pensamento de Antonio Baldassarre: “c’è un evento che caratterizza gli anni che stiamo vivendo. Il suo nome è globalizzazione, un nome con il quale si intende dire, piú o meno, che l’ambito naturale di vita dell’uomo è oggi il mondo intero, il globo terrestre”.¹⁰

O termo globalização passou a ser utilizado após o final da segunda grande guerra mundial, tendo surgido até como forma de se evitar um novo desastre global de combate, aproximando-se os povos por meio da forma diplomática de comunicação.

Passadas décadas, e sob influência de tal fenômeno, o pós-modernismo (se é que assim podemos denominar o momento contemporâneo) tem revelado que o erudito conceito de Estado nação está sendo superado em seus pontos cruciais, especialmente pelo fato da mitigação das soberanias.

Isto porque, nos recentes tempos, os problemas enfrentados pelos governos não conseguem ser resolvidos por ação única e exclusiva dos Estados nacionais. Vivenciamos a expansão de organismos transnacionais que adquirem soberania própria e têm poder de imposição sobre os Países por si alcançados.

A par da participação em bloco e das decisões colegiadas, percebe-se que o discurso sobre globalização tem modificado a própria visão de Estado, possuindo tal fenômeno, nas palavras de Paolo Grossi, “dimensão socioeconômica-politológica”¹¹.

Neste contexto, a globalização marca momento histórico de evolução, congregação e predomínio da dimensão econômica como resultado do capitalismo que prepondera no ocidente e tenta impor sua ideologia aos demais territórios do mundo.

“I processi di globalizzazione economica non possono, pertanto, promuovere un ordine in cui tutti si riconoscano, perché non tutti i popoli della terra dispongono delle stesse opportunità”¹²

¹⁰ BALDASSARRE, Antonio. **Globalizzazione contro democrazia**. Bari: Laterza, 2002, p. 3.

¹¹ GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 70.

¹² BARCELONA, Giuseppina; DI MARIA, Roberto. **Costituzione e globalizzazione**. Atti della Giornata di Studi su La sfida della transnazionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrina della costituzione – Enna 16 maggio 2009. Euno Edizioni / Kore University Press, 2009, p. 20.

Inclusive, este fenômeno revela que a “realidade mundial nos leva a perceber que as forças privadas, em especial as econômicas, estão a produzir direito, situação que desafia os juristas ao enfrentamento deste novo cenário”¹³.

E tal enfoque interessa ao estudo em tela, pois a dimensão econômica tem servido para aproximar nações à beira do abismo, como percebemos nas recentes crises europeias, como os casos da Espanha e o drama grego.

Neste caminhar, é nodal ter em mente que

A integração regional pode ser um instrumento importante no processo de desenvolvimento como um todo. Isso ocorre na medida em que pode gerar benefícios econômicos consideráveis, com a liberalização do comércio entre os Estados membros e o aumento de sua importância relativa no comércio internacional, além de contribuir para o aumento de liberdades importantes, como a livre circulação de pessoas e uma proteção mais eficaz dos direitos humanos¹⁴.

E não é só. Fala-se muito que a facilidade trazida com a aproximação das economias serve como instrumento para manutenção da paz, pois a prosperidade parece andar de mãos entrelaçadas com o sentimento de satisfação e afasta o sentimento de conquista pela força.

É claro que outros fatores, como o religioso, podem reverter cenários pacificados pela economia, mas tal aprofundamento não interessa ao presente estudo e sequer é pauta da pesquisa.

Muitos autores dedicaram-se ao estudo do fenômeno globalizante, para os quais o processo, além da dimensão econômica, também abrange dimensões cultural, política e tecnológica.

As consequências são amplamente conhecidas e já apontadas exaustivamente, por diversos autores: aumento do fenômeno de exclusão social e, também, espacial; brutal concentração de renda; achatamento salarial; debilitamento das antigas identidades e formas de solidariedade de classe; crescimento das correntes migratórias internacionais; intensificação da degradação ambiental; consumismo desenfreado; surgimento de fundamentalismos como afirmação de identidade dos não-incluídos; dentre outras consequências.¹⁵

De outro lado,

Ecco, proprio questa è l'essenza della globalizzazione: una particolare azione umana, simultaneamente ad altre provenienti da non importa quale luogo, può direttamente estendersi da

¹³ DIAS, Bruno de Macedo; CASTELLANO, Rodrigo Roth. Considerações sobre a produção legislativa em um mundo globalizado através do estudo comparativo da competência legislativa em estados federais de dimensão continental. In: OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **As trajetórias multidimensionais da globalização**. Itajaí: Univali, 2014, p. 231.

¹⁴ BARRAL, Weber. Prefácio. In: BARRAL, Weber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Org.). **Integração regional e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 19.

¹⁵ RIBEIRO, Edaléa Maria. **Movimentos sociais em tempos de democracia e globalização em santa Catarina: os anos 90**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, pp. 30/31.

una parte all'altra del mondo, può raggiungere qualsiasi altra parte del globo, annullando del tutto lo spazio fisico, cioè la distanza, e comprimendo al massimo, quando non azzerando, il tempo occorrente per il compimento dell'azione stessa.¹⁶

Avistamos, pois, dentro deste cenário, novas realidades marcadas pela tendência ao regionalismo, sobretudo ante as facilidades agregadas pela tecnologia e nova visão global de vida.

Assim, parece bastante claro que a exigência de um direito transnacional refletirá a mitigação de valores jurídicos predominantes na modernidade. A desestabilização do Estado nacional e, conseqüentemente, do direito nacional e a evolução de um direito transnacional enseja uma mudança no modo de produção e aplicação jurídicos.

O fenômeno da globalização, na medida em que ultrapassa a noção territorial, desconhece a soberania e cria leis próprias, solapa as bases teóricas e práticas do Estado Moderno.¹⁷

A propósito, um modelo de integração regional não pode olvidar o compromisso de seus governantes e deve estar inserido num contexto econômico e social da região, contando com o apoio de sua população.¹⁸

Analisado, pois, o fenômeno globalizante e sua influência perante os países neste período pós-moderno, sobretudo ante a tendência de uniões regionais com vistas ao bem comum dos envolvidos, cumpre examinar o mais importante dos blocos, cujos rumos trilhados, com viés utilitarista, atingem não só a Europa, mas todos os demais continentes.

3. UNIÃO EUROPEIA

No início da década de 1950, a chamada Comunidade Econômica do Carvão e do Aço (CECA) – formada inicialmente pela Alemanha, Bélgica, França, Luxemburgo, Holanda e Itália surgiu no intento de organizar o comércio entre estes países.

Tal foi o sucesso, que se tornou a pedra fundamental à extensão da integração para além do comércio de bens, abrangendo as searas econômica e política, com a assinatura de outros tratados, o que levou à formação da agora União Europeia – estabelecida em 1992, por meio do

¹⁶ BALDASSARRE, Antonio. **Globalizzazione contro democrazia**. Bari: Laterza, 2002, p. 6.

¹⁷ SOUZA, Alisson de Bom de; NASCIMENTO, Rafael do. A efetividade do direito na perspectiva transnacional. In: OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **As trajetórias multidimensionais da globalização**. Itajaí: Univali, 2014, p. 198.

¹⁸ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. O caminho para o fortalecimento do comércio, do desenvolvimento e da integração regional. In: BARRAL, Weber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Org.). **Integração regional e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 35.

Tratado de Maastrich, já tendo adotado a integração monetária e financeira, além da livre circulação de pessoas.

Com o passar do tempo, a União Europeia transformou-se no maior bloco econômico do mundo, conhecido pela livre circulação de bens, pessoas e mercadorias, além da adoção de uma moeda única: o euro, o qual passou a circular no ano de 2002, demonstrando um rápido crescimento e passando a rivalizar inclusive com o dólar.

Hoje consolidado, o bloco europeu surgiu e cresceu através de esforços dos Países envolvidos, que visualizaram na congregação uma ótima opção para o enfrentamento de problemas, busca da prosperidade e, conseqüentemente, da paz.

L'ordinamento comunitario è il risultato di un lungo e articolato processo di integrazione tra gli Stati europei, che hanno dato vita – sulla base di trattati internazionali – ad un'organizzazione sovranazionale, oggi l'Unione Europea, che è in grado di perseguire politiche comuni, mediante norme e decisioni direttamente efficaci negli ordinamenti interni degli Stati membri.¹⁹

Percebe-se, hodiernamente, que a comunhão de interesses com vistas à integração promove com maior facilidade a busca dos objetivos comuns aos Países envolvidos, sobretudo no intento da almejada competitividade contra a atuação de grandes potências mundiais, reconhecidamente polarizadoras de mercado.

E tal reflete na (perda de) soberania dos Países do bloco, especialmente quando observamos sob o viés da política externa. “Le politiche estere e di difesa sono di solito, e a buon diritto, considerate l'espressione tipica della sovranità di uno stato”.²⁰

E prossegue o citado autor:

Con i trattati vigenti abbiamo, da un lato, l'Unione europea, competente in materia di politica estera ma senza mezzi di azione in campo Internazionale, visto che non può concludere trattati con paesi terzi o organizzazioni internazionali; dall'altro, la Comunità europea, priva di competenze politiche per l'estero, ma dotata di strumenti di azioni efficaci sia all'esterno sia all'interno dell'Unione. L'innovazione più visibile del Trattato costituzionale in materia di politica estera e di difesa era la scomparsa della divisione tra Unione e Comunità europea. Molte altre innovazioni erano collegate a questo cambiamento.²¹

Infere-se que a diminuição de soberania (se é que assim podemos dizer) de cada País implica no fortalecimento do bloco como um todo, permitindo ações coesas que busquem os interesses comuns da comunidade europeia.

¹⁹ BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. **Istituzioni di diritto pubblico**. 13. Ed. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2013, p. 73.

²⁰ ZILLER, Jacques. **Il nuovo trattato europeo**. Bologna: Il mulino, 2007, p. 62.

²¹ ZILLER, Jacques. **Il nuovo trattato europeo**. Bologna: Il mulino, 2007, p. 63.

A compreensão de desenvolvimento, pois, como execução ou abrangência de certa atividade, é fomentada pela condução de um pensamento vanguardista, global/regional, incutindo preocupação social, econômica, cultural, entre outras, com fins de aperfeiçoamento da democracia e da qualidade de vida dos entes envolvidos.

E a base forte que sustenta esses pilares é o direito.

Soprattutto, la Comunità venne dotata di un potere normativo e di una Corte custode del diritto comunitario nei confronti tanto degli Stati quanto degli stessi organi comunitari; strumenti formidabili, che hanno consentito al diritto comunitario un'espansione senza precedenti nella storia delle comunità sovranazionali, la quale presenta piuttosto stretti punti di contatto con le esperienze che hanno portato alla nascita degli Stati federali.²²

Assim, sem olvidar eventuais problemas de jurisdição comunitária e dos Estados membros (cujo aprofundamento não interessa a este estudo), o direito dá sustentáculo e legitimação para as ações de desenvolvimento. E o conceito de desenvolvimento não se limita à esfera econômica, mas perpassa necessariamente por outros valores, como a liberdade, o respeito aos direitos humanos consagrados e o fortalecimento da cultura.

Por isso, a ideia de integração deve ser vista e admitida como um processo de multirrealização, cujos elementos todos reunidos servirão de amparo e suporte para o fim último: o desenvolvimento com prosperidade.

Aliás, na concepção que se extrai da compilação realizada pelos professores Barral e Bacellar Filho, é possível falar-se em “dimensões” do desenvolvimento, aí compreendidas a econômica, a humana e a governamental²³.

Nesse espectro, de todo exame dos elementos que nos fornecem a história do bloco europeu e os fatos mais recentes, verifica-se que os objetivos da tal comunidade perpassa pela melhora das condições de vida e de trabalho dos cidadãos europeus; além disso, busca-se o aperfeiçoamento das condições de livre comércio entre os países membros, a redução das desigualdades sociais e econômicas entre as regiões, sem olvidar o desenvolvimento econômico dos países.

E tudo isto em um ambiente de paz, harmonia e equilíbrio.

²² AZZENA, Luisa. **L'integrazione attraverso i diritti**. Dal cittadino italiano al cittadino europeo. Torino: G. Giappichelli editore, 1998, p. 2.

²³ FRIEDRICH, Tatyana Scheila. O caminho para o fortalecimento do comércio, do desenvolvimento e da integração regional. In: BARRAL, Weber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Org.). **Integração regional e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 22/25.

Dentro deste contexto, sendo certo que o princípio de utilidade tem direta implicação nas relações inter-individuais, fica evidente sua influência no panorama da política internacional, mormente no tocante à criação/manutenção do conceito de paz na Europa e no mundo.

Para além de Bentham, no seu ideal propugnado no capítulo inicial deste trabalho, o princípio de utilidade é capaz de evitar as guerras ofensivas e conduzir por essa via à paz generalizada no contexto das relações internacionais.

Assim, a criação de um bloco regionalizado, com livre circulação, tribunal comum e mitigação das negociações diplomáticas é resultado da articulação do Projeto de Bentham.

Vê-se, deste modo, que o dever fundamental de defesa e promoção deste e de outros blocos regionais está calcado em uma missão de solidariedade, exigindo dos Estados e dos indivíduos o objetivo de garantir uma vida digna para a presente e futuras gerações, inclusive com um meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja visão utilitarista em muito auxilia na sua concretização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é novidade que os processos de integração regional marcam uma nova era no sistema global, especialmente por mitigar o delicado conceito de soberania e promover uma nova concepção de comércio de bens entre os Países membros, além da livre circulação de pessoas oriundas dos Estados participantes.

Nesta perspectiva que o conglomerado europeu – União Europeia – expande sua atuação e abraça mais Países participantes. Basta ver que o embrião nasceu com seis Membros, sendo que, em julho de 2013, com a integração da Croácia, já vivenciamos a dita Europa dos 28.

Agora o que nos chama atenção – e este é o verdadeiro enfoque deste estudo – é o real pano de fundo para esta nova visão global de enlace, união, envide de esforços: a promoção de bem estar, prosperidade, felicidade e a manutenção da paz entre os envolvidos.

Ora, os elementos que a história e a atualidade nos fornecem apontam para objetivos bem definidos dos blocos regionais, especial a União Europeia. E tal passa pela melhora das condições de vida e de trabalho dos cidadãos europeus; a busca pelo aperfeiçoamento das condições de livre comércio entre os países membros; a redução das desigualdades sociais e econômicas entre as

regiões; a conquista do pleno emprego.

E aí residem as implicações nitidamente utilitaristas, especialmente se analisarmos o aprofundamento realizado pelos ensinamentos de Jeremy Bentham.

Parece muito evidente que os governantes europeus, ao longo das décadas, nas oportunidades que redigiram os acordos que hoje sustentam o maior bloco do mundo, sofreram inequívoca influência da doutrina utilitarista, mormente ao idealizarem o livre comércio e a livre circulação de pessoas, bem como no intento do ideal de paz na Europa e no mundo.

E o plano para uma paz perpétua e universal de Bentham, no qual se propugna simplicidade de governo, parcimônia nacional e a própria paz, certamente influenciou os governos europeus à regionalização, conduzindo por essa via às relações amistosas no contexto supranacional.

Ou seja, a partir de conceitos e preceitos que remontam à ideia utilitarista, ficaram expressamente previstas ferramentas jurídicas, sociais e econômicas limitadoras e disciplinadoras da atuação individual de cada nação, afetando até mesmo o delicado e sempre explosivo conceito de soberania, que tanto já marcou a história da humanidade.

Assim, calcado neste viés utilitarista, especialmente com base no estudo aprofundado de Jeremy Bentham, o direito comunitário exige dos Estados e até mesmo dos indivíduos a missão de garantir o foco no máximo de bem estar e na manutenção da paz, essência da sua base de formação.

Importante dizer que inclusive a ideia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantia de vida saudável para a atual e futuras gerações, traz em si implicações utilitaristas, embora óbvia pareça e realmente seja sua conclusão.

Por consequência, mostra-se inequívoco que a contribuição do pensamento utilitarista, firmado nas suas bases, vem auxiliando a nova concepção de Estado Nacional, soberania e até mesmo Nação, proporcionando que os cidadãos possam participar ativamente de tal processo e sejam diretamente beneficiados com as iniciativas de seus governantes, especialmente no intento do desenvolvimento sustentável.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZZENA, Luisa. **L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo.** Torino: G. Giappichelli editore, 1998.

BALDASSARRE, Antonio. **Globalizzazione contro democrazia.** Bari: Laterza, 2002.

BARCELLONA, Giuseppina; DI MARIA, Roberto. **Costituzione e globalizzazione.** Atti della Giornata di Studi su La sfida della transnacionalizzazione tra teoria delle fonti e dottrina della costituzione – Enna 16 maggio 2009. Euno Edizioni / Kore University Press, 2009.

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo; GRASSI, Stefano. **Istituzioni di diritto pubblico.** 13. Ed. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2013.

BARRAL, Weber. Prefácio. In: BARRAL, Weber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Org.). **Integração regional e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, pp. 17/20.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation.** Nova York: Hafner Press, 1948.

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Os pensadores.** Editor: Victor Civita. São Paulo: Abril cultural, 1979.

DIAS, Bruno de Macedo; CASTELLANO, Rodrigo Roth. Considerações sobre a produção legislativa em um mundo globalizado através do estudo comparativo da competência legislativa em estados federais de dimensão continental. In: OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **As trajetórias multidimensionais da globalização.** Itajaí: Univali, 2014, pp. 225/255.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. O caminho para o fortalecimento do comércio, do desenvolvimento e da integração regional. In: BARRAL, Weber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Org.). **Integração regional e desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, pp. 21/35.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento.** Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo.** Introdução, Tradução e Notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora. 2005. Título original: *Utilitarianism*.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo.** Tradução de Fábio Creder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **As trajetórias multidimensionais da globalização.**

Itajaí: Univali, 2014.

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

RIBEIRO, Edaléa Maria. **Movimentos sociais em tempos de democracia e globalização em santa Catarina: os anos 90**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

SOUZA, Alisson de Bom de; NASCIMENTO, Rafael do. A efetividade do direito na perspectiva transnacional. *In*: OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **As trajetórias multidimensionais da globalização**. Itajaí: Univali, 2014, pp. 198/224.

ZILLER, Jacques. **Il nuovo trattato europeo**. Bologna: Il mulino, 2007.

ARBITRAGEM NO DIREITO DO CONSUMO DA UNIÃO EUROPEIA

Queila Jaqueline Nunes Martins¹

Adilor Danieli²

INTRODUÇÃO

A proposta do presente estudo é tecer algumas considerações acerca da Arbitragem no Direito do Consumo da União Europeia³.

A Arbitragem remonta sua origem há muitos séculos, no âmbito europeu. No Reino Unido, berço do *common law*, foi regulada pela primeira vez em 1698, por meio do *Arbitration Act*, embora tenha sido utilizada nas relações comerciais empreendidas ainda na Idade Média pelo império britânico, sob a denominação de *voluntary submission out of the court*.

Atualmente, a União Europeia apresenta a Arbitragem regulamentada como um Meio Alternativo de Resolução de Conflitos de Consumo, através de uma série de Legislações Comunitárias, desde a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de Junho de 1999; o Código Europeu de Conduta dos Mediadores de Julho de 2004; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 4 de Novembro de 1950; a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948 e todas as Diretivas emanadas das Comissões do Parlamento Europeu, as quais serão nominadas no decorrer desta pesquisa.

A União Europeia entende que a Arbitragem nos Conflitos de Consumo é um meio de

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela UNIVALI. Professora dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da UNIVALI. Advogada. Email: queilamartins@univali.br; correiomartins@gmail.com.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professor do Curso de Direito da UNIVALI. Juiz de Direito. Email: ad5375@tjsc.jus.br.

³ Artigo elaborado no âmbito dos seminários realizados na Universidade de Perugia – Itália, coordenados pelo Prof. Dr. Maurizio Oliviero, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia, Professor Visitante do Exterior – PVE/CAPES na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Universidade de Brasília – UnB, com a participação do Prof. Dr. Josemar Soares e doutorandos mestres Rafael Padilha dos Santos e Jaqueline Moretti Quintero, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, cursos de Mestrado e Doutorado. Importante ressaltar que desde 1998 o PPCJ/UNIVALI possui Convênio com o Departamento de Direito Público Comparado da Universidade de Perugia, Itália, para fins de intercâmbio docente e discente, pesquisas e publicações conjuntas e atividades de ensino no nível de Doutorado. O PPCJ/UNIVALI, possui Programa de Dupla Titulação com Coorientação de Teses em nível de Doutorado com a Universidade de Perugia, Itália. Para melhores esclarecimentos, consultar <http://www.univali.br/ensino/pos-graduacao/doutorado/doutorado-em-ciencia-juridica/dupla-titulacao-com-a-universidade-de-alicante/Paginas/default.aspx>. Acesso em dezembro/2014.

Acesso à Justiça, conquanto colabora para a resolução mais eficaz, econômica e amigável de construção de soluções extrajudiciais. Mesmo a União Europeia considera que os cidadãos europeus, em alguns Estados-Membros, têm dificuldades para acessar a justiça, em razão da multiplicação dos litígios perante os tribunais, da tendência para o alargamento dos procedimentos e do consequente aumento das despesas inerentes aos mesmos. Também há o reconhecimento pelo Parlamento Europeu de que os cidadãos europeus se vêem confrontados cada vez mais com uma quantidade crescente de textos legislativos, cuja complexidade e natureza técnica dificulta o seu acesso à justiça. Ou seja, o emaranhado legislativo de cada Estado Membro e da própria União Europeia é um impeditivo para que os cidadãos conheçam os seus direitos e possam reivindicá-los.

Assim, a pesquisa avaliará quais são os casos nos quais a Arbitragem vem sendo utilizada nos conflitos consumeiristas da União Europeia e qual a contribuição da Arbitragem como um meio alternativo de resolução de conflitos civis e comerciais no Direito Comunitário.

Para tanto, o artigo apresentará uma visão inicial a respeito dos meios alternativos de resolução de conflitos civis e comerciais à luz do Direito Comunitário. Procurará denotar, também, que os meios alternativos de solução de controvérsias pretendem contribuir para que os consumidores europeus possam exercer com plenitude o acesso à justiça. O estudo também pretende demonstrar alguns procedimentos de Arbitragem para resolução de conflitos de consumo na União Europeia, ressaltando como melhor exemplo de Arbitragem a que é realizada atualmente nos Centros de Arbitragem de Portugal.

1. OS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* À LUZ DO DIREITO COMUNITÁRIO

A União Europeia (*UE*⁴) vem ampliando seu interesse pelos modos alternativos de resolução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution - ADR*)⁵ na área civil e comercial, com forte enfoque nos conflitos de consumo.

Para tanto, em 19 de Abril de 2002, a Comissão Europeia transmitiu ao Parlamento o seu

⁴ Para fins do presente artigo, utilizaremos a abreviatura UE para designar o termo **União Europeia**.

⁵ Para fins do presente artigo, utilizaremos a abreviatura ADR para o termo **Alternative Dispute Resolution**, que significa Meios Alternativos de Resolução de Conflitos.

Livro Verde sobre os ADR em matéria civil e comercial (COM(2002) 196 – 2002/2144(COS))⁶.

Para formação do Livro Verde sobre os ADR em matéria civil e comercial (COM(2002) 196 – C5-0284/2002 – 2002/2144(COS), a Comissão utiliza-se dos artigos 65º e 155 º, do Tratado da UE, o Plano de Ação de Viena do Conselho e da Comissão sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amsterdã relativas à criação de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça e, em particular, a alínea b) do ponto 41, aprovado pelo Conselho Justiça e Assuntos Internos de 3 de Dezembro de 1998, as conclusões do Conselho Europeu de Tampere convidando a estabelecer procedimentos extrajudiciais alternativos, as conclusões do Conselho Europeu de Lisboa, de 23 e 24 de Março de 2000 e, em particular, o ponto 11, as conclusões do Conselho Europeu de Santa Maria da Feira, de 19 e 20 de Junho de 2000 e, em particular, o ponto 22, no qual é manifestado o apoio ao “Plano da Ação Global Europa 2002”, as conclusões do Conselho Europeu de Laeken, de 14 e 15 de Dezembro de 2001 e, em particular, o ponto 25, as recomendações da Comissão relativas aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo e aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, a resolução de 21 de Setembro de 2000 sobre a proposta subsequentemente adotada como Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, a Rede Europeia Extrajudicial (EEJ-Net) lançada em 16 de Outubro de 2001, a diretiva relativa ao comércio eletrónico, em particular o seu artigo 17º, a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a atualização semestral do painel de avaliação para exame dos progressos realizados na criação de um “espaço de liberdade, de segurança e de justiça” na União Europeia, de 16 de Dezembro de 2002, e, em particular, o ponto 3.1 (COM(2002) 738), o parecer do Comitê Económico e Social, o n.º 1 do artigo 47º do seu Regimento, e, o relatório da Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno e o parecer da Comissão das Liberdades e dos Direitos dos Cidadãos, da Justiça e dos Assuntos Internos (A5-0058/2003)⁷.

⁶ A íntegra do Relatório "Livro Verde da Comissão sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial (COM(2002) 196 – C5-0284/2002 – 2002/2144(COS))" pode ser obtida em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0058+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em fevereiro de 2015.

⁷ Relatório "Livro Verde da Comissão sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial (COM(2002) 196 – C5-0284/2002 – 2002/2144(COS))" pode ser obtida em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0058+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em

Um dos pontos críticos dos ADR da UE é o emaranhado legislativo apresentado, o qual, muitas vezes, é de desconhecimento da população europeia em geral. Para tentar solucionar este problema, denota-se que a UE, por meio das Comissões do Parlamento Europeu, elabora Cartilhas que são capazes de apresentar aos consumidores e à população uma sistematização dos principais direitos dos consumidores na UE. Tais Cartilhas estão disponíveis no Centro Europeu do Consumidor⁸.

Para um aprofundamento da legislação da UE sobre os ADR, necessário será sistematizar a Legislação Comunitária sobre este tema, consistente na compilação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de Junho de 1999; o Código Europeu de Conduta dos Mediadores de Julho de 2004; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 4 de Novembro de 1950; a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de Dezembro de 1948; a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005 relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno; a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008 relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial; a Proposta de Diretiva do Parlamento e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, de 22 de Outubro de 2004; a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os meios online alternativos de litígios de consumo, de 2011; a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre os meios alternativos de resolução de litígios nas relações de consumo, de 2011; a Proposta de Resolução sobre o Tribunal Europeu de Arbitragem em matéria de Consumo, de 13 de Março de 2002; a Recomendação da Comissão de 30 de Março de 1998 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo; a Recomendação da Comissão, de 4 de Abril de 2001 relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor e o Regulamento de Mediação e Conciliação de 22 de Julho de 1994.

fevereiro de 2015.

⁸ A Rede de Centros Europeus do Consumidor - Rede CEC (ECC-Net) é constituída por 30 centros localizados nos 28 Estados-membros da União Europeia, na Islândia e na Noruega. A Rede CEC (ECC-Net) existe para promover a confiança no mercado interno Europeu, facultando serviços gratuitos de informação dos consumidores sobre os seus direitos na União Europeia e de assistência na resolução de problemas relacionados com as compras de bens e serviços transfronteiriças. O funcionamento dos centros é assegurado por meio de cofinanciamento da Comissão Europeia e dos Estados-membros (em Portugal, o Centro Europeu do Consumidor é atualmente cofinanciado pela Direção-Geral do Consumidor). Mais informação sobre a Rede CEC – ECC-Net está disponível no sítio eletrónico da Rede: http://ec.europa.eu/consumers/ecc/index_en.htm. Disponível em <http://cec.consumidor.pt/>. Acesso em fevereiro de 2015.

Em síntese, os ADR da UE estão definidos como os procedimentos extrajudiciais de resolução dos litígios, a saber, **a conciliação, a mediação e a arbitragem**.

A UE adota o conceito de **conciliação** da UNCITRAL⁹, na qual consagra-se a definição do conceito de conciliação como sendo:

For the purposes of this Law, “conciliation” means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (“the conciliator”) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute¹⁰.

A **mediação**, um dos ADR mais utilizados na UE, está definida na Diretiva n. 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, com o seguinte sentido¹¹:

Um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígios procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um Tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado – Membro.

A **arbitragem** é definida pelo Professor de Lisboa, Manuel Pereira Barrocas¹², como sendo: “Um modo de resolução de litígios entre duas ou mais partes, efetuada por uma ou mais pessoas que detêm poderes para esse efeito reconhecidos por lei, mas atribuídos por convenção das partes.”

Pereira Barrocas¹³ refere quatro elementos, que considera essenciais para a compreensão do conceito de Arbitragem: A função jurisdicional - isto é, a resolução dos litígios; a sua fonte - pois a arbitragem nasce mediante uma convenção de arbitragem; os seus titulares - que neste caso

⁹ A UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) é o corpo legal núcleo do sistema das Nações Unidas no domínio do direito do comércio internacional. Um corpo legal com a adesão universal especializado em reforma da legislação comercial em todo o mundo por mais de 40 anos, o negócio da UNCITRAL é a modernização e harmonização das regras relativas aos negócios internacionais. A fim de aumentar estas oportunidades em todo o mundo, UNCITRAL está formulando regras modernas e harmonizadas sobre transações comerciais. Estas incluem: Convenções, leis modelo e regras que são aceitáveis em todo o mundo; Guias legais e legislativos e recomendações de grande valor prático; Informações atualizadas sobre jurisprudência e decretos de direito comercial uniforme; Assistência técnica em projetos de reforma da legislação e Seminários regionais e nacionais sobre direito comercial uniforme. Disponível em <http://www.uncitral.org/>. Acesso em fevereiro de 2015.

¹⁰ Tradução do Artigo 1.º n.º 3 da Lei Modelo sobre Conciliação Comercial Internacional da UNCITRAL: Conciliação designa um processo, independentemente da denominação de conciliação, mediação ou nome equivalente, em que as partes solicitam a um terceiro, o conciliador, que as ajude nos seus esforços a fim de chegarem a uma solução amigável do litígio conexa com uma relação de natureza jurídica contratual ou de outra natureza. O conciliador não tem poder para impor às partes a solução de um litígio.

¹¹ Diretiva n. 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>. Acesso em fevereiro de 2015.

¹² PEREIRA BARROCAS, Manuel. **Manual de Arbitragem**. Almedina: Lisboa, 2010. p. 31.

¹³ PEREIRA BARROCAS, Manuel. **Manual de Arbitragem**. p. 32.

será um árbitro ou um conjunto de árbitros consoante a vontade das partes ou o caso de um Tribunal Arbitral Institucionalizado; e, o reconhecimento a nível legal - uma vez que as decisões arbitrais comportam carácter de obrigatoriedade e são equiparadas às decisões dos Tribunais Judiciais. A arbitragem na UE deve estar regulamentada tanto a nível dos Estados-Membros como a nível internacional, e é um modo de resolução de conflitos mais equiparado aos procedimentos jurisdicionais dos tribunais.

A Comissão afirma que existe na União Europeia um aumento do interesse nos ADR, por três razões principais¹⁴: a consciência crescente de que os ADR são um meio de melhorar o acesso à justiça; os ADR beneficiam os Estados-Membros, muitos dos quais adotaram legislação para os promover; e os ADR constituem uma prioridade política particularmente no domínio do comércio eletrónico (serviços em linha de resolução dos litígios).

Em interessante Dissertação de Mestrado Forense defendida em Portugal, a respeito da Arbitragem e Mediação nos Conflitos de Consumo da UE, Vanessa Alexandra Ferreira Rodrigues¹⁵ ensina que:

As ADR remontam às sociedades da Antiguidade Clássica. Foi no decorrer da primeira fase da Revolução Francesa que houve uma maior receptividade relativamente aos meios de resolução alternativa de litígios, nomeadamente a arbitragem. A receptividade foi de tal forma, que no início do século XX os meios de resolução alternativa de litígios se tornaram nos meios tradicionais para dirimir litígios comerciais, sobretudo no domínio das relações comerciais internacionais. Com o tempo, as principais características dos ADR foram-se evidenciando. São considerados meios mais eficientes na resolução de litígios devido à sua celeridade, baixo custo e simplificação a nível processual, permitindo desta forma um maior e mais justo acesso à justiça. Os ADR, como temos vindo a notar, são meios de resolução de conflitos alternativos aos meios ditos comuns, isto é, aos meios judiciais - os Tribunais. São meios extrajudiciais, uma vez que se situam fora da organização judicial e não comportam um carácter obrigatório. Os ADR que vamos abordar, sucintamente para mais fácil compreensão do tema desta dissertação, são a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Existem, no entanto, profundas diferenças entre os Estados-Membros da UE no que diz respeito às disposições legislativas específicas adotadas no âmbito dos ADR¹⁶. Por exemplo, o que

¹⁴ Relatório "Livro Verde da Comissão sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial (COM(2002) 196 – C5-0284/2002 – 2002/2144(COS))" pode ser obtida em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0058+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em fevereiro de 2015.

¹⁵ DISSERTAÇÃO. **Arbitragem e Mediação no Direito do Consumo**. Vanessa Alexandra Ferreira Rodrigues. Mestrado Forense. Universidade Católica Portuguesa. Março de 2012. Disponível em: [file:///D:/Documentos/Downloads/TESE_Vanessa_Rodrigues_03_2012_Mestrado_Forense_UCP%20\(4\).pdf](file:///D:/Documentos/Downloads/TESE_Vanessa_Rodrigues_03_2012_Mestrado_Forense_UCP%20(4).pdf). Acesso em fevereiro de 2015.

¹⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation No. 2006/2004– Directive on consumer ADR. Disponível em http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/directive_adr_en.pdf and Directive 2009/22/EC e também disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:110:0030:0036:EN:PDF>. Acesso em fevereiro de 2015.

tange à mediação, a Suécia, Portugal, a Grécia, a Espanha e a Finlândia formam um conjunto de países nos quais mediação está pouco desenvolvida, à exceção de alguns âmbitos específicos como o direito do trabalho; na Alemanha, a França, a Áustria, a Itália, o Reino Unido e os Países Baixos são países que apresentam um desenvolvimento mais importante das estruturas que favorecem a mediação.

No que tange à arbitragem, Portugal é sem dúvida País referência na UE, mas outros países ainda estão incipientes nesta prática. Portanto, uma das afirmações que se pode fazer é de que a UE deve aproximar a legislação dos Estados-Membros neste novo domínio e estabelecer os elementos determinantes dos processos de ADR, o que resultará em benefício dos cidadãos europeus, cujo acesso à justiça irá melhorar consideravelmente.

2. OS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* COMO MEIOS DE ACESSO À JUSTIÇA NA UNIÃO EUROPEIA.

Na UE, os ADR estão indissociavelmente ligados ao acesso à justiça, e o acesso à justiça é compreendido como "**direito fundamental**"¹⁷, esculpido no artigo 6º, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais¹⁸, e proclamado, também, no artigo 47º, da Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹⁹, para o qual a União deve garantir aos seus cidadãos o gozo do direito de circular livremente em todo o território da União em condições de segurança e de justiça acessíveis a todos, pois um verdadeiro espaço de liberdade, de segurança e de justiça deve permitir aos cidadãos europeus e às empresas o acesso aos tribunais e às autoridades de todos os Estados-Membros, com a mesma facilidade que encontrariam no seu

¹⁷ Um importante estudo sobre o Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, em especial as inovações introduzidas à Convenção Europeia de Direitos Humanos pelo Protocolo Adicional nº 11, e sobre a Corte Europeia de Direitos Humanos, o desenvolvimento institucional do sistema europeu de direitos humanos, uma comparação (simetrias e assimetrias) entre os sistemas europeu e interamericano de direitos humanos, foi desenvolvido por Valerio de Oliveira Mazzuoli, Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela UNESP. Professor Adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na UFMT. Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da UFMT. Professor honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor convidado na UFRGS, PUC/SP e UEL. Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD). Está disponível em <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/O%20sistema%20Europeu%20de%20DDHH.pdf>. Acesso em fevereiro de 2015.

¹⁸ A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais pode ser encontrada em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em fevereiro de 2015.

¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 13: 32-58 vol.1 ISSN 1678 - 2933.

próprio país, sem que sejam impedidos ou dissuadidos de exercer os seus direitos, devido à incompatibilidade ou à complexidade dos sistemas jurídicos e administrativos dos Estados-Membros.

Mesmo a UE considera que os cidadãos europeus, em alguns Estados-Membros, têm dificuldades para acessar a justiça, em razão da multiplicação dos litígios perante os tribunais, da tendência para o alargamento dos procedimentos e do consequente aumento das despesas inerentes aos mesmos. Também há o reconhecimento pelo Parlamento Europeu de que os cidadãos europeus se veem confrontados cada vez mais com uma quantidade crescente de textos legislativos, cuja complexidade e natureza técnica dificulta o seu acesso à justiça²⁰. Ou seja, o emaranhado legislativo de cada Estado Membro e da própria UE é um impeditivo para que os cidadãos conheçam os seus direitos e possam reivindicá-los²¹.

No que tange aos litígios transfronteiriços, os ADR apresentam as mesmas vantagens existentes para a resolução de litígios localizados num único Estado-Membro, podendo constituir nomeadamente uma opção menos onerosa do que os serviços judiciais tradicionais, além de retirarem alguns casos do sistema principal, reduzindo, deste modo, a pressão do tempo de espera nos tribunais e garantindo um acesso mais rápido a outros litigantes e de, no que respeita a estes últimos, ser potencialmente mais barato, mais rápido e menos enervante e poder, igualmente, obtemperar a que os custos e a ansiedade dos procedimentos do sistema judicial dissuadam os consumidores de apresentar queixas.

Nesse sentido, como em outros lugares do mundo, os ADR atravessam um período de expansão, experimentação e inovação em toda a Europa e que esta evolução não deve ser dificultada desnecessariamente pela imposição de legislação complexa²².

Para a UE, os ADP são meios de facilitação ao acesso à justiça. O acesso à justiça é hoje um despertar nos países do mundo Ocidental de uma forma geral. Acessar à Justiça não é mais interpretado apenas como acesso ao Poder Judiciário, mas sim, o acesso a uma solução eficiente, rápida e capaz de representar a possibilidade de os litigantes/reclamantes encontrarem a melhor

²⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 267.

²¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 119-120.

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63-64.

solução para o caso concreto gerador do conflito.

Cappelletti e Garth²³ denotam este movimento de acesso à justiça, por meio dos ADR, como uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo:

O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Esta terceira "onda" diz respeito a um novo enfoque de acesso à justiça, que procura vencer a cultura do litígio²⁴, em busca de uma nova visão do Direito, fundada no que chamamos

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie 202 Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 115.

²⁴ Por *cultura do conflito*, entendemos as concepções que apregoam o conflito como a base da Ciência Jurídica. O Direito teria como objetivo e ideal a solução de conflitos. Tais fundamentos estão muito latentes nos códigos legislativos brasileiros, baseados no Direito Romano, e também no ensino jurídico ministrado nas Faculdades de Direito do Brasil, ainda fulcrado em concepções do Estado Moderno, as quais têm como centro do debate o indivíduo e a liberdade individual. E, para consolidar a liberdade individual, o Poder Judiciário, enquanto representação do Estado, é o solucionador dos conflitos, objetivando restituir os direitos e garantias individuais do cidadão. Como bem ensinam Cruz e Bodnar (*in* CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade** (recurso eletrônico). Itajaí, UNIVALI, 2012. p. 43. Disponível em file:///D:/Documentos/Downloads/Free_58df571b-083b-4f2a-a02b-96b94115e7f1.pdf. Acesso em 05/12/2014): *A liberdade, enquanto paradigma do direito moderno é – ou foi - produto de um conjunto especial de relações políticas que emergiu na Europa. Aquela liberdade, desejada no ambiente burguês, foi teorizada em forma de liberalismo, num primeiro momento e como liberalismo democrático num segundo momento e também ficou compreendido que aquela liberdade só poderia ser real e permanente caso fosse traduzida em normas jurídicas por intermédio do direito. Mais adiante, a liberdade como paradigma do direito moderno, durante sua fase de consolidação, ganhou muitas caracterizações. Talvez a mais emblemática seja aquela expressa pelo inglês John Stuart Mill¹. Para ele, a liberdade individual deveria ser exaustivamente perseguida e só poderia ser permitida a intervenção da sociedade na liberdade de outrem em caso de autoproteção, ou seja, quando houvesse a invasão dos âmbitos de liberdade de outrem. A liberdade moderna foi uma conquista do liberalismo preocupado, enquanto corrente doutrinária, com a limitação do poder e por via de consequência com o grau de interferência dos outros e do Estado na vida das pessoas, como ressalta Celso Lafer², citando Benjamin Constant, na apresentação da obra de Mill acima citada. A liberdade, enquanto direito à diversidade, sustentada por Mill, seria compatível com o seu critério de igualdade formal moderna, ou da igualdade dos pontos de partida almejada pela doutrina liberal, com fundamento na capacidade. Portanto, onde não houvesse direito à diversidade, não haveria liberdade. A liberdade, como paradigma do direito moderno, passou a consistir em não se estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas, o que não pode ocorrer quando não há Estado de Direito em sua concepção kantiana, que agrega o “democrático” ao termo. A modernidade pode ser compreendida, por este diapasão, como diferenciação racional entre a religião, a política, a moral e o direito. Com este último sendo o garantidor dos âmbitos de liberdade. Importante enfatizar que o liberalismo, e a liberdade como paradigma do direito, como concepção político-ideológica dessa corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII e que ensejou a modernidade jurídica, caracterizaram-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Passou-se a postular uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguisse substituir o antigo regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas. A criação do Direito Público, pelos modernos, é a sua maior prova, já que se constitui num grande leque de proteção com relação ao Estado. O liberalismo ganhou força social de modo gradual na medida em que as zonas mais desenvolvidas da Europa Ocidental e suas colônias passaram a orientar suas estratégias econômicas em direção à economia de mercado e a necessitar de uma nova concepção do mundo que não criasse obstáculos à nova realidade socioeconômica emergente. Dito de outra forma, seria a liberdade em seus diversos aspectos. Para isso, o direito e a liberdade como seu paradigma foram fundamentais. Por consequência, com a afirmação das ideias de liberdade burguesas, principalmente durante o século XIX, ocorrem mudanças significativas nos valores sociais dominantes até então. O cidadão, e não outra entidade qualquer, passou a ser o centro das atenções. As propriedades privadas, individuais, operavam como um símbolo de prosperidade, com os pobres representando os incapazes, que não conseguiam aproveitar as inúmeras oportunidades oferecidas pela livre iniciativa. O liberalismo se consolidou como uma filosofia*

de cultura do consenso²⁵. De modo que, não se trata mais de explorar "métodos alternativos" de solução de controvérsias. A conciliação, a mediação e a arbitragem passam a ser compreendidas como "métodos" de solução de controvérsias, assim como a solução judicial o é.

A crítica à terminologia "métodos alternativos" já foi realizada por Castro Júnior²⁶, quando explica que: “A expressão alternativa decorre da cultura em que o modelo dominante de resolução de conflitos é de competência do Poder Judiciário, o que se torna uma impropriedade, pois nos Estados Unidos, as evidências mostram que a maioria dos conflitos é resolvida fora da esfera jurídica.”

Portanto, na visão de Castro Júnior, não estaríamos diante de métodos "alternativos", mas sim, de "métodos", aqueles judiciais e os extrajudiciais, que devem ser incentivados e fomentados, como forma de acesso à justiça.

Para Cappelletti e Garth²⁷:

Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juizes quanto

de progresso econômico, social e técnico, ao propor, essencialmente, uma liberação total das potencialidades dos indivíduos, com suas premissas básicas assentadas na liberdade como paradigma do Direito, como anota Jean Touchard³, e na individualidade, com uma visão positiva e otimista do homem, que era visto como um ser individualmente autônomo, materialista e dotado de razão. Razão essa que lhe permitiria lograr sua meta principal, ou seja, a de ser feliz na medida em que pudesse desenvolver suas capacidades individuais sem obstáculos que o intimidassem.

²⁵ Por *cultura do consenso*, compreendemos as concepções que apregoam o consenso como a base da Ciência Jurídica. Na cultura do consenso, procura-se convergir as posições opostas dos atores jurídicos, políticos e sociais para a concepção de que somente um diálogo construtivo permite alcançar uma solução viável para todos os intervenientes. A literatura em todas as áreas do conhecimento hoje tratam sobre isso: a sociologia, a antropologia, a ciência política, a filosofia, a administração, a história, a geografia, as relações internacionais, enfim, autores, doutrinadores, tribunais, instituições, organismos internacionais, todos - sem exceção - debruçam-se atualmente sobre estas temáticas que envolvem a construção de um mundo mais pacífico, mais solidário, com mais diálogo e mais paz. A categoria *consenso* começa a tomar corpo e a orientar processos e projetos legislativos no mundo todo. Recentemente, participamos do Seminário: Peace and Conflict, Palestra: “Uma abordagem contemporânea para estudos de paz e conflitos”, ministrada na Universidade Federal de Santa Catarina, em Outubro de 2014, pelo Professor **Wolfgang Dietrich** – detentor da cátedra de paz da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), pela Universidade de Innsbruck (Áustria). Consultar publicações do autor em: <http://www.uibk.ac.at/peacestudies/chair/publications.html>. No curso, foram abordados conceitos de visão da paz transnacional e o método elicitivo de transformação de conflitos e como deve ser o posicionamento da mente do mediador dentro desta abordagem. Tal projeto é uma parceria entre o Centro de Cultura Tibetana; o Programa de Mestrado em Paz, Segurança Internacional e Transformação de Conflitos – Unesco Chair (Universidade de Innsbruck); Associação Sagres; Instituto Palas Athena e Instituto Nhandecy, e conta com o apoio do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas – doutorado – da UFSC, da Unipaz e do Projeto Cooperação e Holos. A ideia é fomentar no Brasil estudos conjuntos sobre métodos de resolução de conflitos baseados em uma *cultura de paz e consenso*. Nesta trilha de raciocínio, a Ciência Jurídica deve aprimorar-se sob o olhar do seu tempo, pois precisamos ser os homens e mulheres do nosso tempo. E, o tempo de hoje, o século XXI, tende a ir se consolidando sobre novos paradigmas: a pós modernidade, a sustentabilidade, a solidariedade, e - certamente - uma cultura jurídica de consenso, a qual reside essencialmente em dedicar-se ao aperfeiçoamento da conciliação, da mediação e da arbitragem como formas mais construtivas para um ganho social mais eficaz.

²⁶ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 88.

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie 202 Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 116.

como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

Preceitua Delgado²⁸,

Quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que está bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.

Figueira Júnior afirma²⁹,

Não basta para o jurisdicionado envolvido numa lide judicial que o Estado diga o direito; torna-se imprescindível que esse direito seja conferido materialmente a quem tem razão, isto é, que a pretensão se efetive através do instrumento colocado à disposição do vencedor e que esteja em sintonia com os princípios constitucionais processuais. Para tanto, faz-se mister que o acesso à justiça (entenda-se aqui a expressão como meios diversos de pacificação de conflitos) seja amplo e irrestrito, assim como a ordem jurídica oferecida deve necessariamente ser justa (capaz de oferecer mecanismos hábeis à consecução rápida, segura e justa de uma pretensão resistida ou insatisfeita.

Assim, os ADR fazem parte da agenda do Acesso à Justiça, especialmente no contexto dos litígios e do comércio eletrônico transfronteiras, em que lhe é reconhecido o potencial de dirimir casos difíceis de direito e jurisdição divergentes.

3. OS *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* NO DIREITO COMUNITÁRIO DO CONSUMO: A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS CONSUMEIRISTAS NA UNIÃO EUROPEIA

Para Rodrigues³⁰, a Comissão Europeia vem desenvolvendo ao longo dos anos medidas de facilitação e defesa dos consumidores para a resolução de litígios advindos da atividade consumeirista. Este trabalho da Comissão Europeia iniciou-se em 1993, com o Livro Verde de 16 de Novembro, relativo ao acesso dos consumidores à justiça e à resolução de litígios de consumo no Mercado Único.

A política para consumidores da UE tem por objetivo proteger os consumidores contra riscos e ameaças graves que não podem combater sozinhos, permitir ao consumidor efetuar escolhas com base em informações claras, precisas e coerentes, salvaguardar os direitos dos

²⁸ DELGADO, José *et al.* **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários/CJF, 2003. p. 56.

²⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**: análise crítica da lei 9.307, de 23.09.1996. 2 ed. São Paulo: RT, 1999. p. 134.

³⁰ RODRIGUES, Vanessa Alexandra Ferreira. **Arbitragem e Mediação no Direito do Consumo**. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado Forense) - Universidade Católica Portuguesa, Portugal, 2012.

consumidores, contribuindo, assim, para resolver litígios com comerciantes de forma rápida e eficaz e assegurar que os direitos do consumidor acompanham a mudança económica e social — sobretudo no setor dos produtos alimentares, da energia, dos transportes, dos produtos financeiros e dos mercados digitais³¹.

Atualmente, vivem na UE aproximadamente 500 milhões de consumidores. No interior desse mercado consumeirista, tanto as pessoas como as empresas podem efetuar transações transfronteiras livremente em todos os países que fazem parte da UE, bem como na Islândia, no Listenstaine e na Noruega. Em face ao mercado único, todos os consumidores europeus podem se beneficiar de um vasto leque de escolha e de um elevado grau de flexibilidade e aceder a produtos e serviços de qualidade e a preços aceitáveis.

No quadro abaixo, disponibilizado pela Comissão Europeia do Parlamento Europeu³², observa-se a evolução do consumo e dos mercados europeus, em um comparativo realizado entre os anos de 1992 e 2014:

A UE, antes e agora: evolução do consumo e dos mercados

	1992	2014
<i>Países da UE</i>	12	28
<i>Consumidores da UE</i>	345 milhões	508 milhões
<i>Países da zona euro</i>	Não aplicável	18
<i>Países do Espaço Schengen (livre circulação)</i>	Não aplicável	25
<i>Possibilidade de beneficiar de serviços básicos de acesso à Internet</i>	Não aplicável	99,9% (final de 2012)
<i>Utilização regular da Internet</i>	Não aplicável	72% (2013)
<i>Operações bancárias em linha</i>	0%	42% (2013) dos cidadãos da UE realizam operações bancárias pela Internet
<i>População que adquire produtos pela Internet</i>	Não aplicável	47% (2013)
<i>Utilização do telemóvel</i>	Menos de 1%	Mais de 100%
<i>Acesso à Internet em casa</i>	Não aplicável	79% (2013)
<i>Procura em linha de bens e serviços</i>	Não aplicável	59% (2013)
<i>Proprietários de automóveis</i>	345/1 000 habitantes	483/1 000 habitantes (2011)
<i>Número de empresas</i>	12 milhões	21 milhões
<i>Valor dos bens comercializados entre os países da UE</i>	800 mil milhões de euros	2,804 biliões de euros (2011)
<i>Valor dos bens comercializados entre a UE e o resto do mundo</i>	500 mil milhões de euros	3,267 biliões de euros (2011)

³¹ CAPELO, Maria José. **A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo**. Revista Portuguesa de Direito do Consumo, N.º 20, pp. 30 - 43, Coimbra 1999. CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE LISBOA. **Sinopse da Ação, Regulamento e Coletânea de Jurisprudência**, 2000 – 2007.

³² RELATÓRIO DO CENTRO EUROPEU DO CONSUMIDOR. <http://www.anoeuropeudoscidadaos.gov.pt/documents/11406/14661/Guia+Resolver+conflitos+de+consumo+sem+passar+pelo+s+tribunais/8fb1220a-9e1b-4501-9eab-af0ac91575b0>. Acesso em dezembro de 2014.

Denota-se dos números apresentados pela Comissão, que há um crescente avanço em números de países que aderiram à Comunidade Europeia, e, por via de consequência, um significativo crescente do número de consumidores a necessitarem de proteção na UE. Também se denota o avanço do comércio eletrónico, dos serviços de internet e das operações bancárias pela internet. A procura por bens e serviços, veículos e abertura de novas empresas também aumentou significativamente. Como consequência, houve um significativo acréscimo na circulação de bens comercializados entre os países da UE e entre a UE e o resto do mundo. Evidentemente, com o acréscimo no número de consumidores ativos na EU, também aumentam os conflitos decorrentes do mercado e que demandam solução. A Comissão dispõe de um orçamento de 188,8 milhões de euros para todo o programa de defesa do consumidor (2014-2020), o que corresponde aproximadamente a 5 cêntimos por consumidor e por ano³³.

A política europeia dos consumidores é uma parceria entre a UE, os seus Estados-Membros e os seus cidadãos e baseia-se em dois princípios fundamentais, identificados no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: a) a adoção de medidas a nível da UE para proteger a saúde, a segurança e os interesses económicos dos consumidores, bem como, para promover o direito dos consumidores à informação e à educação; b) a integração das exigências em matéria de defesa dos consumidores na definição e execução das políticas e ações da UE. Para execução desta política pública proposta aos consumidores, a UE se organiza em uma complexa e extensa gama de Instituições e Organismos. É preciso compreender que existem diretrizes válidas para toda a UE, como também, políticas públicas consumeiristas próprias para cada Estado Membro. Para efeitos do presente artigo, ficaremos adstritos ao regramento aplicável à UE como um todo, sem nos atermos em particular ao regramento de cada Estado Membro.

Na UE, são Instituições que tratam sobre a Defesa do Consumidor: a) o Parlamento Europeu, por meio da Comissão do Ambiente, da Saúde Pública e da Segurança Alimentar e da Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores; b) o Conselho da União Europeia, por meio de sua Comissão de Emprego, política social, saúde e consumidores; c) a Comissão Europeia para Consumidores e Migração e Assuntos Internos; d) o Comitê Económico e Social Europeu, por sua Seção do Emprego, Assuntos Sociais e Cidadania; e) o Comitê das Regiões, por

³³ RELATÓRIO DO CENTRO EUROPEU DO CONSUMIDOR.
<http://www.anoeuropeudoscidadãos.gov.pt/documents/11406/14661/Guia+Resolver+conflitos+de+consumo+sem+passar+pelo+s+tribunais/8fb1220a-9e1b-4501-9eab-af0ac91575b0>. Acesso em dezembro de 2014.

meio da Comissão dos Recursos Naturais (NAT); e, f) as Agências da UE, pela Agência de Execução para os Consumidores, a Saúde e a Alimentação (Chafea) e a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos. Importante pontuar todas estas Instituições e Organismos consideram como direitos fundamentais dos consumidores o meio ambiente, a saúde pública e a segurança alimentar, por isso, estes temas são passíveis de serem reivindicados por todos os ADR disponíveis na UE³⁴.

A Comissão Europeia tem como objetivo garantir a todos os consumidores da União Europeia o acesso à justiça, nomeadamente quanto à existência de litígios transfronteiriços. Desta forma, a Comissão elaborou um Estudo Comparativo entre os vários Estados-Membros³⁵ sobre: a) Os procedimentos legais devidamente aplicáveis aos litígios dos consumidores; b) Os procedimentos a ter em conta nos meios alternativos de resolução de litígios; c) A proteção dos interesses coletivos protegidos pelas associações de consumidores. E, concluiu que na grande maioria dos Estados-Membros os procedimentos aplicáveis aos pequenos litígios foram simplificados, possibilitando uma resolução mais célere dos mesmos, especialmente a conciliação, a mediação e a arbitragem, no intuito de facilitar a resolução destes pequenos litígios de consumo.

O Direito Comunitário do Consumo tem-se desenvolvido a partir das seguintes diretrizes à UE³⁶: a) O recurso aos ADR nos litígios transfronteiriços não deve prejudicar, de modo algum, o

³⁴ GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. Almedina, 2011. p. 65.

³⁵ O Estudo Comparativo encontra-se disponibilizado no Relatório sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL) (COM(2011)0793 – C7-0454/2011– 2011/0373(COD)), realizado pela Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0280+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em fevereiro de 2015.

³⁶ Aconselha-se a leitura dos *Documentos de Referência da UE para a fixação das Diretrizes para os ADR em matéria de consumo*: a) Resumo (PDF File 120 KB) das respostas ao Livro Verde relativo aos modos alternativos de resolução de litígios; b) Livro Verde (PDF File 281 KB) sobre os modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil e comercial; c) Diretiva 2002/8/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios; d) Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento, à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 e altera o Regulamento (CE) n.º 44/2001 em matéria de obrigação de alimentos; e) Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno ("Directiva sobre comércio electrónico"); f) Declaração conjunta (PDF File 57 KB) do Conselho e da Comissão sobre a competência judiciária, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial; g) Directiva 98/10/CE relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações num ambiente concorrencial; h) Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro); i) Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Realização do mercado interno da energia; j) Recomendação da Comissão, de 4 de Abril de 2001, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor; k) Recomendação da Comissão, de 30 de Março de 1998, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo; l) Código de Conduta Europeu para os Mediadores (PDF File 118 KB); m) Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da

acesso à justiça; b) O processo de resolução de litígios deve ser reconhecido por ambas as partes, particularmente quando as mesmas sejam originárias de Estados-Membros diferentes; c) Os terceiros, conciliadores ou mediadores, devem ser independentes e imparciais; deve ficar estabelecido que um terceiro imparcial tem a obrigação de assistir as partes, mantendo sempre a imparcialidade; d) Deveria prever-se um dever de confidencialidade na medida em que assuntos divulgados pela parte A ao mediador/conciliador apenas podem ser divulgados à parte B ou a um terceiro com o acordo da parte A; e) O princípio de equidade (princípio do direito natural) deve ser sacrossanto; f) Os ADR deveriam ser consensuais e as partes deveriam ser cabalmente informadas da extensão dos ADR e da aplicabilidade das decisões; em certos casos, deveria ser concedido às partes um período mínimo de distanciamento ou de reflexão antes de concordarem com os resultados da mediação; a expiração do prazo para recorrer aos ADR não deveria prejudicar o direito de acesso aos tribunais; g) Em geral, os consumidores deveriam ter sempre a possibilidade de recorrer ao tribunal se ficarem insatisfeitos com o resultado de um ADR, mesmo que imperativo, nem que seja apenas para revisão da legalidade da cláusula ADR em conformidade com a *ratio decidendi* do acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Junho de 2000 nos processos apensos C-240/98 a C-244/98 *Oceano Grupo Editorial SA*; h) As formalidades deveriam ser mantidas ao nível mínimo e evitado o jargão jurídico; i) Deveriam ser mantidos registos das decisões ADR e estas, em princípio, publicadas, com a condição de as partes darem o seu consentimento e tendo devidamente em conta a proteção dos dados de natureza pessoal.

Para dar efetividade às Diretrizes acima nominadas, a Comissão lançou a criação de duas Redes Europeias, cujo objetivo comum consiste em facilitar o acesso dos consumidores a procedimentos extrajudiciais de resolução de litígios transfronteiriços, no caso de a empresa estar estabelecida num Estado-Membro diferente do Estado-Membro de residência do consumidor. Estas duas redes prosseguem o mesmo objetivo, mas não funcionam da mesma maneira: a) A rede extrajudicial europeia, "ECC-Net"³⁷, é uma estrutura de assistência e de informação dos consumidores, composta por pontos de contacto nacionais, estabelecidos em todos os Estados-Membros, na Noruega e na Islândia. Cada um dos pontos de contacto serve de centro de

mediação em matéria civil e comercial. Todos disponíveis em http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_pt.htm, acesso em fevereiro de 2015.

³⁷ Com informações disponíveis apenas em língua inglesa, a **ECC-Net** encontra-se em http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/ecc-net/index_en.htm, acesso em fevereiro de 2015.

informação para os 400 órgãos que os Estados-Membros consideraram corresponder às exigências das duas recomendações da Comissão relativas aos princípios aplicáveis aos órgãos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo; b) A rede para a resolução extrajudicial de litígios no sector dos serviços financeiros, "FIN-NET"³⁸, liga os cerca de trinta organismos nacionais competentes para a resolução extrajudicial de litígios que satisfazem as exigências da primeira recomendação da Comissão. A FIN-NET permite aos consumidores confrontados com um problema no sector dos serviços financeiros (bancos, serviços, investimentos) acederem directamente a um meio de resolução extrajudicial de litígios.

Em Palestra proferida no II Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR, Florianópolis, de 22 a 24 de 09.2002, Lemes³⁹ afirmou que a União Europeia é uma das regiões do mundo que maior empenho tem dado à propagação e à efetiva utilização dos ADR em relações de consumo, especialmente a Arbitragem.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, explana com brilhantismo o histórico a respeito da Arbitragem na União Europeia⁴⁰:

A União Europeia – UE foi criada pelo Tratado de Roma, assinado em 25 de março de 1957, tendo sido formalmente estabelecida com o Tratado de Maastricht, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1993. Posteriormente, em 2007, o Tratado de Lisboa renovou os pilares e as premissas em que se encontra solidificado o bloco comunitário europeu. A arbitragem na Europa, no período do pós-guerra, foi inicialmente regulada pela Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, elaborada em 21 de abril de 1961, também conhecida como “Convenção de Genebra”, possuindo disposição específica sobre a lei aplicada ao mérito da controvérsia (artigo VII), distinguindo-se, nesse ponto, da “Convenção de Nova Iorque”. Em 1966, foi elaborada pelo Conselho Europeu uma Lei Uniforme sobre a Arbitragem: a “Convenção de Estrasburgo”. Previu a referida legislação comunitária que o tribunal arbitral, salvo disposição em contrário, decidiria a questão posta de acordo com o direito¹³. Essa convenção, entretanto, somente foi assinada por dois países e ratificada apenas pela Bélgica. A Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional (United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL), desenvolveu em 1985 uma Lei Modelo de Arbitragem¹⁴, no intuito de harmonizar as legislações dos vários países do mundo, tendo sido acolhida por muitas nações.

Com o advento da UE, o Conselho da Comunidade Europeia, publicou a sua primeira recomendação em 30 de março de 1998 (Recomendação 98/257/CE), para garantir que a arbitragem, como mecanismo alternativo de resolução de conflitos (ADR - alternative dispute resolution) oferecesse às partes envolvidas um número mínimo de garantias e facilitasse o acesso dos consumidores aos

³⁸ Com informações disponíveis em alemão, inglês e francês, a **FIN-Net** encontra-se em http://ec.europa.eu/finance/fin-net/index_en.htm, acesso em fevereiro de 2015.

³⁹ LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem e Direito do Consumo**. Palestra proferida no II Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR, Florianópolis, 22 a 24 de 09.2002. Advogada. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem. Professora do GVLAW da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo e sócia de Selma Lemes Advogados Associados. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/arbitragem%20e%20direito%20do%20consumo.pdf>. Acesso em dezembro de 2014.

⁴⁰ BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **A Arbitragem na União Europeia, nos Estados Unidos da América e no Mercosul**. Disponível em <http://www.ipeja.com.br/arquivo/palestra/9/palestra-ministro-ma.pdf>. Acesso em dezembro de 2014.

processos de resolução extrajudiciais dos conflitos, devido aos elevados custos da assistência jurídica, à demora e complexidade dos processos judiciais, em especial em caso de conflitos transfronteiriços.

Buzzi afirma que o berço da arbitragem é europeu:

A arbitragem, como hoje a conhecemos, remonta sua origem há muitos séculos no âmbito europeu. No Reino Unido, berço do common law, foi regulada pela primeira vez em 1698, por meio do “Arbitration Act”, embora tenha sido utilizada nas relações comerciais empreendidas ainda na Idade Média pelo império britânico, sob a denominação de “voluntary submission out of the court” 15. Atualmente, é regulada pelo “Arbitration Act” de 1996 e a experiência com a arbitragem na solução de conflitos de consumo é bem sucedida. Por lá vicejam as County Courts (tribunais regionais) destinadas à resolução de pequenos conflitos, inclusive consumeristas, e que, apesar de órgãos judiciais, valem-se também de árbitros. Verifica-se, portanto, que a prática arbitral foi incorporada efetivamente à atividade estatal, resultado da vasta experiência britânica no comércio internacional e, também, pela pluralidade de nações que a compõe. CARLOS ALBERTO CARMONA noticia, inclusive, que cerca de 60% dos casos são resolvidos pelos árbitros em cerca de trinta minutos.

A arbitragem apresenta melhor eficiência de um ponto de vista econômico, pois⁴¹: (a) Ao resolverem disputas, tanto por meio da arbitragem quanto mediante procedimentos judiciais, as partes incorrem em custos de transação; (b) Os custos de transação, associados à prestação jurisdicional (pública e privada) funcionam como preços: quanto maiores forem os preços, menor será a demanda (ou procura); (c) A arbitragem permite redução dos custos de transação em virtude, principalmente, (a) da agilidade com que é concluída, (b) da especialização dos árbitros e (c) da imparcialidade do árbitro, especialmente nos casos de arbitragens internacionais; (d) A maior eficiência da arbitragem na solução de disputas cria incentivos para o adimplemento das obrigações contratuais pelas partes; (e) A inclusão de cláusula arbitral em contrato confere às partes a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. A arbitragem ex ante facto tende, por este motivo, a gerar mais valor do que a arbitragem ex post facto; (f) A arbitragem pode contribuir para o aperfeiçoamento do Estado e de institutos jurídicos concorrentes, como a legislação processual civil; (g) Eventual questionamento ou insegurança jurídica sobre a legalidade dos procedimentos arbitrais aumenta os custos de transação impostos pelo ambiente normativo. Quanto maior o grau de incerteza, tanto maiores serão os incentivos para que indivíduos alterem seus padrões negociais ou simplesmente reduzam sua participação em atividades econômicas, reduzindo-se, conseqüentemente, a geração de riqueza social.

Em todo mundo, a jurisdição estatal tem sido desafiada pela Arbitragem, a qual vem se

⁴¹ PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor.** Rev. direito GV vol.4 no.1 São Paulo Jan./June 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000100002. Acesso em 08/12/2014.

revelando como uma possível resposta para o desafio de uma prestação jurisdicional justa, rápida e eficiente⁴². No âmbito da União Europeia, incentiva-se a instauração de órgãos arbitrais nos Estados-membros, sendo cadastradas as instituições que atendam aos parâmetros estabelecidos. Estas passam a integrar a rede europeia para solução de conflitos de consumo, estando aptas inclusive à apreciação de litígios internacionais, no domicílio do consumidor.

Estabelecem-se, ademais, uma série de princípios ao juízo arbitral: independência/imparcialidade (incluindo-se a garantia de representação paritária), transparência/informação, contraditório, eficácia (a qual engloba celeridade, informalidade e custas compatíveis ao consumidor), legalidade (respeito às disposições imperativas das leis consumeristas), liberdade (adesão voluntária à arbitragem pelo consumidor) e representação (direito do consumidor à assistência ou representação por terceiro), os quais norteiam a atuação das entidades arbitrais cadastradas.

4. A ARBITRAGEM NO CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE LISBOA.

Na UE, Portugal é o País com a melhor experiência em Arbitragem de Conflitos de Consumo. Para assegurar aos consumidores o exercício do direito à proteção jurídica e à justiça acessível e eficaz, tem sido promovida a criação de entidades vocacionadas para a resolução extrajudicial de conflitos na área do consumo.

Rodrigues⁴³ denota que em 1986 foi legalmente reconhecida a possibilidade de se dirimirem litígios através da arbitragem voluntária institucionalizada e desde então têm sido criados centros de arbitragem para solucionar os litígios na área do consumo. Em 2011, foi criada a RNCAI - Rede Nacional de Centros de Arbitragem Institucionalizada (Decreto-Lei nº 60/2011, de 6 de maio) e no mesmo ano foi publicada a nova lei regulamentadora da arbitragem voluntária (Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro), que revogou a legislação de 1986⁴⁴.

⁴² PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Rev. direito GV vol.4 no.1 São Paulo Jan./June 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000100002. Acesso em 08/12/2014.

⁴³ RODRIGUES, Vanessa Alexandra Ferreira. **Arbitragem e Mediação no Direito do Consumo**. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado Forense) - Universidade Católica Portuguesa, Portugal, 2012.

⁴⁴ BEZERRA, Clarice Pereira da Silva. **Os Meios Alternativos de Resolução de Litígios de Consumo**. Lisboa, 2007. CAPELO, Maria José. A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**, N.º 20, pp. 30 - 43, Coimbra 1999. CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE LISBOA. **Sinopse da Ação**, Regulamento e Coletânea de Jurisprudência, 2000 – 2007.

Desde 2011 (lei nº 6/2011, de 10 de março), passou a estar também instituída a arbitragem necessária para os serviços públicos essenciais (água, luz, esgoto etc), que tem lugar quando os consumidores optem expressamente por submeter o litígio à apreciação do tribunal arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados.

Atualmente, Portugal dispõe hoje de dez centros de arbitragem de conflitos de consumo⁴⁵: a) Seis centros com capacidade de intervenção horizontal na área do consumo e competência territorial limitada aos municípios da região que os integram (CIAB-Braga, CICAP-Porto, CACC-Coimbra, CIMAAL-Faro, TRIAVE-Vale do Ave / Guimarães, CACC-Lisboa); b) Um centro com competência territorial sobre toda a Região Autónoma da Madeira e também de caráter horizontal; c) Dois centros de âmbito setorial e competência territorial nacional (CASA e CIMPAS); e, d) Um centro nacional com competência supletiva em relação aos outros centros, permitindo completar a cobertura territorial do país (CNIACC).

Por sua vez, o Centro Europeu do Consumidor coopera com os restantes centros da Rede CEC (ECC-Net) para esclarecer sobre o funcionamento dos meios extrajudiciais existentes em cada país da União Europeia, garantindo que as reclamações chegam ao organismo competente para as resolver.

Mas afinal, como funciona a Arbitragem em Portugal⁴⁶?

A Arbitragem em Portugal permite um procedimento mais simplificado, acessível e célere, mas conferindo eficácia às suas decisões. No que concerne ao funcionamento do Centro de Arbitragem, este é composto por um Tribunal Arbitral e por um Serviço de Apoio Jurídico. O Tribunal Arbitral é composto por um árbitro único, que é designado pelo Conselho Superior de Magistratura. O Serviço de Apoio Jurídico visa auxiliar o Tribunal Arbitral, designadamente na prestação de informação às empresas e aos consumidores, recebe e faz a triagem das reclamações e instrui os processos tendo em vista a fase da conciliação e da arbitragem. Importa salientar que

⁴⁵ Dados disponíveis no Centro Europeu do Consumidor: <http://www.anoeuropeudoscidadãos.gov.pt/documents/11406/14661/Guia+Resolver+conflitos+de+consumo+sem+passar+pelo+s+tribunais/8fb1220a-9e1b-4501-9eab-af0ac91575b0>. Acesso em novembro de 2014.

⁴⁶ Para uma melhor compreensão dos procedimentos de Arbitragem em Portugal e na UE, aconselha-se a leitura de: CENTRO EUROPEU DO CONSUMIDOR. **Como Resolver o seu Conflito de Consumo sem passar pelos Tribunais**, Multitema, Março, 2009; GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999; PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. **A Arbitragem Institucional: um novo modelo de Administração de Justiça – o Caso dos Conflitos de Consumo**, Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Outubro 2000; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 5ed, Oxford, 2009.

o poder dos árbitros emerge do acordo das partes e como tal não são dotados de jus imperii, por ser privada a fonte da sua legitimação, os árbitros não dispõem, como os juízes estaduais, de competência coerciva, estando-lhes vedada a prática de atos que envolvam ou pressuponham a soberania.

Para que o litígio seja admitido no Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa é necessário que se verifiquem certos requisitos, tais como: o litígio esteja relacionado com o fornecimento de bens ou serviços por profissionais aos consumidores, atendendo à definição de consumidor do Artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, Lei do Consumidor; o valor do litígio não pode ser superior a € 5.000,00 (cinco mil euros) e que o litígio tenha surgido na Área Metropolitana de Lisboa⁴⁷.

Essencialmente, uma Reclamação de Consumidor deve explicar os problemas encontrados pelo consumidor, os quais podem ser das seguintes ordens: não entrega do produto; não execução do serviço; atraso na entrega do produto; atraso na prestação do serviço; duração do atraso; defeito do produto; defeito na prestação do serviço; descrição do defeito; produto não-conforme à encomenda; produtos/serviços não encomendados; prejuízos sofridos; recusa da aplicação da garantia; recusa da venda; recusa da prestação de serviços; informação enganosa; informação incorreta; informação insuficiente; modalidades de pagamento; preço pago; aumento do preço; encargos suplementares; encargos/fatura não justificados; condições contratuais; cobertura do contrato; avaliação dos estragos; recusa de pagamento de indenização; indenização insuficiente; modificação do contrato; incorreta execução do contrato; anulação/rescisão do contrato; anulação de uma prestação; reembolso de um empréstimo; juros exigidos; não respeito de um compromisso; informações complementares⁴⁸.

Sobre os procedimentos, Rodrigues⁴⁹ explica detalhadamente como funciona uma Arbitragem de Consumo em Portugal:

Primeiramente, existe a possibilidade do conflito ser resolvido por mediação, mediante a intervenção dos Juristas Assistentes. Se as partes não chegarem a um acordo por esta via, são

⁴⁷ GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. Almedina, 2011; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, António. **Arbitrage International Droit et pratique à la lumière de la LDIP**, 2ed, Editions Weblaw, Berne, 2010; MARQUES, Carla. **Por uma Revolução na Arbitragem de Conflitos de Consumo, que futuro?** Revista Portuguesa de Direito do Consumo, N.º 52, pp. 137 - 139, Dezembro, Coimbra 2007;

⁴⁸ BEZERRA, Clarice Pereira da Silva. **Os Meios Alternativos de Resolução de Litígios de Consumo**. Lisboa, 2007.

⁴⁹ RODRIGUES, Vanessa Alexandra Ferreira. **Arbitragem e Mediação no Direito do Consumo**. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado Forense) - Universidade Católica Portuguesa, Portugal, 2012.

chamadas ao Centro a fim de se proceder a uma tentativa de conciliação. Para este efeito, à empresa chamada ser-lhe-á entregue uma cópia da reclamação e será informada que pode proceder à respectiva contestação, que pode ser realizada por via escrita ou oral. Permite-se ainda que se apresentem testemunhas. Finda a tentativa de conciliação, se se tiver chegado a um acordo, este será lavrado em ata e posteriormente será homologado pelo Juiz – Árbitro. Para o caso em que as partes não chegaram a um acordo, seguir-se-á a fase de julgamento. Assim, não tendo sido o litígio dirimido pela via da mediação e da conciliação, prossegue-se para a fase de julgamento.

Ora, esta fase, que decorre no Tribunal Arbitral do Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, pressupõe a existência de uma convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem consiste numa aceitação expressa por ambas as partes da submissão do litígio ao Tribunal Arbitral. Quando a aceitação é por parte das empresas denomina-se de “adesão”, podendo ser uma adesão pontual ou plena consoante se refira a um litígio actual ou a um litígio presente ou futuro respectivamente. Quando as empresas aderem plenamente ao Centro de Arbitragem, ficam a constar de uma lista e é-lhes permitido afixar o símbolo que identifica a adesão ao mesmo. Desta forma, transparecem a ideia de que estão disponíveis ao diálogo com os consumidores, garantindo confiança nos seus produtos.

Rodrigues⁵⁰ também corrobora a ideia de que o Centro de Arbitragem de Consumo tem obtido bons resultados: “O Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo tem obtido bons resultados devido à eficácia de todo o processo, à existência de um grupo jurídico que faz uma triagem e instrui os respectivos processos, de forma imparcial, ao Tribunal Arbitral.”

Quanto à eficácia de uma sentença do Tribunal Arbitral de Consumo, a UE apresenta algumas peculiaridades normativas⁵¹:

No caso de a sentença proferida pelo Tribunal Arbitral não ser cumprida, a mesma serve de título executivo, devendo ser apresentada no Tribunal Judicial para execução imediata. Para efeitos de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais de consumo existem acordos de cooperação transfronteiriços com o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo, nomeadamente Lisboa – Madrid; Portugal – Espanha; Fin Net75 e entre os Estado Membros existe a EEJ – NET76. No entanto, deve existir uma harmonização entre os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo e a Lei de Arbitragem Voluntária, pois as partes ao submeterem o litígio ao Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo estão a aceitar o respectivo regulamento de arbitragem. Cada Centro de Arbitragem tem o seu regulamento, podendo haver diferenças entre eles.

Desta forma, verifica-se ao longo do estudo que os ADR estão em crescimento na UE e têm sido bem acolhidos tanto pelos consumidores e pelas empresas e têm sido impulsionadores de diálogo entre ambos, proporcionando, desta forma, a tentativa de resolução de litígios de forma mais amigável, célere e sem custos elevados para as partes.

⁵⁰ RODRIGUES. Vanessa Alexandra Ferreira. **Arbitragem e Mediação no Direito do Consumo**. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado Forense) - Universidade Católica Portuguesa, Portugal, 2012.

⁵¹ RODRIGUES. Vanessa Alexandra Ferreira. **Arbitragem e Mediação no Direito do Consumo**. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado Forense) - Universidade Católica Portuguesa, Portugal, 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Arbitragem nos Conflitos de Consumo da União Europeia ainda não se consolidou como um meio eficiente de ADR. Denota-se que Portugal é um País onde a Arbitragem já se desenvolve com extensão e adensamento, mas há Países como Espanha, Itália e outros, nos quais ainda é preciso criar-se redes mais consolidadas para a Arbitragem.

Os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo da UE surgiram com o objetivo de criar uma maior proximidade entre o Estado e os cidadãos, devido às crescentes dificuldades de funcionamento dos Tribunais, entorpecidos numa lentidão que torna injusta, em termos práticos, a mais certa das justiças. Assim, surgiram os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo como resposta à necessidade de uma maior acessibilidade, proximidade, celeridade, equidade e efetividade dos litígios. Os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo abarcam os casos em que os cidadãos não podem recorrer aos Tribunais Judiciais por razões de natureza econômica e também os casos em que os litígios são de baixo valor, e por isso não são passíveis de serem submetidos aos Tribunais Judiciais. Cabe mencionar que nem todos os Países Europeus possuem Juizados Especiais. Este último caso abrange os conflitos de consumo.

As formas de resolução alternativas de conflitos de consumo na Europa não são uma prática claramente definida. Existem inúmeras diferenças entre os sistemas. Cada país da União Europeia tem a sua própria cultura e experiência em matéria ADR. Em alguns países, o ADR é um termo antigo e bem assente na tradição. Noutros países, pelo contrário, é uma novidade e precisa ser melhor conscientizado de seu significado. Há uma necessidade efetiva de se expandir a experiência do ADR a todos os países da UE e encontrar meios de se garantir a qualidade dos organismos e um funcionamento baseado em princípios comuns que ofereçam confiança aos consumidores onde quer que pretendam solicitar a resolução de um conflito por esses organismos.

Dos Projetos Pilotos que vem funcionando a contento na UE, o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa é o que vem funcionando com eficácia, desde 1989. Desta forma, foi o Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Lisboa o pioneiro e o aquele que oferece melhores possibilidades de avaliação de seus resultados.

Denota-se que há Diretrizes estabelecidas pelo Parlamento Europeu e pelas Comissões respectivas que tratam das Matérias Cíveis, Comerciais e de Consumo, determinando que os

Estados-Membros fomentem ADR em suas respectivas jurisdições. Ademais disso, face ao Direito Comunitário, um cidadão europeu deve exercer os mesmos direitos fundamentais em qualquer parte do território da União Comunitária formada. Daí a necessidade de uma melhor uniformização de procedimentos, o que vem sendo proposto em moldes de um Centro Europeu voltado ao consumidor, mas que ainda não é uma realidade aplicável à toda a União. Um ponto negativo que observamos durante a pesquisa é o grande emaranhado de legislações, diretrizes, normativas, pareceres, relatórios etc que são exaradas pelas Comissões do Parlamento Europeu e que tornam difícil a sua sistematização pelo consumidor europeu leigo. O desconhecimento da lei ainda é uma das piores formas de ignorância e facilita o descumprimento da lei pelas empresas e fornecedores de produtos e serviços.

Nesse sentido, em comparativo com a utilização da Arbitragem no Brasil, tem-se igual equação, pois também aqui precisamos alargar o conhecimento e utilização dos ADR. Sabe-se que é um momento profícuo para isto. O Conselho Nacional de Justiça do Brasil também inclui - assim com a UE - a Conciliação e a Mediação como meios de Acesso à Justiça. Todavia, não se pode olvidar de que a Arbitragem é também um meio de Acesso à Justiça, pois como ensina Dalmo de Abreu Dallari⁵², *a busca da solução de litígios por meio de arbitragem é alternativa perfeitamente válida e democrática, devendo ser acolhida como parte da normalidade de um Estado de Direito, não implicando a redução do prestígio e da importância do Poder Judiciária, que, em muitos casos, será insubstituível.*

Da pesquisa aqui realizada e dos estudos promovidos em novembro de 2014 junto à Universidade de Perugia/Itália, pode-se constatar e afirmar que a Arbitragem em Direitos de Consumo na UE ainda precisa de incentivo e aperfeiçoamento. Pode-se também afirmar que Portugal vem se afirmando no pioneirismo neste tema e nesta prática, o qual tem muito a contribuir em estudos futuros e avaliação de políticas públicas para o aperfeiçoamento das ADR na UE.

É necessário que a UE aproxime a legislação dos Estados-Membros neste tema e estabeleça os elementos determinantes dos processos de ADR, o que resultará em benefício dos cidadãos europeus e para a realização do tão almejado Acesso à Justiça.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea.** In PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Aspectos Atuais da Arbitragem: coletânea de artigos dos árbitros do centro de conciliação e arbitragem da câmara de comércio argentino-brasileira de São Paulo. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 109.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Madalena. **Conflitos e árbitros sem apito**, Revista do Instituto do Consumidor, n.º 114, Março, 2002, pp. 35 – 37.

BEZERRA, Clarice Pereira da Silva. **Os Meios Alternativos de Resolução de Litígios de Consumo**. Lisboa, 2007.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. **A Arbitragem na União Européia, nos Estados Unidos da América e no Mercosul**. Disponível em <http://www.ipeja.com.br/arquivo/palestra/9/palestra-ministro-ma.pdf>. Acesso em dezembro de 2014.

CAPELO, Maria José. **A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo**. Revista Portuguesa de Direito do Consumo, N.º 20, pp. 30 - 43, Coimbra 1999.

CAPELO, Maria José. **A Lei de Arbitragem Voluntária e os Centros de Arbitragem de Conflitos de Consumo**. Revista Portuguesa de Direito do Consumo, N.º 20, pp. 30 - 43, Coimbra 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie 202 Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 115.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Teoria e prática do direito comparado e desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 88.

CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE LISBOA. **Sinopse da Ação, Regulamento e Coletânea de Jurisprudência**, 2000 – 2007.

CENTRO DE ARBITRAGEM DE CONFLITOS DE CONSUMO DE LISBOA. **Sinopse da Ação, Regulamento e Coletânea de Jurisprudência**, 2000 – 2007.

CENTRO EUROPEU DO CONSUMIDOR. **Como Resolver o seu Conflito de Consumo sem passar pelos Tribunais**, Multitema, Março, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 267.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade** (recurso eletrônico). Itajaí, UNIVALI, 2012. p. 43. Disponível em file:///D:/Documentos/Downloads/Free_58df571b-083b-4f2a-a02b-96b94115e7f1.pdf. Acesso em 05/12/2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea**. In PUCCL, Adriana Noemi (coord.). Aspectos Atuais da Arbitragem: coletânea de artigos dos árbitros do centro de conciliação e arbitragem da câmara de comércio argentino-brasileira de São Paulo. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 109.

DELGADO, José *et al.* **Mediação**: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários/CJF, 2003. p. 56.

DISSERTAÇÃO. **Arbitragem e Mediação no Direito do Consumo**. Vanessa Alexandra Ferreira Rodrigues. Mestrado Forense. Universidade Católica Portuguesa. Março de 2012. Disponível em: [file:///D:/Documentos/Downloads/TESE_Vanessa_Rodrigues_03_2012_Mestrado_Forense_UCP%20\(4\).pdf](file:///D:/Documentos/Downloads/TESE_Vanessa_Rodrigues_03_2012_Mestrado_Forense_UCP%20(4).pdf). Acesso em fevereiro de 2015.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**: análise crítica da lei 9.307, de 23.09.1996. 2 ed. São Paulo: RT, 1999. p. 134.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. **Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 1999.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. Almedina, 2011.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, António. **Arbitragem International Droit et pratique à la lumière de la LDIP**, 2ed, Editions Weblaw, Berne, 2010.

LEGISLAÇÃO. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais pode ser encontrada em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf, acesso em fevereiro de 2015.

LEGISLAÇÃO. **Diretiva n. 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008**. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32008L0052>. Acesso em fevereiro de 2015.

LEGISLAÇÃO. Documentos de Referência da UE para a fixação das Diretrizes para os ADR em matéria de consumo: a) Resumo (PDF File 120 KB) das respostas ao Livro Verde relativo aos modos alternativos de resolução de litígios; b) Livro Verde (PDF File 281 KB) sobre os modos alternativos de resolução de litígios em matéria civil e comercial; c) Directiva 2002/8/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio

judiciário no âmbito desses litígios; d) Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento, à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000 e altera o Regulamento (CE) n.º 44/2001 em matéria de obrigação de alimentos; e) Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno ("Directiva sobre comércio electrónico"); f) Declaração conjunta (PDF File 57 KB) do Conselho e da Comissão sobre a competência judiciária, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial; g) Directiva 98/10/CE relativa à aplicação da oferta de rede aberta (ORA) à telefonia vocal e ao serviço universal de telecomunicações num ambiente concorrencial; h) Directiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas (directiva-quadro); i) Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - Realização do mercado interno da energia; j) Recomendação da Comissão, de 4 de Abril de 2001, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor; k) Recomendação da Comissão, de 30 de Março de 1998, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de litígios de consumo; l) Código de Conduta Europeu para os Mediadores (PDF File 118 KB); m) Proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. Todos disponíveis em http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_pt.htm, acesso em fevereiro de 2015.

LEGISLAÇÃO. **Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation No. 2006/2004–**

Directive on consumer ADR. Disponível em http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/directive_adr_en.pdf and Directive 2009/22/EC e também disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:110:0030:0036:EN:PDF>. Acesso em fevereiro de 2015.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem e Direito do Consumo**. Palestra proferida no II Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAR, Florianópolis, 22 a 24 de 09.2002. Advogada. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão

Relatora da Lei de Arbitragem. Professora do GVLAW da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo e sócia de Selma Lemes Advogados Associados. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/arbitragem%20e%20direito%20do%20consumo.pdf>. Acesso em dezembro de 2014.

MARQUES, Carla. **Por uma Revolução na Arbitragem de Conflitos de Consumo, que futuro?** Revista Portuguesa de Direito do Consumo, N.º 52, pp. 137 - 139, Dezembro, Coimbra 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.** Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 13: 32-58 vol.1 ISSN 1678 - 2933.

PEDROSO, João; CRUZ, Cristina. **A Arbitragem Institucional: um novo modelo de Administração de Justiça – o Caso dos Conflitos de Consumo**, Centro de Estudos Sociais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Outubro 2000.

PEREIRA BARROCAS, Manuel. **Manual de Arbitragem**. Almedina: Lisboa, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63-64.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor.** Rev. direito GV vol.4 no.1 São Paulo Jan./June 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000100002. Acesso em 08/12/2014.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 5ed, Oxford, 2009.

RELATÓRIO DO CENTRO EUROPEU DO CONSUMIDOR. <http://www.anoeuropeudoscidadaos.gov.pt/documents/11406/14661/Guia+Resolver+conflitos+de+consumo+sem+passar+pelos+tribunais/8fb1220a-9e1b-4501-9eab-af0ac91575b0>. Acesso em dezembro de 2014.

RELATÓRIO. **Livro Verde da Comissão sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial (COM(2002) 196 – C5-0284/2002 – 2002/2144(COS))**" pode ser obtida em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0058+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em fevereiro de 2015.

RELATÓRIO. **Relatório sobre a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à resolução alternativa de litígios de consumo**, que altera o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL) (COM(2011)0793 – C7-0454/2011–2011/0373(COD)), realizado pela Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2012-0280+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em fevereiro de 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 119-120.

A NECESSIDADE DE UM DIREITO HUMANISTA E TRANSNACIONAL EM UM MUNDO GLOBALIZADO

Josemar Sidinei Soares¹

Maria Chiara Locchi²

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização é uma das temáticas mais debatidas na atualidade. E em vários aspectos e a partir das mais variadas perspectivas, que perpassam tanto o entusiasmo de estar-se vivenciando uma nova etapa da história como o pessimismo que advém de vários efeitos negativos à sociedade. O único consenso parece ser que de fato presencia-se a formalização de uma nova dinâmica nas relações pessoais, jurídicas, econômicas, políticas, sociais, culturais, que transcende as limitações territoriais do Estado-Nação, e que direciona-se cada vez mais para certo *cosmopolitismo*.

Não é exagero afirmar que adentra-se a lógica transnacional. Há empresas transnacionais e há problemas transnacionais (como as questões ambientais, que projetam efeitos em várias partes do globo). O direito ainda está em processo de construção de um espaço transnacional, pois hoje vê-se vinculado à lógica internacional. De qualquer forma isso não exclui o fato de existirem outras dimensões da vida, como o mercado, já funcionando em âmbito transnacional.

No presente artigo não objetiva-se traçar uma construção teórica do que venha a ser transnacionalidade ou como poderia ser um direito transnacional, mas lançar algumas premissas de como este poderia guiar-se. Na medida em que o direito transnacional pretende regular de maneira coercitiva as ações humanas, sejam elas pessoais ou

¹ Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí.

² Doutora em Direito pela Università di Macerata, Professora no curso de Direito da Università degli Studi di Perugia.

institucionais, pode impor um novo estilo de vida, e dessa vez a indivíduos de várias regiões e culturas tão distintas. Como seria regulamentado o direito transnacional? A partir de que perspectiva? Quais direitos seriam enfatizados e por quê? Galtung (1994) critica a formatação atual dos direitos humanos devido a estes não respeitarem os direitos humanos em sua globalidade, mas apenas os direitos humanos na tradição ocidental. Um direito transnacional, caso se atente apenas a problemas e questões jurídicas que transcendem os limites nacionais, poderá desaguar no mesmo problema.

Desse modo, pretende-se aqui apresentar premissas humanistas para o direito do século XXI, um direito transnacional. O Humanismo é uma importantíssima tradição filosófica que chega como herança dos gregos, e que teve protagonismo também com os romanos e com os renascentistas. Depois, os alemães do Romantismo resgataram alguns elementos fundamentais do pensamento humanista, mas desde então cada vez mais esta rica tradição vem sendo relegada a um segundo plano, preterida pela técnica. Em linhas gerais, o Humanismo situa o Homem como centro e finalidade dos discursos e ações. Pode ser sintetizado com uma preocupação constante em pensar e agir tendo em vista aquilo que aprimora o ser humano. Enaltecer o ser humano pressupõe que este é um movimento contrário a outro que está muito em voga. E de fato, o Humanismo já foi uma contraposição à Natureza e a Deus. Hoje, entretanto, o Humanismo parece contrapor-se ao *culto da técnica*, o que de forma alguma pode ser confundido com aversão ou desmerecimento do valor da técnica, que tantos progressos e possibilidades de autoformação ofereceu ao homem. O problema não é a técnica, mas o seu culto, o pensar a técnica pela técnica. No Renascimento os grandes humanistas eram mestres em artes técnicas, sendo o Leonardo o maior exemplar deles, um gênio da prática, que dominava da medicina à mecânica.³ Mas Leonardo e os renascentistas utilizavam a técnica para fins que projetavam aprimoramentos da vida humana.

Hoje o culto da técnica parece ser inconsciente na maior parte do tempo, e poderia ser exemplificado na situação comum na qual estuda-se ou pensa-se qualquer objeto como fim em si mesmo, ignorando que esse objeto deve existir como possuindo um escopo para favorecer o Homem. No que se refere ao estudo da globalização e da transnacionalidade,

³ Para um estudo do perfil intelectual no Renascimento ver a obra de Koyré (1991).

significa estudar essas premissas esquecendo-se de projetar nelas o que reforça ou o que regrid o Homem. Em síntese: como o Humanismo pode auxiliar a pensar a globalização e a transnacionalidade?

Para a consecução desse objetivo o presente artigo foi construído com o método indutivo, a partir da leitura de obras filosóficas, jurídicas e sociológicas.

1 GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE

As discussões sobre os efeitos provocados pelo fenômeno da globalização e a construção de um espaço transnacional não são tão recentes. Na década de 60 McLuhan (1993) surpreendia com sua abordagem de uma aldeia global, que passava a ser formalizada a partir da globalização e do alcance dos meios de comunicação. Televisões e rádios alcançavam lares muito distantes, transformando a comunicação em um meio poderoso de aproximar as pessoas. Já percebia-se naquela época que as distâncias físicas em breve não constituiriam empecilho para o envolvimento entre as pessoas.⁴

Nesta mesma época Jessup (2006) já assinalava a possibilidade da *transnational law*, e o geógrafo brasileiro Milton Santos (2001) alertava para os perigos da globalização, que permite a violência da informação e do dinheiro, dois elementos que serão fundamentais para a inovadora abordagem de Lyotard (1979) em *A condição pós-moderna*.

Para o filósofo francês na pós-modernidade a informação usurpa o espaço que historicamente foi do saber. Tal movimento está ligado à revolução trazida pelos computadores, pois informação seria, em parte, aquilo que pode ser traduzido em bits. Lyotard preocupava-se que a informação não possui um sentido de formação, não é vinculada à *Bildung*⁵ dos alemães, ou seja, um conhecimento que não pode estar

⁴ Os jovens nascidos nas décadas de 80 e 90 talvez não tenham ainda uma consciência clara sobre o significado dessas revoluções tecnológicas, pois desde a infância estão acostumados a manusear telefones, computadores, televisões, etc. Entretanto, quando recorda-se que um dos resultados mais expressivos da Revolução Industrial foi a possibilidade de construção de ferrovias, e que até as primeiras décadas do século XX o principal meio de comunicação entre pessoas separadas por longas distâncias eram as cartas, que poderiam demorar meses para chegar (e se chegavam), é possível formalizar uma ideia do que representam tais invenções.

⁵ A *Bildung* foi a ideia que se desenvolveu com o Romantismo alemão e sobretudo com a corrente filosófica do Idealismo, que convencionou-se em abranger os filósofos Kant, Fichte, Schelling e Hegel. A *Bildung* traduziria a cultura, mas em um sentido pedagógico, de formação dos indivíduos. Para os alemães a filosofia deveria ser *Bildung*, tal como é expressado no início da Fenomenologia do Espírito de Hegel, na qual o autor afirma que o objetivo é conduzir o indivíduo de seu

indissociado da educação do indivíduo. A conotação clássica do saber, que perdurou até a modernidade, carregava consigo esse aspecto humanista de origem na *Paideia* helênica. Hoje, prevalece a informação, sem a busca pela origem das fontes, pelas razões que as fundamentam, pelos escopos, de tal modo que, também na área do Direito, generalizam-se os manuais de direito civil, penal, trabalhista, etc. Ou seja, não é importante entender o *porquê*, mas apenas o *como*. Em sentido pragmático e utilitarista isso possui um aspecto importante, que é a necessidade de ensinar técnicas e assuntos fundamentais para a vida prática, para os exercícios das profissões, não obstante, por outro lado revela resultados perigosos na cultura internacional, como a massificação e a alienação, sobretudo dos jovens. Essa problemática será retomada mais adiante.

Na pós-modernidade, portanto, consolida-se um vínculo muito próximo entre saber e poder, abordagem tão enfatizada por Foucault (1998). As histórias da clínica, da prisão e de outras instituições ensinam como historicamente essas duas categorias são conectadas. A microfísica do poder demonstra como o controle social dos sujeitos não parte apenas da instituição maior, o Estado, mas principalmente das instituições menores, como o hospital, a escola, a universidade, etc. O tipo de saber que é ensinado constrói um tipo de personalidade, de atitude, nos sujeitos que recebem a informação. Na medida em que vestibulares, exames para a Ordem dos Advogados, entre outras provas, delimitam o que é obrigatório para conquistar êxito na profissão, o ensino é necessariamente direcionado a transmitir, não apenas, mas com maior ênfase aquelas informações.

É interessante a crítica de Michel Miaille (2005) ao apresentar uma introdução crítica ao estudo do Direito quando explica que a relação entre professor e aluno é semelhante a de um guia e os visitantes em qualquer espaço. O visitante, ao conhecer uma casa sendo conduzido pelo guia, perceberá que esse abre algumas portas e não abre outras, além disso, abre portas em uma certa sequência estipulada por ele mesmo. Ou seja, o visitante conhece o espaço conforme a lógica das escolhas do guia. O visitante não conhece a casa, mas a casa que o guia quis mostrar. É possível construir um paralelo com a questão do turismo hoje. Será que os turistas realmente conhecem os locais de destino? Isto é, conhecer as praias do

estado inculto ao Saber Absoluto. Ver as fundamentais obras de Jean Hyppolite e Alexandre Kojève. (HYPPOLITE, 1999; KOJÈVE, 2002).

Nordeste significa conhecer o Nordeste? Transportada a discussão para a hiperinflação das informações na internet torna-se ainda mais preocupante, pois ler várias notícias sobre a Rússia não induz à conclusão de que o internauta conhece a Rússia. A notícia não seria uma realidade, mas apenas uma parte dela, recortada pelo produtor da informação. Aquele que lançou na rede a informação pode ter selecionado partes e excluído outras, de modo que não se sabe se aquilo que a leitura diz é a totalidade do fenômeno ou não. Com esses paralelos demonstra-se como a metáfora de Mialle pode exemplificar em várias situações da contemporaneidade.

Essa ausência de pergunta sobre o por quê, de interrogar as causas e finalidades, de se tentar entender profundamente a realidade, propicia o fenômeno de carência de autonomia na construção do saber. As pessoas são cada vez mais dependentes do outro para aprender. É necessário sempre um guia (professor, manual, internet, etc.) que diga passo a passo o que se deve e o que não se deve aprender, estudar, fazer, etc. Há a impressão de que o entusiasmo de Kant (2005) com o Esclarecimento (*Aufklärung*) já não constitui atualidade. Se o filósofo alemão celebrou o Iluminismo como a conquista de autonomia do sujeito racional, capaz de pensar, agir e viver conforme a própria consciência, sem a necessidade de um pai externo (que pode ser tanto a figura do próprio pai como o professor, o médico, o padre, o juiz, o Estado, etc.) hoje a dependência paternal parece ressurgir com ainda mais força (sendo agora os pais, o professor, o saber científico, etc.).⁶

Esse paternalismo também pode ser representado como autoridade de argumento. Aqui podem ser evocadas afirmações cotidianas como “saiu no jornal X”, “o autor Y comentou”, “pesquisas da universidade Z comprovam”, ou ainda perguntas comuns como “vai cair na prova?”, “isso é cobrado no vestibular?”. Alguns conhecimentos são autoridades inquestionáveis, de tal modo que a ciência parece cair no mesmo dogmatismo que tanto acusara anteriormente contra a religião, a metafísica e todas as formas consideradas por ela como pseudo-ciências (como a astrologia), ou seja, que partiam de argumentos que se tratavam de dogmas, que não poderiam ser postos em discussão.

Um autor fundamental para se repensar essa questão da ciência como autoridade é o

⁶ Provavelmente nunca se viu um protecionismo dos pais sobre os filhos tão fortes como hoje. Esse excesso pode inviabilizar o processo de autonomia psicológica da criança/jovem.

filósofo Karl Popper⁷, que discute o racionalismo crítico como condição indispensável para o exercício científico. É célebre a formulação da teoria da refutabilidade de Popper, a qual defende que o critério de demarcação da ciência diante das outras formas de conhecimento é a necessidade de refutação. É científico aquilo que pode ser refutado. O que não pode ser refutado não é científico, é religioso, metafísico, etc. Popper não afirma que isso signifique que a ciência seja superior ou inferior a essas outras formas de conhecimento, ele apenas preocupa-se em distingui-las. O autor lembra que às vezes a ciência erra e as pseudo-ciências acertam. Também Koyré afirmava que a história do pensamento científico está associado estreitamente às pseudo-ciências (1991). A astrologia influenciou os primórdios da astronomia, assim como a alquimia foi importante para a química.

O que é fundamental na abordagem popperiana aqui evocada é a preocupação em vincular racionalismo crítico e ciência. A ciência não pode pressupor que entendeu o Absoluto, porque nesse caso desabamos no autoritarismo e no dogmatismo. Popper é contrário à autoridade das fontes, para ele não basta dizer que a sua posição é sustentada por autores e estudos anteriores. A sua posição só possui força se for comprovada na prática, se for testada e resistir a ela. Situação diferente daquilo que se observa em vários campos científicos, onde a autoridade das fontes é inabalável.

Poder-se-ia arriscar que esse tipo de saber vem provocando certa massificação na contemporaneidade. Já não se pensa, não se diz, não se estuda aquilo que se entende profundamente como essencial, mas aquilo que um outro diz. Essa massificação presencia-se em praticamente todos os campos da vida. Consideramos as melhores músicas, filmes e livros aquelas que mais são reproduzidas nas rádios, que mais são comentadas na internet, ou que recebem prêmios determinados que concedem autoridade. A informação, portanto, padroniza as pessoas. E em uma época na qual os meios de comunicação possuem alcance praticamente mundial, essa padronização encontra uma escala global, ou se poderia dizer, transnacional. Não é difícil identificar que esse movimento padroniza culturas e opiniões, e pouco a pouco constrói uma cultura transnacional, que já pode ser percebida nos *shoppings centers*, em músicas que são ouvidas em qualquer lugar do mundo, etc.

⁷ Entre as várias obras de Popper que poderiam ser recomendadas menciona-se *Conjecturas e refutações*, que introduz o leitor no pensamento desse autor (POPPER, 1977).

Entretanto, esse fenômeno apresentado é apenas uma faceta da Sociedade da Informação. O cenário não é apocalíptico. Há também conquistas fundamentais que a emergência da informação propiciou. Thomas Stewart (1998) apresenta a ideia de que prevalece na economia atual o capital intelectual. O conhecimento também ocupa papel de destaque no mundo profissional na visão de Domenico De Mais (2000), sendo que é nessa lógica que se situa a preponderância do ócio criativo. Uma das diferenças fundamentais do mundo de hoje se comparado à sociedade industrial é que agora o verdadeiro motor que movimenta a economia internacional é o capital intangível, a inteligência, que desloca o espaço que antes era ocupado pela máquina. Dessa forma ao mesmo tempo em que a informação cada vez mais transforma o conhecimento em mercadoria por outro possibilita uma economia sempre mais baseada na inteligência.

Mas a sociedade da informação é apenas uma das faces da análise complexa que envolve a realidade contemporânea. O acelerado desenvolvimento tecnológico também contribui na construção do cenário da sociedade de risco⁸, argumento introduzido por Ulrich Beck (2010). Hoje vivencia-se constantemente a expectativa do risco, que já não se trata de um evento inesperado mas uma presença marcante do cotidiano. Mudanças na economia internacional, acidentes de automóveis, demissões, catástrofes naturais como decorrência dos efeitos climáticos da degradação ambiental, são apenas alguns dos eventos passam a integrar a normalidade na vida de pessoas ao redor do mundo.

No que se refere à questão ambiental o efeito é ainda mais emblemático. O resultado da degradação ambiental provocada por uma região atravessa facilmente as fronteiras e vindo a influenciar a saúde de pessoas em regiões e países distantes. Por isso que já há algumas décadas os atores internacionais vem promovendo um esforço em conscientizar a população mundial da necessidade urgente em preservar o planeta. A questão ambiental é um dado evidente da emergência de uma lógica transnacional. O direito ambiental aborda

⁸ Sobre o risco como uma condição humana na era global, afirma Beck: “Nel nostro contesto la questione fondamentale non è se le classiche catastrofi dell’umanità – peste, catastrofi naturali, carestie – avessero un potenziale distruttivo pari a quello delle grandi tecnologie moderne. Esse devono comunque essere considerate come catastrofi incombenti. La differenza decisiva tra i rischi classici e quelli moderni si colloca su un altro piano. I rischi che nascono dalle tecnologie industriali e dalle grandi tecnologie sono il risultato di decisioni consapevoli – decisioni che vengono prese, da un lato, nel quadro di organizzazioni private e/o statali [...] I rischi di questo tipo si distinguono chiaramente anche dalle conseguenze della guerra, in quanto vengono nel mondo in modo pacifico, prosperano nei centri della razionalità, della scienza e del benessere e godono della protezione di coloro ai quali sono affidati la legge e l’ordine.” (BECK, 2011, p. 344-345).

assuntos que não se reduzem ao cenário interno, mas influenciam interesses distantes.

Outro argumento representativo para se entender a transnacionalidade e a contemporaneidade é o da sociedade em rede, de Manuel Castells (2006). Para o sociólogo espanhol a Internet é realmente uma das maiores revoluções tecnológicas da história. A Internet conecta pessoas, empresas e instituições separadas por longa distância, de tal modo que isso não reduz a um simples meio de comunicação, mas a possibilidade de empresas e pessoas trabalharem cooperativamente em pontos geográficos distantes. Soma-se a internet às demais conquistas tecnológicas e obtém-se a estrutura que possibilita algumas empresas percorrerem o globo, fixando-se ora em alguns países, ora em outros, sem serem de nenhum. É certo que na economia internacional de hoje há várias megaempresas transnacionais que rivalizam com os Estados. Uma empresa transnacional não está limitada ao território físico das nações, como instituições governamentais. Sendo assim, sua mobilidade é amplamente mais fácil que a dos Estados.

Com isso demonstra-se que há várias forças e fatores que já adentraram a lógica transnacional, e o direito tem e continuará tendo grandes dificuldades de lidar com estas questões se prosseguir vinculado ao seu paradigma de direito interno. Não está se defendendo aqui a implementação de um direito mundial ou global, mas que algumas questões precisam ser elevadas a uma dimensão transnacional, pois não referem-se a interesses particulares de cada Estado, mas da multiplicidade de atores. Meio ambiente, economia transnacional, internet, direitos humanos são algumas dessas questões. No que tange aos direitos humanos certamente esse ramo já obteve avanços importantes. A possibilidade de um Estado ser julgado em uma corte internacional por atos ilícitos praticados contra seus próprios cidadãos demonstra como o vínculo entre Estado e cidadão não é tão absoluto e limitado à esfera nacional como outrora se pensava. Antes de ser cidadão cada sujeito é pessoa humana, e se o seu direito como pessoa humana é violado pelo próprio Estado é lícito e necessário que organizações internacionais interfiram. Os direitos humanos não desvinculam o sujeito de sua nacionalidade, obviamente, mas ressaltam a condição humana inerente a cada pessoa, sendo esta anterior e provavelmente mais importante que aquela de cidadã, ainda que esta também represente importância muito elevada, já que aqui situam-se as esferas dos direitos civis e políticos.

Todo esse movimento coloca em xeque a lógica da soberania estatal moderna. O conceito clássico que foi legado refere-se a Estado como compondo os elementos nação, soberania e território. Em um mundo onde empresas e outras forças transnacionais possuem tanta ou mais representatividade que os Estados é possível ainda falar de soberania no sentido clássico? Afirmam Cruz e Bodnar (2010, p. 54):

No Estado Transnacional, não haveria espaço para se falar em soberania na sua concepção clássica. As múltiplas relações existentes entre os Estados, a importância da atuação cooperativa destes em prol de uma pauta axiológica comum, bem como a complexidade dos novos desafios exigiria uma redefinição qualitativa e funcional para esta categoria. Tal redefinição pode encontrar uma expressão jurídica na medida em que são transferidas, para novas organizações, faculdades consideradas como inerentes à soberania tradicional.

A ideia de Estado Transnacional dificilmente encontraria aplicação prática naquilo que seria um Estado nos moldes nacionais estruturado numa esfera mundial. Seria mais plausível falar em direito transnacional ou então em um espaço transnacional. De qualquer forma surge a necessidade de se repensar a soberania, sendo ela em vários elementos transferida a este espaço transnacional.

O problema é que isto apenas discute a necessidade de construir um espaço transnacional, mas não define o como, ou seja, o procedimento, nem o que, aquilo que precisa ser transferido para a esfera transnacional. A problemática não é simples, pois um direito transnacional determinaria novas lógicas para o direito, novos rumos para a ciência jurídica, bem como novas formas de se relacionar o direito com a sociedade. A dificuldade, portanto, está em delimitar uma pauta de interesses e premissas a serem atendidas. A ideia é que o pensamento humanista pode auxiliar nessa construção, pois o direito transnacional, à medida que atinge cada ser humano, em cada região do planeta, não pode proteger interesses específicos, mas atender às necessidades humanas.

2 O DIREITO NO MUNDO GLOBALIZADO E TRANSNACIONAL

Observou-se como a globalização e a transnacionalidade mudaram a sociedade, consequentemente, o Direito, responsável por orientar a vida das pessoas, é fortemente afetado pelas mudanças ocasionadas por essa aproximação das nações do mundo.

As relações entre os Estados mudaram muito a partir da Segunda Guerra Mundial. Ocorre uma diminuição na autonomia das nações e ocorre uma submissão a inúmeras formas de instituições internacionais com suas próprias regras e condutas de decisão (OLIVEIRA, 2009, p.72).

Organismos multilaterais como BIRD, FMI, Banco Mundial, se tornam verdadeiros centros de interesses e titulares de um poder próprio e autônomo com o objetivo de tratar de problemas já existentes no âmbito interno, como meio ambiente, desigualdade social e terrorismo, mas agora sob uma perspectiva de suas consequências para todo o mundo (OLIVEIRA, 2009, p.72).

Muitos fatos que ocorrem em um país têm consequências também ao resto do mundo, não podendo um único Estado decidir como regulamentar algo que afeta a todas as nações. Um dos maiores exemplos disso na atualidade é a questão ambiental. O resultado da degradação ambiental provocada por uma região atravessa facilmente as fronteiras e vindo a influenciar a saúde de pessoas em regiões e países distantes.

Por isso que já há algumas décadas os atores internacionais vêm promovendo um esforço em conscientizar a população mundial da necessidade urgente em preservar o planeta. A questão ambiental é um dado evidente da emergência de uma lógica transnacional. O direito ambiental aborda assuntos que não se reduzem ao cenário interno, mas influenciam interesses distantes.

Não se pode mais pensar em nenhum fato como isolado, um acontecimento no interior de um país pode causar efeitos e mudar legislações no mundo inteiro. Um exemplo marcante é o acidente que ocorreu na boate Kiss no interior do estado do rio grande do Sul no Brasil. O incêndio na boate que causou a morte de mais de 230 pessoas deu origem a iniciativas de mudanças nas legislações por todo o país e também no exterior para que as medidas de segurança nos clubes noturnos e outros tipos de instalações sejam mais rígidas.

Nesse contexto, a pregação do não intervencionismo estatal tem forçado o Estado a abdicar parte de sua soberania e autonomia em nome de uma internacionalização (CALDAS, 2011, p. 67).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou ao buscar harmonizar as regras de direito interna com as externas, buscando regulamentar as normas internacionais adequando-as ao ordenamento jurídico pátrio.

A globalização aproxima as diferentes culturas, pessoas e povos, e dessa forma acaba tornando mais intenso os conflitos entre estas diferentes culturas. As contradições vão desde uma cultura diferente, como em implicações jurídicas em transações comerciais ou acordos internacionais.

Estes conflitos enfraquecem o sistema jurídico, as relações sociais e a cultura de forma generalizada para todos os povos (BECK, 1999, p. 30)⁹. Diante disso, a globalização é um fato real, e o Direito deve atender os Estados observando esta constante evolução das relações¹⁰.

A relativização cultural trazida pela globalização conduz a um dado importante: a relativização da norma jurídica. Se as culturas são relativas, se cada cultura é específica de uma região e período histórico, e que estas culturas inclusive participam da construção do direito, como aceitar o absolutismo de uma norma jurídica? Que fato valida uma lei como algo absoluto e inquestionável se esta lei carrega consigo a ideologia de um Estado¹¹ e a cultura de um povo? A lei brasileira é resultado do processo histórico e cultural do Brasil, e por isso é bastante diversa da lei dos países árabes, por exemplo.

A norma jurídica também é institucional, também pode causar tanto benefícios como prejuízos. Com isso a contemporaneidade alcança o momento em que se questiona inclusive a eficácia das normas jurídicas.

O crescente processo de globalização aproxima e obriga o envolvimento entre os

⁹ Trindade ao tratar do Direito Internacional demonstra o quanto o Direito carece no cenário internacional, quando se trata de negociações internacionais e com isso o sistema jurídico enfraquece (TRINDADE, 2006).

¹⁰ Contudo, como já salientado anteriormente, é notório que a globalização também traz problemas de várias naturezas. Estudos mais aprofundados sobre essa nova realidade podem ser feitos com a leitura dos autores que abordam o fenômeno da pós-modernidade, como Giddens (2002), Maffesoli (2000), Bauman (2008), Lyotard (2004) e Lipovetsky (2005).

¹¹ Reflexões importantes sobre a influência da ideologia no domínio de um Estado podem ser observadas na obra *A Ideologia Alemã* (MARX; ENGELS, 1998).

Estados nacionais e seus respectivos cidadãos, revelando várias diferenças. Hoje a sociedade latino-americana vive em constante contato com a norte-americana, com a europeia, com a africana, a árabe, chinesa, japonesa, e assim por diante. Porém cada Estado é resultado de certa história, com certos valores, de certa cultura jurídica.

Com a globalização esses valores entram em choque. Exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, ratificada e aceita pela maior parte dos países, e que logo em seus Artigos I e II afirma categoricamente a igualdade entre todas as pessoas, bem como a ausência de distinção em direitos e dignidade no que concerne a sexo, religião, cor, língua, entre outras especificidades. Porém, como nos deparamos com a questão islâmica então? É sabido que na cultura árabe a mulher ainda é vista em um patamar de inferioridade se comparado ao homem¹².

E aqui toca-se uma questão essencialmente jurídica. Extrapolando-a, encontra-se infinidades de outras contradições, como o tratamento conferido a estrangeiros em tantos países. Como se vê, a globalização aproximou a todos, mas isso não significa que as pessoas, instituições e nações estejam relacionando-se sempre de modo adequado.

Também os sistemas jurídicos nacionais revelam diferenças decorrentes da formação histórica dos povos. Para muitos Estados a base histórica de governo é a mesma, como por exemplo, o direito romano-germânico aplicado no Brasil, também aplicado em Portugal, ainda que assim existam elementos característicos a cada Estado que interferem nas relações sociais. Esta contradição se torna mais preocupante quando as bases de direito são diferentes e muitas vezes com valores contraditórios.

Atualmente, os três sistemas jurídicos mais representativos são a common law, a civil law e o direito islâmico, mas pode-se citar também o direito judaico¹³, o chinês, o japonês, entre outros. Estes sistemas jurídicos possuem maneiras distintas de se estruturar e aplicar o direito, de tal forma que invariavelmente resulta em conflito entre eles¹⁴.

¹² Não obstante este cenário vem sendo modificado, conforme se constata no artigo de Khalil 'Athamina (2007), que revela inclusive progressos em relação à tolerância entre muçulmanos e não-muçulmanos, além da crescente abertura ao mundo feminino dentro da cultura islâmica.

¹³ Para um estudo da relação entre common law e direito judaico recomenda-se a leitura da obra *Common law and Jewish law* (GOLDBERG, 2008).

¹⁴ Para um estudo sobre o uso da Ética como critério mediador de conflitos entre sistemas jurídicos contemporâneos recomenda-se a leitura do artigo *A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na*

A contradição é mais preocupante com sistemas jurídicos muito distintos dos demais, como ocorre com sistema jurídico islâmico, cuja fonte principal é o Corão, onde o Estado trabalha a serviço das leis divinas. Os sistemas jurídicos ocidentais partem do pressuposto de um Estado laico, autônomo do poder religioso.

No mundo islâmico a situação ainda é bastante diferente, sendo que o jurídico não pode contrariar o religioso. Diante disso, é concreto que a globalização compromete a estabilidade dos sistemas jurídicos no cenário global¹⁵.

Em mundo multicultural, com divergências inclusive em sistemas jurídicos, que valores, que práticas sociais, enfim, que critérios deveriam fundamentar o direito?

Essa questão representa outro fenômeno ainda mais significativo, que é a discussão sobre validade do positivismo jurídico na atualidade. O positivismo jurídico é oriundo da racionalidade moderna, desenvolve-se a partir da evolução da ciência positivista. Analisar o enfraquecimento do positivismo jurídico na contemporaneidade é essencial no desenvolvimento de um direito mais vivo, funcional, atual e com identidade para solucionar conflitos e direcionar adequadamente para o futuro próximo¹⁶.

Diante essa situação, surgem diversas teorias em busca de uma reestruturação do Direito, entre elas a de um direito transnacional, que teria uma abrangência além das fronteiras do Estado, regulamentando de forma genérica temas que envolvam todos os sujeitos, dessa forma, facilitando a resolução de conflitos que automaticamente refletem em uma maior segurança judiciária¹⁷.

Outra discussão que ganha força é a de um pluralismo jurídico, onde não se aceita mais apenas o Estado como elaborador de normas reguladoras. O processo de internacionalização das normas faz com que cada vez mais aumente o número de normas

contemporaneidade (SOARES, 2011).

¹⁵ Recentemente se observa cada vez mais a preocupação com a democracia nos países islâmicos, seria indício de transformações ocorridas pela influência do processo de globalização? É importante estabelecer aqui que não se faz qualquer juízo de valor entre este ou aquele sistema jurídico, mas apenas analisa a relação e os conflitos entre eles e como a globalização ocupa papel decisivo neste movimento.

¹⁶ Para um estudo acerca de um Critério Ético da norma jurídica como ponto de superação do positivismo recomenda-se a leitura do artigo *O critério ético da norma jurídica como ponto de superação do juspositivismo na contemporaneidade* (SOARES, 2010).

¹⁷ Para um estudo introdutório e conceitual sobre o Direito Transnacional recomenda-se o trabalho *A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais* (CRUZ; BODNAR, 2010).

privadas (CALDAS, 1988, p. 67).

A partir de uma ideia de direito como forma de prática social concernente às relações entre sujeitos ou pessoas (humanas, jurídicas, incorpóreas, etc.), William Twining elaborou a sua ideia de pluralismo jurídico em conexão à globalização contemporânea, identificando uma multiplicidade de níveis de relações e ordens: globais e, por extensão, espaciais; internacionais-globais; internacionais-regionais; transnacionais; intercomunitário; estatal-territorial; não estatal¹⁸.

Boaventura de Sousa Santos, de outro modo, há desenvolvido a sua reflexão sobre pluralismo jurídico e a “interlegalidade” no âmbito de uma concessão pós-moderna de direito, destacando-se da aproximação da antropologia jurídica tradicional. O estudante português desenvolveu a ideia de diferentes espaços jurídicos sobrepostos, compenetrados e heterogêneos tanto nas nossas mentes quanto no nosso agir jurídico. O conceito de “interlegalidade” foi utilizado por Santos propriamente para exprimir a intersecção dos diversos ordenamentos jurídicos que se produzem na vida de qualquer um, com o pressuposto que entre essas múltiplas redes de ordenamentos jurídicos há uma contínua porosidade¹⁹. No âmbito de tal reconstrução, Santos individua uma grande variedade de ordenamentos jurídicos; seis desses, todavia, configuram-se como reagrupamentos estruturais de relações sociais nas sociedades capitalistas contemporâneas: o direito doméstico, o direito da produção, o direito das trocas, o direito comunitário, o direito estatal e o direito sistêmico. Tais reagrupamentos, definidos em modo muito amplo, podem, em parte, sobrepor-se uns com os outros²⁰.

Por outro lado, o jurista e sociólogo alemão Gunther Teubner, enquanto expoente do filão crítico à contínua visão estadocêntrica e monista do direito, propõe-se a observar a multiplicidade das “constituições civis” que se produziram no contexto globalizado e privatizado, com referimento àqueles “regimes jurídicos privados” que construíram um

¹⁸ TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. p. 505-507. O Autor especifica que estes níveis não são associados em uma rede hierárquica vertical, do local ao global, porque incluem formatos sub-globais – como impérios, tradições jurídicas e diásporas – que atravessam a rigidez da articulação hierárquica. Nem todos os níveis são assim reconduzíveis à dimensão geográfica.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Law: A Map of Misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law. **Journal of Law and Society**, 14, 3, p. 279-302, 1987, p. 297-298.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge, 1995. p. 429.

quadro de pluralismo jurídico global caracterizado pela “fragmentação” das tradicionais instituições liberais. Desta perspectiva muda o papel das constituições, que não pode mais ser aquele de regular a sociedade inteira (assim como prevalecia no constitucionalismo moderno), mas deve ser reinterpretado à luz da nova função do direito constitucional global das colisões: reconhecer e gerir os fundamentais conflitos entre os fragmentos da sociedade mundial²¹.

Recentemente se é falado também de “pluralismo legal global” para referir-se àquele fenômeno, produto da globalização jurídica, pelo qual múltiplos sistemas jurídicos e/ou sociais se sobrepõem na regulação de uma mesma situação ou relação jurídica. O risco conexo a tal situação de pluralismo é evidentemente aquele de conflitos entre normas e entre sujeitos produtores de normas, de frente a qual uma possível solução é a *reductio ad unum*, com o fechamento do ordenamento por outros sistemas jurídicos competitivos. Para evitar tal desdobramento sob si mesmo – e afrontar no mesmo tempo o perigo de conflitos insanáveis – os ordenamentos jurídicos devem, assim, dotar-se de instrumentos de composição das conflitualidades, em uma perspectiva que é “constitucional” na medida em que envolve a dimensão constitutiva dos diversos sistemas jurídicos envolvidos. Paul Schiff Berman hipotetizou, sob tal propósito, um “constitucionalismo jusgenerativo”. Os princípios que apoiam esta concessão devem traduzir-se, sob o plano procedimental, em mecanismos, instituições e práticas discursivas com o objetivo de melhor responder a realidade plural do direito contemporâneo²².

A globalização desencadeia interconexões nas diversas áreas de atuação do homem. Preocupações de ordem econômica fazem com que o Estado divida o espaço em que se exerce o poder de forma desigual, descentralizada e não absoluta, com outras estruturas como organismos internacionais e empresas transnacionais (OLIVEIRA, 2009, p. 48).

²¹ TEUBNER Gunther. **Nuovi conflitti costituzionali**. Milano: Bruno Mondadori, 2012. p. 21.

²² BERMAN, Paul Schiff. Jurisgenerative Constitutionalism: Deriving Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, 2, p. 665-695, 2013, p. 668-669. Para Berman, no fim das contas, a questão relevante não é se o Direito pode eliminar os conflitos, mas se há, sobretudo, a possibilidade de mediar as controvérsias entre as diversas comunidades normativas, sempre mais frequentemente sobrepostas e compenetradas. A “confusão jurisdicional” a qual assistimos pode reservar importantes benefícios sistêmicos, promovendo o diálogo entre os diversos grupos, autoridades, níveis de governo, comunidades não estatais. A “redundância jurisdicional” (para usar uma iluminada expressão de Robert Cover) pode, assim, abrir as portas, segundo Berman, aos pontos de vista de atores estratégicos que de outra forma seriam silenciados.

Gianluca Maria Bella (2007, p. 167-168) afirma que o aumento das relações econômicas e sociais entre países de tradição jurídica diferentes determina várias consequências. Por um lado há uma diminuição dessas diferenças ao ocorrer uma aproximação das tradições jurídicas, por outro trata-se de uma fragmentação do Estado em uma pluralidade de centros de referências de interesses diversificados entre si, porém, nesse contexto, sendo conduzidos a um único espaço jurídico global, dentro do qual consequentemente se formará um ordenamento jurídico global.

Os argumentados abordados até aqui demonstram como há várias forças e fatores que já adentraram a lógica de um sistema jurídico globalizado, e o direito tem e continuará tendo grandes dificuldades de lidar com estas questões se prosseguir vinculado ao seu paradigma de direito interno. Não está se defendendo aqui a implementação de um direito mundial ou global, mas que algumas questões precisam ser elevadas a uma dimensão transnacional, pois não referem-se a interesses particulares de cada Estado, mas da multiplicidade de atores. Meio ambiente, economia transnacional, internet, direitos humanos são algumas dessas questões.

No que tange aos direitos humanos certamente esse ramo já obteve avanços importantes. A possibilidade de um Estado ser julgado em uma corte internacional por atos ilícitos praticados contra seus próprios cidadãos demonstra como o vínculo entre Estado e cidadão não é tão absoluto e limitado à esfera nacional como outrora se pensava. Antes de ser cidadão cada sujeito é pessoa humana, e se o seu direito como pessoa humana é violado pelo próprio Estado é lícito e necessário que organizações internacionais interfiram.

Os direitos humanos não desvinculam o sujeito de sua nacionalidade, obviamente, mas ressaltam a condição humana inerente a cada pessoa, sendo esta anterior e provavelmente mais importante que aquela de cidadã, ainda que esta também represente importância muito elevada, já que aqui situam-se as esferas dos direitos civis e políticos.

Havendo uma compreensão de que o Direito hoje precisa se adaptar a Globalização, não pode mais ser exclusivo de uma Nação, precisa ser pensado de forma global, de forma transnacional, parte-se para a problemática de como harmonizar sistemas jurídicos tão diferentes em cada país, como elaborar normas que possam conciliar culturas tão distintas como as do ocidente e do oriente.

Na próxima seção o objetivo será articular os fundamentos do Humanismo às discussões sobre transnacionalidade e a construção de um direito transnacional.

3 UM DIREITO HUMANISTA E TRANSNACIONAL

A expressão *Direito Transnacional* foi utilizada pela primeira vez por Philip Jessup que entendia que pelo fato das relações entre os Estados estarem cada vez mais complexas, a expressão *Direito Internacional* estava ultrapassada, não conseguindo mais atender as exigências dessa nova época. O *Direito Transnacional* abarcaria todo o direito que regulasse ações ou eventos que transcendessem as esferas nacionais.

Acerca de seu funcionamento, Paulo Cruz e Maurizio Oliviero (2012, p. 22) destacam que o *Direito Transnacional* seria aplicado por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e fiscalização, que atuariam em âmbitos difusos transnacionais, como na questão ambiental, na manutenção da paz, nos direitos humanos, entre outros.

Além disso, o *Direito Transnacional* deve ter a capacidade de ser aplicado coercitivamente, a fim de garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso. O ordenamento jurídico transnacional corresponderia a um sistema de normas que responderiam a pautas axiológicas comuns, assim justificando sua consideração como um todo e que seria impossível de ser alcançado pelos atuais sistemas de direito, quer sejam nacionais, internacionais ou comunitários (CRUZ; OLIVIERO, 2012, p. 23-24).

O *Direito* que adviria de um ambiente político-jurídico transnacional teria que ser forjado com base em princípios de sustentabilidade e solidariedade. Neste novo modelo de organização social que está por surgir, é essencial que os princípios de uma formação humanista que servira de base para a construção da civilização ocidental sejam atualizados ao modo como a humanidade se encontra na realidade contemporânea, não se perdendo por esta via a busca por realização do valor humano nesta reorganização política (CRUZ; SOARES, 2011).

Para Henrique de Lima Vaz (1992) o ser humano relaciona-se de modo subjetivo

consigo mesmo, de modo intersubjetivo com os outros e de modo objetivo com o mundo físico. Hegel (1986) também articulou a complexidade da existência humana em várias dimensões. Na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* o sistema hegeliano da Filosofia do Espírito é dividido em Espírito Subjetivo, Espírito Objetivo e Espírito Absoluto. No Espírito Subjetivo o ser humano é apresentado em suas relações interiores, subjetivas e também intersubjetivas, isto é, com os outros seres humanos. Fundamental para entender este momento seria retomar a obra *Fenomenologia do Espírito*, sobretudo a seção dedicada à consciência de si, na qual apresenta-se o processo de desvelar o mundo como uma atitude prática em que a consciência de si reconhece-se a si mesma no Outro e no mundo. É esta dialética de reconhecimento que permite as dialéticas objetivas do Espírito Objetivo, trabalhadas de modo mais amplo na *Filosofia do Direito* (HEGEL, 1982). Neste momento, o indivíduo reconhece-se no outro ao formalizar o direito positivo, ao identificar-se como sujeito moral, e portanto reconhecendo outros como sujeitos morais, sendo que cada um possui uma moral própria, ligada àquilo que cada um entende por bem ou mal, e por fim reconhece-se nos outros nas instituições da eticidade, a família, a sociedade civil e o Estado.

A ideia de intersubjetividade é fundamental para se compreender quaisquer relações humanas. Ela pressupõe que a construção subjetiva de cada indivíduo se dá nas relações que se estabelecem com outros sujeitos. Além disso, indica que a existência das instituições e a realidade objetiva das comunidades, nações, mundo, partem de pólos subjetivos, individuais. A ideia de intersubjetividade, decisiva para definir a identidade de cada indivíduo diante de si e do mundo é elaborada de modo complexo e profundo na fenomenologia existencialista de Merleau-Ponty (2006).

Em uma era transnacional, qual o impacto das ações subjetivas nos outros, nas instituições e nos mundos? Como analisar as instituições e a realidade objetiva mundana a partir das psicologias e subjetividades? E qual o alcance dessa intersubjetividade?

Os avanços tecnológicos alargam a dimensão intersubjetiva. As ações que um indivíduo pratica repercutem de modo direto ou indireto na vida de tantos outros, que muitas vezes nem se conhecem pessoalmente. Esse panorama intensifica a responsabilidade de cada sujeito.

O conceito de reconhecimento é fundamental na filosofia política hegeliana. É a partir

do reconhecimento intersubjetivo que se formam as instituições e a histórica se movimenta.

Em uma linha de pensamento humanista o reconhecimento intersubjetivo é fundamental, pois situa o ser humano como ponto de partida para se entender as relações sociais, políticas, econômicas, jurídicas, culturais, etc. Na seção anterior algumas premissas humanistas foram apresentadas, e a concepção de ser humano como centro e fim de nossas ações e discursos surgiu como demarcação do Humanismo. Ainda assim, de um ser humano comprometido com a vida contemplativa e a vida ativa. O Humanismo auxilia no entendimento de enxergar que existe uma dimensão humana por trás de cada fenômeno social, inclusive jurídico.

Como pensar e agir em uma sociedade transnacional? Para Beck deve-se pensar globalmente e agir localmente.²³ É um importante ponto de partida. Por mais que muitas ações possam ter efeito internacional ou mundial, na realidade poucas superam os limites locais. Por outro lado, muitas ações locais que parecem pequenas influenciam atores em outras partes, e a pequena ação pode gerar efeitos transnacionais. A transnacionalidade não pode ser entendida como abandono das localidades. A ideia de aldeia global não pode ser confundida com certa ingenuidade que caracteriza o entendimento de que o planeta inteiro hoje é um lugar só, e todos vivem a mesma realidade. Ainda que todos devam se responsabilizar, nem todos vivenciam a transnacionalidade de modo ativo. Pode-se dizer que a maioria é apenas passiva. Quantos realmente operam economicamente, profissionalmente, juridicamente, em âmbito transnacional? A ilusão de ter que pensar tudo globalmente pode afastar a consciência da realidade concreta, que é intervir na própria localidade.

Nisso implica a ideia de vida contemplativa e ativa. Contemplativamente significa que deve-se buscar a verdade. Para isso é preciso não finitizar a visão contemporânea de informação como mais uma mercadoria. É preciso realizar nova atualização, em sentido hegeliano, recuperando o saber como formação, como conhecimento profundo, mas que não abandone o importante viés prático e pragmático conquistado pelo mundo contemporâneo. Hoje, se por um lado a informação é sempre muito pontual, interferindo na

²³ Ver o artigo de Cruz, Bodnar e Xavier (2007): Pensar globalmente e agir localmente: o Estado Transnacional Ambiental em Ulrich Beck.

economia, por outro lado em muitos casos não forma os indivíduos.

No sentido de vida ativa é preciso despertar nos indivíduos um sentimento de responsabilidade perante o mundo. A democracia representativa parece transferir a responsabilidade aos governantes eleitos, afastando os cidadãos da sua responsabilidade cotidiana. Hegel²⁴ assinalou que o Estado é sempre reflexo dos seus membros. Se o Estado possui problemas, é responsabilidade e dever dos cidadãos movimentarem-se para modificarem a situação, do contrário são partícipes da dificuldade. Antonio Negri (2005) defende que hoje cada vez mais se rompem os laços entre governantes e governados, com os sujeitos passando a viver conforme a própria vontade. A afirmação hegeliana foi feita no século XIX, quando então os Estados nacionais, na clássica formulação moderna, não estavam em crise como se percebe hoje. A realidade do século XIX era mais nacional que hoje. Portanto, não há uma contraposição entre as percepções de Hegel e Negri. A abordagem do autor italiano auxilia na visualização dessa crise da soberania nacional. As pessoas já não se sentem tão ligadas a um Estado-nação como antes. Desse modo a ideia de responsabilidade hegeliana de cada sujeito diante do seu Estado hoje teria que ser entendida como responsabilidade diante de seu mundo, de sua realidade. É nessa perspectiva que situa-se a ideia de direito a partir da eticidade em Hegel.

[...] le droit est l'expression sublimée de la force collective transcendante. Le "droit" au sens large hégélien est l'ensemble du social objectivé au sein duquel une certaine negation de l'individu concret est la condition nécessaire de l'existence de la collectivité. Le Volksrecht corresponde Volksgeist, lequel ne constitue pas une entité mystique ou métaphysique, mais traduit les relations de toute espèce, - naturelles, techniques, économiques, Morales et intellectuelles, - que expliquent à un moment donné l'état d'une nation et la ligne de son développement. Le "droit" est un Volksrecht tout à la fois par son origine, par sa formation et par son objet; il est "présence de la liberté dans l'extérieur et, à ce titre, entre dans une pluralité de relations avec cet extérieur et avec les autres personnes" (ENC. Pr. 496); il est l'incarnation de l'idée dans la figure concrète d'un peuple determine. (MASPÉTIOL, 1983, p. 60-61).

²⁴ Para um estudo acerca da força da ideia de Estado em Hegel ver os seguintes autores: Juszezak (1980), Jarczyk e Labarrière (1989), Cafagna (1998) e Rosenfield (1983).

A superação do modelo moderno que vê o homem sempre como um sujeito nacional, vinculado apenas a seu Estado converge para a concepção humanista de ser humano situado no mundo.

E aqui um Humanismo oferece a sua contribuição decisiva. As ideias de formação dos indivíduos para contemplar e agir e de responsabilização perante a realidade são fundamentais. Entretanto, a preocupação com o ser humano para além das convenções parece ser indispensável. O mundo moderno de certa forma conseguiu libertar o indivíduo de sua submissão à Igreja. Por outro lado limitou-o a viver no e para o Estado nacional. Agora se fala em superação do modelo moderno? Contudo, será mais uma transformação institucional, e o ser humano será novamente fixado em alguns parâmetros? Quem será privilegiado na sociedade transnacional? Os Estados, as empresas transnacionais, as organizações internacionais ou as pessoas? Será voltado ao ser humano em si mesmo ou a alguns deles, de determinadas regiões? Essa pergunta é fundamental. As grandes revoluções da história pensaram libertar o homem, mas voltadas apenas a derrubar sistemas anteriores criaram outros. Pode-se fazer nova revolução que gerará novos problemas institucionais ou pode-se realmente pensar no ser humano. A problemática é complexa e enfrenta divergências de interesses, mas é urgente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões e caminhos escolhidos precisam considerar como condição fundamental uma pedagogia social capaz de orientar indivíduos e instituições a terem como referência em suas ações as relações intersubjetivas em uma dimensão transnacional.²⁵ Além disso, estas relações precisam observar aspectos tanto econômicos como ambientais, culturais, éticos e estéticos. Isto é, a transnacionalidade não pode se limitar a globalizar a dimensão econômica, mas compreender que há diferenças culturais e de valores entre diferentes regiões, civilizações, etc. A dimensão estética relembra ainda os operadores de que existe

²⁵ Zagrebelsky (2010, p. 137-138) aborda a importância fundamental de se ver a democracia como parte de nós e a partir daí fomentar-se uma pedagogia social para a democracia, que também converge para a ideia exposta neste trabalho. “La democrazia non è qualcosa fuori di noi, indipendentemente da noi, e tanto peggio per noi se ci siamo illusi. [...] La democrazia non promette nulla a nessuno, ma richiede molto a tutti. È non un ídolo, ma un ideale corrispondente a un’ Idea di dignità umana, e la sua ricompensa sta nello stesso agire per realizzarlo”. O autor finaliza a ideia defendendo uma pedagogia democrática, a necessidade de se ensinar a democracia.

um compromisso com o desenvolvimento das potencialidades humanas. A estética pressupõe a busca pelo belo, pelo harmônico, exigindo do ser humano uma preocupação com o próprio cultivo e aprimoramento pessoal.

E o mundo é cada vez mais repleto de pluralidades. Por mais que encaminha-se uma padronização de hábitos e costumes transnacionais, haverá sempre movimentos resistentes que geram individualidades, pequenos grupos, novas culturas. É preciso oferecer espaço de desenvolvimento a cada novo *ethos*.²⁶

Essa preocupação com ser humano indica ainda outra tarefa primordial ao operador que pretende pensar o fenômeno da transnacionalidade em uma perspectiva humanista: não se pode esquecer do indivíduo. Pensar a coletividade, a universalidade, a responsabilização de cada sujeito pela promoção do bem comum, é essencial, entretanto, é difícil concretizar esses objetivos se os indivíduos não conseguem lidar com seus dilemas pessoais e existenciais. É necessário não perder de vista que cada pessoa busca reconhecimento, intersubjetivamente, no sentir-se como membro de instituições, e a autorrealização, que é a busca pela felicidade, naqueles anseios e sonhos que são próprios de cada um. O Humanismo não pode perder de vista a construção da infinitude da consciência em cada indivíduo, isto é, a necessidade que cada um tem de renovar-se como pessoa, de construir novos hábitos, novos objetivos, sendo que esses novos estilos de vida nascem das relações intersubjetivas que se constroem no decorrer da vida. Enfim, o Humanismo precisa pensar a complexidade da vida humana agora em esfera transnacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ATHAMINA, Khalil. **How did Islam contribute to change the legal status of women:** the case of the Jawari or the female slaves. *Al-Qantara* (AQ) XXVIII 2, p. 383-408, jul./dez. 2007.

²⁶ Nesse aspecto é fundamental observar a questão da liberdade a ser desenvolvida em uma sociedade cada vez mais global: “L’espansione di libertà è espansione di potere: la libertà consiste sempre in un potere, in una sfera di decisioni ed azioni riservata al singolo. Quante libertà, altrettanti poteri, destinati a soddisfare interessi dell’individuo e a tradurre all’esterno le scelte della sua volontà. [...] La libertà non è concetto statico ma dinamico; non passivo e sterile, ma creativo: essa implica sempre un fare, cioè il compimento di atti, che istituiscono relazioni fra noi e gli ‘altri’. Si può dire che, mentre il principio democratico, e dunque la sovranità popolare, muove dal basso verso l’alto ed há carattere verticale, il principio liberale ha anche carattere orizzontale e concerne il rapporto fra noi e gli altri.” (IRTI, 2011, p. 145). Também é importante atentar-se ao fato de os indivíduos cada vez mais sentirem-se capacitados a guiarem-se por conta própria, sem tanta dependência do Estado. Ver Francesco Galgano (2001), o qual desenvolve a ideia de que existe uma nova *lex mercatoria* sendo realizada por empresários e empreendedores no âmbito transnacional.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

_____. **Conditio humana**: il rischio nell'età globale. Roma: Laterza, 2011.

_____. **O que é Globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELLA, Gianluca Maria. O “Direito” no Espaço Jurídico Globalizado: Perfis de Direito Administrativo Internacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 44, n. 174, p. 165-173, abr./jun. 2007. p. 167-168.

BERMAN, Paul Schiff. Jurisgenerative Constitutionalism: Deriving Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, 2, p. 665-695, 2013.

CAFAGNA, Emanuele. **La libertà nel mondo**: Etica e scienza dello Stato nei Lineamenti di filosofia del diritto di Hegel. Bologna: Società editrice il Mulino, 1998.

CALDAS, James Corrêa. **O Impacto da Globalização no Direito do Trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional Econômico) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2011.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio da; BODNAR, Zenildo; XAVIER, Grazielle. Pensar globalmente e agir localmente: o Estado Transnacional Ambiental em Ulrich Beck. *In*: XVI CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis : Fundação Boiteaux, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. A Construção de um Cenário Propício para uma Democracia Transnacional. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, Itajaí, v. 3, n. 1, 2011.

- DE MASI, Domenico. **O ócio criativo**. 4. ed. São Paulo: Sextante, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **A microfísica do poder**. 22. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Milano: Il Mulino, 2001.
- GALTUNG, Johan. **Direitos Humanos: uma nova perspectiva**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- GOLDBERG, Sylvie Anne. **Common law and Jewish law: The Diasporic Principle of dina de-malkhuta dina**. Behemoth. A Journal on Civilization, p. 39-53, jan-dez. 2008.
- HEGEL. Georg. W. F. **Enzyklopadie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse (1830)**. Dritter Teil, Die Philosophie des Geistes, mit den mündlichen Zusätzen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 10) auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe, Readktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.
- HYPOLITE, Jean. **Gênese e estrutura da Fenomenologia do espírito de Hegel**. 19. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.
- IRTI, Natalino. **Diritto senza verità**. Roma: Laterza, 2011.
- JARCZYK, Gwendoline; LABARRIÈRE, Pierre-Jean. **Le syllogisme du pouvoir**. Aubier: Bibliothèque Philosophique, 1989.
- JESSUP, Philip. Transnational Law. In: TIETJE, Christian; BROULDER, Alan; NOWROT, Karsten (Orgs.). **Essays in Transnational Economic Law**. Halle-Wittenberg: Transnational Economic Law Research Center, 2006.
- JUSZEZAK, Joseph. **Hegel et la Liberté**. Paris: C.D.U et Sedes, 1980.
- KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: o que é Esclarecimento? In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- KOJÈVE, Alexandre. **Introdução à Leitura de Hegel**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2002.
- KOYRÉ, Alexandre. **Estudos da história do pensamento científico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

LIPOVETSKY, Gilles. **Era do Vazio**: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Barueri: Manole, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: Olympio, 1979.

MAFFESOLI, Michel. **Tempo das Tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MASPÉTIOL, Roland. **Esprit Objectif et Sociologie Hégélienne**. Paris: Jvrin, 1983.

MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da Percepção**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias de. **A Relação de Poder e a Reorganização da Atuação Estatal no Domínio Econômico Diante dos Processos de Globalização**. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2009.

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Brasília: UnB, 1977.

ROSENFELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Law: A Map of Misreading. Toward a Post-Modern Conception of Law. **Journal of Law and Society**, 14, 3, p. 279-302, 1987.

_____. **Toward a New Common Sense**: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition. New York: Routledge, 1995.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 6. ed. São Paulo: Record, 2001.

SOARES, Josemar Sidinei. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 39, p. 140-163, jul./dez. 2011.

_____. O critério ético da norma jurídica como ponto de superação do juspositivismo na

contemporaneidade. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, Itajaí, v. 2, n. 2, 2010.

STEWART, Thomas. **Capital Intelectual**: a nova vantagem competitiva das empresas. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

TEUBNER Gunther. **Nuovi conflitti costituzionali**. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 20, p. 473-517, 2010

VAZ, Henrique de Lima. **Antropologia Filosófica II**. São Paulo: Loyola, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contro l'etica della verità**. Roma: Laterza, 2010.