

ORGANIZADORES

**Josemar Sidinei
Luciene Dal Ri
Rafael Padilha
Jaqueline Moretti Quintero**

ELEMENTOS DE CONSTITUCIONALISMO E TRANSNACIONALIDADE

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



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA**



VOLUME 1

Josemar Sidinei Soares

Luciene Dal Ri

Rafael Padilha

Jaqueline Moretti Quintero

ORGANIZADORES

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

Josemar Sidinei Soares

Maria Chiara Locchi

Rafael Padilha dos Santos

Jaqueline Moretti Quintero

Ildete Regina Vale da Silva

Luciana de Carvalho Paulo Coelho

Airto Chaves Junior

Bárbara Guasque

Alisson de Bom de Souza

Rafael do Nascimento

Queila de Araújo Duarte Vahl

Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld

Lisiane Ferreira Pieniz

Alessandra Ramos Piazera Benkendorff

André Emiliano Uba

Loreno Weissheimer

Tarcísio Germano de Lemos Filho

Salustino David dos Santos Andrade

Diogo Marcel Reuter Braun

Everson Luis Matoso

Rodrigo Roth Castellano

Ronan Saulo Robl

Denival Francisco da Silva

Demes Britto

Juliete Ruana Mafra Granado

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

Adilor Danieli

Queila Jaqueline Nunes Martins

Alessandra Ramos Piazera Benkendorff

Waldemar Moreno Junior

Celso Costa Ramires

Clayton Marafioti Martins

Thaís Vandresen

Mariza Viecili



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA**

2015



ISBN Italiano: 978-88-99490-00-3

ISBN Brasiliense: 978-85-7696-143-7

Reitor da UNIVALI

Prof. Dr. Mário César dos Santos

Reitor da UNIPG

Prof. Dr. Franco Moriconi

Editor Executivo E-Books/UNIPG

Leonello Mattioli

Organizadores

Josemar Sidinei Soares

Luciene Dal Ri

Rafael Padilha

Jaqueline Moretti Quintero

Colaboradores

Josemar Sidinei Soares

Maria Chiara Locchi

Rafael Padilha dos Santos

Jaqueline Moretti Quintero

Ildete Regina Vale da Silva

Luciana de Carvalho Paulo Coelho

Airto Chaves Junior

Bárbara Guasque

Alisson de Bom de Souza

Rafael do Nascimento

Queila de Araújo Duarte Vahl

Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld

Lisiane Ferreira Pieniz

Alessandra Ramos Piazera Benkendorff

André Emiliano Uba

Loreno Weissheimer

Tarcísio Germano de Lemos Filho

Salustino David dos Santos Andrade

Diogo Marcel Reuter Braun

Everson Luis Matoso

Rodrigo Roth Castellano

Ronan Saulo Robl

Denival Francisco da Silva

Demes Britto

Juliete Ruana Mafra Granado

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

Adilor Danieli

Queila Jaqueline Nunes Martins

Alessandra Ramos Piazera Benkendorff

Waldemar Moreno Junior

Celso Costa Ramires

Clayton Marafioti Martins

Thaís Vandresen

Mariza Viecili

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

Foto Aqueduto em Perugia (Itália)

Alexandre Zarske de Mello

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ**Presidente**

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

Este e-book foi possível por conta da colaboração da produção científica entre as Universidades de Perugia(Itália) e a Univali(Brasil) com o objetivo de divulgação, compartilhamento e produção do conhecimento jurídico, Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,

Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,

Telefone: (47) 3341-7880

Piazza Università, 1 - 06100 Perugia, con P.

IVA:00448820548



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



E25 Elementos de constitucionalismo e transnacionalidade : [recurso eletrônico]
estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre a UNIVALI/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália / Josemar Sidinei Soares... [et al.] organizadores [e] colaboradores - Dados eletrônicos. – Perugia: Università Degli Studi Di Perugia ; Itajaí : UNIVALI, 2015.

Estudos realizados no âmbito do convênio para pesquisas conjuntas entre a UNIVALI/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália (v.1).

Livro eletrônico.

Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>

Incluem referências.

Vários organizadores e colaboradores.

ISBN 978-85-7696-143-7 (e-book)

1. Direito – Estudo e ensino. (Brasil). 2. Direito – Estudo e ensino. (Itália). 3. Direitos fundamentais. 4. Sustentabilidade. 5. Transnacionalismo. 6. Pluralismo jurídico. I. Soares, Josemar Sidinei. II. Título.

CDU: 341.215.4

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VII
A SUSTENTABILIDADE COMO PROBLEMA TRANSNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO DE SANTI ROMANO E PAOLO GROSSI.....	9
Josemar Sidinei Soares	
Maria Chiara Locchi	
O FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE: as relações transnacionais, os atores transnacionais e a necessidade de criação de um espaço público de governança transnacional	32
Rafael Padilha dos Santos	
Jaqueleine Moretti Quintero	
A EXISTENCIA DE UMA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL MULTÍPLICE E O CONTEÚDO MÍNIMO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA REFLEXÃO PARA A TRAJETÓRIA DE UM CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL.....	55
Ildete Regina Vale da Silva	
Luciana de Carvalho Paulo Coelho	
O MODELO COMBINADO DE <i>REGRAS</i> E <i>PRINCÍPIOS</i> QUE TRATAM DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .	71
Airto Chaves Junior	
Bárbara Guasque	
DELIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR DECISÃO ADMINISTRATIVA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO	100
Alisson de Bom de Souza	
Rafael do Nascimento	
A SUJEIÇÃO DOS PARTICULARS AOS LIMITES IMPOSTOS PELO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: UM PARADIGMA EM CONSTRUÇÃO	119
Queila de Araújo Duarte Vahl	
Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld	
A TUTELA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE FACE AS NOVAS TECNOLOGIAS	132
Lisiane Ferreira Pieniz	
Alessandra Ramos Piazera Benkendorff	
A EFICÁCIA (APLICABILIDADE) DOS ACORDOS INTERNACIONAIS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELOS ESTADOS	148
André Emiliano Uba	
Lorenzo Weissheimer	
A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS DIANTE DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA	164
Tarcísio Germano de Lemos Filho	
Salustino David dos Santos Andrade	

CONTRIBUIÇÕES DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS PARA A ADOÇÃO DE CONDUTAS SUSTENTÁVEIS.....	185
Diogo Marcel Reuter Braun	
Everson Luis Matoso	
TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E O IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA) COMO INSTRUMENTO AUXILIAR PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	202
Rodrigo Roth Castellano	
Ronan Saulo Robl	
ÁGUA, BEM FUNDAMENTAL DA HUMANIDADE: Como o Brasil e a União Europeia têm se conduzido e se preparado para enfrentarem o problema de escassez de água.....	215
Denival Francisco da Silva	
Demes Britto	
ASPECTOS DESTACADOS DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE ÁGUAS, SEU TRATAMENTO NA UNIÃO EUROPEIA E SEU ATUAL CENÁRIO NA HUMANIDADE	244
Juliete Ruana Mafra Granado	
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni	
O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL	261
Adilor Danieli	
Queila Jaqueline Nunes Martins	
O TRATADO DE LISBOA União Europeia-UE E A POSSÍVEL CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL NO ÂMBITO DO MERCOSUL.....	276
Alessandra Ramos Piazera Benkendorff	
Waldemar Moreno Junior	
Atuação Estratégica da Força Policial e Interagências no cumprimento de Mandado Judicial de Reintegração de Posse à luz dos Direitos Humanos	295
Celso Costa Ramires	
Clayton Marafioti Martins	
Globalização, governança global e os desafios ao constitucionalismo contemporâneo: análise das teorias acerca da (im)possibilidade de se pensar o constitucionalismo global.....	311
Thaís Vandresen	
Mariza Viecili	

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 de professores de sua Faculdade de Ciência Jurídica. É o marco inaugural do acordo aditivo 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 SUSTENTABILIDADE COMO PROBLEMA TRANSNACIONAL SOB A PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO DE SANTI ROMANO E PAOLO GROSSI¹

Josemar Sidinei Soares²

Maria Chiara Locchi³

INTRODUÇÃO

O avanço da modernidade provocou a ascensão do Estado como instância máxima do poder, e por vezes como única instituição legítima a produzir o direito. Sobretudo após a Revolução Francesa, com a criação do ‘direito civil’ o fenômeno jurídico passou a se confundir com a legislação positivada, eliminando ou relegando a segundo plano as demais fontes tradicionais do direito, como os costumes, por exemplo.⁴

Esta nova acepção de direito conflita com a sistemática antiga, que vigorara por tantos séculos desde as civilizações antigas da Grécia e Roma até a Idade Média, que embora com formulações diversas baseavam-se em certo pluralismo jurídico, no entendimento ao menos implícito de que a sociedade é constituída por diversas instituições e cada uma é competente para regulamentar sua esfera de influência.

O município organizava as questões municipais, a família seus próprios interesses, a Igreja permanecia com o direito canônico, depois haveria a ascensão do direito dos comerciantes, e paralelo a isto as normas criadas pelos reis e a aplicação do direito romano. Particularmente fecundo é o período chamado por ‘direito comum’, bastante analisado por Paolo Grossi.⁵

A modernidade corta quase todos estes laços e reduz as relações humanas a apenas uma: Indivíduo-Estado.⁶ O Estado passa a regulamentar basicamente todas as esferas da vida, do direito de família ao comercial, do civil ao penal, das questões tributárias às da própria administração

¹ A segunda seção do desenvolvimento, ‘O Pluralismo como hipótese para compreensão do Direito na globalização’, foi escrito pela autora Maria Chiara Locchi. As demais seções do trabalho foram escritas pelo autor Josemar Soares.

² Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Professor nos cursos Pós-Graduação em Direito na Universidade do Vale do Itajaí.

³ Doutora em Direito pela Università di Macerata, Professora no curso de Direito da Università degli Studi di Perugia.

⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: Síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteaux, 2005.

⁵ GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 2001.

⁶ GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007.

pública. De certa forma observa-se a simplificação das relações humanas, pois passa a se ignorar que o indivíduo não é apenas membro de um Estado, mas também da família, da empresa, das organizações comunitárias, de determinada etnia, religião, etc.

No presente artigo um dos objetivos é apresentar o pluralismo jurídico, sobretudo na acepção dos doutrinadores italianos Santi Romano e Paolo Grossi, como reação a este crescimento desmedido da força estatal, em uma defesa de que o direito, mais do que privilégio do Estado, é colocado pela sociedade, na forma de instituição. O direito é a forma de como determinada instituição se posiciona diante de outras.

Não se trata, portanto, de defender o término do direito estatal, nem sua supremacia, mas do reconhecimento da existência de outros ordenamentos jurídicos, paralelos ao direito estatal, entre eles o direito internacional.

Por fim, apresenta-se que a concepção teórica do pluralismo jurídico é a mais plausível para a proteção das questões referentes à sustentabilidade no direito transnacional, a partir do momento em que se entende que o direito internacional é um ordenamento jurídico próprio, não totalmente dependente das forças nacionais.

1. FUNDAMENTO DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS: O HOMEM COMO SER SOCIAL

Aristóteles definiu o homem como ‘animal político’. O homem é o animal que se interessa pelas questões da Polis, pela vida comunitária. É da própria natureza humana nascer e viver no contexto das relações mútuas com os demais humanos. Aquele que consegue viver sozinho, totalmente afastado da vida comunitária, só poderia ser um deus ou uma besta, lembra o célebre filósofo.⁷

Também Platão estrutura a sua cidade ideal na República a partir da premissa de que o ser humano é essencialmente um ser de relação com os demais. Ninguém é capaz de realizar todas as funções para garantir a própria sobrevivência e bem-estar, daí a necessidade de distribuição de tarefas a partir da comunidade.⁸

Esta visão do homem como ser gregário, naturalmente tendente a conviver com os semelhantes foi a tônica da maior parte dos autores clássicos (greco-romanos e medievais).

⁷ ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

⁸ PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

A partir da modernidade, entretanto, triunfa o atomismo na teoria do Contrato Social, conforme a crítica hegeliana. Hobbes, Locke e Rousseau podem discordar de qual seja a natureza humana, se boa ou má, mas concordam que é no indivíduo que está o fundamento do Estado. É o indivíduo que abre mão de parte da liberdade para contratar junto aos demais a criação de uma instituição maior que ele e que o protegerá.⁹

Confrontada com a antropologia e a história das antigas civilizações e povos a teoria do contrato social não parece resistir. O espartano, o ateniense, o antigo egípcio, inca, bem como os integrantes de tribos consideradas primitivas ainda existentes não se submetem às determinações morais da comunidade porque estaria implícito um pacto social, mas porque enquanto membros de uma comunidade reconhecem aquelas regras. O contrato social, lembra Hegel, parte do pressuposto de que o homem existe primeiramente enquanto indivíduo e só depois enquanto ser político e intersubjetivo. Mas esta visão não resiste à realidade. O homem é, desde o nascimento, um ser social.

Também León Duguit lembra que a ideia de indivíduo atomizado não existe na realidade e não pode ser comprovada empiricamente por nenhum método.¹⁰

Qual outra espécie do reino animal necessita tantos anos de acompanhamento adulto para sobreviver? A maioria das espécies depois de poucos dias ou meses escapam do convívio familiar e passam a viver isoladamente (ou formam seus próprios bandos com outros singulares da espécie). Já o ser humano deixado sozinho na natureza não sobreviveria mais que pouquíssimos dias, pois sozinho é incapaz de se alimentar e resistir às dificuldades impostas pela natureza. O ser humano é, desde o início, dependente de outro ser humano.

Não é apenas o conceito de Estado que deriva da natureza social do homem, mas também o de comunidade, de nação, de povo, de tribo, de família, e, podemos alargar, ao de qualquer instituição moderna, como a empresa e os partidos políticos. Todas estas instituições seriam conexas à ideia de dialética do reconhecimento, para utilizar terminologia hegeliana. O fundamento das instituições e da vida comunitária (incluindo o Estado) está na natureza social do ser humano.

Com isso não se pretende dizer que o homem é primeiramente um ser coletivo e só depois

⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832- 1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel; ROSENFIELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

¹⁰ DUGUIT, Leon. **Souveraineté et liberté: leçons faites à l'Université Colombia**, New York 1920-21. Paris: Librairie Alcan, 1922.

individual. É evidente que cada ser humano existe em si mesmo. O que se busca enfatizar é que o ser humano é um ente relacional, que vive a partir de relações intersubjetivas. Isto é bastante diferente de afirmar que o coletivo é superior ao indivíduo. Mesmo o livre mercado, que consagra a necessidade egoísta (no sentido positivo de buscar a própria satisfação e felicidade e não de exploração do outro) do homem, depende das relações intersubjetivas para ser efetivado.¹¹

Há a natureza individual de cada pessoa, mas tal natureza já é constituída como aberta às múltiplas e infinitas relações intersubjetivas com o mundo, aquilo que podemos definir como diádes.

Ser cidadão, na Polis grega, e mesmo na República romana, não era apenas ser detentor de direitos e deveres, tal como se observa na maioria das democracias contemporâneas (que tendem a enfatizar inclusive de sobremaneira os direitos). O cidadão grego tinha direito a votar, a ser eleito, a discutir as grandes questões públicas nas assembleias, sendo que daí a exigência do desenvolvimento da oratória e da arte retórica, tão importantes e popularizadas pelos sofistas na antiguidade. Mas por outro lado era ele quem deveria buscar as armas e defender a Polis nos tempos de guerra, que naquele período, eram frequentes, pois a forma de poder e construir hegemonia sobre determinado local era, em grande parte, estruturado sobre o poder bélico. Se a Polis era a cidade dos homens livres, como Ésquilo gosta de enaltecer em *Os Persas*, distinguindo-a do império na qual o monarca exerce total poder sobre o povo, como era comum na maioria das antigas civilizações orientais, isto significava que de fato a Polis era o organismo que resultava da harmonia entre os diversos agentes que a integravam.

O cidadão grego não via a Polis como uma instituição externa, lançada sobre ele de forma opressora, mas como uma extensão de seu próprio corpo. A doença da Polis era a doença do cidadão. A saúde da Polis era a saúde do cidadão, conforme apresentado pela *República* de Platão. Os atenienses clássicos, ao menos aqueles da época dourada que se inicia com Péricles, sabiam que a luta pela Liberdade exigia também elevada carga de responsabilidade.¹²

Estabelecida a ideia de sociabilidade como condição humana passa-se agora a explorar a teoria do Pluralismo Jurídico, sobretudo na ótica dos doutrinadores italianos Santi Romano e Paolo

¹¹ Hegel introduz o conceito de Mitglied, do indivíduo como membro da comunidade, no sentido de desta realidade integrar a própria condição humana. HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des RechtsoderNaturrecht und StaatswissenschaftimGrundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzigBänden 7) [mitHegelseigenhändigenNotizen und den mündlichenZusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neuedierteAusgabeRedaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

¹² FINLEY, Moses. **La democrazia degli antichi e dei moderni**. Roma: Laterza, 2010.

Grossi, que também partem do conceito do homem como ser social.

2. O PLURALISMO JURÍDICO COMO HIPÓTESE DE COMPREENSÃO DO DIREITO NA GLOBALIZAÇÃO

Pluralismo jurídico é sem dúvida uma noção complexa e multidimensional: pode-se dizer, com as palavras do comparatista e antropólogo do direito Jacques Vanderlinden, que: “são tantos pluralismos jurídicos quantos são as pessoas que, até hoje, se interessaram por ele”¹³.

Entre as várias acepções da noção de “pluralismo jurídico” podem-se assinalar algumas, reconduzíveis ao superamento do monopólio estatal na produção jurídica por efeito da globalização, que se demonstram interessantes aos propósitos do discurso desenvolvido com o presente artigo. No âmbito dessas reflexões, a categoria “pluralismo jurídico” pode resultar eficaz para descrever a proliferação e sobreposições de sistemas jurídicos, entre e para além do Estado, e de relações transnacionais entre os diversos sujeitos.

William Twining, por exemplo, se perguntou acerca da crise da cultura jurídica acadêmica ocidental produzida pela globalização, revelando como algumas fortalezas de impostação teórica *mainstream* em relação ao fenômeno jurídico são agora colocadas fortemente em discussão: a ideia de direito como constituído exclusivamente pelo ordenamento jurídico do Estado e daquele internacional (o duo “westfaliano”); a concepção do Estado, da sociedade e dos sistemas jurídicos como entidades fechadas que podem ser estudadas isoladamente; a marginalização do ponto de vista dos destinatários das normas jurídicas, sujeitos de direito considerados “passivos”; a percepção do direito estatal moderno como uma criação do “Norte” (europeia e anglo-americana), difusa no resto do mundo através do colonialismo, do imperialismo, do comércio e, sucessivamente, das influências pós-coloniais¹⁴.

A partir de uma ideia de direito como forma de prática social concernente às relações entre sujeitos ou pessoas (humanas, jurídicas, incorpóreas, etc.), 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;

¹³ VANDERLINDEN Jacques. *Les pluralismes juridiques*. Bruxelles: Bruylants, 2013. p. 235. Outros além dos “pioneiros” do pluralismo jurídico – entre os quais podem-se citar: Duguit, Erlich, von Gierke, Gurvitch, Hauriou, Santi Romano – são dedicados à reflexão entorno do pluralismo jurídico, por diferentes perspectivas: Griffiths, Petersen e Zahle, Vanderlinden, Chiba, EngleMerry, Falk Moore, Menski, Shah, Sousa Santos, Teubner, Macdonald, Wolkmer. Esta reconstrução da galáxia dos estudiosos do pluralismo jurídico é absolutamente parcial.

¹⁴ TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 20, p. 473-517, 2010, p. 507-508.

internacionais-regionais; transnacionais; intercomunitário; estatal-territorial; não estatal¹⁵.

Boaventura de Sousa Santos, de outro modo, desenvolveu a sua reflexão sobre pluralismo jurídico e a “interlegalidade” no âmbito de uma concessão pós-moderna de direito, destacando-se a aproximação da antropologia jurídica tradicional. O estudioso 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 de que entre essas múltiplas redes de ordenamentos jurídicos há uma contínua porosidade¹⁶. 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 outros¹⁷.

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 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 mundial¹⁸.

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

¹⁵TWINING, 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.

¹⁶SANTOS, 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.

¹⁷SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge, 1995. p. 429.

¹⁸TEUBNER Gunther. *Nuovi conflitti costituzionali*. Milano: Bruno Mondadori, 2012. p. 21.

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 ao 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 procedural, em mecanismos, instituições e práticas discursivas com o objetivo de melhor responder a realidade plural do direito contemporâneo¹⁹.

Em vista do apelo ao pluralismo jurídico como paradigma conceitual de referimento pela construção de um direito transnacional voltado a promover a sustentabilidade, propõe-se, nesta sede, de considerar a reflexão da doutrina jurídica italiana – e em particular dos dois eminentes juristas Santi Romano e Paolo Grossi – da qual o contributo, embora precioso, não é adequadamente conhecido em âmbito global, com particular referimento ao contexto acadêmico anglo-saxão²⁰.

2.1 Direito como Instituição

Santi Romano, teórico do direito ativo na Itália na primeira metade do séc. XX, foi um dos principais expoentes da teoria institucional do direito, sob qual as bases haviam sido postas pelo francês Maurice Hariou, apenas alguns anos antes de Santi Romano publicar sua obra fundamental: *O ordenamento jurídico*²¹. O volume é composto por dois capítulos: “O conceito de ordenamento jurídico” e “A pluralidade dos ordenamentos jurídicos e suas relações”.

No primeiro capítulo, o autor desenvolve seu ponto de vista antiformalista sobre o direito

¹⁹ 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.

²⁰ A prova disso é que *O Ordenamento Jurídico*, obra capital de Santi Romano publicada em 1918, não foi nunca traduzida em língua inglesa, enquanto existem versões em língua espanhola (*El ordenamiento jurídico*, 1963), francesa (*L'ordrejuridique*, 1975), alemã (*Die Rechtsordnung*, 1975) e portuguesa (*O ordenamento jurídico*, 2008).

²¹ ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Firenze: Ed. Sansoni, 1967 (ed. or. 1918).

em oposição ao paradigma do positivismo jurídico baseado sobre o pressuposto de que o “Direito” equivale às “normas” ou ao “ordenamento jurídico” (enquanto coincidente com as normas).

Desde o início, Romano se concentra sobre o conceito de “ordenamento”, que não deve ser entendido como a soma de vários componentes, mas, sobretudo, como uma “unidade” em si, concreta e efetiva, e, assim, qualquer coisa de diverso dos elementos que o compõem. Mas se o Direito não é reduzível às normas jurídicas, quais são os seus elementos essenciais e qual é o *quid* que identifica o ordenamento jurídico como unidade em si?

Segundo Romano, o conceito de Direito é identificado ao conceito de “sociedade”, “ordem social” e “instituição”. A íntima conexão entre Direito e sociedade pode ser entendida em dois sentidos, reciprocamente compenetrados: *Ubiius, ibi societas* (onde há direito, há sociedade) e *ubi societas ibius* (não há “sociedade” sem a manifestação do fenômeno jurídico)²². Esta última afirmação requer oclareamento do conceito de “sociedade”. Romano entende com “sociedade” uma entidade que é, formalmente e extrinsecamente, uma unidade concreta, distinta das pessoas que fazem parte dela.

A “ordem social” é também um elemento crucial, na medida em que permite excluir todos os fenômenos caracterizados pelo “puro arbítrio” ou da “força material”: cada manifestação social – simplesmente porque é “social” – é governada por uma “ordem”, ao menos nos confrontos de seus membros.

O terceiro e último elemento essencial – aquele da “instituição” – constitui sem dúvida a cifra característica da teoria de Romano (que, de fato, é também conhecida como teoria “institucional”). Segundo Romano, cada entidade social, ou corpo social, é uma instituição, porque possui um objetivo e uma existência concreta. “Organização” é um conceito chave para compreender a essência das instituições, do momento em que consente reconduzir os fatos sociais no âmbito do direito coligando a noção de “instituição” com aquele de “ordenamento jurídico”: de fato, segundo Romano, o Direito é antes de todas “posições” (no sentido de “ato ou processo de por”), e isto é organização de uma entidade social²³. Desse modo, o direito continua a ser definido em um ponto de vista formal: o seu conteúdo material, de fato, resulta irrelevante em respeito à sua definição conceitual: “o direito como instituição” significa, assim, que o não-direito é apenas aquilo que é irrevogavelmente antissocial, isto é, individual por natureza. Poder-se-á

²² ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. p. 25-26.

²³ ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. p. 51.

proceder à classificação das diversas instituições com base ao seu âmbito de referimento (por exemplo, religioso, ético, econômico, artístico, educativo, etc.), mas nenhuma dessas, enquanto instituição, será ainda um ordenamento jurídico.

A adoção de tal quadro teórico, obviamente, comporta a identificação do direito (e dos ordenamentos jurídicos) também além da lei do Estado, e Romano coloca à prova a sua definição de direito explorando alguns exemplos significativos e casos de estudo – como o ordenamento jurídico internacional; a Igreja católica; as “pequenas instituições”, como a família; e mesmo as organizações criminais, como a máfia²⁴.

O segundo capítulo, como já acenado, é dedicado à pluralidade de ordenamentos jurídicos e às suas recíprocas interações, que são consequências diretas da prospectiva institucional desenvolvida na primeira parte: de fato, se cada instituição é um ordenamento jurídico, a igual dignidade e autonomia dos ordenamentos jurídicos não comporta o seu isolamento, e cada ordenamento deverá ter as próprias regras de interação com os outros. Segundo Romano, uma concessão jurídica pluralista visa superar aquele “reducionismo estadocêntrico” baseado sobre o liame entre positivismo jurídico e direito natural. Se a abordagem estadocêntrica pode ser explicada como a impostação de um fenômeno histórico que sem dúvida marcou uma época (qual seja o surgimento dos Estados modernos), a ideia de uma coligação “necessária” entre o direito e o Estado deve ser colocada em discussão, juntamente com a “necessidade mental” que é o pressuposto e que, segundo Romano, é símile à “ideia de Deus”²⁵.

A descrição das diversas formas de interação entre ordenamentos jurídicos é centrada no conceito de “relevância”. Os modos nos quais dois ordenamentos jurídicos podem ser relevantes um para o outro são: a superioridade/subordinação (A é superior a B); a pressuposição (A pressupõe B); a recíproca independência, mas comum dependência em respeito a uma terceira ordem jurídica (A e B dependem de C); a relevância unilateralmente concedida (A implementa B); a sucessão de ordenamentos (A é absorvida por B). Um ordenamento jurídico pode ser relevante para um outro em relação a diversos perfis, o que Santi Romana qualifica como diversos “momentos”²⁶: a “existência” de um ordenamento, o seu “conteúdo” e a sua “eficácia”.

²⁴O tratamento dos diversos “ordenamentos jurídicos” está contida seja no primeiro (p. 52 e s.) como, sobretudo, na segunda parte do livro, dedicada à pluralidade de ordenamentos jurídicos.

²⁵ ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**.p. 111. Romano observa que “a analogia entre o microcosmo jurídico e o macrocosmo do ordenamento jurídico do universo impõe esta personificação, o que torna possível a concessão de uma vontade única em um sistema harmônico”. p. 111.

²⁶ ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**.p. 148.

2.2 Pluralismo jurídico e complexidade social

Paolo Grossi – histórico do direito florentino, atualmente membro da Corte constitucional italiana – dedicou muitas de suas reflexões à complexa relação entre direito e sociedade, seja de um ponto de vista histórico, seja por meio de uma astuta observação dos fenômenos jurídicos contemporâneos. Grossi destaca o papel da história jurídica para uma autêntica compreensão do direito: de fato, enquanto histórico do direito, ele acredita que os juristas (positivos) devem colher o senso das normas jurídicas para além da formulação literal, superando o estéril formalismo através da verificação da eficácia de tais normas.

Grossi foi profundamente influenciado por Santi Romano. Em primeiro lugar, em relação ao conceito de “ordenamento” (jurídico)²⁷. Enquanto referido à “harmonia da diversidade, onde harmonia significa respeito e salvaguarda das diversidades”²⁸, a noção de “ordenamento” é um conceito chave para compreender as transformações do direito, da complexidade jurídica medieval ao absolutismo jurídico do Iluminismo, do direto do séc. XX até à informalidade e factualidade do direito global contemporâneo. Em segundo lugar, a herança de Santi Romano é também relativamente apreciada na ideia de “eclipse” do Estado, eclipse causado pela sua incapacidade de impor a ordem sobre os sistemas sócio-políticos e jurídicos sempre mais complexos²⁹. A ideia de “crise do Estado”, de fato, percorre o inteiro trabalho de Grossi, principalmente na sua análise das fontes jurídicas contemporâneas.

A centralidade da diversidade e do pluralismo jurídico – enquanto traços característicos do direito na Idade Média e paradigmas que devem ser recuperados no direito contemporâneo – vai incluída em uma perspectiva mais ampla dos fenômenos jurídicos, uma perspectiva que vem plasmada, nas obras de Grossi, de algumas palavras chave (absolutismo jurídico, particularismo, pluralismo, mitologias, modernidade, globalização) e duplas de conceitos opostos (direito/Estado, lei/costumes, alto/baixo, historicidade/fixidez, subjetividade/objetividade, abstração/concretude, exegese/interpretação, localismo/globalidade, uniformidade/fantasia, norma/aplicação, direito privado/direito público)³⁰.

Muito da atenção de Grossi foi dedicada à experiência jurídica medieval, que o histórico

²⁷ GROSSI, Paolo. *Ordinamento. Jus.* Vol. LIII, 1, 2006, p. 1-12.

²⁸ GROSSI, Paolo. *Ordinamento. Jus.* p. 2

²⁹ GROSSI, Paolo. «Lo Stato moderno e la sua crisi» (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano). *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Vol. LXI, 1, 2011, p. 1-22.

³⁰ ALPA, Guido; Paolo Grossi: alla ricerca dell’ordine giuridico. In:ALPA, Guido (Coord.). **Paolo Grossi**. Roma-Bari: Laterza, 2011, p. XIV.

florentino colheu nos seus traços de “rei-centrismo” e “comunitarismo” e na ideia do direito como entidade factual, com a consequente visão eminentemente consuetudinária do fenômeno jurídico³¹.

Um posterior aspecto distintivo da investigação de Grossi refere-se à desmistificação de algumas soluções conceituais e jurídicas “modernas” (com particular referimento às categorias elaboradas entre os séc. XVII e XIX e consagradas com o Iluminismo e a Revolução francesa), que frequentemente vêm apresentadas como conquistas indiscutíveis de um progresso definido, enquanto esse deveria ser propriamente concebido como resultados relativos a serem desconstruídos³².

O iluminismo jurídico e político teve necessidade de criar “mitos”³³ no momento em que a destruição das convicções e das instituições do antigo regime deixou um vazio para ser preenchido com alternativas “absolutas”. O novo “teorema” da modernidade se baseava sobre alguns pressupostos fundamentais: uma ordem sócio-política democrática, que exprime a vontade geral da nação; a representação política como um único instrumento para representar a própria vontade; o parlamento como única instituição com habilidade para exprimir normativamente a vontade geral (e consequente identificação da vontade geral com o direito legislativo); a legalidade como princípio fundamental da democracia moderna.

O Estado como único legislador legítimo (monismo jurídico), o primado absoluto do direito legislativo ao interno da hierarquia das fontes jurídicas (absolutismo jurídico), o “estado de natureza” como um mundo de indivíduos isolados, absolutamente livres e iguais: estas características essenciais do direito moderno são normalmente apresentadas como “crenças mitológicas”. Uma abordagem crítica, como aquela proposta por Grossi, não considera correto supervalorizar as conquistas indiscutíveis do constitucionalismo do séc. XVIII, como as declarações liberais dos direitos. Todavia, elas se mostraram “insuficientes”, na medida em que se baseavam sobre uma construção puramente artificial e intelectual (o “estado de natureza”) e implicavam uma redução cruel da complexidade social e jurídica.

Com o séc. XX, o cenário apenas descrito começa a mudar, com a crise irreversível do

³¹ Grossi foi acusado certa vez de um “novo medievalismo”, mas tal juízo parece o fruto de uma banalização do seu pensamento. Enquanto histórico ele é plenamente consciente do fato que a Idade Média representa uma experiência original, historicamente determinada, que foi perdida para sempre e não pode ser “recuperada”, nem mesmo como modelo.

³² GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffrè, 2007.

³³ O mesmo Santi Romano focou-se sobre a ideia de “mitos jurídicos”: ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano:Giuffrè, 1983 (or. ed. 1947), p. 126.

Estado-Nação e a descoberta da complexidade (social, econômica, jurídica). Em oposição à instância individual do direito pós-revolucionário do séc. XIX, o nascimento de diversas “formações sociais” (por exemplo, as organizações dos trabalhadores, os partidos políticos, as associações nascidas espontaneamente)³⁴ tiveram um efeito disruptivo sobre as pilastras daquele sistema jurídico (às quais correspondiam também uma específica “cultura jurídica”).

Longe de ser um ponto de referimento unicamente para os historiadores do direito, a obra de Grossi resulta muito importante também para o estudo do direito contemporâneo, no momento em que ele critica o reducionismo jurídico dominante (do “direito” à “lei”) e promove a dimensão objetiva do direito como instituição social, considerando o pluralismo jurídico e a peculiaridade de um ordenamento mais coerente com o corpo social.

Discute-se no próximo tópico a pertinência do argumento do Pluralismo Jurídico à proteção da Sustentabilidade na era da Globalização.

3. SUSTENTABILIDADE E TRANSNACIONALIDADE SOB O PRISMA DO PLURALISMO JURÍDICO

3.1 Sustentabilidade

Sustentabilidade³⁵ é assunto preeminentes nas pautas estatais atualmente. É responsabilidade do Estado, juntamente com todos os indivíduos que fazem parte dele, concretizar um desenvolvimento tanto de âmbito material quanto imaterial, que seja *sustentável* em todos os aspectos da sociedade, seja socialmente inclusivo, seja durável, seja ambientalmente limpo, gere inovação e, principalmente, garanta o bem-estar das gerações atuais e futuras.

Assim, a Sustentabilidade adquire um caráter pluridimensional, pois o bem-estar que ela busca garantir é pluridimensional. Freitas afirma que as dimensões da Sustentabilidade seriam cinco:

- a) social: composta pelo incremento da equidade, condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas e o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura;

³⁴ Sobre a importância das formações sociais e das comunidades intermediárias no constitucionalismo democrático: GROSSI, Paolo. *Introduzione al Novecento giuridico*. Roma-Bari: Laterza, 2012.p. 28.

³⁵ “[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

- b) ética: composta pelo reconhecimento da ligação de todos os seres, o impacto retroalimentador das ações e das omissões, exigência da universalização concreta do bem-estar e o engajamento numa causa que proclama e admite a dignidade dos seres vivos em geral;
- c) ambiental: ou se protege a qualidade ambiental ou não haverá futuro;
- d) econômica: necessidade de ponderação, o adequado *trade-off* entre eficiência e equidade, isto é, o sopesamento fundamentado dos benefícios e custos diretos e indiretos; e
- e) jurídico-política: determinação, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, da tutela jurídica do direito ao futuro³⁶.

Freitas deixa claro que tais dimensões existem entrelaçadas e se constituem mutuamente em uma dialética da sustentabilidade não podendo, sob pena de irremediável prejuízo, ser rompida. São dimensões intimamente vinculadas e essenciais ao desenvolvimento³⁷.

A pluridimensionalidade da Sustentabilidade permite que ela seja percebida como inerente à existência dos homens em sociedade, da mesma forma que o direito internacional é inerente à existência dos Estados, conforme explicitado anteriormente.

A partir do momento que o homem existe no mundo e, dessa forma, se relaciona com ele e com os demais homens, existe uma forma de vivência que é sustentável, ou seja, que é eficiente, produz crescimento, desenvolvimento, inovação, igualdade, garante um bem-estar, uma qualidade de vida de cada indivíduo com o mundo a sua volta em todas as dimensões.

Com isso percebe-se que existe uma demanda por Sustentabilidade que perpassa a história da humanidade. Muito antes de haver um problema ambiental devido a um desenvolvimento descontrolado a partir da Revolução Industrial³⁸, já havia profundas crises nas dimensões ética, social e econômica.

A história da humanidade está marcada pela desigualdade, exploração, guerras, epidemias, etc., que impediram que um bem-estar se instalasse na sociedade. A busca por um bem-estar para

³⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. p. 58-71.

³⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. p. 71.

³⁸ Não se nega a existência de problemas ambientais em menor escala que afetaram povos primitivos que, por exemplo, por não saberem utilizar a terra adequadamente, ocasionavam sua improdutividade. Porém, por ser em menor escala, não suscitava um problema de crise ambiental.

as gerações presentes e futuras em todas as dimensões sociais, sempre foi algo necessário, mas nunca alcançado.

A necessidade da Sustentabilidade, assim, é inerente à condição humana e sua sobrevivência no planeta Terra.

Os danos que a insustentabilidade em qualquer uma das dimensões supramencionadas ocasionam, não se mantêm somente no local que ocorreram, gerando consequências no mundo todo, pois, como explicado, é da essência da existência humana como sociedade global uma necessidade de sustentabilidade para o bem-estar global. A relação entre homem e ambiente não conhece fronteiras.

Muito do que impede uma efetivação da Sustentabilidade é o pensamento predominante na pós-modernidade³⁹ caracterizado pelo estrito materialismo-científico combinado com a compreensão separatista entre indivíduo e objeto, ocorrendo aquilo que Frijot Capra chama de crise da percepção⁴⁰, não se percebe que o mundo todo é naturalmente uma aldeia global⁴¹, que todos os indivíduos e nações são fios da teia da vida⁴², e que não há como garantir bem-estar se não for de modo total, em todo o planeta.

De qualquer forma, mesmo já havendo uma inseparabilidade natural entre os indivíduos e nações, com a globalização ocorre uma aproximação desses elementos já coligados, passando para uma nova etapa da humanidade em que os impactos em um local do globo ocasionam efeitos no resto de forma muito mais rápida do que em momentos anteriores da história.

A globalização consentiu uma passagem da sociedade industrial moderna para a atual sociedade de risco, uma mudança de tanto impacto quanto foi a passagem da sociedade agrária para a sociedade industrial.

Da mesma forma que na sociedade atual a técnica se desenvolveu amplamente, também se desenvolveram os riscos, de forma que Ulrich Beck define a sociedade atual como sociedade de

³⁹Jean-François Lyotard chama de pós-moderna o estado cultural após as transformações que afetaram as regras da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX. A era pós-moderna quer representar uma segunda etapa, mais elevada, de progresso das ciências. LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998.p. XV-XVI. Para aprofundamentos da caracterização e problemas da era pós-moderna, consultar, além da obra já citada: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001; GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002; MAFFESOLI, Michel. **Le temps des tribos: ledéclin de l'individualismedanslessociétés postmodernes**. Paris: MériadiensKlincksieck, 1988.

⁴⁰CAPRA, Frijot. **A Teia da Vida**: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

⁴¹MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

⁴²CAPRA, Frijot. **A Teia da Vida**: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos.

riscos. Os riscos são os mais diversos: acidentes em usinas nucleares, guerra nuclear, catástrofes ambientais, epidemias, terrorismo, entre outros⁴³.

Também Heidegger, já em 1927, indicava os perigos do avanço da técnica. O filósofo alemão destacou que o homem de hoje teria um pensamento mais calculista e menos reflexivo, caracterizando o que Heidegger chama de era técnica ou era atômica, em que o homem encontra-se em uma posição totalmente nova em relação ao mundo que agora aparece como um objeto sobre o qual o pensamento calculista investe, sendo que nada mais pode resistir aos seus ataques⁴⁴.

Beck destaca que os riscos que permeiam a sociedade atual possuem três características fundamentais: são universais, incalculáveis e imprevisíveis. Universais, pois todos estão sujeitos aos seus efeitos, independentemente de classe social, raça, gênero, credo, nacionalidade, etc. Os riscos possuem consequências que afetam a todos indistintamente, por isso é algo de interesse e preocupação de todos, ou pelo menos deveria ser⁴⁵.

São incalculáveis e imprevisíveis, pois a ciência não tem a capacidade de determinar quando esses riscos se tornaram realidade nem qual será a extensão do seu dano, apesar de conseguir determinar que de fato existem. Sendo que as provas são os diversos desastres que a sociedade tem enfrentado nos últimos tempos⁴⁶.

Nesse cenário, a única forma de se garantir uma Sustentabilidade efetiva, com diminuição dos riscos e garantia de bem-estar para todos, é por meio do diálogo entre os ordenamentos jurídicos nacional e transnacional.

3.2 Transnacionalidade

O fenômeno da transnacionalização surge em um novo contexto mundial derivado principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período pós-guerra fria, caracterizado pela desterritorialização da expansão capitalista, o enfraquecimento da soberania e a aparição de ordenamentos jurídicos gerados fora do monopólio

⁴³ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** Hacia una nuevamodernidad. Barcelona: Paidós, 2002.

⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Petrópolis: Vozes, 2006.

⁴⁵ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** Hacia una nuevamodernidad.

⁴⁶ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo:** Hacia una nuevamodernidad.

estatal⁴⁷.

Os ciclos de atividades das economias nacionais são cada vez mais determinadas pelos equilíbrios externos e pelos vínculos de interdependência que ocorrem em escala planetária⁴⁸.

Para além disso, a produção capitalista globalizada tornou-se fragmentada em número incalculável de fases e em constante mudança, descentralizadas e dispersas pelo planeta. Ao mesmo tempo, os segmentos distintos são integrados em amplas correntes de produção, distribuição e consumo. Cada economia nacional autônoma está sendo reestruturada e integrada externamente para que seja uma parte constituinte do sistema de produção global⁴⁹.

O capitalismo foi reorganizado em uma nova estrutura de redes que se estende pelo globo, o capital transnacional está no topo dessas redes globais e o capital local e nacional não podem competir com ele⁵⁰.

Há uma incompatibilidade entre a autodeterminação do Estado, como reflexo teórico da vontade da maioria soberana popular, e o poder financeiro e econômico das grandes empresas.

Nessa realidade, há um Direito ineficiente perante as questões transnacionais e seus efeitos no mundo todo. O Direito Nacional por si só não é suficiente para lidar com questões que geram efeitos a nível mundial. O Direito Internacional é fraco e não tem poder suficiente para obrigar as nações a cumprirem seus tratados. Por isso, seria necessário um Direito Transnacional.

Entende-se por transnacional espaços públicos não vinculados a um território específico que iriam além da ideia tradicional de Nação Jurídica, aceitando a pluralidade como premissa e possibilitando o exercício de poder a partir de uma pauta axiológica comum, consensual, destinada à viabilizar a proposição de um novo pacto de civilização. Essa pauta seria estabelecida por seleção consensual de valores, sendo que sua proteção não poderia ser viabilizada por intermédio das instituições nacionais, comunitárias ou internacionais atualmente existentes⁵¹.

A grande diferença de um sistema de governança internacional para novas formas de governança transnacional estaria na forma de articulação entre o poder local e o global, ou seja,

⁴⁷CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 10, n. 20, p. 159-174, jul./dez. 2011. p. 169.

⁴⁸ALMEIDA, Paulo Roberto de. **O Brasil e o multilateralismo econômico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 35.

⁴⁹CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012. p. 26.

⁵⁰CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. p. 26.

⁵¹CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 61.

não é possível prescindir da indispensável parceria cooperativa das esferas locais de poder e ao mesmo tempo é necessário multiplicar os esforços locais para a produção de melhores resultados em escala global⁵².

Essas novas estratégias de governança devem ter como pressupostos a aproximação de culturas e povos e a participação consciente e reflexiva do cidadão na gestão política, econômica e social. Esse novo cenário não pode ser uma imposição do mais forte, mas sim um resultado de emancipação de valores e posições jurídicas e subjetivas esquecidas, fragilizados e em situação de risco manifesto⁵³.

Esse ambiente político-jurídico transnacional criaria um sistema jurídica constituído por normas que responderiam a pautas axiológicas comuns que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional. O Direito Transnacional seria construído com base em princípios de inclusão social e proteção ao meio ambiente, sendo a sustentabilidade e a solidariedade dois dos principais itens do debate jurídico⁵⁴.

O Direito Transnacional deverá ser aplicado por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção, além da capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, entre outros⁵⁵.

É fundamental que o Direito Transnacional possa ser aplicado coercitivamente a fim de garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, residindo nesse questão seu diferencial de eficiência em comparação com os direitos nacional e internacional⁵⁶.

Esse sistema jurídico deve ser desterritorializado, ou seja, sem uma base física indefinida, que é uma das características dos elementos compõem o cenário transnacional. Não pode estar vinculado a um espaço estatal nacional, mas sem estar acima ou entre eles, está para todos ao mesmo tempo, ou seja, é desvinculado da limitação do âmbito territorial em que o direito nacional

⁵²CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade*.p. 144.

⁵³CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade*.p. 145.

⁵⁴CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade*.p. 48.

⁵⁵CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. *Reflexões Sobre o Direito Transnacional*.p. 22.

⁵⁶CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. *Reflexões Sobre o Direito Transnacional*.p. 23.

tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente suas leis⁵⁷.

Quanto ao seu conteúdo, o ordenamento jurídico transnacional deve ser a expressão de todas as nações jurídicas a ele submetidas. Deve refletir a vontade política de uma comunidade quanto aos seus valores e objetivos essenciais, ou seja, as decisões básicas que confeririam unidade e coerência à organização. Essas decisões versariam sobre os valores nos quais se funda, como a questão ambiental, direitos humanos, paz mundial e solidariedade, e sobre a distribuição do poder social e político⁵⁸.

Quanto ao aspecto formal, as normas de direito transnacional serão válidas se forem geradas de acordo com os procedimentos e pelos órgãos previamente estabelecidos no espaço público transnacional⁵⁹.

Uma questão de relevância historicamente global como é o problema da insustentabilidade em todas as dimensões da vida humana, só pode ser resolvida por meio de normas transnacionais em diálogo com as nacionais. Já afirmava Ulrich Beck acerca da necessidade de pensar globalmente e agir localmente⁶⁰.

A consolidação de uma nova cultura de sustentabilidade global deve partir de um paradigma de aproximação entre os povos e culturas, na participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social⁶¹.

Somente com novas estratégias de governança transnacional, baseadas na cooperação e na solidariedade, é que será possível assegurar um futuro com mais justiça e sustentabilidade.

Conforme se observa o ordenamento jurídico de um direito transnacional visando promover a sustentabilidade necessita de novo paradigma conceitual, pois a visão corrente de direito como exclusivo da fonte estatal parece incompatível com a ideia de um direito planetário.

Nesse sentido o pluralismo jurídico surge como opção viável, na medida em que aceita o direito para além do Estado e inclusive a necessária harmonia entre a esfera internacional e as esferas nacionais.

Sustentabilidade, conforme se demonstrou, não se restringe a questões de proteção de

⁵⁷CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional**.p. 24.

⁵⁸CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional**.p. 24-25.

⁵⁹CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional**.p. 25.

⁶⁰ BECK, Ulrich. **Qué es la globalización: falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Barcelona: Paidos, 2004.

⁶¹CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**.p. 120.

recursos hídricos, vegetais, animais, entre outros, embora tais questões sejam de primeira importância, mas deve abranger também a condição existencial humana, em sua necessidade de coexistir com a diversidade de etnias, culturas, relações, de ser capaz de viver autonomamente sem agredir a existência dos demais e do próprio planeta.

A questão da Sustentabilidade é de responsabilidade mundial, aqui não entendida apenas quanto obrigação dos Estados nacionais, mas dos indivíduos que vivem sobre este planeta. É necessário o prospecto de possibilidades jurídicas que sejam capazes de garantir a proteção do meio ambiente para a humanidade e suas gerações futuras, ainda que recorram a sistemas para além do monismo estatal consagrado pela modernidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da Sustentabilidade já transcende os domínios nacionais, revelando-se problemática de interesse à própria humanidade. Desse modo, o paradigma de Ciência Jurídica vigente, oriundo do pensamento moderno instituído sobre a supremacia do Estado-Nação, parece insuficiente para resolver tal dilema.

As teorias pluralistas acerca do(s) ordenamento(s) jurídico(s) surgem como opção viável para enfrentar a questão, vez que, não eliminando ou subestimando o poder estatal, defendem a necessidade de coexistência com outros ordenamentos jurídicos.

Santi Romano assinala que mesmo o direito internacional pode ser entendido como ordenamento jurídico próprio, pois ele não surge meramente do pacto entre os Estados nacionais, mas da própria necessidade de relações internacionais. A partir do momento que existe o Estado-Nação, ele existe também diante de outros Estados-Nações, e assim como o indivíduo não é isolado e precisa se incluir na ordem social vigente, os Estados-Nações precisam se articular sob o prisma do ordenamento jurídico internacional.

Diversos assuntos são de abrangência transnacional, extrapolando a incidência apenas nas relações internacionais, como direitos humanos, questões militares, e também a proteção ao meio ambiente global por meio do Direito da Sustentabilidade.

Os efeitos ambientais transcendem limites nacionais, e por ora não se observa solução jurídica advinda do paradigma moderno. Talvez a possibilidade de enfrentar a questão de modo pluralista a partir de um ordenamento internacional em que os Estados-Nações sejam não apenas

pactuantes, mas membros diretos e responsáveis por tal ordenamento, lance nova luz ao tema.

Tal temática ganha impacto cada vez maior ao longo do século XX e certamente se reforçará nas próximas décadas do século XXI, com a intensificação da globalização, exigindo maior diálogos entre os diversos atores ao redor do planeta.

Assim como o problema municipal emana da própria sociedade de determinado município o problema mundial da sustentabilidade emana da própria natureza e inexorável relação entre humanidade e meio ambiente.

Outra vantagem oferecida pelo pluralismo jurídico é também aquela de que os Estados-Nações não precisam ser reduzidos ou eliminados, mas responsabilizados. Nenhum indivíduo é apenas membro da humanidade. Cada pessoa é também integrante de comunidade, cidade, país, etnia, clubes, empresas, associações religiosas, políticas, ideológicas, etc. O ser humano, como ser inteligente e dotado de plurirrelações é capaz de integrar e se responsabilizar perante diversas esferas da existência.

Na perspectiva pluralista o direito transnacional pode ser pensado no prisma harmônico entre as forças locais, internacionais e mundiais, sem a necessidade de supervalorizar as primeiras e impedir a proteção de questões globais como a sustentabilidade, mas também ser derrubar as primeiras e promover algo semelhante a um direito mundial. A grande tarefa da teoria pluralista para o vigente século parece ser o de conciliar as diversas relações humanas de forma harmônica, na perspectiva de diversos ordenamentos jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, José de Lima. **Gestão Ambiental e Responsabilidade Social.** São Paulo: Atlas, 2009.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **O Brasil e o multilateralismo econômico.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ALPA, Guido; Paolo Grossi: alla ricerca dell'ordine giuridico. In: ALPA, Guido (Coord.). **Paolo Grossi.** Roma-Bari: Laterza, 2011, p. XIV.

ARISTÓTELES. **A Política.** São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: Hacia una nuevamodernidad. Barcelona: Paidós, 2002.

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización**: falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidos, 2004.

BERMAN, Paul Schiff. Jurisgenerative Constitutionalism: Deriving Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, 20, 2, p. 665-695.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; STAFFEN, Márcio Ricardo. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma del derecho en el siglo XXI. **Opinión Jurídica**, Medellín, v. 10, n. 20, p. 159-174, jul./dez. 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

DUGUIT, Leon. **Souveraineté et liberté**: leçons faites à l'Université Colombia, New York 1920-21. Paris: Librairie Alcan, 1922.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Trasformaciones del Derecho. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

FINLEY, Moses. **La democrazia degli antichi e dei moderni**. Roma: Laterza, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A importância da Gestão Ambiental para Proteção Ambiental. In: _____.; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GROSSI, Paolo. **Introduzione al Novecento giuridico**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. Milano: Giuffré, 2007.

GROSSI, Paolo. **Ordinamento. Jus**. Vol. LIII, 1, 2006, p. 1-12.

GROSSI, Paolo. «Lo Stato moderno e la sua crisi» (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano). **Rivista trimestrale di diritto pubblico**. Vol. LXI, 1, 2011, p. 1-22.

HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1982 (Werke in zwanzig Bänden 7) [mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen], auf der Grundlage der Werke von 1832-1845 neu edierte Ausgabe Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Phänomenologie des Geistes**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986 (Werke in zwanzig Bänden, 3) auf der Grundlage der Werke von 1832- 1845 neu edierte Ausgabe, Redaktion Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2006.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteaux, 2005.

LYOTARD, Jean-François. **A Condição Pós-Moderna**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1998.

MAFFESOLI, Michel. **Le temps des tribos: le déclin de l'individualisme dans les sociétés postmodernes**. Paris: Méridiens Klincksieck, 1988.

MCLUHAN, Marshall. **La aldea global**. Barcelona: Gedisa, 1993.

MORELLA JUNIOR, Jorge Hector. **Transnacionalização e Segurança do Comércio Mundial: a importância do poder econômico na difusão das normas anti-terroristas pós-onze de setembro e sua implementação no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009.

PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ROMANO, Santi. **Frammenti di un dizionario giuridico**. Milano:Giuffrè, 1983.

ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Firenze: Ed. Sansoni, 1967.

ROSENFIELD, Denis. **Política e Liberdade em Hegel**. São Paulo: 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, p. 297-298.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition**. New York: Routledge, 1995.

TEUBNER Gunther. **Nuovi conflitti costituzionali**. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

TWINING, William. Normative and Legal Pluralism: a Global Perspective. **Duke Journal of Comparative & International Law**, v. 20, p. 473-517, 2010.

VANDERLINDEN Jacques. **Les pluralismes juridiques**. Bruxelles: Bruylant, 2013.

O FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE: AS RELAÇÕES TRANSNACIONAIS, OS ATORES TRANSNACIONAIS E A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO PÚBLICO DE GOVERNANÇA TRANSNACIONAL

Rafael Padilha dos Santos¹

Jaqueline Moretti Quintero²

INTRODUÇÃO

O estreitamento das relações sociais originário da globalização está associado aos fluxos e redes de interação e interconexão que transcende as fronteiras dos Estados-nações, além de ter incrementado a densidade das interações globais, e aumentado a interpenetração das práticas econômicas e sociais - entendendo-se por interpenetração que culturas e sociedades distantes passam a encontrar-se em âmbito local, criando diversidade.

A problemática deste estudo se abre diante de um panorama em que o direito internacional tradicional revela-se inábil em lidar com a natureza complexa e interdependente das relações internacionais modernas, em que na arena mundial já não há como sujeitos apenas Estados, mas também indivíduos, empresas, organizações internacionais ou outros grupos.

Há assim a necessidade de se entender melhor o cenário da transnacionalidade e a ideia de fundação de um espaço público de governança transnacional que transpasse as fronteiras dos Estados a fim de viabilizar a disciplina das relações policêntricas. A globalização mudou a natureza da relação entre economia, sociedade e direito em uma perspectiva que vai para além do Estado. Conforme Berman³, o crescimento das atividades das corporações transnacionais renovou o interesse pela ideia feudal da *lex mercatoria* e outras formas de leis que operam fora do sistema

¹ O autor é Mestre em Filosofia pela UFSC; tem especialização em processo civil pela UNIVALI; especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo, na Rússia. É Professor do curso de Direito da UNIVALI e está cursando o doutorado na UNIVALI com dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia, na Itália, tendo realizado doutorado sanduíche na Università degli Studi di Perugia com bolsa CAPES mediante processo nº 18034-12-8.

² Aluna do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica – CDCJ/PPCJ da UNIVALI; Linha de Pesquisa: Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade. E-mail: jaquemoretti@hotmail.com

³ BERMAN, Paul Schiff. From International Law to Law and Globalization. In: University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers. Paper 23. 2005. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=uconn_wps>. p. 528.

estatal.

Portanto, o objetivo deste estudo é analisar o fenômeno da transnacionalidade, focando nas relações transnacionais para fazer evidenciar a importância de se pensar na formulação de um espaço público de governança transnacional. Trata-se de uma abordagem que também envolve a reflexão sobre um direito transnacional, já que as relações transnacionais revelam a existência de transações ou disputas que não possuem efeitos e regulação exclusivamente doméstica, e fazem perceber uma análise legal que é mais ampla do que o direito nacional, porque envolve pensar, além das decisões doutrinárias, legislação e processo legislativo, e precedentes judiciais, que o direito também é feito em escritórios privados, pela arbitragem privada, por contratos privados, em reuniões de corpos internacionais (sejam públicos e formais, sejam privados e informais). Aprende-se assim uma análise legal que é plural e multidisciplinar.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo foram realizados com base no método indutivo, e a construção dos entendimentos foi realizada a partir da pesquisa bibliográfica.

1. A RELAÇÃO ENTRE GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE

A globalização tem áreas específicas nas quais opera a reestruturação e redimensionamento da economia e relações sociais. Nessa ordem de ideias, Krätke, Wildner e Lanz propõem uma delimitação da transnacionalidade em relação à globalização, ao afirmarem que a transnacionalidade: “can be conceptualized as a multilayered process of expanding and intensifying transnational networking.”⁴

Held, McGrew, Goldbratt e Perraton consideram a transnacionalidade como um dos efeitos da globalização, como se depreende da seguinte definição proposta por esses autores para globalização:

a process (or set of processes) which embodies a transformation in the spatial organization of social relations and transactions – assessed in terms of their extensity, intensity, velocity and impact – generating transcontinental or interregional flows and networks of activity, interaction, and the exercise of power.⁵

⁴ KRÄTKE, Stefan; WILDNER, Kathrin; LANZ, Stephan. The transnationality of cities: concepts, dimensions, and research fields – an introduction. In: KRÄTKE, Stefan; WILDNER, Kathrin; LANZ, Stephan (Ed.). **Transnationalism and urbanism**. New York: Routledge, 2012. p. 2.

⁵ HELD, David; McGREW, Anthony; GOLDBRATT, David; PERRATON, Jonathan. **Global transformations**: politics, economics and

E complementam:

In this context, flows refer to the movements of physical artefacts, people, symbols, tokens and information across space and time, while networks refer to regularized or patterned interactions between independent agents, nodes of activity, or sites of power.⁶

Stelzer⁷ faz a distinção entre internacionalização, multinacionalização, globalização (mundialização) e transnacionalização. A internacionalização é uma relação entre países, não compondo como elemento necessário deste conceito a perspectiva global, mas a específica localização geográfica desses países, com a preservação de suas unidades nacionais, encetando entre si relações bilaterais ou multilaterais.

A multinacionalização, termo mais aplicado na organização das empresas do que em ciência política e jurídica, é utilizado especialmente na referência a “empresas multinacionais”, refere-se à ideia de alcançar outros países, de atuar em múltiplas nações diferentes, em diferentes territórios no mundo, mas sem alcançar uma extensão global.

Já a globalização é diferente da internacionalização, porque não é restrita ao raio de ação do Estado e sua ampliação, e também é distinta da multinacionalização, porque não se restinge à expansão das empresas para mais de um Estado. A globalização e a mundialização são sinônimos, a diferença se deve ao fato dos anglo-saxões preferirem a expressão “*globalization*” e os franceses “*mondialisation*”. Stelzer ressalta ainda: “global significa mundial, de alcance planetário.”⁸ Stelzer lembra também que um efeito representativo do global foi a possibilidade de ver o planeta Terra em 1969, consentindo uma visão panorâmica que dá a dimensão do global, mexendo com o imaginário das pessoas.

A globalização não é um aumento da velocidade do fenômeno da internacionalização, já que com a globalização há uma mudança da noção de soberania. Esta se torna mais relativa, divisível e permeável, como é possível observar pela supranacionalidade, a exemplo da emblemática transferência de parte da soberania dos Estados membros à União Europeia. A supranacionalidade implica a transferência de parte da soberania estatal a um bloco em relação a certas matérias, o que consente à ordem comunitária legislar sobre assuntos nacionais,

culture. California: Stanford University Press, 1999. p. 16, grifo do autor.

⁶ HELD, David; McGREW, Anthony; GOLDBRATT, David; PERRATON, Jonathan. **Global transformations**: politics, economics and culture. 1999. p. 16.

⁷ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 16-22.

⁸ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). **Direito e transnacionalidade**. 2011. p. 19.

constituindo-se assim em uma mudança no paradigma global, diferente da internacionalização.

Já a transnacionalização, segundo Stelzer, é um fenômeno reflexivo da globalização porque enquanto esta é abrangente - envolvendo globalmente-, a transnacionalidade tem por efeito o nascimento de um terceiro espaço diferente do nacional e do internacional por força da porosidade estatal e a origem de uma terceira dimensão social, política e jurídica que vai além da realidade nacional. Isso é evidenciado “pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.”⁹ Trata-se de um novo cenário em que a ideia de soberania da Paz de Vestfália é alterada por força da permeabilidade estatal, alterando-se de um quadro internacional (relação entre Estados), para um quadro transnacional (relações transnacionais, transnações), em que precedentes relações territoriais tornam-se relações virtuais, em que o espaço torna-se único e não mais fronteiriço. Como sintetiza Stelzer:

A transnacionalização representa, assim, uma das facetas da globalização, que não se descola dela, mas que reforça a ideia de permeabilidade fronteiriça, de relações espacialmente não localizadas, de ultracapitalismo e de decadência político-jurídica soberana.¹⁰

O prefixo de compostos “trans” vem do latim e, conforme o *Vocabolario etimologico della lingua italiana*¹¹, significa “além de”, “através”, a exemplo do modo como é empregado em palavras como “transalpino”, “transatlântico”. Assim, “transnacional” é o que vai além da noção de nacionalidade, vai além do vínculo jurídico-político estatal, que atravessa a noção soberana estatal. Segundo Oliviero e Cruz, enquanto o prefixo *inter* dá a ideia de “de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados”, a expressão *trans* “denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e da transformação dos espaços e dos modelos nacionais.”¹² E complementam:

Já o adjetivo ‘nacional’ indica a existência de uma coletividade, que é algo mais que um mero agrupamento de indivíduos: supõe-se aceitar que esta coletividade tem características próprias, que justificam sua organização como Estado.¹³

⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). *Direito e transnacionalidade*. 2011. p. 21.

¹⁰ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). *Direito e transnacionalidade*. 2011. p. 22.

¹¹ VOCABOLARIO etimologico della lingua italiana. Disponível em: <www.etimo.it>.

¹² OLIVERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*. 1. v. 1. n. Jan.-abr. 2012. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>>. p. 23.

¹³ OLIVERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. In: *Revista Novos Estudos Jurídicos*. 2012. p. 23.

A ideia de transnacionalidade está ligada à viabilidade de existência de mundos de convivência sem distâncias e fronteiras, transgredindo as exigências de ordem e controle do Estado Nacional. O modelo da interdependência transnacional supera o modelo dos mundos separados. Conceituando a categoria “transnacional”, afirma Beck:

“Transnacional” quer dizer: surgem formas de vida e de atuação cuja lógica interna pode ser explicada pela riqueza das descobertas que conduziriam os homens a erigir e sustentar mundos de convivência e relações de intercâmbio “sem distâncias”.¹⁴

O termo “transnacionalismo” é usado com referência seja à globalização, relacionado às trocas econômicas e estruturas políticas, seja à migração, relacionado às redes sociais transfronteiriças ou a comunidades étnicas que realizam migração. De todo modo, o termo adverte a importância da emergência e consequência de fluxos transnacionais, redes e práticas sociais, inclusive redefinindo o entendimento sobre “espaço”, já que comunidades e práticas sociais transnacionais alteraram a concepção das fronteiras, regulações políticas e construções de identidades nacionais.

O termo transnacionalismo é assim definido por Krätke, Wildner e Lanz: “With ‘transnationalism’ we refer to border-crossing processes, which are constituted through national conditions, while questioning them at the same time.”¹⁵ Essa definição consente a distinção da categoria “internacional” e “multinacional”, especialmente porque a transnacionalidade tem implícito o enfoque nas relações em rede e na ideia do surgimento de uma nova qualidade de relações econômica, social e cultural pela interação de organizações, comunidades, territórios e lugares.

O transnacionalismo se desprende da perspectiva tradicional das relações internacionais centradas apenas no Estado Nação e nas relações interestatais, para incluir na análise os atores não estatais e as relações transnacionais. Há assim uma superação do realismo como corrente das relações internacionais, pois estas colocam os Estados como centro das relações internacionais, como unidade básica de ação, e não consideram relevante o papel dos atores não estatais, cuja influência é sempre tida por indireta e por meio dos Estados. Nesta perspectiva tradicional, a geografia, a tecnologia e as políticas nacionais compreendem o ambiente em que os Estados interagem entre si, fornecendo *inputs* para o sistema interestatal.

¹⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 67.

¹⁵ KRÄTKE, Stefan; WILDNER, Kathrin; LANZ, Stephan. The transnationality of cities: concepts, dimensions, and research fields – an introduction. In: KRÄTKE, Stefan; WILDNER, Kathrin; LANZ, Stephan (Ed.). **Transnationalism and urbanism**. 2012. p. 1.

Para essa mudança de perspectiva do paradigma centrado no Estado para o paradigma de política mundial e consideração da transnacionalidade, foi importante o trabalho de Keohane e Nye Jr.¹⁶, publicado em 1971, intitulado *Transnational relations and world politics*. Estes autores consideram que há relações entre sociedades que ocorrem sem controle governamental e que apresentam relevância política, e que os Estados não são os únicos atores no mundo político.

Já Arnold Wolfers, no seu livro *Discord and collaboration*, de 1962, ao falar dos atores em política internacional, considera atores transnacionais ao falar:

[...] there is ample evidence to show that the United Nations and its agencies, the European Coal and Steel Community, the Afro-Asian bloc, the Arab League, the Vatican, the Arabian-American Oil Company, and a host of other nonstate entities are able on occasion to affect the course of international events. When this happens, these entities become actors in the international arena and competitors of the nation-state. Their ability to operate as international or transnational actors may be traced to the fact that men identify themselves and their interests with corporate bodies other than the nation-state.¹⁷

Segundo Sklair¹⁸, o sistema global pode ser conceituado de modo mais profícuo como um sistema que opera em três níveis ou esferas: econômico, político e cultural-ideológico. Cada esfera possui instituição representativa, estruturas e práticas coesas, organizadas e padronizadas, que produzem efeitos transnacionais.

Enfim, o fenômeno da transnacionalidade se origina no contexto da globalização, apresentando como características próprias a desterritorialização, a expansão capitalista, o enfraquecimento da soberania e o surgimento de um ordenamento jurídico criado à margem do monopólio estatal¹⁹.

2. AS RELAÇÕES TRANSNACIONAIS

As relações transnacionais sempre existiram, intensificando-se nos séculos XIX e XX. Atualmente, no entanto, mudam sua substância por força do maior número de atores transnacionais, de fóruns de negociação internacional, e das consequências da revolução da

¹⁶ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational relations and world politics: an introduction*. In: International organization. 25 v. 3 n. 1971. p. 329-349. Disponível em: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/sdrelint/ficheros_materiales/materiales016.pdf>.

¹⁷ WOLFERS, Alnold. *Discord and collaboration: essays on international politics*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1962. p. 23.

¹⁸ SKLAIR, Leslie. *Sociology of the global system*. 2. ed. Hemel Hampstead: Harvester Wheatsheaf, 1995.

¹⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). *Direito e transnacionalidade*. 2011. p. 50.

tecnologia de informação e comunicação²⁰. Apenas para ilustrar, na história recente, projetos globais de transnacionalismos dizem respeito a questões monetárias depois da dissolução do sistema de Bretton Woods em 1971, nova ordem a partir da Guerra do Golfo, novas formas de parcerias econômicas globais a exemplo da criação do G7 na década de 70, mas especialmente a partir da reunião de cúpula do G7 realizada em 1991 em Londres²¹, o Big Bang de Londres em 1985 que opera a liberalização e desregulamentação dos mercados, o Consenso de Washington que consente a liberalização financeira do Japão, depois estendida a outras nações, mediante influência do FMI e Banco Mundial.

No transnacionalismo contemporâneo há mudanças de alguns dos efeitos nos fluxos transnacionais, o que inclui: a globalização do capitalismo com seus efeitos desestabilizadores em países menos industrializados; a revolução tecnológica em relação ao transporte e comunicação; transformações na política global como a descolonização e a universalização dos direitos humanos; e o aumento das redes sociais que contribuem para a reprodução da migração transnacional²².

No entendimento de Habermas²³, após a Segunda Guerra Mundial o sistema Bretton-Woods, em conjunto com o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, asseguraram uma ordem econômica internacional que mantinha estabilidade nas políticas econômicas nacionais e regravava o comércio internacional, porém, com o abandono desse sistema em meados de 1970, originou-se daí um “liberalismo transnacional”, em que se testemunhou uma maior liberalização do mercado mundial, maior mobilidade do capital, alterações do sistema industrial que passa a adaptar-se à flexibilidade pós-fordista, com mercados cada vez mais globalizados, rompendo assim o equilíbrio precedente.

Keohane e Nye Jr. definem relações transnacionais como: “contacts, coalitions, and interactions across state boundaries that are not controlled by the central foreign policy organs of governments.”²⁴ Consideram os efeitos mútuos entre as relações transnacionais e os sistemas

²⁰ SARFATI, Gilberto. **Teorias de relações internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 163.

²¹ DRAINVILLE, André. The fetishism of global civil society: global governance, transnational urbanism and sustainable capitalism in the world economy. In: SMITH, Michael Peter; GUARNIZO, Luis Eduardo. **Transnationalism from below**. Comparative Urban and Community Research. 6. v. New Brunswick: Transaction Publishers, 1998.p. 35-36

²² GUARNIZO, Luis Eduardo; SMITH, Michael Peter. The locations of transnationalism. In: SMITH, Michael Peter; GUARNIZO, Luis Eduardo. **Transnationalism from below**. Comparative Urban and Community Research. 6. v. New Brunswick: Transaction Publishers, 1998. p. 4.

²³ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 99.

²⁴ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. **Transnational relations and world politics**: an introduction. 1971. p. 331.

interestatais. Incluem como fenômeno transnacional os seguintes: “multinational business enterprises and revolutionary movements; trade unions and scientific networks; international air transport cartels and communications activities in outer space.”²⁵ E ainda: “Multinational business enterprises, international trade union secretariats, global religious organizations, and far-flung foundations are all transnational by our definition.”²⁶ O transnacionalismo, por sua vez, segundo Vertovec²⁷, seria o conjunto de atributos das relações transnacionais, seus processos de formação e manutenção, e suas implicações mais amplas.

Um dos aspectos das relações transnacionais é a interação transnacional, a qual pode ou não envolver governos, sendo assim definida por Keohane e Nye Jr.: “is our term to describe the movement of tangible or intangible items across state boundaries when at least one actor is not na agent of a government or na intergovernmental organization.”²⁸ As interações transnacionais ocorrem dentro de um panorama de interações globais, que envolve a movimentação de informação, dinheiro, bens e pessoas, ou itens tangíveis ou intangíveis, através das fronteiras estatais. Há quatro tipos de interações globais: **1)** comunicação, que é o movimento da informação (ideias, crenças, doutrinas); **2)** transporte, que envolve o movimento de objetos físicos; **3)** finanças, pelo movimento do dinheiro; **4)** viagem, que é o movimento de pessoas. Essas quatro interações podem ser realizadas separadas ou simultaneamente, por exemplo, o comércio envolve normalmente essas quatro formas de interação simultaneamente.

As interações transnacionais, segundo Nye Jr. e Keohane, obedecem ao seguinte esquema:

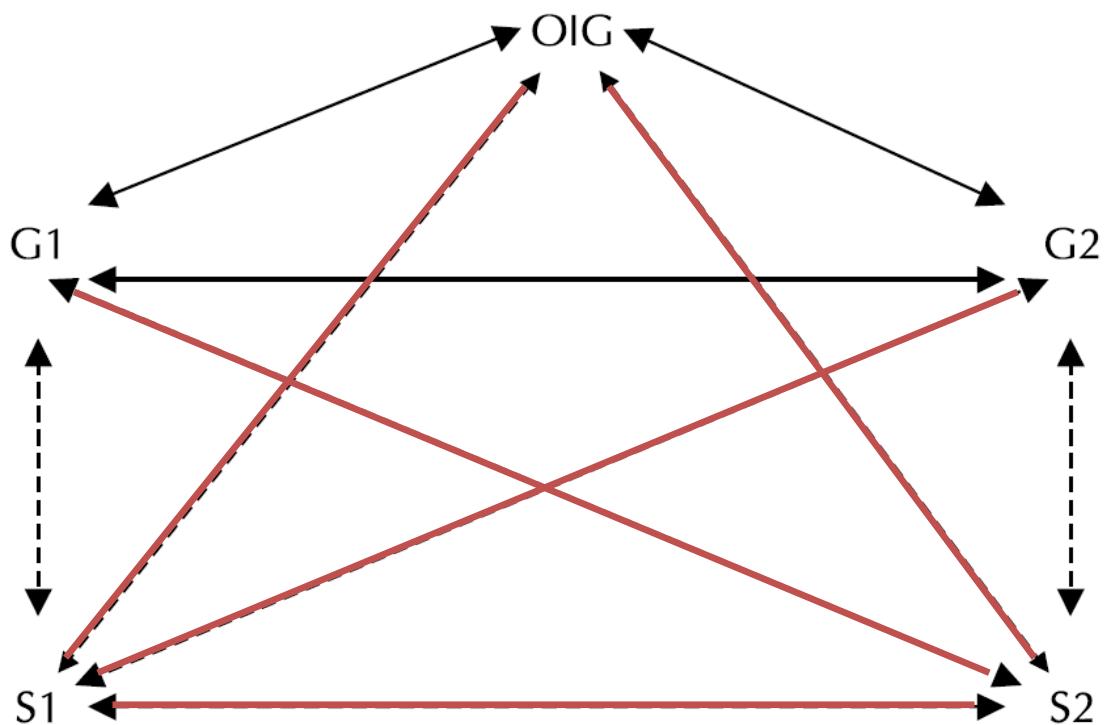
Figura 1. Interações transnacionais e políticas interestatais

²⁵ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. **Transnational relations and world politics**: an introduction. p. 331.

²⁶ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. **Transnational relations and world politics**: an introduction. p. 335-336.

²⁷ VERTOVEC, Steven. **Transnationalism**. New York: Routledge, 2009. p. 3.

²⁸ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. **Transnational relations and world politics**: an introduction. p. 332.



Fonte: NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational relations and world politics: an introduction.* 1971. p. 334.

No gráfico acima **G** é governo, **S** é sociedade, **OIG** é Organização Intergovernamental. As linhas pontilhadas dizem respeito às políticas domésticas, a interação entre o governo e a sociedade; já as linhas pretas não pontilhadas dizem respeito a políticas interestatais. As interações transnacionais estão representadas pelas linhas em vermelho, em que se observa que pelo menos um dos atores é transnacional, ou seja, não é nem um governo nem uma organização intergovernamental, de modo que tais atores desempenham papéis diante de governos estrangeiros ou sociedades estrangeiras. Tais relações transnacionais podem assumir diferentes formatos, por exemplo, as do vetor S1/S2 podem representar organizações internacionais não governamentais (como o Greenpeace) realizando pressão sobre a companhia Shell por força de um vazamento de petróleo no oceano; as da S1 e da S2 em relação ao OIG, podem ser grupos empresariais pressionando as negociações da OMC para fazerem prevalecer seus interesses; as S1/G2 e S2/G2 podem ser empresas transnacionais, como a BMW, buscando negociar com o governo brasileiro ou chileno sobre a instalação de uma nova fábrica.

Segundo Keohane e Nye Jr., as interações transnacionais podem provocar 5 efeitos: **1)** mudanças de atitude; **2)** pluralismo internacional; **3)** aumento das restrições nos Estados pela dependência e interdependência; **4)** aumento da habilidade de determinados governos influenciar

a outros; 5) surgimento de atores autônomos com políticas estrangeiras próprias que podem se opor ou infringir as políticas estatais.

Primeiramente, as mudanças de atitude podem ser exemplificadas pelas interações entre cidadãos de diferentes Estados que impliquem alterações de opiniões das pessoas dentro de determinada sociedade nacional, o que também pode ocorrer via comunicação transnacional ou, de modo mais indireto, pelo transporte, viagem e finanças transnacionais, ou pela ação de organizações transnacionais que criam marcas, mitos ou normas para suas atividades que influenciam uma certa sociedade, ou se tais organizações procurarem reproduzir crenças, estilos de vida ou práticas ocidentais em outros lugares do mundo.

O segundo efeito, o pluralismo internacional, significa “the linking of national interest groups in transnational structures, usually involving transnational organizations for purposes of coordination.”²⁹ Assim, envolve uma ligação entre grupos de interesses nacionais com organizações não governamentais internacionais com interesses comuns, a exemplo de movimentos sociais transnacionais, ou a ação do Greenpeace ou o WWF³⁰.

Terceiro, a criação de dependência e interdependência está normalmente ligada ao transporte internacional e a finança internacional, neste último caso, porque um sistema financeiro mundial integrado pode impossibilitar um Estado de ter total autonomia na definição de sua política financeira, ou então a atuação da Organização Mundial do Comércio que aumenta a dependência comercial mútua entre países. Mas também é possível pensar este terceiro efeito considerando o intercâmbio entre conquistas científicas e novas tecnologias, ou então a dependência de Estados a organizações transnacionais quando estas podem prover suas necessidades como bens, serviços, informações, legitimidade religiosa etc., hipótese em que é possível pensar em ajuda humanitária ou arranjos comerciais internacionais.

Quarto efeito, é possível a criação de novos instrumentos, a partir das interações transnacionais, para influência de um governo sobre outro, já que os governos frequentemente manipulam as interações transnacionais para alcançar resultados que são meramente políticos, por exemplo, o uso de turistas como espiões, ou orientar as transações econômicas em conformidade a seus próprios escopos políticos e econômicos, como, por exemplo, o emprego de

²⁹ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational relations and world politics*: an introduction. p. 338.

³⁰ SMITH, Jackie; CHATFIELD, Charles; PAGNUCCO, Ron. *Transnational social movements and global politics*: solidarity beyond the state. New York, Syracuse University Press, 1997.

tarifas ou políticas de quotas por parte de Estados mais poderosos com o objetivo de afetar o fluxo do comércio internacional, pela cobrança de tarifas mais altas de importação sobre bens processados do que em matérias-primas, para desencorajar a fabricação de bens processados em países menos desenvolvidos. A instrumentalização de organizações transnacionais por governos fica clara considerando o que ocorreu na década de 60 do século XX quando os Estados Unidos, para retardar o desenvolvimento da capacidade nuclear na França, proibiu a empresa IBM-França de vender certos tipos de computadores ao governo francês.

O quinto efeito envolve as organizações transnacionais como atores autônomos ou quase autônomos na política mundial, como a Igreja Romana Católica, empresas multinacionais, movimentos revolucionários etc. Tais organizações podem ter interesses que colidem com os dos Estados, como quando a GM decidiu transferir suas fábricas dos Estados Unidos ao México.

Outro aspecto das relações transnacionais são as organizações transnacionais, que não seriam compostas por cidadãos do mundo, nem seriam sempre controladas por indivíduos a partir de diferentes Estados, já que há organizações transnacionais que permanecem coligadas com sua sociedade nacional, a exemplo de empresas multinacionais que são geridas por cidadãos do Estado de sua matriz. Nem toda organização transnacional é geocêntrica, entendo-se por geocêntrico “only when the composition of its leadership and its pattern of behavior indicate that it has lost all special ties to one or two particular states.”³¹

Na obra *Power and interdependence*, de 1977, Keohane e Nye Jr. aprofundam esses entendimentos, que são transportados para a era da informação no artigo *Power and interdependence in the information age*³², de 1998. Sustentam que os fluxos transnacionais, que antes eram controlados por corporações multinacionais ou a Igreja Católica, conquanto permaneçam importantes atualmente, pelo barateamento da transmissão da informação o cenário mudou, abrindo o campo para organizações em rede vagamente estruturadas e para indivíduos, nas palavras de Nye Jr. e Keohane: “These NGOs and networks are particularly effective in penetrating states without regard to borders and using domestic constituencies to force political leaders to focus on their preferred agendas.”³³

Nye Jr. e Keohane, em suas análises, enfocam em atores não estatais (incluindo instituições

³¹ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Transnational relations and world politics*: an introduction. p. 336.

³² NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Power and interdependence in the information age*. In: Foreign affairs. 77, 5. set./out. 1998. Disponível em: <http://academos.ro/sites/default/files/power_and_interdependence.pdf>. p. 81-94.

³³ NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. *Power and interdependence in the information age*. p. 83.

internacionais), em formas de poder que vão além do poderio militar ou de ameaças, adicionam à interdependência a ideia de anarquia no sistema internacional, e que na política internacional é preciso focar também na cooperação e não apenas no conflito³⁴.

Badie e Smouts, em 1992, apresentam a seguinte definição para relações transnacionais:

toute relation qui, par volonté délibérée ou par destination, se construit dans l'espace mondial au-delà du cadre étatique national et qui se réalise en échappant au moins partiellement au contrôle ou à l'action médiatrice des États.³⁵

A definição de Badie e Smouts apresenta semelhanças com a definição de Nye Jr e Keohane, ao focar em relações transfronteiriças, fora do controle estatal nacional, porém, adicionam que tais relações podem ocorrer “deliberadamente ou de forma aleatória”, que estão “ao menos parcialmente” fora do controle estatal, e constituídas no “espaço mundial”.

Já Risse-Kappen apresenta a seguinte definição:

*Transnational relations, i.e., regular interactions across national boundaries when at least one actor is a non-state agent or does not operate on behalf of a national government or an intergovernmental organization, permeate world politics in almost every issue-area.*³⁶

Tal definição engloba relações trans-societárias e trans-governamentais, e consente também a reflexão, ao invés de “Estado-cêntrica” e “sociedade-dominada”, de um exame de uma interação interestatal mundial com a “sociedade mundial” de relações transnacionais. Risse-Kappen³⁷ considera que o impacto de atores e coalizões transnacionais em políticas estatais pode variar considerando: **a)** diferenças nas estruturas domésticas; **b)** o grau da institucionalização internacional. Primeiro, as estruturas domésticas significam arranjos normativos e organizacionais que constituem o Estado, a estrutura da sociedade e que ligam ambos ao governo, nas palavras de Risse Kappen:

Domestic structures encompass the organizational apparatus of political and societal institutions, their routines, the decision-making rules and procedures incorporated in law and custom, as well as the values and norms embedded in the political culture.³⁸

³⁴ KEOHANE, Robert O. **After hegemony**: cooperation and discord in the world political economy. Princeton: Princeton University Press, 2005. Ver também: MILNER, Helen V.; MORAVCSIK, Andrew (Ed.). **Power, interdependence, and nonstate actors in world politics**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

³⁵ BADIE, Bertrand; SMOUTS, Marie Claude. **Le retourement du monde**: sociologie de la scène internationale. Paris: Presses de Sciences Po., 1992. p. 66.

³⁶ RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in**: non-state actors, domestic structures and international institutions. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 3, grifo do autor.

³⁷ RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in**: non-state actors, domestic structures and international institutions. 1995. p. 6-7.

³⁸ RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in**: non-state actors, domestic structures and international institutions. p. 20.

Quanto mais um Estado dominar sua estrutura doméstica, maior dificuldade terão os atores transnacionais de penetrar no sistema social e político de tal país, ou seja, as diferenças nas estruturas domésticas determinam o diferente impacto político dos atores transnacionais³⁹. Tais estruturas domésticas, portanto têm a capacidade de mediar, filtrar e refratar a influência dos atores transnacionais nas políticas sobre qualquer temática. Isso porque os atores transnacionais, para influenciar determinada política, devem superar dois obstáculos: **a)** devem ter acesso ao sistema político do Estado-alvo; **b)** devem gerar e/ou contribuir para coalizões políticas em seu favor para mudar as decisões na direção pretendida.

Sobre a extensão que os atores transnacionais conseguem ter acesso ao sistema político, é preciso considerar que os governos nacionais determinam se os atores da sociedade estrangeira estão autorizados a entrar no país e perseguir seus objetivos junto aos atores nacionais, o que envolve a exigência de vistos, emissão de licenças de exportação, garantias aos direitos de propriedade etc. Um exemplo que demonstra que quanto mais as estruturas domésticas são controladas pelo Estado, maior dificuldade de penetração tem os atores transnacionais, é a dificuldade que os grupos de paz e direitos humanos tiveram em estabelecer contato, no passado, com movimentos dissidentes na Europa comunista oriental, porquanto há menos canais de influência política. Isso não significa a predominância do modelo Estado-cêntrico, por dois motivos: primeiro, porque a capacidade de controle transnacional de ativistas por parte dos governos é uma função de estrutura doméstica; segundo, mesmo que os governos sejam cruciais para possibilitar atividades transnacionais, os efeitos dessas atividades podem, mesmo sob tal controle do governo, continuam sendo significativas⁴⁰.

Apenas a facilidade de acesso não assegura o impacto político, por isso, a capacidade dos atores transnacionais de induzir mudanças políticas depende também de sua habilidade em realizar coalizões no Estado visado, o que envolve ajustar-se à estrutura doméstica de tal país, a exemplo do *lobby* que um país exerce dentro de um outro. Observa-se assim que as estruturas domésticas são importantes para determinar tanto a disponibilidade de acesso ao sistema político, quanto a dimensão e as condições para se conseguir encetar coalizões. Deste modo, é possível que os atores transnacionais sejam mais influentes na Europa do que na China.

³⁹ RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in:** non-state actors, domestic structures and international institutions. 1995. p. 25.

⁴⁰ RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in:** non-state actors, domestic structures and international institutions. 1995. p. 25.

Quanto ao grau da institucionalização internacional, significa a extensão que determinado tema é regulado por acordos bilaterais, regimes multilaterais e/ou por organizações internacionais. Quanto maior for o grau de tal institucionalização, maior é a influência dos atores transnacionais no Estado, porque as estruturas de governança internacional costumam legitimar as ações transnacionais, influenciando assim no processo de regulamentação internacional e afetando na constituição de coalizões interestatais. Nas palavras de Risse-Kappen: “International institutions are then expected to facilitate the *access* of transnational actors to the national policy-making processes.”⁴¹

Há quem mencione o transnacionalismo como um aumento de uma subversão popular “a partir de baixo”, como alternativa para fugir do controle e dominação “a partir de cima” perpetrados pelo capital e pelo Estado, representada tal resistência pela: “cultural hybridity, multi-positional identities, border-crossing by marginal ‘others’, and transnational business practices by migrant entrepreneurs”⁴². A expansão do espaço das redes sociais “a partir de baixo” facilita a reprodução da migração, a prática de negócios, crenças culturais e agências políticas.

Nesta perspectiva é preciso considerar os novos atores sociais e especialmente a possibilidade de organização política de espaços transnacionais, a qual pode ser realizada em múltiplos níveis. As práticas transnacionais não ocorrem em um local imaginário ou em um “terceiro lugar” localizado em modo abstrato “dentro/entre” os territórios nacionais, mas em um espaço que não é nem nacional, nem internacional.

3. OS ATORES TRANSNACIONAIS

Ator significa qualquer ente que realize quaisquer fluxos ou relações em âmbito internacional ou transnacional. Atualmente, o mundo é palco de diversos atores diferentes, desiguais e interdependentes. Os velhos atores eram, principalmente, o Estado-nação e as organizações internacionais intergovernamentais, os quais continuam existindo, mas com novos papéis. Atualmente, originaram-se novos atores, a exemplo das organizações internacionais não governamentais e as empresas transnacionais.

⁴¹ RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in:** non-state actors, domestic structures and international institutions. 1995. p. 31.

⁴² GUARNIZO, Luis Eduardo; SMITH, Michael Peter. The locations of transnationalism. In: SMITH, Michael Peter; GUARNIZO, Luis Eduardo. **Transnationalism from below.** Comparative Urban and Community Research. 1998. p. 5.

Segundo Krasner⁴³, para que existam atores transnacionais é preciso que o sistema possua múltiplos centros de autoridade política, de modo que se os Estados fossem totalmente autárquicos, com alta centralização política, e se as relações internacionais fossem conduzidas apenas por funcionários estatais, não haveria atores transnacionais.

Os atores transnacionais são atores não estatais, que podem ou não ter legitimidade. São exemplos as empresas transnacionais, organizações internacionais não governamentais (OINGs), organizações internacionais intergovernamentais (OIGs), bem como a igreja, partidos políticos, prefeituras (que muitas vezes realizam políticas externas independentes do próprio Estado a que pertencem), mas também terroristas, traficantes internacionais, máfias e outros infratores transnacionais.

As organizações internacionais intergovernamentais (OIGs), como ensina Jacobson⁴⁴, são instituições criadas por pelo menos dois governos para encetar interações políticas regularmente, como é o caso das Nações Unidas e do Fundo Monetário Internacional; já as organizações internacionais não governamentais (OINGs) não são constituídas por Estados, mas por associações de indivíduos ou organizações da sociedade civil por intermédio de acordos não governamentais sobre alguma matéria de interesse comum.

Quanto às empresas transnacionais, primeiramente é preciso diferenciá-las das empresas multinacionais. Segundo Thompson⁴⁵, as empresas multinacionais possuem uma produção disseminada por diferentes países, porém ainda mantêm uma base nacional na qual suas operações são coordenadas, ou seja, estendem suas atividades para além das fronteiras da sua base nacional, mas permanecem identificadas com a sua economia nacional. Já as empresas transnacionais estão desvinculadas de qualquer base nacional. Tanto a empresa multinacional quanto a transnacional produzem e comercializam internacionalmente e buscam maximizar seus lucros através de uma produção localizada em qualquer lugar que apresente menor custo, porém a empresa transnacional tem capacidade de fabricação totalmente desvinculada de uma base nacional de partida. Como afirmam Grosse e Behrman⁴⁶, é uma empresa que busca tratar os

⁴³ KRASNER, Stephen D. Power politics, institutions, and transnational relations. In: RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in:** non-state actors, domestic structures and international institutions. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 258.

⁴⁴ JACOBSON, Harold Karan. **Networks of interdependence.** New York: Alfred Knopf, 1984. p. 4-5.

⁴⁵ THOMPSON, Grahame. Economic globalization? In: HELD, David (Ed.) **A globalizing world?** Culture, economics, politics. London: Routledge, 2000. p. 103.

⁴⁶ GROSSE, Robert; BEHRMAN, Jack N. Theory of international business. In: **Transnational corporations.** v. 1. n. 1. Fev. 1992. p. 93-

diversos mercados nacionais como se fossem apenas um, dentro do alcance consentido pelos governos.

Assim, a categoria transnacional, em relação à empresa, leva a uma compreensão de perda dos vínculos nacionais, em que a atividade transcende os lindes nacionais. A atividade econômica, então, é desempenhada pelo interesse de sobrevivência e crescimento autorreferencial da companhia, que possui diversos e anônimos investidores, de países diferentes e variáveis pela possibilidade de transferência eletrônica de ações e participações, em que os gestores comprometem-se com metas e resultados e um objetivo de atuação global livre, em que as técnicas de administração aplicadas são eminentemente quantitativas, em desconsideração a qualquer referência nacional. Como afirma Olsson:

As empresas transnacionais, compreendidas na idéia de sua apatrida e de distância de laços nacionais específicos, são atores que emergem com a globalização e desempenham papéis de muito poder e influência no cenário político internacional.⁴⁷

Os atores transnacionais, como esclarece Beck⁴⁸, possuem quatro características: **a)** a sua atuação vai além dos limites da fronteira, atuando em vários lugares diferentes, inclusive transnacionalmente, desvinculando-se do princípio territorial do Estado; **b)** sua ação gera os mais diversos resultados inclusivos, não tendo aquela exclusividade característica dos atores nacionais-estatais, o que pode ser visualizado, por exemplo, no fato das companhias transnacionais não estarem em apenas um lugar, mas em vários Estados Nacionais, e quem as integra provém de nações diferentes; **c)** maior eficácia do que a ação das instâncias nacionais, por exemplo, companhias internacionais criam ou destroem postos de trabalho de modo muito eficaz; **d)** ao realizar oposições entre Estados Nacionais territoriais, geram uma soberania inclusiva.

4. A NECISSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO PÚBLICO DE GOVERNANÇA TRANSNACIONAL

Diante da transnacionalidade, da realidade das relações transnacionais e das atividades dos atores transnacionais, atualmente está aberta a tarefa de se pensar novos modelos de governança para uma sociedade mundial descentralizada. As áreas legais e políticas vêm conhecendo maior

⁴⁷ 126. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiitv1n1a6_en.pdf>.

⁴⁸ OLSSON, Giovanni. Globalização e atores internacionais: uma leitura da sociedade internacional contemporânea. In: DAL RÍJUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Orgs.). *Relações internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003. p. 558.

⁴⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. 1999. p. 182-183.

fragmentação e diversificação, ações do Estado são privatizadas e há questões de regulação política, intervenção estatal e governança advindos da maior pluralidade de contextos de auto-organização societal.

A ação política não está mais confinada apenas no Estado, já que há esferas sociais atuantes em contextos de disposição e decisão efetuando acordos vinculativos entre os interessados. Concomitantemente, a abertura do Estado-nação para a cooperação internacional não é vista apenas como perda de influência do poder soberano, mas como um sinal da proliferação de agendas para ação política. Há assim um conjunto de questões a serem lidadas por organizações e associações internacionais, transnacionais ou supranacionais, forçando mudanças no Estado para um modo mais cooperativo e supervisor, não mais autorreferente ou centrado apenas ao seu corpo institucional⁴⁹.

Uma possível resposta à globalização, segundo Beck, seria o Estado Transnacional, confiando neste como garantia à geopolítica e política interna, aos direitos políticos, dentre outros, e para dar forma e regulação ao processo de globalização transnacionalmente. É preciso, no entanto, destacar a crítica de Cruz a tal terminologia “Estado transnacional”, por compreender que não se trata de Estados que são transnacionais, mas “Espaços Públicos de Governança Transnacional”⁵⁰. Segundo Cruz e Bodnar⁵¹, o Estado Transnacional implica o surgimento de novos espaços públicos plurais, com cooperação democrática, sem os vínculos ideológicos da modernidade, solidários, com capacidade jurídica para normar, interceder e usar a coerção.

Pois bem, para a efetivação de espaços públicos de governança transnacional é crucial uma consciência de solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e no debate político, o que pode vir a se efetivar por intermédio de uma reforma de consciência dos cidadãos que faça pressão para modificar as atuais convicções dos atores com poder de intervir no cenário global, para que tais atores se compreendam como membros de uma comunidade que deve ser gerida pela mútua cooperação e consideração de interesses. Assim, na esfera pública deve constituir-se a preocupação de representar o interesse do próprio grupo populacional e ultrapassar a mentalidade de limite territorial para forçar uma inversão de perspectiva nas elites dirigentes,

⁴⁹ ZUMBANSEN, Peer. Piercing the legal veil: commercial arbitration and transnational law. In: **EUI Working Paper Law**. 11. 2002. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/189/law02-11.pdf?sequence=1>>. p. 21-22.

⁵⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011. p. 159.

⁵¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 58.

como afirma Beck: “os Estados transnacionais só se tornarão possíveis por meio da *consciência* e da *conscientização* a respeito da necessidade de Estados transnacionais.”⁵²

Os Estados transnacionais caracterizam-se pelos seguintes elementos: **a)** é um Estado não nacional, já que é não territorial, contestador da ideia do Estado como *container social*; **b)** afirma o conceito de Estado deslocando-o da questão territorial para que considere a globalização e sua multidimensionalidade como algo inexorável e faz com que a organização na esfera transnacional seja chave para a nova determinação e revitalização da política⁵³; **c)** são Estados glocais, portanto seguem o princípio da diferenciação inclusiva dentro de uma sociedade mundial.

Os Estados transnacionais devem ser distintos dos Estados nacionais internacionais ou dos Estados nacionais supranacionais ou dos Estados mundiais regionais, pois não toma o Estado nacional como o principal ponto de referimento. Os Estados transnacionais, ainda mais, devem ser discernidos como modelos de cooperação interestatal, um descentramento político, considerando que o plural é imprescindível, porém o sistema de coordenadas políticas não leva mais à separação ou oposição entre nações, o que leva a uma alteração no quadro relacional de nacional-nacional para global-local.

Pelo entendimento transnacional da política, a globalização é concebida como politização, assim explicada por Beck: “o grau de entrelaçamento obtido pela sociedade mundial é elevado à condição de fundamento para uma reorientação e reorganização do espaço político.”⁵⁴ Tal reorientação e reorganização devem ter por objetivo regular o processo da globalização, ao que deve ser propiciadas práticas de deliberação por consenso e de participação democrática. Como afirmam Cruz e Bodnar: “Cada espaço estatal transnacional poderia abranger vários estados e até partes aderentes dos mesmos, com estruturas de poder cooperativo e solidário.”⁵⁵

Além disso, enquanto o Estado nacional e a sociedade nacional implicava unidade com diversidade limitada, o Estado transnacional e a sociedade mundial leva à diversidade determinada, uma multiplicidade sem unidade, o que consente que culturas locais possam ser reconhecidas no cenário sócio-mundial, fazendo com que o eixo global-local alcance também o eixo local-local.

⁵² BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. 1999. p. 193.

⁵³ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. 1999. p. 193.

⁵⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. 1999. p. 196.

⁵⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). **Direito e transnacionalidade**. p. 58.

Os Estados transnacionais preservam a soberania regional e a identidade extranacional, são simultaneamente isolados e cooperativos, exigem que a soberania exclusiva seja repensada para uma soberania inclusiva, significando por soberania inclusiva que: “a renúncia aos direitos de soberania implica a conquista do poder de conformação política fundamentado na cooperação transnacional.”⁵⁶ A concepção clássica de soberania precisa ser atualizada em razão da atual multiplicidade de relações entre os Estados, havendo também a importância de que estes atuem cooperativamente dentro de uma pauta axiológica comum, abrindo-se a reflexão para se pensar que a soberania clássica deva transferir parte de suas faculdades a novas organizações em âmbito transnacional.

A arquitetura política do Estado transnacional, segundo Beck, exige a consideração de dois princípios: o princípio do pacifismo jurídico e o princípio federalista do controle interestatal. O princípio do pacifismo jurídico é fundamentado no direito internacional e considera a construção de legislação internacional e instâncias hábeis em conter os conflitos transnacionais por meios pacíficos, e como os Estados nacionais vêm perdendo poder decisório e normativo, são obrigados a trabalhar pela cooperação transnacional para assegurar o respeito às suas leis nacionais, ou seja, instâncias transnacionais cooperativas podem aumentar as chances de controle do Estado nacional.

O princípio federalista, aplicado na relação entre Estados, tem o benefício de fazer com que o poder não venha de cima para baixo, e que seja dominado e neutralizado horizontalmente. O federalismo transnacional é assim conceituado por Beck: “uma política de auto-integração ativa dos Estados isolados no contexto das relações internacionais com vistas à renovação dos Estados glocais isolados e à delimitação do poder dos centros transnacionais.”⁵⁷

No entendimento de Cruz e Bodnar, concordando com Arnaldo Miglino⁵⁸, um centro de poder transnacional pode se originar impelido pela necessidade de resolução de problemáticas ambientais. Um exemplo pode ser visualizado a partir das convenções sobre a proteção global ambiental, a exemplo do ocorrido na ECO/92 no Rio de Janeiro, em que foram aprovados os princípios e diretrizes ambientais a serem cumpridos globalmente, para a proteção de bem jurídico transnacional, sendo que tais princípios e diretrizes, quanto tenham qualidade

⁵⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. 1999. p. 237.

⁵⁷ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. 1999. p. 236-237.

⁵⁸ MIGLINO, Arnaldo. Una comunità mondiale per la tutela dell’ambiente. In: **Rivista Archivio Giuridico**. v. CCXXVII. Fascicolo IV. 2007, editada por Filippo Serafini e publicada pela Mucchi Editore, em Roma, Itália.

propositiva, para que tenham eficácia e efetividade dependem da criação de um espaço de governança transnacional.

Assim, havendo direitos difusos e transfronteiriços torna-se essencial resolver as demandas transnacionais, por serem muito importantes para a vida humana. Além da questão ecológica acima referida, é possível falar também na questão da guerra e da paz, o direito dos consumidores, o direito ao desenvolvimento dos povos etc. Todas essas demandas exigem a criação de espaços públicos compatíveis ao seu tratamento, já que tais fenômenos serão tratados de modo ineficaz caso empregado o modelo tradicional de Estado nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos entendimentos alcançados, é-se estimulado à reflexão de um novo pacto civilizatório, a pensar inclusive em um direito que, além de atravessar Estados/territórios, também indique a possibilidade de surgirem novas instituições multidimensionais com o escopo de fornecer respostas aos fenômenos globais atuais, principalmente para a limitação e republicanização dos novos poderes. Envolve assim pensar outros modos de regulação além fronteiras, relacionando-se com novos espaços de regulação que podem ser criados a partir do direito transnacional.

Como as relações transnacionais já se revelam como um realidade, com atores transnacionais operando para além das fronteiras nacionais, surge a necessidade de se pensar em um ordenamento jurídico que transasse os Estados nacionais e uma estrutura organizativa transnacional com capacidade coercitiva, mediante a criação de mecanismos eficazes de governança, regulação e intervenção para as demandas transnacionais.

Como consequência, torna-se premente a criação de espaços públicos transnacionais, o que consente especular a tendência dos Estados Constitucionais Modernos abdicarem cada vez mais sua soberania, para que seja possível a criação de instituições com órgãos e organismos de _____ questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outras. É possível cogitar ainda na gradual adoção de instrumentos de democracia transnacional, participativa, deliberativa e solidária. Com efeito, é preciso que seja pensada uma organização de governança transnacional para definir os valores e as decisões para a constituição de um ordenamento jurídico transnacional, fundado a partir do consenso.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- BADIE, Bertrand; SMOOTS, Marie Claude. **Le retournement du monde:** sociologie de la scène internationale. Paris: Presses de Sciences Po., 1992.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BERMAN, Paul Schiff. From International Law to Law and Globalization. In: **University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers.** Paper 23. 2005. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1023&context=uconn_wps>.
- CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). **Direito e transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2011.
- DRAINVILLE, André. The fetishism of global civil society: global governance, transnational urbanism and sustainable capitalism in the world economy. In: SMITH, Michael Peter; GUARNIZO, Luis Eduardo. **Transnationalism from below.** Comparative Urban and Community Research. 6. v. New Brunswick: Transaction Publishers, 1998.
- GROSSE, Robert; BEHRMAN, Jack N. Theory of international business. In: **Transnational corporations.** v. 1. n. 1. Fev. 1992. p. 93-126. Disponível em: <http://unctad.org/en/docs/iteiitv1n1a6_en.pdf>.
- GUARNIZO, Luis Eduardo; SMITH, Michael Peter. The locations of transnationalism. In: SMITH, Michael Peter; GUARNIZO, Luis Eduardo. **Transnationalism from below.** Comparative Urban and Community Research. 6. v. New Brunswick: Transaction Publishers, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional.** Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- HELD, David; McGREW, Anthony; GOLDBRATT, David; PERRATON, Jonathan. **Global transformations:** politics, economics and culture. California: Stanford University Press, 1999.
- JACOBSON, Harold Karan. **Networks of interdependence.** New York: Alfred Knopf, 1984.

KEOHANE, Robert O. **After hegemony**: cooperation and discord in the world political economy. Princeton: Princeton University Press, 2005.

KRASNER, Stephen D. Power politics, institutions, and transnational relations. In: RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in**: non-state actors, domestic structures and international institutions. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

KRÄTKE, Stefan; WILDNER, Kathrin; LANZ, Stephan. The transnationality of cities: concepts, dimensions, and research fields – an introduction. In: KRÄTKE, Stefan; WILDNER, Kathrin; LANZ, Stephan (Ed.). **Transnationalism and urbanism**. New York: Routledge, 2012.

MIGLINO, Arnaldo. Una comunità mondiale per la tutela dell'ambiente. In: **Rivista Archivio Giuridico**. v. CCXXVII. Fascicolo IV. 2007, editada por Filippo Serafini e publicada pela Mucchi Editore, em Roma, Itália.

MILNER, Helen V.; MORAVCSIK, Andrew (Ed.). **Power, interdependence, and nonstate actors in world politics**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. **Power and interdependence in the information age**. In: Foreign affairs. 77, 5. set./out. 1998. Disponível em: <http://academos.ro/sites/default/files/power_and_interdependence.pdf>.

NYE JR., Joseph S.; KEOHANE, Robert O. **Transnational relations and world politics**: an introduction. In: International organization. 25 v. 3 n. 1971. p. 329-349. Disponível em: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/sdrelint/ficheros_materiales/materiales016.pdf>.

OLIVERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. 1. v. 1. n. Jan.-abr. 2012. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>>.

OLSSON, Giovanni. Globalização e atores internacionais: uma leitura da sociedade internacional contemporânea. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Orgs.). **Relações internacionais**: interdependência e sociedade global. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

RISSE-KAPPEN, Thomas. **Bringing transnational relations back in**: non-state actors, domestic structures and international institutions. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

SARFATI, Gilberto. **Teorias de relações internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SKLAIR, Leslie. **Sociology of the global system**. 2. ed. Hemel Hampstead: Harvester Wheatsheaf,

1995.

SMITH, Jackie; CHATFIELD, Charles; PAGNUCCO, Ron. **Transnational social movements and global politics**: solidarity beyond the state. New York, Syracuse University Press, 1997.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Mário (Org.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

THOMPSON, Grahame. Economic globalization? In: HELD, David (Ed.) **A globalizing world?** Culture, economics, politics. London: Routledge, 2000.

VERTOVEC, Steven. **Transnationalism**. New York: Routledge, 2009.

VOCABOLARIO etimologico della língua italiana. Disponível em: <www.etimo.it>.

WOLFERS, Alnold. **Discord and collaboration**: essays on international politics. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1962.

ZUMBANSEN, Peer. Piercing the legal veil: commercial arbitration and transnational law. In: **EUI Working Paper Law**. 11. 2002. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/189/law02-11.pdf?sequence=1>>.

A EXISTENCIA DE UMA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL MULTÍPLICE E O CONTEÚDO MÍNIMO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA REFLEXÃO PARA A TRAJETÓRIA DE UM CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL

Ildete Regina Vale da Silva¹

Luciana de Carvalho Paulo Coelho²

INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional Brasileiro se caracteriza pela importante previsão e proteção de Direitos Fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Contudo, verifica-se na prática, que no Brasil e em outros países latino-americanos existe uma distância entre os direitos previstos e a concretização destes direitos, fazendo com que a Constituição seja apenas uma carta de intenções.

Assim, para que possamos vivenciar um avanço mais significativo é imprescindível que ocorra a Efetividade de um Conteúdo Mínimo dos direitos constitucionalmente assegurados.

Ao reconhecer a trajetória para uma Estrutura Constitucional Multíplice na União Europeia, no que concerne a proteção dos Direitos Fundamentais, realiza-se uma reflexão acerca da possibilidade de a proteção de um Conteúdo Mínimo destes direitos contribuir para direcionar a trajetória do Constitucionalismo no Brasil e demais países latino-americanos, sendo que a proteção de um Conteúdo Mínimo de Direitos Fundamentais é a base para um Constitucionalismo Mundial.

Assim, este artigo tem por objeto analisar noções gerais sobre os Direitos Fundamentais e enfatizar a necessária proteção do Conteúdo Mínimo destes direitos como uma perspectiva para o

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). Bolsista da CAPES pelo Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior – PSDE, no período de 01.04 a 31.07.2012. Especialista em Direito do Trabalho e, atualmente, presta serviços de consultoria jurídica trabalhista na Empresa Irmãos Fischer S/A. Indústria e Comércio em Brusque/SC. (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

Constitucionalismo Mundial.

O Objetivo Geral é o de compreender a importância da proteção e efetividade do Conteúdo Mínimo dos Direitos Fundamentais. Os Objetivos Específicos são: a) analisar noções introdutórias dos Direitos Fundamentais; b) a crise de efetividades destes direitos; c) o Conteúdo Mínimo dos Direitos Fundamentais; e d) a proteção de um Conteúdo Mínimo na perspectiva da Estrutura Constitucional multiplice da União Européia como uma possibilidade de contribuição para o Constitucionalismo no Brasil.

O artigo está dividido em quatro momentos: no primeiro, realizar-se-á uma análise sobre os Direitos Fundamentais; na segunda etapa, estudar-se-á a falta de efetividade dos Direitos Fundamentais; na terceira fase, analisar-se-á o conteúdo mínimo dos Direitos Fundamentais e, por último, destacar-se-á a existência de uma estrutura constitucional multiplice na União Européia e o Conteúdo Mínimo dos Direitos Fundamentais como uma forma de contribuir para a sua efetividade num Constitucionalismo Mundial.

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.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...].” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millenium, 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 Luiz. **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 Luiz. **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 Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 37.

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

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS⁸: BASE DE UM STATUS NO CONSTITUCIONALISMO

Os Direitos Fundamentais são sempre alvos de pesquisa pelo caráter de essenciais que possuem no ordenamento jurídico pátrio. Os Direitos Fundamentais constituem um mínimo de direitos assegurados aos cidadãos a fim de proporcionar uma vida digna a cada indivíduo.

Ferrajoli afirma que os Direitos Fundamentais são “os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãs ou enquanto capazes de agir.”⁹

Muito importante é a contribuição de Peces Barba para o estudo dos Direitos Fundamentais, o qual para compor seu conceito de forma mais completa destaca três aspectos principais. Inicialmente, o autor enfatiza que os Direitos Fundamentais são uma pretensão moral justificada embasada nas ideias de liberdade e de igualdade que, com o passar dos tempos, foi sendo somada a ideia de solidariedade, segurança jurídica e influência da filosofia, política liberal, democrática e socialista. Como pretensão moral justificada deve corresponder a direitos cujo conteúdo pode ser generalizado, aplicado a todos de forma igualitária. Além disso, os Direitos Fundamentais devem ser incorporado a uma norma com poder de obrigar os destinatários e possibilidade de ser garantida. Por último, os Direitos Fundamentais são uma realidade social, sendo influenciados pelas condições sociais, econômicas, políticas, econômicas e culturais.¹⁰

O entendimento do conteúdo e da importância dos Direitos Fundamentais na atualidade, requer uma abordagem da sua evolução histórica, que teve início, segundo Peces Barba no período que o autor entitula “trânsito à modernidade”, representado pelo período entre a Idade Média e a Idade Moderna.¹¹

Contribuindo para a compreensão do tema, o autor destaca quatro linhas de evolução dos

⁸ 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.

⁹ 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. 10.

¹⁰ PEÇES BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 1995, p. 109

¹¹ PEÇES BARBA, Gregório. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoria General p. 145

Direitos Fundamentais: positivação, generalização, internacionalização e positivação.¹²

O primeiro processo de positivação compreende os direitos de liberdade ou de primeira geração e se caracteriza pela passagem da discussão filosófica ao direito positivo, uma vez que apenas quando incorporados ao direito positivo, os direitos fundamentais passam de ideias morais para a realidade.

O processo de generalização consiste na extensão do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade como consequência da luta pela igualdade real, caracterizada pelos direitos sociais ou de segunda geração.

A terceira fase, caracterizada pela internacionalização ainda está em fase inicial e compreende a tentativa de internacionalizar os direitos humanos para que eles ultrapassem fronteiras e alcancem toda a comunidade internacional.

Já na última fase, consistente no processo de especificação, se considera a pessoa em situação concreta para atribuir-lhe direitos específicos, decorrentes de uma condição, caracterizando a terceira geração de direitos difusos.¹³

A abrangência da noção de Direitos Fundamentais requer, para Alexy, o entendimento de suas três concepções: formal, material e procedural.¹⁴

A concepção formal é a mais simples e prevê que “los derechos fundamentales son todos los derechos catalogados expresamente como tales por la propia Constitución.”¹⁵ Esta concepção é simples, mas não completa, porque muitas Constituições preveem direitos fundamentais fora do catálogo geral.

A concepção material, citada por Alexy, consiste no sentido de que “los derechos fundamentales deben representar derechos humanos transformados em derecho constitucional positivo.”¹⁶ Seriam aqueles direitos que formam a base do próprio Estado de Direito.

A terceira concepção analisada pelo Autor enlaça a concepção formal e material, enfatizando o ponto de vista procedural. Neste sentido destaca:

¹² PESES BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoria General* p. 145

¹³ PESES BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoria General*. p. 154-196.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. P. 21

¹⁵ ALEXY, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. P. 21

¹⁶ ALEXY, Robert. *Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. P. 28

en cuanto derechos tipificados en la Constitución, los derechos fundamentales enajenan a la mayoría simple en el Parlamento la competencia para tomar decisiones libres que afecten su ámbito. De este modo, la relación entre los derechos fundamentales y la democracia es de dos caras. Mediante la garantía de las libertades políticas los derechos fundamentales aseguran, por una parte, las condiciones de funcionamiento del proceso democrático. Pero, por otra parte, también limitan el proceso democrático, al proclamarse como derechos vinculantes también para el legislador democráticamente legitimado. A esta última característica corresponde una definición según la cual los derechos fundamentales son tan importantes que su protección o su no protección no puede dejarse em manos de la mayoría parlamentaria simple. Esta definición es de índole procedural, porque se basa en la pregunta de quién y de qué manera tiene competência para decidir sobre los derechos fundamentales.¹⁷

No mesmo sentido, Hesse também propõe a conceituação de Direitos Fundamentais, envolvendo uma concepção formal agregada a uma necessária concepção material.

Segundo o citado autor, a própria Lei Fundamental em sua epígrafe parece determinar o conceito dos Direitos Fundamentais, ao prever que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais.”¹⁸

Hesse enfatiza que apenas este conceito mostra-se insuficiente, pois não expressa o conteúdo material dos Direitos Fundamentais, uma vez que também fora do título primeiro, a Lei Fundamental prevê direitos que não se distinguem em seu conteúdo dos direitos qualificados como tal.¹⁹

Isto significa que são reconhecidos também como fundamentais direitos que estão previstos em Convenções de Direito Internacional, cujo conteúdo corresponde as previsões da Lei Fundamental e igualmente vinculam legislador e merecem proteção.

Da Silva explica que a expressão Direitos Fundamentais do homem é aquela que

além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.²⁰

¹⁷ ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.** P. 30

¹⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p. 225.

¹⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha,** p. 225.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 180.

Ainda, o artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 garante que não são qualificados como fundamentais apenas aqueles enumerados na Constituição Federal, mas também os direitos equiparáveis aos direitos de natureza constitucional em virtude da sua importância:

§ 2º 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.

Portanto, o conteúdo a ser protegido e a previsão no ordenamento são pressupostos para considerar-se um Direito como Fundamental.

Os Direitos Fundamentais, correspondendo a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento do próprio Estado Constitucional de Direito.

Neste sentido, Pisarello relaciona o conceito e a importância dos Direitos Fundamentais com a importância da Constituição, ao prever que os Direitos Fundamentais são os interesses ou necessidades que assumem maior relevância dentro de um ordenamento jurídico determinado, sendo que uma demonstração desta relevância é a sua inclusão nas normas de maior valor dentro de um ordenamento, como são as Constituições.²¹

Ante a relevância dos Direitos Fundamentais como a base do Constitucionalismo, importante enfatizar o caráter duplo dos Direitos Fundamentais, os quais por um lado são direitos subjetivos, correspondendo a direitos do particular e de outro são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.²²

Por causa desse caráter duplo, os Direitos Fundamentais são direitos fundamentadores de status, garantindo um “status jurídico material, isto é, um status de conteúdo concretamente determinado que, nem para o particular, nem para os poderes estatais, está ilimitadamente disponível.”²³

Esse status jurídico material compreende direitos e deveres concretos que são determinados materialmente, sendo que através do seu cumprimento a ordem jurídica ganha realidade. Desta forma, deve-se entender que os Direitos Fundamentais não são concedidos naturalmente ou fora do âmbito estatal, pelo contrário, são dependentes do Estado e do direito

²¹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Elementos para una reconstrucción. 2007, p. 80.

²² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabrís, 1998 p. 228.

²³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 230.

positivo.²⁴

Em relação a esse status concedido pelo Direito Fundamental Hesse enfatiza que

sem garantia, organização, limitação jurídica pelo Estado e sem proteção jurídica, os Direitos Fundamentais não estariam em condições de proporcionar ao particular um status concreto, real de liberdade e igualdade e de cumprir sua função na vida da coletividade e sem a conexão com as partes restantes da ordem constitucional, eles não poderiam tornar-se reais.²⁵

Portanto, os Direitos Fundamentais são direitos básicos, essenciais, jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão e correspondem a conquistas históricas da sociedade.

Assim, no atual Estado Constitucional, verifica-se a relevância dos Direitos Fundamentais, como direitos que, fruto de conquistas e realidades históricas, ao serem reconhecidos, representam garantias essenciais dos cidadãos que estão fora da esfera de disponibilidade dos poderes públicos.

Ao abordar-se a trajetória e relevância dos Direitos Fundamentais, torna-se importante refletir acerca da problemática em relação a sua falta de Efetividade em alguns países, como é o caso do Brasil.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CRISE DE EFETIVIDADE NO BRASIL

Bobbio enfatiza que a problemática nos tempos atuais em relação aos Direitos Fundamentais não consiste mais em fundamentá-los, mas sim protegê-los. Isto significa que não basta prevê-los em uma Carta Constitucional, mas é imprescindível concretizá-los. O enfoque não é mais em relação a quantos e quais são os direitos, mas quanto ao modo mais seguro para garanti-los, visando impedir que apesar de solenes declarações, eles permaneçam continuamente violados.²⁶

A efetivação dos Direitos Fundamentais consiste na realização, na materialização do direito, ou seja, na concretização dos efeitos jurídicos no mundo dos fatos.

Sarlet afirma que “eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado

²⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 230.

²⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 230.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

concreto decorrente – ou não – desta aplicação.”²⁷

Sobre a Efetividade de Direitos Fundamentais, pode-se constatar que muitos países latino-americanos, incluindo o Brasil, apresentam uma distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente realizados, e, por isso, a preocupação com a concretização e a eficácia dos Direitos Fundamentais destinados a promover e garantir uma democratização da vida política, econômica, social e cultural assume grande relevância.²⁸

O enfoque em relação aos Direitos Fundamentais no atual Estado é fazer com que a carta constitucional e os direitos ali consagrados alcancem efetividade e não seja apenas uma carta de intenções, mas autêntica diretriz de política social e jurídica.

Ao destacar a dificuldade de efetivação dos Direitos Fundamentais, Streck afirma que estamos no “estado da arte”, pois em tempos de Constituição Democrática, a crise é de Efetividade, haja vista que quando se discutem interesses dos excluídos sociais a Constituição é apenas uma carta de intenções.²⁹

A questão da falta de Efetividade de direitos consagrados como fundamentais mostra-se um desafio do Constitucionalismo contemporâneo, sendo que diante deste obstáculo, destaca-se a necessidade de preservação de um Conteúdo Mínimo, cuja proteção é indispensável para a pessoa humana.

3. O CONTEÚDO MÍNIMO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PERSPECTIVA COMUM

Sabe-se que a conquista dos Direitos Fundamentais pelos cidadãos se deu de forma histórica e progressiva, por meio de lutas e não por mera liberalidade estatal. As conquistas empreendidas visam assegurar o mínimo essencial à dignidade da pessoa humana, sem que o Estado possa exercer influência sobre isto.

O Conteúdo Mínimo consiste na essência dos Direitos Fundamentais, a qual não pode ser relativizada e atua como uma barreira para a atuação do Estado e de qualquer outro ente jurídico.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3ª. ed. rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 222.

²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano.** Tendências Contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 79

²⁹ 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. 231/233.

Assim, apesar de não haver expressa previsão constitucional quanto a teoria da essencialidade, esta pode ser considerada como um núcleo fundamental, uma garantia mínima que deve ser protegida pelo Estado Democrático de Direito.³⁰

Esse Conteúdo Mínimo, apesar de não estar expresso no ordenamento jurídico brasileiro, encontra seu fundamento no princípio da dignidade humana e corresponde ao mínimo necessário para a existência humana digna, ou seja, é um direito cujo Estado não pode intervir e que reclama prestações positivas dele.

Ao definir e destacar a importância do que seja o Conteúdo Mínimo, Hesse enfatiza que o conteúdo essencial de um Direito Fundamental começa onde as possibilidades de limitação admissível terminam.³¹

Este Conteúdo Mínimo, que não pode ser violado por reservas legais, as quais consistem em limitações excessivas através de leis, também não pode ser atingido pela Reserva do Possível, ou seja, pela alegação estatal de impossibilidade financeira.

Assim, o Conteúdo Mínimo, entendido no seu sentido amplo, representa a proteção contra a escavação interna, através de leis que limitem o conteúdo essencial de um Direito Fundamental, bem como a proteção contra a falta de efetividade de um Direito Fundamental motivada por falta de recursos financeiros.

O conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais em face de leis restritivas tem função acentuadamente defensiva, constituindo uma barreira além da qual o legislador não pode intervir, não se legitimando nenhuma intervenção que afete o núcleo do direito, uma vez que o desvirtuaria ou lhe retiraria toda a potencialidade protetiva e garantista.

Deve ser buscada e mantida sempre a proteção e efetividade de um Conteúdo Mínimo, ou seja, daquilo que é indispensável para que o Direito Fundamental a ser protegido não perca seu caráter de essencial à pessoa humana.

Assim, verifica-se a importância da adequada compreensão do que seja o Conteúdo Essencial para uma teoria dos direitos constitucionalmente adequada.

Esse direito ao Conteúdo Mínimo, “exclui a idéia de caridade. Se a organização social e

³⁰ LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa.**, p. 57;

³¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**, p. 267.

economica não possibilita ao indivíduo a obtenção dos meios necessários à subsistência, consolida-se o seu direito para que o Estado o assegure, garantia que envolve o direito a uma moradia, ao ensino básico, ao direito de se formar para obter uma profissão e a prestações de natureza previdenciária.”³²

Importante ressaltar que apesar de não ser unívoco o que estaria abrangido pela noção do mínimo existencial, a sua garantia compreende exigencia que deriva da própria noção de dignidade humana.³³

4. A POSSIBILIDADE DE UMA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL MULTÍPLICE³⁴ E O CONTEÚDO MÍNIMO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA REFLEXÃO PARA UMA PERSPECTIVA FUTURA DE ESTUDO POR UM CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL^{35 36}

Apesar de o constitucionalismo europeu e o constitucionalismo latino-americano não estarem no mesmo nível de Efetividade em relação aos Direitos Fundamentais, o estudo e a garantia de um Conteúdo Mínimo destes direitos pode contribuir para uma perspectiva futura de estudo por um Constitucionalismo Mundial.

Verifica-se que a preocupação e o alvo comum têm sido a concepção dos Direitos Fundamentais como limites ao poder público e, mais ainda, na limitação das possibilidades de restrição a tais direitos. Os Estados constitucionais europeus, de onde se originam as categorias e a organização da teoria dos Direitos Fundamentais, não enfrentam as mesmas dificuldades no que concerne aos efeitos e consequências na questão da efetividade dos Direitos Fundamentais, se comparados aos países latino-americanos, deixando a questão da promoção das condições dignas de vida ao próprio processo político-democrático.

Inclusive, pode-se constatar no constitucionalismo europeu uma possível busca além da proteção de um Conteúdo Mínimo, voltada à garantia jurídico-constitucional do máximo

³² LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**, p. 109;

³³ LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa.**, p. 109;

³⁴ O desenvolvimento e conceito operacional desta expressão foi desenvolvido no artigo: “**PERSPECTIVA FUTURA DE UM CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL: UM DESAFIO QUE NÃO É SÓ DA UNIÃO EUROPEIA**” de autoria das mesmas doutorandas.

³⁵ Tema provocado pelo conteúdo ministrado na terceira Palestra do Seminário “A tutela multinível dos direitos fundamentais na União Européia” organizado pelo Prof. Dr. Maurizio Oliviero.

³⁶ Conteúdo relacionado e sequencial ao artigo “**PERSPECTIVA FUTURA DE UM CONSTITUCIONALISMO MUNDIAL: UM DESAFIO QUE NÃO É SÓ DA UNIÃO EUROPEIA**” de autoria das mesmas doutorandas.

existencial, habilitador das capacidades humanas.

Já no caso dos Estados latino-americanos, como o Brasil, além de imperativo jurídico, é imperativo humanístico e comunitário, a busca da Efetividade, ainda, de um Conteúdo Mínimo essencial.

Na busca da proteção e Efetividade de um Conteúdo Mínimo de Direitos Fundamentais no Brasil e nos demais países da América Latina é preciso reconhecer que há uma Estrutura Constitucional Multíplice.

A Estrutura Constitucional Multíplice consiste em conceber um direito constitucional a nível nacional, regional e universal na medida da dignidade humana, sendo que o ponto comum e relevante para refletir nesta forma de Estrutura Constitucional Multíplice é, justamente, a Esfera Pública.

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.³⁷ 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.”³⁸

Pode-se afirmar que 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”³⁹ e, para Häberle, esta questão consiste em uma possibilidade que pode servir de referência a ser aplicada à América Latina, afirmando “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.”⁴⁰

³⁷ 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://siabib01.univali.br/pdf/Ildete%20Regina%20Vale%20da%20Silva%202014.pdf>. Acesso em 25 de fevereiro de 2015.

³⁸ CORRÊA, Darcísio. **Estado, cidadania e espaço público:** as contradições da trajetória humana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010. p.27.

³⁹ CORRÊA, Darcísio. **Estado, cidadania e espaço público:** as contradições da trajetória humana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010. p.27.

⁴⁰ [...] 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.

⁴¹ [...] 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 Patagônia . Häberle, Peter. **Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell’umanità: convergenze e divergenze.**

Independente de constituírem realidades diferentes, seja na Europa ou na América Latina, existe um alvo comum, a nível nacional, regional ou global, que consiste no reconhecimento da necessária proteção de Direitos Fundamentais.

Neste contexto, em todo o mundo verifica-se a relevância assumida pelos 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.⁴¹

Na Europa, especificamente, o Tratado de Amsterdã, que entrou em vigor em 1º de maio de 1999, e o Tratado de Nice, que entrou em vigor em 1º de fevereiro de 2003, representaram significativos avanços no sistema comunitário. O primeiro representou uma preparação institucional para a ampliação da União Europeia, bem como criou um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o segundo introduziu a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia.

Em 01 de dezembro de 2009 entrou em vigor o Tratado de Lisboa, conhecido como o Tratado de Funcionamento da União Européia, o qual trouxe importantes mudanças, dentre as quais destaca-se o fato de que este fez com que a Carta da União em matéria de direitos humanos, antes aprovada em Nice, se tornasse juridicamente vinculativa.

Ao analisar a realidade do Constitucionalismo Europeu verifica-se a necessidade de pensar uma Estrutura Multíplice para tutela dos Direitos Fundamentais, e a influencia deste desafio para o Constitucionalismo brasileiro, uma vez que a previsão e proteção de um Conteúdo Mínimo dos Direitos Fundamentais na União Europeia pode, e deve, servir de referência para garantia de um Conteúdo Mínimo também para o Brasil.

Mormente porque, os Direitos Fundamentais tem um caráter de universalidade, sendo abrangidos por um cenário global.

A proteção de um Conteúdo Minimo tem que ser a base de uma Estrutura Constitucional

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.

⁴¹ 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

Multiplice, assim a existencia de um Conteúdo Mínimo deve nortear a proteção dos Direitos Fundamentais a fim de buscar-se a sua efetividade num cenário global.

Apesar de cada país ter a sua estrutura econômica diferenciada para arcar com os direitos por si proclamados, existe um Conteúdo Mínimo a ser resguardado por todos e este é o desafio de um Constitucionalismo Mundial.

Não existem dúvidas de que a realidade latino americana é diferente da realidade europeia, mas é importante subir nos ombros dos gigantes, como afirmou Aristóteles, para enxergar mais longe, uma vez que os países europeus já implementaram o estado social, alcançando maior efetividade na concretização de Direitos Fundamentais.

Não está se afirmando que se deve buscar a simetria entre Constituições, “pois inclusão, ou não, de determinados bens jurídicos nas Constituições locais, subordina-se aos anseios sociais, culturais e ideológicos daquela comunidade, naquele período”⁴², explica Oliviero. Essa é a diretriz do pensamento de Streck, ou seja: uma teoria da Constituição deve resguardar “as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional”⁴³.

Mas, apesar de não ser possível uma previsão ou efetivação igualitária, o estudo e o estabelecimento de um Conteúdo Mínimo pode contribuir para direcionar a trajetória do Brasil e demais países latino-americanos na busca por um Constitucionalismo que promova uma maior Efetividade dos Direitos Fundamentais de acordo com a sua realidade sócio-econômica.

Aceitar a idéia de compreender o Conteúdo Mínimo dos Direitos Fundamentais diante do estímulo recebido, que enfatiza a importância da tutela multinível⁴⁴ dos Direitos Fundamentais, é uma perspectiva válida para o Brasil, uma vez que a proteção de um Conteúdo Mínimo é a base para um Constitucionalismo Mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da leitura realizada verifica-se que os Direitos Fundamentais, representam direitos essenciais que são assegurados aos cidadãos com o intuito de proporcionar uma existencia digna

⁴² 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.270.

⁴³ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. p.108.

⁴⁴ A partir do estímulo recebido no Seminário entitulado “A tutela Multinível dos Direitos Fundamentais”, no presente trabalho construiu-se a utilização da expressão “Estrutura Constitucional Multiplice”.

para todos, constituindo a base do Constitucionalismo contemporâneo.

Ocorre que, na prática, especialmente no Brasil e demais países da América Latina, verifica-se dificuldade de se obter uma Efetividade plena dos Direitos Fundamentais constitucionalmente assegurados, tanto pela limitação excessiva através de leis, quanto pela alegada impossibilidade financeira de concretização.

Verificou-se a importância e a necessidade de se estabelecer e proteger um Conteúdo Mínimo em relação aos Direitos Fundamentais, o que traduz em um núcleo mínimo essencial e indisensável para assegurar uma vida digna aos cidadãos.

Ao reconhecer-se a trajetória para uma Estrutura Constitucional Multiplice na União Europeia no que concerne a proteção dos Direitos Fundamentais, realizou-se a reflexão acerca da proteção de um Conteúdo Mínimo destes.

Verificou-se que o estudo e o estabelecimento de um Conteúdo Mínimo pode contribuir para direcionar a trajetória do Brasil e demais países latino-americanos na busca por um Constitucionalismo que promova uma maior Efetividade dos Direitos Fundamentais de acordo com a sua realidade sócio-econômica.

Assim, a compreensão do Conteúdo Mínimo dos Direitos Fundamentais diante do estímulo recebido, que enfatiza a importância da tutela multinível dos Direitos Fundamentais, é uma perspectiva válida para o Brasil, uma vez que a proteção de um Conteúdo Mínimo é a base para um Constitucionalismo Mundial.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY. Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

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.

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, disponível em http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/diritto_universale/index.html. Acesso em 17 de fevereiro de 2015.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998 p. 228.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2013.

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.

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

PECES BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** Teoria General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 1995.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías: Elementos para una reconstrucción.** 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3ª. ed. rev. atual. eampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHAFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão.** 2 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2013.

STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado.**

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.** Disponível em http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=722, acesso em 15/02/2015.

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.

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

O MODELO COMBINADO DE *REGRAS* E *PRINCÍPIOS* QUE TRATAM DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Airto Chaves Junior¹

Bárbara Guasque

INTRODUÇÃO

A pesquisa que aqui se inicia objetiva desenvolver um estudo da evolução dos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo pós-moderno e a interpretação que deve ser dispensada a essa estrutura normativa.

Para tanto, iniciar-se-á com a abordagem da superação do Estado Legal pelo Estado Constitucional, modelo em que a Constituição passa a ser o elemento de estabilização e subordinação do Estado, tanto no campo político quanto jurídico. A superação de que trata o estudo é diagnosticada por uma série de características bem definidas, tanto no campo político quanto no campo jurídico.

Neste caso, o estudo será direcionado a algumas dessas peculiaridades, em especial, à alteração da teoria das fontes (normas constitucionais na forma de regras e princípios), o catálogo de direitos fundamentais nas Constituições que atendem esse novo modelo, a rigidez constitucional e o agigantamento da jurisdição constitucional, sobretudo, no controle de constitucionalidade de leis.

Na sequência, avaliar-se-ão os critérios de interpretação da norma constitucional de que trata de direitos fundamentais a partir da constitucionalização do ordenamento jurídico. Essa avaliação será construída a partir do modelo de regras e princípios e no confronto normativo que pode ser ocasionado: a) entre regras; b) entre princípios; c) entre regras e princípios.

Por fim, investigar-se-á se esses critérios, assim reconhecidos, são empregados por quem os interpreta, sobretudo, diante das características dimensionadas neste novo modelo

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) com Dupla Titulação pela Universidade de Alicante (Espanha). Professor Titular de Direito Penal e Direito Processual Penal da UNIVALI; 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

constitucional.

A pesquisa se justifica na medida em que os princípios e regras de tratam de direitos fundamentais, bem como o ideal modelo de interpretação a que eles devem estar submetidos é tema alvo de extremo debate no meio acadêmico e tribunais de todo o país.

A partir disso, o problema que impulsiona a pesquisa é o seguinte: é importante a separação das normas que tratam de direitos fundamentais entre regras em princípios?

Uma análise *a priori*, antes de qualquer pesquisa aprofundada acerca do tema, permite concluir que a importância resulta na forma de tratamento que se deve dispensar a uma e a outra norma, especialmente no que se refere ao seu modelo interpretativo e de aplicação.

O método utilizado para o desenvolvimento da pesquisa (fase de investigação) utilização é o dedutivo, o qual fora subsidiado por pesquisa bibliográfica.

1. O CONSTITUCIONALISMO COMO NOVO PARADIGMA DO DIREITO

O Constitucionalismo é hoje a orientação prevalente na teoria e na filosofia do direito. Após a Segunda Guerra Mundial, firmou-se essa profunda inovação na estrutura dos ordenamentos jurídicos da Europa Continental, caracterizada, sobretudo, com a introdução de *constituições rígidas supraordenadas à legislação ordinária* e sustentadas pelo *controle jurisdiccional de constitucionalidade*.² Isso se deu especialmente, em razão das consideráveis alterações ocorridas no imaginário coletivo e na cultura jurídica e política. Tanto que se for possível assinalar o momento temporal determinante dessa quebra paradigmática, pode-se fazê-lo no ano de 1945, ou então, o período posterior à derrocada do nazismo e do fascismo na Europa.³ Por consequência, a singularidade trazida por este constitucionalismo do período pós-guerra compreendeu uma nova cultura jurídica,⁴ expressada a partir da proclamação de Tratados e Convenções Internacionais que versavam sobre Direitos Humanos.⁵

² FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos:** el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 9.

³ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** Traducción de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008, p. 28.

⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo:** ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007. p. 213.

⁵ Pode-se anotar como exemplos a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 948, a Constituição Italiana de 1948, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1948. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales.** In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** Traducción de Perfecto A. Ibáñez, et al.

É bem verdade que antes desse período, já existiam textos com mandamentos a nível constitucional substantivos desde o início do século XX, a exemplo da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição da Alemanha (Weimar) de 1919.⁶ Neste momento histórico, há havia discursos de liberdade e que buscavam a afirmação desses direitos. Porém, esse novo constitucionalismo democrático nascido das ruínas da Segunda Guerra Mundial comporta características bem definidas e que norteiam, de forma verdadeiramente substancial, todo o ordenamento jurídico daquele país.

Até então, vigorava o chamado Estado Legal ou “Estado Legislativo”, em que o princípio da legalidade era consagrado como o elemento de sustentação e estabilização jurídica e política do Estado. Conforme Ferrajoli⁷, a lei era a única fonte (onipotente) do direito, pois era concebida como produto da vontade do soberano ou então, legitimada como expressão da maioria do parlamento.

A partir dos anos 50 e 60 do século passado, essa compreensão paradigmática passou a sofrer importantes alterações, especialmente, pela superação do Estado Legal pelo Estado Constitucional, modelo em que a Constituição passa a ser o elemento de estabilização e subordinação do Estado, tanto no campo político quanto jurídico.⁸ Anota Riccardo Guastini⁹ que, neste período, inaugura-se um modelo jurídico impregnado pelas normas constitucionais e verdadeiramente constitucionalizado e caracterizado por Constituições extremamente invasivas, capazes de condicionar tanto a legislação quanto a jurisprudência e a forma de doutrinar o direito, a ação dos atores políticos, bem como as relações sociais. Há, então, um reconhecimento de que a Constituição é norma suprema, e da qual todas as outras normas estão rigidamente subordinadas.¹⁰

Essa subordinação está vinculada, especialmente, àquilo que se chama de *rigidez constitucional*: para que seu conteúdo possa vincular o restante do ordenamento jurídico, faz-se

Madrid: trotta, 2008, p. 28.

⁶ CARBONELL, Miguel. VV.AA. (Varios autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, 2010, p. 158.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008, p. 30.

⁸ Ver ZAGREBELSKY, G. *El derecho ductil*: Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

⁹ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 49.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008, p. 30.

necessário que a Constituição não possa ser alterada por meios ordinários. Assim, as normas constitucionais não podem ser revogadas ou modificadas senão, mediante um procedimento especial de revisão constitucional, muito mais complexo que os procedimentos de produção de leis ordinárias.¹¹ E isso acaba sujeitando o direito de todos os poderes, inclusive o poder legislativo. Para Ferrajoli¹², a *rigidez constitucional* constitui o reconhecimento de que as constituições são normas supraordenadas com relação à legislação ordinária. Isso porque prevêem: a) procedimentos especiais para sua reforma; b) controle jurisdicional de constitucionalidade de leis por parte dos Tribunais Constitucionais. Definitivamente, portanto, a rigidez constitucional reforça a superação do Estado Legal, onde a lei era a única fonte do direito, pelo Estado Constitucional. Agora, a Constituição é a fonte suprema por quais todas as outras normas estão rigidamente subordinadas.

Mas, o que teria motivado essas transformações? Conforme Ana Paula de Barcellos¹³, é possível apontar causas diversas, ainda que sejam elas interligadas. No plano constitucional, cartas compromissórias refletem, de forma nítida ou distorcida, sociedades plurais. A consagração em um mesmo texto de opções e interesses políticos diversos, e até mesmo de direitos que em vários de seus desenvolvimentos poderão se chocar reciprocamente, exigirá do intérprete um esforço todo especial. Também, as técnicas em que foram prescritas essas normas (*rigidez*) lhes defini os contornos e manter a unidade da Constituição.

Por isso, as Constituições nascidas a partir desse novo modelo contêm amplos catálogos de direitos fundamentais.¹⁴ Neste caso, por se tratarem de cláusulas pétreas, essa relação de direitos trazidos no bojo das Constituições não podem ser objeto de supressão ou mesmo de redução, em hipótese alguma. É que a legislação é função sobre matéria *que se vota* enquanto que a justiça constitucional é função sobre matéria *que não se vota*, porque é *res publica*. A função da Corte Constitucional é inerente à forma republicana de Estado e não à democracia. Assim, os direitos

¹¹ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 50.

¹² FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008, p. 29-30.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51.

¹⁴ Exemplos dessas Constituições são trazidos por Miguel Carbonell: a Constituição Portuguesa de 1976, a Constituição Espanhola de 1978, a Constituição Brasileira de 1988, a Colombiana, de 1991, a Constituição da Venezuela de 1999 e a Constituição Equatoriana de 2008. In: CARBONELL, Miguel. VV.AA. (Varios autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, 2010, p. 154.

fundamentais não podem ser submetidos ao voto, pois não dependem do êxito dessa votação.¹⁵ Em síntese, os direitos fundamentais se encontram dentro daquilo que se pode chamar de “esfera do indecidível”. Conforme Ferrajoli¹⁶, “é o que nenhuma maioria pode validamente decidir, ou seja, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade (...”).

Dentro desta perspectiva, os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente aparecem como um complexo normativo de hierarquia superior no conjunto jurídico geral e, até mesmo, ao sistema jurídico-constitucional em particular.¹⁷ Mas, o que (e quais) seriam os Direitos Fundamentais?

Em primeiro lugar, pode-se dizer que os direitos fundamentais se referem aos direitos decorrentes da própria natureza do homem. Por isso, Peces-Barba¹⁸ registra que eles possuem uma raiz moral que se conhece através do estudo da fundamentação destes direitos. Apesar disso, para que sejam eficazes na vida social, **devem pertencer ao ordenamento jurídico** (ser positivados, portanto), pois é por meio da previsão legal que os direitos fundamentais realizam sua função. Tanto que, sem o apoio do Estado, estes valores morais não se convertem em direito positivo, e por consequência, carecem de força para orientar a vida social em um sentido que favoreça sua finalidade moral. Lembra Lynn Hunt¹⁹, que esses direitos só se tornam significativos quando ganham conteúdo político. Não são os direitos fundamentais num estado de natureza; são os direitos fundamentais em sociedade. São, portanto, direitos garantidos no mundo político secular (ainda que sejam chamados de "sagrados"), e são direitos que requerem uma participação ativa daqueles que os detêm. A positivação, então, é a possibilidade de ser uma norma seguida de sua perspectiva garantia. Bem anota Alexy²⁰ que, “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”.

Aliás, as Constituições contemporâneas costumam primar por esta estrutura: previsão de um rol de direitos fundamentais e previsão, também, de instrumentos que servem para garantir a

¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces Constitucionales. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. CARBONELL, Miguel (ed.). Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 101.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos:** el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 9.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

¹⁸ PESES-BARBA, Gregorio. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: PESES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 104-105.

¹⁹ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 19.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 50.

sua efetiva aplicabilidade. Em termos operacionais e processuais, conforme Canotilho²¹, isso se dá porque as declarações em favor dos direitos fundamentais pelo texto constitucional dependem de uma prévia regulamentação dos próprios organismos estatais que elas visam controlar e condicionar no exercício das suas próprias funções executivas.

Em segundo lugar, tem-se que os direitos fundamentais **devem ser universais, indisponíveis e inalienáveis, aplicáveis indistintamente a todas as pessoas**²². Atingem (ou devem atingir), portanto, todos os homens, independentemente da origem, classe social ou econômica a que pertençam.²³

Mas quais seriam os critérios para se considerar um direito, *direito fundamental*? Ferrajoli²⁴ se utiliza de três especificidades para debater a questão: a) o **primeiro critério** é verificá-lo entre os direitos humanos instituídos no *preâmbulo* da Declaração Universal de 1948; b) o **segundo critério** relevante para o tema é a íntima relação entre direitos e a igualdade. Os direitos fundamentais estão indissoluvelmente atrelados à igualdade²⁵: primeiro, quanto à igualdade aos direitos de liberdade que buscam garantir igual valor a todas as diferenças pessoais (de nacionalidade, de sexo, de religião, de opiniões políticas, de condições sociais; segundo, quanto à igualdade dos direitos sociais, que buscam garantir a redução das desigualdades no plano econômico e social;²⁶ c) o **terceiro e último critério** levantado pelo autor é o papel dos direitos

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008. 118.

²² FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trottta, 2008, p. 42.

²³ Questão perturbadora e que não pode escapar ao debate é que tudo isso teve origem no primeiro rascunho da Declaração da Independência, preparado em meados de junho de 1776 por Thomas Jefferson, quando escreveu: "Consideramos que estas verdades são sagradas e inegáveis: que todos os homens são criados iguais & independentes, que dessa criação igual derivam direitos inerentes e inalienáveis, entre os quais estão a preservação da vida, a liberdade & a busca da felicidade". Jefferson era um senhor de escravos e ainda assim, com extrema confiança, declarava no final do século XVIII que os direitos são universais vieram a demonstrar que tinham algo muito menos inclusivo em mente. Não é de se surpreender que ele considerasse que as crianças, os insanos, os prisioneiros ou os estrangeiros e os incapazes, indignos de plena participação no processo político. Mas Jefferson também deixava de lado aqueles sem propriedade, os escravos, os negros livres, em alguns casos, as minorias religiosas e, sempre e por toda parte, as mulheres. Importa que, se pudéssemos compreender como isso veio a acontecer, compreenderíamos melhor o que os direitos humanos significam para nós hoje em dia. Consultar: HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.16-17.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia constitucional y Derechos Fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trottta, 2008, p. 43-57.

²⁵ Conforme anotou John Rawls na obra "Uma Teoria da Justiça", publicado em 1971, "Cada pessoa terá igual direito a mais extensa liberdade básica compatível com semelhante liberdade para as outras (...)." Conforme ele, "A liberdade, pode alguém argumentar, é um insumo da política democrática moderna. Pode ser, mas é também um produto da máquina política e esse resultado (...) é impensável sem condições mínimas de igualdade". A ideia foi explicitada a partir da construção de uma justiça com equidade. RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge (MA), The Belknap Press, 1971, p. 60. Extraído de: KUNTZ, Rolf. **A descoberta da igualdade como condição de justiça**. In: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. FARIA, José Eduardo. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 159/152.

²⁶ Vale aqui anotar os registros do Professor da Universidade de Barcelona, Geraldo Pisarello. Conforme ele, não existe democracia

fundamentais como *leis dos mais vulneráveis*. Exemplos disso são o direito a vida, contra a lei de quem é mais forte fisicamente; o direito a imunidade e liberdade, contra o arbítrio de quem é mais poderoso politicamente; os direitos sociais, que se caracterizam como direitos para sobrevivência contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.

Ferrajoli²⁷ parte de um aporte comprensivo chamado de *constitucionalismo juspositivista* ou *constitucionalismo jurídico*, ou ainda, *Estado Constitucional de Direito* para designar, em oposição ao “Estado Legal” ou “Estado Legislativo de Direito”, o constitucionalismo rígido das atuais democracias constitucionais. Dentro desta perspectiva constitucional, os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais devem orientar a produção do direito positivo, o qual está substancialmente submetido ao controle de constitucionalidade. Neste caso, conforme o autor²⁸, os princípios ético-políticos introduzidos nas constituições e avaliados a partir de uma ponderação (e não de subsunção, como se faz com as regras) restauram a conexão pré-moderna entre direito e moral e estabelecem um “ponto final” na separação dessas duas esferas produzidas pelo direito moderno, com a afirmação do paradigma positivista.

Peces-Barba²⁹, por sua vez, destaca outros elementos que permitem definir o que seriam direitos fundamentais. Para ele, inicialmente, são uma **pretensão moral justificada** fundamentada nas ideias de liberdade e de igualdade que, com o passar dos tempos, foram somando as ideias de solidariedade, segurança jurídica e tiveram aportes da filosofia, política liberal, democrática e socialista. *Pretensões morais*, neste caso, seriam as pretensões cujo conteúdo pode ser generalizado, aplicado a todos de forma igualitária. Além disso, constituem um **subsistema** dentro do sistema jurídico. Tanto que é possível que se estude o ramo “Direito dos Direitos Fundamentais”. Por último, os direitos fundamentais são uma **realidade social**. São eles, a todo tempo, influenciados pelas condições sociais, econômicas, políticas e culturais. Assim, para a compreensão dos fundamentos e das funções dos direitos fundamentais, não há que se levar em

sem os Direitos Sociais. A democracia não pode ser reduzida a um conceito dos “direitos de liberdade”. Veja-se, por exemplo, que na construção dessas teorias, nem todos tinham liberdade nem mesmo de votar. Assim, não há como exercer a liberdade sem que estejam garantidos os direitos sociais. Ver: PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenéutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa (et al); FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 17.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p.10.

²⁹ PESES-BARBA, Gregorio. La diacronía Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: PESES-BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales*: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 109.

conta apenas moral e norma, mas também o meio em que estas normas são ou podem ser aplicadas.

Quanto à forma, esses direitos podem aparecer no plano constitucional como **regras** ou **princípios (norma)** que trata de direitos fundamentais = **regra e/ou princípio**). E o que isso quer dizer? Apesar da *rigidez constitucional*, característica enraizada no modelo contemporâneo, há ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da existência de direitos fundamentais em forma de *princípios constitucionais*, expressamente formulados ou ainda, meramente implícitos. Conforme anota Guastini³⁰, ainda que não previstos de forma taxativa, não podem ser suprimidos, revogados ou ignorada a sua existência, nem mesmo por meio de revisão constitucional, Pretende-se, com isso, uma constitucionalização mais acentuada nesses ordenamentos.

Alexy³¹, por exemplo, coloca que as normas de direitos fundamentais são normas jurídicas com certas características peculiares, pois se mostram por meio de disposições constitucionais e possuem uma estrutura particular que se expressam em **regras, princípios e valores**. E isso se revela a partir de duas construções principais dos direitos fundamentais para Constituições que prevejam a possibilidade do controle de constitucionalidade: “uma é estreita e estrita (*narrow and strict*); outra é ampla e extensa (*broad and comprehensive*). A primeira pode ser denominada *construção de regra*, a segunda *construção de princípio*”³².

Isso porque, se o modelo que trata de direitos fundamentais estiver construído somente por *regras*, restringe-se ele a um sistema fechado e que, por consequência, deve disciplinar exaustivamente todas as situações imagináveis. Do mesmo modo, um sistema fechado acaba por servir de obstáculo para que outras situações não ali regulamentadas possam ser objeto de análise ou consideradas para efeitos de direitos. De outra parte, diante de sua complexidade, um sistema regido apenas por *princípios* causaria uma indeterminação tamanha que dificultaria em muito a segurança jurídica. Neste norte, Canotilho³³ anota que o modelo adequado para discutir a aplicação-concretização de normas consagradoras de direitos fundamentais é um **modelo combinado de regras/princípios**³⁴, mas com prevalência do plano das regras sobre o plano dos

³⁰ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 51.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52-53.

³² ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 132.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008, p. 159.

³⁴ Anota-se que, por vezes, a forma padrão que uma norma se apresenta nem sempre deixa claro se é ela regra ou princípio e isso

princípios. Essa prevalência resulta do eventual colisão interpretativa entre uma regra (tido com um mandamento definitivo) e um princípio (posição a ser ponderada, *prima facie*).

A distinção é das mais relevantes para prática do direito, sobretudo, em âmbito constitucional, pois tem como base a estrutura normativo-material dos preceitos constitucionais, com enormes reflexos na sua interpretação e aplicação,³⁵ como se mostrará na sequência.

2. CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA QUE TRATA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme anota Ferrajoli³⁶, os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos são *normas substanciais* sobre a produção normativa. Primeiro, porque são “normas” em si mesmo, ao ser imediatamente atribuído a elas um caráter geral e abstrato a seus titulares. Depois, porque são normas substanciais sobre a produção de outras normas, no sentido de disciplinarem não a forma, mas o sentido, ou seja, a substância das normas produzidas (o que pode ser ou não ser decidido).

Porém, não se pode olvidar que os direitos fundamentais estão inseridos em um contexto de *atrito histórico* a limitar, por vezes, a própria absorção de seus conceitos às possibilidades de suas manifestações empíricas. Dado o antagonismo de alguns preceitos, são, a depender da forma em que se manifestam no plano constitucional, ponderados, tudo para que se encontre um equilíbrio a possibilidade de extensão real dos direitos e a sua limitação recíproca.³⁷ E isso suscita uma importante questão: a interpretação que se dispensa a depender da **natureza das normas** em que consistem os direitos fundamentais em conflito, que podem ser *regras* ou *princípios*.

E por que há colisão entre normas de direitos fundamentais? De acordo com Wilson Antônio Steinmetz³⁸, os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se

pode contribuir com a dificuldade de se interpretar determinado dispositivo. Palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” contribuem para isso. Quanto uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam (a própria) regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio, **mas não chega a transformar a regra em princípio** pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender a regra. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44-46.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 44.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014, p. 96.

³⁷ ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 58.

³⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 63.

esgotam no plano da interpretação *in abstrato*. As normas do direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões in concreto.

Guastini³⁹ aponta critérios relacionando essas colisões como uma técnica de interpretação da norma Constitucional. Antes disso, necessário esclarecer que não há texto normativo que contemple apenas uma interpretação. Por isso, cada interpretação diferente do mesmo texto constitucional pode produzir uma norma diversa. Essa explanação pode ser dar no campo abstrato (com a simples leitura do texto) e no campo concreto (por ocasião de uma controvérsia específica). Pode ocorrer de uma primeira interpretação (N1) contradiga a norma constitucional; uma segunda (N2), por outro lado, esteja em plena conformidade com a Constituição. Evidentemente que, neste caso, qualquer intérprete deve eleger a posição que encontra consonância com o texto constitucional. A *interpretação conforme a Constituição* é aquela que se adéqua, se harmoniza a norma constitucional, elegendo-se, frente a duas possibilidades interpretativas, o significado que evite qualquer contradição entre a norma (seja ela qual for) e o conteúdo constitucional.

Pois bem. Problema mais complexo ocorre quando se apresentam casos que acarretam conflitos entre normas previstas no mesmo texto constitucional (contradições normativas constitucionais). Acerca da estrutura que embarca as normas de direitos fundamentais na forma de regras, destaca-se a **subsunção**⁴⁰ (de uma regra sobre outra). Já, se a estrutura estiver relacionada à colisão entre princípios constitucionais, a solução é buscada a partir do **sopesamento (ou ponderação)**⁴¹ entre eles.

³⁹ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 56-57.

⁴⁰ A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre a premissa menor – fatos – e produzindo com consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para conduzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso. In: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55.

⁴¹ Ponderação “pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês hard cases), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”. In: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55.

Isso porque, de acordo com Alexy⁴², princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentre das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, os princípios não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Assim, da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões contrárias. A maneira pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios estão no mesmo grau hierárquico⁴³, logo, somente podem ser determinados num juízo prático de ponderação.

Com relação às regras, Alexy explica que o tratamento deve ser totalmente diferente. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Conforme ele, “essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”⁴⁴. Em miúdos, os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo.

Dworkin, de forma semelhante, registra que a diferença entre princípios e regras está na natureza da orientação que oferecem: “as regras são aplicáveis à maneira do *tudo-ou-nada*. Dados ou fatos que uma regra estipula, então ou a regra válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”⁴⁵. Assim, para ele, a diferença se encontra nos respectivos modos de aplicação da norma.

Assim, por exemplo, o time de futebol de jogador que provoca falta em jogador adversário no interior da grande área de seu campo defensivo é punido com pênalti, não sendo lícito por parte de o juiz marcar qualquer outra infração que substitua a penalidade máxima, como a falta,

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 103-104.

⁴³ Conforme Márcio Iorio Aranha, a exceção à afirmação da igualdade hierárquica dos princípios, no direito constitucional brasileiro, está no destaque à dignidade humana, expressa no art.1º, III da Constituição Federal de 1988 (Ver: ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 59). Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn inaugura o seu texto enunciando o princípio da intangibilidade da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, alínea 1). Com isso, a “dignidade é um valor (Wert) que subjaz e permeia os direitos fundamentais (artigos 1º ao 19º), como também toda a Lei Fundamental”. Nesse compasso, a Lei Fundamental traduz a semântica dos valores inerentes aos direitos fundamentais, esclarecendo a terminologia empregada, como direitos diretamente aplicáveis, vinculando Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 1º, alínea 3º). Ou seja, “os três Poderes estão proibidos, pela Lei Fundamental, a tergiversar sobre os Direitos Fundamentais”. O mesmo artigo inaugural estabelece o princípio do reconhecimento dos direitos do homem como invioláveis e inalienáveis (art. 1º, alínea 2º). Ver ALVES, Waldir. Proteção dos direitos fundamentais no controle concreto de normas alemão: competência para exame e rejeição da norma. In: **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA**. Vol. 7 - Número 2 - 2º semestre de 2006, p. 336.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 104.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

etc. A regra, pois, não admite qualquer ponderação.

Da mesma forma são as regras contidas no art. 5º, XLVII, da CRFB/88, que dizem: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; (...)”. Dentro dessa perspectiva, juiz algum, ao condenar o acusado, poderá submetê-lo a qualquer das penas previstas no referido dispositivo, pois funciona essa regra de instrumento limitador (o que não se pode fazer) do poder punitivo estatal.

Esclarecido isso, os casos de *contradição normativa* que interessam ao debate que aqui se propõe são os seguintes: a) **conflito entre regras**; b) **conflito entre princípios**; e c) **contradições normativas entre regras e princípios**. Para tanto, vale anotar que essas contradições aqui avaliadas ocorrem no interior do mesmo ordenamento jurídico.

2.1 Contradições Normativas entre Regras

Quanto às contradições normativas operadas entre regras, é de se concluir duas possíveis soluções:

a) que uma das regras em conflito seja contemplada com uma cláusula de exceção, o que permitiria que ela continuasse a surtir efeitos no ordenamento jurídico, mas não, excepcionalmente, para aquele caso proposto.

Anota-se, como exemplo, a situação acima registrada, prevista no art. 5º, XLVII, “a”, da CRFB/88, que diz: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (...)”. É de se verificar que, no Brasil, a regra é a vedação à pena de morte. Mas, esta regra admite exceção? A resposta é sim, pois está a exceção incluída na própria regra (“salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”).

Outro exemplo pode ser extraído do art. 5º, XII, da CRFB/88, que cuida da inviolabilidade do domicílio:

Art. 5º, (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (destacou-se)

A regra, no presente caso, é a inviolabilidade do domicílio. As exceções, porém, fazem parte do próprio texto, situações que culminam por mitigar a regra constitucional.

Porém, quando a inclusão dessa cláusula de exceção não for possível, sobretudo, diante da absoluta incompatibilidade normativa, adota-se o segundo critério:

b) que uma das regras seja declarada inválida, ou seja, deixe de surtir efeitos para toda e qualquer situação enfrentada.

Exemplo pode ser constatado a partir daquilo que preveem os artigos 198 e 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal Brasileiro:

CPP, art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz. (destacou-se).

CPP, art. 186, par. único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (sublinhou-se)

Há, aqui, uma flagrante antinomia⁴⁶ no que se refere ao efeito do silêncio exercido pelo acusado no âmbito processual penal. Conforme o art. 198, oriundo da redação original do Código (de 1941), ao exercer o silêncio, o réu poderá sofrer prejuízos em razão de convencimentos do magistrado criados a partir dele. Bastante diferente, no entanto, é a redação do parágrafo único do art. 186, incluído pela Lei nº 10.792/2003.

Como as regras são absolutamente contraditórias e não se prevê qualquer cláusula de exceção, uma delas deve ser considerada inválida para surtir quaisquer efeitos, pois o sistema jurídico, enquanto ordenamento, não pode tolerar antinomias. No caso presente, aquela declarada inválida seria a contida no art. 198 do Código de Processo Penal. Mas, como saber quais das regras prevalece?

Ao longo dos séculos de interpretação das leis, a jurisprudência elaborou algumas regras de aceitação generalizada para resolver as antinomias, pelo menos aquelas *aparentes*, já que as *antinomias reais* permanecem insolúveis ou têm a sua resolução confiada à liberdade do aplicador do direito. O fruto desse trabalho jurisprudencial, a que não faltou suporte doutrinário, são os chamados critérios *cronológico*, *hierárquico* e da *especialidade* que são, em verdade, simples regras técnicas de solução de conflitos entre normas.⁴⁷

⁴⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial trotta, 2003, p. 176. Semelhante informação pode ser extraída de: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43: "Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes".

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos**

Na medida em que regulamenta as disposições constitucionais, a ordem infraconstitucional reproduz o mesmo quadro: previsões que tutelam bens diversos e que, em determinado ponto, podem gerar situações de antinomia.⁴⁸ A par disso, quanto ao primeiro (hierárquico), é de se verificar que a redação do art. 198 do Código de Processo Penal não passou pelo filtro constitucional de 1988. Isso porque ele entra em conflito com o “direito ao silêncio”, encartado dentre os direitos fundamentais da Constituição Brasileira (CRFB/88, art. 5º, LXIII).⁴⁹ Ou seja, a partir da entrada em vigor da nova constituinte, o art. 198 do Código de Processo Penal deve ser completamente ignorado (como se não existisse, não estivesse lá). É que a interpretação judicial da lei é sempre um juízo sobre a própria lei, reativamente à qual o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, os significados que são compatíveis com as normas substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos. Quando essa contradição é insanável, como no caso em apreço, é dever do juiz (ou Tribunal) declará-la constitucional.⁵⁰ Talvez, por isso, fosse até mesmo desnecessário a alteração da redação do art. 186, parágrafo único do diploma processual penal. Apesar disso, serve a título exemplificativo.

O segundo critério (cronológico) é sustentado a partir do *princípio da posteridade*. Conforme ele, regra posterior que trata da mesma matéria regulamentada por norma anterior, mas de forma diferente, prevalece sobre a regra mais antiga. Como a redação do art. 186, parágrafo único, do CPP, é derivada de reforma parcial promovida no ano de 2003 (Lei 10.792/03) e trata exatamente da mesma matéria daquela contida no art. 198, mas de maneira contrária, prevalece sobre esta.

Por último, o critério da especialidade é utilizado quando verificada antinomia entre regra de caráter geral e regra de caráter especial. Havendo contradição normativa entre ambas, prevalece, para aquele caso especial, a regra de conteúdo especializante (o gênero é derrogado pela espécie).

Como se vê, qualquer conflito entre regras ocorrem no plano abstrato de seu conteúdo e

Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.45-46.

⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 51.

⁴⁹ CRFB/88, art. 5º, LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. A expressão “preso”, neste caso, refere-se a qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal ou mesmo administrativo (suspeito, indiciado, acusado ou condenado).

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 219.

validade. Não se avalia, aqui, qualquer dimensão de peso, mas tão somente de validade: ou a regra é válida e, portanto, a outra regra em conflito com ela é inválida, ou a regra é válida, introduzindo-se em seu teor, cláusula de exceção que exclua a eventual antinomia.

2.2. Contradições Normativas entre Princípios

Diferente é a solução para a **colisão entre normas materializadas a partir de princípios**. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Alexy⁵¹ explica que isso não significa que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção (como acontece com a regra, por exemplo). O que ocorre, no caso, é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Em condições diferentes, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Conforme o autor, “isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência”⁵². Conflitos entre princípios, então, ocorrem na dimensão de peso, visto que só princípios válidos podem decidir.

Conforme o autor⁵³, a *Lei do Balanceamento* demonstra que o balanceamento pode ser dividido em três etapas ou estágios. O primeiro estágio é o do estabelecimento do grau de não-satisfação ou de detimento do primeiro princípio. Segue-se um segundo estágio, no qual a importância de satisfazer o princípio concorrente é estabelecida. Finalmente, o terceiro estágio responde à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detimento ou a não-satisfação do primeiro.

Então, um princípio inclina o raciocínio do intérprete à determinada direção, não resolvendo a questão por si só. Pode acontecer de existir outra (ou outras) situações que incline a interpretação em sentido diverso. De qualquer forma, a ponderação utilizada para solução de conflitos entre princípios deve ser instrumentalizada, sempre, a fim de maximizar os efeitos normativos dos direitos fundamentais.

Exemplo: o art. 5º, X, da CRFB/88 diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por outro lado, o inciso LX do mesmo artigo traz que “a lei só poderá

⁵¹ ALEYX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93-94.

⁵² ALEYX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.

⁵³ ALEYX, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 136.

restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

O primeiro dispositivo refere-se ao “princípio da intimidade”; o segundo, ao “princípio da publicidade”. Veja-se que é natural que uma pessoa submetida ao curso regular de um processo penal tenha sua honra e imagem atingidas pelas circunstâncias dos próprios atos processuais: intimações, audiências, medidas cautelares quando estritamente necessárias, entre outras situações.

Neste contexto, se isoladamente considerado, é possível que se visualize afronta ao art. 5º, X, da CRFB/88. No entanto, caso avaliado sistematicamente com os demais direitos fundamentais previstos constitucionalmente e conectados com o mesmo problema (art. 5º, LIV e LX), a juízo de ponderação, precederão os princípios do devido processo legal e da publicidade.

Por outro lado, caso o processo penal seja indevido ou ainda, no contexto processual penal exista desvio de finalidades ou abuso de poder, muito provavelmente a intimidade abarcará preponderância sobre os demais princípios, quando então, será “assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Alexy denomina o núcleo desse julgamento de “lei da ponderação” que é explicado da seguinte forma: “Quanto maior seja o grau de não satisfação ou restrição de um dos princípios, tanto maior deverá ser o grau de importância ou satisfação do outro”⁵⁴. Por isso, o autor nega qualquer hierarquização entre princípios e a existência de princípios absolutos (princípios que em hipótese alguma cedem em favor de outros). Para ele⁵⁵, se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem procedência em relação a todos os outros em caso de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, neste caso, isso quer dizer que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, pelo que, o teorema da colisão não seria possível de aplicação.⁵⁶

⁵⁴ ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: *El Principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. CARBONELL, Mighel (Coord.). Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes: México, 2008, p. 13.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

⁵⁶ No mesmo sentido, extrai-se dos registros do Professor Willis Santiago Guerra Filho: “Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, pois uma tal obediência unilateral e irrestrita a uma determinada pauta valorativa - digamos, individual - termina por infringir uma outra - por exemplo, coletiva. Daí se dizer que há uma necessidade lógica e, até, axiológica, de se postular um "princípio de proporcionalidade", para que se possa respeitar normas, como os princípios - e, logo, também as normas de direitos fundamentais, que possuem o caráter de princípios -, tendentes a colidir (In: A norma de direito fundamental. *Revista Busca Legis*. N.º 29. Ano 15, dezembro de 1994 - p. 23-29).

Acerca da existência (ou não) de princípios de natureza absoluta, um recorte aqui se faz necessário: o regime jurídico constitucional brasileiro parece trazer sim hipóteses de princípios que não admitiriam qualquer ponderação, especialmente relacionados a questões de Direito Penal e Processual Penal. Dentre eles, pode-se citar aquele previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88 e que trata do “princípio da legalidade e da anterioridade da norma penal incriminadora”. Não se vislumbra possível a ponderação desse princípio em qualquer hipótese imaginável.

Outro exemplo poderia ser extraído daquilo que prevê o art. 5º, III, do texto constitucional (inadmissibilidade da tortura). A questão aqui, porém, é complexa.

Isso porque não se pode negar uma prévia ponderação do Congresso Nacional para se determinar o que é, de fato, tortura no Brasil, o que é feito por via da Lei 9.455/97 (âmbito legislativo). Há, ainda, ponderação ao momento de se avaliar o “fato praticado” e o “tipo incriminado” para se determinar se há ou não tipicidade penal no caso concreto (âmbito judicial), o que é feito pelos atores que atuam no Processo Penal. No entanto, admitido (no caso concreto) que a conduta sob análise constitui tortura, não há que se admitir qualquer juízo de ponderação.

Questão relacionada que não pode fugir ao debate se refere ao dimensionamento de determinado direito fundamental como **regra** ou como **princípio**, levando-se em conta sua estrutura normativa e o que ele represente para o ordenamento jurídico. Seria o inciso III do art. 5º, da CRFB/88, princípio?

Ingo Sarlet⁵⁷ anota que, embora a proibição da tortura tenha sido objeto de expressa previsão constitucional, cuida-se de manifestações especiais e intrinsecamente relacionadas com as exigências do respeito e proteção da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança e integridade pessoal, que abarca a integridade física, a integridade psíquica e a integridade moral. Dessa forma, ainda que não houvesse dispositivo na CRFB/88 específico a respeito, tais regras proibitivas (*veja-se, então, que o autor trata mencionado dispositivo – art. 5º, III, da CRFB/88 - como regra*) a exemplo do que ocorreu em outros países, poderiam ser diretamente deduzidos do princípio da dignidade da pessoa humana.

Então, conforme o autor⁵⁸, no que diz respeito à estrutura normativa, é correto afirmar que

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; et. al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 377.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; et. al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 378.

a hipótese do art. 5º, III, da CRFB/88, é regra e não de princípio, que, em função de sua natureza, demandaria uma “otimização” de sua eficácia e efetividade, admitindo níveis diferenciados de realização e que seria apto a ser ponderado. Ainda assim, a Constituição Federal não define as condutas que caracterizariam tortura, de modo a deixar essa questão para os poderes constituídos, com destaque para o legislador e o Poder Judiciário, o que, posto de outro modo, implica delegar a definição do que viola e do que não viola a dignidade da pessoa humana. Apesar disso, não se está a admitir que a tortura esteja à livre disposição dos Poderes Legislativo e Judiciário, pois em qualquer caso, admite-se a proteção da dignidade e de direitos fundamentais de terceiros, vez que se referem a comportamentos categoricamente vedados pelo Estado Brasileiro.

Outro exemplo que parece não admitir qualquer juízo de ponderação é implícito ao princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV. Trata-se do “princípio da imparcialidade do julgador”, pois não é suficiente, no processo penal, ter-se um juiz. Faz-se necessário um juiz imparcial para desempenhar a sua função de garantidor das regras do jogo processual. Assim, conforme anota Aury Lopes Junior⁵⁹, ao citar Pedro Aragoneses Alonso, “a imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio supremo do processo” e como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparo judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparo.

2.3 Contradições Normativas entre Regras e Princípios

Cabe anotar, de pronto, que *não há conflito normativo entre regras e princípios*. Isso porque quando a interpretação leva a crer que existe contradição normativa entre eles, deve sempre prevalecer norma manifestada por meio de uma regra. Conforme Alexy⁶⁰, tanto as regras quanto os princípios não se realizam em nenhum lugar de forma pura, mas as regras representam distintas tendências, e a questão de qual delas é melhor é uma questão central da interpretação de qualquer Constituição que preveja controle de constitucionalidade. Neste caso, as normas que conferem direitos constitucionais não são essencialmente discerníveis de outras normas do ordenamento jurídico. Veja-se que as normas constitucionais têm seu lugar mais alto no sistema

⁵⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 131.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003, p. 132.

jurídico e seus focos são direitos altamente abstratos da maior relevância. Apesar disso, nenhum desses focos, segundo a construção de regra, dá lugar a qualquer diferença estrutural fundamental. É que as regras jurídicas, ainda que de natureza constitucional, são aplicáveis como todas as demais regras jurídicas: “São sempre aplicáveis sem o recurso a ponderações e, são, neste sentido, normas *livres de sopesamento*”⁶¹.

Dentro desta perspectiva, vale seguir Paulo Bonavides⁶², quando registra que os princípios valem, as regras vigem. E se assim o é, não há que se falar em ponderação para solução de eventuais problemas decorrentes de contradições normativas entre regras e princípios, pois neste caso, **as regras têm prevalência sobre os princípios**. E qual a razão desse tratamento?

É que as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar. Os princípios, ao contrário, estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para que esse fim seja alcançado. Então, as regras são normas que estabelecem desde logo os efeitos que pretendem produzir no mundo dos fatos, efeitos determinados e específicos (condutas), ao passo que os princípios indicam efeitos relativamente indeterminados.⁶³

Exemplo de *princípio* pode ser extraído daquilo que preceitua o art. 5º, LVII, da CRFB/88⁶⁴: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”⁶⁵. Esse dispositivo consagra o chamado “princípio da presunção de inocência”, dever de tratamento

⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123.

⁶² Citado por STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 215.

⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 72.

⁶⁴ O princípio foi consagrado, originariamente, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, foi tolhida no século passado pelos regimes totalitários (nazismo na Alemanha e fascismo na Itália), mas retornou às cartas constitucionais no período pós-guerra.

⁶⁵ Importa anotar aqui também já houve divergência (ainda que de pequeno impacto) acerca da natureza da estrutura normativa de mencionado dispositivo. Isso porque, conforme explica Lenio Streck, no Julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o Supremo Tribunal Federal parece ter assumido postura de retração ao *panprincipiologismo*. Essa retração estaria caracterizada por uma espécie de “uso hipossuficiente” do conceito de “princípio”. Conforme Streck, não se sabe o que é mais grave: o *panprincipialismo* ou a *hipossuficiência principiológica*. Mas o que teria ocorrido nesse julgamento? O julgamento em tela tratava da adequação da Lei Complementar 115/2010 (chamada lei da “Ficha Limpa”) à Constituição. No voto, o Ministro Luiz Fux anotou que “A presunção de inocência consagrada no artigo 5º, LVII da Constituição deve ser reconhecida, segundo lição de Humberto Ávila, como uma regra, ou seja, como uma norma de previsão de conduta, em especial de proibir a imposição de penalidade ou de efeitos da condenação penal até que transitada em julgado decisão penal condenatória. Concessa vênia, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico no indigitado enunciado normativo”. Streck, por óbvio, não concorda com o Ministro. Para tanto, dentre outros argumentações, faz referência a Alexy, ao anotar que “os princípios, quando afastados da aplicação em um caso específico, podem voltar com densidade normativa forte em outros casos futuros. As regras a terem como modo de aplicação a subsunção, ou valem ou não valem: se excluídas de um caso DEVEM SER, necessariamente, EXCLUÍDAS de outros futuros. Então, é claro que a “presunção de inocência” é princípio, não regra. Fosse regra, poderia outra regra vir a “derrubar” a presunção de inocência?” In: STRECK, Lenio Luiz. **Regra ou Princípio: Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência**. Revista Consultor Jurídico, 17 de novembro de 2011.

em matéria de Processo Penal. Isso porque a acusação é que necessita ser provada e não a inocência (*nulum accusatio sine probatione*). Conforme esse princípio “o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função de jogador acusador”⁶⁶. Veja-se, então, que há relativa indeterminação quanto ao efeito produzido por essa espécie de norma, vez que sua definição, interpretação e aplicação dependem de considerações não compreendidas em seu próprio texto.

Diferente são as regras. Anota-se, como exemplo, o conteúdo normativo contido no art. 5º, LXIII, da CRFB/88: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. (Destacou-se)

Esta regra é originária do princípio que veda a obrigatoriedade da auto-incriminação (*nemo tenedor se detegere*)⁶⁷. Assim, qualquer pessoa contra quem seja imputada a prática de um ilícito criminal (suspeito, indiciado, acusado ou condenado) não pode ser obrigada a colaborar com a produção dos elementos de informação ou de prova que podem ser utilizados contra ele.

Esse silêncio é, também, desdobramento de outro princípio constitucionalmente assegurado, previsto no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (Sublinhou-se)

Isso porque a ampla defesa comprehende a “defesa técnica” e a “autodefesa”. A primeira é irrenunciável e realizada por profissional legalmente habilitado (advogado); a segunda é feita pelo próprio acusado. Neste último caso, o sujeito passivo da investigação ou do processo pode abster-se de indicar quaisquer provas ou mesmo, de responder as perguntas que lhe sejam formuladas para o esclarecimento da causa. O exercício desse direito é chamado de “autodefesa negativa” e jamais pode ser considerado em prejuízo de quem o exerce, pois se trata de direito fundamental garantido pela regra do art. 5º, LXIII, da CRFB/88.

Questão importante e, portanto, merecedora de registro é a seguinte: há regras que possuem caráter incompleto, já que por meio delas não são possíveis decisões independentes de sopesamento em todo e qualquer caso. Alexy⁶⁸ explica que, quando por meio de uma disposição

⁶⁶ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 70.

⁶⁷ O princípio do *nemo tenedor se detegere* também é previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), art. 8º, n. 2, g.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139-140.

de direito fundamental, é fixada alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, então, por meio dela não é estabelecido somente um *princípio*, mas também uma *regra*. Se a regra não é aplicável independentemente de sopesamentos, então, é ela, incompleta. Apesar disso, nada muda no fato de que as determinações devem ser levadas a sério na medida em que forem suficientes, sobretudo, porque essa postura é parte do postulado da vinculação à Constituição.

Exemplo: o art. 5º, LIII, diz que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Trata-se de uma regra que institui o direito fundamental que toda pessoa tem de, na condição de réu, ser processado e sentenciado por quem lhe compete a fazê-lo. No entanto, apesar de regra, não há dúvidas que o seu conteúdo será ponderado à vista do princípio do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, LIV), pois as regras que limitam a jurisdição e fixam competência estão intrinsecamente submetidas a este princípio. Tem-se, portanto, que a regra contida no art. 5º, LIII, da CRFB/88 é uma *regra incompleta*.

De outra parte, veja-se o que dispõe o art. 5º, XII, da CRFB/88:

(...) é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (...)

Trata-se, neste dispositivo, de *regra completa* e que, portanto, não merece (nem lhe cabe) qualquer sopesamento. Refere-se à proteção (em nível de direito fundamental) do sigilo de: a) correspondência; b) comunicações telegráficas; c) dados; e d) comunicações telefônicas.

Como já se anotou na presente pesquisa, as regras admitem exceções. No entanto, essa excepcionalidade a sua aplicação deve estar expressamente prevista em seu próprio texto. No caso presente, ela existe, mas refere-se somente a sua parte final, ou seja, **só são violáveis as comunicações telefônicas e ainda, na forma que a lei estabelecer (regramento ofertado pela Lei das 9.296/96) e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal**. Qualquer interpretação que mitigue essa regra e que, portanto, não esteja contido na norma, estará em dissonância com a Constituição.⁶⁹

Denota-se, assim, que como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras

⁶⁹ Vicente Greco Filho conclui que “a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas não a de dados e muito menos as telegráficas (aliás, seria absurdo pensar na interceptação destas, considerando-se serem os interlocutores entidades e análogas à correspondência). Ver: GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 12-13.

facilita a realização do valor “segurança”, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada.⁷⁰ E isso quer dizer que o sigilo de correspondência é absoluto e não pode ser alvo de interceptação? O Poder Judiciário não poderia, legitimamente, autorizá-lo? É exatamente essa a interpretação em conformidade com o texto constitucional. Não se admite sopesamento de regra; não se pode ignorar a norma constitucional como se ela não existisse. Há uma primazia do nível de regras de maneira que a resposta a essas indagações não podem ser outras senão àquelas que encontram correspondência e vinculação à Constituição, o que significa submissão a todas as decisões do legislador constituinte.

Na prática, porém, isso não ocorre. O próprio Supremo Tribunal Federal já demonstrou que não se pressupõe uma primazia inafastável das determinações fixadas no texto constitucional, ainda que o discurso seja no sentido de “defender a Constituição”.⁷¹ O sigilo de correspondência, conforme o Supremo, não é direito absoluto, o que significa dizer que em determinadas hipóteses (excepcionais?) pode ele ser legitimamente violado.

Anote-se que o caso apresentado não é de difícil solução ou daqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas, pois há casos em que, realmente, não há única solução correta possível.⁷² Nessas situações, cogita-se de alternativas. Na decisão proferida no Habeas Corpus 70.814, em 1994, o Tribunal considerou lícita a interceptação de correspondência de preso em que fora descoberto um plano de fuga e também, o sequestro do juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca respectiva.⁷³ Para tanto, o

⁷⁰ Esclarece Ana Paula de Barcellos, que “esse modelo é naturalmente simplificador, já que há princípios que propugnam exatamente, entre outros, o valor segurança – como o princípio da legalidade -, da mesma forma que inúmeras regras são, na verdade, a cristalização de soluções requeridas por exigência da justiça”. Ver: BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 79.

⁷¹ O discurso de que não há direito absoluto, aliás, é recorrente na literatura Constitucional Brasileira e ainda, nos Tribunais. E isso tudo acontece e se reproduz no melhor estilo de “precedentes” para que se copie aquilo que já foi decidido, ainda que não se concorde com o *decisum* ou então, não entenda as razões pelas quais de decidiu ou doutrinou daquela forma. Alexandre de Moraes, por exemplo, registra que “Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito”. In: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27. Guilherme de Souza Nucci, igualmente, ao tratar do princípio da proporcionalidade como instrumento mitigador de regras constitucionais é um tanto confuso e até mesmo contraditório. Veja-se o que anota o autor: “(...) não é momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério de proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 354-355.

⁷² STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 68.

⁷³ Extrai-se do HC, 70.814, do STF: “(...) como observa Ada Pellegrini Grinover, ‘as liberdades públicas não são mais entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas

Tribunal ignorou a submissão de suas decisões aquilo que decidira o legislador constituinte e pior, valendo-se de regramento previsto no art. 41, XV, da Lei de Execução Penal⁷⁴, norma infraconstitucional que, como se observou, não fora recepcionada pelo art. 5º, XII, da CRFB/88.⁷⁵

Isso revela uma carência no sentido de dar efetividade (nem se fala em *máxima efetividade*) a normatividade constitucional. No caso, uma regra considerada *completa* tem afastada sua aplicabilidade diante do sopesamento com princípio (no caso, o da proporcionalidade) e ainda, admitindo vigência para dispositivo oriundo da legislação ordinária, anterior à Constituinte, e em flagrante conflito com o texto constitucional. Perceba-se que, nem mesmo por meio de Emenda à Constituição, referido direito poderia ser suprimido ou, então, relativizado, pois o próprio texto constitucional proíbe qualquer proposta neste sentido.⁷⁶ Sem dúvida, trata-se de inverter a hierarquia das fontes e, assim, tornar vã a *rigidez constitucional*.

Se assim o é, então absolutamente nada vale aquilo que a Constituição prevê: se não há direito absoluto, tudo é relativo. Se tudo é relativo, inclusive os direitos planificados por meio de regras constitucionais, incoerente e desnecessário qualquer debate que diferencie formalmente ou mesmo, substancialmente, regras e princípios de direitos fundamentais. Vale, neste ínterim a questão que fica é trazida por Carbonell⁷⁷: quais as maneiras e a partir de quais requisitos se

pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias'. (...) Nessa ordem de idéias – acrescenta – deve ser considerada a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, com vistas à finalidade ética ou social do exercício do direito que resulta da garantia; tutela desta natureza não pode ser colocada para a proteção de atividades criminosas ou ilícitas'. Certamente há limitações que, em casos concretos, aconselham as exigências de segurança da execução penal, inclusive com a limitação do direito e sigilo da correspondência do preso. Podem ser efetuadas a interceptação e a violação da correspondência no caso de suspeita da prática de infração penal, da remessa ou recebimento de objetos proibidos, de dúvidas quanto ao remetente ou destinatário (nomes imaginários, pseudônimos ou qualquer outro método que impeça o conhecimento das pessoas que se correspondem), da preservação da segurança do presídio, das medidas para impedir a fuga ou motins, das comunicações que comprometam a moral e os bons costumes, ou seja, em todas as hipóteses em que avulte o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados (...). In: STF, 1ª Turma, HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16.650.

⁷⁴ LEP, Art. 41. Constituem direitos do preso: (...) XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. **Parágrafo Único.** Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento".

⁷⁵ No ambiente carcerário, verifica-se a privação não só da liberdade, mas a suspensão de diversos outros direitos que não comportam qualquer relação com a reprimenda de limitação espacial. Veja-se que, seguindo aquilo que fora decidido no HC nº 70.814-5/SP, os tribunais passaram a autorizar a interceptação da correspondência diretamente pelo Diretor do Estabelecimento Prisional, sem qualquer provimento jurisdicional, na mais explícita discricionariedade do órgão executivo. Exemplo na recente decisão que segue: TJ-MG - Habeas Corpus HC 10000130953722000 MG (TJ-MG). Data de publicação: 26/02/2014. Habeas Corpus. (...) 3. A própria administração penitenciária pode proceder à interceptação da correspondência remetida pelos presos, desde que respeitada a norma inscrita no art. 41 , parágrafo único , da Lei n. 7.210 /84.

⁷⁶ CRFB/88, Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...). § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

⁷⁷ CARBONELL, Miguel. Presentación: nuevas formas de proteger los Derechos Fundamentales. In **El Principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales.** CARBONELL, Miguel (Coord.). Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes: México, 2008, p. 8.

poderiam limitar direitos a partir do princípio da proporcionalidade?

Sabe-se que as regras tem a subsunção como modo de aplicação, ou seja, ou a regra vale, ou a regra não vale. Caso ela seja válida, é obrigatório fazer exatamente o que ela reclama (Alexy), pois as regras são aplicáveis na forma do “tudo ou nada” (Dworkin). Diante disso, caberiam aqui as mesmas considerações que fez Lenio Streck na avaliação do julgamento realizado pelo Supremo no julgamento na ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, oportunidade em que o Ministro Luiz Fux considerou “regra” o princípio da presunção de inocência: *se excluída para um caso deve ser, necessariamente, excluída de outros futuros casos*. Estar-se-ia, então, diante de um caso jurídico curioso: uma regra constitucional afastada (para sempre) por princípio (da proporcionalidade) cumulado com norma infraconstitucional não recepcionada pelo texto constitucional (art. 41, XV, da LEP).

Vê-se, portanto, que essa postura gera uma espécie de “carta em branco” para se violar direitos fundamentais e nome desses mesmos direitos, tudo na mais cristalina e aparente “boa fé”.⁷⁸ Certamente, a correspondência de quem decide não será violada, mas apenas daqueles que não fazem parte da elite hegemônica e não desfrutam, portanto, desse poder. Conforme observou Rolf Kuntz⁷⁹, determinados direitos (fundamentais) continuam sendo essencialmente “liberdades burguesas”, privilégio de uma pequena parte da população, e excelentes para quem pode alcançá-los, e só a esses. De forma sintomática e habitual, resulta concluir que os direitos fundamentais são expressões necessárias, ainda que ilusórias, pois tem como marca fundamental a falsa universalidade substancial que mascara a violação dos direitos em nome da efetividade desses mesmos direitos.

⁷⁸ Talvez aqui o Supremo Tribunal Federal tenha tomado por base o pensamento de Philipp Heck, na chamada “Jurisprudência dos Interesses”. Heck desenvolveu seu pensamento no início do século passado. Para ele, a prestação jurisdicional deve ser direcionada a satisfação do convívio social e da comunidade jurídica. Conforme ele, “o escopo da Jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a Jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração dos conceitos. A teoria da decisão judicial deve, portanto, indicar as condições mais próprias para se atingir tal objetivo.” Ver: HECK, Philipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Tradução de XX Osório. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 13. Acredita-se, porém, que esse modelo de interpretação não tem mais lugar no plano constitucional atual. Isso porque, se assim fosse legítimo, qualquer decisão, desde que fundamentada num abstrato bem estar coletivo estaria justificada, ainda que em afronta aquilo que fora planificado pelo legislador constituinte.

⁷⁹ KUNTZ, Rolf. A redescoberta da igualdade como condição de justiça. In *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p.155.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da pesquisa que aqui se encerra, buscou-se analisar do ponto de vista doutrinário a evolução dos Direitos Fundamentais no Constitucionalismo pós-moderno, em especial, do período pós-guerra e a interpretação que deve ser dispensada a sua estrutura normativa.

Inicialmente, abordou-se a superação do Estado Legal (Estado de Direito) pelo Estado Constitucional (Estado Democrático de Direito). No primeiro modelo, a lei era o instrumento de sustentação e estabilização jurídica e política do Estado, o que fazia da vontade do parlamento o seu instrumento mais característico. Após o período pós-guerra, a Constituição passou a ser o elemento de estabilização e subordinação político e jurídico. Este modelo, portanto, altera a “teoria das fontes”, ao passo que prevê, também, os princípios como fonte normativa.

Neste passo, as Constituições democráticas transpõem a trazer em seus corpos um amplo catálogo de Direitos Fundamentais na forma de regras e também de princípios. Para proteção desses direitos, outra característica é estabelecida: a subordinação de todo sistema normativo à Constituição. Isso por via daquilo que se denominou de *rigidez constitucional*. A partir dela, para que seu conteúdo possa vincular o restante do ordenamento jurídico, faz-se necessário que a Constituição não possa ser alterada por meios ordinários.

O agigantamento da jurisdição constitucional foi avaliado na sequência. Por meio da jurisdição, faz-se o controle das leis e se avalia sua consonância ou eventual dissonância com aquilo que preceitua a Constituição. Esse filtro é realizado, sobretudo, por meio da interpretação da norma constitucional.

Por fim, analisou-se se os critérios para interpretação da norma constitucional na forma de regras e princípios são respeitados do ponto de vista material nos campos político e jurídico. Neste caso, avaliaram-se conflitos normativos entre regras, entre princípios, além das contradições que podem resultar entre regras e princípios.

Para solucionar conflitos entre normas previstas no mesmo texto constitucional (contradições normativas), destaca-se a subsunção (de uma regra sobre outra), e a ponderação (ou sopesamento), se a estrutura estiver relacionada à colisão entre princípios constitucionais. O fato é que, conforme o estudo, não se pode ponderar regras, pois têm elas uma exigência implícita de que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam. Se não houver subsunção por outra regra, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. Em outros termos, os princípios têm sempre

um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Por isso que, quando há contradições normativas entre princípios e regras, não há que se falar em ponderação para solução de eventuais problemas decorrentes de contradições normativas, pois neste caso, as regras têm preferência sobre os princípios.

Apesar disso, e muito embora isso pareça restar bastante claro, verificou-se que referido tratamento hermenêutico não é respeitado pela Suprema Corte Brasileira. E se não o é avaliado dessa forma pelo Supremo Tribunal Federal, por óbvio que decorre daí um efeito cascata, com repercussão nos Tribunais Inferiores e juízes de primeiro grau. A questão é: qual seria a importância da separação das normas que cuidam de direitos fundamentais entre regras e princípios? Acredita-se que esta importância resulta exatamente na forma de tratamento interpretativo que se deve dar a um e a outro. Se, apesar dessa separação estrutural, não há respeito à forma de tratamento (subsunção para regras e ponderação para princípios), qualquer estudo neste sentido não encontra razão de ser.

Além disso, por via de consequência, o “sopesamento de regras” fulmina por completo a rigidez constitucional, duramente conquistada e característica fundamental do constitucionalismo de garantias. Por fim, enaltece o *decisionismo jurisdicional*, revelando decisões casuísticas violadoras de normas constitucionais sob o pretexto de proteger direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

_____. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003.

ALVES, Waldir. Proteção dos direitos fundamentais no controle concreto de normas alemão: competência para exame e rejeição da norma. In: **Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA**. Vol. 7 - Número 2 - 2º semestre de 2006.

ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In:

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa:** por um Direito Constitucional; por uma Nova Hermenêutica/ por uma repolitização da legitimidade. Malheiros: São Paulo.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** 1 ed. Brasileira. 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2008.

CARBONELL, Miguel. Presentación: nuevas formas de proteger los Derechos Fundamentales. *In* **El Principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales.** CARBONELL, Mighel (Coord.). Comisión Nacional de los Derechos Humanos; Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes: México, 2008.

CARBONELL, Miguel. VV.AA. (Varios autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. *In*: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional.** Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y Derechos Fundamentales. *In*: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo.** Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et al. Madrid: trotta, 2008.

_____. **Garantismo, hermenéutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Alexandre Morais da Rosa (et al); FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **La democracia a través de los derechos:** el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014,

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *In*: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo (s).** 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A norma de direito fundamental. **Revista Busca Legis.** N.º 29. Ano 15, dezembro de 1994.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Tradução de XX Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos.** Tradução de Rosaura Eiche. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KUNTZ, Rolf. A descoberta da igualdade como condição de justiça. In: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** FARIA, José Eduardo. (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PECES-BARBA, Gregorio. La diacronia Del fundamento y Del concepto de los Derechos: el tiempo de la historia. In: PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales:** teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías:** elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). **Teoria del neoconstitucionalismo:** ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2007.

_____. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales.** Madrid: Editorial trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; et. al. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Regra ou Princípio: Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de novembro de 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**: Ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

_____. Jueces Constitucionales. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. CARBONELL, Miguel (ed.). Madrid: Editorial Trotta, 2007.

DELIMITAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS POR DECISÃO ADMINISTRATIVA E VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Alisson de Bom de Souza¹

Rafael do Nascimento²

INTRODUÇÃO

A crescente demanda por direitos fundamentais, especialmente sociais, abre espaço para discussões acadêmicas sobre a incapacidade fática e jurídica dos poderes públicos apresentarem respostas adequadas. Isso porque a submissão de direitos constitucionalmente aceitos à interpretação do gestor público, no momento de sua efetivação, é capaz de resultar em uma realidade jurídico-social delimitadora.

Ao lado disso, a vedação ao retrocesso, vetor relevante nas discussões constitucionais da atualidade, conforma e restringe a própria discricionariedade do gestor público no exercício da função administrativa.

A pergunta que surge é se o gestor público, utilizando seu dever-poder discricionário, pode delimitar direitos fundamentais, inclusive restringindo-os.

Na primeira parte do trabalho, analisar-se-ão os direitos fundamentais e as hipóteses de sua delimitação, apresentando-se as teorias interna e externa, bem como a hipótese de uma proposta híbrida. Além disso, a análise adentra na hipótese de o gestor público delimitar direitos fundamentais.

No segundo capítulo, a vedação ao retrocesso é analisada sob a perspectiva dos direitos fundamentais. A possibilidade de delimitação de direitos fundamentais quando relacionada ao referido limite aos limites e se a vedação ao retrocesso é aceitável juridicamente são as questões

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.

debatidas.

A metodologia utilizada é a indutiva, fundando-se em ensinamentos doutrinários de autores brasileiros e estrangeiros, sendo estes angariados na profícua semana de estudos na Università degli Studi di Perugia, na Itália.

A análise de Direito Comparado de categorias jurídicas como direitos fundamentais, limites e restrições de direitos fundamentais, decisão administrativa e vedação ao retrocesso permite verificar o grau de responsabilidade pública das autoridades do Brasil e estrangeiras na hercúlea tarefa de efetivar direitos fundamentais.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Atualmente, os direitos fundamentais, valores básicos de uma sociedade, são reconhecidos no plano internacional e nas Constituições nacionais. Além do significado de limitação do poder, os direitos fundamentais alcançam a ideia de legitimação do poder estatal.

Tais direitos qualificam-se como fundamentais por configurarem situações jurídicas vitais à pessoa humana, devendo ser formalmente reconhecidos e materialmente efetivados.³

Enfatizando os direitos fundamentais também na perspectiva internacional, Cunha Júnior assevera que:

Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo.⁴

Explica, ainda, Alexy que “o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial”⁵. A fundamentalidade formal é vinculada ao direito constitucional positivo. Já a fundamentalidade substancial versa sobre o conteúdo dos direitos.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 178.

⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 223.

⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 520.

Assim, os direitos fundamentais são as posições jurídicas das pessoas, tanto naturais quanto jurídicas, que se integraram às constituições e foram retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, limitando-os, além daquelas posições jurídicas cujo conteúdo possam ser equiparadas àquelas positivadas sob o ponto de vista material.⁶

Interessante notar que os direitos fundamentais encontram uma zona de tensão com o processo decisório político-administrativo, pois, devido a tais direitos, o poder tem subtraído sua plena disponibilidade.

Importa dizer, também, que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão, a subjetiva e a objetiva.

A dimensão subjetiva denota que “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”. Já a dimensão objetiva estabelece ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização dos direitos fundamentais. Como sintetiza Cunha Júnior: “[...] os direitos fundamentais operam, para além da dimensão de garantia de posições jurídicas individuais, também como elementos objetivos fundamentais que sintetizam os valores básicos da sociedade democraticamente organizada e os expandem para toda a ordem jurídica.”⁸

O ponto essencial para este trabalho é relativo à realização normativa dos direitos fundamentais, o que implica discussão sobre os seus limites e restrições e a possibilidade de sua delimitação pelo gestor público no exercício da atividade estatal administrativa, pois “[...] os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade”⁹.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 281.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 305.

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público:** em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. p. 223.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 369.

1.1 Delimitação dos direitos fundamentais

O aspecto preliminar a ser abordado é a diferença doutrinária entre limites e restrições. Limites seriam as fronteiras de conteúdo da norma de direitos fundamentais e restrições traduziriam as hipóteses de supressão ou diminuição desse conteúdo. Na lição de Felipe de Paula, “[...] é possível identificar de alguma forma a ideia de restrição com algo que é externo ou que se impõe externamente ao direito - ou ao seu conteúdo predeterminado -, valendo exatamente o oposto para a concepção de limite”¹⁰. Tal distinção é tratada por Robert Alexy quando afirma que:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas - o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida desta forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restrinido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restrinido.

[...] Dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quanto extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo.¹¹

Assim, a categoria restrição se relaciona com a chamada teoria externa, já a categoria limites está ligada à teoria interna. Na “teoria interna” um direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado, ou seja, o direito já “nasce” com os seus limites. Aqui se fala de “limites imanentes”, que seriam fronteiras implícitas e não restrições. Para a teoria interna o direito tem o seu alcance definido de antemão. Já a teoria externa separa os direitos fundamentais de suas restrições, sendo necessária a identificação dos contornos de cada direito. Daí que, para a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições, se converte em um direito limitado.¹²

Frise-se, notadamente, a existência de teorias híbridas. Felipe de Paula, apresentando a visão híbrida do constitucionalista português Vieira de Andrade, explicita:

Ter-se-ia, primeiro, um momento prévio de delimitação do conteúdo do direito, um exame para se saber se determinada conduta ou evento fático está ou não abarcado na hipótese normativa, em procedimento de ocorrência em abstrato mediante interpretação e com a mobilização da categoria dos limites imanentes. Depois, em segunda instância, haveria um momento posterior de aplicação dos direitos, em que poderiam surgir conflitos entre os conteúdos jusfundamentais, aqui sim solucionáveis mediante a técnica do sopesamento e o recurso à harmonização. Se o hipotético conflito fosse constitucionalmente previsto, redundando em uma previsão ou autorização

¹⁰ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 46.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277-278.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 388-389.

constitucional para tanto, aqui - e somente aqui- existiria espaço para se falar em lei restritiva de direitos fundamentais propriamente dita.¹³

Nesse sentido, “[...] se fala em limites imanentes em âmbito jusfundamental quando se almeja apontar limites internos ou intrínsecos de determinado substrato, no caso de determinado direito [...]”¹⁴.

Sem desconsiderar o intenso debate entre os adeptos da teoria interna e externa, inescapável, atualmente, uma constatação prática:

[...] trata-se da inafastabilidade, no contexto atual de positivação e judicialização dos direitos fundamentais e no presente estágio de desenvolvimento das democracias constitucionais, da utilização de ferramentas como a da ponderação, do sopesamento ou da regra da proporcionalidade, por serem mais consentâneas com a própria estrutura normativa dos direitos fundamentais e com as exigências de transparência e controle inerentes ao Estado Democrático de Direito.¹⁵

Para fins deste artigo, utilizar-se-á o termo delimitação como gênero das espécies limites e restrições, sem a adoção de uma ou outra teoria, muito embora a teoria híbrida de Vieira de Andrade seja constitucionalmente adequada. Nota-se, inclusive, que Sarlet não aplica rigorosamente tal distinção em sua obra, utilizando ora o termo limites, ora restrições, sendo que para ele os limites dos direitos fundamentais são:

[...] ações ou omissões dos poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminuindo deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo) que resultem dos direitos fundamentais¹⁶.

A forma de delimitação é outro fator relevante na teoria jusfundamental. Aqui, sem sombra de dúvidas, há um arranjo íntimo à teoria externa já delineada. Admite-se, incontrovertivelmente, que a própria Constituição delimita diretamente um direito fundamental. O exemplo é a hipótese de, nos casos de estado de defesa e de sítio, o direito fundamental à inviolabilidade de correspondência (art. 5º, XII, CRFB/1988) ser restringido, na forma do art. 136, § 1º, I, b e art. 139, III.

Há também as limitações indiretas. Estas são estabelecidas por lei, por expressa

¹³ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. p. 122.

¹⁴ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. p. 75.

¹⁵ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. p. 146.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 391.

autorização constitucional. São as denominadas reservas legais. Estas se dividem em dois grupos, as reservas legais simples e as reservas legais qualificadas.

As simples autorizam limitações pelo legislador sem pressupostos e/ou objetivos específicos. O exemplo pode ser retirado do art. 5º, LVIII, da CRFB/1988: “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Já as reservas qualificadas exigem do legislador o atendimento de algum escopo. O exemplo clássico é o do sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CRFB/1988): “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Há, ainda, uma terceira hipótese de restrição, cuja materialidade não se dá diretamente pela Constituição, mas sim por decorrência de colisões entre direitos fundamentais, mesmo não havendo autorização expressa pelo legislador.¹⁷

No que toca às limitações decorrentes de colisões, os direitos formalmente ilimitados podem ser limitados caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais.

Nesse contexto, imprescindível mencionar a questão dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Assim, as eventuais limitações dos direitos fundamentais não são cláusulas abertas para a erosão de tais direitos. Os limites aos limites são barreiras que visam garantir a eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.

Desse modo, as limitações aos direitos fundamentais devem obedecer a requisitos formais e materiais para que possam ser consideradas aceitáveis juridicamente. Conforme Ingo Sarlet:

[...] no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição de retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais.¹⁸

Nos dizeres de Robert Alexy, a proporcionalidade se divide em três máximas parciais: 1)

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. p. 391-392.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** p. 347.

adequação; 2) necessidade; e 3) proporcionalidade em sentido estrito¹⁹. A proporcionalidade quando aplicada na análise da atuação estatal supostamente violadora de direitos fundamentais funciona como proibição de excesso, na perspectiva de direito de defesa. Porém, quando relacionada à análise da omissão estatal com seus deveres, há uma proibição de insuficiência.

Já o núcleo essencial é a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde sua mínima eficácia, deixando de ser um direito fundamental. Advoga-se haver parcelas que não podem ser restringidas e limitadas, mesmo quando o legislador está autorizado a realizar restrições.

Há a teoria absoluta do núcleo essencial e a teoria relativa. Como explica Sarlet, “[...] na primeira hipótese, o respeito ao núcleo intangível dos direitos fundamentais poderia desempenhar um papel de “filtro” (muitas vezes subsidiário) ao exame de proporcionalidade; na segunda, estaria muito provavelmente absorvido por este exame”²⁰.

A proteção do núcleo essencial, apesar de não recepcionada expressamente pela Constituição de 1988, pode ser decorrente do artigo 60, § 4º, que implica uma manifestação constitucional em prol da tutela do núcleo essencial.

Diante desse panorama, curial analisar doravante a relação da delimitação de direitos fundamentais com a atividade administrativa do gestor público, principalmente na vertente do poder discricionário.

1.2 Poder discricionário e direitos fundamentais

Na organização estatal há, como é cediço, as funções legislativa, administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. Verifica-se, atualmente, na construção das teorias de delimitação de direitos fundamentais uma opção repetida às funções legislativa e jurisdicional como se fossem nichos exclusivos das limitações e restrições.

A ausência de análise mais aprofundada sobre a atuação administrativa dos gestores públicos na delimitação de direitos fundamentais, além de supor um descolamento da realidade jurídico-social, não permite uma filtragem jurídica adequada.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 116-117.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. p. 357.

Exemplos não faltam de situações práticas em que a função administrativa do Estado decide sobre a realização de direitos fundamentais.

Quando o Comando da Polícia Militar resolve não mais realizar a segurança no interior dos estádios de futebol, há a delimitação do direito fundamental à segurança de milhares de torcedores. No momento em que a União decide por mera portaria ministerial disponibilizar remédio ou tratamento médico para um determinado grupo de pessoas enfermas, que atendam a requisitos específicos constantes de protocolos clínicos, há, de fato, a delimitação do direito fundamental à saúde.

Outro exemplo interessante é o caso de o gestor público da área de educação implantar uma nova política educacional, referendada pelo sufrágio universal, cujo plano diminuirá o número de *campi* de uma universidade pública e acrescentará o número de alunos por sala de aula. O direito fundamental à educação, por óbvio, está sendo delimitado.

Exemplos são vários de decisões administrativas dos gestores públicos que têm o potencial de delimitar direitos fundamentais, sem a interveniência direta de lei ou de decisão judicial.

A questão é se essa realidade jurídico-social possui substrato na teoria jusfundamental e até onde o poder discricionário do gestor público pode adentrar no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Não há dúvidas, porém, que a função administrativa do Estado encontra-se vinculada aos direitos fundamentais, mas o modo como o direito fundamental será efetivado acaba sendo de competência discricionária do gestor público, pois a lei não prevê todas as hipóteses vivenciadas na realidade e quando as prevê, há sempre a interpretação da norma. Para Dimoulis e Martins isso acarreta em um “[...] poder discricionário que, dependendo da previsão legislativa, pode ser maior ou menor, mas sempre existe. O critério de proporcionalidade corresponde aos limites externos da discricionariedade, isto é, da liberdade de decisão do aplicador-concretizador.”²¹

Preliminarmente, imprescindível explicitar a conceituação relativa ao poder discricionário do gestor público. A discricionariedade decorre da distinção com a vinculação dos atos administrativos. Nestes o gestor público atua sem margem de liberdade, já naqueles há espaço para a liberdade administrativa do gestor público. Desse modo, há atos vinculados e atos

²¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 185.

discricionários.

Aqui importa delinear a prática de atos pelos gestores públicos que possam delimitar direitos fundamentais em decorrência da discricionariedade. Como afirma Bandeira de Mello, “a esfera de liberdade administrativa - aliás, sempre circunscrita - pode resultar da hipótese da norma jurídica a ser implementada, do mandamento dela ou, até mesmo, de sua finalidade”²².

A liberdade relacionada à hipótese da norma de direito fundamental ocorre quando estão delineados conceitos indeterminados e cláusulas gerais. Registre-se que as normas de direitos fundamentais, geralmente, possuem um textura aberta, passível, portanto, de discricionariedade interpretativa.

Ora, se o gestor público deve tomar decisão cujos contornos normativos possuem um grau de abertura interpretativa maior, como na esfera dos atos discricionários e no âmbito dos atos de governo, por óbvio que a decisão adentrará no conteúdo dos direitos fundamentais.²³

As intervenções de órgãos do Executivo requerem um processo bifásico: (a) verificação do fundamento legal da medida intervadora e de sua constitucionalidade (incluindo o exame de proporcionalidade); (b) ponderação concreta, procurando definir se a medida administrativa, embora baseada em normas não constitucionais, violam o direito fundamental por não satisfazer o critério da proporcionalidade.²⁴

Os limites da discricionariedade no exercício da função administrativa são intimamente relacionados com os limites aos limites dos direitos fundamentais.

Disso decorre que o gestor público na função administrativa, muito embora tenha o poder discricionário para delimitar direitos fundamentais, encontra a barreira da proteção ao núcleo essencial, as exigências da proporcionalidade e, por fim, o que se denomina de vedação ao retrocesso, sendo este limite aos limites dos direitos fundamentais o objeto de análise minuciosa doravante.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 912.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 371.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. p. 185.

2. VEDAÇÃO AO RETROCESSO

A vedação ao retrocesso, doutrinariamente, aparece estampada sob diversas denominações. Em alguns países fala-se do princípio de *stand still*, que traduz a idéia de imobilidade, a exemplo da Bélgica. Na França, utiliza-se o conceito do efeito *cliquet* (trava) ou regra do *cliquet anti-retour* (trava anti-retorno). No direito anglo-saxão, encontra-se a expressão *eternity clause* ou *entrenched clause*.²⁵ No Brasil e em Portugal, fala-se, ainda, acerca da não reversibilidade dos direitos fundamentais ou da proibição do retrocesso social.

No presente trabalho, tais expressões serão empregadas indistintamente, porquanto, pragmaticamente, representam a impossibilidade de regressão ou eliminação do *status quo* estabelecido sobre determinado direito fundamental.

Importa, de fato, analisar-se a natureza jurídica da proibição do retrocesso social, a qual descreve que a realização do núcleo essencial de direitos fundamentais por medidas legislativas infraconstitucionais não pode ser anulada, revogada ou aniquilada, sem esquemas compensatórios de manutenção da consolidação do direito social, sob pena de caracterização de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a liberdade de conformação do legislador encontra limite no núcleo essencial já confirmado.²⁶

A propósito, a doutrina de Cristina Queiroz conceitua a vedação ao retrocesso de forma esclarecedora:

Concretamente, o princípio da “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de proteção”, a ação do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*.²⁷

Não obstante o conceito acima, é imprescindível mencionar o posicionamento de José Carlos Vieira de Andrade, o qual apresenta a vedação ao retrocesso sob uma perspectiva temperada:

²⁵ PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2015. p. 13-14.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

²⁷ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 116.

O princípio da *proibição do retrocesso social*, enquanto determinante heterônoma vinculativa para o legislador implicaria, bem vistas as coisas, a elevação das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais a direito constitucional. Essa constitucionalização não seria, no entanto, um efeito automático da concretização legislativa, sendo necessário um «consenso básico» e uma «radicação na consciência jurídica geral» de que «o grau de realização legislativamente obtido corresponde a uma complementação ou desenvolvimento do direito constitucional, dispondo, como ele, da força ou dignidade normativa das normas constitucionais». Isso seria possível, porque, superada a teoria gradualista das fontes, deveria admitir-se um processo de «osmose» constituição-lei, em que esta poderia funcionar como «mediação constitucionalmente caracterizante do programa normativo-material da Constituição».²⁸

Dessa forma, é possível constatar que o princípio da proibição do retrocesso social encontra-se devidamente consolidado na doutrina e é reconhecido pela jurisprudência estrangeira, conforme decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Português, ao analisar a constitucionalidade da lei que extinguiu o Serviço Nacional de Saúde:

Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacio-nal de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacio-nal de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua exis-tência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para rea-lizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) num obrigação positiva, para se transfor-mar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.²⁹

Destaque-se que, no Brasil, explicitamente, falta assento constitucional à vedação ao retrocesso, o que não significa dizer que nosso sistema jurídico-constitucional não acolha o

²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 377.

²⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n.º 39/84**, Relator Vital Moreira, Lisboa. 11 de abril de 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

princípio sob análise. Ao contrário, na condição de norma, pode-se facilmente extrair a sua existência e aplicação dos princípios estruturantes do Estado constitucional, da supremacia da Constituição, da máxima eficácia dos direitos fundamentais e da internacionalização dos direitos fundamentais.

A propósito, vale destacar decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da qual restou consignada a validade do não retrocesso em nosso sistema jurídico:

O exercício do ius variandi, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.³⁰

Nesse contexto de reconhecimento da proibição do retrocesso pelos sistemas jurídicos local e estrangeiro, pode-se traçar algumas reflexões sobre a sua aplicação e aptidão para defender interesses coletivos e garantir juridicamente a manutenção de níveis adequados das obrigações prestacionais do Estado, conforme ver-se-á a seguir.

2.1 Aplicação no âmbito dos direitos fundamentais

Como visto acima, o princípio da proibição do retrocesso foi desenvolvido, a fim de proteger as posições juridicamente consolidadas em matéria de direitos fundamentais, o que reflete, inevitavelmente, no âmbito das políticas públicas.

Entretanto, por mais nobre que seja a tutela dos direitos em discussão, é prudente observar que isso não implica a aceitação de um princípio geral de vedação ao retrocesso, sob pena de se encolher a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição.

De fato, a liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da atividade legislativa, as quais seriam praticamente eliminadas se, em matéria tão vasta quanto à abrangida pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 302.906/SP**, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília. 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados.³¹

Para sopesar a questão, é indispensável a lição do doutrinador Antonio Herman Benjamin:

Claro, não se trata aqui de pretender conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso, sendo um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador, como, no âmbito de sua autonomia legislativa, vedar-lhe inteiramente a revisibilidade das leis que elabora e edita. O princípio da proibição de retrocesso não institui camisa de força ao legislador e ao implementador, mas impõe limites não discricionários a sua atuação.³²

Da mesma forma, tal premissa deve ser aplicada à Administração Pública, a qual possui margem de discricionariedade para decidir sobre a melhor maneira de efetivar ou mitigar o direito fundamental, estando vinculada, apenas, ao núcleo rígido do direito, a fim de evitar a ocorrência do retrocesso.

Em verdade, ao submeter o ato de modificação do direito fundamental ao crivo do retrocesso, deve-se analisar, delimitar e respeitar o seu mínimo existencial, o qual reside no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo traduzido como um patamar mínimo de garantias à existência humana, sem as quais o conteúdo do direito é esvaziado.

Nesse sentido, Cristina Queiroz destaca que esse *standard mínimo incondicional* não deverá ser interpretado de forma restritiva, vindo a ser fixado sob uma perspectiva aberta e casuística. Essa garantia de um mínimo social destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental de forma a que não resulte desprovido de conteúdo e, por consequência, de sentido.³³

Em outras palavras, os atos normativos ou decisões administrativas tendentes a diminuir ou eliminar o mínimo existencial de um direito fundamental são inconstitucionais, porque caracterizam a ocorrência do retrocesso social.

A propósito, segundo o Tribunal Constitucional Português, opera-se o retrocesso apenas quando se pretende atingir o núcleo essencial da existência mínima do direito fundamental, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, e se pretenda proceder: a) a uma anulação, revogação ou

³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976**. p. 379.

³² BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2015. p. 69.

³³ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. p. 93.

aniquilamento pura e simples desse núcleo essencial; b) a uma alteração redutora que se faça com a violação do princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança; c) ou se atinja o conteúdo de um direito social cujo contorno esteja, iniludivelmente, enraizado ou sedimentado no seio da sociedade.³⁴

Percebe-se, portanto, que a verificação de uma possível afronta ao núcleo rígido e conseqüente caracterização de regressão social, deve se dar no caso concreto, pautando a decisão legislativa ou administrativa nos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, a fim de corretamente efetivar o direito fundamental submetido a alterações.

Nesses termos, vale transcrever o ensinamento de Antonio Herman Benjamin:

Se dinâmico e relativo, o princípio obedeceria à lógica do “controle de proporcionalidade”, o que interditaria, “na ausência de motivos imperiosos” ou justificativa convincente, uma diminuição do nível de proteção jurídica. Conseqüentemente, haverá, sempre, de se exigir do legislador cabal motivação ou demonstração de inofensividade da regressão operada – a manutenção do *status quo* de tutela dos bens jurídicos em questão. Em outras palavras, deve-se atestar a equivalência material entre a fórmula legal anterior e a proposta, “a necessidade de uma modificação, demonstrada, a proporcionalidade de uma regressão, apreciada”, abrindo-se, para o juiz, “fiel aos valores que fundam nosso sistema jurídico”, a possibilidade de controlar essas balizas, o que não é o mesmo que “se imiscuir nas escolhas políticas.”³⁵

Dessa forma, na sua aplicação concreta, ou seja, na aferição da existência ou não de uma violação da vedação ao retrocesso, não se poderiam dispensar critérios adicionais, a exemplo da proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana, do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da proporcionalidade, os quais, no seu conjunto, asseguram a devida operacionalização à noção de proibição de retrocesso no plano jurídico-constitucional.³⁶

2.2 Decisão administrativa e vedação ao retrocesso

É cediço que, tradicionalmente, a doutrina tem enfrentado a questão da vedação ao retrocesso, sob o enfoque da atividade legislativa, ou seja, utilizando a Constituição e a lei antiga como parâmetros para verificar se a lei nova provocou a reversibilidade de determinado direito

³⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n.º 509/2002**, Relator Luís Nunes de Almeida, Lisboa. 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. p. 65.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2015. p. 151.

fundamental.

Contudo, não se pode omitir que as decisões administrativas também são capazes de mitigar os valores incorporados ao patrimônio jurídico da sociedade pela Constituição e pela legislação ordinária.

Tal afirmação é corroborada pela doutrina de Cristina Queiroz, a qual esclarece que:

Não apenas o legislador ou a administração se encontram “imediatamente obrigados a garantir esse conteúdo mínimo” como ainda não poderão suprimir totalmente sem contrapartida as disposições legais e administrativas correspondentes. Como bem observa BOCKENFORDE: “os direitos fundamentais sociais, quando com base neles se criam pretensões determinadas, quer através do legislador, quer de uma prática administrativa continuada, defendem constitucionalmente essas pretensões e protegem o cidadão contra a sua *eliminação* (embora não contra uma modificação ou uma redução ainda compatível com a incumbência da sua constituição social)”.³⁷

A possibilidade de a decisão administrativa atingir o núcleo rígido do direito fundamental é verificada, principalmente, em razão da anatomia do princípio da proibição do retrocesso social. Isso porque importa evidenciar a sua dupla dimensão, que é destinada tanto a proteger os direitos fundamentais de iniciativas legislativas – sentido negativo –, quanto a promover a satisfação desses direitos – sentido positivo.

Nesse contexto, a dimensão negativa do princípio da vedação ao retrocesso é evidente. Insere-se na proteção dos direitos fundamentais contra ameaças legislativas que atinjam o nível atual de proteção jurídica conferida. Na outra face da moeda, tem-se a formulação de que a implementação e a manutenção de políticas públicas são necessárias para o estabelecimento dos contornos atuais desses direitos, uma vez que possuem natureza predominantemente prestacional.

Notadamente, as decisões administrativas ganham força na implementação de direitos fundamentais sociais, na medida em que tais direitos dependem de organização e procedimentos para a sua realização. Desse modo, a inexistência ou insuficiência de políticas públicas para assegurar um direito fundamentalizado pode implicar ocorrência do retrocesso social.

No mesmo sentido, tem-se a lição de Marcelene Carvalho da Silva Ramos, segundo a qual: “[...] para a garantia do acesso aos bens sociais é indispensável a preexistência de instituições, esquemas organizacionais e procedimentais que forneçam o suporte logístico, institucional e

³⁷ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial.** p. 94-95.

material assegurador da dinamização dos direitos sociais.”³⁸

A propósito, como já foi referido no presente trabalho, exemplos não faltam de situações práticas em que a função administrativa do Estado decide sobre a realização de direitos fundamentais.

Nesse caminho, em matéria de qualidade de ensino, por exemplo, haverá retrocesso social quando visualizada política que importe na supressão de programa, de modo a afetar o mínimo existencial do direito fundamental à educação. Assim, o fornecimento de material e de transporte escolares; e de alimentação ao educando constituem obrigações ao Poder Público, permitindo a concretização e a manutenção de níveis adequados do direito em questão.³⁹

Por essas razões, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira esclarecem que “uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstinha de atentar contra ele.”⁴⁰

A respeito da relação a ser construída entre a Administração Pública e os direitos fundamentais sociais, a fim de evitar o retrocesso, vale destacar a doutrina de Mario de Conto:

Em síntese, evidencia-se que uma Administração Pública, vista como dirigente e compromissária, tem como condição de possibilidade e leitura contemporizada dos Princípios da Legalidade e da Separação de Poderes, que rompa com as concepções metafísicas calcadas num paradigma racional-exegético. Nesse sentido, a observância do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, compreendido como corolário do Estado Democrático de Direito, a partir das noções de Segurança Jurídica e Confiança, é um imperativo de constitucionalidade e legitimação dos atos da Administração Pública. O núcleo essencial dos Direitos Fundamentais atua como um protetor contra medidas retrocessivas por parte da Administração Pública e, mais do que isso, como verdadeiro legitimador/delimitador das Políticas Públicas.⁴¹

A Administração Pública é responsável, portanto, pela realização, em concreto, das normas jurídicas em matéria de direitos fundamentais, o que, de fato, ocorre por meio do planejamento e da execução de políticas públicas destinadas ao cumprimento das promessas constitucionais, sempre respeitando a liberdade de atuação do administrador público.

³⁸ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **Princípio da proibição do retrocesso jusfundamental**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

³⁹ SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 195-196.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

⁴¹ CONTO, Mario de. **O Princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 100.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história evolutiva do reconhecimento e da proteção dos direitos fundamentais deixa evidente o nível crescente de respeito às liberdades individuais e a obrigação de prestações por parte do Poder Público.

Nesse contexto, insere-se a vedação do retrocesso, porquanto não é desejável que as conquistas provadas pelo povo sejam erradicadas do mundo jurídico.

Certamente, as aspirações ocorrem de forma linear e progressiva, de modo que qualquer medida tendente à regressão merece análise prudente, não devendo ser vista como natural.

De fato, se por um lado o dever de não retrocesso está restrito, como já dito, aos direitos fundamentais efetivamente concretizados, pois somente aqueles direitos aos quais os cidadãos já possuem acesso são objeto da impossibilidade de retroação; por outro lado, como dever positivo, impõe ao Estado a criação de políticas públicas capazes de entregar todos aqueles direitos previstos, mas ainda não efetivados.

Por essas razões, sempre que a atividade administrativa apresentar inovação no sentido de reduzir ou mitigar parcela dos direitos fundamentalizados na Constituição, deve-se ponderar os argumentos que motivaram a decisão, bem como analisar os limites da discricionariedade administrativa na delimitação dos referidos direitos.

Isso porque não há dúvida de que a função administrativa do Estado encontra-se vinculada aos direitos fundamentais. Porém, o modo como o direito fundamental será efetivado é de competência discricionária do gestor público, o qual deve observar, apenas, o núcleo rígido do direito posto em discussão.

Em outras palavras, a investigação de (in)ocorrência do retrocesso merece ser pautada sob uma perspectiva sistêmica, respeitando-se os vetores que influenciam na decisão administrativa, qualificando-a como proporcional ou não.

Sob o ponto de vista da aceitação do princípio da vedação ao retrocesso, estranha-se que a jurisprudência dos tribunais pátrios não debata o tema com a mesma solidez da doutrina. Fala-se isso porque faz um bom tempo que referido princípio tem assento jurisprudencial na Europa, servindo, como exemplo, o *leading case* julgado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, devidamente transcrito acima.

O presente trabalho, sob essa perspectiva, tem por função dar corpo ao entendimento doutrinário, priorizando a manutenção de níveis aceitáveis de concretização de direitos fundamentais, sem que se ignore o fato de o administrador público possuir discricionariedade para delimitar tais direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 302.906/SP**, Relator Min. Herman Benjamin, Brasília. 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____; e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CONTO, Mario de. **O Princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PORUGAL. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n.º 39/84**, Relator Vital Moreira, Lisboa. 11 de abril de 1984. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. Tribunal Constitucional Portugal. **Acórdão n.º 509/2002**, Relator Luís Nunes de Almeida, Lisboa. 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

PRIEUR, Michel. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Senado. **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **Princípio da proibição do retrocesso jusfundamental**. Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (sócio) ambiental. In: **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

A SUJEIÇÃO DOS PARTICULARS AOS LIMITES IMPOSTOS PELO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: UM PARADIGMA EM CONSTRUÇÃO

Queila de Araújo Duarte Vahl¹

Valéria Rocha Lacerda Gruenfeld²

INTRODUÇÃO

Historicamente, os abusos contra os direitos de liberdade da sociedade civil eram cometidos pelo Estado, este representado pelo poder absoluto do rei, abusos estes que começaram a ser limitados com o movimento constitucionalista iniciado com Locke na Inglaterra durante o século XVII, o qual defendia a separação dos poderes com subordinação do poder executivo ao poder legislativo³ e posteriormente desenvolvido por Montesquieu, que propôs a separação do corpo da magistratura do Legislativo e Executivo,⁴ criando, desta forma, mais um freio para os abusos cometidos pelos detentores do poder.

Contudo, embora a técnica da divisão dos poderes tenha sido imprescindível para que os direitos de liberdade fossem protegidos⁵, atualmente ela não se demonstra mais suficiente, pois os abusos que transgridem os direitos fundamentais são cometidos não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade civil, hoje mais complexa e detentora de poderes extra-estatais, havendo necessidade, portanto, que sejam impostos limites também a ela.

Nesta perspectiva, está em construção um novo paradigma constitucional o qual, para além de um constitucionalismo de direito público, contemple um constitucionalismo de direito privado que sujeite também os particulares ao Estado Constitucional de Direito.⁶

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

³ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.p. 514-517

⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis. As formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 265.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social.** 8^a ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 44

⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia.** Vol. 2. Teoria de La democracia. Tradução de Perfecto Andrelbañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 218-219.

Neste contexto, este artigo objetiva contribuir para este debate por meio da análise das principais teorias sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais utilizadas nos Estados Unidos, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil, das Constituições do Brasil e de Portugal e do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no Brasil.

1. O NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL

Como visto acima, o poder hoje não está concentrado apenas nas mãos do Estado, sendo imperativa a estipulação de limites e deveres também à sociedade civil.

O problema reside no fato de que os limites e deveres à sociedade civil não foram contemplados no modelo de Estado de Direito constituído pelo liberalismo, onde o sistema de limites e proibições relativos ao direito de liberdade dos particulares era exercido por meio de deveres de não fazer do Estado, tão pouco foram previstos no Estado Social de Direito desenvolvido pelas Constituições instituídas a partir do Século XX, as quais estipularam deveres positivos de fazer ao Poder Público no âmbito social, bem como as respectivas técnicas e instituições de garantias⁷.

Assim, tanto no estado liberal quanto no estado social de direito, não foi previsto um sistema estipulando deveres à sociedade civil, também denominada de poder privado por Ferrajoli, que garantisse os direitos de liberdade e autonomia individuais, pois segundo o velho paradigma de Estado de Direito, somente os poderes públicos se submetem ao direito, “isto é, a limites e aos vínculos, às regras e ao controle”⁸.

Todavia, a estipulação de limites e deveres à sociedade civil é necessária, pois ela pode cometer abusos à esfera privada, os quais se manifestam por meio da força física, da exploração do trabalho, das infinitas formas de opressão familiar, de domínio econômico e de abuso interpessoal⁹.

Os abusos cometidos pela sociedade civil podem ser exemplificados como aqueles normalmente cometidos pelo homem no âmbito familiar na condição de marido ou pai¹⁰, na

⁷ FERRAJOLI, Luigi.*Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia*.p. 218

⁸ FERRAJOLI, Luigi.*Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia*.p.219

⁹ FERRAJOLI, Luigi.*Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia*. p. 223

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi.*Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia*.p.229

discriminação em estabelecimentos comerciais como hotéis e restaurantes que não permitem a presença de negros ou de pessoas fora do padrão estético ou financeiro estabelecido pela sociedade ou prestadores de serviços que recusam a prestá-los às ditas minorias.

E como estipular limites e deveres à sociedade civil?

Um caminho possível e defendido por Ferrajoli é sujeitar os particulares ao Estado de Direito em sua acepção mais ampla segundo a qual todos os poderes, públicos e privados se submetam às leis e às “limitações e regulação para a tutela de todos os direitos fundamentais em todas as relações sociais.”¹¹

Esta concepção de Estado de Direito que submete ao direito não apenas o Estado, mas também o poder privado, constitui-se em um constitucionalismo de direito privado e fornece meios para a minimização deste poder quanto aos abusos exercidos pela sociedade civil concernente à violação das garantias individuais¹².

Há necessidade de os limites e vínculos relativos ao poder privado estarem previstos na Constituição de modo a constituir este novo paradigma de Estado Constitucional de Direito, pois os direitos civis regulados somente pelas leis não são suficientes na medida em que a legislação é volúvel e sujeita “às vontades contingentes das maiorias”¹¹.

Este discurso constitucionalista não é novidade no mundo jurídico, pois conforme afirma Fioravante, surgiu no século XVII com Locke a idéia que a constituição é “um espaço dentro do qual se equilibram os poderes e se garantem direitos”¹³, discurso este que foi desenvolvido por seus seguidores durante todo o século XVIII.

Neste caminho, a Constituição de Portugal expressamente consagra no art. 18º/1 a vinculação de entidades privadas aos preceitos de direitos, liberdades e garantias, alargando, conforme aponta Canotilho, a “eficácia desses direitos às relações <<cidadão – cidadão>>, <<indivíduo-indivíduo>>”¹⁴, também havendo previsão expressa nesse sentido na Constituição na África do Sul¹⁵.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia*. p. 223

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia*. p. 218

¹³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 95.

¹⁴ CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ªed. 9reimp. Coimbra: Almedina. 2003. p. 1286-1287.

¹⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. Disponível em:

Embora, conforme constata Sarlet¹⁶, o art. 18º/1 da Constituição Portuguesa não resolva a questão de como e com qual intensidade os direitos fundamentais vincularão os particulares, é certo que esta previsão constitucional representa um grande avanço no âmbito da constitucionalização de direito privado.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 não prevê expressamente a vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, todavia, seu art. 5º, parágrafo 1º estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que evidencia “o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado”¹⁷.

Além disso, a Constituição de 1988 prevê como destinatários de alguns direitos fundamentais as entidades privadas e particulares, como acontece com o art. 5º, incisos IV e V, segundo os quais é a livre manifestação do pensamento sendo garantido, no caso de abuso, o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem, direito este “certamente não oponível apenas quando o Estado for o causador do dano”¹⁸.

Podem ser mencionados ainda como exemplos os direitos fundamentais dirigidos pela Constituição de 1988 aos particulares a inviolabilidade da casa do indivíduo e do sigilo das correspondências previstos no art. 5º, incisos XI e XII, além dos direitos dos trabalhadores (art. 7º) aplicáveis precípuamente ao empregador particular.¹⁹

A Constituição de 1988 estabelece ainda outros deveres diretamente à sociedade civil, como o dever da família e da sociedade de garantir o direito de todos à educação (art. 205) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

Destaca-se ainda as previsões na Constituição de 1988 que impõem à família e à sociedade o dever de garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente (art. 227), de proporcionar assistência aos idosos (art. 230), bem como a igualdade de direitos e deveres na

<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28342> Acesso em 21/01/2015. p.71.

¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado:** algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 231-287, set./dez. 2012. p. 278.

¹⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado:** algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. p. 231

¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado:** algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais p.235

¹⁹SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado:** algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais p. 236

sociedade conjugal (art. 226, § 5º).

Colaborando para a construção desse novo paradigma, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 201819, posicionou-se no sentido de que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”²⁰, conforme demonstra a ementa abaixo transcrita:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES.

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

[...]

Como se vê, a previsão de limites e vínculos relativos ao poder privado, não é um paradigma constitucional longe de ser alcançado e demonstra ser a Constituição o espaço adequado para a previsão de limites aos particulares os sujeitando ao Estado Constitucional de Direito.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821

2. AS TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO

Embora em alguns países a sujeição dos particulares aos limites impostos pela Constituição já seja uma realidade, este tema é controverso no cenário mundial, preponderando nos Estados Unidos, por exemplo, o entendimento diametralmente oposto segundo o qual os direitos fundamentais vinculam apenas o Poder Público, o que não ocorre na Alemanha, onde domina o entendimento intermediário de aplicação indireta dos direitos fundamentais previstos na Constituição por meio do legislador e do juiz.

Deste modo, tendo em vista os diferentes entendimentos sobre o assunto, serão abordadas, em linhas gerais, as teorias mais difundidas sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais que são a teoria da *State Action*, a teoria da eficácia indireta e mediata, a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais.

Segundo a teoria da *State Action*, que tem predominado nos Estados Unidos e no Canadá²¹, os direitos fundamentais previstos na Constituição não são aplicáveis aos particulares sob o principal fundamento de que a Constituição norte americana, ao prever os direitos fundamentais, dirige-se expressamente ao Poder Público²².

Sarmento e Gomes também apontam como argumentos teóricos utilizados pelos adeptos desta teoria a preocupação com a autonomia privada, que seria um direito fundamental primordial que prevaleceria sobre qualquer outro direito fundamental e o federalismo, pois a sujeição dos particulares diretamente aos direitos fundamentais previstos na Constituição violaria a competência dos Estados para legislar sobre o direito privado.

A teoria da *State Action* começou com o julgamento dos *Civil Rights Cases* pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1883, que, ao apreciar ações que versaram sobre descriminação de negros em hotéis, teatros e trens, julgou inconstitucional a norma *Civil Rights Act* aprovada pelo Congresso Nacional norte americano em 1875 que estabeleceu punições civis e penais contra

²¹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 66

²² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 63

discriminação racial em locais públicos²³.

Contudo, a teoria da *State Action* vem sendo relativizada pela *public function theory* adotada pela Suprema Corte a partir da década de 40, segundo a qual os particulares também se sujeitam às limitações constitucionais quando exercem uma função estatal típica, como ocorre nas concessões de serviços públicos e nas atividades essencialmente estatais que não exijam delegação como ocorre na administração de cidades privadas (*companytown*)²⁴.

Esta relativização da *State Action* se deve, segundo Sarlet, “especialmente em virtude da crescente imbricação entre a esfera pública e privada”²⁵.

A teoria da *State Action* não é compatível com a atual sociedade civil e sua relativização pela *public function theory*, embora tímida, demonstra a insustentabilidade da teoria no mundo contemporâneo, pois ela desconsidera o fato que atualmente os direitos fundamentais também são violados pelos particulares nas relações de trabalho, familiar, de negócios, comercial, de prestação de serviços dentre outras áreas dos relacionamentos humanos.

A segunda teoria a ser exposta é a da eficácia indireta mediata dos direitos fundamentais da esfera privada, desenvolvida pelo alemão Günter Düring em 1956 e dominante no direito germânico e no Tribunal Federal Constitucional Alemão²⁶.

Esta teoria adota posição intermediária preconizando que os direitos fundamentais previstos na Constituição são aplicáveis na esfera privada, contudo, deve ser intermediada “precipuamente pelo legislador e, na ausência de normas legais privadas, pelos órgãos judiciais”²⁷.

Os direitos fundamentais são aplicados de maneira indireta, pois a doutrina de Düring entende, com fundamento “na proteção constitucional da autonomia privada”²⁸, que é possível a renúncia de direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que não é possível nas

²³ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 63

²⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 64

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado:** algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. p. 246

²⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 66

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado:** algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, p. 240

²⁸ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 67

relações envolvendo o Estado²⁹.

Assim, para os adeptos desta teoria, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares ensejaria a perda da autonomia da vontade, bem como desconfiguraria o direito privado o convertendo em “uma mera concretização do direito constitucional”³⁰.

Por conseguinte, a aplicação direta dos direitos fundamentais previstos nas Constituições na relação entre os particulares não seria possível, porque violaria o direito à autonomia de o particular pode renunciar seus próprios direitos.

Deste modo, os direitos fundamentais, que para a teoria eficácia indireta são protegidos pelo direito privado e não pelo direito constitucional, são aplicados por meio das leis privadas e, na ausência delas, pelo poder judiciário.

Quanto à atuação do Judiciário na aplicação dos direitos fundamentais, Sarmento e Gomes explicam que o seu campo de atuação é restrito, cabendo àquele órgão precipuamente “preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador”³¹ ou não aplicar normas inconstitucionais, de forma que os direitos fundamentais somente serão aplicados diretamente em raras situações³².

Da mesma forma que a teoria da *StateAction*, a teoria da eficácia indireta mediata dos direitos fundamentais da esfera privada não se demonstra condizente com a proteção que os referidos direitos merecem.

Como visto acima, a teoria da eficácia indireta parte do pressuposto que o direito fundamental da autonomia privada deve sempre prevalecer, como se este direito fundamental fosse mais importante que os direitos fundamentais de liberdade.

Todavia, conforme ensina Alexy³³, no caso de colisão entre princípios, deve preceder, sem que se declare a invalidade do outro, aquele que no caso concreto tenha maior dimensão de peso,

²⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 67

³⁰ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 67

³¹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p.68

³² SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p.68

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-94

de maneira que não há como pressupor que o direito fundamental da autonomia privada seja absoluto e deva prevalecer em qualquer situação.

Ademais, a aplicação indireta dos direitos fundamentais pelo legislador não se demonstra completa na medida em que não há como prever todas as situações do cotidiano em que violações possam acontecer.

A terceira teoria é a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

Embora desenvolvida inicialmente na Alemanha a partir da década de 50 por Hans Carl Nipperdey e retomada por Walter Leisner em tese de cátedra, a teoria teve maior adesão em outros países da Europa como Espanha, Portugal e Itália³⁴.

Nipperdey reconhece que alguns direitos fundamentais são aplicáveis exclusivamente ao Estado, contudo, outros, devido à própria natureza, são aplicáveis diretamente aos particulares, sem necessidade de intermediação pelo legislador³⁵.

A justificativa utilizada por Nipperdey é que no mundo contemporâneo, onde vigora o Estado Social, os direitos fundamentais são ameaçados não apenas pelo Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral³⁶.

Nesse sentido, vale destacar a seguinte passagem de Sarmento e Gomes:

Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que ameaçam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social importaria no reconhecimento desta realidade, tendo como consequência a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

No Brasil esta teoria é a que tem predominado³⁷, tendo sido acolhida explicitamente pelo Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra o Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no

³⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. p. 71

³⁵ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. p. 71

³⁶ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. p. 71

³⁷ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. p. 72

Recurso Ordinário nº 201819³⁸ nos seguintes termos:

Cumpre considerar, neste ponto, até mesmo para efeito de exame da questão ora em análise, a advertência de Ingo Wolfgang Sarlet [...]: ‘uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado Social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa [...]’

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de se ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

A última teoria a ser exposta é a dos deveres de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais.

Defendida e divulgada pela doutrina mais recente na Alemanha, com destaque para Claus-Wilhelm Canaris³⁹, é considerada por Sarlet⁴⁰ uma nova tendência da eficácia indireta.

Esta teoria, partindo da premissa que somente o Estado estaria vinculado diretamente aos direitos fundamentais, estabelece que o legislador privado e o judiciário devem não apenas se absterem de violar os direitos fundamentais, mas também protegê-los, agindo de forma positiva⁴¹.

Sarlet destaca que a vantagem vislumbrada pelos defensores desta teoria é que ela reconhece a competência normativa dos sujeitos privados, admite a intervenção estatal das relações jurídico-privadas somente em casos excepcionais, bem como está sedimentada sob as estruturas de direito privado⁴²:

Quanto à atuação do Judiciário, Sarmento e Gomes esclarecem na passagem a seguir

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

³⁹ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. p. 73

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais** p. 241

⁴¹ SARMENTO, Daniel. GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho**. p. 73

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**, p.242

transcrita que para a teoria dos deveres de proteção do Estado a vinculação negativa de não violação dos direitos fundamentais deve preponderar sobre a vinculação positiva, pois esta confere uma maior liberdade para o legislador e o juiz⁴³:

Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa como a jurisdicional estão vinculadas negativamente e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção sobre os direitos fundamentais, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao imperativo de proteção. Isto porque, no caso da vinculação negativa, haveria apenas um comportamento exigível dos Poderes Públicos, que é a abstenção de intervenção no âmbito do direito fundamental em causa. Já no que tange à vinculação positiva, existiria, em regra, uma maior liberdade de conformação por parte do legislador ou do juiz, uma vez que normalmente há múltiplas formas constitucionalmente admissíveis para assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

A teoria dos deveres de proteção, embora admita que o Estado deva, além de não violar, proteger os direitos fundamentais, perpetua o dogma que a estes direitos somente o Estado se vincula.

Neste aspecto, conforme verificado por Sarmento e Gomes, há uma contradição nesta teoria, pois aceita os deveres de proteção e ao mesmo tempo nega “a vinculação imediata dos particulares aos direitos fundamentais”⁴⁴.

É certo que as teorias acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares representa apenas a ponta do *iceberg* em matéria da constitucionalização de direito privado, contudo, seguramente, ao menos uma delas, a da eficácia direta e imediata representa uma luz para a construção deste novo paradigma constitucional atualmente em construção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização do direito privado sujeitando a sociedade civil aos limites impostos pelo Estado Constitucional de Direito relativamente aos direitos fundamentais é um paradigma constitucional em construção e em ascensão.

É incontrovertido que a atual sociedade civil é detentora de poderes extra-estatais que

⁴³ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 74

⁴⁴ SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** p. 75

ameaçam cotidianamente os direitos fundamentais, não havendo dúvidas da urgente necessidade de estipulação de limites e deveres a ela, sendo a Constituição o local adequado para tal desiderato.

A relativização da *State Action* nos Estados Unidos pela *public function theory* e a flexibilização da teoria da eficácia indireta pela teoria dos deveres de proteção demonstram a insustentabilidade das teorias não condizentes com a sujeição dos particulares aos limites e deveres concernentes aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Todavia, não basta a previsão na Constituição, não bastam as teorias condizentes com a proteção dos direitos fundamentais, pois, para o alcance do paradigma constitucional de sujeição aos particulares ao Estado Constitucional de Direito é necessário que as teorias se transformem em prática, que as letras saiam dos papéis das Constituições e que, principalmente, a sociedade civil e Poder Público se conscientizem que o poder que ambos exercem sobre os indivíduos pode e deve ser controlado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 8^a ed. São Paulo:Malheiros. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^aed. 9^areimp. Coimbra: Almedina. 2003.

FERRAJOLI, Luigi.**Principia Iuris. Teoria del derecho y de la democracia**. Vol. 2. Teoria de La democracia. Tradução de Perfecto Andrelbañes, Carlos Bayon, Marina Gascón, Luis Pietro Sanchis y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis. As formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 231-287, set./dez. 2012.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/28342>> Acesso em 21/01/2015.

A TUTELA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE FACE AS NOVAS TECNOLOGIAS

Lisiane Ferreira Pieniz¹

Alessandra Ramos Piazera Benkendorff²

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade nos tempos atuais encontra-se extremamente ameaçado em razão das informações pessoais estarem cada dia mais suscetíveis por conta do avanço das comunicações interpessoais, as quais se apresentam de forma virtual.

Parte do papel do cientista jurídico é buscar alternativas adequadas à proteção das garantias fundamentais, as quais, em virtude do crescimento tecnológico e do aparecimento diário de novas tecnologias, acabam por ser prejudicadas de maneira direta.

Desta feita, é objetivo do presente estudo é verificar a legislação existente no ordenamento jurídico brasileiro para a proteção do princípio constitucional da privacidade, bem como identificar se o atual modelo de tutela existente no país corresponde aos ideais previstos na Carta Magna.

Para tanto, o artigo foi dividido em três temas centrais. Em um primeiro momento, trata da garantia constitucional da privacidade, elucidando seus conceitos. Posteriormente, analisa as novas tecnologias, bem como conceitos sobre a rede mundial de computadores.

Ao final, o artigo apresenta a legislação adotada no Brasil, e a sua proteção ao direito à privacidade.

1. A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, prevê em seu artigo 12 que “ninguém será sujeito à interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professora do Escritório Modelo de Advocacia (EMA) na Universidade do Vale do Itajaí, Campus Itajaí, Santa Catarina, Brasil. Advogada. Email: lisiane.univali@univali.br

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professora no Centro Universitário Católica de Santa Catarina em Joinville, Santa Catarina, Brasil. Advogada. Email: aleramospiazera.adv@outlook.com

sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques".³

Importante destacar que referida Declaração é composta por 30 (trinta) artigos cujo objetivo é recomendar aos Estados Membros para que auxiliem e incentivem os indivíduos e cada órgão da sociedade a promover o respeito e os direitos e liberdades através de medidas de caráter nacional e internacional.⁴

Na mesma linha de proteção aos direitos individuais, a Constituição Brasileira de 1988 prevê em seu artigo 5º os direitos e garantias fundamentais, dentre os quais estão os direitos à intimidade e o direito à privacidade.

Tal previsão pode ser encontrada no artigo 5º., inciso X : "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".⁵

Verifica-se que o legislador constituinte na elaboração da Carta Magna atribuiu à intimidade o caráter de direito fundamental, pois está inserida no título que trata dos direitos e garantias individuais.

O caráter de direito fundamental dado à intimidade vai ao encontro do entendimento de Robert Alexy, o qual entende que "normas de direitos fundamentais são aquelas que o próprio texto constitucional classifica como tal, isto é, insere um conjunto de disposições expressamente tituladas como direitos fundamentais".⁶

Referidos direitos – intimidade e vida privada - são classificados como direitos da personalidade, havendo, diferenças entre suas definições e conceitos.

Tais distinções são constitucionalmente tratadas como direitos autônomos, e conforme José Afonso da Silva,

³ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 02.02.2014

⁴ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 02.02.2014

⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília:Senado,1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompile.htm.Acesso em 02.02.2015

⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 68-69.

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada como um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputa, como outros, manifestação daquela. (...) Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5º separa intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas, (...).⁷

Assim, a intimidade integra a esfera íntima da pessoa, os seus pensamentos, desejos e convicções, enquanto a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender.⁸

Robert Alexy também afirma em sua teoria das esferas⁹, que é possível separar em três esferas com decrescente intensidade de proteção o direito a intimidade, sendo a esfera mais interna (âmbito último intangível da liberdade humana), o âmbito mais íntimo, a esfera íntima intangível e conforme interpretação do Tribunal Constitucional Alemão, o núcleo absolutamente protegido da organização da vida privada, compreendendo os assuntos mais íntimos que não devem chegar ao conhecimento dos outros devido a sua natureza extremamente reservada; a esfera privada ampla, que abrange o âmbito privado na medida em que não pertença à esfera mais interna, incluindo assuntos que o indivíduo leva ao conhecimento de outra pessoa de sua confiança, ficando excluído o resto da comunidade; e a esfera social, que engloba tudo o que não for incluído na esfera privada ampla, ou seja, todas as matérias relacionadas com as notícias que a pessoa deseja excluir do conhecimento de terceiros.

O direito à privacidade descende de uma nova geração de direitos da pessoa. A principal característica desses direitos de terceira geração é o poder de autodeterminação como potência subjetiva para a construção da identidade pessoal.¹⁰

Assim, o direito à vida privada e intimidade permitem a preservação pelas pessoas de uma esfera íntima de suas vidas, abrangendo as áreas que envolvem fatos e acontecimentos compartilhados com pessoas que lhe são íntimas assim como com terceiros, ou seja, aqueles de relacionamentos eventuais de natureza diversa da familiar.¹¹

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 206.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 208.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. P. 360.

¹⁰ MARINI, Giovanni. **Diritto alla Privacy**. Estratto da: Commentario Del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli. Delle persone, a cura di A. Barba – S. Pagnantini, Utet, Torino, 2013. Pg. 207

¹¹ ANDRADE, Ronaldo Alves de. MACHADO, Viviane. **A Privacidade e as Redes Sociais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5677498ba2a6142d>>. Acesso em 14.02.2015.

Ainda sobre o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal Brasileira, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes¹² Junior entendem que:

[...] o texto constitucional, ao empregar as expressões intimidade e privacidade, quis outorgar duas diferentes formas de proteção. Com efeito, a vida social do indivíduo divide-se em duas esferas: a pública e a privada. Por privacidade, de conseqüente, deve-se entender os níveis de relacionamento social que o indivíduo habitualmente mantém oculto ao público em geral, dentre eles: a vida familiar, as aventuras amorosas, o lazer e os segredos dos negócios. Assim, dentro dessa esfera teríamos demarcado o território próprio da privacidade. [...] Podemos vislumbrar assim dois diferentes conceitos. Um de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o “eu” e os outros”, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Assim o direito de intimidade tem importância e significação jurídica na proteção do indivíduo exatamente para defendê-lo de lesões a direito dentro da interpessoalidade da vida privada.”

A distinção entre intimidade e privacidade pode estar no fato de a intimidade relacionar-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto a vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc.¹³

Desta forma, é inquestionável que o direito à privacidade prescinde da relação entre o indivíduo e a sociedade.

Como decorrência da determinação constitucional, garantindo o direito a privacidade, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 21 prevê que “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Em breve comentário referente a conexão entre a Constituição Federal e o Código Civil Nelson Neri Junior entende que “o homem tem direito aos seus segredos. Essa é a dimensão natural da disposição constitucional que protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sujeitos de direito (CF 5º X).”¹⁴

Assim, verifica-se que a lei infraconstitucional está de acordo com a lei máxima ao tratar do direito a privacidade.

¹² ANDRADE, Ronaldo Alves de. MACHADO, Viviane. **A Privacidade e as Redes Sociais**. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5677498ba2a6142d>>. Acesso em 14.02.2015

¹³ MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2000. P. 73

¹⁴ Código Civil Comentado. Ed. Revista dos Tribunais, 8ª. Edição.

Corolário de regra constitucional (art.5º,X, da CF/88), é vedada a intromissão de estranhos na vida privada. Trata-se de obrigação de não fazer decorrente da lei cujo descumprimento pode ser coibido mediante provimento jurisdicional de natureza cominatória. Extensão dessa regra acha-se no art. 1.513 do Código Civil, que proíbe interferir na comunhão da vida instituída pela família". Não se confundem vida privada e intimidade, na medida em que essa se volta para o mundo interior do indivíduo, compreendidos, por exemplo, seus segredos, enquanto aquela, para o mundo exterior, que corresponde ao direito de manter o modo de vida que aprouver. Sob um ou outro aspecto, todavia, a proteção concedida é contra a indiscrição alheia.¹⁵

Assim sendo, resta inegável a diferença entre intimidade e vida privada, bem como inegável é a proteção prevista na lei maior.

Seguindo nesse sentido da hierarquia das leis, verifica-se que o conjunto normativo se coaduna, no sentido de preservar o direito à privacidade do povo brasileiro nas suas relações de maneira igualitária.

Cabe salientar ainda que a realidade social do mundo contemporâneo é a de um emaranhado de descobertas tecnológicas, com as quais os indivíduos convivem diariamente, considerando que convivem num mundo de computadores, câmeras, aparelhos de interceptação telefônica os quais contribuem para que seja rompida a barreira física e sejam invadidos aspectos íntimos da vida pessoal privada.¹⁶

Nesse sentido passa-se à análise das novas tecnologias que são utilizadas pela população em geral, ou seja, as mais comuns em nosso meio, principalmente a internet, de forma a identificar seu acesso e a existência de privacidade nas relações por ela proporcionadas. Para tanto, é crucial que a privacidade seja vista como uma espécie do gênero direito à intimidade.

2. AS NOVAS TECNOLOGIAS

Com a globalização a sociedade moderna vive numa incansável mudança, numa indiscutível transformação e descubrimento, e evidente crescimento em todos os sentidos, tendo as novas tecnologias como ferramentas para o alcance de seus objetivos.

Nessa seara, se entende como novas tecnologias um conjunto de conhecimentos e princípios científicos que se aplicam ao planejamento, à construção e à utilização de um

¹⁵ Código Civil Comentado, coordenado por Cesar Peluso, Editora Manole, 6ª edição.

¹⁶ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. P. 240

equipamento em um determinado tipo de atividade.¹⁷

Conceitualmente entende-se tecnologia como um conjunto de conhecimentos práticos e técnicos, os quais se utilizam de meios industriais ou mecânicos, a fim de possibilitar facilidades e bem estar aos seres humanos.

Para a humanidade, a tecnologia, sua evolução e seu uso não são nenhuma novidade, considerando que surgiram com a revolução industrial causando a transformação do trabalho artesanal em trabalho industrial, onde a produção em série de produtos começou a ser executada por máquinas.

No entanto, foi no final do século XX que a revolução da informática causou uma nova revolução tecnológica.

As tecnologias da informação (*Information and Communication Technologies – ICT*) são parte indiscutível das novas tecnologias. Elas tiveram um desenvolvimento extraordinário nos últimos anos e têm permeado nossas vidas, tanto no trabalho, tanto na vida privada: basta pensar em computadores pessoais, telefones celulares, smartphones e dispositivos semelhantes. Desenvolvimentos previsíveis em matéria de "nuvem" e "computação automática, implantes (ICT) no corpo, nanotecnologia, além de redes sociais: Toda a inovação que apresentam problemas sérios para a "identidade digital" dos indivíduos e exigem nova atenção entre os muitos aspectos das ICT (...).¹⁸

As ferramentas artificiais como são chamadas as novas tecnologias trazem ao ser humano uma infinidade de possibilidades entre as quais está a rede mundial de computadores, mais conhecida como internet.

A internet foi idealizada em 1969, nos Estados Unidos, a partir de um projeto da agência norte americana Advanced Research Project Agency (ARPA), com o objetivo de interligar todos os computadores do seu departamento de pesquisa. No entanto a ARPANET, foi criada para que os computadores de quatro universidades americanas, quais sejam, Universidade da Califórnia, Universidade de Santa Bárbara, Universidade de Utah e Instituto de Pesquisas de Stanford, pudessem ficar interligados ininterruptamente.

¹⁷ Disponível em <<http://www.dicionarioinformal.com.br/tecnologia/>>, acesso 12.02.2015.

¹⁸ SANTOSUSSO, Amedeo. **Diritto, Scienza, Nuove Tecnologie**. CEDAM, 2011. Pg. 254-255: Le tecnologie dell'informazione sono indiscutibilmente parte delle nuove tecnologie. Esse hanno avuto negli ultimi anni uno sviluppo straordinario e hanno pervaso le nostre vite, sia sul lavoro, sia nella vita privata: basti pensare a personal computers, telefoni cellulari, smartphones e dispositivi simili. Prevedibili sviluppi riguardano "cloud" e "automatic computing, impianti ICT nel corpo umano, nanotecnologie, connessioni cervello-computer, oltre ai social networks: tutte innovazioni che pongono seri problemi all'identità digitale' degli individui e richiedono nuova attenzione. Tra i molti aspetti delle ICT in cui il diritto è chiamato in causa, esaminiamo qui la protezione dei dati personali e gli impianti di dispositivi ICT nel corpo umano, mentre delle connessioni brain machine ci si occuperà in un paragrafo successivo.

No entanto as mensagens eletrônicas eram o instrumento mais usado pelos usuários da rede, ficando a parte de comunicação propriamente dita, mais utilizada para assuntos militares, ficando assim mais isolada e por tal motivo, começou a ser chamada de MILnet.

Com o desenvolvimento das redes durante a década de 70, outras universidades americanas e de todo o mundo, criaram redes para se comunicarem entre si, no entanto não conseguiam contato com outros usuários das outras redes pelo fato de não existir uma linguagem comum entre elas.

Isso só foi possível com a criação do protocolo TCP/IP (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) em 1974, iniciando assim a utilização da internet com seus primeiros computadores conectados em rede mundial.¹⁹

Mas somente entre os anos de 1990 e 1993 é que os usuários tiveram a oportunidade de começar a navegar entre os sites e entre as páginas disponibilizadas, indo de um para outro, fato que somente ocorreu devido a criação do protocolo HTTP (Hyper Text Transfer Protocol e da linguagem HTML (Hyper Text Markup Language), e possibilitando a internet para uso do público, empresas particulares e privadas.²⁰

No Brasil, somente em 1995, o Ministério das Comunicações e Ministério da Ciência e Tecnologia definiram o funcionamento da rede, determinando que os usuários teriam acesso através de provedores.

Como a Internet é uma organização livre, nenhum grupo a controla ou a mantém economicamente. Pelo contrário, muitas organizações privadas, universidades e agências governamentais sustentam ou controlam parte dela. Todos trabalham juntos, numa aliança organizada, livre e democrática. Variando desde redes domésticas até serviços comerciais e provedores privados que vendem acesso à Internet.²¹

A internet sendo um conjunto de redes de computadores interligadas por todo o mundo viabiliza através da conectividade das máquinas e de um conjunto de protocolos e serviços em

¹⁹ ASSIS, José Francisco de. **Direito à Privacidade no uso da internet: Omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade.** Âmbito Jurídico, disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>>, acesso em 20.01.2015.

²⁰ ASSIS, José Francisco de. **Direito à Privacidade no uso da internet: Omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade.** Âmbito Jurídico, disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>>, acesso em 20.01.2015

²¹ Brasil Escola, disponível em <<http://www.brasilescola.com/informatica/internet.htm>>, acesso em 08.02.2015

comum, aos usuários a ela conectados, a utilização de serviços de informação mundial.²²

“[...] uma rede internacional de computadores conectados entre si. É hoje um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, num nível de interatividade jamais visto anteriormente.”²³

Objetivamente, a internet é um conjunto de recursos tecnológicos, constituído por hardware (servidores, modems, roteadores) e softwares (navegadores, aplicativos, plugins), que estão interconectados por meios de comunicação (linha telefônica, fibra ótica, satélite, redes locais) que colocam a disposição uma enorme quantidade de informações e possibilidades de acessos diversificados por meio de páginas de web sites.²⁴

A Lei 12.965/2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil, em seu artigo 5º., inciso I, conceitua internet como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”.²⁵

Devido a todas essas novas tecnologias de comunicação global disponível, as pessoas começaram a se comunicar cada vez mais, e com mais frequência e velocidade, se tornando comum a todos a obtenção de endereços de e-mails, perfis em redes sociais, sites e outras formas de se comunicar através da rede.

Considerando o enorme conjunto de dimensões globais de redes de computadores interconectados, não existe entidade ou governo que exerça o controle absoluto da internet, bem como de informações nela contida.

Conforme Stefano Rodotà, o “corpo eletrônico” pode ser criado e modificado sem que se possa fazer qualquer coisa.²⁶

Por tal fato a insegurança jurídica é grande, já que não se sabe a quem punir, tendo em vista o anonimato e a impossibilidade de saber onde e por quem as informações foram postadas

²² Brasil Escola, disponível em <<http://www.brasilescola.com/informatica/internet.htm>>, acesso em 08.02.2015.

²³ LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Sariva, 2012. P.11.

²⁴ LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Sariva, 2012.

²⁵ BRASIL, Lei 12.965/2014, **Marco Civil da Internet**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/l12965.htm>, acesso em 02.02.2014.

²⁶ RODOTÀ, Stefano. **Intervista su Privacy e Libertà, a cura di Paulo Conti**. Roma, Itália. GLF Editori Laterza, 2012.P. 119/120: Ma il mio <>corpo eletrônico<> può essere criado e modificado senza che io possa far nulla.

na rede.

O simples fato da grande dificuldade em se determinar exatamente de onde foi inicialmente veiculada uma determinada informação, dado ou imagem privada, e por sua rápida disseminação e amplitude mundial, muitos atos que atentam contra o direito à privacidade permanecem impunes, já que os fatos podem ser divulgados a partir de países que, por não dispor de legislação para essa questão específica, não punirão a ocorrência, dando um caráter de impunidade à atitude delituosa²⁷.

Destaca-se que em muitos países ainda não existem uma legislação específica a esse respeito.

A regulamentação da rede é efetuada dentro de cada país, que é livre para estabelecer regras de utilização, hipóteses de responsabilidade e requisitos para acesso, atingindo apenas usuários sujeitos a soberania daquele Estado. Como forma de impedir, investigar e reprimir condutas lesivas na rede, são por vezes necessários esforços conjuntos de mais de um sistema jurídico, dependendo da localização dos infratores e dos serviços por eles utilizados.²⁸

A falta de segurança na rede abrange vários aspectos, tais como a divulgação de informações e dados pessoais e de imagens, que podem ser obtidos através de outras tecnologias – celulares de ultima geração, onde se têm dados pessoais, informações profissionais, fotografias particulares – os quais veiculados na internet sem o devido consentimento, caracterizará violação ao direito à privacidade.

No Brasil a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, regulamenta o uso da internet, e estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (artigo 1º.).²⁹

Referida regulamentação será objeto de estudo do próximo item onde se fará breve estudo sobre a legislação atual brasileira.

3. O ALCANCE DA LEGISLAÇÃO QUANTO A PROTEÇÃO DOS DIREITOS A PRIVACIDADE

A necessidade de proteção das informações pessoais se torna cada dia mais necessária, considerando a intensa utilização dos meios eletrônicos disponíveis.

²⁷ ASSIS, José Francisco de. **Direito à Privacidade no uso da internet: Omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade.** Âmbito Jurídico, disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>>, acesso em 20.01.2015

²⁸ LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. P. 11.

²⁹ BRASIL, Lei 12.965/2014, **Marco Civil da Internet**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/l12965.htm>, acesso em 02.02.2014

Faz-se tal afirmação com fundamento no efetivo desenvolvimento das tecnologias da informação, as quais fixaram rumos à sociedade com vistas a paradigmas diversos daqueles já existentes.

As informações disponibilizadas pelos usuários, quer de forma voluntária ou involuntária, facilitam sua identificação, além de tornar pública uma série de informações, tais como seus hábitos e preferências. Referidas informações também podem denunciar a terceiros as condições financeiras e outros dados pessoais que só interessam ao seu titular.

Além disso, uma vez postados em ambientes virtuais, as informações tem destino desconhecido, perdendo-se o controle, sendo essas transmitidas para terceiros sem que o seu titular tenha qualquer domínio.

Mesmo que em algumas situações o internauta tenha a opção de escolha, entre divulgar ou não determinadas informações pessoais, a colocação de dados pessoais é condição obrigatória já que para acessar a internet, terá que fornecer informações a um provedor de acesso, e por tal motivo perderá obrigatoriamente o controle dos dados fornecidos.

Com vistas nesses fatos da sociedade moderna, houve a necessidade da criação de legislação que fosse capaz de proteger os usuários da rede mundial de computadores, tutelando a captura e tratamento de dados pessoais, bem como o armazenamento e a transmissão de informações.

As regras e regulamentos capazes de proteger a liberdade de informação e comunicação passam pelo reconhecimento da proteção aos dados pessoais como direitos fundamentais assegurando tratamento digno aos usuários dos meios eletrônicos.

A proteção dos dados pessoais imprime nova ótica aos direitos vinculados à tutela da privacidade, englobando outros interesses e formas de controle diante da possibilidade da manipulação de dados pessoais. A proteção dos dados pessoais modifica os contornos e a dimensão do direito clássico à privacidade, e notadamente provoca os mesmos influxos na intimidade das pessoas.³⁰

A fim de normatizar a matéria, o direito a privacidade (right to privacy) que se desenvolveu originalmente na doutrina e jurisprudência norte americanas, foi na Europa que se notabilizou como a fonte dos principais e mais completos conjuntos de leis sobre proteção de dados pessoais.

Conforme Giovanni Marini, a proteção de dados pessoais, expressão utilizada para informar

³⁰ DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Revovar, 2006. P. 204-205.

o estado da pessoa, despertou perplexidade e produziu uma série de esforços para resolver os limites da matéria.³¹

Pioneira, a União Europeia através de Diretivas³² tutelou a proteção à privacidade e as liberdades dos cidadãos no que concerne a seus dados pessoais. Assim o Parlamento e o Conselho Europeu inicialmente editaram a Diretiva 95/46/CE¹⁷, sendo o principal instrumento de proteção de dados, bem como a base sobre a qual estão dispostas todas as demais normativas posteriores.

Devido a evolução tecnológica no ano de 2002, foi editada a Diretiva n. 58, concernente ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas, denominada Diretiva Dados Pessoais nas Comunicações Eletrônicas. Por isso é considerada como um marco, tendo em vista que se refere especificamente às comunicações eletrônicas.

A Diretiva 2006/24/CE objetiva garantir a proteção do internauta quanto a retenção dos seus dados, já que estes poderão ser conservados somente para fins investigativos e para a repressão de crimes graves, observando a legislação interna de cada Estado membro da União Europeia.

No ano de 2009, através de consulta pública, houve uma atualização da legislação europeia, e como resultado foi editada a Diretiva 136/2009, com o objetivo de modernizar o sistema europeu de proteção de dados pessoais, além de reforçar os direitos dos cidadãos sobre seus dados pessoais, reduzindo as formalidades administrativas para sua utilização, as quais visam mais clareza e coerência à normativa europeia.³³

Na busca desse déficit normativo, no Brasil foi editada a Lei 12.965/2014, denominada Marco Civil da Internet, tendo como objetivos a garantia à defesa dos consumidores, a regulamentação da comercialização das empresas que utilizam a rede mundial como meio de comércio, assegurado a livre iniciativa e a livre concorrência, além de reger os serviços prestados pelos provedores de internet, determinando o fornecimento com segurança e a garantia da

³¹ MARINI, Giovanni. **Diritto alla Privacy**. Estratto da: Commentario Del Codice Civile diretto da Enrico Gabrielli. Delle persone, a cura di A. Barba – S. Pagnantini, Utet, Torino, 2013.Pg. 235.

³² Diretiva é um ato legislativo da União Europeia que exige que os Estados-Membros alcancem um determinado resultado, sem ditar os meios para atingir esse resultado. A diretiva pode ser distinguida dos regulamentos da União Europeia que são auto-executivos e não requerem quaisquer medidas de execução. As diretivas, normalmente, deixam os Estados-Membros com uma certa dose de flexibilidade quanto às regras exatas para serem adoptadas. As diretivas podem ser adoptadas através de uma variedade de procedimentos legislativos, em função do seu objeto.

³³ DEBATE DADOS PESSOIAS. **Contexto Internacional**. Disponível em: <http://culturadigital.br/dadospessoais/contexto/internacional>. Acesso em 08.jan.2015.

funcionalidade, e a responsabilidade dos agentes prestadores.

O Marco Civil da Internet é uma iniciativa legislativa, surgida no final de 2009, para regular o uso da Internet no Brasil, por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres de quem usa a rede, e da determinação de diretrizes para a atuação do Estado. Neste contexto, a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), em parceria com a Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO RIO), lançou o projeto para a construção colaborativa de um Marco Civil da Internet no Brasil.³⁴

Assim referida lei visa garantir um acesso de qualidade e privacidade aos usuários com o intuito de proteção aos direitos e garantias individuais, previstos a Constituição Federal, considerando-se além dos princípios e fundamentos, a natureza da internet.

O Marco Civil da Internet tem como um dos seus princípios fundamentais, o princípio da privacidade.

Nesse sentido cabe destacar os artigos 3º, íciso II:

Art. 3º : A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (...)³⁵

Também o artigo 7º. e artigo 8º estabelecem os seguintes direitos referentes ao direito a privacidade:

Art. 7º : O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

- I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
- (...)
- III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;
- (...)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

³⁴ VIEIRA, Alexandre Pires e José Augusto Rodrigues Alves, O direito à privacidade frente aos avanços tecnológicos na sociedade, da informação. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/27972/o-direito-a-privacidade-frente-aos-avancos-tecnologicos-na-sociedade-da-informacao#ixzz3VA4kAbnI>>, acesso em 10.fev.2015.

³⁵ BRASIL, Lei 12.965/2014, **Marco Civil da Internet**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/l12965.htm>, acesso em 02.02.2014

(...)

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.³⁶

Pelo disposto nos artigos destacados, se verifica que ficam assegurados aos cidadãos os direitos e garantias que visam o exercício da cidadania através do princípio da inviolabilidade da vida privada. Inclui-se na referida proteção o artigo 10, o qual dispõe:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.³⁷

Pela análise dos artigos apontados, resta claro que a norma jurídica brasileira busca garantir a inviolabilidade e o sigilo do fluxo de informações postados no ambiente virtual, encontrando uma definição legal específica em face da diversidade das relações virtuais.

Tal tutela jurisdicional regulamenta as questões que até o momento de sua edição estavam desamparadas pela lei ou eram precariamente resolvidas com o auxílio da analogia.

A partir da Lei 12.965/14 os usuários da rede mundial de computadores em território nacional dispõe de uma regulamentação específica sobre seu uso e em particular sobre o direito à privacidade no uso da internet.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa realizada teve como objetivo identificar se a atual legislação brasileira resguarda o princípio da privacidade previsto na Constituição Federal, no tocante as informações e dados pessoais disponíveis na rede mundial de computadores.

O que se observou no decorrer da pesquisa é que no que se refere a sua vida privada, o indivíduo goza de proteção constitucional bem como de legislação especial, no caso específico, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet).

Nesse sentido a privacidade é um direito e uma garantia constitucional, conforme

³⁶ BRASIL, Lei 12.965/2014, **Marco Civil da Internet**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>, acesso em 02.02.2014

³⁷ BRASIL, Lei 12.965/2014, **Marco Civil da Internet**, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>, acesso em 02.02.2014

prescreve o artigo 5º., X da Constituição Federal, devendo ser observada e respeitada nas relações interpessoais, mesmo que estas sejam de forma virtual.

A rede mundial de computadores permite que os indivíduos se relacionem através de perfis pessoais ou comerciais, impondo, porém, algumas regras básicas como a prestação de informações pessoais.

A internet como meio de comunicação mundial em alguns momentos faz com que o usuário exponha seus dados pessoais a fim de que possa ter acesso a informações específicas, de forma voluntária, o que gera um banco de dados do indivíduo, registrando inclusive as páginas por ele visitadas.

O fato de postar algumas informações a respeito de sua vida, ou dados pessoais não prescinde autorização para a divulgação deliberada dos mesmos.

Na União Europeia surgiram diretrizes as quais têm o objetivo de resolver os infortúnios quanto a privacidade entre outros problemas relacionados às novas tecnologias, incluindo o mundo virtual.

No Brasil, a fim de sanar os problemas provenientes do uso da rede mundial de computadores de maneira objetiva, a Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) regulamenta a rede no país a fim de garantir que a internet continue livre, não proprietária e culturalmente diversificada.

O Marco Civil da Internet prevê uma série de direitos já reconhecidos e assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tais direitos encontram-se na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, conclui-se que foi através da observância daquilo que a legislação pátria dispõe, incluindo-se os direitos fundamentais, que a Lei 12.965/14 garante aos usuários da internet e das novas tecnologias em sentido amplo, o direito à privacidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. MACHADO, Viviane. **A Privacidade e as Redes Sociais**. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5677498ba2a6142d>>. Acesso em 14.02.2015

ASSIS, José Francisco de. **Direito à Privacidade no uso da internet: Omissão da legislação vigente e violação ao princípio fundamental da privacidade.** Âmbito Jurídico, disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>>, acesso em 20.01.2015.

BRASIL ESCOLA, disponível em <<http://www.brasilescola.com/informatica/internet.htm>>, acesso em 08.02.2015

BRASIL, Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>, acesso em 02.02.2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02.02.2015.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Ed. Revista dos Tribunais, 8ª. Edição.

CÓDIGO CIVIL COMENTADO, coordenado por Cesar Peluso, Editora Manole, 6ª edição.

DEBATE DADOS PESSOIAS. **Contexto Internacional.** Disponível em: <<http://culturadigital.br/dadospessoais/contexto/internacional>>. Acesso em 08.jan.2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 02.02.2014

DONEDA, Danilo César Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Revovar, 2006.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988. Disponível em <<http://www.dicionarioinformal.com.br/tecnologia/>>, acesso 12.02.2015.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet.** São Paulo: Sariva, 2012.

MARINI, Giovanni. **Diritto alla Privacy.** Estratto da: Commentario Del Codice Civile diretto da Enrico

Gabrielli. Delle persone, a cura di A. Barba – S. Pagnantini, Utet, Torino, 2013.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

RODOTÀ, Stefano. **Intervista su Privacy e Libertà, a cura di Paulo Conti**. Roma, Itália. GLF Editori Laterza, 2012.

SANTOSUOSSO, Amedeo. **Diritto, Scienza, Nuove Tecnologie**. CEDAM, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. P. 206.

VIEIRA, Alexadre Pires e José Augusto Rodrigues Alves, **O direito à privacidade frente aos avanços tecnológicos na sociedade, da informação**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/27972/o-direito-a-privacidade-frente-aos-avancos-tecnologicos-na-sociedade-da-informacao#ixzz3VA4kAbnI>> http://jus.com.br/artigos/27972/o-direito-a-privacidade-frente-aos-avancos-tecnologicos-na-sociedade-da-informacao#ixzz3VA3finN8>, acesso em 10.fev.2015.

A EFICÁCIA (APLICABILIDADE) DOS ACORDOS INTERNACIONAIS NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELOS ESTADOS

André Emiliano Uba¹

Lorenzo Weissheimer²

INTRODUÇÃO

Os acordos internacionais, utilizados pelos países ao mesmo tempo como manifestação do atributo de soberania e instrumento de limitação do poder soberano, cada vez mais vem tratando de temas que envolvem a preocupação com o desenvolvimento sustentável de forma global.

Nessa linha, regras e diretrizes que afetam diretamente a forma e regulação da tutela ambiental tem sido incorporadas ao ordenamento jurídico dos países signatários de tais acordos.

Sabe-se que, no Brasil, a competência legislativa em matéria ambiental, segundo, a Constituição Federal, é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal.

Contudo, havendo conflito entre o disciplinado pelo acordo internacional e normas editadas pelos Estados no exercício da competência constitucionalmente estabelecida, qual regra prevalece?

Para procurar responder a esse questionamento, o estudo desenvolvido neste artigo traz a hipótese de que os Acordos Internacionais prevalecem sobre as leis editadas pelos Estados no tocante às políticas públicas ambientais.

Para se averiguar a confirmação, ou não, da hipótese, analisar-se-á a natureza jurídica dos acordos internacionais e a forma como a competência legislativa em matéria ambiental está disciplinada na Constituição Federal.

Quanto à metodologia, o relato dos resultados será 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.

diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente⁴, da Categoria⁵, do Conceito Operacional⁶ e da Pesquisa Bibliográfica.⁷

1. NATUREZA DOS ACORDOS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tratados internacionais podem ser conceituados como “um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja a sua designação específica”.⁸

Trata-se de acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.⁹

Além disso, os tratados podem interferir no plano interno de um Estado, quando determinar a observação de alguma postura no plano interno, como, por exemplo, os tratados sobre direitos humanos, que impõe a observação da dignidade do homem nos atos dos Estados signatários.

Com fulcro nas relações internacionais que o Estado brasileiro possui com os Estados estrangeiros, há diversos tratados/acordos internacionais dos quais o Brasil faz parte e é signatário. Os assuntos são dos mais diversos, como a dignidade do ser humano, economia, meio ambiente, tributação, entre outros.

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, compete privativamente ao

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/Millenium, 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 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 BRASIL. Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009. **Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-496-17-julho-2009-589661-publicacaooriginal-114586-pl.html>>. Acesso em 15 fev. 2014.

⁹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

Presidente da República a celebração de acordos e tratados internacionais (art. 84, VIII).

Apesar de ser ato privativo do Chefe do Executivo, para que o tratado/acordo internacional tenha vigência no território nacional, deve se submeter ao crivo do Poder Legislativo, necessitando da abertura de processo de formação de lei, por analogia ao art. 64 da Constituição:

Por analogia com o art. 64 da Constituição Federal, o processo legislativo de referendo aos tratados internacionais tem início na Câmara dos Deputados, com o recebimento da mensagem do Presidente da República, dirigida ao Congresso Nacional, que encaminha o texto convencional em língua portuguesa. A correspondência presidencial, acompanhada da exposição dos motivos pela qual o Ministro de Estado das Relações Exteriores eleva o acordo ao Chefe de Estado, é remetida ao Poder Legislativo por meio de aviso do Ministro Chefe da Casa Civil da Presidência da República destinado ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados.¹⁰

Aprovado o tratado/acordo internacional pela Câmara dos Deputados, o projeto segue ao Senado Federal. Caso contrario é arquivado.

Recebido o projeto pelo Senado, há o procedimento de deliberação, na forma de seu regimento interno. Se for rejeitado, o tratado não vigorará no Brasil, uma vez que o pronunciamento negativo do Legislativo é suficiente para negar-lhe vigência. Nessa hipótese, o Congresso Nacional informa o Presidente da República através de mensagem.¹¹

De outra banda, em se tratando de aprovação nas duas casas legislativas, o tratado/acordo internacional é promulgado pelo Presidente do Senado e publicado no Diário Oficial da União na forma de *Decreto Legislativo*. Ato contínuo, o “Presidente do Senado remete ao Chefe de Estado mensagem na qual participa a promulgação do diploma e remete o respectivo autógrafo.”¹²

Não se deve confundir Decretos Legislativos com Decretos-Leis. Estes são oriundos do sistema constitucional de 1969, que autorizava o Chefe do Executivo a “legislar” sobre determinadas matérias, caso não houvesse aumento de despesas e existisse urgência ou interesse público que os ensejassem. Assemelham-se a atual medida provisória. Já aqueles, “são leis em sentido formal aprovadas pelo Congresso Nacional no exercício da competência exclusiva ditada pelo art. 49 da Constituição”¹³, dentre as quais se destaca a do inciso I, qual seja: dispor

¹⁰ GABSCH, Rodrigo D'Araujo. *Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o processo*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 100.

¹¹ GABSCH, Rodrigo D'Araujo. *Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o processo*. p. 105.

¹² GABSCH, Rodrigo D'Araujo. *Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o processo*. Brasília: FUNAG, 2010. p. 105.

¹³ NETO, Manoel Jorge Silva. *Curso de direito constitucional*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 406.

definitivamente sobre tratados/acordos internacionais.

Quanto ao assunto de uma maneira geral não há grandes controvérsias. Contudo, em se tratando de acordo/tratado sobre direitos humanos, a doutrina e a jurisprudência divergem desde a promulgação da Constituição de 1988.

Inicialmente, a matéria era regida pelo § 2º, do artigo 5º, da Constituição:

§ 2º - 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.¹⁴

A preocupação com direitos humanos em âmbito internacional surgiu após o contexto da segunda guerra mundial, em que se notou que alguns Estados não eram capazes de assegurar aos indivíduos a garantia fundamental aos direitos humanos. Portanto, como forma de amenizar esta realidade, surgiram os tratados sobre direitos humanos, tendo como precursora a Declaração Universal de Direitos Humanos.¹⁵

No período em que apenas o dispositivo em voga da Carta Magna (art. 5º, §2º) afetava a temática, os posicionamentos se divergiam quanto à natureza dos tratados/acordos sobre direitos humanos recepcionados pelo Brasil, uma vez que a Constituição não foi clara quanto à sua natureza Constitucional ou infraconstitucional.

Abordando inicialmente a vontade das leis (legislador), Francysco Pablo Feitosa Gonçalves e José Antônio Albuquerque Filho analisaram as discussões da constituinte originária e relembraram que o §2º do art. 5º surgiu por proposta do então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Dr. Antônio Augusto Cancado Trindade, cuja intenção era a de conferir status constitucional aos tratados/acordos sobre direitos humanos.¹⁶

Para os referidos autores o entendimento de que os tratados de direitos humanos tem caráter constitucional deveria ser incontrovertido, tendo em vista a “intenção do legislador”. Contudo, apontam que os posicionamentos se dividem em quatro correntes:

- a) a que entende pela supraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos, que teriam status superior à Constituição;

¹⁴ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

¹⁶ GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; FILHO, José Antônio Albuquerque. **Ainda o status dos tratados sobre direitos humanos no direito brasileiro**. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI 79. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. p. 41-45.

- b) a que entende que tais tratados tem hierarquia constitucional;
- c) a que entende que os tratados tem status supralegal, intermediário abaixo da Constituição e acima das demais leis;
- d) a que entende que os tratados estão no mesmo nível das leis federais.¹⁷

Essa discussão leva em consideração, também, a soberania estatal, pois, para aqueles que defendem que os tratados/acordos sobre direitos humanos não possuem força constitucional, argumentam que a soberania não permite tal situação.

Todavia, a partir da Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 30 de dezembro de 2004, o cenário passou a ficar menos controverso, uma vez que dita alteração constitucional implicou o acréscimo do § 3º ao art. 5º da Constituição, o qual dispõe da seguinte forma:

§ 3º 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.¹⁸

Preocupados em identificar a origem da redação, os referidos juristas constataram que o constituinte derivado se inspirou no ordenamento jurídico argentino ao propor a redação do dispositivo em voga¹⁹.

Aparentemente as discussões deveriam desaparecer, uma vez que a Constituição passou a conferir expressamente caráter constitucional aos tratados sobre direitos humanos.

Entretanto, o Brasil aderiu à maioria dos tratados sobre direitos humanos em momento anterior à EC nº 45, de 2004, o que levantou a controvérsia quanto o reconhecimento constitucional dos tratados anteriores à vigência do §3º do art. 5º.

Há quem defenda que os tratados anteriores possuem essa característica e há quem pense o contrário. Quanto aos posteriores não há controvérsia, todavia, apenas o tratado oriundo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, foi aderido pelo Brasil após a EC 45, de 2004.

Em que pese toda a discussão sobre a força constitucional, supraconstitucional, legal ou

¹⁷ GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; FILHO, José Antônio Albuquerque. **Ainda o status dos tratados sobre direitos humanos no direito brasileiro.** p. 46.

¹⁸ BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

¹⁹ GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; FILHO, José Antônio Albuquerque. **Ainda o status dos tratados sobre direitos humanos no direito brasileiro.** p. 48-52.

supralegal dos tratados e acordos sobre direitos humanos, em última análise (e como forma de pôr termo à discussão), havendo conflito aparente, deve prevalecer a norma mais favorável, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.²⁰

Dessa forma, se conclui que os tratados e acordos internacionais possuem natureza de Decreto Legislativo, com força de Lei Ordinária, salvo os que tratem sobre Direitos Humanos, que possuem força de Emenda Constitucional, todavia, em havendo dúvida quanto à natureza dos tratados sobre direitos humanos, prevalece a norma mais favorável.

2. DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ESTADOS EM MATÉRIA AMBIENTAL E POSSÍVEIS INCOMPATIBILIDADES DAS NORMAS ESTADUAIS RELATIVAS ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS FRENTE AOS ACORDOS INTERNACIONAIS INCORPORADOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu as competências legislativas de forma privativa e concorrente, atribuídas aos diferentes entes políticos que integram a Federação brasileira.

Assim, ocorrem competências legislativas privativas, repartidas, denominadas “horizontais,” entre a União (art. 22), os Estados (art. 25, § 1º, e § 3º) e os Municípios (art. 30, I), existindo possibilidade de delegação, no caso no caso de competência legislativa privativa da União, conforme (art. 22, parágrafo único).

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91361**. Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 9 fev.2015.

As competências legislativas concorrentes, denominadas verticais, (art. 24) são exercidas de forma conjunta, entre a União, Estados e Distrito Federal, limitando-se a competência da União a estabelecer normas gerais, (art. 24, § 1º), não excluindo a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, § 2º), bem como dos Municípios.

A propósito veja-se, o disposto no art. 24, VI e parágrafos, da CF/88:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

(...)

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.²¹

Da singela leitura do referido dispositivo constitucional, conclui-se, com absoluta facilidade que, se é atribuída à União competência para editar normas gerais sobre florestas, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, isto significa, de forma irrefutável, que aos Estados-membros restou atribuída, com exclusão da União, a competência para editar sobre estas mesmas matérias, as normas “não-gerais”.

Significa mais, que não quis o constituinte originário atribuir à União competência privativa e ampla para dispor legislativamente sobre as referidas matérias.

De outro vértice, a Constituição Federal estabeleceu limitação material à competência legislativa da União, que a impede de legislar sobre os temas destacados, no que eles contêm de específico. Se tal limitação é absoluta para a União, vale lembrar que não o é para os Estados-membros, aos quais a mesma Constituição autorizou legislar sobre as referidas matérias em

²¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

caráter geral, na hipótese de não ter a União legislado ou para suplementar o que legislado no plano federal (§§2º e 3º do art. 24).

Ora, se a possibilidade legislativa da União restringe-se exclusivamente às “normas gerais”, sendo-lhe vedado adentrar no sítio das normas específicas, impõe-se o exame do conteúdo desta expressão, o que aliás, já foi efetivado por inúmeros autores, dos quais se destacam, dentre outros:

Os §§ 1º a 4º trazem a disciplina normativa de correlação entre normas gerais e suplementares, pelos quais se vê que a União produz normas gerais sobre a matéria arrolada no art. 24, enquanto aos Estados e Distrito Federal compete suplementar, no âmbito do interesse estadual, aquelas normas. Tem sido uma questão tormentosa definir o que são “normas gerais”, para circunscrever devidamente o campo de atuação da União. Diremos que “normas gerais”, são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas da Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por regra, elas não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros, à atuação legislativa daquelas unidades da Federação. “Suplementares” são as normas estaduais ou do Distrito Federal que, no âmbito de suas respectivas competências, suplementam com pormenores concretos as normas gerais (§§ 1º e 2º).²²

Também, no sentido de que no âmbito da competência legislativa concorrente, na divisão de tarefas, cabe à União editar normas gerais, ou seja, não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem pormenores, comentam: Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

O art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente..A divisão de tarefas esta contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extraí que cabe a União editar normas gerais – i.e., normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores...”²³

Se, por um lado, a questão de que em se tratando de competência legislativa concorrente, compete a União editar normas gerais está bem clara no próprio texto do art. 24, menos clara é a definição do que significado de “normas gerais”, qual sua abrangência, seu alcance. Em estudo a partir de diversos autores, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sintetiza que normas gerais são declarações principiológicas, diretrizes nacionais:

²² SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 280.

²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 820.

A tabulação das diversas colocações doutrinárias, trazidas a este trabalho, resultantes da elaboração de diversos autores, permite a identificação de certas características mais comuns e freqüentemente indicadas.

Sintetizando-as, a partir dessas características, as normas gerais seriam institutos que:

- a. estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestras e regras jurídicas gerais (Bülher, Maunz, Bordeau, Pontes, Pinto Falcão, Cláudio Pacheco, Shaid Maluf, José Afonso da Silva, Paulo de Barros Carvalho, Marco Aurélio Grecco);
- b. não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado (Matz, Bülher, Maunz, Pontes, Manoel Gonçalvez Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho, Marco Aurélio Grecco);
- c. devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos (Pinto Falcão, Souto Maior Borges, Paulo de Barros Carvalho, Carvalho Pinto e Adilson Abreu Dallari);
- d. devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas (Pinto Falcão, Carvalho Pinto e Adilson Abreu Dallari);
- e. só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito (Paulo Barros de Carvalho e Geraldo Ataliba);
- f. devem referir-se a questões fundamentais (Pontes e Adilson Dallari);
- g. são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados (Pontes, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Paulo de Barros Carvalho e Adilson Abreu Dallari);
- h. não são normas de aplicação direta (Burdeau e Cláudio Pacheco).

(...)

Chegamos, assim, em síntese, a que normas gerais são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, RESTRITA ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitados pelos Estados-membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes, que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.²⁴

Parece claro que em relação às matérias elencadas nos incisos do art. 24, da Constituição Federal, a União está limitada a edição de normas gerais, sendo competência dos Estados e do Distrito Federal, editar normas específicas e particularizantes, sob pena de se violar a federação, a autonomia dos entes federados, assegurada pelo art. 18.

Destarte, os acordos e tratados internacionais apenas prevalecem sobre a legislação dos Estados e do Distrito Federal, quando versarem sobre normas gerais, sob pena de afrontar o pacto federativo estabelecido pela Lei Fundamental, que é cláusula pétreia do nosso ordenamento,

²⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Revista de Informação Legislativa*. n 100. Senado Federal, outubro/dezembro de 1988, p. 149-150; 159.

consoante o art. 60, § 4º, I.

3. DA PREVALÊNCIA DOS ACORDOS INTERNACIONAIS FRENTE À NORMA ESTADUAL NA FORMULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELOS ESTADOS

Conforme visualizado anteriormente, os tratados e acordos internacionais podem possuir duas roupagens: 1) Lei formal Ordinária (Decreto Legislativo); 2) Emenda Constitucional no caso de ser sobre direitos humanos. Além disso, verificou-se que os Estados da Federação brasileira possuem competência para legislar sobre matéria ambiental, nos termos do art. 24, VI, da Constituição Federal.

Resta constatar, portanto, se em hipótese de antinomia entre um tratado internacional sobre meio ambiente e a legislação de um Estado da Federação sobre o mesmo assunto, qual norma prevalecerá.

Sabe-se que “o conflito entre as normas internacionais e a ordem interna tem sido debatido desde a celebração dos primeiros tratados internacionais. O tema abordado em duas correntes doutrinárias: o dualismo e o monismo.”²⁵

Para a teoria do monismo, existe apenas um ordenamento jurídico, que se compõe de normas de direito interno e internacional. Nessa visão, as normas podem gerar antinomias. Em escorço, tal teoria é dividida por duas correntes: aquela que entende que a norma interna prevalece; e, a que entende pela prevalência da norma internacional.

Enquanto para a teoria do dualismo existem dois ordenamentos, um deles composto pelas normas internas e o outro pelas internacionais, que não se conflitam, pelo fato de ocuparem esferas distintas.

Em primeiro lugar, faz-se mister verificar qual seria a natureza de um acordo internacional de Direito Ambiental. Conforme dito alhures, dependendo da temática da norma internacional ela terá uma recepção diversa pelo Estado brasileiro.

Assim, deve-se responder a seguinte indagação: os acordos internacionais sobre o meio ambiente fazem parte dos direitos humanos?

²⁵ BRAGA, Alice Serpa. **Tratados internacionais de meio ambiente:** estatura no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Ciência Jurídica nº 161 – Ano XXV Set./Out. 2011. Belo Horizonte: IterJuris Publicações, 2011. p. 460

Sabe-se que conferir a determinado direito o status de direito humano importa em lhe conceder todas as garantias institucionais próprias dos direitos humanos. Com a ascensão da questão ambiental no mundo jurídico, o direito ao meio ambiente não escapou da polêmica sobre sua inclusão ou não como direito humano.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado guarda estreita relação com a saúde, o bem-estar da população, o oferecimento de recursos para o incremento tecnológico, o desenvolvimento socioeconômico, com a garantia a moradia em locais adequados. Em outras palavras: garantir o meio ambiente significa garantir vida digna.

Nessa linha, segundo José Afonso da Silva, é inegável que o direito ao meio ambiente reveste-se da estatura de direito humano e serve a assegurar o direito fundamental à vida.²⁶

Corroborando, Cançado Trindade ressalta que o direito ao meio ambiente equilibrado exsurge, no âmbito dos direitos humanos, como um direito novo, de terceira geração, vinculado ao princípio da fraternidade e destinado ao gênero humano como um todo.²⁷

Partindo da premissa de que toda a proteção conferida pelo Estado ao meio ambiente é à natureza, por meio da legislação constitucional e infraconstitucional, tem como objetivo fim a preservação da vida (principalmente a humana)²⁸ e que o diploma mais relevante sobre direitos humanos (a Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU) dispõe que uma de suas finalidades é assegurar o direito à vida (art. 3º), conclui-se que os tratados sobre meio ambiente possuem caráter de direitos humanos.²⁹

O Supremo Tribunal Federal segue nesse mesmo sentido³⁰. Além dessa visão:

Corrobora, ainda, com o entendimento o fato de a Constituição Federal ter assegurado o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de forma inovadora no artigo 225. Não só ai se consagrou o direito ao meio ambiente, mas em outros dispositivos concernentes à ordem econômica, à política urbana, ao desenvolvimento agrário e ao direito de propriedade.

Desta feita, depreende-se que o direito ao meio ambiente equilibrado reveste-se da roupagem de direito humano, dado a relação que aquele representa para a garantia de uma vida digna.³¹

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

²⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2 ed. Brasília: UnB, 2000.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 772-774.

²⁹ OGGIANU, Serena. Gli Accordi in Materia Ambientale. In DELL'ANNO, Paolo; PICOZZA, Eugenio (coord.). **Trattato Di Diritto Dell'Ambiente**. v.2. CEDAM, 2012. p. 623-681.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540 MC**, Relator. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 9 fev.2015.

Convergindo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já se posicionou no sentido de que graves afrontas ao meio ambiente podem afetar o bem-estar de uma pessoa, ao analisar o caso “López Ostra contra Espanha”.³²

Destarte, por ser norma internacional de direitos humanos, os acordos de direito ambiental incorporam-se na ordem constitucional brasileira, conforme dispõe o art. 5º, §3º, da Constituição da República, o que, em princípio, por si só, já demonstra a prevalência da norma internacional.

Contudo, há quem defende que as normas internas devam prevalecer, uma vez que foram confeccionadas pela vontade do povo, através de seus representantes no Congresso Nacional ou nas Assembleias Legislativas. Corroborando no sentido diverso, o artigo 98 do Código Tributário Nacional dispõe que os tratados internacionais revogam ou modificam as normas tributárias internas (apesar de o citado artigo não tratar especificamente sobre o tema, pode ser utilizado por analogia).³³

Em que pese o exposto, o primeiro entendimento do Supremo Tribunal Federal caminhou em sentido diverso (RE nº 80.004), quando:

afastou a aplicação da Convenção de Genebra frente ao Decreto-lei nº 427/69, afirmado o preceito deste em contradição com aquela, do registro obrigatório da Nota Promissória em repartição fazendária.

O posicionamento confirmado em decisões posteriores, sob o fundamento de que se deve dar preferência à soberana vontade do povo, manifestada na aprovação, pelo Congresso Nacional, da legislação interna. Nesse sentido, consolidou-se a orientação moderada do monismo, no sentido de que o tratado internacional se incorpora com a mesma qualificação da norma infraconstitucional. No conflito entre eles, pois, devem-se aplicar as regras comuns de resolução [...].³⁴

Entretanto, vale salientar que o caso apreciado pela Suprema Corte ocorreu antes da vigência da Constituição de 1988. Após a promulgação do atual sistema constitucional a realidade passou a ser outra, principalmente depois da publicação da EC nº 44, de 2004. O Supremo moldou-se a nova ordem constitucional, conferindo aos tratados de direitos humanos uma roupagem supralegal:

³¹ BRAGA, Alice Serpa. **Tratados internacionais de meio ambiente**: estatura no ordenamento jurídico brasileiro. p. 457.

³² Corte EDH. **Caso López Ostra v. Espanha**. Application n. 16798/90. Sentença de 9 de dezembro de 1994.

³³ Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

³⁴ BRAGA, Alice Serpa. **Tratados internacionais de meio ambiente**: estatura no ordenamento jurídico brasileiro. p. 461.

Assim é que o julgamento do Recurso Extraordinário RE 466.343, revisitando a questão da prisão civil do depositário infiel, reacendeu a discussão acerca do status de incorporação dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica interna. Em 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento anterior e conferiu aos tratados de direitos humanos um regime jurídico diferenciado. A decisão da Corte, contudo, não foi unânime quanto à hierarquia do regime aplicável aos tratados de direitos humanos. A tese majoritária entendeu que estes revestem-se de status supralegal, que teria influência derogatória e inibitória com relação a outras normas do ordenamento jurídico interno. No entanto, restaram vencidos os Ministros Cesar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que votaram no sentido da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos.

A discussão enfrentada demonstra, portanto, que a Emenda Constitucional nº 44/2004 não suplantou os debates sobre a matéria e a existência de entendimentos controversos quanto à estrutura dos tratados de direitos humanos no ordenamento pátrio. Ao contrário, demonstrou que poderá subsistir a prevalência do status constitucional, o que importaria em reconhecer tratados de direitos humanos materialmente constitucionais e aqueles material e formalmente constitucionais. A vencer, no futuro, esta tese, a diferença entre referidas hierarquias refletirá tão-somente na denúncia dos tratados, possível no primeiro caso e inviável quando o tratado tenha sido aprovado nos termos do §3º do artigo 5º da Constituição, sob pena de afrontar cláusula pétreia.³⁵

Observa-se, portanto, que as grandes discussões versam em torno da antinomia entre os tratados de direitos humanos e a Constituição da República, uma vez que o entendimento do Excelso Pretório é resistente em reconhecer sua força constitucional.

No tocante as normas infraconstitucionais (em que estão inseridas as leis estaduais que formam as políticas públicas dos Estados em matéria ambiental), tendo em vista que o Supremo reconhece o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, não requer longas discussões.

Pelas regras gerais de direito, que pese, em princípio, não haver hierarquia entre as normas, sabe-se que Kelsen confeccionou uma pirâmide graduando a força das normas (da maior para a menor).

Nessa pirâmide aparece em primeiro lugar a Constituição (estando à cima dela apenas os princípios universais do chamado jusnaturalismo), que é seguida pelas leis, decretos, instruções normativas, etc.

Com fulcro nesta valoração das normas, criou-se a forma de resolução de antinomias segundo a qual a norma de hierarquia superior revoga a de hierarquia inferior.

É cediço que “os tratados internacionais ambientais visam a preservar o equilíbrio ambiental e a garantir a qualidade de vida, [por isso] podem ser revestidos da qualificação de

³⁵ BRAGA, Alice Serpa. **Tratados internacionais de meio ambiente: estatura no ordenamento jurídico brasileiro.** p. 466.

tratados de direitos humanos.”³⁶

Partindo dessas premissas, e considerando que o Supremo conferiu caráter supraregal aos tratados de direitos humanos (em que estão inseridos os de direito ambiental), conclui-se que ditas normas internacionais prevalecem sobre as leis editadas pelos Estados no tocante às políticas públicas ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção da sustentabilidade está intimamente ligada, em última análise, à proteção dos direitos humanos, na medida em que assegurar o direito à vida, não apenas no presente, mas também às futuras gerações, constitui um de seus objetivos primordiais.

Nessa ótica, acordos internacionais que objetivam proteger e estabelecer regras de tutela do meio ambiente, com viés sustentável, atingem o caráter de direitos humanos, fazendo jus ao tratamento constitucionalmente previsto a essa temática.

Assim, na incorporação ao ordenamento jurídico interno, gozam de regime jurídico privilegiado, com status supraregal, no mínimo.

Como se buscou evidenciar, não obstante haver dissonância a respeito do tema, os acordos internacionais, uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, prevalecem sobre as leis editadas pelos Estados no tocante às políticas públicas ambientais.

As normas editadas pelos Estados no exercício da competência concorrente estabelecida na Constituição em matéria ambiental devem não só guardar obediência aos preceitos gerais eventualmente previstos em leis federais, como também às disposições decorrentes de acordos internacionais porventura incorporados ao arcabouço normativo brasileiro.

Na seara de tutela do meio ambiente, a evolução sobre a hierarquia dos acordos internacionais, além de privilegiar a prevalência dos direitos humanos, busca dar maior efetividade ao preceito consagrado no art. 225 da Constituição Federal.

³⁶ BRAGA, Alice Serpa. **Tratados internacionais de meio ambiente: estatura no ordenamento jurídico brasileiro.** p. 467.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRAGA, Alice Serpa. **Tratados internacionais de meio ambiente**: estatura no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Ciência Jurídica nº 161 – Ano XXV Set./Out. 2011. Belo Horizonte: IterJuris Publicações, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 fev. 2015.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009. **Aprova o texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969, ressalvados os arts. 25 e 66.** Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-496-17-julho-2009-589661-publicacaooriginal-114586-pl.html>>. Acesso em 15 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540 MC**, Relator. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 9 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 91361**. Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 9 fev. 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. 2 ed. Brasília: UnB, 2000.

GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o processo**. Brasília: FUNAG, 2010.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; FILHO, José Antônio Albuquerque. **Ainda o status dos tratados sobre direitos humanos no direito brasileiro**. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI 79. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Revista de Informação Legislativa**. n 100. Senado Federal, outubro/dezembro de 1988.

OGGIANU, Serena. Gli Accordi in Materia Ambientale. In DELL'ANNO, Paolo; PICOZZA, Eugenio (coord.). **Trattato Di Diritto Dell'Ambiente**. v.2. CEDAM, 2012. p. 623-681.

RECCHIA, Donatella. Accesso alla giustizia in materia ambientale: progressi verso l'attuazione della Convenzione di Aarhus. In **Rivista Giuridica Dell'ambiente**. 05. Milano, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11ed. rev. at. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETO, Manoel Jorge Silva. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS DIANTE DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Tarcísio Germano de Lemos Filho¹

Salustino David dos Santos Andrade²

INTRODUÇÃO

As exigências de superação de desigualdades, afirmação de direitos fundamentais e a progressiva invocação de matérias não previstas nitidamente no ordenamento, podem propiciar o surgimento de uma geração de juízes que, a título de suprirem essa crescente demanda social de forma satisfatória, acabem por invadir esfera de competência alheia às suas atribuições constitucionais.

Firma-se, por outro lado, uma forte tendência, patrocinada pela própria magistratura brasileira, que busca estimular a solução de litígios fora da esfera jurisdicional, através de meios alternativos como a mediação, a conciliação e a arbitragem, retirando dos ombros do Judiciário a responsabilidade de se perpetuar como único canal disponível para a solução dos conflitos interindividuais³.

A proposta de minimização do papel jurisdicional na pacificação dos conflitos implicaria, à primeira vista, a existência de mecanismos ou instituições que se mostrassem confiáveis e

¹ Doutorando em Ciéncia 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: tarcisiof@germanodelemos.com.br.

² Doutorando em Ciéncia 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

³ José Renato Nalini magistrado que preside o Tribunal de Justiça de São Paulo, notoriamente a mais assoberbada Corte nacional, registra, quanto a essa problemática que “[...]dia chegará em que o sistema, hoje saturado, mergulhará num caos sem retorno. Assim como já está a acontecer com o trânsito, numa cultura do automóvel particular, em detrimento do transporte público, as soluções serão traumáticas. Quem pode já escapa à rede insustentável do Judiciário. Grandes capitais não podem se submeter ao tempo da Justiça convencional, a menos que pretendam instrumentalizá-la a seus interesses, quando o objetivo é procrastinar, indefinidamente, o momento de honrar as obrigações assumidas. NALINI, José Renato. Acesso à Justiça: balanços e perspectivas. **Revista de Direito**. Jundiaí: Unianchieta, 2011. Ano 11, Número 16. Edição Especial, p. 18. E-book. Disponível em: <<http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito/pdf/direito19.pdf>>. Acesso em 24 jan. 2015

acessíveis à uma parcela expressiva da população. A confiabilidade resultaria da constatação de que igualdade e legalidade não cederiam à mera pretensão de eficiência do serviço que a atividade estatal não logrou suprir, enquanto que a acessibilidade estaria garantida pela remoção de obstáculos culturais e econômicos ao exercício pleno da cidadania pelas vias alternativas disponibilizadas.

Sob uma segunda abordagem, tem-se que a postulação em favor dessa grande parcela da população, que não confia ou não tem acesso a outro meio de solução de conflitos que não seja o Judiciário, acaba gerando, no mais das vezes, decisões com forte matiz política e ingredientes paternalistas⁴, em que a igualdade aparece como direito fundamental a ser prestigiado.

Ambas as posições podem se mostrar vulneráveis, já que tendem, paradoxalmente, à concentração e à dispersão do poder, em prejuízo da própria estrutura e vocação pluralista do sistema, onde o direito de acesso ao Judiciário constitui direito fundamental, com a mesma importância que desfrutam a legalidade e a segurança jurídica.

Relevante, a respeito do tema, o fato do Código de Processo Civil já aprovado pelo Congresso e em vias de ser sancionado, dar ao juiz, em seu artigo 8º⁵, poderes para solucionar a lide mediante critérios principiológicos. Em vista disso, a preservação da igualdade, ao mesmo tempo em que deverá guiar-se pelos precedentes já firmados sobre a matéria em debate, não poderá abdicar de um sistema de controle que impeça a invasão e o enfraquecimento da competência legislativa e da segurança jurídica⁶.

O tema propõe-se, portanto, a uma análise abreviada dos limites em que a atuação jurisdicional, direcionada a critérios de justiça e efetivação de princípios constitucionais, enfrenta a igualdade em particular, dentro das atribuições funcionais que lhe são cometidas e as perspectivas que se apresentam diante da nova codificação processual, cujas propostas abrem espaço a decisões judiciais com maior conteúdo valorativo.

⁴ [...]“sobre a dor concreta, o prejuízo real, o interesse machucado de qualquer parte em juízo, incidirá a vontade da lei, de acordo com a orientação filosófica, ideológica ou mesmo idiossincrática do juiz”. NALINI, José Renato. Acesso à Justiça: balanços e perspectivas. **Revista de Direito**, p.18.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. BRASIL. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL Senado 166/2010. Texto aprovado no Senado em 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 24 jan.2015.

⁶ “[...] argumentar significa pressupor que a justiça da ordem está na delimitação da competência da autoridade como condição da autonomia dos sujeitos e de sua igualdade perante a lei, não importa, primariamente, quais sejam os seus conteúdos”. FERRAZ Jr., Térsio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 7ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 324

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo⁷, no tratamento dos dados foi o cartesiano⁸, e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, a base lógica é também, indutiva. As técnicas empregadas foram a do referente⁹, da categoria¹⁰, do conceito operacional¹¹ e da pesquisa bibliográfica¹² e documental, esta última, pelo fichamento e pela via eletrônica.

1. IGUALDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NA SUA APLICAÇÃO:

A limitação do poder é uma das características primordiais do chamado Estado Democrático de Direito, cujas bases se legitimam na representatividade outorgada pela soberania popular àqueles o exercem¹³.

Dentro de tais premissas, o texto constitucional traz os alicerces que irão nortear e delimitar a atuação estatal, traduzindo-se na positivação de valores que compreendem os chamados “direitos fundamentais do homem”, que espelham “as garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”¹⁴, surgindo a igualdade dentre os direitos individuais enunciados no artigo 5º do texto constitucional¹⁵.

⁷ O método indutivo consiste em “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...].” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

⁸ O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras “[...] 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 204. Categorias grifadas em maiúscula no original.

⁹ Denomina-se referente “[...] a 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 Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54. Negritos no original.

¹⁰ Entende-se por categoria a “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25. Negritos no original

¹¹ Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.

¹² Pesquisa bibliográfica é a “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.

¹³ [...]”a constituição assume-se e é reconhecida como “direito superior”, como “lei superior”, que vincula, em termos jurídicos e não apenas políticos, os titulares do poder. Através da subordinação ao direito dos titulares do poder, pretende-se realizar o fim permanente de qualquer lei fundamental- a limitação do poder.” CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito Constitucional e garantia da Constituição.** 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1440.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 3ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 56.

¹⁵ 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: BRASIL. **Constituição Federal.** 5 de outubro de 1988. Texto consolidado até a Emenda 84, de 3/12/ 2014. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/10/1988, P1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompile.htm. Acesso em 24 de janeiro de 2015.

Esses direitos são protegidos pela proibição imposta ao Estado de promover intervenções que os comprometam, como restam assegurados positivamente mediante a disponibilização de meios que permitam a sua restauração, caso venham a ser violados¹⁶.

Doutrinariamente, adotou-se a classificação dos direitos fundamentais em gerações, conforme a ordem histórica em que restaram constitucionalmente acolhidos. Assim, a liberdade estaria compreendida na primeira geração, abrangendo os direitos civis e políticos, enquanto que a segunda geração abarcaria os direitos econômicos, sociais e culturais, contexto em que a igualdade teria especial relevância¹⁷.

Por fim, além das duas precedentes, uma terceira geração é apontada por Alexandre de Moraes¹⁸, em que despontariam os direitos de solidariedade ou fraternidade, de natureza difusa, nos quais teriam assento, dentre outros, “o direito ao meio ambiente equilibrado e a uma saudável qualidade de vida”, denominados por Canotilho¹⁹ como “direito dos povos”.

À parte o interesse histórico e metodológico que a precedência cronológica de cada uma das categorias de direitos fundamentais possa despertar, fato é que interagem em um plano harmônico, “até porque os direitos individuais, consubstanciados no artigo 5º, estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato”²⁰.

Os princípios de primeira e segunda dimensão, portanto, dentro dessa perspectiva de interação e harmonização, apresentam-se como os pilares da soberania popular, na medida em que a garantem e ao mesmo tempo a instrumentalizam, “mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por

¹⁶ “Direitos à proteção e direitos de defesa foram contrapostos porque os primeiros são direitos a ações positivas, e os segundos, a ações negativas” [...]”O primeiro é um direito em face do Estado a que ele se abstinha de intervir, o segundo é um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham. A diferença entre o dever de se abster de intervir e o dever de cuidar que terceiros não intervenham é tão fundamental e repleta de consequências que, pelo menos do ponto de vista da dogmática, qualquer relativização nessa diferenciação é vedada” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 456

¹⁷ CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito Constitucional e garantia da Constituição**, p.386.

¹⁸ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 30ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 29

¹⁹ “Neste sentido se fala de *solidarity rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão “indimensionável” dos direitos econômicos, sociais e culturais. Precisamente por isso, preferem hoje os autores falar em *três dimensões de direitos do homem* (E.Riedel) e não de “três gerações”. CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito Constitucional e garantia da Constituição**, p. 387.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, p. 59.

meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade)”²¹.

Aponta-se, por outro lado, que a terceira dimensão, consubstanciada na fraternidade, seria o ponto de equilíbrio protetivo e restaurador dos dois primeiros:

A condição basilar que deve se estabelecer em qualquer Sociedade que se denomina fraterna é “levar a Liberdade e a Igualdade a conviverem” e a Fraternidade “se revela como condição e princípio regulador de ambas”. A ausência da Fraternidade no cenário político impede que a Liberdade e a Igualdade se manifestem ao mesmo tempo e essa é a dificuldade que precisa ser suprida²².

A igualdade, como um direito fundamental de segunda geração, insere-se, portanto, dentro de “um conjunto de padrões que não são regras”, mas que constituem “um padrão a ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou de equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade”²³.

A igualdade perante a lei se revela, em tal ênfase da dimensão dos direitos fundamentais, como um elemento de “justiça na distribuição de oportunidades e no desenvolvimento das possibilidades individuais e na participação do cidadão na política econômica e social do país”²⁴.

Ao mesmo tempo, a igualdade não implicará uma proposta de resultados iguais para todos, em termos de distribuição de riquezas ou de oportunidades. Em verdade, o conceito irá abranger as próprias desigualdades que a sociedade multifacetária contemporânea registra, o que implica o respeito às características específicas dos grupos minoritários que se acomodam dentro dela . Assim, como bem recorda Zanetti²⁵, “a moderna reflexão liberal sobre igualdade é, em suma, uma

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11^aed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.61.

²² BRANDÃO, Paulo de Tarso e SILVA, Ildeote Regina Vale da. Fraternidade como categoria política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 3 fev.2015.

²³ DWORAKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

²⁴ “Il “principio di differenza” di Rawls esprime in forma filosoficamente sofisticata un’esigenza di giustizia; diseguaglianze ingiuste a livello socio-economico, interferendo con l’eguaglianza delle opportunità, non fanno emergere i talenti, in altre parole ostacolano il libero sviluppo della personalità di ciascuno. In particolare, possono interferire con quel principio cardine del nostro sistema politico, che è il principio della partecipazione democratica. Questi sono esattamente i concetti che si leggono nel secondo comma dell’art. 3 della Costituzione; le diseguaglianze “impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoranti all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”. ZANETTI, Gianfrancesco. EGUAGLIANZA. Eguaglianza. In: BARBERA, Augusto (Org.). **Le basi filosofiche del costituzionalismo.** 12^aed. Roma-Bari: Laterza Editori, 2012, p. 64.

²⁵ “Trattare le persone come eguali significa far sì che a ognuno sia permesso di usare, per i suoi progetti di vita, non più di una quota eguale delle risorse accessibili a tutti; non significa una egualdade “di risultato”, cioè eguale ricchezza- o eguale povertà - per ognuno. Eguaglianza tra i cittadini-individui significa inoltre, nel pluralismo etico delle moderne società multiculturali, riconoscimento e tutela dei gruppi minoritari del quali va rispettata la specifica “differenza”. L’odierna riflessione liberale

reflexão sobre os limites da igualdade”.

Esse confronto entre igualdade e desigualdade é que permite, dentro da estrutura democrática constitucional, instituir mecanismos de controle que impeçam que a lei trate de forma diferente os iguais, mas que também, na mesma proporção, “trate igualmente aqueles que objetivamente têm diferentes posições sociais, econômicas e culturais”²⁶.

Pretende-se, em tais parâmetros, que na elaboração da lei o legislador somente introduza desigualdades que se baseiem em uma causa concreta e que não sejam resultantes de sua vontade arbitrária. De outra banda, há que se considerar que, se a abstração e generalidade da lei evitam a concessão de privilégios concretos, “ somente a aplicação da própria lei mediante critérios equitativos é que se impedirá injustiça substancial”²⁷.

A utilização desses critérios implicará, inevitavelmente, o resguardo de outros princípios constitucionais de igual relevo e que não podem restar deslocados dentro do sistema, o que demanda segurança e sintonia com a ordem jurídica e com interpretação adequada à função social da lei, porque essa é uma exigência da própria²⁸.

De qualquer modo, as constituições democráticas contemporâneas necessitam da igualdade como componente indispensável à sua própria existência, ao passo que a igualdade somente se corporifica e se efetiva dentro da estruturação do Estado Democrático de Direito, irradiando-se na aplicação da norma jurídica em qualquer circunstância²⁹.

sull'eguaglianza è, insomma, sempre anche una riflessione sui "limiti dell'eguaglianza". ZANETTI, Gianfrancesco. **Eguaglianza**. In: BARBERA, Augusto (Org.). Le basi filosofiche del costituzionalismo. p. 65.

²⁶“In questo nuovo quadro, sconosciuto allo Stato liberale di Diritto del Diciannovesimo secolo, si lede il principio di uguaglianza non solo trattando diversamente gli uguali, ma anche trattando in modo uguale coloro che oggettivamente hanno diverse posizioni sociali, economiche, culturale. La legislazione dello Stato democratico e sociale dal Novecento non può dunque essere tutta riconducibile al modello rivoluzionario della legge generale e astratta”. FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali**. 1ºed. Roma-Bari:Laterza Editori, 2009, p. 131.

²⁷Non per caso, è questo, del sindacato sulla legge arbitraria, uno dei principali filoni dell'odierno controllo di costituzionalità, che come tale opera perciò su un duplice versante: quello che mediante la generalità e l'astrattezza della legge evita il costituirsi di concreti privilegi, ma anche quello que mediante un'applicazione in senso equitativo della stessa legge evita ingiustizie sostanziali, uniformità inconsapevoli delle differenze”. FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali**, p131.

²⁸[...] pelo fato de as normas constitucionais não deverem ser aplicadas mediante a simples exaltação dos valores aos quais se acham referidas, como se tais valores fossem por si só evidentes no que diz com seu conteúdo e alcance (basta ver, em caráter ilustrativo, o que ocorre no que diz com o uso retórico e mesmo panfletário da dignidade da pessoa humana e da própria proporcionalidade), sendo sempre necessária uma fundamentação intersubjetivamente controlável, não basta somente identificar os valores em jogo, mas construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente”. SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais. **Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, pp. 402:403.

²⁹La Costituzione ha bisogno dell'uguaglianza per esistere como Costituzione democratica, e reciprocamente la uguaglianza ha bisogno della Costituzione per realizzarsi. Senza principio di uguaglianza non c'è Costituzione e viceversa. Il nesso è per noi così autoevidente, così forte e stringente, da sembrare quasi naturale e necessario. FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali**, p.105.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:

O enfoque das decisões judiciais com forte componente constitucional deve compreender, em primeiro lugar, os fundamentos em que se firma o processo, enquanto atividade estatal exercida com a colaboração e no interesse das partes.

Ao traçar a tutela constitucional do processo, registra Dinamarco³⁰ que “a Constituição dita regras fundamentais e princípios a serem observados na construção e no seu desenvolvimento empírico”. Ao lado disso, “é miniatura do Estado democrático de Direito, por ser construído em clima de *liberdade* e *igualdade dos litigantes*, os quais são tratados segundo as regras da isonomia”³¹.

Não há que se confundir, em tais circunstâncias, a tutela constitucional do processo com a constitucionalização das decisões, pois a primeira envolve o “conjunto de normas constitucionais processualmente relevantes para o julgamento das chamadas causas cíveis ou civis”(direito constitucional processual civil), tendo como objeto de estudo os “princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição(direito constitucional processual)”³².

Já a constitucionalização das decisões decorre das transformações que sofreu a atividade jurisdicional, por conta justamente da relevância política que a ela passou a ser emprestada e a necessidade consequente de se dar vazão a demandas que exigem atividade valorativa do juiz, em padrões que abrangem conceitos não apenas jurídicos, mas também sociais e econômicos.

A partir do esgotamento do Direito Natural, em um contexto histórico que predominou com vigor até o século XVIII e que defendia a tese da existência de uma ordem de valores conhecíveis através da razão e que, portanto, “lex injusta non est lex”, surge o positivismo, concebendo o Estado como resultado da vontade dos homens (Rousseau; Locke), estando o poder vinculado à norma que o outorgou.

Aperfeiçoado pelas contribuições de Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito³³ e por Hart, o

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. Pp. 438:452.

³¹ A despeito de entender que a decisão judicial seja um momento valorativo, frisa o professor paulista que tem o juiz seu limite na lei, “não competindo ao Poder Judiciário impor os seus próprios critérios de justiça ou de equidade”. Mas se o texto tem mais de uma interpretação razoável, “é dever do juiz optar pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual ele é o portador”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 452.

³² CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito Constitucional e garantia da Constituição**, p. 966.

³³ José Rodrigues de Oliveira Neto aponta, de modo bastante objetivo, que Kelsen sustentou que a validade de uma norma “não decorre simplesmente do fato de ter emanado de um agente, mas de um agente que tenha competência conferida por uma norma a qual vincula o agente e o indivíduo que está obrigado a cumpri-la”. OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A

positivismo tem como principal proposta o de apartar a moral do direito e de identificar um poder soberano com capacidade de exercer a coação vinculada à norma, sob o ponto de vista de sua validade³⁴.

Desenha-se, entretanto, a partir da segunda metade do século XX, o que se identificou como sendo resultado da inclusão aos textos constitucionais de valores morais, dando margem a uma *constitucionalização do direito*, não mais no sentido de se dar *forma* ao Estado, mas de propiciar *conteúdo programático* às suas ações³⁵.

Vem então o *pós-positivismo* ou *constitucionalismo*, que passa a entender que o direito não pode se resumir a uma realidade já final, enquanto simplesmente produto de uma autoridade regularmente investida, mas também como uma prática social que incorpora uma pretensão de correção e justificação, em que elementos valorativos se sobrepõem ao autoritarismo, com base em princípios constitucionais³⁶.

Essa *pretensão de correção e justificação* parte do pressuposto de que a inclusão de argumentos morais no direito e, portanto, valorativos, é uma prática necessária e não meramente contingencial, nos casos que exigem decisão com base na estrutura aberta do direito positivo.

Assim, conjugam-se elementos que abrangem conveniência, costume e moral, onde prepondera a busca da correta distribuição e compensação, no sentido de dar a cada um o que é seu, distribuindo bens e estabelecendo relações entre objetos ou coisas (pena e culpa, dano e

estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar.** Fortaleza, Universidade de Fortaleza – Unifor, v. 16, n. 2, jul. /dez. 2011. p. 533-534,

³⁴ BOBBIO propôs três critérios de valoração da norma: a) sob o ponto de vista da sua justiça; b) do ponto de vista de sua validade; c) do ponto de vista da sua eficácia.

Sob o primeiro aspecto, observa que deverá ser levada em consideração a sua correspondência com valores ideais que inspiram um ordenamento jurídico, sublinhando que se trata de um problema deontológico do direito. No que pertine à sua validade, a questão não será saber se é justa, mas se emanada de autoridade a tanto intitulada para produzi-la, se não foi abrogada por outra norma ou se é compatível com outras normas do sistema. Já quanto à sua eficácia é o problema é de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida, cuidando-se de problema comportamental, sendo um problema fenomenológico do direito. BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** 5^a.ed.revista.Tradução: Ariane Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: Edipro, 2014, pp; 47-50.

³⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA reconhece que, na concepção de Kelsen, a Constituição seria apenas norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica Aduz, entretanto, que "A Constituição é algo que tem, com forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.), como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo". SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 1999, p. 41.

³⁶"El Derecho no puede verse exclusivamente como una realidad ya dada, como producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal y crítica, racionalmente fundamentada). ATIENZA, Manuel Rodrigues. **Curso de argumentación jurídica.** 1^a edição. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2013, p. 29.

restituição, prestação e contraprestação).

Nessa linha, a pretensão de correção, ao propor distribuição e compensação alinhadas, abarca conceitos de *justiça*, o que demanda uma “conexão metodológica ou teórico-argumentativa necessária entre direito e moral”, a ser extraída das propostas constitucionais³⁷.

Fala-se, por outro lado, em um “constitucionalismo global”, na medida em que determinados valores são universais, como generalizado é o conceito de justiça, de sorte que os princípios que agregam garantias e direitos individuais ultrapassam os próprios conceitos de soberania e de território, aos quais se atrela o Estado juridicamente organizado.

Em tal plano de ideias, a proteção que se empresta a esses valores e o grau de assimilação que a cultura contemporânea deles se reveste, acabam ultrapassando as fronteiras territoriais e se convertem em postulados universais no campo jurisprudencial.

Tal fenômeno propiciaria o aparecimento, ainda que embrionário, de uma “jurisdição supra estatal”, baseada em uma orientação global única, quando necessária a resposta a demandas que envolvam a incidência dos “metaprincípios” da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da lei³⁸.

A propósito, a busca da igualdade, por sua própria essência, mostra-se como o caminho mais adequado ao rompimento de limites territoriais, pois traz consigo “à superação de barreiras que levam ao confinamento do indivíduo ao “status” natural de língua, religião, etnia, conforme padrões de tempo e lugar”³⁹.

O fato é, entretanto, que ao tratar de temas que envolvem princípios constitucionais, o

³⁷ “. Las cuestiones de correcta distribución y correcta compensación son cuestiones de justicia. Y las cuestiones de justicia son cuestiones morales. Con ello, la pretensión de corrección establece una conexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral. La pretensión de corrección jurídica no es en modo alguno idéntica a la pretensión de corrección moral, pero incluye una pretensión de corrección moral”. ALEXY. Robert. *La institucionalización de la justicia*. 2ª ed, ampliada. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Sodero e Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2010, pp. 40-41

³⁸ Esiste ormai un patrimonio di contenuti fondamentali che si riscontrano con notevole ricorrenza nelle costituzioni statali oggi vigenti: per esempio, l’uguaglianza e la non discriminazione degli essere umani, la loro dignità e il divieto di trattamenti degradanti, la protezione delle minoranze, i diritti di libertà classici i diritti sociali [...] principi che operano nel quadro dei metaprincipi della ragionevolezza e della proporzionalità della legge. Dall’interpretazione di questi principi, quando la giurisprudenza si ispiri a comuni orientamenti, può progressivamente andare formandosi un minimo comune denominatore costituzionale ultrastatale, “amministrato” da giurisdizioni costituzionali locali, dove si possano trovare risposte comuni a questioni aventi ripercussioni generali. ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna, Il Mulino, 2008, p.397.

³⁹ Lo stesso cammino dell’uguaglianza è, nella sostanza, un infinito abbattimento di frontiere, di superamento di confini che chiudevano (e troppe volte ancora chiudono) la persona negli status personali, nell’etnia, nella lingua, nella religione, e via elencando secondo i tempi e luoghi [...] A questa diversa dimensione dei diritti, a questo nuovo spazi e “territori”, non si addicono operazioni di restaurazione o la utopie regressive nelle quali si manifesta una imbarazzante incapacità di “mettere a fuoco” il mondo. RODOTÁ, Stefano. *Il diritto di avere diritto*. 1º ed. Roma-Bari: Laterza Editori, 2012, pp.20 e 27.

intérprete irá avançar sobre opções que transcendem o que se posta como meramente jurídico e que terão forte componente ético-valorativo. A questão que surge, pois, implica a constatação de que “juízes não são eleitos para tomar decisões e escolher valores que vinculem a conduta dos cidadãos, senão para aplicar decisões previamente estabelecidas pelo sistema democrático”⁴⁰.

Interpretar valores é uma forma de visualizar o mundo sob a ótica subjetiva e empírica, dando aparentemente aos juízes a responsabilidade de imprimir ao sistema normativo uma seriedade não visualizada pelo legislador, na medida em que desprezarem sistematicamente a regulamentação infraconstitucional, pautando suas decisões por critérios meramente valorativos⁴¹.

A consolidação de um sistema assim estruturado implicaria, em primeiro lugar, fortalecer um segmento do poder estatal em detrimento dos demais, já que o processo legislativo e as políticas públicas estariam sempre sujeitas à ratificação jurisdicional, abalando a regra das competências e do equilíbrio entre elas.

Por outro lado, a segurança jurídica⁴² daí esperada segue diretamente atrelada à bagagem cultural e empírica dos magistrados, cuja formação e recrutamento ocorrem em condições de notória competitividade, sem espaço para valores imediatos envolvendo igualdade e solidariedade, ainda mais em um mundo globalizado, onde há que se compreender direitos aos quais muitas vezes não nos vinculamos cultural, social e politicamente⁴³.

Tal diagnóstico provoca o debate sobre os meios delimitativos da atividade jurisdicional, o que é matéria em pauta não só no Brasil, como na Itália⁴⁴ e demais sistemas não integrantes da

⁴⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais.** Disponível em : http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionalidade.html. Acesso em 10 fev. 2015.

⁴¹ “A ênfase no controle da constitucionalidade das leis, por exemplo, enfraquece os elementos da positividade e da orientação ao bem comum ao desconfiar da política ordinária como instrumento apropriado para o estabelecimento dos compromissos em nome da sociedade. O Neoconstitucionalismo parece partir da ideia de que os parlamentares agem imbuídos apenas de interesses privados e que há uma moralidade externa à política que pode ser consultada pelos juízes”. GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito.** 1ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 271.

⁴² Para Canotilho, a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade, pois as decisões dos poderes públicos, “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. No que diz respeito à previsibilidade, escreve que “[...] exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos” CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 264

⁴³ “Oggi, la tutela costituzionale pretende di accentuare la comprensione delle diversità dei soggetti. Oltre al tradizionale conflitto tra i diritti dei cittadini si affaccia una nuova disparità: quella caratterizzata dal riconoscimento degli “diritti degli altri”, di chi non appartiene alla nostra tradizione cultural, política e sociale”. AZZARITI, Gaetano. **Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?** 1º.ed.Roma-Bari:Editori Laterza, 2013,p.84.

⁴⁴ “Nel dibattito italiano, infatti, si è riscoperta una antitesi profonda tra il politico e la legge, tra la democrazia e il giudizio, e le fonti stesse della loro legittimazione. Se la democrazia è il voto popolare come che sia espresso, il governo della legge da parte di una

common law, para que se reconheça nele um modelo de “poder negativo, cuja legitimação reside no maior caráter cognitivo possível”, o que exige “uma responsabilidade ainda mais consciente da cultura jurídica na elaboração de uma correspondente epistemologia do juízo”⁴⁵.

Sob esse prisma é que se fará a análise abreviada de exemplos esparsos do princípio da igualdade no campo jurisprudencial, em caráter objetivo e sem a filtragem que um posicionamento ideológico poderia propiciar, procurando-se entrever em que medida a segurança jurídica restaria observada em cada caso.

3. A IGUALDADE VISTA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Falar da igualdade como princípio enfrentado pela jurisprudência brasileira significa registrar, como premissa ao tema, que o acesso à ordem jurídica é um pressuposto de igualdade.

Ao estabelecer o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal⁴⁶, dentre os direitos fundamentais, que “a lei não poderá excluir de apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, há que se considerar que desse princípio emana o direito a uma prestação negativa, no sentido de que ao Estado compete proteger o indivíduo de qualquer obstáculo legislativo ao acesso jurisdicional.

Isso não exclui, entretanto, também o direito a uma ação positiva, de modo sejam assegurados meios que propiciem a efetiva prestação jurisdicional a todos quanto dela necessitem⁴⁷.

A propósito, Canotilho⁴⁸ registra que a abertura constitucional da via judiciária “visa

*magistratura indipendente diventa una tirannide. D'altra parte se la legge ha un senso, l'appropriazione di essa da parte del vincitore del momento, e il suo uso interessato, non può che apparire come un scandalo". MONATERI, Pier Giuseppe. *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*. 1ºed. Torino: Bollati Boringhieri Editori, p. 135.*

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.p.237/238.

⁴⁶ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em 24 jan. 2015.

⁴⁷ “O pleno acesso à Justiça requer o redimensionamento das atribuições estatais, das formas tradicionais de representação jurídica e dos instrumentos asseguratórios. De fato, com a planificação social, embora desejável, ainda parece um sonho distante, faz-se indispensável a assistência judiciária gratuita para garantir aos hipossuficientes pleno acesso à Justiça. Por outro lado, com o desenvolvimento de metas de direitos interindividuais, que se estendem a toda a coletividade, foi preciso conceber novas formas de representação jurídica e ações coletivas tendentes a viabilizá-los”. PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 254.

⁴⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, p.277

garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares” e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos “segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado”. Considera, igualmente, a relevância do reforço que lhe empresta o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexequibilidade ou eficácia por falta de meios judiciais.

No plano das decisões, o direito à igualdade de acesso exige leitura compatível com a igualdade assegurada na sua aplicação como direito fundamental dentro do processo cognitivo jurisdicional, respeitados os limites do que se afirma juridicamente possível e impedindo-se que o apego principiológico elimine a normatividade infraconstitucional e autorize a invasão de esferas de competência.

Questão relevante, portanto, à guisa de preservação do direito de igualdade, está no fato da possibilidade jurídica ser irrestrita porque irrestrito o direito de acesso ao Judiciário, ou se a aplicação do princípio seria obtida por elementos balizadores da atividade jurisdicional e que lhe serviriam de delimitação.

A decisão judicial, portanto, somente atenderia a tais pressupostos se integrada pela vinculação ao ordenamento jurídico, mesmo que passível de mais de uma interpretação, e às limitações impostas à sua condição de atividade estatal. Além disso, a sua produção deveria vir legitimada, como já apontado, por critérios de participação efetiva das partes, em grau de igualdade.

Dentro da fórmula constitucionalista que se propõe a preencher os espaços vazios do direito positivo, as *possibilidades jurídicas* são concebidas a partir da proposta de se distinguir princípios de regras e de se encontrar uma forma de convivência entre elas, dentro do campo normativo⁴⁹.

Jurista inserido em uma realidade social e jurídica adstrita ao sistema da *common-law*⁵⁰,

⁴⁹ Para Alexy, “o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau- Toda norma é ou uma regra ou um princípio. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, pp. 90-91.

⁵⁰ “O common law, também denominado “case law”, é um corpo de princípios, precedentes e regras, que busca sustentação não em regras fixas, mas em princípios voltados para a justiça, a razão e o bom senso, determinados pelas necessidades da comunidade

Dworkin concebeu o direito como algo em constante recriação (*working in progress*), como método determinante da interpretação jurídica e o propósito da moralidade política que deve orientar essa atividade.

A sua proposta de *integridade*, em que o conteúdo do direito depende de interpretações cada vez mais refinadas de uma mesma prática jurídica, em coerência com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos, busca evitar a discricionariedade judicial do que denominou de “resposta certa” (*one right answer*)⁵¹.

Assim, “conferindo legalidade a uma disposição legal e permitindo o acesso ao direito, a coerência é a chave para a “resposta certa”, funcionando como um argumento a favor da plausibilidade de certas soluções interpretativas. Para que uma resposta seja a correta, deve ser determinada de maneira inequívoca pela coerência que a irá ligar ao sistema legal: uma decisão judicial será válida se se integrar na coerência da prática judicial considerada como um todo”⁵².

Nada obstante as contribuições de Dworkin advenham de um sistema sem correspondência no sistema brasileiro, são apontadas como inspiradoras da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, no recurso extraordinário 597.285⁵³, que julgou constitucional o sistema de cotas no acesso ao ensino, com base em seus argumentos sobre o caso *Sweatt*, em que a Universidade do Texas negava a admissão de alunos negros, sob o argumento de que o seu regimento só previa o ingresso de alunos brancos.

e pelas transformações sociais, partindo-se do pressuposto de que tais princípios devem ser suscetíveis de adaptação às novas condições, interesses, relações e usos impostos requeridos pelo progresso da sociedade” TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 200

⁵¹ “Para Dworkin (2000, p. 237), a decisão de *casos difíceis* é mais ou menos como “esse estranho exercício literário” (do caso literário em cadeia, ou a *chain novel*). Tal similitude é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *common law*, em que nenhuma lei ocupa uma posição central na questão jurídica e a argumentação jurídica gira em torno de quais regras ou princípios estariam “subjacentes” às decisões tomadas no passado, por outros juízes, sobre casos semelhantes” OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de . Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p.91-118, jan./jun. 2009.

⁵² “A *chain novel* concebida por Dworkin ‘só alcançaria funcionamento pleno nos casos da *common law* (o que comprometeria de alguma maneira a sua validade como teoria geral), pois para a interpretação do *statute law*, continua a considerar o elemento grammatical como o limite da interpretação, o que não é nenhuma novidade”. Diante disso, conclui que Dworkin iniciou esse empreendimento porque pretendia combater a carga de discricionariedade (alegadamente) contida no modelo tradicional. “E, em vez de combater a arbitrariedade da decisão judicial, introduzida pela discricionariedade conferida ao juiz, vai fazer depender grande parte da prática judicial ao bom senso e arbítrio do juiz, continuando a existir a arbitrariedade sob o nome de *integridade*”. RODRIGUES, Sandra Marinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 157.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.285. Plenário, 09.05.2012. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ Nr. 53 do dia 18/03/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=597285&classe=RE>>. Acesso em 11 fev.2915.

Outra via às possibilidades jurídicas desenvolvidas por Dworkin e Alexy surge das análises feitas por Ferrajoli⁵⁴ em relação a essa polarização entre princípios e regras, uma vez que entende incertas e heterogêneas tanto a noção de *princípio* quanto o significado e consistência conceitual da própria distinção, até porque sugere que as características da indeterminação, da generalidade e até mesmo da ponderabilidade “às vezes se apresentam nas regras em algumas ocasiões ainda mais do que nos princípios”.

Tece, a partir daí, a sua crítica ao que chama de “excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação”, que afirma “tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo como no nível constitucional”⁵⁵.

Para o jurista italiano, o caminho estaria na adoção da Constituição como paradigma, subordinando os juízes e o legislador aos princípios nela inseridos. Assim, afastando-se as lacunas e os consequentes espaços para a discricionariedade, técnicas normativas e garantias constitucionais limitariam o arbítrio e impediriam que os juízes criassem direito⁵⁶.

Ao discorrer sobre a igualdade, Ferrajoli defende que a sua aplicação efetiva impõe a “avaliação do caso concreto e a valoração de suas circunstâncias em face desse princípio é que irá permitir a motivação adequada da decisão a ser tomada”⁵⁷.

Nessa linha é que o Supremo Tribunal Federal solucionou questão proposta no recurso extraordinário n. 658.312/SC⁵⁸, interposto por rede de supermercados do Estado de Santa

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**, pp.34:36.

⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**, p.62

⁵⁶ Ferrajoli guia-se, como proposta, pela necessidade de ser elaborada uma teoria da argumentação, em que o raciocínio jurídico teria capacidade suficiente para reduzir o arbítrio e reforçar a racionalidade das decisões. As possibilidades jurídicas no âmbito argumentativo, portanto, seriam aferidas a partir da margem de discricionariedade ou de arbitrio de que se serviria o juiz no instante em que decide preenchendo lacunas ou interagindo com os princípios e as regras, independentemente de qualquer uma das linhas teóricas por aqui resumidamente enfrentadas. A partir dessa discricionariedade, a possibilidade jurídica do pedido enfrentaria limitações em maior ou menor grau.

⁵⁷ Contro l'idea corrente che l'equità si opponga a la legalità come una sorta di suo "corretivo", ho infatti caratterizzato l'equità semplicemente come le comprensione e la valutazione delle circondanze di fatto-individuali, esistenziali e irrepetibili -che fanno di ciascun fatto, una situazione e una persona differenti da tutti gli altri, pur se tutti normativamente ed astrattamente previsti come "uguali". FERRAJOLI, Luigi. *Dodici questioni intorno a Principia juris*. In: ANASTASIA, Stefano (A cura di). **Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli**. 1ºed. Torino: G.Giappichelli Editore, 2011, p.198.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658.312.Tribunal Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Sessão de 27 de novembro de 2014. Acórdão eletrônico dje-027 divulgação09-02-2015 publicação. 10-02-2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28igualdade%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m3o7fpa>>. Acesso em 10 fev.2015.

Catarina, em que se alegou a inconstitucionalidade de dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê jornada de trabalho diferenciada para homens e mulheres.

Decidiu a Corte que “o princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual”. Diante disso, concluiu:

A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma.

Conforme a fundamentação do acórdão, “esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças”.

Cumpre destacar que o julgamento não visualizou lacunas na lei que estivessem por exigir a integração valorativa, sendo relevante o fato do relator ter se posicionado em prestígio do princípio “*in dubio pro legislatore*”, para ele, “uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador”⁵⁹.

Na hipótese, não se avançou sobre outra esfera de competência por uma suposta omissão ou falta de clareza por parte do legislador: antes disso, o posicionamento adotado foi no sentido de que a norma deve ser preservada em sua substância, se não há evidências de sua inconstitucionalidade⁶⁰. Em existindo, cumprirá à Corte deixar de aplicá-la, sem investir-se na

⁵⁹ “Dúvida não há de que a Constituição Federal de 1988 representou um marco contra a discriminação da mulher, inclusive nos ambientes laboral e familiar. No entanto, não vislumbro motivos para que se utilize desse argumento para eliminar garantias que foram instituídas por escolha do legislador, dentro de sua margem de ação. Ainda que existisse alguma dúvida - o que não ocorreu com este Relator – na espécie caberia a aplicação do “forema” in dubio pro legislatore, que, para alguns doutrinadores, como García Amado (apud PULIDO, Carlos Bernal. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 17), é, em verdade, uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador”.

⁶⁰ Os magistrados e Tribunais, que não dispõem de função legislativa - considerado o princípio da divisão funcional do poder -, não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios imprecisos, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem desse benefício de ordem legal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional que lhe recusa a própria Lei Fundamental

função de legislador.

Direcionamento oposto teve o Supremo Tribunal Federal, no resultado da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54)⁶¹, que tratou dessa *possibilidade jurídica* de praticar algo que, em abstrato, é tido como delito, não investiu, em seus argumentos, sobre a legalidade, tornando licita figura típica penal.

Entendeu-se que o caso seria típico de sopesamento por omissão legislativa, com grande influência, ao que consta, do pensamento de Dworkin⁶²naquele julgamento, mas não deixa de ver que aí, o legislador não se omitiu, mas proibiu.

O prognóstico, portanto, é que se sucedam ações sob os mais variados fundamentos constitucionais, como a igualdade e a dignidade humana, onde o juridicamente possível passe a não ter mais visíveis os seus contornos, em face de uma argumentação que se mostre às vezes verdadeira, às vezes falsamente coerente com o sistema.

Certamente terá a Corte que enfrentar questões como o direito extensivo ao aborto às prisioneiras ou por miserabilidade absoluta, diante dlo precedente havido no caso do anencéfalo, o que exigiria o sopesamento entre os princípios da dignidade humana, da igualdade e da legalidade, ou, no mínimo, uma integridade com o precedente apontado.

Não menos provável é que, em nome da igualdade, tenha o Supremo Tribunal Federal que decidir com base no resultado da ação direta de inconstitucionalidade 4.277 e da arguição de descumprimento de preceito fundamental 132, ambas da relatoria do Ministro Ayres Brito, em se estabeleceu o chamado “o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa

do Estado. Em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só deve atuar como legislador negativo. Precedentes.” BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Segunda Turma, AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, DJE de 28-3-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>>. Acesso em: 19 fev.2015.

⁶¹EMENTA: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. Feto Anencéfalo – Interrupção Da Gravidez – Mulher – Liberdade Sexual E Reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Plenário 12 abr 2012. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 30/04/2013 - ATA Nº 58/2013. DJE nº 80, divulgado em 29/04/2013 .Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 19 fev.2015.

⁶²Disse o acórdão que “ Baseado numa outra percepção do professor Dworkin sobre uma leitura moral da Constituição, é preciso verificar-se que efetivamente o bem jurídico aqui ememinência é exatamente a saúde física e mental da mulher e a desproporcionalidade da criminalização do aborto levado a efeito por uma mulher sofredora, pobre, com a patologia do feto anencefálico”.

humana”⁶³.

Nesse âmbito, a igualdade poderá ser invocada para dirimir relações jurídicas pouco nítidas ou mesmo proibidas pela legislação infraconstitucional no âmbito do direito privado, abrangendo temas, por exemplo, como os impedimentos matrimoniais, tudo em função do recentemente descoberto “direito à felicidade”.

Em verdade, o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado várias facetas no enfrentamento de questões principiológicas, notadamente no campo da igualdade, pautando-se às vezes pela ênfase na prestação negativa, enquanto que em outras circunstâncias, ditadas pelo tema de ocasião, mostra perfil eminentemente intervencionista.

Não por acaso anota Eros Roberto Grau⁶⁴, do alto de sua experiência como ex-integrante de nossa Corte Constitucional, que “a solução de conflitos entre princípios é praticada à margem do sistema, subjetivamente, discricionariamente, perigosamente”. Bem por isso, adverte que “a posição jurídico-teórica adotada pode não ser a nossa”, ou porque “se transformam esses juízes em instrumentos de detentores do poder”.

Diante disso, o aplicador do Direito terá que dar-se conta da unidade da Constituição⁶⁵, sem abdicar da segurança e da certeza, o que, evidentemente, inclui as normas restritivas, as bases dogmáticas da decisão e as metas do sistema, que permitem o controle da “mens legis”.

⁶³ “O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade”. Parte da ementa. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 4277. Pleno. Relator Ministro Ayres Brito, Sessão de 5/5/2011. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 14 de outubro de 2011. ATA Nº 155/2011. DJE nº 198, divulgado em 13 de outubro de 2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=4277&origem=A>>. Acesso em:19 fev.2015.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direitos e os princípios)**. 6ªed.2ªtiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p.117.

⁶⁵ “[...]uma constituição, da mesma forma que o ordenamento em geral, também conhece, do ângulo hermenêutico, a estrutura da ordem escalonada. O escalonamento é para a dogmática jurídica condição de unidade, que, por sua vez, garante ao ato interpretativo o respeito aos valores de segurança e de certeza. Conforme a tradição constitucionalista, sem essa unidade a constituição corre o risco de se tornar instrumento de arbítrio”. FERRAZ JR. Térsio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. pp. 321:322

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preservação da igualdade, ao mesmo tempo em que deverá guiar-se pelos precedentes já firmados sobre a matéria em debate, não poderá abdicar de um sistema de controle que impeça a invasão e o enfraquecimento da competência legislativa e da segurança jurídica.

Ao tratar de temas que envolvem princípios constitucionais, o intérprete irá avançar sobre opções que transcendem o que se posta como meramente jurídico e que terão forte componente ético-valorativo.

No plano das decisões, o direito à igualdade de acesso exige leitura compatível com a igualdade também assegurada na sua aplicação como direito fundamental dentro do processo cognitivo jurisdicional, respeitados os limites do que se afirma juridicamente possível e impedindo-se que o apego principiológico elimine a normatividade infraconstitucional e autorize a invasão de esferas de competência.

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado várias facetas no enfrentamento de questões principiológicas, notadamente no campo da igualdade, pautando-se às vezes pela ênfase na prestação negativa, enquanto que em outras circunstâncias, ditadas pelo tema de ocasião, mostra perfil eminentemente intervencionista no campo legislativo.

A tomada de *consciência* dos limites da atividade jurisdicional e a compreensão da *consistência* das possibilidades jurídicas afastarão o arbítrio e permitirão que o Estado Constitucional de Direito não seja atingido em sua integridade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. Título original: *Theorie der Grundrechte*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **La institucionalización de la justicia**. 2^a ed, ampliada. Tradução de José Antonio Seoane, Eduardo Sodero e Pablo Rodriguez. Granada: Editorial Comares, 2010.

ATIENZA, Manuel Rodrigues. **Curso de argumentación jurídica**. 1^a edição. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2013.

AZZARITI, Gaetano. **Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?** 1^o ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 5^a.ed.revista.Tradução: Ariane Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista.Título original: *Teoria della norma giuridica*. São Paulo: Edipro, 201

BRANDÃO, Paulo de Tarso e SILVA, Ildeca Regina Vale da. Fraternidade como categoria política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica> - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 3 fev.2015.

BRASIL. Constituição Federal. 5 de outubro de 1988. Texto consolidado até a Emenda 84, de 3/12/2014. Diário Oficial da União - 5/10/1988, P1. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em 24 jan. 2015.

BRASIL. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL Senado 166/2010. Texto consolidado, aprovado no Senado em sessão de 16 de dezembro de 2014. Disponível em:<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em 24 jan.2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.285. Plenário, 09.05.2012. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. DJ Nr. 53 do dia 18 de maio de 2014. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=597285&classe=RE>>. Acesso em 11 fev.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Segunda Turma, AI 360.461-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, DJE de 28-3-2008. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>>. Acesso em 19 fev.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Plenário 12 abr 2012. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 30/04/2013 - ATA Nº 58/2013. DJE nº 80, divulgado em 29/04/2013 . Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 19 fev.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 4277. Pleno. Relator Ministro Ayres Brito, Sessão de 5/5/2011. Data de publicação Dje14/11/2011. Ata Nº 155/2011. Dje Nº 198, divulgado em 13/11/2011. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=ADI&numero=4277&or>>

igem=A>. Acesso em:19 fev.2015

CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito Constitucional e garantia da Constituição.**7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2003

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.**1ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. Título original: *Taking rights seriously*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito.In: FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo.**Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Dodici questioni intorno a Principia juris*.In: ANASTASIA, Stefano(A cura di).**Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli.**1°ed. Torino: G.Giappichelli Editore, 2011.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 7ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2013

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo.Percorsi della storia e tendenze attuali.**1°ed.Roma-Bari:Laterza Editori, 2009.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito.**1ª.ed. São Paulo:Saraiva, 2014

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes(a interpretação/aplicação do direitos e os princípios).** 6ªed.2ªtiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MONATERI, Pier Giuseppe.**I confini della legge. Sovranità e governo del mondo.** 1°ed.Torino: Bollati Boringhieri Editori.

NALINI, José Renato. Acesso à Justiça: balanços e perspectivas. **Revista de Direito.** Jundiaí: Unianchieta, 2011. Ano 11, Número 16.Edição Especial, p. 18. E-book. Disponível em: <<http://www.portal.anchieta.br/revistas-e-livros/direito/pdf/direito19.pdf>>. Acesso em 24 jan. 2015.

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 54, p.91-118, jan./jun. 2009

NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Revista de Ciências Jurídicas Pensar**, Fortaleza, Universidade de Fortaleza – Unifor, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011.

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

RODOTÁ, Stefano. ***Il diritto di avere diritto***. 1º.ed.Roma-Bari: Laterza Editori, 2012.

RODRIGUES, Sandra Marinho. **A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem**. Coimbra: Almedina, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.**11ªed.Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3ª.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Discricionariedade Judicial e Direitos Fundamentais**. Disponível em : <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_discricionalidade.html>. Acesso em 10 fev. 2015.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ***La legge e la sua giustizia***.Bologna, Il Mulino, 2008.

ZANETTI, Gianfrancesco Eguaglianza. In: BARBERA, Augusto (Org.). ***Le basi filosofiche del costituzionalismo***.12ºed.Roma-Bari: Laterza Editori, 2012.

CONTRIBUIÇÕES DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS PARA A ADOÇÃO DE CONDUTAS SUSTENTÁVEIS

Diogo Marcel Reuter Braun¹

Everson Luis Matoso²

INTRODUÇÃO

O direito tributário tem sido visto apenas sob a ótica do constitucionalismo moderno, focado como meio de proteção do contribuinte em relação à atuação estatal, a fim de que não seja atingida indevidamente a segurança, a propriedade e a liberdade das classes economicamente ativas.

Não obstante essa importante função do direito tributário, propõem-se o estudo do tributo não apenas como forma de defesa do contribuinte, mas como dever fundamental, com potencial para auxiliar a implementação e concretização de direitos fundamentais, atingindo os objetivos materiais albergados pelo constitucionalismo contemporâneo, entre eles o progresso econômico e social sustentável.

Encarar o pagamento de tributos como dever fundamental traz maior evidência da participação da sociedade - imbuída de consciência cidadã e com solidariedade - no processo de implementação de políticas públicas.

Pretende-se, assim, tratar da obrigação tributária como dever e, com isso, abordar os meios como esse dever pode contribuir com o desenvolvimento sustentável, direcionando condutas socioambientais corretas.

Desse modo, parte-se da análise da existência de deveres fundamentais em nosso ordenamento constitucional, especialmente o de pagar tributos.

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: eversonlmatuso@bol.com.br.

Em seguida, adentra-se ao tema da sustentabilidade, trazendo suas dimensões e conceitos, com apontamentos da doutrina brasileira e italiana.

Ao final, averigua-se a forma como o dever fundamental de pagar tributos pode contribuir para o alcance do desenvolvimento sustentável, direcionando condutas que se coadunem com tal postulado.

Para embasar as visões apresentadas e subsidiar o próprio ponto de vista deste artigo, foram utilizados livros e artigos científicos, parte deles oriundos da Itália, sendo objetivo da pesquisa examinar a forma como o dever fundamental de pagar tributos pode contribuir para dirigir condutas sustentáveis, fator essencial na busca de uma vida mais digna.

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. A OBRIGAÇÃO DE PAGAR TRIBUTO COMO DEVER FUNDAMENTAL

A visão clássica do direito tributário tem o ideal do tributo como resultado de uma relação de poder, em que o estado submete as pessoas que integram a sociedade à exigência de pagar determinado valor.

Da doutrina italiana da primeira metade do século passado pode-se bem resumir a visão clássica do direito tributário, ao se transcrever a conceituação de obrigação tributária:

[...] l` obbligazione tributaria puo essere definita un vincolo obbligatorio di diritto pubblico, che ha la sua fonte esclusivamente nella legge, e di cui sono soggetti attivi lo Stato e gli altri enti cui Stato ricouna sovranità derivata a delegata, e soggetti passive singole persone fisiche e giuridiche; vincolo obbligatorio a normalmente per oggetto principale una prestazione pecuniera ha per causa giuridica i vari presupposti di fatto individuali singole leggi tributarie.^{3 4}

Sob o enfoque clássico, o direito tributário constitucional se concentra nos direitos fundamentais a ele atrelados, como a legalidade, a isonomia, a anterioridade, etc., que tem por objetivo afastar excessos por parte do estado, no exercício do poder de tributar.

³ TESORO, Giorgio. **Principii di diritto tributario**. Bari: Macri, 1938, p. 73-74.

⁴ “A obrigação tributária pode ser definida como um vínculo obrigatório de direito público, que tem sua fonte exclusiva na lei, e da qual são sujeitos ativos o Estado e outros entes que o Estado confere soberania derivada e delegada, e sujeitos passivos pessoas físicas e jurídicas; vínculo obrigatório que normalmente tem por objeto principal uma prestação pecuniária tendo por causa jurídica os vários pressupostos de fato individual e pressuposto de fato das leis tributárias individuais.” (tradução nossa)

Seguindo essa linha de entendimento, Machado conceitua o direito tributário como “[...] o ramo do direito que se ocupa das relações entre fisco e as pessoas sujeitas à imposição tributária de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder.”⁵

Essa visão do direito tributário, entretanto, que acaba por reduzi-lo a um mecanismo de proteção das pessoas contra a força do estado, não tem sentido na atual sociedade contemporânea, capitaneada por objetivos materiais superiores, calcados, especialmente, na dignidade da pessoa humana.

Ora, o direito tributário não pode ser só isso. Além de trazer direitos fundamentais negativos, ele é também dever e, assim, tem a missão de viabilizar, por diversos meios, o alcance de prestações positivas.

Com efeito, em nossa Constituição da República, além dos festejados direitos fundamentais, existem diversos deveres fundamentais, assim entendidos:

Como já nos referimos, os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa da dos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objetivos do bem comum.[...]

Nestes termos, podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, tem especial significado para a comunidade e a podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta deveres como posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais.⁶

Uma das principais contribuições da teoria dos deveres fundamentais reside em se compartilhar também com os indivíduos que compõem a sociedade a responsabilidade pelo alcance de liberdades e direitos sociais, não deixando apenas ao Estado tal desiderato.

Os deveres fundamentais, nessa ótica, estão atrelados à dimensão comunitária ou social da dignidade da pessoa humana, fortalecendo a atuação solidária do indivíduo situado em dada comunidade estatal, o que demanda uma releitura do conteúdo normativo do direito à liberdade, amarrando-o à ideia de igualdade e vinculação social do individuo. Dito de outro modo, o Estado Constitucional contemporâneo, e o texto da Constituição Federal de 1988 o denuncia expressamente em vários momentos, constitui um Estado caracterizado como “uma ordem de liberdade limitada

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 59.

⁶ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012, p. 112.

pela responsabilidade”, em suma, um sistema que confere primazia, mas não exclusividade aos direitos fundamentais.⁷

Entre os deveres fundamentais temos o de pagar tributos, foco desta abordagem inicial. Referido dever, ainda que implícito – porque não há nenhum comando constitucional expresso anunciando ser dever da pessoa recolher tributos⁸, parte do pressuposto de que a imposição fiscal é uma das formas pelas quais as pessoas podem contribuir para a consecução de uma “[...] uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado.”⁹

Melhor explicando, tem-se o pagamento de tributos como um dever fundamental porque essa ligação entre contribuinte e Fisco não pode ser encarada apenas como uma relação de poder. A tributação, em verdade, não constitui um objetivo em si mesmo do estado, mas sim um meio que possibilita a ele cumprir as suas finalidades sociais, tarefa de um estado de direito social.¹⁰

Neste sentido, a relação jurídica tributária é estudada a partir do enfoque constitucional, afastando-se das relações jurídicas de direito privado, trazendo a problemática para o campo das conexões entre a receita e os gastos públicos.

O direito tributário sob a ótica da teoria dos deveres fundamentais não significa que ele será desvinculado da lei e, consequentemente, do princípio da legalidade, o que seria um retrocesso.¹¹ Segundo Nabais, a análise dos limites constitucionais do dever de pagar impostos não deve ficar apenas nos clássicos limites formais ligados à ideia de segurança jurídica, mas antes deve abranger também um leque de limites materiais que garantam a justiça fiscal.¹²

Esse dever fundamental vê o tributo como uma contribuição indispensável a uma vida em comunidade organizada, não mais um mero poder para o Estado e/ou um sacrifício para os cidadãos.¹³

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais. **Revista de direito ambiental**. São Paulo, v. 67, p. 11-70, jul/set 2012, p. 21.

⁸ Em sentido contrário, entendem Mendes e Branco que na Constituição Brasileira de 1988 esse dever vem expresso no parágrafo primeiro do art. 145. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1368).

⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. p. 185.

¹⁰ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. p. 185.

¹¹ As obrigações tributárias acessórias e a proporcionalidade na sua instituição: uma análise a partir da teoria dos deveres fundamentais. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 109, Ano 21, p. 203-223, mar.-abr. 2013, p. 209.

¹² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. p. 683.

¹³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. p. 679.

Assim, nos tempos atuais, não se pode admitir o direito tributário apenas como mecanismo de defesa do contribuinte contra a ação estatal. Antes, o pagamento do tributo é dever fundamental, um meio para auxiliar a implementação e concretização de direitos fundamentais, com o fito de se atingir os objetivos materiais albergados pelo constitucionalismo contemporâneo, entre eles o progresso econômico e social sustentável.

2. SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade é tema relativamente novo no cenário nacional e internacional, tendo ganhado destaque, sobretudo, na década de 1970, em que se começou a perceber os efeitos negativos do crescimento econômico e do crescimento demográfico, provocando um perigoso desequilíbrio na biosfera.¹⁴

Com este cenário realizou-se a Conferência de Estocomo, em 1972, organizada pelas Nações Unidas. O encontro ficou marcado pela preocupação em se aliar o desenvolvimento com a preservação dos recursos naturais.¹⁵ Nos dois primeiros princípios dessa Convenção são anunciados:

Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

Princípio 2

Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.¹⁶

Um dos legados da Conferência de Estocomo foi a criação da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Referida Comissão, em 1987, formulou o Relatório de Brundtland,

¹⁴ MARCHELLO, Francesco; PERRINI, Marinella; SERAFINI, Susy. **Diritto Dell'ambiente**. Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri, 2006, p. 12.

¹⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. Hermenêutica e sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. 1^a. Ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

¹⁶ Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em 15.02.2015.

com o título “Nosso Futuro Comum”. Segundo a definição consolidada: “[...] esso comporta la considerazione delle esigenze di sviluppo della presente generazione senza compromettere la capacita delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni”¹⁷¹⁸.

Anos depois ocorreu a ECO-92, no Rio de Janeiro, encontro organizado pela ONU, tendo como foco central a necessidade de se firmarem balizas para compatibilizar o desenvolvimento com a imprescindibilidade da tutela dos bens ambientais. Dessa forma, o “[...] núcleo essencial da teoria sustentável assumiria um viés conciliatório-propositivo entre produção econômica e tutela ambiental, em favor das estruturas sociais.”¹⁹

Um dos frutos da conferência do Rio de Janeiro foi a Agenda 21, um programa de ação internacional para o desenvolvimento sustentável. Por meio dele reforça-se a necessidade de harmonizar as diferentes políticas nas áreas econômica, social e ambiental com o desenvolvimento econômico, a fim de torná-lo compatível com a proteção dos recursos naturais, no interesse das gerações futuras.²⁰

Em 2002, em Joanesburgo, foi realizado um novo encontro. Segundo Staffen:

Um conceito integral de sustentabilidade somente surgiu em 2002, na Rio+10, realizada em Joanesbugo, quando restaram reunidas, além da dimensão global, as perspectivas ecológicas, social e econômica como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla para as presentes e futuras gerações.²¹

Relativamente à Conferência de Joanesburgo, teve Fodella a impressão de que ela ocorreu no momento errado, quando se estava comemorando os 10 anos da Conferência do Rio, mas não havia políticas prontas para alcançar o progresso esperado. Assim o resultado daquela conferência, se comparada a anterior, não foram muitos.²²

Mais recentemente, em 2012, houve o encontro denominado Rio+20, alusivo ao transcurso dos 20 anos desde a realização da ECO+92. Esta Conferência ficou marcada, na visão de Ferrer, como um fracasso, por conta da não ocorrência de avanços visíveis. Segundo o autor espanhol

¹⁷ DELL'ANNO, Paolo. **Principi Del diritto ambientale europeo e nazionale.** Milano: Giuffre editore, 2004, p. 74.

¹⁸ “Isso comporta a consideração da necessidade de desenvolvimento da presente geração sem comprometer a capacidade de as gerações futuras satisfazerem suas próprias necessidades.” (tradução nossa)

¹⁹ STAFFEN, Márcio Ricardo. Hermenêutica e sustentabilidade.

²⁰ PEPE, Vincenzo. Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno. **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, Itália, ano 17, n. 2, mar./abr. 2002, p. 209-243.

²¹ STAFFEN, Márcio Ricardo. Hermenêutica e sustentabilidade.

²² FODELLA, Alessandro. Il vétice di Joanesburg sullo Sviluppo Sostenibile. **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, Itália, v. 18, n. 2, 2003, p. 385-403.

esse fracasso decorreu, sobretudo, do formato adotado no evento, que não realizou nos anos que o antecederam, os necessários trabalhos prévios para definir objetivos comuns, retirar diferenças e obter consensos que permitiriam avanços reais.²³

Traçados breves aspectos históricos acerca da sustentabilidade, cumpre abordar alguns conceitos formados pela doutrina. Neste sentido, conceitua Garcia:

Pode-se conceituar sustentabilidade como sendo um conjunto de normas e preceitos mediante os quais se desenvolvem e garantem os direitos fundamentais e, por outra, os valores que sustentam a liberdade, a justiça e a igualdade, que se converteram em Princípios universais do direito que inspiram o ordenamento jurídico das nações mais civilizadas e da comunidade internacional.²⁴

Trazendo elementos espirituais e cosmológicos, Boff apresenta um holístico conceito de sustentabilidade:

Sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida, a sociedade e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que os bens e serviços naturais sejam mantidos e enriquecidos em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.²⁵

A obra de Boff, mais afeta à sociologia, inova ao trazer um novo paradigma da sustentabilidade, que ele denomina de cosmologia da transformação. Em síntese, propõem-se a inserção do homem dentro da natureza (não mais para explorá-la), como partícipe de um contínuo processo de evolução, em que tudo está relacionado em redes e não na imutabilidade e na permanência. Assim, todos os seres são interdependentes e colaboram entre si para coevoluírem, garantirem o equilíbrio de todos os fatores e sustentarem a biodiversidade.

Tratando-a como princípio, Freitas formula o seguinte conceito para a sustentabilidade:

[...] trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.²⁶

A sustentabilidade, portanto, não é um termo aplicável apenas ao meio ambiente. Com

²³ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones Del derecho. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. 1^a. Ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

²⁴ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A importância da gestão ambiental para proteção ambiental. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. 1^a. Ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

²⁵ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – O que não é**. 2^a. Ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p, 107.

²⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2^a. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

efeito, entende-se que sustentabilidade é multidimensional, envolvendo o âmbito social, econômico e ambiental. A doutrina mais recente aponta para uma ampliação ainda maior acerca das dimensões da sustentabilidade, adicionando sua relação com a ética, com a dimensão jurídico-política²⁷, ou ainda, tecnológica²⁸.

Quanto à nomenclatura, há certa divisão da doutrina em relação à utilização do termo desenvolvimento sustentável ou, simplesmente, sustentabilidade. Neste sentido, tem-se utilizado mais frequentemente o termo sustentabilidade por se entender que a expressão desenvolvimento sustentável implica em uma contradição em termos, ao remeter a uma concepção demasiadamente convencional do desenvolvimento, atrelado ao crescimento econômico e ao uso de critérios de qualidade de vida pautados em índices econômicos, como o PIB.²⁹

Boff defende o mesmo entendimento, ao dizer que a expressão desenvolvimento sustentável representa uma armadilha, na medida em que “[...] assume os termos da ecologia (sustentabilidade) para esvaziá-los e assume o ideal da economia (crescimento/desenvolvimento), mascarando, porém, a pobreza que ele mesmo produz.”³⁰

Do mesmo modo pensa Ferrer, que chama a atenção ao indevido uso indiscriminado dos termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável como sinônimos, para ele distintos:

Recapitulando en esta dicotomía, en la noción de Desarrollo Sostenible, la sostenibilidad opera negativamente, se entiende como un límite: hay que desarrollarse (lo que implica conceptualmente crecer) pero de una determinada manera. Sin embargo, la Sostenibilidad es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo. De hecho, podríamos decir que la sostenibilidad no es más que la materialización del instinto de supervivencia social, sin prejuzgar, por supuesto, si debe o no haber desarrollo (crecimiento), ni donde sí o donde no.^{31 32}

Do que se viu neste breve apanhado sobre a sustentabilidade, tem-se que o referido tema

²⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** p. 56.

²⁸ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. MAFRA, Juliete Ruana. A Sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: Reflexos Dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica. In SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. GARCIA, Heloíse Siqueira (orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer.** Dados Eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014, p. 21-22.

²⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** p. 42.

³⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – O que não é.** p. 46.

³¹ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones Del derecho.

³² “Recapitulando esta dicotomía, sobre a noção de Desenvolvimento Sustentável, a sustentabilidade opera negativamente, entendendo-se como um limite: devemos desenvolver (o que implica crescer conceptualmente), mas de uma certa maneira. No entanto, a sustentabilidade é um conceito positivo e altamente pró-ativa que envolve a introdução das mudanças necessárias para a sociedade global, constituídas pela Humanidade, ser capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo. Na verdade, poderíamos dizer que a sustentabilidade é simplesmente a realização do instinto de sobrevivência social, sem prejuízo, por certo, se deve ou não haver desenvolvimento (crescimento), nem onde sim ou onde não.”(tradução nossa)

vem sendo construído há algumas décadas, tendo incorporado diversas facetas, sobretudo a ambiental, a econômica e a social.

A sociedade atual, contudo, muito timidamente tem adotado condutas sustentáveis. Basta observar o noticiário para se perceber que se está diante de uma série de efeitos do modo abusivo de viver do ser humano. Aquecimento global, crise hídrica, crise energética, etc., são apenas algumas demonstrações de que é preciso mudar.

Neste sentido, passa-se a analisar como o direito tributário, considerado dever fundamental, pode contribuir para a adoção de condutas sustentáveis.

3. CONTRIBUIÇÕES DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS PARA A ADOÇÃO DE CONDUTAS SUSTENTÁVEIS

Visualiza-se no dever constitucional de pagar tributos um importante caminho para que as pessoas passem a viver de modo mais compatível com a sustentabilidade.

Inicialmente, há que se recordar que a arrecadação de valores através da imposição tributária é o modo pelo qual o Poder Público viabiliza a execução de suas políticas públicas que devem ter por fim a promoção de uma vida digna e feliz, em compasso com os objetivos materiais do constitucionalismo contemporâneo.

Está posto, para todos os cidadãos, o dever de buscar o estado de coisas prescrito na constituição. Esse estado de coisas demanda, no Brasil, investimento público, porque a Constituição de 1988 impôs deveres de criação de condições materiais mínimas para o desenvolvimento pessoal e para a concretização da vida digna e feliz para todos. [...] Para tanto, precisa de recursos financeiros, inclusive de receitas derivadas e, dentre elas, as tributárias. Especificamente, as contribuições sociais, que instrumentalizam a atuação da União na área social e, mais especificamente ainda, as contribuições para a seguridade social (CF, arts. 149 e 195). Mas não apenas elas: toda a tributação deve estar orientada para a promoção daquele estado de coisas cuja promoção é determinada constitucionalmente, aí incluída a saúde, enquanto mínimo existencial integrante daquele projeto constitucional de progresso, juridicamente vinculado. O estudo que se restringe ao fato gerador e à obrigação tributária não tem condições de contribuir para a compreensão das funções que a receita tributária deve auxiliar a cumprir, e nem do efetivo cumprimento desses desideratos.³³

Ocorre que essa vida digna e feliz apenas será atingida se a sociedade e o estado se pautarem na sustentabilidade e em um desenvolvimento que verdadeiramente leve em conta a

³³ FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do direito tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 30.

questão ambiental. Ademais, “[...] il degrado dell’ambiente, infatti, incide in modo pesantemente negativo sulla qualità della vita e sul benessere dei cittadini.”³⁴ ³⁵

Ora, os direitos e deveres fundamentais previstos no art. 225 da Constituição da República impõem às pessoas, mas, sobretudo, ao Poder Público, a obrigação de proteger e preservar o meio ambiente. Para tanto, faz-se necessário que o Estado tenha recursos, os quais são auferidos principalmente através da arrecadação tributária.

Certamente a criação e manutenção de órgão que exerce a fiscalização ambiental, por exemplo, depende de volumosa quantidade de recursos para custear a estrutura física, o quadro de servidores, etc³⁶. Do mesmo modo ocorre com todas as demais políticas públicas executadas na área ambiental ou que prestigiem, de algum modo, a sustentabilidade, em quaisquer de suas dimensões.

Em suma, o que se quer dizer é que “[...] a concretização de direitos fundamentais tem um custo que é coberto pelo dever de pagar tributos”.³⁷ E isto se aplica também quando esse direito envolve o alcance de modo de vida sustentável. Nestes casos, as políticas públicas realizadas pelo Estado com este objeto estarão sendo custeadas com recursos auferidos com base no dever fundamental de pagar tributos.

É certo, entretanto, que a Constituição da República do Brasil não permite a vinculação direta dos valores arrecadados com impostos à determinada despesa pública, órgão ou fundo (art. 167, IV, da CRFB³⁸). Isto, contudo, não impede que esses recursos sejam destinados a despesas socioambientais pelas leis orçamentárias. Esse empecilho não ocorre no caso das contribuições previstas no art. 149, da Constituição da República³⁹, podendo-se, neste caso, serem reservados os recursos auferidos para finalidades ambientais.

Outro importante caminho que pode ser explorado na aplicação do dever fundamental em

³⁴ CORDINI, Giovanni. **Diritto ambientale comparato**. 2ª. Ed. Padova: CEDAM, 1997, p. 51

³⁵ “[...] a degradação do meio ambiente, de fato, incide de modo fortemente negativo na qualidade de vida e bem-estar dos cidadãos.”(tradução nossa)

³⁶ As despesas com o exercício da fiscalização pode ter origem na cobrança de taxa, já que ela tem como fundamento o “exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição” (art. 145, II, da Constituição da República).

³⁷ FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, v. 79, p. 167-209, abr./jun. 2012, p. 183.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 22 fevereiro 2015.

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

relação à sustentabilidade está relacionado à extrafiscalidade, cuja função é fazer com que os agentes sociais sejam direcionados a atuar em determinando sentido, seja por questões de ordem econômica, política ou sociais.⁴⁰

Para um claro entendimento da extrafiscalidade, impende diferenciá-la da imposição tributária tradicional:

Diversamente da imposição tradicional (tributação fiscal), que visa exclusivamente à arrecadação de recursos financeiros (fiscais) para prover o custeio dos serviços públicos, a denominada tributação extrafiscal é aquela orientada para fins outros que não a captação de dinheiro para o erário, tais como redistribuição da renda e da terra, a defesa da economia nacional, a orientação dos investimentos em setores produtivos ou mais adequados ao interesse público, a promoção do desenvolvimento regional ou setorial, etc. Como instrumento de atuação estatal, o ordenamento jurídico pode e deve, através da extrafiscalidade, influir no comportamento dos entes econômicos de sorte a incentivar iniciativas positivas, e desestimular aquelas menos afinadas com políticas públicas de promoção do bem comum. (políticas públicas evidentemente legitimadas pela Constituição).⁴¹

Compatibilizando a função extrafiscal dos tributos com o ideal de sustentabilidade, chegar-se-á à instituição de medidas tributárias (e até financeiras), não com finalidade meramente arrecadatória, mas sim com o fito de induzir a sociedade a adotar comportamentos sustentáveis.

O doutrinador português Nabais exemplifica:

Um exemplo bem ilustrativo do recurso à extrafiscalidade é actualmente o constituído pelo direito do ambiente, um domínio jurídico que, mais do que formar um sector jurídico totalmente novo e justaposto aos sectores tradicionais, se configura como cortando obliquamente a generalidade dos ramos do direito, tanto público como privado, mobilizando-os para a preocupação da defesa ambiental.⁴²

Com efeito, a tributação que incida de forma distinta sobre produtos e serviços conforme o impacto ambiental deles próprios ou de seus processos de elaboração/ prestação, com o fim de preservar, defender e/ou promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado, prestigiará o próprio dever fundamental de defesa e preservação do meio ambiente (art. 225, da Constituição da República) e estará de acordo com os princípios constitucionais da ordem econômica, realizando a Constituição como um todo (art. 170, VI, da Carta Constitucional).⁴³

⁴⁰ CÁRNIO, Thais Cíntia; CARADORI, Rogério da Cruz. A extrafiscalidade tributária como instrumento de proteção ambiental. **Revista tributária e de finanças públicas**. V. 113, p. 171-186, nov./dez. 2013, p. 175.

⁴¹ OLIVEIRA citado por CALIENDO, Paulo; RAMME, Rogério; MUNIZ, Veyzon. Tributação e sustentabilidade: a extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente. **Revista de direito ambiental**. V. 76, p. 471-508, out./dez. 2014, p. 477.

⁴² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. p. 651.

⁴³ FOLLONI, André. Direito tributário e desenvolvimento sustentável no Estado Socioambiental. **Revista tributária e de finanças**

Exemplos dessas medidas extrafiscais aptas a induzir as pessoas a adotarem condutas sustentáveis pode se dar através da previsão, em lei, de fatores que sejam levados em conta para a composição do valor a ser pago de determinado tributo, conforme sua hipótese de incidência.

Neste cenário, o imposto de importação, que incide sobre a importação de mercadorias estrangeiras, deve ter alíquotas maiores aplicadas aos produtos que potencialmente causem algum tipo de poluição ao meio ambiente ou que sejam de difícil descarte (não possa ser reciclado, por exemplo).

O imposto sobre produtos industrializados, que tem como um de seus princípios basilares a seletividade em função da essencialidade do produto (art. 153, parágrafo 2, inciso IV, da Constituição da República⁴⁴), pode viabilizar o maior grau de influência na formação de condutas sustentáveis. Para tanto, basta que sejam fixadas alíquotas menores ou isentar, por exemplo, a tributação de produtos socioambientalmente adequados ou, de outra banda, impor alíquotas maiores aos produtos que gerem danos ao meio ambiente e à própria pessoa (como, alias, já ocorre com as bebidas alcoólicas e o fumo e seus derivados).

O imposto territorial rural também pode ter grande contribuição quanto aos aspectos ambientais, mormente estar situada na zona rural a maior parte da flora e fauna de nosso país. A normatização vigente, como medida de política agrária, já prevê que “[...] o imposto poderá ser reduzido em até 90%, a título de estímulo fiscal, em função do grau de utilização da terra e da eficiência da exploração”.⁴⁵

Em relação aos impostos estaduais, visualiza-se evidente potencial para exercício de extrafiscalidade com foco na sustentabilidade no imposto sobre a propriedade de veículos automotores, na medida em que pode ser isentada ou ao menos reduzida a alíquota incidente sobre a propriedade dos veículos que utilizem energias limpas ou que tenham menores consumos de combustíveis.

Do mesmo modo, o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços - ICMS, um dos tributos com maior grau de repercussão nas finanças dos contribuintes, pode conceber exações menores relativamente aos produtos adequados do ponto

públicas. V. 110, p. 265-278, maio/jun. 2013, p. 273.

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 22 fevereiro 2015.

⁴⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** p. 328.

de vista da sustentabilidade (máquina que consome menos energia, produto que pode ser reciclado, tratamento diferenciado para empresa que não produz resíduos, etc). Medidas semelhantes podem ser previstas para o imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos municípios.

No município visualiza-se a possibilidade de elementos afetos à sustentabilidade, como construções com reaproveitamento de águas pluviais ou com captação de energia solar, serem levados em conta para a composição da base de cálculo do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU.

Os casos acima são apenas alguns exemplos do modo como os impostos, utilizando elementos de extrafiscalidade, podem induzir condutas sustentáveis. Essas premissas, conforme o caso, podem também ser aplicadas em relação a outros impostos e às demais espécies de tributos, como as contribuições sociais e a contribuição de melhoria.

Ainda, apesar de estar inserido mais precisamente no campo da repartição das receitas tributárias, merece menção o ICMS ecológico, que pode ser resumido como o estabelecimento de critérios socioambientais para a destinação de parte dos recursos arrecadados com o ICMS, destinado aos municípios. Trata-se de um estímulo “[...] com o repasse de recursos econômicos arrecadados através do ICMS para municípios que venham a criar novas Unidades de Conservação ou melhorar as condições de preservação das que já existam em seu território”.⁴⁶ Esse elogiável mecanismo pode ser, inclusive, melhorado, passando-se a considerar outras variáveis mais completas para a aferição dos esforços socioambientais de cada município, como incentivo à adoção de políticas ambientais e socialmente sustentáveis pelos gestores públicos.⁴⁷

Por tudo isso, tem-se que o dever fundamental de pagar tributo, tanto sob o prisma do uso dos recursos arrecadados para fins socioambientais, mas especialmente pela inserção de elementos de extrafiscalidade para direcionar a atividades sustentáveis, é importante meio para a consecução de um desenvolvimento pautado na sustentabilidade.

⁴⁶ CÁRNIO, Thais Cíntia; CARADORI, Rogério da Cruz. A extrafiscalidade tributária como instrumento de proteção ambiental. p. 183.

⁴⁷ DALTO, Karla Karoline Soares; PIRES, Mônica Moura; GOMES, Andréia da Silva. Instrumentos econômicos tributários na análise ambiental: uma aplicação de índice de desenvolvimento sustentável para o repasse do ICMS ecológico. *Revista de direito ambiental*. V. 74, p. 547-590, abr./jun. 2004, p. 577.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito tributário, sob os ideais do constitucionalismo contemporâneo, não pode mais ser apenas um mecanismo de proteção das pessoas contra a força do estado. A relação fisco *versus* contribuinte não pode ser entendida como uma relação de poder. Ela é mais que isso.

Com efeito, a tributação não constitui um objetivo em si mesmo do Estado, mas sim um meio que possibilita a ele cumprir as suas finalidades sociais, tarefa de um estado de direito socioambiental.

Dessa forma, concebe-se a obrigação de pagar tributos como um dever fundamental, em que o seu recolhimento é visto como uma contribuição indispensável para uma vida em comunidade organizada, um meio para auxiliar a implementação e concretização de direitos fundamentais, com foco no alcance dos objetivos materiais do constitucionalismo atual, entre eles o progresso econômico e social sustentável.

A sustentabilidade é postulado relativamente recente, a quem foi dada atenção maior a partir da realização dos diversos encontros organizados pelas Nações Unidas. O entendimento da sustentabilidade está em constante formação, mas há algum consenso em tê-lo como um valor aplicável não só ao meio ambiente, dando-o um caráter multidimensional.

É certo, entretanto, que a sustentabilidade deve ser tida como valor constitucional, que determina a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento, com o objetivo de assegurar, a presente e às futuras gerações, a possibilidade de viver com dignidade.

A sociedade atual, contudo, pouco faz para colaborar no alcance desse primado, apesar das evidentes demonstrações do quanto insuportável e das consequências do nosso modo de vida (aquecimento global, crise hídrica, crise energética, etc.).

Por isso, tem-se que o dever de pagar tributos pode e deve ser meio para se buscar um mundo melhor, pautando condutas sustentáveis.

E isto pode ocorrer utilizando-se dos recursos arrecadados com o referido dever, vez que é com isso que o Poder Público viabiliza a execução de suas políticas públicas, voltadas ao bem-estar da população e, consequentemente, com a sustentabilidade.

Ou seja, a concretização de direitos fundamentais, entre eles a uma vida digna e feliz (que

pressupõe ser sustentável), tem um custo que é coberto pelo dever de pagar tributos.

A tributação pode, também, colaborar decisivamente com o incentivo dos agentes sociais na adoção de condutas sustentáveis, por meio da extrafiscalidade.

A extrafiscalidade, como se sabe, traduz-se no uso da imposição tributária para fins outros que não a captação de dinheiro ao erário, voltando-se a influenciar no comportamento das pessoas, na busca de iniciativas positivas ou para desestimular aquelas menos afinadas com o objetivo pré-estabelecido.

Compatibilizando a função extrafiscal do dever fundamental de pagar tributos com o ideal de sustentabilidade, pode-se conceber a instituição de medidas tributárias (e até financeiras), não com finalidade meramente arrecadatória, mas especialmente para induzir a sociedade a adotar comportamentos sustentáveis.

Essa extrafiscalidade pode se dar através da previsão, em lei, de fatores socioambientais que sejam levados em conta para a composição do valor a ser pago de determinando tributo, conforme sua hipótese de incidência. Outrossim, tem-se como viável a instituição de benefícios fiscais no mesmo sentido ou, ainda, a definição de critérios ambientais para a repartição de parte das receitas aferidas com o ICMS.

Tudo isto, feito com o fim de preservar, defender e/ou promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado prestigia o próprio dever fundamental de defesa e preservação do meio ambiente (art. 225, da Constituição da República) e está de acordo com os princípios da ordem econômica (art. 170, VI, da Carta de 1988), realizando a Constituição como um todo.

Assim, o dever fundamental de pagar tributos, tanto quando se presta a arrecadar recursos para fins socioambientais, mas sobretudo pelo uso de elementos extrafiscais, pode decisivamente contribuir para direcionar condutas sustentáveis, elemento essencial para a continuidade da vida na Terra.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é – O que não é**. 2^a. Ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacompileado.htm>. Acesso em: 22

fevereiro 2015.

CALIENDO, Paulo; RAMME, Rogério; MUNIZ, Veyzon. Tributação e sustentabilidade: a extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente. **Revista de direito ambiental**. V. 76, p. 471-508, out./dez. 2014.

CÁRNIO, Thais Cíntia; CARADORI, Rogério da Cruz. A extrafiscalidade tributária como instrumento de proteção ambiental. **Revista tributária e de finanças públicas**. V. 113, p. 171-186, nov./dez. 2013.

CORDINI, Giovanni. **Diritto ambientale comparato**. 2^a. Ed. Padova: CEDAM, 1997.

DALTO, Karla Karoline Soares; PIRES, Mônica Moura; GOMES, Andréia da Silva. Instrumentos econômicos tributários na análise ambiental: uma aplicação de índice de desenvolvimento sustentável para o repasse do ICMS ecológico. **Revista de direito ambiental**. V. 74, p. 547-590, abr./jun. 2004.

Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em 15.02.2015.

DELL'ANNO, Paolo. **Principi Del diritto ambientale europeo e nazionale**. Milano: Giuffre editore, 2004.

FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, v. 79, p. 167-209, abr./jun. 2012.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones Del derecho. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. 1^a. Ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

FODELLA, Alessandro. Il vertice di Johannesburg sullo Sviluppo Sostenibile. **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, Itália, v. 18, n. 2, 2003, p. 385-403.

FOLLONI, André. Direito tributário e desenvolvimento sustentável no Estado Socioambiental. **Revista tributária e de finanças públicas**. V. 110, p. 265-278, maio/jun. 2013.

FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o direito tributário com isso? In: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do**

direito tributário. Madrid: Marcial Pons, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2^a. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A importância da gestão ambiental para proteção ambiental. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. 1^a. Ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário.** 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARCHELLO, Francesco; PERRINI, Marinella; SERAFINI, Susy. **Diritto Dell'ambiente.** Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 8^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar tributos:** contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012.

PEPE, Vincenzo. Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno. **Rivista Giuridica dell'Ambiente**, Itália, ano 17, n. 2, mar./abr. 2002, p. 209-243.

SARLET, Ingo Wolfgang; FERNSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais. **Revista de direito ambiental.** São Paulo, v. 67, p. 11-70, jul/set 2012.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. MAFRA, Juliete Ruana. A Sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: Reflexos Dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica. In SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes. GARCIA, Heloíse Siqueira (orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer.** Dados Eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Hermenêutica e sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (org). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. 1^a. Ed. – Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. As obrigações tributárias acessórias e a proporcionalidade na sua instituição: uma análise a partir da teoria dos deveres fundamentais. **Revista tributária e de finanças públicas**, São Paulo, v. 109, Ano 21, p. 203-223, mar.-abr. 2013.

TESORO, Giorgio. **Principii di diritto tributário.** Bari: Macri, 1938.

TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL E O IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES (IPVA) COMO INSTRUMENTO AUXILIAR PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Rodrigo Roth Castellano¹

Ronan Saulo Robl²

INTRODUÇÃO

Durante séculos o meio ambiente foi visto pela raça humana como um recurso infinito e incessante para o desenvolvimento da sociedade. Porém, catástrofes ambientais, crises de energia, mudanças climáticas, são todos tristes exemplos de problemas atuais que decorreram do descaso do homem com o ambiente em que vive, seja através da sua devastação direta - efetiva exploração dos recursos naturais, seja através de outras formas de degradação, como, *verbi gratia*, a poluição decorrente da emissão de gases poluentes por parte de empresas e veículos automotores.

Ainda que desde a Conferência de Estocolmo os Estados tenham incluído a preservação e a proteção ambientais em suas pautas políticas e jurídicas, os problemas e catástrofes decorrentes do desrespeito ao meio ambiente em que vivemos não têm cessado, *a contrario sensu*, proliferaram-se ao longo dos últimos anos, ocorrendo diuturnamente em todo o planeta.

Nesta senda, com a expansão do desenvolvimento econômico, somente a proteção e a prevenção ambientais não se tornaram bastantes para conter a ação do homem e estimular o desenvolvimento sustentável.

Isto é, de forma a proteger os direitos das gerações atuais e futuras, é necessária a efetiva intervenção do Estado na atividade econômica, no intuito de estimular condutas menos gravosas ao meio ambiente, no afã de que se atinja o equilíbrio da equação economia x ecologia.

Dentre as políticas econômicas e ambientais possíveis, vê-se a tributação ambiental como

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

um valioso instrumento para contribuir com o desenvolvimento sustentável, máxime porque os tributos têm o condão de incentivar ou desestimular comportamentos da sociedade, em decorrência da extrafiscalidade que lhes integra.

E no extenso rol de espécies tributárias previstas no direito brasileiro, inclui-se o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA, o qual, se utilizado também com finalidades ambientais, pode vir a contribuir com o desenvolvimento sustentável, incentivando o consumo de veículos menos poluentes.

Assim, o presente artigo visa expor sobre a necessidade de integração das políticas fiscal e ambiental, para após demonstrar que o IPVA, se utilizado neste contexto, tem muito a contribuir para o estímulo do desenvolvimento sustentável.

Em outras palavras, a pesquisa pretende responder às seguintes indagações: há a possibilidade da tributação, através do IPVA, ser empregada em prol da sustentabilidade? Se positiva a resposta, qual a contribuição de dito imposto para promover o desenvolvimento sustentável?

Para tanto, inicialmente analisamos – sem a pretensão de esgotar o tema – alguns aspectos teóricos que autorizam a utilização dos tributos em prol do desenvolvimento sustentável, tanto no Brasil, como no direito estrangeiro.

Após, apresentamos o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores no direito brasileiro, ilustrando o seu funcionamento em alguns dos Estados Federados, para, ao final, demonstrar que se cuida de um valioso instrumento para se promover o desenvolvimento sustentável, notadamente quando utilizado em conjunto com outras iniciativas que beneficiem os proprietários de veículos menos poluentes.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógico-dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, serão utilizadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

Após a Conferência Mundial de Estocolmo, realizada entre 5 e 16 de junho de 1972, os Estados passaram a inserir em seus ordenamentos jurídicos a proteção ao meio ambiente.

Naquela ocasião, foi reconhecido que a cultura do crescimento ilimitado deveria ser cessada, e o desenvolvimento econômico contrastado com a defesa e o melhor uso dos recursos naturais, numa ação de responsabilidade de todos os Estados.

“Alla Conferenza di Stoccolma, per la prima volta, si è posto l'accento sulla protezione dell'ambiente come dovere non più limitato al singolo Stato, ma legato piuttosto alla soluzione di problemi che vanno oltre le frontiere nazionali”³.

Corolário da Conferência de Estocolmo, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento emitiu, em 1987, o Relatório “Nosso Futuro Comum”, também chamado de Relatório Brundtland, o qual trouxe a definição clássica da expressão desenvolvimento sustentável, tido como aquele que atende as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atenderem a suas necessidades e aspirações⁴.

GIALDINO bem esclarece o conceito acima preconizado, para após concluir que o desenvolvimento sustentável abrange o equilíbrio entre ecologia, economia e justiça:

Questa definizione racchiude in se due concetti: da un lato, il concetto di bisogni, che va riferito, in particolare, a quello dei soggetti più sfavoriti, ai quali va riservata la maggiore attenzione e, dall'altro, la non illimitatezza delle nostre risorse naturali e la conseguente necessità di governare lo sviluppo ponendo dei limiti alle capacità produttive⁵.

Naquela ocasião, já era cediço que somente os aspectos preventivos e repressivos da proteção ambiental haviam se tornado insuficientes para conter a ação humana sobre os recursos naturais, emergindo a necessidade de intervenção na atividade econômica para promover a defesa do meio ambiente.

Vale dizer: para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento econômico, não podendo, assim, ser desconsiderada de seu conceito.⁶

Como aduz PEPE, ao tratar da Conferência ECO-92 e da Agenda 21 ali proposta:

³ PEPE, Vicenzo. Lo Sviluppo Sostenibile tra Diritto Internazionale e Diritto Interno. **Riv. Giur. Ambiente**, fasc 2, 2002, p. 209.

⁴ Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Relatório Brundtland**, “Nosso Futuro Comum”. disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

⁵ GIALDINO, Carlo Curti. **L'Unino Europea Ed Il principio dello sviluppo sostenibile**. Relazione presentata al Seminario di 2º livello organizzato dal Ministero della Pubblica Istruzione e dalla Regione Veneto sul tema “Costituzione italiana, integrazione europea e sviluppo sostenibile”, Venezia, Isola di San Servolo, 22-24 ottobre 2007.

⁶ AMARAL, Paulo Henrique do. Tributação Ambiental: contributo à política de desenvolvimento sustentável no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 13, n. 50, abr-jun/2008, p. 215.

Un tale programma globale di cambiamento in grado di rivoluzionare il rapporto tra ambiente e sviluppo non deve esaurirsi nella produzione di leggi e regolamenti, ma deve poggiare anche sui prezzi, incentivi economici e correttivi fiscali, quali strumenti adatti a svolgere un ruolo non marginale nel formare comportamenti ecologicamente corretti⁷.

Nesta linha também é o escólio de DERANI, para quem o desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que deve ser ajustado numa correlação de valores em que o máximo econômico reflita igualmente num máximo ecológico⁸.

Pois bem. A respeito do tema, no Brasil destaca-se o contido no art. 4º, I, da Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, o qual elenca dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio-ambiente e do equilíbrio ecológico.

Posteriormente, a possibilidade de utilização de políticas econômicas em prol da preservação do meio ambiente foi inserida na Constituição Federal de 1988, conforme disposição contida no art. 170, VI da CF, inserida pela Emenda Constitucional n.º 42/2003, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado, conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação⁹.

Permitida a intervenção econômica para a proteção dos recursos naturais, não se pode olvidar a possibilidade de utilização dos tributos como instrumentos das políticas econômicas, notadamente por força da sua extrafiscalidade, característica que autoriza o seu manejo para estimular o contribuinte à adoção de comportamentos desejados pelo legislador.

Segundo Carrazza, extrafiscalidade é o emprego dos meios tributários para fins não-fiscais, mas ordinatórios, isto é, para disciplinar comportamentos de virtuais contribuintes, induzindo-os a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa.¹⁰

Assim,

⁷ PEPE, Vicenzo. Lo Sviluppo Sostenibile tra Diritto Internazionale e Diritto Interno. **Riv. Giur. Ambiente**, fasc 2, 2002, p. 209.

⁸ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. Saraiva, São Paulo, 2009. p. 113.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁰ CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 374.

Sendo o tributo um instrumento de intervenção na atividade econômica, ele pode ser utilizado na esfera ambiental como um indutor de atividades ambientalmente corretas, propiciando uma adequação do desenvolvimento socioeconômico às necessidades ambientais.¹¹

Como bem assevera NUNES:

Portanto, na tributação ambiental, crê-se que a extrafiscalidade não reside na inibição à produção econômica em sentido amplo. Ao onerar determinada unidade produtora, deve pretender o direito não impedir nem inviabilizar a atividade econômica, mas racionalizá-la, isto é, forçá-la a níveis de produção e resultados condizentes com a noção de desenvolvimento sustentável.¹²

Vale dizer: os instrumentos tributários devem ser utilizados como forma de incentivar as atividades econômicas não-poluidoras, no desiderato de reorientar as condutas dos agentes poluidores, estimulando, assim, a adoção de novas e adequadas tecnologias limpas no exercício de suas atividades.

Neste teor o escólio de COSTA:

A tributação ambiental pode ser singelamente conceituada como o emprego de instrumentos tributários para orientar o comportamento dos contribuintes a protesto do meio ambiente, bem como para gerar os recursos necessários à prestação de serviços públicos de natureza ambiental.¹³

Aliás, alguns doutrinadores, analisando a interdisciplinariedade do direito ambiental, já denominam o uso da tributação em prol da defesa do meio ambiente com a expressão ‘direito ambiental tributário’, na medida que tal prática é indispensável para se obter êxito no alcance da sustentabilidade¹⁴.

É o escólio de RIBAS:

Do inter-relacionamento do Direito Tributário com o Direito Ambiental nasce um campo de estudo orientado pelos princípios tributário-ambientais e destinado à análise da viabilidade jurídica da utilização de tributos como instrumento para proteção do meio ambiente.¹⁵

Importante anotar, todavia, que o direito ambiental tributário não se refere necessariamente à criação de novos tributos voltados à preservação ambiental, mas, sim, a uma verdadeira reordenação do direito tributário, a fim de incorporar aos seus preceitos a

¹¹ CAVALCANTE, Denise Lucena. Reflexões sobre a Tributação Ambiental. *Revista Interesse Público* n.º 68. Jul-ago/2011, ano 13, p. 357.

¹² NUNES, Clécio Santos. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 113.

¹³ COSTA, Regina Helena. *Direito Ambiental em Evolução*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 303.

¹⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

¹⁵ RIBAS, Lidia Maria L. R. CARVALHO, Valbério Nobre de. O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo/SP, ano 14, n. 54, abr-jun/09, p. 187.

sustentabilidade.

Não se trata simplesmente de reduzir a discussão ao tributo ecológico. Na verdade, sequer defende-se um conceito próprio de tributo ambiental, pois não se trata de uma espécie tributária distinta das que estão em curso. Ao contrário, a tributação ambiental não preconiza uma espécie tributária nova, mas, sim, uma reordenação do sistema tributário com foco na sustentabilidade ambiental.¹⁶

E complementa CAVALCANTE, asseverando que muito mais eficaz que criar novos tributos, num país já de elevadíssima carga tributária, é a adoção de incentivos fiscais para as empresas que investirem na proteção ao meio ambiente.¹⁷

No mesmo enfoque a lição de NUNES, para quem a criação de um imposto residual ambiental traria consigo o aumento da carga tributária brasileira, devendo a tributação ambiental voltar-se à aplicação da extrafiscalidade nos tributos já existentes e nas abstenções fiscais.¹⁸

De todo modo, a adequada utilização de instrumentos fiscais no contexto contemporâneo pode ser muito útil aos gestores que se preocupam em estimular a produção e a tecnologia com regras mais respeitosas ao meio ambiente, sempre com um olhar no futuro e, não meramente restrito a arrecadação mediata.¹⁹

Desta feita, tem-se que a intervenção estatal na atividade econômica, através da tributação ambiental, é medida essencial para estimular a convivência harmoniosa entre o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, de forma a atingir o principal objetivo preconizado pelo desenvolvimento sustentável, qual seja, proteger as necessidades das atuais sem prejuízo das necessidades das futuras gerações.

2. O IPVA COMO INSTRUMENTO AUXILIAR PARA O ALCANCE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Na União Europeia foram adotadas várias medidas relacionadas ao transporte rodoviário, no intuito de estimular o consumo e a utilização de veículos menos poluentes.

¹⁶ CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação Ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. **Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, vol. 32-2. Jul-dez 2012. ISSN: 1807-3840, p. 102.

¹⁷ CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação Ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. **Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, vol. 32-2. Jul-dez 2012. ISSN: 1807-3840, p. 110.

¹⁸ NUNES, Clécio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 146.

¹⁹ CAVALCANTE, Denise Lucena. Reflexões sobre a Tributação Ambiental. **Revista Interesse Público** n.º 68. Jul-ago/2011, ano 13, p. 361.

Como bem esclarece NINO:

In considerazione della circostanza che la maggior parte degli spostamenti nell'Unione Europea avviene per vie stradali e che una cospicua parte dell'inquinamento ambientale deriva dai mezzi di trasporto operanti su strada, che causano elevate emissioni di gas ad effetto serra e una frequente congestione nella circolazione stradale, l'Unione Europea, al fine di ridurre l'impatto negativo di tali tipologie di trasporti sull'ambiente e l'eccessivo ingombro delle vie di collegamento, dalla metà degli anni '90 ha adottato una serie di misure legislative ed operative incentrate in particolare: 1. sul ridimensionamento dell'utilizzo delle autovetture e dei mezzi pesanti a favore dell'uso dei mezzi di trasporto meno inquinanti, quali le ferrovie e le navi; 2. sulla riduzione delle emissioni di anidride carbonica dei veicoli commerciali leggeri e dei veicoli pesanti; 3. sulla promozione di veicoli puliti e a basso consumo energetico, e sull'utilizzo dei biocarburanti o di altri carburanti rinnovabili nei trasporti.²⁰

Especificamente na Itália, tem-se estudado a esfera dos transportes de um modo holístico - como estímulos para a aquisição de veículos menos poluentes, incentivos para a renovação da frota de veículos etc – no afã de alcançar o que os italianos denominam de “mobilidade sustentável”.

Na lição esclarecedora de MARFOLI:

La normativa italiana sulla mobilità sostenibile è diretta a promuovere l'attuazione di interventi e progetti integrati all'interno delle diverse componenti della mobilità e del trasporto attraverso la modifica della domanda di trasporto, il potenziamento e il cambiamento dell'offerta di trasporto pubblico, gli incentivi all'utilizzo di carburanti a basso impatto ambientale e al rinnovo del parco veicolare, lo sviluppo dell'intermodalità e la promozione di iniziative di sensibilizzazione come le « domeniche ecologiche ».²¹

No Brasil, ainda que seja necessária uma ampla reforma tributária que inclua a proteção ao meio ambiente como uma de suas principais diretrizes - até para evitar contradições de gestão ambiental tributária - tem-se que é possível aos entes políticos brasileiros a atual inclusão de dito escopo em seus tributos, como no caso do IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores), em que podem ser beneficiados os veículos que adotem combustíveis menos poluidores.

Como bem enuncia RIBAS, o IPVA pode ser utilizado para a melhoria das condições ambientais, oferecendo carga tributária mais reduzida para automóveis com tecnologia menos poluidora.²²

²⁰ NINO, Michele. La Politica dei trasporti dell'unione europea e Le problematiche riguardanti la tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile. **Dir. Comm. Internaz.**, fasc. 1., 2013, p. 227.

²¹ MARFOLI, Luca. Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia. **Riv. Giur. Ambiente**, fasc 3-4, 2013, p. 305.

²² RIBAS, Lidia Maria L. R. CARVALHO, Valbério Nobre de. O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. **Revista de**
208

No mesmo diapasão o ensinamento de NUNES: “Ao IPVA, é ainda maior a possibilidade de utilização da técnica de política ambiental tributária. Automóveis que utilizarem equipamentos ou combustíveis menos poluidores poderão receber incentivos na alíquota ou na base de cálculo do imposto”²³.

O IPVA é de competência dos Estados e do Distrito Federal e está disciplinado no art. 155, III e § 6º da Constituição Federal, in verbis:

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

III - propriedade de veículos automotores.

§ 6º O imposto previsto no inciso III: (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003).

I - terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003).

II - poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e utilização. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 42, de 19 de dezembro de 2003).²⁴

Ressalte-se o contido no § 6º, inciso II, do dispositivo constitucional, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 42/2003, que prevê a possibilidade de fixação de alíquotas diferenciadas em função do tipo e da utilização do veículo.

Assim, diante da possibilidade de diferenciação de alíquotas em função do tipo de veículo e sua utilização, abre-se o caminho para que os Estados minimizem ou exclam o imposto dos veículos menos poluentes, até porque, segundo a Política Nacional do Meio Ambiente, o uso de combustíveis automotivos classificados pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) como de baixo potencial poluidor será incentivado e priorizado, especialmente nas regiões metropolitanas (Lei n.º 8.723/93, art. 11).

Na Europa, diversos países já incluem a potência, o volume de emissão de dióxido de carbono e até o consumo de combustível na base de cálculo dos impostos devidos em virtude da propriedade de automóveis. Na França, *verbi gratia*, a compra de veículos com baixo grau de emissão de poluentes recebe subsídio estatal.²⁵

Direito Ambiental. São Paulo/SP, ano 14, n. 54, abr-jun/09. p. 199.

²³ NUNES, Clécio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 164.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

²⁵ COELHO, Hamilton Antônio. Responsabilidade ambiental, sustentabilidade, tributação ecosocial e os tribunais de contas. **Revista**

Ainda que incipiente no direito brasileiro, já há experiências de alguns Estados Federados que conferem isenções ou reduções da alíquota do imposto conforme o grau de poluentes do combustível utilizado pelo veículo automotor.

Nesta linha, o Estado do Paraná concede redução de alíquota²⁶, de 3,5% para 1%, para veículos automotores que utilizem o Gás Natural Veicular (GNV), conforme se infere da Lei Orgânica do IPVA do referido ente federado (Lei n.º 14.260/2003, art. 4º, inciso I, alínea “c”).

Na mesma toada, mas também incluindo mais espécies de combustíveis no benefício fiscal, o Estado de São Paulo, através do art. 9º, III, da Lei n.º 13.296, de 23/12/1998, reduziu a alíquota de 4% para 3% para veículos que se utilizem de álcool, gás natural veicular ou eletricidade, ainda que combinados entre si.

Com teor semelhante a legislação do Estado do Rio de Janeiro, em que veículos movidos a álcool, gás natural veicular e eletricidade também possuem redução da alíquota, sendo 2% para o primeiro, e apenas 1% para veículos movidos a gás natural ou eletricidade, enquanto que os veículos movidos a gasolina possuem a elevada alíquota de 4%.

Ademais, dito Estado inova ao estabelecer a alíquota de 3% para automóveis de passeio e camionetas bicombustíveis, estimulando, também, o uso do álcool - menos poluente que a gasolina - conforme o regramento previsto no art. 10 da Lei Estadual n.º 2.877, de 22/12/1997, com as alterações promovidas pelas leis n.º 5.430/2009 e 5.635/2010.

Na Região Centro-Oeste, digna de nota a disposição da Lei Estadual n.º 1.810, de 22/12/1997, do Estado do Mato Grosso do Sul – único da região que prevê a redução do imposto para veículos elétricos ou que se utilizem de combustíveis menos poluentes:

Art. 153. Para atendimento a programa de controle da poluição, ou de desenvolvimento tecnológico, o Poder Executivo pode reduzir em até setenta por cento o IPVA devido pelo proprietário ou pelo possuidor de veículo com motor acionado a eletricidade ou a gás. No caso de veículo com motor a álcool, a redução pode ser de até quarenta por cento.²⁷

Nesta senda, o proprietário de veículo elétrico ou com motor a gás poderá ter abatimento de até 70% do valor do imposto a ser pago, enquanto que para veículos a álcool o desconto chega a 40%.

TCEMG, jan.-fev.-mar. 2012, p. 42.

²⁶ A alíquota do IPVA incide sobre a sua base de cálculo, a qual é, via de regra, o valor médio de mercado do veículo, conforme previsto nas diversas leis estaduais citadas ao longo do presente estudo.

²⁷ Lei n.º 1.810/1997 do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em www.sefaz.ms.gov.br, acesso em 15.02.2015.

Já na Região Nordeste, prevalece a total isenção do IPVA para veículos que utilizem a eletricidade como combustível. Neste teor o art. 92, XI, da Lei Estadual n.º 7.799, de 19/12/2002, do Estado de Maranhão, que prevê a isenção total do imposto para “veículos movidos a força motriz elétrica”.

O mesmo ocorre no Estado do Ceará, em que a isenção é concedida pelo art. 4º, IX, da Lei n.º 12.023, de 20/11/1992, bem como no Estado do Piauí, consoante a expressa previsão do art. 5º, VIII, da Lei n.º 4.548, de 30/12/1992.

O Estado do Rio Grande do Norte, através da Lei n.º 6.967, de 31/12/1996, também isenta do recolhimento do IPVA os veículos movidos por motor elétrico, como mandamenta o art. 8º, XI, do referido pergaminho legal estadual.

Outro Estado da Região Nordeste que prevê dito benefício é o Estado de Pernambuco, em que o art. 5º, XI, da Lei n.º 10.849, de 28/12/1992, também determina a isenção do IPVA para veículo movido a motor elétrico.

Curioso anotar, todavia, a situação vivenciada no Estado do Sergipe. Previa o art. 4º, XI, da Lei n.º 3.287, de 21/12/1992, a isenção do imposto para “veículos movidos a motor elétrico”. Entretanto, dita lei foi revogada expressamente pela Lei n.º 7.655, de 17/06/2013, a qual enunciou hipóteses de isenção em seu art. 6º, sem abranger dita categoria de veículos.

Por fim, o único estado da Região Sul que adota a isenção para veículos elétricos é o Estado do Rio Grande do Sul, conforme disposição estabelecida no art. 4º, II, da Lei n.º 8.115, de 30/12/1985, com redação dada pelo art. 1º, I, da Lei n.º 10.869, de 05/12/1996.

Infelizmente o Estado de Santa Catarina, assim como os demais Estados não citados, ainda não adotou qualquer isenção ou redução de alíquotas conforme o combustível utilizado pelo veículo.

De fato, o que se constata é que são poucas as legislações estaduais que preveem isenções ou reduções de alíquotas para veículos com baixa emissão de gás carbono, malgrado o permissivo constitucional possibilitar a implementação de política fiscal para estimular o consumo de veículos menos poluentes.

Evidente que os veículos que se utilizam de combustíveis menos poluentes devem receber também benefícios fiscais na sua produção, inclusive com a redução da alíquota do IPI ou do Imposto de Importação, quando for o caso, no intuito de intensificar a sua utilização no território

brasileiro. Porém, os Estados podem e devem vir a contemplar a propriedade do veículos menos poluentes com redução ou isenção do IPVA, estimulando o seu consumo, com melhorias significativas ao meio ambiente e à qualidade de vida dos brasileiros.

Como asseveraram DINIZ e SANCHES JUNIOR:

Por certo, o emprego dos tributos com fins extrafiscais constitui importante instrumento para a proteção e preservação do meio ambiente, mormente se considerado seu caráter pedagógico na mudança de comportamento dos indivíduos, via estímulo de certos comportamentos e atividades que beneficiem o meio ambiente. Nesse prisma, o IPVA pode e deve ser usado como incentivador da proteção do meio ambiente sem descuidar-se do desenvolvimento econômico, através da adoção de uma tributação pró-ambiente, fomentando, assim, o desejado desenvolvimento sustentável.²⁸

Não se pode perder de vista que dita prática deve ser estendida aos demais tributos, independentemente da competência tributária, mudando a postura do Poder Público, ao qual cabe introduzir no âmbito estatal práticas fiscais inovadoras e que permitam uma adequada integração entre a política fiscal e a política ambiental.²⁹

De qualquer forma, como podemos verificar, tem-se que o IPVA, embora originalmente não tenha sido instituído correlacionando-se com a proteção ao meio ambiente, pode, sim, ser utilizado como ferramenta de proteção e preservação ambiental, na medida que sua isenção ou redução de sua alíquota para veículos menos poluentes contribui para estimular a sua aquisição pela população, diminuindo, via de consequência, a emissão dos nocivos gases do efeito estufa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conscientes de que somente os aspectos repressivos e preventivos em prol do meio ambiente são insuficientes para protegê-lo, imperiosa a intervenção dos Estados no meio econômico para fomentar e implementar a sustentabilidade, como enunciado no art. 170, VI, da Constituição Federal.

Dentre as várias formas de intervenção na atividade econômica, o Estado deve utilizar a extrafiscalidade dos tributos para estimular o comportamento dos cidadãos a praticarem condutas que vão ao encontro da proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável.

²⁸ DINIZ, Luciano dos Santos. SANCHES JUNIOR, Paulo Fernandes. Álcool e políticas de apoio à sustentabilidade ambiental. **Revista Eletrônica Multidisciplinar Pindorama do Instituto Federal de Educação, Ciência e tecnologia da Bahia – IFBA**, n.º 01, ano I, agosto/2010, www.revistapindorama.ifba.edu.br, p. 17

²⁹ CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação Ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. **Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, vol. 32-2. Jul-dez 2012. ISSN: 1807-3840, p. 105.

A tributação ambiental objetiva o estudo e a criação de uma política fiscal ambiental voltada para a proteção ao meio ambiente, sem falar na criação de novas espécies de tributos – o que somente aumentaria nossa já pesada carga tributária – mas na aplicação da redução de alíquotas ou isenções para situações que promovam ou auxiliem o desenvolvimento sustentável.

A fixação da alíquota do IPVA conforme o tipo e a utilização do veículo possibilita o uso do tributo como incentivador da proteção do meio ambiente, permitindo a redução de alíquotas e até mesmo a sua total isenção para veículos que utilizem combustíveis menos poluidores, estimulando o seu consumo e fomentando, consequentemente, o desenvolvimento sustentável.

Alguns Estados da Federação já preveem em suas legislações isenções ou reduções de alíquota do IPVA conforme o combustível utilizado pelos veículos, devendo dita iniciativa ser incorporada pelos demais Estados da Federação, no intuito de auxiliar o estímulo ao consumo de automóveis menos poluidores.

Ainda que ações pontuais colaborem para o alcance da sustentabilidade, faz-se necessária uma ampla reforma fiscal tributária, que insira de forma mais ampla o direito ambiental entre suas diretrizes, no afã de estimular *in concreto* o equilíbrio que deve haver entre o crescimento econômico e a proteção do meio ambiente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARAL, Paulo Henrique do. Tributação Ambiental: contributo à política de desenvolvimento sustentável no Brasil. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 13, n. 50, abr-jun/2008, p. 212-234.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação Ambiental: por uma remodelação ecológica dos tributos. **Revista Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, vol. 32-2. Jul-dez 2012. ISSN: 1807-3840, p. 101-115.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Reflexões sobre a Tributação Ambiental. **Revista Interesse Público** n.º 68. Jul-ago/2011, ano 13, p. 355-368.

CARRAZA, Roque Antonio. **ICMS**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Hamilton Antônio. Responsabilidade ambiental, sustentabilidade, tributação ecossocial e

os tribunais de contas. **Revista TCEMG**, jan.-fev.-mar. 2012, p. 39 a 45.

COSTA, Regina Helena. **Direito Ambiental em Evolução**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. Saraiva, São Paulo, 2009.

DINIZ, Luciano dos Santos. SANCHES JUNIOR, Paulo Fernandes. Álcool e políticas de apoio à sustentabilidade ambiental. **Revista Eletrônica Multidisciplinar Pindorama do Instituto Federal de Educação, Ciência e tecnologia da Bahia – IFBA**, n.º 01, ano I, agosto/2010, disponível em www.revistapindorama.ifba.edu.br, acesso em 15/02/2015

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. FERREIRA, Renata Marques. **Direito Ambiental Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GIALDINO, Carlo Curti. **L'unione europea ed il principio dello sviluppo sostenibile**, Relazione presentata al Seminario di 2° livello organizzato dal Ministero della Pubblica Istruzione e dalla Regione Veneto sul tema “**Costituzione italiana, integrazione europea e sviluppo sostenibile**”, Venezia, Isola di San Servolo, 22-24 ottobre 2007.

MARFOLI, Luca. Trasporti, ambiente e mobilitá sostenibile in Italia. **Riv. Giur. Ambiente**, fasc 3-4, 2013, p. 305.

NINO, Michele. La Politica dei trasporti dell'unione europea e Le problematiche riguardanti La tutela ambientale e lo sviluppo sostenibile. **Dir. Comm. Internaz.**, fasc. 1., 2013, p. 227.

NUNES, Clécio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

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

PEPE, Vincenzo. Lo Sviluppo Sostenibile tra Diritto Internazionale e Diritto Interno. **Riv. Giur. Ambiente**, fasc 2, 2002, p. 209.

RIBAS, Lidia Maria L. R. CARVALHO, Valbério Nobre de. O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo/SP, ano 14, n. 54, abr-jun/09, artigo da p. 185-204.

Relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Relatório Brundtland, “Nosso Futuro Comum. disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

ÁGUA, BEM FUNDAMENTAL DA HUMANIDADE: COMO O BRASIL E A UNIÃO EUROPEIA TÊM SE CONDUZIDO E SE PREPARADO PARA ENFRENTAREM O PROBLEMA DE ESCASSEZ DE ÁGUA

Denival Francisco da Silva¹

Demes Britto²

INTRODUÇÃO

A ameaça de uma crise ecológica³, diante do que vem ocorrendo com o uso e aproveitamento da água, não é mais um enredo apocalíptico. O mundo já experimenta um quadro de dramaticidade frente à escassez de água, com previsões futuras nada animadoras⁴, em consequência de diversos fatores, quer *naturais* – e que são potencializados pela intervenção humana – ou aqueles que são *causados pela intervenção abrupta e inconsequente do ser humano no meio ambiente*.

As mudanças climáticas que alteram os ciclos pluviométricos e as regiões onde haverá maiores densidades de chuva têm ocorrido numa rapidez nunca antes vista, causando consequências danosas em virtude de secas prolongadas ou, contrariamente, por excessos de chuvas⁵.

As agressões ao meio ambiente, a alta demanda pelo consumo de água, em especial na

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVAI/SC. Mestre em Direito pela UFPE. Juiz de Direito na Comarca de Goiânia/GO. denivalfsilva@gmail.com.

² 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, Vice-Presidente da 3º TE.

³ RIECHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yayo; MADARRÁN, Carmen. **Qué hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la amenaza de una crisis mayor que la económica: la ecológica.** Madrid: Ediciones Akal, S.A., 2012.

⁴ 1. ONU Brasil. **A ONU e a Água.** In: <http://nacoesunidas.org/acao/agua/>. Pesquisa em 10/02/2015; 2. UNESCO. **Agua y Energía:** Resumen Executivo: Informe de las Naciones Unidas Sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2014. <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002269/226962s.pdf>. Pesquisa em 15/02/2015; 3. AEA – Agência Europeia do Ambiente. **Seca e sobreutilização de água na Europa.** (Realese). Publicado em 17/03/2009. In: <http://www.eea.europa.eu/pt/pressroom/newsreleases/seca-e-sobreutilizacao-de-agua-na-europa>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁵ O Brasil, país com enorme extensão territorial, convive com essa aparente contradição. Nos últimos tem-se aclarado periclitante a alta densidade pluviométrica na região norte e escassez principalmente na região sudeste, fora da média conhecida. Isso é bastante exemplar no ano 2014 e princípio de 2015. Atualmente, *na região norte*, a população sofre com os efeitos das cheias dos rios. Ao mesmo tempo, *a região sudeste* enfrenta os desafios de uma estiagem prolongada, com escassez de águas nos rios, reservatórios, comprometendo severamente o abastecimento humano. Ambos os fenômenos atingem a população e impactam a economia.

agricultura e na indústria, e o uso irracional desse recurso fundamental, fatores provocados pela ação humana, são as principais causas para a escassez hídrica no mundo atual.

A forma de desenvolvimento ditado pela globalização, coordenado a partir dos *países centrais*, instituiu um modelo único a ser seguido e que penaliza, sobretudo, os *países periféricos*⁶ porque não conseguem dele escapar. Trata-se de um modelo predador, servindo bem aos interesses das grandes corporações multinacionais, propiciando grandes riquezas para uma minoria numericamente inexpressiva de pessoas nos países centrais, em detrimento da difusão da miséria, desigualdades sociais, exploração da mão-de obra barata e o consumo desenfreado dos recursos naturais ainda existentes, com enorme ofensa aos direitos fundamentais das populações fragilizadas.

Não existe, portanto, elementos isolados que possam justificar a escassez de água vivenciada e que tende a se agravar. Há um avanço sistemático do problema numa rapidez muito superior às alternativas que se propõem. Meio século atrás não se podia imaginar a extensão dos danos quanto à exploração inadvertida dos recursos naturais, especialmente em face do uso e consumo abusivo de água que se imaginava perene e de fácil acesso.

Somente a partir da década de 1960 a problemática da questão hídrica começou a repercutir nas análises e projeções de estudiosos, sem ainda ressoar entre os líderes e agentes políticos e administrativos. Havia – em especial no Brasil, como ainda persiste – a cultura da abundância e da impossibilidade de finitude dos recursos hídricos. A demora na tomada de consciência tardou o planejamento de medidas para debelar os pontos frágeis dessa relação do ente humano com a natureza. Nesse vazio o quadro só agravou, com a manutenção da exploração irresponsável, com efeitos por vezes irreversíveis, e pela ausência de formas de preservação e conservação dos recursos hídricos.

Os primeiros alertas institucionais vieram das agências internacionais, advertindo para a situação de calamitosa que a humanidade enfrentará brevemente, embora lançasse a responsabilidade de preservação ambiental aos países que ainda dispunha de fartos recursos, sem nenhuma contraoferta para que pudessem gerar riquezas e desenvolvimento sem afetar o meio ambiente.

⁶ Os termos *países centrais* e *países periféricos* são utilizados por Boaventura Santos. Na perspectiva desse autor, com o fim da “guerra fria” a divisão não é mais leste/oeste, entre os blocos capitalistas e socialistas, conquanto muito mais severa do ponto de vista do desenvolvimento social e econômico, com o apartamento entre norte/sul, entre países ricos e pobres. (*vide*: SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**: O social e o político na Pós-Modernidade. 14^a. ed. São Paulo: Cortez, 2013.)

Essa situação mudou e hoje há um consenso na comunidade internacional de que não se pode exigir dos países periféricos a preservação de seus recursos naturais sem uma compensação por parte dos países desenvolvidos e que mais poluem. É necessário, todavia, que se saia das pretensões para medidas efetivas. Enquanto isso, ainda neste ano de 2015, a ONU⁷ soltou um relatório retratando a situação perigosa que o mundo enfrentará brevemente em relação à disponibilidade de água para o consumo.

A UNESCO, num documento editado em 2014⁸, reconhece também como extremamente sérios os desafios atuais para satisfazer as necessidades humanas por água doce e energia. Segundo essa entidade, o problema tem se agravado e levado 768 milhões de pessoas a sobreviverem na dependência de fontes de águas escassas e/ou impróprias para o uso, o que tem contribuído com alta proliferação de enfermidades e sofrimento humano. Diante dessa realidade a UNESCO faz a seguinte advertência:

El agua dulce es el recurso más importante para la humanidad, es un bien transversal a todas las actividades sociales, económicas y ambientales. Es una condición para toda la vida en nuestro planeta, un factor propicio o limitante para cualquier desarrollo social y tecnológico, además de una posible fuente de bienestar o miseria, cooperación o conflicto.

Para garantizar la gestión y el suministro de este bien, debemos proteger los sistemas de agua vulnerables, mitigar los impactos de los peligros relacionados con el agua, tales como inundaciones y sequías, salvaguardar el acceso a las funciones y servicios de agua y administrar los recursos hídricos de manera integrada y equitativa.⁹

Esse cenário assustador deve ser objeto de preocupações de toda sociedade. O presente artigo pretende abordar tais questões, enfatizando o problema das crises hídricas, a partir de um paralelo entre o que se tem feito no Brasil e na Europa para atender a demanda por água.

⁷ Trata-se de relatório muito recente que não tivemos oportunidade de analisar a ponto de podermos reproduzir ou trazer para este texto nossas reflexões.

⁸ *El agua dulce y la energía son cruciales para el bienestar humano y el desarrollo socioeconómico sostenible. Hoy en día se reconoce ampliamente su importancia para progresar en todas las categorías de los objetivos de desarrollo. Las crisis regionales y mundiales —climáticas, de pobreza, hambre, salud y finanzas— que amenazan el sustento de muchos, especialmente de los 3 mil millones de personas que viven con menos de 2,50 USD al día, están interrelacionadas con el agua y la energía. A nivel mundial, se estima que unos 768 millones de personas siguen sin acceso a una fuente mejorada de suministro de agua —aunque algunas estimaciones cifran el número de personas cuyo derecho al agua no está cubierto en 3,5 mil millones — y 2,5 mil millones permanecen sin acceso a saneamiento mejorado. Más de 1,3 mil millones de personas todavía carecen de acceso a la electricidad, y aproximadamente 2,6 mil millones utilizan combustibles sólidos (principalmente biomasa) para cocinar. El hecho de que estas cifras suelen representar a un mismo colectivo evidencia la estrecha relación existente entre las enfermedades respiratorias causadas por la contaminación del clima interior, y la diarrea y otras enfermedades transmitidas a través del agua, causadas por la falta de agua potable y saneamiento. (UNESCO. Agua y Energía: Resumen Executivo: Informe de las Naciones Unidas Sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2014. In: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002269/226962s.pdf>. Pesquisa em 15/02/2015).*

⁹ UNESCO. **Agua y Energía**: Resumen Executivo: Informe de las Naciones Unidas Sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2014. In: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002269/226962s.pdf>. Pesquisa em 15/02/2015.

O fundamental é ter presente à necessidade de ser pensar globalmente sobre a questão hídrica, dado aos reflexos as consequências que advirão de crises cada vez mais constantes. Por isso, não se pode mais pensar sobre o tema apenas localmente. A gestão de tema dessa magnitude, que afeta bem fundamental e comum da humanidade, carece ser contextualizado globalmente, buscando-se evitar conflitos e crises humanitárias cujos efeitos e resultados seriam inimagináveis.

1. OS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL

1.1 Razões para a cultura do uso irracional da água no Brasil

No primeiro documento escrito em solo brasileiro, Pero Vaz de Caminha relata ao rei de Portugal as riquezas e belezas encontradas em *terra brasiliis*. Dentre os encantos narrados ressalta a exuberância das fontes d'água: “Águas são muitas; infinitas. Em tal maneira é graciosa [a terra] que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo; por causa das águas que tem!”¹⁰

A ênfase dada por Caminha para as fontes d'água deveu-se ao deslumbre dos navegantes ao comparar com as restrições a esse recurso natural já vivenciado na Europa no século XVI. A propósito, um dos grandes motivos para que Portugal se lançasse ao mar em busca de novas terras foi justo em razão da baixa condição agrícola, em decorrência de que “dois terços do solo português (eram) demasiados rochosos, escarpados e pedregosos para serem cultivados ou então o solo era tão pobre que não (permitia) senão colheitas incertas e inferiores”¹¹, e sem abundância hídrica.

Porém, o que haveria de ser uma generosidade com a terra achada, o discurso inicial parece ter impregnado na sociedade em formação, não fomentando uma consciência quanto à necessidade de se fazer uso responsável dos recursos hídricos. O esplendor decantado ao rei de Portugal abriu a história brasileira com a ideia fixa de extrema bonança de águas. Disso fez surgir o mito da perenidade e a despreocupação em preservação desse recurso natural, o que motivou uma cultura para sua exploração irracional como se fosse um recurso inesgotável¹², afinal foram

¹⁰ BIBLIO.COM. Biblioteca Virtual de Literatura. **Carta de Pero Vaz de Caminha.** Biblioteca Virtual de Literatura. <http://www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/perovazcaminha/carta.htm>. Pesquisa em 10/02/2015.

¹¹ BOXER, C. R. **O império marítimo português.** Tradução de Inês Silva Duarte, Lisboa: Edições 70, 1969, p.22.

¹² *A crise decorre de décadas de mau comportamento em relação ao uso da água e do solo, e também de uma relação cultural equivocada que nós, brasileiros, temos com os recursos naturais.* Vivemos uma cultura de abundância de água. Ninguém pensa

“registradas” como *infinitas*.

De fato as evidências de o primeiro olhar se confirmaram muito posteriormente com dados técnicos e científicos, o que reforçou a necessidade de ater a preocupações com o uso cometido e responsável da água. Os elementos históricos e culturais foram corroborados pela análise geológica que constataram que o Brasil detém 12% da água doce do planeta.¹³

Diante desses dados o Brasil detém uma das maiores médias per capita de água por habitante, embora não haja distribuição equânime desse recurso natural, nem aqui ou em qualquer outra parte do planeta. No caso brasileiro há muita disparidade entre regiões. Enquanto há grande volume d’água na região norte, que tem a maior extensão territorial, mas a menor população, as regiões com maior densidade populacionais, sobretudo nordeste e sudeste, têm respectivamente os menores volumes de água.

A revelação de que a planta do planeta terra é coberta por 2/3 d’água, dá a falsa ideia de que não há motivos para desassossego. Todavia, a proporção de água doce é ínfima nessa imensidão. Só 2,5% da quantidade de água existente no planeta não é salgada (o restante – 97,5% - formam os mares e oceanos). Dessa pequena fração, 68,9% encontram-se nas geleiras, calotas polares e nos picos das montanhas; 29,9% são águas subterrâneas, sobrando apenas 1,2% distribuídas entre pântanos (0,9%), rios e lagos (0,3%). Desse remanescente (0,3%), o que é viável para o uso e consumo humano, 70% estão destinados a irrigar grandes empreendimentos agrícolas, 20% são convergidos para a indústria, sobrando apenas 10% (de 0,3%) para consumo humano e dessedentação dos animais.¹⁴

O Brasil, como grande produtor de bens agropecuários no mundo, sofre as consequências do crescimento da atividade econômica no país, pelo aumento significativo do consumo de água na atividade agrícola e na pecuária, bem como diante da necessidade de se aumentar o represamento para fins hidrelétricos, sua principal fonte energética.

em seca em região de Mata Atlântica, que é uma área de abundância de rios, cachoeiras e florestas. Mas viemos perdendo as florestas, por meio do uso do espaço urbano de forma completamente desordenada. Isso causou dois problemas graves: concentração do consumo da água [na região metropolitana] e aumento da poluição em praticamente oito vezes. A falta de água hoje na Grande São Paulo é muito mais decorrente da poluição e do desperdício do que do clima. Os eventos climáticos extremos potencializaram a crise, mas eles não são os culpados. (negritamos). (vide: RIBEIRO, Malu. Crise da água. Entrevista ao IDEC, maio 2014. In: http://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/187-entrevista1.pdf. Pesquisa em 10/02/2015).

¹³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. ANA - Agência Nacional de Águas. **Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil – Informe 2012.** In: <http://arquivos.ana.gov.br/impressa/arquivos/Conjuntura2012.pdf>. Pesquisa em 08/01/2015.

¹⁴ BOFF, Leonardo. **A água no mundo e sua escassez no Brasil.** Diário da Liberdade. In: <http://www.diarioliberdade.org/opiniom/outras-vozes/54080-a-%C3%A1gua-no-mundo-e-sua-escassez-no-brasil.html>. Publicado em 06/02/2015. Pesquisa em 06/02/2015.

O desenvolvimento tecnológico no campo permitiu um salto enorme na produção de grãos, o que motivou a expansão das lavouras e pastagens para regiões e áreas antes tidas como inférteis, como o cerrado brasileiro, onde se passou, inclusive, a cultivar até três safras anuais. Para tanto é imprescindível que se tenha disponível água à vontade para irrigação.¹⁵ Só este setor produtivo absorve 70% dos recursos hídricos disponíveis.¹⁶

Ainda que existam maneiras de minimizar esse excessivo consumo – por exemplo, com a substituição da técnica de irrigação por aspersão por mecanismos de gotejamento, com redução à metade do que se utiliza de água nas lavouras – persiste a cultura da abundância d'água e de que nessa terra se plantando dá sem nenhum sacrifício¹⁷, somada à falta de uma visão conservacionista, conjugada ainda com a ausência de incentivos para instalação de novos sistemas de irrigação, o que exigiria dos produtores investimentos, mas poderiam ser diluídos ao longo do tempo.

Na pecuária, centrada na criação de bovinos, o dispêndio de água para dessedentação e cultivo das pastagens é considerável. O Brasil é hoje maior exportador de carne do mundo, o que somado com o consumo interno, exige o crescimento significativo do rebanho nos últimos anos.

A indústria também é grande usuária de água. Apesar disso ainda não adquiriu o hábito do reuso, o que reduziria a captação nas fontes primárias (rios e poços). Ademais, como não há um rigoroso controle quanto às águas residuais das indústrias, são lançados fluídos contaminantes e água sem nenhum tratamento aos leitos dos rios. Tais práticas deixam de contribuir com a diminuição do consumo, e mais, tornam insuscetível o uso das águas dos rios a partir das vazantes desses esgotos (se perceptível), e/ou permite o uso indevido de águas poluídas por populações ribeirinhas.

Percebe-se que por razões históricas, geológicas e econômicas sustentou-se na sociedade brasileira a cultura da abundância, ao invés de uma consciência de finitude dos recursos e com ela,

¹⁵ Como revela o Valor Econômico, a restrição do uso da água para a irrigação, medida extrema, traz efeitos colaterais imediatos, com a demanda dos produtos agrícolas, em destaque para as hortaliças e frutas, aumentando-se os preços e por consequência impactando os índices inflacionários. (vide: BATISTA, Fabiana. **São Paulo vai restringir o uso da água na irrigação**. Valor Econômico. Matéria veiculada em 22/01/2015. In: <http://www.valor.com.br/agro/3872482/sao-paulo-vai-restringir-o-uso-de-agua-na-irrigacao>. Pesquisa em 25/01/2015).

¹⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. ANA - Agência Nacional de Águas. **Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil – Informe 2012**. In: <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/arquivos/Conjuntura2012.pdf>. Pesquisa em 08/01/2015.

¹⁷ “O princípio que, desde os tempos mais remotos da colonização, norteara a criação da riqueza no país não cessou de valer um só momento para a produção agrária. Todos queriam extraír do solo excessivos benefícios sem grandes sacrifícios. Ou, como já dizia o mais antigo dos historiadores, queriam servir-se da terra, não como senhores, mas como usufrutuários, “só para desfrutarem e a deixarem destruída”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª edição. 22ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 52)

da necessidade de preservação sem desperdício e conservação das fontes e mananciais.

1.2 O histórico de secas no Brasil e a falta de gestão do problema

1.2.1 O problema crônico no nordeste

A falsa ideia da abundância de água, ou de sua distribuição, no Brasil se desfaz com o histórico problema da seca no Brasil, detidamente na região nordeste, que tem seus primeiros impactos registrados nos anos de 1692/1693.¹⁸ A rigor, o povoamento do sertão nordestino ocorreu numa região sabidamente árida. Isso, de modo nenhum retira a condição de desastre natural os períodos de seca, principalmente para uma população humilde e sempre confiante de que dos céus hão de verter torrentes de água o suficiente para que possa sobreviver e desenvolver suas atividades produtivas.

A novidade agora é que a situação crítica de escassez d'água atingiu fortemente a região sudeste, a mais desenvolvida do país, dentre outras razões, muito por conta também das opções políticas e econômicas que para lá foram dirigidas.¹⁹ Em virtude da pujança econômica o sudeste sempre teve grande fluxo migratório, sobretudo da população nordestina fugindo das longas estiagens e da falta de recursos para sobreviver na terra natal.

Enquanto o drama da seca foi vivido apenas pela população da região nordeste – e isso há séculos –, o assunto era tratado como algo irremediável para o que o sertanejo, homem valente e calejado teria aprendido a lidar. Isso, todavia, sempre foi um tremendo engodo que serviu para sustentar não só a renegação de políticas públicas, como a oportunidade de surgimento dos heróis dos sertões, como os *velhos beatos* e *cangaceiros*²⁰.

¹⁸ O problema da seca no nordeste é histórico. Conforme trabalho publicado por Virgínia de Alcântara Silva e outras, na revista eletrônica da UERJ, nos últimos 500 anos, a região nordeste do Brasil enfrentou vários períodos de secas. Os períodos mais graves de suas ocorrências: 1692/1693; 1723/1727; 1744/1745; 1776/1778; 1808/1809; 1824/1825; 1877/1879; 1888/1889; 1903/1904; 1914/1915/1903/1904; 1914/1915; 1919/1921; 1970; 1979/1984; 1988. (SILVA, Virgínia de Alcântara et al. **O desastre seca no nordeste brasileiro**. UERJ: Polêmica Revista Eletrônica, v 12, nº 2, 2013. In: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/6431/4857>. Pesquisa em 10/02/2015.)

¹⁹ “O desenvolvimento econômico no mundo todo tende a criar desigualdades. É uma lei universal inerente ao processo de crescimento: a lei da concentração. E dentro de um País de dimensões continentais como o Brasil, de desenvolvimento espontâneo, entregue ao acaso, os imperativos dessa lei tendem a criar problemas capazes de acarretar tropeços à própria formação da nacionalidade. [...] estou convencido que as crescentes disparidades regionais constituirão o mais grave problema do País na segunda metade do século XX - problema principal para a nossa geração, mas seguramente para as duas gerações que a seguirão.” (FURTADO, Celso. **A operação Nordeste**. Rio de Janeiro: Instituto Superior de Estudos Brasileiro, 1959.)

²⁰ Antônio Conselheiro e Lampião, personagens reais, transformaram em verdadeiros heróis dos sertões e foram imortalizados em obras literárias e no cinema. Ambos são heróis da seca e suas bravuras e lutas são muito exploradas como fator de resistência e luta.

Antônio Conselheiro foi um beato que conseguiu formar a comunidade de Canudos no interior da Bahia na década de 1890. Com

Porém, o pior dos heróis é o personagem mais real dos sertões, a figura dos *coronéis*,²¹ grandes proprietários rurais nessa região, com poder político e demagogia de sobra para promessas infundadas, alguns trocados e um prato de comida para o contentamento da gente sofrida que nunca perdia a fé e a crença em dias melhores²², mesmo que tivesse que buscar a guarida desses exploradores de sua boa-fé e de sua miséria.²³

Durante anos e anos de políticas públicas mal planejadas e conduzidas, alguns açudes, cacimbas, poços artesianos foram construídos,²⁴ bem como realizada a distribuição de água por caminhões pipas, além de outras pequenas assistências que não tinham a pretensão de dar solução ao problema crônico da seca,²⁵ mas atender emergências de uma minoria e em geral aqueles privilegiados proprietários de terras na região.²⁶

ideias revolucionárias incomodou muito o poder central, sendo alvo das forças de segurança do Estado que o matou e dizimou o povoamento em 1897. (*vide: CUNHA, Euclides. Os Sertões: campanha de Canudos.* 2ª edição: Ateliê Editorial, Imprensa Oficial do Estado, Arquivo do Estado, 2001 – (Clássicos comentados I); e, LLOSA, Mario Vargas Llosa. *A Guerra do Fim do Mundo: A Saga de Antônio Conselheiro* na maior aventura literária do nosso tempo. Tradução de Remy Gorga, filho. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1990).

Lampião, líder do cangaço, teve longa jornada no sertão nordestino entre os anos de 1918 a 1938. Agia como um Robin Hood, assaltando as propriedades rurais e comerciantes para depois distribuir parte do produto dos roubos com os mais pobres. Isso lhe deu o apelido de Rei do Cangaço e verdadeiro herói dos desvalidos. Lampião foi caçado, encerralado e morto por tropas oficiais no interior de Sergipe no ano de 1938. Em relação ao cangaço, Darcy Ribeiro destaca: “É de assinalar que o cangaço surgiu, no enquadramento social do sertão, fruto do próprio sistema senhorial do latifúndio pastoril, que incentivava o banditismo, pelo aliciamento de jagunços pelos coronéis como seus capangas (guarda de corpo) e, também, como seus vingadores”. (RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil.* 2ª edição. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 356)

²¹ “Entre o poder federal e a massa flagelada pela seca medeia, porém, a poderosa camada senhorial dos coronéis, que controla toda a vida do sertão, monopolizando não só as terras e o gado, mas as posições de mando e as oportunidades de trabalho que enseja a máquina governamental. [...] Esses donos da vida, das terras e dos rebanhos agem sempre durante as secas, mais comovidos pela perda de seu gado do que pelo peso do flagelo que recai sobre seus trabalhadores sertanejos, e sempre dispostos a se apropriarem das ajudas governamentais destinadas aos flagelados”. (RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil.* 2ª edição. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 348)

²² “Uma outra expressão característica do mundo sociocultural sertanejo é o fanatismo religioso, que tem muitas raízes comuns com o cangaço. Ambos são expressões da penúria e do atraso, que, incapaz de manifestar-se em formas mais altas de consciência e de luta, conduziram massas desesperadas ao descaminho da violência infrene e do misticismo militante. O fanatismo baseia-se em crenças messiânicas vividas no sertão inteiro, que esperava ver surgir um dia o salvador da pobreza” (RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil.* 2ª edição. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 356/357)

²³ “O coronel é, acima de tudo, um padroeiro, de compadre o padrão dos vínculos com o séquito. A hierarquia abrange-se, suavizando-se as distâncias sociais e econômicas entre o chefe e o chefiado. O padroeiro recebe e transmite homenagens, de igual para igual, comprometido a velar pelos afilhados, obrigados estes a acatar e respeitar os padrinhos. Num contexto de violência, consubstancial à vida rural, ela só se exerce contra o inimigo, nos atentados ao prestígio, em defesa da honra — ficar desmoralizado num conflito equivale à morte. O eleitor vota no candidato do coronel não porque tem a pressão, mas por dever sagrado, que a tradição amolda. De outro lado, não se compra o voto, ainda não transformado em objeto comercial só possível a barganha entre partes livres, racionalmente equivalentes.” (FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro.* 3ª edição. São Paulo: Editora Globo, 2001. p. 714)

²⁴ CAMPOS, José Nilson B. *Secas e políticas públicas no semiárido: ideias, pensadores e períodos.* SCIELO: Estud. av. vol. 28 nº 82. São Paulo: Oct./Dec. 2014. In: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142014000300005&script=sci_arttext. Pesquisa em 08/01/2015.

²⁵ PRADO Jr., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo.* São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 213.

²⁶ FURTADO, Celso. *A operação Nordeste.* Rio de Janeiro: Instituto Superior de Estudos Brasileiro, 1959.

A Sudene²⁷, agência do governo federal criada no ano de 1959 voltada para o desenvolvimento da região nordeste, nunca cumpriu exatamente seus objetivos, servindo para alojamento de aliados políticos dos governos centrais e passaporte para a vida política eleitoral de seus ocupantes.²⁸ Durante sua história, reduziu seu papel ao assistencialismo de cabresto, pelo qual se preferia aguardar a crise com a seca preanunciada para as medidas messiânicas, acolhendo algumas das pequenas necessidades emergenciais no varejo em troca de voto. Não sem motivo sempre foi alvo da sanha dos políticos do nordeste, como excelente curral eleitoral.

Quanto aos benefícios estatais e as reservas naturais mais consistentes na região nordeste, por força do poder econômico e político dos *coronéis* do sertão, foram sendo absorvidos com a expulsão migratória do sertanejo. Com isso os grandes latifundiários ampliaram ainda mais suas propriedades,²⁹ apropriando-se também das poucas fontes de água superficiais existentes, engolindo junto os recursos públicos destinados à região. Nisso a perenidade da seca sempre foi uma aliada bastante útil. Num só tempo servia para espantar o sertanejo sem condições de se fixar e se manter, e que na emergência e desespero acabava por dispor de sua gleba por valores irrisórios, quando não a abandonava para a grilagem do afoito latifundiário limítrofe, e, de outro, gerava a oportunidade para abocanhar verbas públicas para investimentos particulares, como a criação de açudes e poços.³⁰

Por estas e outras razões é que sempre se disse que no nordeste se criou a rentável e vantajosa “indústria da seca”³¹, onde alguns poucos contemplados sempre se aproveitaram,

²⁷ Criada em 1959. Sempre sofreu ingerências indevidas, modificações. Chegou a ser extinta e por fim foi recriada nos anos 2000. (WIKIPEDIA. A encyclopédia livre. Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste. http://pt.wikipedia.org/wiki/Superintend%C3%A3ncia_do_Desenvolvimento_do_Nordeste. Pesquisa em 10/02/2015).

²⁸ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: A formação e o sentido do Brasil. 2ª edição. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 350

²⁹ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: A formação e o sentido do Brasil. 2ª edição. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 350.

³⁰ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: A formação e o sentido do Brasil. 2ª edição. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

³¹ *Durante anos, grupos políticos e econômicos aproveitaram-se do flagelo da região em benefício próprio. Divulgando situações de calamidade pública, essa elite vem conseguindo importantes ajudas governamentais, como anistia das dívidas, verbas de emergência e renegociação de empréstimos. Tais auxílios nem sempre beneficiam a população afetada pela estiagem. Muitas vezes, o dinheiro público é usado para a construção de açudes e para o desenvolvimento de projetos de irrigação que trazem benefícios apenas para os próprios dirigentes. Tudo isso caracteriza a chamada "indústria da seca", ou seja, uma série de medidas que eternizam o problema para impedir que o auxílio desapareça.*

Trata-se de um fenômeno político segundo o qual latifundiários nordestinos e seus aliados políticos nas diversas esferas de governo utilizam a seca para angariar recursos públicos a pretexto de combatê-la. Tais recursos são aplicados em benfeitorias em suas propriedades particulares, como por exemplo, a utilização de "frentes de trabalho", pagas pelo governo, para construir açudes em suas terras. Não raro, os recursos são desviados para finalidades distintas das atividades agropecuárias ou combate à seca. Finalmente, o mesmo argumento da seca é utilizado para não pagarem as dívidas contraídas. *Desta forma, os recursos governamentais destinados ao combate à seca não atingem a população que é mais castigada, beneficiando às elites*

inclusive do fluxo de recursos públicos já escassos para atender aos próprios interesses em detrimento das necessidades dos mais necessitados e fragilizados pela seca.

Nesse cenário de desolação, muitos dos sertanejos que sonharam com a possibilidade de uma existência melhor subiam nos paus-de-arara (caminhões para transportes de pessoas, em condições sub-humanas), ou quando as condições não permitiam sequer bancar os custos das viagens, rumavam à pé, na esperança de alcançarem os grandes centros urbanos do país³², especialmente São Paulo, na esperança de encontrarem o Éden.³³

Poucos conquistaram o sonho perseguido. Tantos e tantos ficaram pelo caminho.³⁴ Muitos renitentes em seus quinhões ressequidos tombaram na terra árida e não foram notícias. E o sertão continua como antes, escasso de água e de projetos de desenvolvimento consistentes, para região de solo que sempre será árido por questões naturais, e que, portanto, não merece promessas vãs, impossíveis de serem atendidas.

1.2.2 A crise hídrica na região sudeste

A crise atual vivida na região sudeste, em especial a capital de São Paulo e cidades ao seu

locais. Como consequência, políticas mais eficazes são proteladas, uma vez que é do interesse dos latifundiários a eternização do problema.

Junto a isto, está o voto de cabresto, no qual as mercadorias vindas em prol da seca são desviadas e usadas pelos "industriais da seca", para comprar votos dando-as aos latifundiários, fazendo com que eles peçam aos seus trabalhadores que votem no político o qual lhe deu a mercadoria. Algumas soluções para à seca foram formuladas, entretanto, têm-se interesse na continuidade do problema, para que a população continue apoiando os políticos através da venda de votos.

Essa "indústria" aumentou ainda mais as disparidades entre proprietários e trabalhadores rurais. Essa situação serviu para preservar o coronelismo e muitas vezes reforçar o clientelismo. Já naquela época, tudo indicava que qualquer solução para o problema teria, necessariamente, que passar por uma reformulação do sistema de posse e uso da terra, o que era, e continua sendo, em larga medida, inaceitável para os grandes proprietários de terra." (como no original). (In: PAULINO, Ecolástico. "Indústria da seca" no nordeste é um ótimo negócio principalmente para os prefeitos municipais em ano eleitoral. <http://www.professorescolastico.com.br/2012/04/leia-amanhã-industria-da-seca-massacra.html>. Pesquisa em 10/02/2015.)

³² Em Vidas Secas, obra de ficção de um dos maiores romancistas brasileiros, Graciliano Ramos com enorme percepção condizente com uma fidedigna descrição da realidade do retirante nordestino, reproduz a saga dos migrantes nordestinos em seus corpos esquálidos rumando em direção aos grandes centros no sul do país, na esperança de vida melhor. Numa das passagens do livro o autor descreve que os personagens "andavam para o Sul, metidos naquele sonho. Uma cidade grande, cheia de pessoas fortes." (vide: RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. São Paulo: Record, 1996.)

³³ Ao referir-se ao sertanejo e sua luta diária para sobrevivência, Darcy Ribeiro descreve o drama da migração como sobras do pastoreio das grandes propriedades dos coronéis nordestinos: "[...] com o aumento da população, as zonas de pastoreio transformaram-se, principalmente, criatórios de gente, dos quais saem os contingentes de mão-de-obra requeridos pelas demais regiões do país. [...] Os sertões se fizeram, desse modo, um vasto reservatório de força de trabalho barata, passando a viver, em parte, das contribuições remetidas pelos sertanejos emigrados para sustento de suas famílias. O grave, porém, é que emigram precisamente aqueles poucos sertanejos que conseguem alcançar a idade madura, com maior vigor físico, tendendo a fixar-se nas zonas mais ricas do Sul aqueles nos quais a paupérrima sociedade de origem investiu o suficiente para alfabetizar e capacitar para o trabalho. Desse modo, o elemento humano vigoroso, mais eficiente e mais combativo é roubado à região, no momento preciso em que deveria ressarcir o seu custo social." (RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: A formação e o sentido do Brasil. 2ª edição. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 347).

³⁴ RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. São Paulo: Record, 1996.

redor, não é fato que ocorreu de inopino, mas preanunciado há pelo menos uma década.³⁵ Apesar da iminência de uma hecatombe, os interesses políticos e econômicos, acobertaram por anos e anos a falta de planejamento e de investimentos públicos para atender o aumento da demanda por água, deixando de implantar medidas para conservar, conter desperdícios e abusos no consumo, e para ampliar as fontes de captação.

As represas que abastecem a população dessa grande área metropolitana atingiram seus pontos críticos, com utilização das últimas reservas dos seus volumes mortos, em pleno verão de 2015. Isso aumenta a preocupação em relação aos riscos de uma catástrofe, com a possibilidade de uma situação de total desabastecimento findo o período de chuvas.

Ainda assim, a ausência de planejamento é a tônica. Na situação específica de São Paulo o governo do Estado tinha a previsão da crise hídrica já no início do ano de 2014.³⁶ Alheio a isso, deixou de agir atempadamente para coibir o risco real de escassez, preferindo, ao que parece apostar em orações a São Pedro para que vertesse chuvas (com a ressalva de não exagerar para não trazer o drama oposto das enchentes) suficiente para assegurar um bom volume d'água nos reservatórios.³⁷

Interesses políticos e econômicos, acobertados pela grande mídia, ditaram essa nuvem carregada de engodo e desinformações. No cenário político não se podia alardear sobre o fato enquanto não transcorresse o período eleitoral, para que não respingasse nas pretensões de reeleição do governador – como de fato foi exitoso – e no auxílio que poderia dar ao seu candidato à Presidência da República, então derrotado.

No campo econômico, a SABESP (Companhia de Abastecimento e de Saneamento de São Paulo), empresa responsável pelo abastecimento de água para consumo humano e saneamento de São Paulo, controlada pelo próprio Estado, há anos falha no planejamento e na ausência de investimentos estruturais para atender toda demanda.

Em artigo publicado no *Le Monde Diplomatique* Brasil, na edição de janeiro de 2015,

³⁵ ALVES, José Eustáquio Diniz. **A crise hídrica em São Paulo e no São Francisco.** Portal EcoDebate: Cidadania e Meio Ambiente. Publicado em 05/11/2014. In: <http://www.ecodebate.com.br/2014/11/05/a-crise-hidrica-em-sao-paulo-e-no-sao-francisco-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Pesquisa em 10/02/2015.

³⁶ MATTES, Delmar et al. **As obras e a crise de abastecimento.** Le Monde Diplomatique Brasil. Ano 8, nº 90. Janeiro 2015.

³⁷ Camila Pavanelli Lorenzi revela a série de falas do governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, durante o ano de 2014, afirmando que não haveria falta d'água, num crescente de informações equivocadas ou de negativas que o tempo desmentiu. (LORENZI, Camila Pavanelli. **SP sem água, 1º a 9/11** – As pernas muito curtas da mentira. Blog: Outras Palavras: São outros quinhentos. In: <http://outraspalavras.net/blog/2014/11/10/sp-sem-agua-1o-a-911-as-pernas-muito-curtas-da-mentira/>. Pesquisa em 08/01/2015).

especialistas do setor dos recursos hídricos vaticinam um quadro extremamente grave quanto à demanda por água no país, com fortes tendências que venham a se agravar em decorrência das mudanças climáticas já sentidas e crescentes. Todavia, os autores enfatizam as políticas neoliberais que resolveram transformar esse bem essencial para a população em mais uma fonte de lucro, comprometendo a boa prestação dos serviços e que ao final atinge primeira e severamente a população mais fragilizada.

O que se percebe é que a história da crise hídrica no Brasil continua, e se expande para outras regiões com perspectivas de maior dramaticidade, tornando-se cada vez mais caótica, por conta das mudanças climáticas percebidas e previstas para o futuro próximo, mas, sobretudo, em virtude da *chuva de erros* na gestão desses momentos de crise e que nunca são superados – *intencionalmente!* – por falta de planejamento e de investimentos no setor. Isso não é casual. No momento de crises acionam-se planos emergenciais, nem sempre eficazes, com medidas paliativas, alto custo e visibilidade ao gestor. A um só tempo rendem lucros aqueles que operam essas ações – aliados do setor financeiro e da construção civil, os mesmos que depois vão dar vigorosas contribuições nas campanhas eleitorais, legalmente e/ou por meio de caixa 2 – e votos aos governantes pela aparente determinação de darem solução.³⁸

2. A QUESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NA UNIÃO EUROPEIA

A Europa não tem abastança de recursos hídricos.³⁹ Seus rios não são extensos e não tão volumosos e alguns variam o fluxo conforme o desgelo durante o verão. Acresce-se o fato de que as bacias hidrográficas, em geral, abarcam mais de um país, implicando, no enfrentamento distinto devido as normativas locais e, não obstante a União Europeia, como os governos nacionais lidam com os problemas.⁴⁰

³⁸ Sem nenhuma preocupação com os impactos imediatos às pessoas, o neoliberalismo encontra nas crises “grandes e novas oportunidades” de negócios, tanto para obras como para serviços, especialmente no setor de gestão de águas, uma vez que se trata de um bem essencial de que todos são obrigados a dispor a qualquer preço e custo.(MATTES, Delmar et al. **As obras e a crise de abastecimento**. Le Monde Diplomatique Brasil. Ano 8, nº 90. Janeiro 2015. p. 28).

³⁹ AEA – Agência Europeia do Ambiente (EEA - European Environment Agency, na sigla inglesa). **Water resources across Europe — confronting water scarcity and drought**. Report, n 2/2009. In: <http://www.eea.europa.eu/publications/water-resources-across-europe>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁴⁰ Exemplo claro dessa situação é reproduzido num estudo internacional reproduzido e readaptado pela ANA, nossa Agência Nacional das Águas: “A sobreposição e os conflitos de jurisdição complicam a capacidade de coletar dados consistentes e úteis de longo prazo. Em muitas partes do mundo, diferentes países ou entidades políticas compartilham bacias hidrográficas e essas diferentes jurisdições podem ter arranjos institucionais para a gestão da água distintas. Mesmo na Europa, ao longo dos rios Danúbio e Reno, as diferentes agências autorizam usos conflitantes para o mesmo trecho do rio; podem utilizar diferentes métodos ou instrumentos de monitoramento; e inexiste qualquer acordo ou norma quanto à periodicidade ou à frequência do

A questão hídrica na Europa pode ser remontada desde o Império Romano que somente conseguiu preservar sua unidade tendo como base a racionalidade do uso d'água. A engenhosidade apreendida com os etruscos e gregos na construção de aquedutos para condução da água a longas distâncias, facilitou sobremaneira a urbanização e a estabilidade socioeconômica do império durante sua expansão e longevidade, em regiões com variações climáticas muito intensas ao mesmo tempo. Essa é a constatação publicada recentemente no *Hydrology and Earth System Sciences*, com a participação de B. J. Dermody e outros.⁴¹

Ainda conforme estes estudos isso significou o início do fim. Com a estabilidade e oferta de alimentos, pelo comércio e a irrigação, a população cresceu e a urbanização se intensificou. Com mais pessoas para alimentar os romanos tornaram-se mais dependentes do comércio, em contraposição ao exaurimento da produção que chegara ao seu limite.

Não obstante, o legado das técnicas e das práticas romanas, com as estruturas dos aquedutos ainda vistas em várias cidades do velho continente, demonstra o sacrifício para obtenção e contenção dos recursos hídricos. Este histórico contribuiu para o desenvolvimento entre os europeus de uma cultura de preservação e maior zelo no tratamento e consumo de água.

Como em outras partes do planeta, as estações de seca e de alto índice pluviométrico são fatores climáticos naturais que ocorrem em maior ou menor intensidade na Europa. A partir do conhecimento desses fluxos, cujas experiências são protraídas dos romanos, as populações residentes em áreas de grande alternância climática aprenderam a lidar com a situação anômala para enfrentar sem maiores traumas os períodos mais rigorosos.⁴²

Não obstante a esses fatores, são preocupantes as modificações climáticas mais intensas e

monitoramento da qualidade da água." (BRASIL. ANA - Agência Nacional de Águas. **Cuidando das Águas:** Soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos. Brasília: ANA, 2011. p. 71. (Traduzido e adaptado do original "Clearing the waters: a focus on water quality solutions" . Produzido em Nairobi, Kenya em março de 2010) In: http://www.pnuma.org.br/admin/publicacoes/texto/Cuidando_das_aguas_final_baixa.pdf).

⁴¹ "The Romans were perhaps the most impressive exponents of water resource management in preindustrial times with irrigation and virtual water trade facilitating unprecedented urbanization and socioeconomic stability for hundreds of years in a region of highly variable climate. To understand Roman water resource management in response to urbanization and climate variability, a Virtual Water Network of the Roman World was developed. Using this network we find that irrigation and virtual water trade increased Roman resilience to interannual climate variability. However, urbanization arising from virtual water trade likely pushed the Empire closer to the boundary of its water resources, led to an increase in import costs, and eroded its resilience to climate variability in the long term. In addition to improving our understanding of Roman water resource management, our cost-distance-based analysis illuminates how increases in import costs arising from climatic and population pressures are likely to be distributed in the future global virtual water network." (DERMODY, B. J. Dermody et al. **A virtual water network of the Roman world.** Published in *Hydrol. Earth Syst. Sci. Discuss.*: 20 June 2014 Revised: – Accepted: 25 November 2014 – Published: 11 December 2014. In: <http://www.hydrol-earth-syst-sci.net/18/5025/2014/hess-18-5025-2014.pdf>. Pesquisa em 10/02/2015.)

⁴² VICTORINO, Célia Jurema Aito Victorino. **Planeta Água Morrendo de Sede:** Uma visão analítica na metodologia do uso e abuso dos recursos hídricos. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2007.

reiteradas nos últimos anos, com reflexos diretos sobre a população e sua economia.⁴³ A aceleração desse fenômeno não é resultado apenas dos ciclos naturais, mas em grande medida decorre da intervenção predatória do ser humano no meio ambiente.⁴⁴

A Europa enfrentou diversos períodos de sequidão no último meio século, mais ou menos grave, conforme o ano e região. Isso demonstra que decorre de uma característica climática natural europeia, com a qual se aprendeu a lidar. Todavia, a situação tem se agravado com secas mais acentuadas e prolongadas o que, somando ao aumento populacional e sua concentração nos centros urbanos, exige dos agentes públicos e das agências estatais medidas operacionais mais urgentes e custosas para reduzir os efeitos danosos dos períodos de escassez hídrica.⁴⁵

A AEA (Agência Europeia Ambiental) monitora a iminência de crises hídricas, elaborando estudos que servem de referências para normativas e ações dos governos locais, buscando minimizar danos e sofrimentos.

A nível de toda a Europa, 44 % da água captada é utilizada na produção de energia eléctrica, 24 % na agricultura, 21 % no abastecimento público de água e 11 % na indústria. Porém, estes valores escondem diferenças significativas de utilização da água a nível setorial, no continente. Na Europa do Sul, por exemplo, a agricultura é responsável por 60 % da captação total de água, valor que atinge 80 % em certas zonas.

Na Europa, as águas de superfície, tais como os lagos e rios, fornecem 81 % do volume total de água doce captada, constituindo a principal fonte de água utilizada na indústria, na produção de energia e na agricultura. O abastecimento público de água, em contrapartida, baseia-se principalmente nas águas subterrâneas, devido à sua qualidade superior. Quase toda a água utilizada na produção de energia é devolvida a uma massa de água, ao contrário do que acontece com a maior parte da água captada para fins agrícolas.

A dessalinização é uma alternativa às fontes de água tradicionais que está a ser cada vez mais utilizada, nomeadamente em regiões da Europa onde existe stress hídrico. Porém, na avaliação do

⁴³ AEA – Agência Europeia do Ambiente. **Alterações climáticas.** (Publicado em 01/04/2014). In: <http://www.eea.europa.eu/pt/themes/climate/intro>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁴⁴ AEA – Agência Europeia do Ambiente. **Alterações climáticas.** (Publicado em 01/04/2014). In: <http://www.eea.europa.eu/pt/themes/climate/intro>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁴⁵ “Negli ultimi 50 anni, la siccità ha colpito vaste aree d’Europa. Tali eventi differiscono per carattere e gravità, ma la loro frequenza dimostra che la siccità è una caratteristica normale, ricorrente del clima europeo. I recenti periodi di siccità, gravi e prolungati, hanno convinto il pubblico, i governi e le agenzie operative della necessità di misure volte ad attenuare i rischi. Le siccità hanno avuto importanti impatti economici in talune parti d’Europa, tra i quali problemi di approvvigionamento idrico, scarsità e deterioramento della qualità, perdite di raccolti e di bestiame, inquinamento degli ecosistemi di acqua dolce ed estinzione di specie animali a livello regionale. Nella maggior parte dei casi, i periodi di siccità sono identificati troppo tardi rendendo inefficaci le misure adottate. Sono necessari dei criteri chiari e coerenti per l’identificazione della siccità allo scopo di fornire le risposte adeguate per la gestione del sistema delle risorse idriche. Tuttavia, l’attuale modellizzazione climatica e idrologica non consente una previsione esatta dei periodi di siccità e le direttive tecniche per la gestione dell’acqua in periodi di siccità sono tuttora scarse.” (In: NIXON, S. C. et al. **Uso sostenibile dell’acqua in Europa?** Stato, prospettive e problemi. Valutazione ambientale 7. AEA: Copenaghen, 2000. p. 8. In: http://www.eea.europa.eu/it/publications/water_assmnt07. Pesquisa em 10/02/2015.)

impacto global da dessalinização no ambiente, devem ser tidas em conta as elevadas necessidades de energia deste processo e o volume de salmoura produzido.⁴⁶

A UE (União Europeia) impõe as seguintes políticas e práticas:

- Em todos os setores, incluindo a agricultura, o preço da água deve ser fixado de acordo com o volume utilizado.
- Os governos devem promover uma aplicação mais alargada dos planos de gestão da seca e colocar a tônica nos riscos e não na gestão das crises.
- Nas zonas onde há escassez de água deve ser evitada a prática de culturas bioenergéticas intensivas.
- Uma combinação entre seleção de culturas e métodos de irrigação pode contribuir para aumentar substancialmente a eficiência da utilização da água na agricultura, se for apoiada por programas de aconselhamento dos agricultores. Os fundos nacionais e comunitários, nomeadamente os da Política Agrícola Comum da União Europeia, podem ter uma papel importante na promoção da utilização eficiente e sustentável da água na agricultura.
- Medidas de promoção da sensibilização pública, tais como a rotulagem ecológica, a certificação ecológica ou programas de educação ambiental nas escolas, são essenciais para promover uma utilização sustentável da água.
- O problema das fugas nos sistemas de abastecimento de água deve ser resolvido. Em algumas partes da Europa, as perdas de água causadas por essas fugas podem ser superiores a 40% do abastecimento total.
- A captação ilegal de água, geralmente para usos agrícolas, é muito comum em certas zonas da Europa. Deve ser exercida uma vigilância adequada e criado um sistema de multas ou penalizações por forma a resolver este problema.
- As autoridades competentes devem criar incentivos a uma maior utilização de recursos hídricos alternativos, tais como águas residuais tratadas, águas usadas e água da chuva recolhida, a fim de contribuir para a redução do stress hídrico.⁴⁷

Assim como no Brasil, na Europa o grande vilão do consumo hídrico é também a agricultura.⁴⁸ A AEA tem promovido uma nova consciência para o uso de novos métodos de irrigação, com menor consumo de água nas lavouras. Com esse propósito instiga os países membros da UE que tomem providências para economia de água, demonstrando o quanto se ganhará:

⁴⁶ AEA – Agência Europeia do Ambiente. **Seca e sobreutilização de água na Europa.** (*Realese*). Publicado em 17/03/2009. In: <http://www.eea.europa.eu/pt/pressroom/newsreleases/seca-e-sobreutilizacao-de-agua-na-europa>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁴⁷ AEA – Agência Europeia do Ambiente. **Seca e sobreutilização de água na Europa.** (*Realese*). Publicado em 17/03/2009. In: <http://www.eea.europa.eu/pt/pressroom/newsreleases/seca-e-sobreutilizacao-de-agua-na-europa>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁴⁸ WWAP (United Nations World Water Assessment Programme). 2015. **The United Nations World Water Development Report 2015: Water for a Sustainable World.** Paris, UNESCO. 2014. In: <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002318/231823E.pdf>. Pesquisa em 20/01/2015.

Um dos domínios em que as novas práticas e políticas podem dar um contributo significativo em matéria de ganhos de eficiência na utilização dos recursos hídricos é o da irrigação das culturas. Em países do sul da Europa, como a Grécia, Itália, Portugal, Chipre e Espanha, e no sul de França, as condições áridas ou semiáridas impõem o recurso à irrigação. Nestas regiões, cerca de 80% da água atualmente consumida pela agricultura é utilizada na irrigação.

No entanto, não é necessário que a utilização de água na irrigação seja tão intensiva. Atualmente, já se conseguem ganhos de eficiência na utilização da água em toda a Europa, quer através da eficiência do transporte (a percentagem de água captada e fornecida aos campos) e a eficiência da utilização no terreno (a água efetivamente utilizada numa cultura, em comparação com a quantidade total de água fornecida a essa cultura). Na Grécia, por exemplo, a melhoria da eficiência das redes de transporte e distribuição permitiu obter um ganho de eficiência estimado em 95% na utilização da água em comparação com os métodos de irrigação anteriormente utilizados.⁴⁹

Este é o cenário presente na União Europeia diante dos recursos hídricos, que tem se preparado e sido exigente com seus membros quanto ao cumprimento das normativas expedidas para o setor.

3. A PROTEÇÃO, REGULAÇÃO DO USO E UTILIZAÇÃO NA ÁGUA NO BRASIL E NA UE

3.1 A política hídrica brasileira: o vazio ainda existe entre os ditames legais e a realidade

A primeira legislação específica para tratar dos recursos hídricos no Brasil deu-se na década de 1930, no Governo Vargas. Coube-lhe a edição do Decreto nº 24.643/1934, denominado “Código de Águas”⁵⁰, estabelecendo parâmetros para a utilização desse recurso vital em diversos setores, do consumo humano a utilização para produção energética.

O Código de Águas foi um marco jurídico importante para o país, vanguardista para o seu tempo dada a preocupação que teve em enaltecer, como regra, que a água é um bem de domínio público e de uso comum. Mais do que isso, o Estado chamou a si o controle e poder de conceder e delegar o seu uso para, aproveitamento industrial, comercial e sistema hidroelétrico que teve, a partir de então, considerável expansão.

Em que pese a substancialidade dessa legislação – como não é incomum ocorrer nos setores vitais da vida social, política e econômica brasileira – faltou compromisso e vontade política em dar-lhe efetiva implantação. Algumas medidas setoriais foram tomadas para atender

⁴⁹ AEA – Agência Europeia do Ambiente. **A água na agricultura.** (*Realese*). Publicado em 04/07/2012. In: <http://www.eea.europa.eu/pt/articles/a-agua-na-agricultura>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁵⁰ BRASIL. Presidência da República. **Código de Águas.** Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643compilado.htm. Pesquisa em 19/02/2015.

interesses bastante específicos. Todavia, a falta de regulamentação do todo, transformou referida lei num instrumento pouco operante.

Porém, depois de meio século de vigente dessa normativa não fazia mais sentido tentar regulamentar seus pontos pendentes. No início de 1980 optou-se, então, por um novo marco legal para uma política nacional dos recursos hídricos que pudesse acompanhar as diretrizes internacionais a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, e da Conferência de Mar Del Prata, na Argentina em 1977.

O novo paradigma ganhou corpo com a Constituição de 1988, onde a água passou a ser, em regra, bem da União – *os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais* (art. 20, III) – a qual compete explorar os cursos d’água para produção energética, por si ou por delegação (art. 21, XII, b), e legislar sobre uso e aproveitamento hídrico (art. 22, IV). Aos Estados federados coube o domínio da água residualmente nas hipóteses *das águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União* (art. 26, I).

O prenúncio do compromisso constitucional só se efetivou uma década depois, com a edição da Lei nº 9.433/1997. Referida legislação trata de todas as formas de uso e aproveitamento das águas, quer com sua captação e tratamento para consumo humano, o uso na indústria e agropecuária, a dessedentação de animais, o represamento para funcionamento de turbinas para produção de energia e para a navegação.

Em 1997 entrou em vigor a Lei nº 9.433/1997, também conhecida com “Lei das Águas”, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh). Segundo a Lei das Águas, a Política Nacional de Recursos Hídricos tem seis fundamentos. A água é considerada um bem de domínio público e um recurso natural limitado, dotado de valor econômico. O instrumento legal prevê, ainda, que a gestão dos recursos hídricos deve proporcionar os usos múltiplos das águas, de forma descentralizada e participativa, contando com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. A lei também prevê que em situações de escassez o uso prioritário da água é para o consumo humano e para a dessedentação de animais. Outro fundamento é o de que a bacia hidrográfica é a unidade de atuação do Singreh e de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos.⁵¹

Mesmo com a nova legislação restava a criação de um órgão para gerir a política hídrica

⁵¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. ANA - Agência Nacional de Águas. **Lei das Águas**. Página eletrônica da ANA. In: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreAAna/legislacao.aspx>. Pesquisa em 10/02/2015.

nacional. Assim, com a Lei nº 9.984/2000 foi instituída a ANA (Agência Nacional de Águas), com a missão de cuidar da implementação e coordenação de forma compartilhada e integrada da gestão dos recursos hídricos, regulação do acesso à água, promoção de seu uso sustentável, a fim de assegurar este recurso no presente e as futuras gerações.

Com a ANA, finalmente programou-se uma política hídrica mais organizada e responsável, conquanto ainda pendente de compromissos, sobretudo das instituições públicas para fazer valer os objetivos de conservação, preservação e garantia de água com qualidade para consumo e disponibilidade para outros usos em todo território nacional. Essa agência tem advertido quanto aos riscos de crises hídricas, alertando para a necessidade de a sociedade brasileira preparar-se para enfrentar a situação.

Em 2000, consolidou-se a ampla reforma institucional do setor de recursos hídricos, através da Lei 9.984, que criou a Agência Nacional de Águas. A atual pressão sobre os recursos hídricos resulta do crescimento populacional e econômico, traduzindo-se nas expressivas taxas de urbanização verificadas nos últimos anos e aliando-se à ocorrência de cheias e secas e à degradação do meio ambiente hídrico, que atingem cada vez maiores contingentes populacionais. Paradoxalmente, ao mesmo tempo ampliava-se o conceito de desenvolvimento sustentável, *exigindo integração de objetivos econômicos, sociais e ambientais, contextualizando um terreno fértil para a evolução que o setor de gerenciamento de recursos hídricos vinha experimentando.* (itálicos do original).⁵²

O Brasil é um país continental, com diversidades socioeconômicas enormes em seus mais de 5.000 municípios, e que dependem não só da pressão do governo central para que cuidem bem de seus recursos hídricos, e que lhes deem condições técnicas e financeiras para que isso ocorra.⁵³ Como revela o SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento –, conduzido pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental, órgão vinculado ao Ministério das Cidades, poucas cidades brasileiras cumpriram integralmente as determinações da legislação, universalizando os serviços de abastecimento de água.⁵⁴

As dificuldades na universalização dos serviços ligam-se a necessidade de grandes investimentos públicos e a determinação política para tratar a temática como prioridade. Por outro lado, a expansão urbana desordenada, com assentamentos em áreas que não comportam

⁵² BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. ANA - Agência Nacional de Águas. **A Evolução da Gestão dos Recursos Hídricos no Brasil.** Brasília: ANA, 2002. p. 11/12.

⁵³ BRASIL. ANA - Agência Nacional de Águas. **Brasil precisa investir R\$ 22 bilhões até 2015 para garantir abastecimento de água.** Publicação 23/11/2011. In: http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=9209. Pesquisa em 08/01/2015.

⁵⁴ BRASIL. Ministério das Cidades: Agência Nacional de Saneamento Ambiental. SNIS – Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. **APLICATIVO DA SÉRIE HISTÓRICA DO SNIS.** <http://www.snis.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=29>. Pesquisa em 08/02/2015.

adensamento humano, sobretudo quando próxima ou sobre mananciais, margens de rios e afluentes, prejudicam em muito o cumprimento da meta legal.

No cômputo geral a legislação brasileira é moderna e dispõe de mecanismos bastante eficazes de regulação e controle do uso dos recursos hídricos. Conquanto, não basta a lei e a existência de uma agência de controle se tantas outras questões correlatas com o uso racional desses recursos, não entrarem na pauta das prioridades dos agentes do poder público, com forte envolvimento político e responsável da população.

3.2 Marcos reguladores sobre a questão hídrica na EU

O consumo de água na Europa tem sido acima da capacidade de abastecimento. Essa advertência foi feita pela Professora Jacqueline McGlade, Directora Executiva da AEA no ano de 2009, alertando quanto a necessidade de se repensar formas de uso e consumo da água no continente.

Estamos a gastar mais do que podemos no que se refere à água. A solução de curto prazo para a escassez de água tem consistido em captar quantidades crescentes de água dos nossos recursos hídricos de superfície e subterrâneos. Esta sobreexploração não é sustentável. Tem um impacto considerável na qualidade e na quantidade da água que nos resta, bem como nos ecossistemas que dela dependem. Temos de reduzir a procura, minimizar a quantidade de água captada e aumentar a eficiência da utilização dessa água.⁵⁵

A UE está atenta a essa questão e se esforçado ao máximo para regulamentar todas as formas de uso e aproveitamento hídrico, com o fim de evitar crises de desabastecimento, como narra o Álvaro A. Sanchez Bravo.

O esforço da União Europeia tem sido titânico nas últimas décadas em busca de uma normativa protetora e reguladora, que não apenas garanta a qualidade e o bom uso deste elemento indispensável para a vida, mas que coloque a União Europeia na vanguarda da sustentabilidade em seu uso e da solidariedade em escala planetária.⁵⁶

Dentre os tantos atos normativos e documentos da União Europeia para tratar do tema da política de águas e formas de seu tratamento, uso e aproveitamento, devem ser destacadas duas Diretivas.

⁵⁵ AEA – Agência Europeia do Ambiente. **Seca e sobreutilização de água na Europa.** (*Realese*). Publicado em 17/03/2009. In: <http://www.eea.europa.eu/pt/pressroom/newsreleases/seca-e-sobreutilizacao-de-agua-na-europa>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁵⁶ BRAVO, Alvaro A. Sánchez. **Proteção e Gestão das Águas na União Europeia: A Apostila pela Sustentabilidade.** Cadernos Jurídicos: UNISAL – Centro Universitário Salesiano de São Paulo. p. 14/15. In: <http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/downloads/art02cad01.pdf>. Pesquisa em 19/02/2015.

A **Diretiva 2000/60/CE⁵⁷** é o principal documento regulatório dos recursos hídricos da União Europeia. Referido documento organiza a gestão das águas superficiais, continentais, de transição, costeiras e subterrâneas, com o fim de prevenir e reduzir suas contaminações, fomenta o uso sustentável, protege o meio aquático, tem o fim de melhorar a situação dos ecossistemas aquáticos e mitiga os efeitos das inundações e das secas.

A atualidade dessa normativa demonstra que a preocupação com a problemática do uso responsável dos recursos hídricos é recente. Isso porque os acertos quanto ao manejo e aproveitamento desses recursos demanda o despertar consciente da necessidade de uso cometido e sustentável, tentando acomodar uma série de conveniências políticas e econômicas, conforme a vocação de cada país e suas necessidades.

Outro documento que chama bastante atenção é a **Diretiva 2006/118/CE⁵⁸**, relativa à proteção das águas subterrâneas contra a contaminação e a deterioração. Esse cuidado com as águas do subsolo decorre da lógica de que todo ciclo hídrico depende dessas reservas. São elas que hidratam as raízes das plantas e afloram formando os rios e lagos para abastecer as populações. A partir de sua conservação há preservação do ecossistema e, com ele, maior ciclo de chuvas, tudo num constante renovar.

Existem outros documentos legais tratando de temas ainda mais específicos, voltados para as diretrizes centrais previstas nessas duas Diretivas analisadas. O fato é que a Europa tem conduzido a questão do uso dos recursos hídricos com responsabilidade, focando na sustentabilidade.⁵⁹

DISPOSIÇÕES FINAIS

O mundo globalizado ao invés de satisfazer os anseios da modernidade, espalhou para todo o planeta os problemas da sociedade de risco, impondo aos países periféricos sacrifícios maiores, diante do modelo predador que busca o desenvolvimento a qualquer preço, sem peias, sem

⁵⁷ UE. EUR-Lex. Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política da água. In: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32000L0060>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁵⁸ UE. EUR-Lex. Directiva 2006/118/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006 , relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição e a deterioração. In: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32006L0118>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁵⁹ BRAVO, Alvaro A. Sánchez. **Proteção e Gestão das Águas na União Europeia: A Aposta pela Sustentabilidade.** Cadernos Jurídicos: UNISAL – Centro Universitário Salesiano de São Paulo. p. 14/15. In: <http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/downloads/art02cad01.pdf>. Pesquisa em 19/02/2015.

nenhum pudor quanto à sonegação de direitos fundamentais.

Os grandes problemas deixaram de ser locais para ganhar uma dimensão global. O crescimento econômico, moldado no modelo neoliberal altamente predador, tem um preço aparentemente invisível, mas que é apresentado diariamente e cada vez com maior urgência.

Os custos sociais e ambientais desse desenvolvimento são notórios, e para usar uma expressão de Ferrajoli, respingam sobre os mais *débeis*,⁶⁰ no sentido de mais fragilizados. Com a intensidade do processo de globalização, ou mundialização como prefere Garapon,⁶¹ as feridas submergiram com maior evidência e não há como acobertar as tragédias humanas decorrentes desse modelo de crescimento seletivo que tem provocado desigualdades econômicas e sociais cada vez mais latentes.

O pior nessa história é que os países que menos contribuíram ou em nada participaram para disseminação dos problemas globais, como das sensíveis transformações climáticas em razão da agressão ao meio ambiente, acabam sofrendo as mais sérias consequências desse quadro de crises planetárias, inclusive pela incapacidade de soerguimento, e que pode resultar em verdadeiras hecatombes humanitárias.

Ferrajoli chama a atenção para este fato e aponta para a necessidade de que seja construído o que denomina de *esfera pública planetária*, com o intuito de gerir estas questões.

Não existem, [...] alternativas racionais a um futuro de violências e catástrofes que não seja a construção de uma esfera pública planetária, absolutamente essencial à garantia dos bens fundamentais: precisamente, de uma esfera heterônoma em condições de assegurar, de um lado, a imunidade dos bens personalíssimos e comuns da sua apropriação e devastação; e, de outro, a distribuição e o acesso de todos aos bens sociais. Requerem-se para tal finalidade duas condições, uma de caráter institucional, a outra de caráter político e cultural.

A primeira condição, de caráter jurídico e institucional, é a definição normativa dos bens fundamentais em Cartas constitucionais e internacionais e, correlativamente, a produção de uma adequada legislação garantista de atuação: o reforço e a redefinição dos poderes e das competências das atuais instituições de garantia, como a FAO e MAS; a criação de novas instituições internacionais de garantia primária sob a forma de Autoridades supranacionais independentes para a tutela do ambiente e do acesso de todos à água potável; a criação de instituições jurisdicionais de garantia secundária em condições de sancionar o inadimplemento e as violações das garantias primárias. Mas sobretudo é necessária, no plano institucional, a introdução de um *fisco mundial*, isto

⁶⁰ 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. (sem título original no exemplar utilizado).

⁶¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

é, de um poder supraestatal de taxação voltado a procurar – para além das atuais políticas de auxílio, as quais, diga-se, são vergonhosamente carentes com respeito até aos esforços despendidos – os recursos necessários para financiar as despesas sociais globais por obra das instituições supranacionais de garantia antigas e novas.⁶²

A questão da disponibilidade e utilização dos recursos hídricos por certo é o tema mais urgente com tendência para se tornar ainda mais grave se medidas práticas e efetivas não forem tomadas em caráter global, saindo das promessas – ainda que modestas – formuladas nos documentos internacionais das grandes cúpulas mundiais como a Rio-92⁶³, que já se encontra defasado diante da dimensão dos problemas.

Nesta senda, o problema principal é a questão da escassez de água no planeta para⁶⁴, em decorrência de diversos fatores, desde ao aumento da demanda, a incompetência para lidar racionalmente com esse recurso natural sem desperdício, a contaminação de rios e fontes de captação, a ausência de políticas de reuso, a alteração dos ciclos de chuvas e suas carências em razão de intervenções humanas no meio ambiente, entre outras.

É importante enfatizar que *os recursos hídricos representam um estoque de recursos fundamental para a manutenção da vida no planeta Terra e também para o funcionamento dos*

⁶² 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. (sem título original no exemplar utilizado). p. 83-84.

⁶³ ONU. Brasil. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** In: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Pesquisa em 08/01/2015.

⁶⁴ *Ocho mensajes sobre agua y energía Mensajes principales del Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2014.*

1. *La demanda de energía y agua dulce se incrementará significativamente en las próximas décadas. Este incremento presentará grandes retos y presión sobre los recursos en casi todas las regiones, especialmente en los países en desarrollo y las economías emergentes.*
2. *El suministro de agua y energía son interdependientes. Las decisiones adoptadas en un sector influyen en el otro, para bien o para mal.*
3. *Los responsables políticos, planificadores y profesionales pueden tomar medidas para superar las barreras que existen entre sus respectivos sectores. Unas políticas nacionales innovadoras y pragmáticas pueden conducir a una prestación más rentable y eficaz de los servicios de agua y energía.*
4. *El precio de los servicios de energía y agua puede reflejar de mejor manera el costo de suministro y los impactos sociales y medioambientales sin socavar las necesidades básicas de los pobres y los desfavorecidos.*
5. *El sector privado puede desempeñar un papel más importante en la inversión en infraestructuras de agua y energía, su mantenimiento y operación.*
6. *Resulta esencial la participación del sector privado y el apoyo gubernamental a la investigación y al desarrollo de fuentes de energía alternativas, renovables y que requieran un menor uso de los recursos hídricos.*
7. *El agua y la energía constituyen el núcleo del desarrollo sostenible y necesitan ser reconocidas como tales.*
8. *Las decisiones sobre reparto, asignación, producción y distribución de agua y energía tienen importantes implicaciones sociales y de equidad de género. La gestión del agua y de la energía debe ser sensible al género. (In: UNESCO. **Agua y Energía:** Resumen Executivo: Informe de las Naciones Unidas Sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2014.)*
<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002269/226962s.pdf>. Pesquisa em 15/02/2015.

*ciclos e funções naturais.*⁶⁵ Mais do que isso, por mais elementar que possa parecer, é necessário relembrar que não há possibilidade existência de qualquer forma de vida sem água.

É imprescindível que se mantenha a percepção de que a água é um *bem fundamental*⁶⁶, essencial para todas as formas de vida, e por quanto, indispensável, não podendo ser objeto de alienação por alguns em detrimento da necessidade de outrem, devendo ser assegurado de forma equânime a todos como garantia da própria sobrevivência. Não se pode, por isso, tolerar a lógica neoliberal de que os recursos hídricos, como outro bem de consumo, pode ser objeto de apropriação por uns poucos, *transformando-os em commodities, sem respeito aos direitos da água e nem ao direito que as demais espécies vivas devem ter ao acesso às mesmas fontes da sobrevivência.*⁶⁷

É preciso, diante disso, tratar a questão hídrica como essencial e de primeira grandeza na pauta dos problemas do mundo atual, estabelecendo para tanto *uma nova ética*. A partir de então, buscar um novo paradigma de governança e de sustentabilidade global, envolvendo toda sociedade democraticamente numa cultura de participação das decisões, com foco no uso consciente e na preservação para que possamos *enfrentar a escassez de recursos hídricos no futuro e para tratar este recurso como um componente fundamental dos ciclos do planeta Terra.*⁶⁸

É fato que a questão do uso e preservação dos recursos hídricos está longe de ser resolvida e a tendência é que venha a se agravar nos próximos anos. Porém, antes que o quadro se torne apocalítico, é urgente uma tomada de posição decisiva da comunidade internacional, por suas agências oficiais e governos, para que haja mudanças de posturas e comportamentos, viabilizando políticas sérias e determinadas para se evitar, inclusive, que se proliferem conflitos e disputas acirradas pela posse da água, cujas consequências em cadeia global são inimagináveis.

Em nível local, a sociedade brasileira, sobretudo a partir das recentes crises hídricas, em destaque no sudeste, deve ter participação direta na gestão da coisa pública, devendo ser

⁶⁵ TUNDISI, José Galizia. **Recursos Hídricos.** UNICAMP: Instituto Internacional de Ecologia. São Carlos –SP. In: http://www.multiciencia.unicamp.br/artigos_01/A3_Tundisi_port.PDF. Pesquisa em 10/02/2015.

⁶⁶ 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. (sem título original no exemplar utilizado).

⁶⁷ ALVES, José Eustáquio Diniz. **A crise hídrica em São Paulo e no São Francisco.** Portal EcoDebate: Cidadania e Meio Ambiente. Publicado em 05/11/2014. In: <http://www.ecodebate.com.br/2014/11/05/a-crise-hidrica-em-sao-paulo-e-no-sao-francisco-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Pesquisa em 10/02/2015.

⁶⁸ TUNDISI, José Galizia. **Recursos Hídricos.** UNICAMP: Instituto Internacional de Ecologia. São Carlos –SP. In: http://www.multiciencia.unicamp.br/artigos_01/A3_Tundisi_port.PDF. Pesquisa em 10/02/2015.

consultada e ter voz ativa na definição e na execução das políticas públicas para o setor. O que estamos assistindo no presente, sem que se abram canais de participação da sociedade, em virtude da arrogância e despreparo do poder público por seus dirigentes em conduzir a questão, é o prenúncio de situações cada vez mais críticas, como adverte José Eustáquio Diniz Alves:

A atual crise hídrica do Brasil é apenas um alerta, pois situações piores devem acontecer nas próximas décadas. As agressões à natureza precisam diminuir e o modelo de desenvolvimento precisa ser repensado. O que está acontecendo no Brasil é parte do que acontece em qualquer lugar,⁶⁹ quando se desrespeita a vida de milhões de outras espécies e os direitos da água.

Diante de todo este contexto, se não houver esforços locais, e uma ampla mobilização da comunidade internacional para uma política de governança centrada na sustentabilidade, voltada à preservação e à recuperação do meio ambiente, tratando a água como bem fundamental, as perspectivas para a humanidade no futuro não são nada promissoras.

Isso envolve uma série de questões, até porque os países com economias desenvolvidas e desenvolvimento humano equilibrado, em virtude dos seus processos de industrialização, são exatamente aqueles que mais poluíram e poluem, tendo praticamente esgotado seus recursos naturais. Nesse sentido, não se pode impedir que os países estagnados econômicos e socialmente deixem de implantar políticas desenvolvimentistas, a par de atender a uma necessidade global de contenção dos problemas ambientais decorrentes da exploração inadvertida dos recursos naturais.

Se for preciso preservar intacto o que ainda não foi afetado, caberá à comunidade internacional, em destaque os países desenvolvidos, assumir os custos da manutenção dos recursos naturais globais, criando políticas de compensações que justifiquem que os países preservacionistas sejam firmes na vigilância e conservação dos bens naturais. Isto é, estabelecer políticas de auxílio e colaboração, compensando devidamente os países em estágio de desenvolvimento e ainda por iniciar este processo para tenham condições de conservarem seus recursos naturais, como reservas ambientais essenciais para o futuro da humanidade.

De igual modo, há de se coibir que as grandes multinacionais simplesmente transfiram suas plataformas de produções para estes países, com o único fim de redução de custos de seus produtos, transferências de problemas ambientais e pilhagem dos recursos naturais ainda

⁶⁹ ALVES, José Eustáquio Diniz. **A crise hídrica em São Paulo e no São Francisco.** Portal EcoDebate: Cidadania e Meio Ambiente. Publicado em 05/11/2014. In: <http://www.ecodebate.com.br/2014/11/05/a-crise-hidrica-em-sao-paulo-e-no-sao-francisco-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Pesquisa em 10/02/2015.

subsistentes.

Nesse conjunto de fatores e, para uma ideia de governança global, é necessário pensar o desenvolvimento econômico e humano de todas as nações, respeitando suas especificidades culturais e permitindo que progridam conforme seus interesses, porém com a consciência do global.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AEA – Agência Europeia do Ambiente (EEA - European Environment Agency, na sigla inglesa).

Water resources across Europe — confronting water scarcity and drought. Report, n2, 2009. *In:* <http://www.eea.europa.eu/publications/water-resources-across-europe>. Pesquisa em 10/02/2015.

AEA – Agência Europeia do Ambiente. **A água na agricultura.** (*Realese*). Publicado em 04/07/2012. *In:* <http://www.eea.europa.eu/pt/articles/a-agua-na-agricultura>. Pesquisa em 10/02/2015.

AEA – Agência Europeia do Ambiente. **Alterações climáticas.** (Publicado em 01/04/2014). *In:* <http://www.eea.europa.eu/pt/themes/climate/intro>. Pesquisa em 10/02/2015.

AEA – Agência Europeia do Ambiente. **Seca e sobreutilização de água na Europa.** (*Realese*). Publicado em 17/03/2009. *In:* <http://www.eea.europa.eu/pt/pressroom/newsreleases/seca-e-sobreutilizacao-de-agua-na-europa>. Pesquisa em 10/02/2015.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **A crise hídrica em São Paulo e no São Francisco.** Portal EcoDebate: Cidadania e Meio Ambiente. Publicado em 05/11/2014. *In:* <http://www.ecodebate.com.br/2014/11/05/a-crise-hidrica-em-sao-paulo-e-no-sao-francisco-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Pesquisa em 10/02/2015.

BATISTA, Fabiana. **São Paulo vai restringir o uso da água na irrigação.** Valor Econômico. Matéria veiculada em 22/01/2015. *In:* <http://www.valor.com.br/agro/3872482/sao-paulo-vai-restringir-o-uso-de-agua-na-irrigacao>. Pesquisa em 25/01/2015.

BIBLIO.COM. Biblioteca Virtual de Literatura. **Carta de Pero Vaz de Caminha.** Biblioteca Virtual de Literatura.

<http://www.biblio.com.br/defaultz.asp?link=http://www.biblio.com.br/conteudo/perovazcaminha/carta.htm>. Pesquisa em 10/02/2015.

BOFF, Leonardo. **A água no mundo e sua escassez no Brasil.** Diário da Liberdade. *In:* <http://www.diarioliberdade.org/opiniom/outras-vozes/54080-a-%C3%A1gua-no-mundo-e-sua-escassez-no-brasil.html>. Publicado em 06/02/2015. Pesquisa em 06/02/2015.

BOXER, C. R. **O império marítimo português.** Tradução de Inês Silva Duarte, Lisboa: Edições 70, 1969.

BRASIL. ANA - Agência Nacional de Águas. **A Evolução da Gestão dos Recursos Hídricos no Brasil.** Brasília: ANA, 2002.

BRASIL. ANA - Agência Nacional de Águas. **Brasil precisa investir R\$ 22 bilhões até 2015 para garantir abastecimento de água.** Publicação 23/11/2011. *In:* http://www2.ana.gov.br/Paginas/imprensa/noticia.aspx?id_noticia=9209. Pesquisa em 08/01/2015.

BRASIL. ANA - Agência Nacional de Águas. **Cuidando das Águas:** Soluções para melhorar a qualidade dos recursos hídricos. Brasília: ANA, 2011. (Traduzido e adaptado do original “*Clearing the waters: a focus on water quality solutions*”. Produzido em Nairobi, Kenya em março de 2010) *In:* http://www.pnuma.org.br/admin/publicacoes/texto/Cuidando_das_aguas_final_baixa.pdf. Pesquisa em 08/01/2015.

BRASIL. ANA - Agência Nacional de Águas. **Lei das Águas.** Página eletrônica da ANA. *In:* <http://www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreAna/> legislacao.aspx. Pesquisa em 10/02/2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. ANA - Agência Nacional de Águas. **Conjuntura dos Recursos Hídricos no Brasil – Informe 2012.** *In:* <http://arquivos.ana.gov.br/imprensa/arquivos/Conjuntura2012.pdf>. Pesquisa em 08/01/2015.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Águas.** Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. *In:* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643 compilado.htm. Pesquisa em 19/02/2015.

BRAVO, Alvaro A. Sánchez. **Proteção e Gestão das Águas na União Europeia: A Apostila pela Sustentabilidade.** Cadernos Jurídicos: UNISAL – Centro Universitário Salesiano de São Paulo. p. 14/15. *In:* <http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/downloads/art02cad01.pdf>. Pesquisa em 19/02/2015.

CAMPOS, José Nilson B. **Secas e políticas públicas no semiárido: ideias, pensadores e períodos.**

SCIELO: Estud. av. vol.28 nº 82 São Paulo Oct./Dec. 2014. In:
http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142014000300005&script=sci_arttext. Pesquisa em 08/01/2015.

CUNHA, Euclides. **Os Sertões**: campanha de Canudos. 2^a edição: Ateliê Editorial, Imprensa Oficial do Estado, Arquivo do Estado, 2001 – (Clássicos comentados I)

DERMODY, B. J. Dermody *et al.* **A virtual water network of the Roman world**. Published in Hydrol. Earth Syst. Sci. Discuss.: 20 June 2014 Revised: – Accepted: 25 November 2014 – Published: 11 December 2014. In: <http://www.hydrol-earth-syst-sci.net/18/5025/2014/hess-18-5025-2014.pdf>. Pesquisa em 10/02/2015.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**: Formação do patronato político brasileiro. 3^a edição. São Paulo: Editora Globo, 2001.

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. (sem título original no exemplar utilizado).

FURTADO, Celso. **A operação Nordeste**. Rio de Janeiro: Instituto Superior de Estudos Brasileiro, 1959.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26^a edição. 22^a reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LLOSA, Mario Vargas Llosa. **A Guerra do Fim do Mundo**: A Saga de Antônio Conselheiro na maior aventura literária do nosso tempo. Tradução de Remy Gorga, filho. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1990.

LORENZI, Camila Pavanello. **SP sem água, 1º a 9/11** – As pernas muito curtas da mentira. Blog: Outras Palavras: São outros quinhentos. In: <http://outraspalavras.net/blog/2014/11/10/sp-sem-agua-1o-a-911-as-pernas-muito-curtas-da-mentira/>. Pesquisa em 08/01/2015.

MATTES, Delmar *et al.* **As obras e a crise de abastecimento**. Le Monde Diplomatique Brasil. Ano 8, nº 90. Janeiro 2015. p. 28.

NIXON, S. C. et al. **Uso sostenibile dell'acqua in Europa?** Stato, prospettive e problemi. Valutazione ambientale 7. AEA: Copenaghen, 2000. p. 8. In:
<http://www.eea.europa.eu/it/publications/waterassmnt07>. Pesquisa em 10/02/2015.)

ONU Brasil. **A ONU e a Água.** *In:* <http://nacoesunidas.org/acao/agua/>. Pesquisa em 10/02/2015.

PAULINO, Ecolástico. “**Indústria da seca” no nordeste é um ótimo negócio principalmente para os prefeitos municipais em ano eleitoral.** <http://www.professorescolastico.com.br/2012/04/leia-amanha-industria-da-seca-massacra.html>. Pesquisa em 10/02/2015.)

PRADO Jr., Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas.** São Paulo: Record, 1996.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro:** A formação e o sentido do Brasil. 2^a edição. 10^a reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIBEIRO, Malu. **Crise da água.** Entrevista ao IDEC, maio 2014. *In:* http://www.idec.org.br/uploads/revistas_materias/pdfs/187-entrevista1.pdf. Pesquisa em 10/02/2015.)

RIECHMANN, Jorge; REYES, Luis González; HERRERO, Yayo; MADARRÁN, Carmen. **Qué hacemos hoy cuando nos encontramos frente a la amenaza de uma crisis mayor que la económica: la ecológica.** Madrid: Ediciones Akal, S.A., 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice:** O social e o político na Pós-Modernidade. 14^a. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, Virgínia de Alcântara *et al.* **O desastre seca no nordeste brasileiro.** UERJ: Polêmica Revista Eletrônica, v 12, n° 2, 2013. *In:* <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/6431/4857>. Pesquisa em 10/02/2015.)

TUNDISI, José Galizia. **Recursos Hídricos.** UNICAMP: Instituto Internacional de Ecologia. São Carlos –SP. *In:* http://www.multiciencia.unicamp.br/artigos_01/A3_Tundisi_port.PDF. Pesquisa em 10/02/2015.

UE. EUR-Lex. **Directiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro de 2000, que estabelece um quadro de acção comunitária no domínio da política da água .** *In:* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32000L0060>. Pesquisa em 10/02/2015.

UE. EUR-Lex. **Directiva 2006/118/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006 , relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição e a deterioração.** *In:* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32006L0118>. Pesquisa em 10/02/2015.

UNESCO. **Agua y Energía**: Resumen Executivo: Informe de las Naciones Unidas Sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2014. In:
<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002269/226962s.pdf>. Pesquisa em 15/02/2015.

UNESCO. **Agua y Energía**: Resumen Executivo: Informe de las Naciones Unidas Sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo 2014. In:
<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002269/226962s.pdf>. Pesquisa em 15/02/2015).

VICTORINO, Célia Jurema Aito Victorino. **Planeta Água Morrendo de Sede**: Uma visão analítica na metodologia do uso e abuso dos recursos hídricos. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2007.

WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. **Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste**. In:
http://pt.wikipedia.org/wiki/Superintend%C3%A3ncia_do_Desenvolvimento_do_Nordeste.
Pesquisa em 10/02/2015).

WWAP (United Nations World Water Assessment Programme). 2015. **The United Nations World Water Development Report 2015**: Water for a Sustainable World. Paris, UNESCO. 2014. In:
<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002318/231823E.pdf>. Pesquisa em 20/01/2015.

ASPECTOS DESTACADOS DA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE ÁGUAS, SEU TRATAMENTO NA UNIÃO EUROPEIA E SEU ATUAL CENÁRIO NA HUMANIDADE

Juliete Ruana Mafra Granado¹

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni²

INTRODUÇÃO

É alarmante o aumento no número de pessoas que em pleno século XXI ainda estão desprovidas de acesso à água potável. A falta de água, em determinadas regiões, ainda consiste em motivos de diversas guerras, origem de doenças e, por fim, tem levado a óbito a cada minuto milhares de pessoas.

Com a finalidade de valorizar a pesquisa realizada na Universidade de Perugia, buscou-se a apresentação do atual quadro da água na humanidade por meio da construção histórica de instrumentos jurídicos de proteção destacando os programas e instrumentos utilizados pela comunidade europeia, para, ao final, exemplificar o cenário crítico contemporâneo da questão da água.

A pesquisa apresenta como objetivo geral a breve investigação do atual cenário da água na humanidade e, como objetivos específicos, a análise da evolução da conceituação de meio ambiente até o elemento “água”, bem como o estudo da construção histórica dos principais instrumentos de proteção da água.

A presente pesquisa, desenvolvida nos campos do direito ambiental e direito internacional, contém traduções feitas livremente pelas autoras. Quanto à metodologia empregada, registra-se que na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo, e nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa

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 no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. Bolsista do PROSUP - CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: natammy@hotmail.com

bibliográfica.

1. INICIAÇÃO AO ESTUDO DO MEIO AMBIENTE

Com o início da crise ecológica, resultado de anos de descuido e destruição, começou-se a repensar acerca de uma nova maneira de se enxergar o direito ambiental. Aquilo que antigamente era visto apenas através de um olhar biológico, passou a ser contemplado mediante outras perspectivas.

Após a Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra ao final do século XIX, a momentânea urbanização, considerada um dos frutos do grandioso evento, provocou intensas alterações no ambiente natural, ao exemplo do aumento populacional e o seu reflexo no crescimento econômico.³:

Thomas Malthus já conseguia antever aquilo que seria confirmado séculos adiante. A explosão do crescimento populacional efetivamente superou as possibilidades da terra prover naturalmente o necessário para a subsistência humana. Então, em meados da metade do século XX, questionou-se acerca do pensamento mundial que visualizava o meio ambiente como uma fonte inesgotável de recursos e que qualquer ação de aproveitamento da natureza não teria fim.⁴

Fritjof Capra alerta em sua obra “A Teia da Vida” a importância de não se analisar todas estas problemáticas atuais de modo isolado, independente, tendo em vista se tratar de problemas sistêmicos, totalmente interligados e interdependentes. Ademais, o físico austríaco propõe a necessidade da existência de um novo paradigma abalizado na concepção do mundo como um todo integrado, e “não como uma coleção de partes dissociadas”⁵.

Neste ponto, faz-se necessário ressaltar as dificuldades em se determinar a conceituação do termo “ambiente”, conforme instrui o italiano Paolo Caretti⁶, o qual apresenta ao menos três significados:

- 1) La dimensione relazionale tra più fattori, sia naturali che antropici; 2) la dimensione geografico-territoriale, che impone di qualificare a quale dei molti ambienti ci si riferisca; 3) la dimensione

³DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental:** Responsabilidade Social e Sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2007

⁴ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade e seus reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica:** o ciclo do equilíbrio do bem estar. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>.

⁵CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida.** São Paulo: CULTRIX, 1996, p. 16

⁶CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali:** Libertà e diritti social. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 404.

temporale che impone la necessità di adottare uma prospettiva dinâmica, in grado di rappresentare adeguatamente la continua evoluzione ed i mutamenti del sistema di relazione ambientale (S. Palazzolo).⁷

Em território brasileiro, José Afonso da Silva⁸ considera o termo “ambiente” um conjunto de elementos, o qual expressa o resultado da interação desses elementos os quais se integram e condicionam-se ao meio em que se vive. Desta forma, um dos elementos essenciais para a perfeita integração do meio é a água, necessária para o exercício de direitos básicos, como o direito à saúde; e, atualmente a escassez deste elemento ou até mesmo a sua má distribuição tem sido motivo de diversos conflitos e epidemias não somente ao redor do mundo, mas também no Brasil.

Em 1972, de maneira inédita, a Organização das Nações Unidas convocou uma Conferência específica para tratar de um tema que até então, não aparentava ter relevância suficiente para entrar na pauta de discussões da Organização das Nações Unidas. Então, foi realizada na cidade de Estocolmo a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano que teve como produto final a Declaração sobre Ambiente Humano, a qual possibilitou que as próximas Constituições viessem a reconhecer o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.⁹

A saber, valendo-se do exemplo citado por Caretti, a doutrina, apoiada pela jurisprudência da Corte constitucional da Itália e do direito comunitário, “ricostruisce la tutela ambientale come uno dei valori fondamentali che debono ispirari l’azioni delle istituzioni pubbliche nazionali e sovranazionali”¹⁰, superando a ideia de enquadramento do ambiente como bem jurídico, em conformidade com as normas do Direito Civil.

Com o aprofundamento dos estudos acerca do assunto, tal direito acabou sendo considerado um direito fundamental de terceira dimensão, abrangendo, além do direito ao meio ambiente, a qualidade de vida, preservando garantias de proteção marcadas pela titularidade coletiva.¹¹

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do Ministro Celso de Mello,

⁷ 1) A dimensão que relaciona diversos fatores, sejam naturais e humanos; 2) a dimensão geográfica-territorial que trata de qualificar os ambientes a que se refere; 3) a dimensão temporal, que impõe a necessidade de adotar uma prospectiva dinâmica, capaz de representar adequadamente a contínua evolução e modificações do sistema de relações ambientais.

⁸ SILVA; José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

⁹ SILVA; José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 70.

¹⁰ CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali**: Libertà e diritti social. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 405

¹¹ SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 ed. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

também foi claro ao considerar a preservação da integridade do meio ambiente como a expressão constitucional de um direito fundamental que assiste a generalidade das pessoas, referindo-se ao artigo 225 da CRFB/88.¹²

É inegável que o reconhecimento do caráter finito de todos os elementos integrantes deste “ambiente”, considerado um direito ou valor fundamental, encontra pertinência nos dias atuais tendo em vista as diversas problemáticas de difícil solução acerca do tema. Por sua vez, ao tratar do elemento água, as diversas informações acerca da importância de sua preservação em razão do excesso de consumo ou até mesmo como resultado de uma má gestão, demonstram a urgente constatação da necessidade em se estudar e pesquisar a tutela das águas.¹³

Portanto, pode-se considerar o fornecimento de água potável para todos como um dos maiores desafios da humanidade a ser efetivado nos próximos anos. Ademais, é de ser relevado que a água de boa qualidade pode diminuir o número de incontáveis doenças, reduzir a taxa de mortalidade infantil como também aumentar a expectativa de vida da população. Por outro lado, na ausência de água potável não existe a mínima possibilidade de se garantir direitos sociais básicos, razão pela qual nos últimos anos mecanismos de proteção têm sido criados com o objetivo de resguardar este bem fundamental.

2. A ÁGUA E A CONSTRUÇÃO DE SEUS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE PROTEÇÃO

A partir dos anos 70, a água começou a ser destaque em alguns dos principais documentos internacionais de proteção ao meio ambiente, iniciando assim, um processo vagaroso de amparo ao item indispensável para uma vida digna e como condição necessária para a efetivação de outros direitos.

O primeiro encontro de caráter global realizado para tratar especificamente sobre a

¹² Nas palavras do Min. Celso de Mello: “Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal, de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.” E consta o seguinte na ementa desse aresto: “A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 - Distrito Federal (ADI 3.540 – MC/DF). Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em 01 de setembro de 2005. Diário de Justiça, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/frame.asp?PROCESSO=3540&CLASS_E=ADI%2DMC&cod_classe=555&ORIGEM=IT&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M&EMENTA=2219>.

¹³ D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

problemática da água foi a Conferência das Nações Unidas sobre a Água, que aconteceu em *Mar del Plata*, em 1977. O crescente consumo da água em todas as partes do mundo somado à pressão de instituições oficiais sobre os recursos hídricos, já sugeriam, em médio prazo, o surgimento de uma crise que teria a água como foco principal e que só poderia ser enfraquecida através da criação de um programa de gerenciamento desses recursos.¹⁴

Considerado o mais completo documento sobre recursos hídricos até a Agenda 21, cumpre aqui transcrever as primeiras palavras descritas no Relatório das Nações Unidas sobre a Conferência da Água:

Realizing that the accelerated development and orderly administration of water resources constitute a key factor in efforts to improve the economic and social conditions of mankind, especially in the developing countries, and that it will not be possible to ensure a better quality of life and promote human dignity and happiness unless specific and concerted action is taken to find solutions and to apply them at national, regional and international levels.¹⁵

Por expressa disposição, o Plano de Ação ainda estimulou a plena cooperação de todos os Estados em buscar a implementação das recomendações descritas no Relatório mediante a boa-fé de todos os cooperados¹⁶. Ademais, também declarou a Década de 1980 como a “Década Internacional do Fornecimento de Água Potável e Saneamento” sob o entendimento que “todos os povos, quaisquer que sejam seu estágio de desenvolvimento e suas condições sociais e econômicas, têm direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade à altura de suas necessidades básicas.”¹⁷

A respeito da temática, compete destacar brevemente os quatro Programas de Ação Comunitária adotados na União Europeia entre 1973 e 1992, ressaltando, desta forma, a grande relevância bibliográfica e acadêmica da semana de estudos na cidade de Perugia, Itália.

O primeiro Programa abrangeu o período de 1973 à 1976, o qual demonstrou a

¹⁴ CAPRILES, Renê. **Meio Século de Lutas: Uma Visão Histórica da Água.** Disponível em: http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos_agua_doce/meio_seculo_de_lutas%3A_uma_visao_historica_da_agua.html. Último acesso em: 06/07/2014.

¹⁵ Cientes de que o desenvolvimento acelerado e ordenado da administração de recursos hídricos constitui um fator fundamental para melhorar as condições econômicas e sociais da humanidade, especialmente em países desenvolvidos, e que não será possível assegurar uma melhor qualidade de vida e promover a dignidade da pessoa humana e felicidade ao menos que sejam criados acordos e ações específicos com o objetivo de encontrar soluções e aplicá-las, posteriormente, em nível nacional, regional e internacional. UNITED NATIONS. United Nations Water Conference. **Report.** Mar del Plata, 1977. Disponível em http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf. Acesso em: 06/07/2014.

¹⁶ UNITED NATIONS. United Nations Water Conference. **Report.** Mar del Plata, 1977. Disponível em http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf. p. 3. Acesso em: 06/07/2014.

¹⁷ VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional.** Vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-7329200000100010. Acesso em 06/07/2014.

importância e a seriedade dos problemas ambientais na moderna sociedade industrial da época. Entre os anos de 1977 e 1981, o segundo Programa de Ação apresentou como objetivos principais o relembrar de princípios básicos para a construção e uma política ecológica comunitária, a redução da poluição ao ambiente em geral e possibilitar ações gerais em favor do ambiente natural e sua proteção.¹⁸

Em seguida, o terceiro Programa, em ação entre os anos de 1982 e 1987, objetivou a ratificação dos propósitos apresentados pelo Programa anterior e inovou ao citar uma estratégia ambiental em nível global. É oportuno citar que em 1986, foi assinado na cidade de Luxemburgo um importante instrumento que possibilitou um avanço das políticas ambientais da União Europeia: o Ato Único Europeu¹⁹, do qual, nas palavras de Renato Briganti²⁰,

[...] i temi ambientali vengono integrati nelle altre politiche comunitarie, e viene conferito un fondamento giuridico all'azione in materia ambientale. Inoltre vengono consagrati i cinque principi di azioni e cioè Prevenzione, Precauzione, Correzione alla fonte, Princípio "Chi inquina paga" e Princípio di Sussidiarietà (che riguarda unicamente le disposizioni in materia ambientale).²¹

Por fim, compete destacar a proeminência do quarto Programa. Ofereceu-se, entre 1987 e 1992, uma série de abordagens acerca da prevenção e controle de poluição, além de se buscar uma gestão coerente e atenta para com os patrimônios naturais, sobretudo envolvendo a atuação em setores específicos, ao exemplo da água.²²

Em nível mundial, a segunda grande conferência internacional organizada pelas Nações Unidas a tratar sobre o tema “Água”, aconteceu em janeiro de 1992 na cidade de Dublin, alguns meses antes da conferência que ocorreu no Rio de Janeiro.

A Declaração de Dublin estabeleceu suas recomendações baseadas em quatro princípios que norteiam a gestão e as políticas públicas para as águas em todo o mundo, quais sejam: Água como um recurso finito e vulnerável, necessário para manutenção da vida, do desenvolvimento e

¹⁸ BRIGANTI, Renato. Diritto all'acqua e sostenibilità. **Il diritto dell'Agricoltura**. Fascicolo 2-3. Napoli: ESI, 2008.

¹⁹ O Ato Único Europeu (AUE) revê os Tratados de Roma com o objetivo de relançar a integração europeia e concluir a realização do mercado interno. Altera as regras de funcionamento das instituições europeias e alarga as competências comunitárias, nomeadamente no âmbito da investigação e desenvolvimento, do ambiente e da política externa comum. UNIÃO EUROPEIA. Acto Único Europeu. **EUROPA**. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_pt.htm> Acesso em: 26 de fevereiro de 2015.

²⁰ BRIGANTI, Renato. Diritto all'acqua e sostenibilità. **Il diritto dell'Agricoltura**. Fascicolo 2-3. Napoli: ESI, 2008.

²¹ [...] As questões ambientais estão integradas em outras políticas comunitárias, e confere uma base legal para a ação em matéria ambiental. Ademais, são consagrados os cinco princípios de ações, quais sejam: Prevenção, Precaução, Correção na fonte, Princípio do "Poluidor-pagador" e Princípio da Sustentabilidade (que apenas diz respeito às disposições em matéria ambiental).

²² BRIGANTI, Renato. Diritto all'acqua e sostenibilità. **Il diritto dell'Agricoltura**. Fascicolo 2-3. Napoli: ESI, 2008.

do meio ambiente; a gestão e o desenvolvimento dos recursos hídricos focados em uma abordagem participativa envolvendo os usuários, planejadores e governantes de todas as esferas; a mulher como uma peça fundamental no trabalho de administração e proteção da água e o tratamento da água como valor econômico e seu reconhecimento como um bem econômico.²³

Não obstante, Eriovaldo Moreira Barbosa²⁴ criticou o paradoxo da Organização das Nações Unidas em reconhecer a água como um bem de valor econômico, mas não como um direito fundamental da pessoa humana. Além disso, o Professor também fez uma critica relacionada à priorização da água como dimensão de caráter privado desconsiderando assim o seu enfoque vital, qual seja, a água como direito fundamental da pessoa humana.

Alguns meses após a Conferência realizada em Dublin ocorreu a Eco 92, no Rio de Janeiro, da qual resultou na Agenda 21. Os recursos hídricos receberam um capítulo relevante na Agenda 21 o qual abrangeu sete áreas específicas que cobrem: os aspectos de desenvolvimento e manejo integrado; avaliação; proteção dos recursos hídricos, da qualidade da água e dos ecossistemas aquáticos; abastecimento de água potável e saneamento; água e desenvolvimento urbano sustentável; água para produção sustentável de alimentos e desenvolvimento rural sustentável; e impactos da mudança do clima sobre os recursos hídricos.²⁵

De igual modo foi reconhecida a importância dos recursos hídricos transfronteiriços para os Estados ribeirinhos, termo este proposto por Habermas, destacando a importância da cooperação entre esses Estados em razão dos acordos existentes entre eles e levando em consideração o interesse de todas as nações envolvidas.²⁶

Apesar dos debates sobre o tratamento da Água como Direito Fundamental da Pessoa humana parecer uma questão óbvia, somente a alguns anos a cogitação dessa condição começou a ser inserida em alguns documentos internacionais.

Por sua vez, são diversos os fatores que contribuem para o estabelecimento de normas

²³UNITED NATIONS. International Conference on Water and the Environment (ICWE). **The Dublin Statement on Water and Sustainable Development**. Disponível em: <https://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedece.html>. Acesso em 06/07/2014.

²⁴BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=3172.

²⁵VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010.

²⁶VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010.

acerca deste elemento. Attila Tanzi²⁷ aduz que:

[...] il diritto Internazionale delle acque si è occupato primariamente, se non esclusivamente, degli aspetti economici relativi a rivendicazioni contrapposte tra Stati rivieraschi sulla ripartizione quantitativa dell'acqua, senza prendere in considerazione la qualità dell'acqua e le questioni ambientali.²⁸

Em 2000, a União Europeia instituiu um quadro comunitário para a proteção e a gestão da água, onde “num primeiro momento, os Estados-Membros deveriam identificar e analisar as águas europeias, recenseadas por bacia e região hidrográficas, adotando então planos de gestão e programas de medidas adaptadas a cada massa de água.”²⁹

Sob a perspectiva de Antonino Ali³⁰,

La direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2000, che istituisce um quadro per l'azione comunitaria in matéria di acque (DQA), mirava a riordinare il quadro normativo del settore, afrontando in particolare alcuni aspetti centrali quali il problema della qualità ecologica delle acque.³¹

No ano de 2002, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas diante da escassez de água potável em países subdesenvolvidos e desenvolvidos, aprovou a “Observação Geral nº 15” intitulada como “direito à água”, destacando a necessidade de um fornecimento suficiente de uma água salubre, fisicamente acessível e a um custo acessível.³² Até então, a Declaração Universal dos Direitos das Águas era o documento que afirmava o acesso à água como um direito fundamental, todavia, nenhum dos documentos apresenta força vinculante.³³

Recentemente, com o objetivo de aumentar a conscientização e a cooperação entre os

²⁷ TANZI, Atilla. Il tortuoso cammino del diritto Internazionale delle acque tra interessi economici e ambientali. In: **Il diritto All'acqua: Alcune riflessioni in prospettiva comparata**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 517.

²⁸ O direito internacional das águas trata, principalmente, se não exclusivamente, dos aspectos econômicos relacionados às reivindicações conflitantes entre os Estados ribeirinhos acerca da distribuição quantitativa de água, sem levar em consideração a qualidade da água e as questões ambientais.

²⁹ UNIÃO EUROPEIA. Proteção e gestão da água (Directiva-quadro no domínio da água). **EUROPA**. Síntese da legislação da UE. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28002b_pt.htm> Acesso em: 26 de fevereiro de 2015

³⁰ ALÌ, Antonino. La protezione e la gestione delle acque nell' Unione Europea. In. **Sistema de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas, 2003. p. 73.

³¹ A diretiva 2000/60/CE do Parlamento Europeu, adotada em 23 de Outubro de 2000, a qual estabeleceu um quadro de ação comunitária em matéria de água (ACA), com o objetivo de reorganizar o quadro normativo do setor, afrontando diretamente o problema da qualidade da água.

³² BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172.

³³ BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3172.

países sobre os desafios da gestão da água, o ano de 2013 foi declarado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas como o Ano Internacional de Cooperação da Água³⁴, entretanto, diante do grau crítico em que os sistemas hídricos mundiais se encontram é notório o entendimento de que tal questão necessita ser tratada com urgência não somente pela ONU, mas por todos os países através da cooperação mútua com o intuito de trazer efetividade a todas as documentações supracitadas e minimizar os efeitos de anos de descaso.

3. O ACESSO À ÁGUA COMO UM DIREITO HUMANO E O SEU ATUAL CENÁRIO NA HUMANIDADE

Atualmente, o elemento “água” é utilizado em diversos ramos da ciência e em inúmeras atividades diárias. Extremamente necessária para o desenvolvimento das necessidades básicas do indivíduo, na dessedentação dos animais e figura indispensável às indústrias, pode-se compreender que o direito de acesso à água pode ser entendido como desdobramento do direito à vida, ultrapassando a categoria de direito fundamental de terceira geração podendo também ser classificado como de primeira geração.³⁵

Os atuais números concernentes ao acesso à água no Brasil e no mundo são alarmantes. A realidade muitas vezes não é percebida, ou, talvez, não é divulgada tendo em vista que o interesse por dados verídicos muitas vezes não é o mais conveniente.

No ano 2000 foi constatado que 2,4 bilhões de pessoas não tinham acesso a saneamento básico, enquanto aproximadamente 1 bilhão de pessoas não possuíam um acesso mínimo às suas necessidades básicas. Considerando os dados e a importância da temática, a organização das Nações Unidas definiu o período entre 2005 e 2015 como a “Década Internacional para a Ação Água para a Vida”³⁶. Com a finalidade de contribuir na preservação das águas mundiais e com o objetivo de reduzir pela metade a proporção da população mundial sem acesso sustentável à água potável e saneamento até o ano de 2015, obteve-se como meta o fornecimento de água para 1,6 bilhão de pessoas e saneamento para 2,1 bilhões entre 2002 e 2015, sobretudo entre as famílias

³⁴ [...]Enfatizando que a água é essencial para o desenvolvimento sustentável, inclusive para manter a integridade ambiental e a erradicação da pobreza e da fome, é indispensável para a saúde humana e o bem-estar e fundamental para alcançar o Objetivos de Desenvolvimento do Milênio [...], Decide declarar 2013 como o Ano Internacional de Cooperação da Água. Tradução livre. UNITED NATIONS. Decide declarar 2013 como o Ano Internacional de Cooperação da Água. **Resolution A/RES/65/154**. Disponível <http://daccess-dds-y.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/521/78/PDF/N1052178.pdf?OpenElement>. Acesso em 06/07/2014

³⁵ NÓBREGA, Guilherme Pupeda. **Acesso à água como direito fundamental à vida**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-acesso-a-agua-como-direito-fundamental-a-vida>. Acesso em 06/07/2014.

³⁶ NÓBREGA, Guilherme Pupeda. **Acesso à água como direito fundamental à vida**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-acesso-a-agua-como-direito-fundamental-a-vida>. Acesso em 06/07/2014.

menos privilegiadas nos países mais pobres do mundo.³⁷ Dados comprovam que há um século, pelo menos, o consumo de água tem crescido em um ritmo maior do que o crescimento populacional, sendo que nos últimos cem anos, a população quadruplicou, enquanto o consumo de água cresceu apenas sete vezes.³⁸

Percebe-se, então, a evolução do conhecimento sobre as diversas dimensões dos recursos hídricos e as especificidades de seu manejo, revelando a importância da cooperação financeira e tecnológica internacional para a promoção das melhores práticas para a gestão dos recursos.³⁹

O breve relatório que traz “O Direito Humano de acesso à Água e ao Saneamento” escrito pela Organização das Nações Unidas apresenta algumas informações de abrangência mundial acerca da realidade do acesso à água, quais sejam:

The average distance that women in Africa and Asia walk to collect water is 6 kilometres. Inadequate sanitation, poor hygiene and unsafe drinking water contribute to 88% of diarrhoeal disease. [...] Almost two in three people lacking access to clean water survive on less than \$2 a day, with one in three living on less than \$1 a day. [...] People living in the slums of Jakarta, Manila and Nairobi pay 5 to 10 times more for water than those living in high-income areas in those same cities and more than consumers in London or New York.⁴⁰

Encontra-se na América do Sul a maior parte da água doce ainda disponível para consumo no mundo, e seus países tem o direito de explorá-la de maneira sustentável em favor do bem-estar de seu povo. Cada nação tem a sua peculiaridade e deve explorar seu território em conformidade às características intrínsecas de cada região. O Estado brasileiro apresenta uma estrutura antagônica: a elevada urbanização, um grande parque industrial e uma intensa agricultura ativa contrapõem-se a uma expressiva área de território em condições semiáridas e uma região com quase 50% da superfície do País que detém 70% dos recursos hídricos (a

³⁷CASTRO, Liliane Socorro de. Direito fundamental de acesso a água potável e a dignidade da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico.** XVI. n. 117 Rio Grande, 2013h. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13202. Acesso em 14/07/2014.

³⁸PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006.** Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobais. p. 137. Acesso em 14/07/2014.

³⁹VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional.** vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010.

⁴⁰A distância média que uma mulher caminha na África e na Ásia para coletar água é de 6 (seis) quilômetros. A falta de saneamento adequado, a falta de higiene e o consumo de água imprópria são os responsáveis por 88% das doenças relacionadas à diarreia. Aproximadamente duas em três pessoas que não tem acesso a água potável sobrevivem com menos de dois dólares por dia, e uma em três sobrevive com menos de um dólar por dia [...] Moradores das favelas de Jacarta, Manila e Nairobi pagam de 5 a 10 vezes mais por água do que as pessoas que residem nas áreas nobres destas mesmas cidades e mais do que os consumidores de Londres ou Nova Iorque. UNITED NATIONS. The Human Right to Water and Sanitation. **Media Brief.** Disponível em http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief.pdf.

Amazônia).⁴¹

As especificidades e peculiaridades de cada região não apresentam uma delimitação fronteiriça que possa impedir o auxílio de outras nações na exploração sustentável da água, pelo contrário, se a questão das águas for tratada como uma problemática transnacional, e não apenas de caráter internacional, a cooperação entre os Estados será um dos diferenciais aspectos de resolução da problemática.

Mais uma temática a ser estudada é o consumo exacerbado de água em países que não tem problemas de captação ou gestão. Citando um exemplo, “Save Water Today, Make a Difference Tomorrow” é o slogan de uma campanha norte-americana organizada por estudantes em parceria com outros programas onde as pequenas transformações em atitudes realizadas em casa podem fazer uma enorme diferença no planeta e resguardar o futuro das próximas gerações.⁴²

Após pesquisas terem comprovado que o desperdício anual de água nos Estados Unidos excede 1 trilhão de galões, o equivalente ao total de uso anual de água de Los Angeles, Chicago e Miami juntos, concluiu-se que se cada norte-americano utilizasse em suas casas aparelhos que consumissem menos água, a cada ano 2 bilhões de galões de água e 5 bilhões de dólares em energia poderiam ser poupadados.⁴³

Oportuno também se torna trazer o exemplo do aquífero Guarani, com uma extensão de 1,2 milhão de km² a qual abrange os territórios do Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina e que tem apresentado uma real necessidade de desenvolvimento de uma *política sul de águas* em prol da gestão de águas.⁴⁴ Ademais, em solo brasileiro, a problemática atual envolve o Sistema Cantareira, um dos maiores sistemas produtores de água do mundo e responsável em abastecer cerca de 55% da Região Metropolitana de São Paulo que desde o início de 2014 tem enfrentado a sua pior crise hídrica desde o início de sua criação em razão não somente a escassez das chuvas, mas também a má gestão de captação e distribuição de águas.

Outro fator relevante são os dados de que uma pequena parte da população mundial

⁴¹VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais. *Revista Brasileira de Política Internacional*. vol. 43. n. 1. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-7329200000100010.

⁴² SWT. **Save Water Today**. Disponível em: <http://www.savewatertoday.org/>. Acesso em 29/08/2014.

⁴³ SWT. Save Water Today. **Save Water Today, Make a Difference Tomorrow**. Disponível em: <http://www.savewatertoday.org/>. Acesso em 29/08/2014.

⁴⁴D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 108.

usufrui quase 40% das águas, o que demonstra uma grande contradição no consumo hídrico, e, para completar, tal descompasse ainda é agravado pela total ausência de acesso à água em uma grande parte do mundo.⁴⁵

Até meados da década de 90 não se ouvia muito tratar a respeito de questões relacionadas à água fora da abrangência de alguns profissionais específicos como geólogos, administradores, engenheiros, químicos, etc. Entretanto, com o avançar das pesquisas e a cada divulgação dos resultados percebeu-se a evidente conexão entre a falta de acesso à água com a pobreza e a saúde pública.

Comprovou-se que o corpo humano, composto de 60% a 70% de água, não sobrevive se não consumir uma quantidade mínima de água diária. Entretanto, o acesso à água potável vem se tornando cada vez mais complicado, tendo em vista o crescimento industrial e o constante descuido com o meio ambiente que contaminou e poluiu muitos mananciais responsáveis pelo abastecimento de milhares de pessoas.⁴⁶ Um exemplo conhecido é o caso do Rio Tietê, em São Paulo, cronicamente poluído por esgoto não tratado e com alta concentração de chumbo, cádmio e outros metais pesados. A poluição da água afeta o meio ambiente, ameaça a saúde pública e, por fim, reduz o fluxo de água disponível para uso humano.⁴⁷

No Brasil, de acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006⁴⁸, os 20% mais ricos da população desfrutam de níveis de acesso à água e saneamento comparáveis ao de países ricos, enquanto os 20% mais pobres têm uma cobertura de água e esgoto inferior à do Vietnã. O acesso à água é uma preocupação real e evidente. Dados mostram que 20% dos mais pobres na Argentina, El Salvador, Jamaica e Nicarágua gastam mais de 10% de sua renda na aquisição de água potável, sendo que cerca da metade dessas famílias vivem no limiar da pobreza absoluta, com menos de 1 dólar por dia.⁴⁹

⁴⁵CASTRO, Liliane Socorro de. Direito fundamental de acesso a água potável e a dignidade da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico.** XVI. n. 117 Rio Grande, 2013h. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13202. Acesso em 19/07/2014.

⁴⁶CASTRO, Liliane Socorro de. Direito fundamental de acesso a água potável e a dignidade da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico.** XVI. n. 117 Rio Grande, 2013h. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13202. Acesso em 19/07/2014.

⁴⁷PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006.** Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobalis. p. 143. Acesso em 14/07/2014.

⁴⁸PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório de Desenvolvimento Humano 2006. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobalis.p. 50. Acesso em 14/07/2014.

⁴⁹PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006.** Para lá da escassez:

Segundo o relatório apresentado pela Organização das Nações Unidas, no ano de 2006⁵⁰, o ponto de partida e o princípio unificador da ação pública para a água e o saneamento seria o reconhecimento da água como um direito humano básico. Esse reconhecimento só chegou em 28 de julho de 2010, quando a Assembleia Geral da ONU reconheceu o acesso à água potável como um direito humano.

Por meio da Resolução 64/292⁵¹, o reconhecimento ao saneamento e a agua limpa e segura foi considerado um direito humano essencial ao completo gozo da vida e aos outros direitos humanos. Ademais, a mesma resolução alertou que quase 900 milhões de pessoas ainda carecem do exercício desse direito e afirma que o acesso à água e ao saneamento é oriundo do direito a um padrão de vida adequado e intimamente relacionado ao direito de alcançar o mais alto nível de saúde física e mental, bem como o direito a vida e a dignidade humana.

Para Anthony Olmo⁵²,

Dal punto di vista giuridico, l'affermazione del diritto all'acqua e alle misure igieniche rappresenta il culmine di anni di elaborazioni in seno al dibattito Internazionale. [...] il diritto all'acqua e alle e alle misure igieniche deriva dal diritto ad uno standard di vita adeguato tutelato dalla Dichiarazione universale dei diritti umani (art. 25) e dal Patto Internazionale sui diritti economici e culturali (art. 11)⁵³

De certa forma, o fato da recente Resolução ter declarado o acesso à água potável como um direito humano não exerceu influências diretas no ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista tal direito ainda não ter sido positivado e se transformado em um direito fundamental específico. Ingo Sarlet relembra “que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que

poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobal. p. 52. Acesso em 14/07/2014.

⁵⁰ PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobal. p. 60. Acesso em 14/07/2014.

⁵¹ The recognizing that safe and clean drinking water and sanitation is a human right essential to the full enjoyment of life and all other human rights. [...] The General Assembly voiced deep concern that “almost 900 million people worldwide do not have access to clean water”. [...] At its 15th session in September 2010, the UN Human Rights Council, in its Resolution A/HRC/RES/15/9, affirmed that the right to water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health, and the right to life and human dignity. UNICEF. Drinking Water. Report. Disponível em http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/report_wash_low. Acesso em 17/07/2014.

⁵² OLMO, Anthony. **Diritto all'acqua potabile e alle misure igienico-sanitare**. In: Diritti umani e Diritto Internazionale. Napoli: Università di Napoli, 2001. p. 178-179.

⁵³ Do ponto de vista jurídico, a afirmação do direito à água e saneamento básico representa o ápice de anos de debate internacional. [...] O direito à água e saneamento básico deriva do direito a um padrão de vida resguardado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 25) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Culturais (art. 11)

representado por entes coletivos (grupo, povos, nações, Estado)", entretanto, a recíproca não é verdadeira.⁵⁴

Apesar da Constituição brasileira não fazer menção expressa ao direito à água, a Política Nacional de Recursos Hídricos e Saneamento Básico trouxe diversos mecanismos e instrumentos de efetivação do direito à água. Guilherme Pupe da Nóbrega⁵⁵ também salienta a importância da Agência Nacional de Águas (ANA), criada pela Lei 9.984/2000, que por meio de resoluções e dos contratos de concessão tem normatizado a matéria e importo diversos encargos aos concessionários.

Muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não tenha incluído a água no rol de direitos fundamentais, existe uma proposta de Emenda à Constituição que dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal visando à inclusão do acesso à água como um direito social.⁵⁶

O objetivo da Emenda Constitucional seria considerar inserir a água no rol dos Direitos Sociais, sendo que esta, assim, se positivaria como um Direito Fundamental da Pessoa Humana, tais como a educação, a saúde, o trabalho e a moradia. Outrossim, em razão do Brasil deter 12% da água doce mundial (o maior potencial hídrico do Planeta), transfere aos brasileiros a responsabilidade de gerir, distribuir e preservar este recurso tão almejado por diversos povos, razão pela qual a consideração da água como um direito social seria considerada como um grande salto, buscando a disponibilização de água potável com qualidade à todos os cidadãos.⁵⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do desenvolvimento do artigo, percebeu-se que apesar de todos os esforços, ainda existem 783 milhões de pessoas que estão sem acesso à água potável e é evidente a previsão de que até 2015, 67% das pessoas no mundo tenham acesso a saneamento básico; um quadro abaixo dos 75% estabelecidos pelo Objetivo de Desenvolvimento do Milênio.⁵⁸

⁵⁴SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. ed. 10. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010.p. 29.

⁵⁵ NÓBREGA, Guilherme Pupeda. **Acesso à água como direito fundamental à vida**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-acesso-a-agua-como-direito-fundamental-a-vida>. Acesso em 19/07/2014.

⁵⁶BRASIL. PEC. **Projeto de Emenda Constitucional**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1035378.pdf>. Acesso em 19/07/2014.

⁵⁷BRASIL. PEC. **Projeto de Emenda Constitucional**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1035378.pdf>. Acesso em 19/07/2014.

⁵⁸BRASIL. PEC. **Projeto de Emenda Constitucional**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água

Entretanto a atual situação não pode ser considerada como desanimadora tendo em vista que diversas organizações internacionais públicas e privadas tem se colocado a disposição para tentar amenizar tal problema, situação esta que se não for pormenorizada agora trará, certamente, problemas irreversíveis em alguns anos.

Ter o conhecimento de que “por volta de 2025, mais de 3 bilhões de pessoas poderão viver em países sujeitos a pressão sobre os recursos hídricos, tais como a China e a Índia”⁵⁹ e não buscar uma transformação – qualquer que seja – pode sim, atualmente, ser considerada falta de responsabilidade e desconsideração não somente com o seu Estado de residência mas descaso com o “ambiente”, assim descrito por José Afonso da Silva.⁶⁰

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALÌ, Antonino. La protezione e la gestione delle acque nell’ Unione Europea. In. **Sistema de derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas, 2003.

ANTUNES DE SOUZA, Maria Cláudia; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade e seus reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica:** o ciclo do equilíbrio do bem estar. Disponível em:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. Água doce: direito fundamental da pessoa humana. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008. Disponível http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=3172.

BRASIL. PEC. **Projeto de Emenda Constitucional**. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para incluir o acesso à água como um direito social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1035378.pdf>.

BRIGANTI, Renato. Diritto all’acqua e sostenibilità. **Il diritto dell’Agricoltura**. Fascicolo 2-3. Napoli: ESI, 2008.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 1996.

como um direito social. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1035378.pdf>. Acesso em 19/07/2014.

⁵⁹ PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006**. Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano-Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobalis. p. 136. Acesso em 14/07/2014.

⁶⁰ SILVA; José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20.

CAPRILES, Renê. **Meio Século de Lutas: Uma Visão Histórica da Água.** Disponível em:http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/artigos_agua_doce/meio_seculo_de_lutas%3A_uma_visao_historica_da_agua.html.

CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali:** Libertà e diritti social. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental:** Responsabilidade Social e Sustentabilidade. São Paulo: Atlas, 2007

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Marcos Leite. Novos direitos fundamentais e as demandas transnacionais.**Revista do Direito**.ed. 33. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2010. Disponível em:<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>.

NÓBREGA, Guilherme Pupeda.**Acesso à água como direito fundamental à vida.** Disponível em:<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-acesso-a-agua-como-direito-fundamental-a-vida>.

OLMO, Anthony. **Diritto all'acqua potabile e alle misure igienico-sanitare.** In: Diritti umani e Diritto Internazionale. Napoli: Università di Napoli, 2001.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 10 ed. Curitiba: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA; José Afonso da .**Direito ambiental constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VARGAS, Everton Vieira. Água e Relações Internacionais.**Revista Brasileira de Política Internacional.** vol. 43.n. 1. Brasília, 2000. Disponível em:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292000000100010.

CASTRO, Liliane Socorro de. Direito fundamental de acesso a água potável e a dignidade da pessoa humana.**Revista Âmbito Jurídico**.XVI. n. 117 Rio Grande, 2013h. Disponível em:http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13202.

SWT. Save Water Today. **Save Water Today, Make a Difference Tomorrow.** Disponível em:<http://www.savewatertoday.org/>. Acesso em 29/08/2014.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Relatório de Desenvolvimento Humano 2006.** Para lá da escassez: poder, pobreza e a crise mundial da água. Disponível em <http://www.pnud.org.br/HDR/Relatorios-Desenvolvimento-Humano->

Globais.aspx?indiceAccordion=2&li=li_RDHGlobalis.

TANZI, Atilla. Il tortuoso caminho del diritto Internazionale delle acque tra interessi economici e ambientali. In: **Il diritto all'acqua: Alcune riflessioni in prospettiva comparata**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. Acto Único Europeu. **EUROPA**. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_singleact_pt.htm> Acesso em: 26 de fevereiro de 2015.

UNIÃO EUROPEIA. Proteção e gestão da água (Directiva-quadro no domínio da água). **1 Síntese da legislação da UE**. 2010. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28002b_pt.htm> Acesso em: 26 de fevereiro de 2015

UNITED NATIONS. United Nations Water Conference. **Report**. Mar del Plata, 1977. Disponível em http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/UN/Mar_del_Plata_Report.pdf

UNITED NATIONS. International Conference on Water and the Environment (ICWE). **The Dublin Statement on Water and Sustainable Development**. Disponível em <https://www.wmo.int/pages/prog/hwrp/documents/english/icwedece.html>.

UNITED NATIONS. Decide declarar 2013 como o Ano Internacional de Cooperação da Água. **Resolution A/RES/65/154**. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/521/78/PDF/N1052178.pdf?OpenElement>.

UNITED NATIONS. The Human Right to Water and Sanitation. **Media Brief**. Disponível em http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief.pdf.

UNICEF. Drinking Water. **Report**. Disponível em http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/report_wash_low.

O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Adilor Danieli¹

Queila Jaqueline Nunes Martins²

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende discutir o tema da água potável do ponto de vista dos direitos fundamentais. Assim, a hipótese central que será apresentada ao debate é de que a água é um direito fundamental do cidadão. Assistimos diariamente a notícias sobre a falta de água, o esgotamento de fontes, empresas que negociam monopólios econômicos sobre águas, enfim, em um primeiro olhar, denota-se que a água é muito mais tratada do ponto de vista do mercado do que do ponto de vista jurídico. É o que se pretende abrir ao debate: a água é um tema de direito público? A água é um direito fundamental? Temos o direito e a garantia fundamental de reivindicar a responsabilidade pública por mortes, doenças ou conseqüências da má gestão das políticas públicas sobre águas? São algumas das questões que se colocam ao debate jurídico e que pretende-se contribuir com o presente artigo.

Embora estejamos vivendo num mundo próspero e cujo avanço tecnológico e econômico estão constantemente em ascensão, milhões de crianças, na forma do que apontou o Relatório do Desenvolvimento Humano 2006, elaborado pela Organização das Nações Unidas – ONU, morrem anualmente por falta de um copo de água potável³.

Isto porque, segundo consta do referido Relatório, mais de um milhão de pessoas não dispunham de acesso à água potável, situação que as condena a vidas de pobreza e vulnerabilidade.

Com base nisso, a pesquisa aborda o direito das águas, o direito à água e o acesso à água

¹ Doutorando em Ciência Jurídica PPCJ – UNIVALI, Juiz de Direito e Professor. E-mail: adaniel1509@yahoo.com.br

² 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

³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006*. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Pesquisa realizada em 25.02.2015.

potável como direito fundamental⁴, porquanto esse se constitui como um dos motores mais poderosos para o desenvolvimento humano, haja vista que amplia as oportunidades, cria um ciclo de melhoria da saúde e geração de riquezas e respeita o princípio da dignidade da pessoa humana.

1. O DIREITO DE ÁGUAS

O direito de águas está amparado em um sistema de princípios e regras que dirigem a forma segundo a qual se desenvolve a gestão da água e dos recursos hídricos.

Cid Tomanik Pompeu⁵ o classifica como o “conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, o uso, o aproveitamento, a conservação e a preservação das águas, assim como a defesa contra suas danosas consequências”.

A Constituição da República de 1988 dedicou um capítulo ao Meio Ambiente , do qual a água é elemento essencial, alcançando-o, por meio da edição do seu artigo 225, ao patamar de direito difuso e bem de uso comum, *verbis*:

Art. 225. 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

⁴ 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

⁵ POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de Águas no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 43.

IV - 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 se dará publicidade;

V - 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;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

O autor italiano Ernesto Briganti⁶, sustenta que “ambiente é o conjunto, em um dado momento, dos agentes físicos, químicos, biológicos e dos fatores sociais suscetíveis de terem um efeito direto ou indireto, imediato ou futuro, sobre os seres vivos e a atividade humana”.

A Lei nº 9.433/97, Lei Nacional das águas, firma como premissas para o implemento da Política Nacional dos Recursos Hídricos o reconhecimento da água como bem de domínio público, dotado de valor econômico, finito e cujo uso deve priorizar o consumo humano e a dessedentação de animais.

A decantada lei objetiva materializar o estatuto pelo aqui citado artigo 225 da Constituição da República de 1988, que como visto, estabelece que a preservação do Meio Ambiente é dever de todos e determina ao Poder Público a obrigação de implantar políticas públicas, no sentido de dirigir e resguardar o macrossistema ecológico do qual as águas são parte integrante.

⁶ BRIGANTI, Ernesto. Danno Ambientale e Responsabilità Oggettiva, in Rivista giuridica dell'ambiente – atti del convegno di studio sul tema Danno ambientale e tutela giurídica, Padova, CEDAM, 1987, PP.75-79.

No que respeita à Lei das Águas Brasileiras, José Afonso da Silva⁷ pondera que o referido diploma legal objetiva “dar organicidade e sistemática às formas de proteção dos recursos hídricos brasileiros para além da simples proteção contra a poluição”.

O artigo 1º da Lei nº 9.433/97, estabelece os princípios basilares da Política Nacional de Recursos Hídricos, *verbis*:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

- I - a água é um bem de domínio público;
- II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;
- III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
- IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;
- V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
- VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Para Paulo Affonso Leme Machado⁸, “a dominialidade pública da água, afirmada na Lei 9.433/97, não transforma o Poder Público federal e estadual em proprietário da água, mas o torna gestor desse bem, no interesse de todos”.

Já Odete Medauar⁹ defende que a dominialidade pública não se confunde com o domínio privado, e complementa:

Os bens públicos têm titulares, mas os direitos e os deveres daí resultantes, exercidos pela Administração não decorrem do direito de propriedade no sentido tradicional. Trata-se de um vínculo específico, de natureza administrativa, que permite e impõe ao Poder Público, titular do bem, assegurar a continuidade e regularidade da sua destinação, contra quaisquer ingerências.

Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar que há bens, que por sua finalidade e essência, aí se inserindo a água, pertencem a todos e, contraditoriamente, não são de ninguém. A água, então, por ser vital aos seres vivos, não se submete à ideia comum de propriedade, que compreende o uso, gozo e disposição do titular, já que não pode ficar à mercê dos desejos pautados pela individualidade, donde resulta a importância da gestão, controle e fiscalização dos mananciais de água pelo Poder Público.

⁷ SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8. ed. Rev. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Paulo Affonso Leme Machado¹⁰, ao comentar a Lei nº 9.433/97, assevera que a Lei das Águas traça as linhas gerais da sustentabilidade dos recursos hídricos a partir de três panoramas: “disponibilidade de água”, “utilização racional” e “utilização integrada”.

A disponibilidade da água, levando-se em conta que o direito ao seu acesso deve ser exercido por todos, e a sua utilização racional, esta que depende da formulação de políticas públicas e do desenvolvimento de atividades que promovam a educação ambiental, estão previstas no artigo 2º da Lei nº 9.433/97, que ao indicar os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, estatui:

Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

- I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;
- II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;
- III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais.

A utilização integrada dos mananciais de água, por seu turno, é parte fundamental de sua sustentabilidade, cujas diretrizes estão instituídas no artigo 3º da Lei nº 9.433/97, que fixa:

Art. 3º Constituem diretrizes gerais de ação para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos:

- I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade;
- II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País;
- III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental;
- IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional;
- V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo;
- VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras.

O artigo 5º da *Lei Nacional das Águas* encerra um conjunto de instrumentos tendentes a auxiliar o processo de gestão do líquido vital, e disciplina a criação de um sistema integrado com esse fim:

Art. 5º São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

¹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

- I - os Planos de Recursos Hídricos;
- II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água;
- III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;
- IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos;
- V - a compensação a municípios;
- VI - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos

Assim, pode-se dizer que a Lei Nacional das Águas, em sintonia com o disposto no artigo 225 da Constituição da República de 1988, objetiva fomentar o desenvolvimento de uma gestão cooperativa, solidária e racional dos mananciais de água, a fim de garantir a esta e as futuras gerações, o acesso ao líquido vital.

2. O DIREITO À ÁGUA

José Roberto Nalini¹¹ sustenta que a água representa “o elo que vincula todas as coisas vivas, tão vital para a sobrevivência como o próprio ar”, e Henri Smets¹², cujo pensamento se alinha com o do autor antes citado, complementa, dizendo que a água “é um direito de todas as pessoas” e que seu acesso não deve estar subordinado a qualquer posição de ordem econômica ou social.

Não à toa, então, que o Relatório do Desenvolvimento 2006 publicado pela Organização das Nações Unidas – ONU¹³, reconheceu a água como direito humano essencial e recomendou aos Estados que desenvolvam políticas públicas que garantam o acesso à água limpa a todos, por preço razoável, permitindo, ainda, o acesso gratuito a pelo menos 20 litros de água por dia à população carente.

Aponta o decantado Relatório que:

O acesso a água para sempre é uma necessidade humana elementar e um direito humano fundamental. No entanto, num mundo cada vez mais próspero como o nosso, há mais de mil milhões de pessoas a quem se nega o direito a água potável e 2,6 mil milhões de pessoas sem acesso a saneamento adequado. Estes valores apenas captam uma dimensão do problema. Todos os anos, cerca de 1,8 milhões de crianças morrem em resultado directo de diarreia e de outras doenças provocadas por água suja e por más condições de saneamento. No início do século XXI, a água suja é

¹¹ NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. 3 ed. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2010, p. XI.

¹² SMETS, Henri. *Le Droit à l'eau*. Disponível em <http://www.worldwater.council.org>. Pesquisa realizada em 25.02.2015. Tradução livre.

¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006*. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Pesquisa realizada em 25.02.2015.

a segunda maior causadora de mortes de crianças em todo o mundo. Todos os dias, milhares de mulheres e raparigas recolhem água para as suas famílias — um ritual que reforça as desigualdades de género em termos de emprego e de educação. Entretanto, as más condições de saúde, associadas a faltas de água e de saneamento põem em perigo a produtividade e o crescimento económico, reforçando as profundas situações de desigualdade que caracterizam os actuais padrões de globalização e apanhando os agregados familiares vulneráveis em ciclos de pobreza (sic).

Afirma o Relatório, na sequência, a necessidade de conversão da água num direito humano, vejamos:

Converter a água num direito humano — e fazer com que seja cumprido. Todos os governos deveriam ir além dos vagos princípios constitucionais para a preservação do direito humano à água na legislação em vigor. Para ser cumprido, o direito humano deve corresponder a uma habilitação a um abastecimento de água seguro, acessível e a um preço razoável. A habilitação apropriada deverá variar por país e circunstâncias familiares. Mas implica, no mínimo, uma meta de pelo menos 20 litros de água potável por dia para cada cidadão — e sem qualquer custo para as pessoas com falta de meios para o seu pagamento. Devem ser estabelecidos indicadores de referência claros para o progresso em direcção à meta, com a responsabilização dos governos nacionais e locais e também dos fornecedores de água. Se os fornecedores privados têm um papel a desempenhar no abastecimento de água, alargar o direito humano à água é uma obrigação dos governos.

E vai além:

A segurança da água faz parte integrante desta concepção mais vasta da segurança humana. Em termos genéricos, a segurança da água consiste em assegurar que cada pessoa disponha de um acesso viável a água suficiente a um preço acessível para uma vida saudável, digna e produtiva, não deixando de manter os sistemas ecológicos que fornecem água e que também dependem da água. Quando não se verificam estas condições, ou quando o acesso à água é interrompido, as pessoas confrontam-se com graves riscos de segurança humana, causados por más condições de saúde e pela ruptura de meios de subsistência.

Consta do Relatório, da mesma sorte, que a insegurança da água viola frontalmente alguns dos princípios mais básicos da justiça social, dentre eles:

- *Cidadania igual.* Cada pessoa tem direito a um conjunto igual de direitos civis, políticos e sociais, incluindo o meio de exercer estes direitos de forma eficaz. A insegurança da água compromete estes direitos. Uma mulher que passa horas a fio a recolher água ou que sofre de constantes doenças relacionadas com a água tem menos capacidade de participar na sociedade, mesmo que possa participar da eleição do seu governo.
- *O mínimo social.* Todos os cidadãos devem ter acesso a recursos suficientes para satisfazer as suas necessidades básicas e levar uma vida digna. A água potável faz parte do mínimo social, com um requisito mínimo de 20 litros por pessoa e por dia.
- *Igualdade de oportunidades.* A igualdade de oportunidades, um requisito-chave para a justiça social, é diminuída pela insegurança da água. A maioria das pessoas aceitaria que a educação é essencial para a igualdade de oportunidades. Por exemplo, as crianças impossibilitadas de frequentar a escola quando se encontram afectadas por acessos constantes de doenças causados por água imprópria para consumo não usufruem, em qualquer sentido positivo, do direito à educação.
- *Distribuição justa.* Todas as sociedades estabelecem limites à extensão justificável da desigualdade. A forte

desigualdade do acesso a água potável doméstica ou a água produtiva no campo não cumpre os critérios de distribuição justa, especialmente quando associada aos elevados níveis, evitáveis, de mortalidade infantil ou de pobreza. A ideia da água enquanto direito humano reflecte estas preocupações subjacentes. Como declarou o Secretário-Geral das Nações Unidas, «O acesso seguro a água potável é uma necessidade humana fundamental e, portanto, um direito humano básico». A preservação do direito humano à água é um fim em si mesmo e um meio de consubstanciar os direitos mais genéricos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros instrumentos com vínculo jurídico — incluindo o direito à vida, à educação, à saúde e a um alojamento adequado. Assegurar que cada pessoa tenha acesso a pelo menos 20 litros de água potável e por dia para satisfazer as suas necessidades básicas é um requisito mínimo para respeitar o direito à água — e uma meta mínima para os governos. Os direitos humanos não são extras facultativos. Tal como não são uma disposição legal voluntária a abraçar ou abandonar segundo o capricho de cada governo. São obrigações vinculativas que reflectem valores universais e implicam responsabilidades por parte dos governos. No entanto, o direito humano à água é violado impunemente de uma forma generalizada e sistemática — e são os direitos humanos das pessoas carenciadas que estão sujeitos aos abusos mais graves.

E assenta que “não ter acesso à água e ao saneamento é um eufemismo delicado para uma forma de privação que ameaça a vida, destrói a oportunidade e diminui a dignidade humana”.

Dentro do estudo do Direito, o acesso à água cuida de um direito fundamental dos seres humanos, dos animais e também da natureza, na medida em que a água, nos dizeres da tecnóloga ambiental Regina Helena Pacca Costa¹⁴, é a “matéria-prima primordial à vida”.

No particular, Paulo Affonso Leme Machado¹⁵ ressalta que “o direito de usar a água (...) para consumo pessoal faz parte do inseparável direito à vida” importando, assim, na concretização do “princípio da satisfação das necessidades básicas”.

Dentro desse espírito, o deputado federal do Estado do Ceará, Raimundo Gomes de Matos, é autor da Proposta de Emenda à Constituição nº39/2007¹⁶, que objetiva inserir o direito à água no rol dos direitos sociais, estes que foram instituídos pelo artigo 6º da Constituição da República de 1988.

Assim delimitado, passa-se a discorrer sobre o acesso à água potável como direito fundamental do ser humano, tema deste artigo.

¹⁴ COSTA, Regina Helena Pacca G. Água: matéria-prima primordial à vida. In: TELLES, Dirceu D'Alkmim e Costa, Regina Helena Pacca G. (organizadores). Reuso da água: conceitos, teorias e práticas. São Paulo: Editora Blucher, 2007, p. 19.

¹⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito dos Cursos de Águas Internacionais. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 171.

¹⁶ BRASIL, Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 39/2007**. Disponível em <http://camara.gov.br>. Pesquisa realizada em 25.02.2015.

3. O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Na trilha de raciocínio que estamos construindo, entendemos que a água potável deve integrar o rol dos direitos fundamentais que devem assistir a todos, sem distinção de classe econômica ou social.

Conforme a Teoria dos Direitos Fundamentais, as fases do processo evolutivo desses direitos se resumem em *seis dimensões, ou gerações* para alguns doutrinadores.

A *primeira dimensão* dos direitos fundamentais tem como centro a liberdade individual, correspondendo aos direitos civis e políticos.

A *segunda dimensão*, por sua vez, tem como base o valor da igualdade e compreende os direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos impõe ao Estado uma prestação positiva, ou seja, o Estado deve interferir nas relações econômicas privadas no sentido de atingir a igualdade material ou a equanimidade¹⁷.

Já a *terceira dimensão* dos direitos fundamentais, também denominados de direitos de fraternidade, de solidariedade ou, ainda, direitos transindividuais¹⁸, abarca o *direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, à vida digna, à saúde, à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, ao acesso à água potável e ao acesso ao saneamento básico de esgoto e coleta de lixo.*

Os direitos *transindividuais* ou *metaindividuais*, é cediço, transpõe a esfera meramente individual, vinculando-se ao interesse público, este definido por Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁹ como a “dimensão pública dos interesses individuais; plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁰ explica que o objeto dos direitos transindividuais se trata de uma conduta que no caso da paz, exemplifica, exige “um não-fazer”, ou seja, uma conduta pró-paz. O direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado pressupõe, da mesma forma, “um não-fazer”, isto é, exige-se da pessoa conduta de não provocar o dano ou, em última hipótese, a reparação do dano causado.

¹⁷ PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 28.

¹⁸ VIANA, Thiago Henrique Fedri. *Manual dos Direitos Difusos e Coletivos*. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2010, p. 4.

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 56.

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 66.

Nesse panorama, tem-se que os direitos transindividuais ou metaindividuais consolidam os direitos coletivos em sentido amplo, misturando as espécies que são: os direitos coletivos em sentido estrito, os direitos difusos, os direitos individuais homogêneos, os direitos individuais indisponíveis e os direitos da natureza.

Os direitos difusos, é bom lembrar, foram instituídos pela Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, que em seu artigo 81, parágrafo único, inciso I, dispõe: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Por sua vez, os direitos coletivos e individuais homogêneos, foram definidos pelo decantado artigo 81, parágrafo único, que em seus incisos II e III, sucessivamente, estatui:

II. interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e III. Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Afora as espécies apresentadas, Thiago Henrique F. Viana²¹ expõe a modalidade de direitos individuais indisponíveis, estes que pertenceriam a uma só pessoa a quem não seria facultado abrir mão desse direito, a exemplo do direito à saúde pública.

Poder-se-ia acrescentar, nesse rol de direitos individuais indisponíveis, os direitos ao acesso à água potável e ao saneamento básico, na medida em que ambos estão diretamente ligados a outros direitos fundamentais, a saber, direito à vida, à saúde, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao desenvolvimento econômico²².

A quarta dimensão dos direitos fundamentais abarca os direitos à democracia, à informação, e ao pluralismo, afirmando Paulo Bonavides²³, no ponto, que:

Na democracia globalizada, o Homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema. Nessa democracia, a fiscalização da constitucionalidade daqueles direitos enunciados – direitos, conforme vimos, de quatro dimensões distintas – será obra do cidadão legitimado, perante uma instância suprema, à propositura da ação de controle (...). Os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política.

²¹ VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Manual dos Direitos Difusos e Coletivos**. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2010, p. 7.

²² VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Manual dos Direitos Difusos e Coletivos**. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2010, p. 8.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, pp. 570-572.

O referido autor²⁴ afirma que na *quinta dimensão* está inserido o direito à paz, este, aliás, reconhecido na Constituição da República de 1988, em seu artigo 4º, inciso IV, esclarecendo que a partir do Congresso Internacional Ibero-Americano de Direito Constitucional, realizado em 2006 no Paraná, “a paz logrou, ali, a dignidade teórica de um direito e de um princípio constitucional, constando da carta que o Plenário daquela assembleia de juristas da América Latina e da Europa aprovou por aclamação”.

Alguns autores defendem a sexta dimensão dos direitos fundamentais, propondo Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva²⁵, a inclusão do direito à água potável nesse rol, argumentando para tanto que a água, como um dos elementos que compõe o meio ambiente saudável e equilibrado, “merece ser destacada e alçada a um plano que justifique o nascimento de uma nova dimensão de direitos fundamentais”.

Os referidos estudiosos defendem, da mesma sorte, a constitucionalização do direito ao acesso à água potável, sob o argumento de que a sua previsão constitucional implicará o reconhecimento material e formal do compromisso do Estado em tutelá-lo e assegurá-lo como um direito público subjetivo que a todos assiste.

Roborando esta afirmação, João Marcos Adede y Castro²⁶, assevera:

As águas, como um dos recursos naturais colocados à disposição do homem pela natureza, são parte do conjunto de direitos fundamentais, em vista de disposições feitas pela Constituição Federal de 1988, no sentido de garantir a todos um ambiente sadio, para as presentes e futuras gerações.

O direito fundamental à água está, portanto, ligado intimamente aos direitos à vida, à saúde, ao desenvolvimento econômico e, da mesma sorte, à dignidade da pessoa humana, lembrando que nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes²⁷, este princípio “proíbe a utilização ou transformação do ser humano em objeto de degradação dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas e humilhações”.

Nessa linha de raciocínio, pode-se dizer que diversos são os argumentos que dão lastro a tese segundo a qual a água encerra um direito fundamental. Nesse sentido, aliás, Luciana Cordeiro

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, pp. 581-593.

²⁵ FACHIN E SILVA, Zulmar e Silva, Deise Marcelino da. *Acesso à Água Potável*: direito fundamental de sexta dimensão. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2011, pp.74-80.

²⁶ ADEDE Y CASTRO, João Marcos. *Água: um direito fundamental*. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2008, pp. 12-13.

²⁷ BRASIL, Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82.969-4/PR*, publicado em 30.09.2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Pesquisa realizada em 26.02.2015.

de Souza²⁸, apresenta uma série de aspectos que fortalecem esse tese, a saber: a) a água como elemento fundamental à sobrevivência das pessoas, da fauna e da flora; b) a água como requisito essencial ao desenvolvimento dos grupos que estão próximos de rios e mares; c) a água como elemento simbólico de crenças; d) a água como matéria-prima para produção de remédios, cosméticos, alimentos, bebidas etc; e) a água como meio de lazer; f) a água como via de acesso para pessoa e cargas, impulsionando a globalização e o processo de hibridação, além de outras funções que não poderão ser estudadas neste artigo.

E porque fundamental e essencial à vida, deve a água ser garantida a todos, dentro de um padrão do mínimo existencial, afirmando Ricardo Lobo Torres²⁹, sobre o tema, que:

A proteção ao mínimo existencial, sendo pré-constitucional, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na ideia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, diante das características de fundamentalidade e essencialidade da água, defendem os estudiosos que o direito à água potável encerra um direito fundamental, razão pela qual é de suma importância garantir sua efetividade, a fim de que outros direitos e garantias fundamentais do homem também se corporifiquem, uma vez que sem o acesso equitativo à água, há grave ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o Direito desempenha papel primordial na transformação da realidade social, alçar o direito à água, a espécie de direito fundamental, é imprescindível para fins de realização de outros direitos e garantias fundamentais do homem, uma vez que o não acesso à água potável de forma equitativa, ofende frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os instrumentos jurídico-econômicos previstos na Lei nº 9.433/97, são de suma importância na gestão dos recursos hídricos, estando a sua efetividade subordinada, contudo, à promoção da educação ambiental e do desejado *despertar ecológico*.

Isto porque se divisa necessária a conjugação de vários instrumentos, tais como, a educação, a normatização (o Direito), a tributação e a tecnologia, com vistas a viabilizar o acesso

²⁸ CORDEIRO, Luciana de Souza. *Águas e sua proteção*. Curitiba: Editora Juruá, 2006, pp. 13-14.

²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 13.

universal e sustentável à água potável.

Diz-se acesso sustentável porque nos dizeres de Maude Barlow e Tony Clarke³⁰, “se não mudarmos logo nossa relação com a água e com os ecossistemas que a mantêm, toda a nossa riqueza e conhecimento não terão sentido algum”.

Como se denotou na pesquisa, a água é um tema de direito público porque é essencial para a vida humana. Alguém poderia aqui suscitar que comida também é essencial à vida humana ou, ainda, outros bens. Mas a essencialidade e fundamentalidade do direito à água difere de todo e qualquer bem, porquanto decorre essencialmente do equilíbrio que a água traz ao planeta, sendo um direito tanto do ser humano, quanto do próprio meio ambiente. A fundamentalidade do direito à água atrai uma série de responsabilidades aos entes públicos, porquanto ao elevar-se a água à categoria jurídica de direito fundamental, está-se determinando que toda a regulamentação jurídica sobre águas seja observada quando da gestão das políticas públicas sobre esta temática, de um ponto de vista constitucional. Um direito fundamental é irrenunciável, indisponível e compõe as cláusulas pétreas da organização constitucional brasileira. A fundamentalidade do direito à água é um limitador ao mercado, ao desenvolvimento, à gestão de políticas públicas, e garante que, por sua essência, contribua para a preservação do meio ambiente e da dignidade da pessoa humana, assim como, tem como base o paradigma da sustentabilidade como norteado de todas as decisões nas arenas públicas e privadas.

Em um mundo transnacional, globalizado, no qual a lógica do lucro e do desenvolvimento econômico baseado na acumulação capitalista desenha os modelos produtivos vigentes, declarar a água como direito fundamental é uma forma de garantir que este recurso natural seja preservado, do ponto de vista econômico e social, com segurança e confiabilidade, para as gerações futuras. É também permitir que a distribuição da água como um bem essencial à vida seja menos desigual e que atenda a todos os seres humanos, ricos ou pobres, que vivam nos grandes centros ou em terras de sequidão, com a mesma preocupação, com o mesmo zelo, pois a água é um bem universal.

Disto também decorre que a fundamentalidade da água poderá atrair responsabilidades civis, criminais, administrativas e de probidade administrativa aos entes públicos encarregados de seu cuidado. Um direito fundamental tem primazia sobre tudo e todos. De modo que declarar a

³⁰ Barlow, Maude e CLARKE, Tony. **Ouro Azul**: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. Tradução de Andreia Nastri. São Paulo: Editora M. Books do Brasil, 2003.

água como um direito fundamental é também trazer maior peso e responsabilidade à gestão do espaço público, o que contribuirá para melhorias nas políticas públicas e na sua execução, garantindo-se os direitos de todos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADEDE Y CASTRO, João Marcos. **Água**: um direito fundamental. Porto Alegre: Editora Nuria Fabris, 2008.

BARLOW, Maude; CLARKE, Tony. **Ouro Azul**: como as grandes corporações estão se apoderando da água doce do nosso planeta. Tradução de Andreia Nastri. São Paulo: Editora M. Books do Brasil, 2003.

BRASIL. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 39/2007**. Disponível em <<http://camara.gov.br>>. Pesquisa realizada em 25.02.2015.

BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.969-4/PR**, publicado em 30.09.2003. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Pesquisa realizada em 26.02.2015.

BRIGANTI, Ernesto. Danno Ambientale e Responsabilitá Oggettiva, in **Rivista giuridica dell'ambiente – atti del convegno di sudio sul tema Danno ambientale e tutela giuridica**, Padova, CEDAM.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

CORDEIRO, Luciana de Souza. **Águas e sua proteção**. Curitiba: Juruá, 2006.

COSTA, Regina Helena Pacca G. Água: matéria-prima primordial à vida. In: TELLES, Dirceu D'Alkmim e Costa, Regina Helena Pacca G. (organizadores). **Reúso da água**: conceitos, teorias e práticas. São Paulo: Blucher, 2007.

FACHIN E SILVA, Zulmar e Silva, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável**: direito fundamental de sexta dimensão. Campinas, São Paulo: Editora Millennium, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito dos Cursos de águas internacionais.** São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 8. ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental.** 3. ed. São Paulo: Millennium, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório de Desenvolvimento Humano de 2006.** Disponível em <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Pesquisa realizada em 25.02.2015.

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

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito de Águas no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

SMETS, Henri. **Le Droit à l'eau.** Disponível em <http://www.worldwater.council.org>. Pesquisa realizada em 25.02.2015. Tradução livre.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009

VIANA, Thiago Henrique Fedri. **Manual dos Direitos Difusos e Coletivos.** São Paulo: Editora Millennium, 2010.

O TRATADO DE LISBOA UNIÃO EUROPEIA-UE E A POSSÍVEL CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL NO ÂMBITO DO MERCOSUL

Alessandra Ramos Piazera Benkendorff¹

Waldemar Moreno Junior²

INTRODUÇÃO

A pesquisa intitulada “O Tratado de Lisboa,³ União Europeia-UE⁴ e a possível criação do Tribunal Penal no Âmbito do Mercosul”, cuida da análise comparativa entre as soluções adotadas pela União Europeia em matéria de cooperação jurídica e policial, a criação do Tribunal da UE e sua possível adoção por analogia no âmbito do Mercosul⁵.

A construção teórica se inicia com o estudo da quebra de paradigmas com a superação do modelo de Estado denominado Estado-Nação para o Estado Transnacional, modelo este, em que a soberania interna sede espaço frente ao interesse da União de Estados. A superação diagnosticada neste estudo, indica a mudança de uma série de características bem definidas, tanto no campo político quanto no campo jurídico.

No presente artigo, buscar-se-á apontar os efeitos da migração do Estado-Nação para era da transnacionalidade. Fazer algumas indagações e apontar alguns problemas e crises advindas como resultado da pós-modernidade e da transnacionalidade e algumas de suas consequências, os “crimes transnacionais”, as ferramentas de persecução penais implementadas pela União

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. Email: aleramospiazera.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: profwmorenojr@gmail.com

³ **Tratado de Lisboa** que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=PT>, acessado em 12 de janeiro de 2015.

⁴ A União Europeia (UE) é uma união económica e política de 28 Estados-membros independentes situados principalmente na Europa

⁵ MERCOSUL. Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai assinaram, em 26 de março de 1991, o Tratado de Assunção, com vistas a criar o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), <http://www.mercosul.gov.br/index.php/saiba-mais-sobre-o-mercosul>, acessado em 14 de janeiro de 2015.

Europeia e sua possível aplicabilidade no bloco do Mercosul.

Nesse diapasão, o estudo fundar-se-á na identificação e definição dos paradigmas, os efeitos que a transnacionalidade trouxe sobre as diversas esferas do poder, mas em especificamente na esfera jurídica.

Diante a esse contexto, verificar os fundamentos da criação da Comunidade Comum Europeia, e o Tratado de Lisboa que alterou, ampliou e modificou a relação entre os Estados membros dessa comunidade, com a criação da União Europeia, e, incluiu normas no âmbito jurídico e de cooperação policial, e seus reflexos no Direito Penal e Processo Penal.

Na sequência, apresentar-se-ão as normas de criação do Mercado comum do Sul, Mercosul, sua origem e fundamentos legais. E a necessidade e possibilidade no âmbito desse mercado, da criação de um Tribunal supranacional para solução de conflitos de matéria penal.

A relevância da pesquisa está demonstrada na medida em que novos problemas de ordem legal aparecem com a reunião de Estados em blocos, o que, talvez, indique necessário a criação de um Tribunal específico para dirimir os conflitos na área penal, a exemplo do modelo adotado pela União Europeia com o Tratado de Lisboa. O Mercosul necessita de forma urgente acelerar as tratativas nessa direção.

A pesquisa foi desenvolvida, através de o método comparativo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. QUEBRA DE PARADIGMAS DO ESTADO-NAÇÃO PARA O ESTADO TRANSNACIONAL

O homem evoluiu e criou fronteiras; o homem continua evoluindo e agora, derrubando as fronteiras. A ideia de Estado-Nação esta sucumbindo frente a estruturas transnacionais e a criação de blocos econômicos.

A transposição desse modelo passa pela reforma das instituições e uma revisão do Direito Constitucional de cada Estado, para Maurizio Oliviero, “o constitucionalismo, como produto de um processo dialético insere no texto constitucional de um lado, aspectos de teoria política e jurídica e, por outro lado, características ideológicas e técnicas. A consequência destes caracteres legitima as ações das instituições provendo-as com uma forma jurídica”⁶.

⁶ OLIVIERO, Maurizio. *Il costituzionalismo dei paesi arabi. Le costituzioni del Maghreb*. Con traduzione dei testi vigente, prefazione

Os marcos históricos criados para melhor nos localizar no tempo denominados de pós-modernidade, trouxe mudanças de paradigmas nas diversas dimensões de Estado. Uma dessas foi a transnacionalidade, ou seja, o nacional perdeu força frente ao transnacional. Por consequência, ocorreram mudanças profundas nas estruturas estatais e governamentais. Paulo de Tarso Brandão, afirma: “No primeiro termo (ou membro) da equação está à busca da estrutura transnacional que substitua o Estado-Nação em virtude de sua pretensa perda de função⁷”.

A globalização se pôs em crise a teoria da soberania moderna porque o Estado-nação, criado a partir da autonomia soberana, não consegue mais controlar e proteger o seu próprio território, bem como garantir ao povo a legitimação de suas decisões para incrementar um projeto político⁸.

No pensamento de Antônio Manuel Hespanha, “O reconhecimento de Direito não Estatal significa um corte com o paradigma jurídico Europeu (e, em parte, norte-americano) que dominou o mundo político jurídico durante mais de dois séculos”⁹.

A Transnacionalidade e a globalização vêm colocando abaixo, aproximando, derrubando as fronteiras entre os Estados, fronteiras estas, que no passado levaram nações a guerras pela dominação.

Em decorrência disso, a soberania atual constrói-se a partir do Império Mundial, desconhecendo por completo os Estados nacionais, o que vem a produzir um deslocamento do poder para a soberania externa em detrimento da afirmação nacional.¹⁰

O constitucionalista Italiano, Gustavo Zagrebelsky, sintetizou de forma clara essa transformação:

Os europeus viveram até pouco tempo uma época cujos conceitos jurídicos vinham referidos ao ESTADO como modelo de unidade política. A época de estabilidade do ESTADO, todavia, está chegando ao fim, não valendo mais falar-se nisso. Com ela desaparece toda a superestrutura de conceitos relativos ao ESTADO, levantada por uma ciência do direito estatal e internacional eurocêntrica no curso de um trabalho conceitual que durou quatro séculos. O ESTADO, como modelo de unidade política; O ESTADO como titular dos mais extraordinários de todos os

⁷ di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003, p. 226

⁸ MONTE, Mário Ferreira. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**: debate luso – brasileiro. Paulo de Tarso Brandão. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Estudos de Teoria Política. Edições Loyola: São Paulo (SP), 2004,p.123.

¹⁰ HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo, Annablumme, 2013, p.41.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de Teoria Política. Edições Loyola: São Paulo (SP), 2004.p.123.

monopólios, o monopólio das decisões políticas, esta brilhante criação do formalismo europeu e do racionalismo ocidental, está a ponto de ser sepultado.¹¹

Conforme Fernando Rodrigues e Rafael Padilha, “O monismo estatal, caracterizado pelo monopólio da produção legislativa e soberania interna, peculiaridade do Estado Moderno, está sendo questionado e revisto diante de novos atores sociais oriundos das transformações recentes pelas quais passa a sociedade”¹²

Dentro do marco crítico, Zygmunt Bauman, pontualmente fala das mudanças:

Pelo menos na parte “desenvolvida” do planeta, têm acontecido, ou pelo menos estão ocorrendo atualmente, algumas mudanças de curso seminais e intimamente interconectadas, as quais criam um ambiente novo e de fato sem precedentes para as atividades da vida individual, levantando uma série de desafios inéditos.¹³

Para Paulo Márcio Cruz e José Francisco Chofre Sirvent, “O sistema mundial atual é um produto do capitalismo industrial transnacional que integra em si tanto setores pré-industriais, como setores pós-industriais”¹⁴.

A revolução industrial, os avanços das ciências e da tecnologia, a descoberta da energia elétrica, o desenvolvimento dos meios de comunicação, a criação da Internet¹⁵, à informatização rompendo fronteiras, aproximando povos e pessoas, impulsionando uma nova revolução que contribui de forma acelerada para a ideia dessa -- Transnacionalidade derrubando fronteiras --. Completando o entendimento, Fernando e Rafael afirmam:

A globalização e a tecnologia, corroboradas pela economia capitalista, propiciaram o encurtamento de distâncias entre as nações, resultando num intercâmbio social, cultural, político e econômico de modo que se tornou impossível gerenciar a sociedade através dos modelos adotados outrora, limitados ao ordenamento jurídico interno de cada país e às esparsas normas jurídicas de direito internacional.¹⁶

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p. 7.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia**. Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995, p.12.

¹² FERNANDES, Rodrigo; SANTOS, Rafael Padilha dos. **Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-77.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007, p.12.

¹⁴ CRUZ,Paulo Márcio, SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio Sobre a Necessidade de Uma Teoria Para a Superação Democrática do Estado Constitucional Moderno**. NEJ - Vol. 11 - n. 1 - p. 41-62 / jan-jun 2006.

www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/421/363, acessado em 12 de fevereiro de 2015.

¹⁵ Internet – ou WWW é a sigla para **World Wide Web**, que significa rede de alcance mundial ou Rede mundial de computadores.

¹⁶ FERNANDES, Rodrigo; SANTOS, Rafael Padilha dos. **Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-77;

Para melhor compreender paradigma como referente, em todos nossos artigos, procurou-se sempre passar pelo pensamento de Thomaz Kuhn e sua obra “A estrutura das revoluções científicas”¹⁷, suporte para identificar o quanto é importante compreender o que significa a mudança de paradigmas. Para Kuhn, “O significado das crises consiste exatamente ao fato que indicam que é chegada a ocasião para renovar o instrumento”¹⁸. A ciência normal não busca a inovação, mas afirmações daquilo que está posto. Sendo necessário então uma crise para que surjam novos paradigmas.

Diante a esse fundamento, Kuhn nos revela que “A investigação histórica cuidadosa de uma determinada especialidade num determinado momento revela um conjunto de ilustrações recorrentes e quase padronizadas de diferentes teorias nas suas aplicações conceituais, instrumentais e na observação. [...]”¹⁹. Com isso o autor afirma “Esses são os paradigmas da comunidade, revelados nos seus manuais. Conferências e exercícios de laboratórios. Ao estuda-los e utilizá-los na prática, os membros da comunidade considerada aprendem seu ofício.”²⁰

A crise da pós-modernidade é um dos fatores que nos leva a abandonar os velhos paradigmas de Estado-Nação e a eleição de novos paradigmas baseados nesses novos valores. Problemas novos, novas soluções a serem apresentadas, novos objetos que a pós-modernidade nos tem revelando. Em decorrência disso, serão necessários novos fundamentos, novos pontos de sustentação para criação de uma teoria que venha atender a essas necessidades.

Dessa forma, o fenômeno da transnacionalidade precisa ser observado de diferentes pontos de vista, ou mesmo, em paralaxe.²¹ Isso porque, a depender do ângulo em que o observador avalia este fenômeno, está sujeito a alterar suas perspectivas e compreensões ao seu respeito. A pós-modernidade, a globalização, a transnacionalidade, a governabilidade, governança e a sustentabilidade precisam ser vistas sobre enfoques sistemáticos, naturalmente, porque se

¹⁷ Kuhn, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

¹⁸ Kuhn, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013 p.158.

¹⁹ Kuhn, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p.115.

²⁰ Kuhn, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013, p.115.

²¹ Fenômeno trabalhado originariamente na física e incorporado às ciências sociais em obras tais como aquelas escritas pelo Filósofo Esloveno Slavoj Žižek.

tratam de fenômenos complexos e que não se exaurem nos seus conceitos trazidos *a priori* ao debate.

Alguns argumentos são precisos nesse momento. Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar afirmam que “Conjugar duas categorias sempre em construção justiça e globalização não é tarefa fácil.” Afirmam ainda que “A possibilidade da Justiça Transnacional na globalização Democrática”²² uma visão da globalização da justiça em seus sentidos mais abrangentes.” Dentro do mesmo texto seguem afirmando que:” Essa nova era, que vem para conviver com a última modernidade e com o Estado Constitucional, deverá ser um modelo político-jurídico que diferencie, efetivamente, o ser humano, inteligente, criativo, dos demais seres vivos, tornando-o o grande promotor da preservação da natureza, ao contrário do que acontece atualmente.”²³ Precisa-se estabelecer quais são esses novos paradigmas:

Definitivamente, falta um novo paradigma para o direito e para a justiça que vá mais além do paradigma liberal, capaz de abordar o tema da governança transnacional a partir de uma concepção da democracia não circunscrita às fronteiras estatais. E, por outro lado, que ajude a repensar e viver a democracia a partir da diversidade cultural, assumindo sem medo um pluralismo que também é ecológico e cultural, além de ideológico.²⁴

A globalização pode ter trazido aspectos positivos, mas trouxe também a equalização dos aspectos negativos gerados pelo capitalismo. “[...] um efeito colateral da “globalização negativa” – ou seja, a globalização altamente seletiva do comércio e do capital, da vigilância e da informação, da coerção e das armas do crime e do terrorismo, todos os quais agora desdenham a soberania nacional e desrespeitam quaisquer fronteiras entre Estados.²⁵

2. A UNIÃO EUROPEIA E SEUS FUNDAMENTOS

O ponto de partida é controverso. Para o professor Mario Ferreira Monte, “Juridicamente falando, tudo começou em 1952, com o Tratado de Paris, através do qual se criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), Mas é, sem dúvida, com o Tratado de Roma, em 1957, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia”²⁶, depois disso se sucederam vários tratados, “em

²² CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional**. Disponível em: www.univali.br/periodicos acesso em 28/09/2014.

²³ CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional**. Disponível em: www.univali.br/periodicos acesso em 28/09/2014.

²⁴ CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional**. Disponível em: www.univali.br/periodicos acesso em 28/09/2014

²⁵ ZYGMUNT, Bauman, “**Medo líquido**”, Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Zahar. 2008. p. 126.

²⁶ MONTE, Mário Ferreira. **O Direito Penal Europeu**. Lisboa, Quid Juirs, 2009, p.26.

1986, surgiu o Ato Único Europeu e, em 1992, o Tratado de Maastricht que criou a União Europeia e que encetou o modelo de cooperação. Em 1977, fora aprovado o tratado de Amsterdam, Em 2001, veio o Tratado de Nice. E, finalmente, veio o tratado de Lisboa (...)"²⁷.

O Tratado de Lisboa é o marco desde trabalho. Nele, são instituídas reformas substanciais no Tratado da União Europeia aprofundando e alargando a cooperação em relação ao tema direito penal. Mas para se chegar ao marco, teremos que primeiro compreender a gênese da criação da União Europeia.

Nos dias de hoje, a tendência é a diminuição e o desaparecimento de fronteiras. Com isso, as pessoas passam a sair de seus países de origem, seja para simples viagem de turismo, para trabalhar, participar de intercâmbios de estudos, ou até mesmo para se mudarem definitivamente. Junto com esse hall de pessoas, podemos incluir os criminosos. O crime, na modernidade, se tornou sofisticado e transnacional. Na procura pelo combate a esse fenômeno, a comunidade Europeia está na busca por desenvolver ferramentas para uma política "penal europeia comum" através de legislação específica, a exemplo do Tratado de Lisboa²⁸, instrumento que objetiva colaborar com o estabelecimento de confiança mútua e apoio entre as autoridades policiais nacionais.

O ponto de partida para o estabelecimento de normas comuns foi construindo e está sendo implementado dentro do princípio do respeito: o reconhecimento mútuo das decisões judiciais em todos os Estados-Membros da UE. O Tratado de Lisboa fornece uma base mais forte para o desenvolvimento de um espaço de justiça penal, enquanto prevê novos poderes para o Parlamento Europeu.

A queda da burocracia para circulação e "A supressão progressiva dos controles nas fronteiras da UE facilitou consideravelmente a livre circulação dos cidadãos europeus, tendo, porém, simultaneamente facilitado a atividade dos criminosos a nível transnacional."²⁹

A fim de enfrentar o desafio da criminalidade internacional, a União Europeia caminha para um espaço único de justiça penal. O ponto de partida é o respeito do princípio do reconhecimento

²⁷ MONTE, Mário Ferreira. **O Direito Penal Europeu**. Lisboa, Quid Juirs, 2009, p.27.

²⁸ DAVOLI, Alessandro. **Cooperação judiciária em matéria penal. Parlamento Europeu**: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.6.html, acessado em 12 de janeiro de 2015.

²⁹ DAVOLI, Alessandro. **Cooperação judiciária em matéria penal. Parlamento Europeu**: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.6.html, acessado em 12 de janeiro de 2015.

mútuo. Garantir a proteção dos direitos das vítimas, dos suspeitos e dos prisioneiros na União Europeia.³⁰

Apesar de já existirem o Tratado da União Europeia denominado (TUE) e o Tratado da Comunidade Europeia visando, ambos, uma solidificação e ampliação nas relações e soluções dos problemas, em 2007 os Estados membros da União Europeia firmaram um novo acordo, o Tratado de Lisboa ou Tratado para o Funcionamento da União Europeia (TFUE) que, apesar de não ser a idealizada Constituição Europeia, meta a ser alcançada, compilou, estendeu e ampliou normas já existentes nos tratados anteriores.

Os principais efeitos do Tratado de Lisboa na esfera penal foram a legitimação no espaço “penal” visando maior eficácia e alcance de responsabilização, e a implementação de critérios como o método comunitário com base na codecisão, o que tornou o processo legislativo ordinário.

A estrutura de pilares idealizada no TUE desaparece. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia foi compilada na Tratado de Lisboa e ficou juridicamente vinculativa na União e nos seus Estado Membros.³¹

Em matéria penal, objeto precípua de nosso estudo, o Parlamento Europeu instituiu várias resoluções, entre elas:

[...] a prevenção e resolução de conflitos de competência em ações penais, as medidas de controlo como alternativa à prisão preventiva, as medidas de controlo após o processo, a transferência de processos, o mandado de detenção europeu e o mandado europeu de obtenção de provas, a Eurojust, a Rede Judiciária Europeia, as decisões tomadas na ausência do acusado, os crimes ambientais, o terrorismo, o crime organizado, a justiça eletrônica, o tráfico de seres humanos, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, a decisão europeia de proteção, as normas mínimas sobre os direitos e o apoio e a proteção das vítimas da criminalidade.³²

Destaca-se do Tratado, ainda, alguns elementos essenciais a nossa compreensão: em matéria de cooperação judiciária em matéria penal;

Artigo 82.º 1. A cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições

³⁰ DAVOLI, Alessandro. **Cooperação judiciária em matéria penal.** Parlamento Europeu: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.6.html, acessado em 12 de janeiro de 2015

³¹ DAVOLI, Alessandro. “**Cooperação judiciária em matéria penal”** Parlamento Europeu: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.6.html, acessado em 12 de janeiro de 2015

³² DAVOLI, Alessandro. “**Cooperação judiciária em matéria penal”** Parlamento Europeu: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.6.html, acessado em 12 de janeiro de 2015

legislativas e regulamentares dos Estados-Membros nos domínios a que se referem o n.º 2 e o artigo³³

O marco para regulamentação na nova legislação foi estabelecer princípios que servem de base para justificar as decisões tomadas e indicar que as futuras legislações devem levar em conta sempre o reconhecimento mútuo das sentenças, criando assim, aquilo que poderíamos definir como “efeito transnacional da decisão judicial”.

83.º O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam medidas destinadas a:

- a) Definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as formas de sentenças e decisões judiciais;
 - b) Prevenir e resolver os conflitos de jurisdição entre os Estados-Membros;
 - c) Apoiar a formação de magistrados e de funcionários e agentes de justiça;
 - d) Facilitar a cooperação entre as autoridades judiciais ou outras equivalentes dos Estados-Membros, no âmbito da investigação e do exercício da ação penal, bem como da execução de decisões.
2. Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros.³⁴

O tratado conferiu ao Parlamento Europeu ampliação do espaço para decisões e tomadas de diretrizes visando o processo legislativo ordinário e resolução de conflitos de natureza judiciária.

Em Artigo 83º 1. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça que resulte da natureza ou das incidências dessas infracções, ou ainda da especial necessidade de as combater, assente em bases comuns.

São os seguintes os domínios de criminalidade em causa: terrorismo, tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, tráfico de droga e de armas, branqueamento de capitais, corrupção, contrafação de meios de pagamento, criminalidade informática e criminalidade organizada.³⁵

Nesse mesmo sentido, ao Parlamento Europeu e ao conselho, estabelecer “estabelecer

³³ UNIÃO EUROPEIA TRATADOS CONSOLIDADOS CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm, acessado em 12 de janeiro de 2015

³⁴ UNIÃO EUROPEIA TRATADOS CONSOLIDADOS CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm, acessado em 12 de janeiro de 2015.

³⁵ UNIÃO EUROPEIA TRATADOS CONSOLIDADOS CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm, acessado em 12 de janeiro de 2015

regras mínimas relativas à definição das infracções penais e das sanções em domínios de criminalidade “medidas para incentivar a ação dos Membros da comunidade na prevenção da criminalidade.

Artigo 84.º O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer medidas para incentivar e apoiar a ação dos Estados-Membros no domínio da prevenção da criminalidade, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.³⁶

Pode-se observar cada vez mais a interferência das normas da União Europeia na legislação interna dos Estados-Membros, incentivando a harmonização dos dispositivos legislativos e regulamentos na matéria sob estudo.

A complementação da harmonização, se deu com a criação da EUROJUST, que reforça a ideia da necessidade de cooperação entre as autoridades nacionais da comunidade.

Artigo 85.º A Eurojust tem por missão apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da ação penal em matéria de criminalidade grave que afete dois ou mais Estados-Membros ou que exija o exercício de uma ação penal assente em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades dos Estados-Membros e pela Europol.³⁷

Dentro dessa mesma visão de harmonização de combate aos crimes e ampliar a cooperação Policial, foi criado na estrutura da União Europeia, a Europol:

Artigo 87.º A União desenvolve uma cooperação policial que associa todas as autoridades competentes dos Estados-Membros, incluindo os serviços de polícia, das alfândegas e outros serviços responsáveis pela aplicação da lei especializados nos domínios da prevenção ou detecção de infracções penais e das investigações nessa matéria.

A Europol tem uma sua missão bem definida, e visa especialmente reforçar a ação conjunta das autoridades policiais e outros serviços responsáveis pela aplicação da Lei.

Artigo 88.º A Europol tem por missão apoiar e reforçar a ação das autoridades policiais e dos outros serviços responsáveis pela aplicação da lei dos Estados-Membros, bem como a cooperação entre essas autoridades na prevenção das formas graves de criminalidade que afetem dois ou mais Estados-Membros, do terrorismo e das formas de criminalidade lesivas de um interesse comum que seja objeto de uma política da União, bem como no combate contra esses fenómenos.³⁸

Conforme exposto inicialmente, a migração do modelo de Estado-Nação para o de Estado

³⁶ UNIÃO EUROPEIA TRATADOS CONSOLIDADOS CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm, acessado em 12 de janeiro de 2015

³⁷ UNIÃO EUROPEIA TRATADOS CONSOLIDADOS CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm, acessado em 12 de janeiro de 2015

³⁸ UNIÃO EUROPEIA TRATADOS CONSOLIDADOS CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/index_pt.htm, acessado em 12 de janeiro de 2015

transnacional, bem como o incremento dos crimes transnacionais, impôs aos Estados Membros da União Europeia repensar todo o seu modelo jurídico, de investigação criminal e processamento judicial de efeito transnacional. O Tratado de Lisboa, mesmo estando em fase de aperfeiçoamento, consolidou-se na União Europeia e já se observa, a partir dele, a evolução das relações em matéria judicial, especialmente na esfera penal e policial no combate à criminalidade.

3. MERCOSUL, SUA ESTRUTURA LEGAL E A ANALISE DA NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL DO MERCOSUL

Seguindo o exemplo de outros países, o Brasil buscou na América do Sul estimular a criação de um bloco econômico. A esse bloco foi dado o nome de MERCOSUL ou Mercado Comum do Sul, que teve início em 26 de março de 1991, com a assinatura do Tratado de Assunção³⁹ pelos governos de Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

A partir de sua criação, o Mercosul produziu, em duas décadas, 2.468 normas (1991-2011). “Muitos escreveram, no Brasil, sobre o direito do Mercosul. No entanto, pouco se estudou o modo pelo qual ocorre, de fato, a internalização destas normas no direito brasileiro”⁴⁰

A onda internacional de transformação que vem ocorrendo nos modelos de Estado, conforme já exposto, acabou por atingir, também, o sistema brasileiro:

Nas últimas décadas, o vertiginoso desenvolvimento das normas internacionais transformou sua incorporação às ordens jurídicas nacionais em um grande desafio para os governos democráticos. Fruto da crescente interdependência entre os Estados, o fenômeno conhecido como “internacionalização do direito” ocorre em diversas dimensões (multilaterais, regionais, bilaterais e transnacionais). Ele compreende, além das fontes de direito clássicas, novos tipos de normatividade.⁴¹

O Mercado Comum do Sul expandiu e, na atualidade, é composto por cinco Estados-membros (Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela) e cinco Estados Associados (Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru). Por último, verificou-se a adesão da Venezuela ao bloco.

³⁹ Tratado de Assunção, com vistas a criar o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL). O objetivo primordial do Tratado de Assunção é a integração dos Estados Partes por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, do estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum (TEC), da adoção de uma política comercial comum, da coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais, e da harmonização de legislações nas áreas pertinentes. <http://www.mercosul.gov.br/>, acessado em 14 de fevereiro de 2015.

⁴⁰ VENTURA, Deisy. ONUKI, Janina. MEDEIROS, Marcelo *et alii*. **Internalização das normas do MERCOSUL**. Série Pensando o Direito, vol. 45. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

⁴¹ VENTURA, Deisy. ONUKI, Janina. MEDEIROS, Marcelo *et alii*. **Internalização das normas do Mercosul**. Série Pensando o Direito, vol. 45. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p.15.

O Tratado de Assunção recebeu um protocolo adicional instituído pelo Tratado de Ouro Preto, ocorrido em dezembro de 1994. O novo tratado trouxe estabelecer que: “as normas emanadas dos órgãos do Mercosul possuem caráter obrigatório para os Estados-membros e devem, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais, por meio dos procedimentos previstos pela legislação de cada Estado Parte.”⁴²

Interessa destacar, conforme anota Deisy Ventura, que “O debate sobre a internalização das normas do Mercosul nada tem a ver com eventuais restrições à soberania brasileira, tampouco com o atual estágio de integração deste bloco”. O Mercosul adotou o sistema decisório baseado no consenso com a presença de todos os Estados Partes garante que nenhuma norma seja adotada sem o expresso consentimento dos seus membros:

É destaque, que menos de 1 a cada 10 normas do Mercosul são submetidas pelo Poder Executivo ao Parlamento brasileiro. Isto significa que os índices de incorporação de normas dependem, em mais de 90% dos casos, exclusivamente do desempenho do Poder Executivo pátrio.⁴³

Como todo Bloco econômico comum, o Mercosul tem por meta a diminuição das burocracias alfandegárias, facilitar o tráfego migratório entre seus integrantes. Com isso, surgiram os mesmos problemas constatados quando da implementação de um Bloco Econômico na União Europeia, quais sejam, a intensificação dos crimes transnacionais e a dificuldade em seu combate de forma coordenada, integrada e homogênea a essa espécie de criminalidade.

O Mercosul não possuía um sistema de tribunal permanente para solução de conflitos. O “Sistema de Solução de Controvérsias do Mercosul se baseava, originariamente, no Protocolo de Brasília (PB) de 1991, que constituiu o início formal de um esquema procedural dominado pelos Tribunais Arbitrais Ad Hoc (TAH)”⁴⁴. Neste contexto, uma das falhas apontadas foi a de que o Bloco econômico foi formado sem estabelecer um sistema de integração para os sistemas judiciários.

A ausência do estabelecimento de instâncias supranacionais na estrutura do Mercosul voltadas para o estabelecimento de um modelo normativo fundamental é “surpresa”

⁴² VENTURA, Deisy. ONUKI, Janina. MEDEIROS, Marcelo *et alii*. **Internalização das normas do Mercosul**. Série Pensando o Direito, vol. 45. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.p.19.

⁴³ VENTURA, Deisy. ONUKI, Janina. MEDEIROS, Marcelo *et alii*. **Internalização das normas do Mercosul**. Série Pensando o Direito, vol. 45. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.p.22.

⁴⁴ TROTTA,Sandro Brescovic **O lugar do crime no Mercosul**: as fronteiras da cooperação jurídica internacional contemporânea. Dissertação de doutoramento em Altos Estudos Contemporâneos (Área de Ciência Política), apresentada à Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Doutor Rui Luís Vide da Cunha Martins. Coimbra, 2011, p.251

manifestações dos integrantes e aderentes do bloco, que decidem e, por eventual consenso, estipulam resoluções vinculadas.

A União Europeia, conforme demonstrado, desde de sua origem até os novos tratados, estabeleceram normas de integração para os sistemas judiciais e policiais, baseados na supremacia das decisões do Bloco sobre a soberania interna. Como o Mercosul não se posicionou sobre o tema, poderia utilizar por analogia as formas de resolução de conflito já instituídos pelo Tratado de Lisboa.

Tão importante quanto criar, é necessário organizar, sistematizar, normatizar um Bloco Econômico. Para isso, Carlos dos Santos Almeida afirma que “Qualquer tipo de união que pretenda perdurar precisa de um ordenamento formado e executado conforme sua vontade, que tenha delimitado seu âmbito e regulado nele e para ele. A situação de seus membros”⁴⁵.

Diante a isso, foi firmado o Protocolo de Ouro Preto de 1994, que gerou o anexo ao Protocolo de Brasília. Nele, buscava-se apresentar solução para os conflitos que pudessem acontecer no âmbito do Mercosul. No entanto, esse Protocolo foi expressamente derrogado em 18 de fevereiro de 2002 pelo Protocolo de Olivos (PO)⁴⁶. O texto do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul foi assinado em 18 de fevereiro de 2002, derrogando expressamente o Protocolo de Brasília. O Protocolo de Olivos está em vigor internacionalmente desde janeiro de 2004. Esse Protocolo foi ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo 712/03 e promulgado pelo Decreto 4.982/04⁴⁷, responsável pela criação de uma nova sistemática para dirigir e solucionar os possíveis conflitos:

Art. 1º do Protocolo de Brasília: “As controvérsias que surgirem entre os Estados-Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não-cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das instâncias permanentes (art. 19 do PO), de atuação e reunião. O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) foi instituído para garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundamentais do processo de Integração, que pode ser entendida em primeira e única instância (art. 23 do PO) ou como um tribunal de alçada (art. 19), a pedido de um Estado-Parte envolvido em uma controvérsia sobre a aplicação do direito em um pronunciamento anterior de um TAH.”⁴⁸

⁴⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocencio Mártires Coelho. Saraiva, São Paulo, 2009, p.02.

⁴⁶ Protocolo de Olivos (PO) foi firmado entre os membros do bloco para solução de controvérsias no Mercosul.

⁴⁷ MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Sistematica de Solução de Controvérsias do Mercosul**: o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. pesquisado em http://www.usp.br/prolam/downloads/2006_1_4.pdf, acessado em 12 de janeiro de 2015.

⁴⁸ TROTTA, Sandro Brescovit. **O lugar do crime no Mercosul**: as fronteiras da cooperação jurídica internacional contemporânea.

Disso se pode concluir que na estrutura organizacional do Mercosul, não existe órgão permanente para normatizar as questões atinentes ao Direito Penal. A cooperação em matéria jurídica fica prejudicada por não existir um órgão que se incumba de organizar e gerir as relações institucionais entre os Tribunais de Justiça dos países membros, bem como, não estabelece procedimentos para atuação conjunta nos casos dos crimes transnacionais. Destarte, a existência de outros tratados internacionais preverem a possibilidade de cooperação não são suficientes frente à integração que se pretende.

Analizando-se a estrutura atual do Mercosul observa-se que esta não está preparada, nem conta com dispositivos para solução de controvérsias Penais. Não existem regras estabelecidas normatizando os procedimentos a serem adotados nos casos de crimes transnacionais ocorridos no âmbito do Mercosul. Em caso de ocorrência dessa espécie de criminalidade, a solução da controvérsia será resolvida com instrumentos estabelecidos em outros Tratados, dentro de suas possibilidades, com o tratamento da extensão da jurisprudência dos Estados membros frente a sua própria soberania:

- Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul⁴⁹
- Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) – Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.
- Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida) – Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.
- Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena, 1988) Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Convenção de Nassau, OEA) – Decreto nº 6.340, de 03 de janeiro de 2008.⁵⁰

Em razão da falta de uma legislação específica e a possível alegação da ocorrência de um Tribunal de Exceção, a Ordem dos Advogados do Brasil, subseção em São Paulo, propôs a criação do Tribunal Penal do Mercosul, tema debatido em reunião da Comissão de Assuntos Jurídicos e Institucionais do Parlasul (Parlamento do Mercosul), na sede desta entidade, em Montevidéu (Uruguai).

Dissertação de doutoramento em Altos Estudos Contemporâneos (Área de Ciência Política), apresentada à Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Doutor Rui Luís Vide da Cunha Martins. Coimbra, 2011, p.250.

⁴⁹ BRASIL, DECRETO No 3.468, DE 17 DE MAIO DE 2000.Promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, assinado em San Luis, República Argentina, em 25 de junho de 1996, entre os Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3468.htm– acessado em 12 de janeiro de 2015.

⁵⁰ portal.mj.gov.br/ Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul – acessado em 12 de janeiro de 2015.

Conforme estudos desenvolvidos pela Professora Maria Adélia Aparecida de Souza, que analisa a justiça a partir do olhar da Geografia, “onde não há modernização do território, as instituições da justiça também estão ausentes”⁵¹. Para ela, há uma intrínseca relação entre os usos do território e a justiça sócio espacial.

A criação do Tribunal Penal do Mercosul idealizado no âmbito dos estudos da OAB – SP estabelece, originariamente:

[...] competência para processar, julgar e executar judicialmente pessoas físicas acusadas e condenadas por praticar crimes transnacionais envolvendo os países do Mercosul. Entre os delitos estão tráficos de pessoas, drogas, armas e munições; tortura e extorsão mediante sequestros internacionais; lavagem transnacional de dinheiro e corrupção em licitações internacionais.⁵²

Na oportunidade, o Presidente da OAB-SC, Marcos Costa, afirmou que

Precisamos de um tribunal para abranger os países do Mercosul, devido à crescente internacionalização da criminalidade. A corte teria uma atuação similar à do Tribunal Penal Internacional, que vem garantindo a punição de acusados de crimes contra a humanidade.⁵³

Neste passo, resta anotar que o projeto que prevê a criação do Tribunal Penal do Mercosul já foi aprovado pelo Parlasul em dezembro de 2010, quando então, foi encaminhado para análise do Conselho de Mercado Comum (CMC) que ainda não deliberou acerca do tema.

Ainda sem um modelo definido, o Mercosul poderia se valer da experiência vivencia em outros blocos econômicos e suas soluções para os problemas dessa natureza. As resoluções apresentadas pela União Europeia através do tratado de Lisboa poderia contribuir na tomada de decisões legislativas.

O Mercosul poderia adotar por “analogia” o modelo idealizado na União Europeia. Primeiro criando um tribunal específico para a prevenção e resolução de conflitos de competência em ações penais, as medidas de controlo como alternativa à prisão preventiva, as medidas de controlo após o processo, a transferência de processos, o mandado de detenção do Mercosul e o mandado do Mercosul de obtenção de provas, a Mercosuljust, ou Rede Judiciária integrada do Mercosul, com competência para agir nos casos: das decisões tomadas na ausência do acusado, nos crimes ambientais, nos crimes de terrorismo, no combate ao crime organizado e organizações

⁵¹ SOUZA, Maria Adélia Aparecida de Souza. **Uso do território de Justiça do Brasil.** Capítulo publicado na obra: “Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal”. Vera Malaguti Batista (organizadora): Rio de Janeiro, Revan, 2012, p.128.

⁵² <http://www.oabsp.org.br/noticias/2014/07/01/9499>, acessado em 15 de janeiro de 2015.

⁵³ <http://www.oabsp.org.br/noticias/2014/07/01/9499>, acessado em 15 de janeiro de 2015.

criminosas, na integração da justiça eletrônica, nos casos de tráfico de seres humanos, de exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, a decisão no âmbito do Mercosul de proteção, as normas mínimas sobre os direitos e o apoio e a proteção das vítimas da criminalidade.

Nesse sentido ainda, poderia ser criada a Mercosulpol, ou polícia comum para o Mercosul, que teria por missão: integrar, apoiar e reforçar a ação das autoridades policiais e dos outros serviços responsáveis pela aplicação da lei dos Estados-Membros, bem como a cooperação entre essas autoridades na prevenção das formas graves de criminalidade que afetem dois ou mais Estados-Membros, do terrorismo e das formas de criminalidade lesivas de um interesse comum que seja objeto de uma política da União, bem como no combate contra esses fenômenos.

Com a experiência europeia, a criação da Mercosuljust e da Mercosulpol, resultaria na integração judicial e policial, necessária para resolução de conflitos na esfera penal no âmbito do Mercosul.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de Estado baseado na estrutura Estado-Nação está perdendo espaço frente ao Estado Transnacional. A Globalização da economia a intensificação da reorganização dos países com a consequente junção em Blocos está atingindo todos os círculos do Poder.

Uma das mudanças, consequência dessa transformação, foi a implementação, o incremento dos crimes a distância, Transfronteiriço ou transnacionais, que ultrapassam os limites das fronteiras de um país. O tráfico de drogas, o terrorismo, tráfico de seres humanos, crimes contra o sistema financeiro, crimes praticados pela Internet são espécies de criminalidade que vem se proliferando no meio transnacional.

Para fazer frente a esse fenômeno social, os países europeus reuniram-se inicialmente num bloco econômico denominado, originariamente, Mercado Comum Europeu. Após, referido bloco evoluiu para a denominada União Europeia, firmando-se Tratados de Cooperação em diversas áreas, dentre elas, no âmbito de cooperação judicial e investigações policiais e processuais.

Por meio de Tratados e Convenções, a União Europeia busca regular e normatizar o funcionamento interno e as relações entre os membros da comunidade, fazendo com que a soberania nacional seda espaço frente aos interesses comuns do Bloco. Um desses Tratados foi o

de Lisboa, que dentre outras regulamentações, promoveu a cooperação Judiciária, policial, bem como criou ferramentas para integrar as forças no combate ao crime e a criminalidade.

Similar ao que aconteceu com os países Europeus, na América do Sul, os países se reuniram e criaram um Bloco econômico denominado Mercado Comum do Sul, ou Mercosul, entidade que, conforme verificado, está longe de alcançar a estrutura organizacional da União Europeia.

Diante dos conflitos de ordem criminal e com reflexos em vários países da América do Sul, visualiza-se a necessidade da implementação de um tratamento específico para este tipo de delinquência, que não mais pode ser tratada a partir do modelo ortodoxo interno. As atividades policiais e judiciárias precisam ser coordenadas por meio de uma legislação de afeição transnacional específica para este fim, tal como ocorreu na Europa com o Tratado de Lisboa. Um Tribunal específico para apurar, processar e julgar questões relativas à área penal, o Mercosuljust neste ínterim, no âmbito do Mercosul traria maior segurança jurídica aos seus integrantes, como também, um órgão de cooperação e integração na esfera policial, a Mercosulpol.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2007. Original em Inglês: *Liquid times*.

_____. **Medo líquido**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor. 2008.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. **A possibilidade da justiça transnacional**. Disponível em: www.univali.br/periodicos acesso em 12 de janeiro de 2015.

CRUZ, Paulo Márcio, SIRVENT, José Francisco Chofre. **Ensaio Sobre a Necessidade de Uma Teoria Para a Superação Democrática do Estado Constitucional Moderno**. NEJ - Vol. 11 - n. 1 - p. 41-62 / jan-jun 2006.

www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/421/363, acessado em 12 de fevereiro de 2015.

BRASIL, Decreto No 3.468, DE 17 DE MAIO DE 2000. Promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, assinado em San Luis, República Argentina, em 25 de junho de 1996, entre os Governos da República Federativa do Brasil, da República Argentina, da República do

Paraguai e da República Oriental do Uruguai.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3468.htm – acessado em 12 de janeiro de 2015.

DAVOLI, Alessandro. **Cooperação judiciária em matéria penal.** Parlamento Europeu: http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_5.12.6.html, acessado em 12 de janeiro de 2015.

FERNANDES, Rodrigo; SANTOS, Rafael Padilha dos. **Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-77;

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro.** Estudos de Teoria Política. Edições Loyola: São Paulo (SP), 2004.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais de direito constitucional.** Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocencio Mártires Coelho. Saraiva, São Paulo, 2009

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático.** São Paulo: Annabrumme, 2013.

KUNH, Thomaz S. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução Beatriz Viana Boeira e Nelson Boeira. 12 ed. São Paulo: Perspectiva, 2013

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Sistemática de Solução de Controvérsias do Mercosul:** o Protocolo de Brasília e o Protocolo de Olivos. Pesquisado http://www.usp.br/prolam/downloads/2006_1_4.pdf, acessado em 12 de janeiro de 2015.

MONTE, Mário Ferreira. **O Direito Penal Europeu.** Lisboa, Quid Juirs, 2009.

_____. **Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade;** debate luso-brasileiro/Paulo de Tarso Brandão; Curitiba:Jurua, 2012.

OLIVIERO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi. Le costituzioni del Maghreb.** Con traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003,

SOUZA, Maria Adélia Aparecida de Souza. Uso do território de Justiça do Brasil. Capítulo publicado na obra: **Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.** Vera Malaguti Batista (organizadora): Rio de Janeiro, Revan, 2012.

TROTTA, Sandro Brescovit. **O lugar do crime no Mercosul:** as fronteiras da cooperação jurídica internacional contemporânea. Dissertação de doutoramento em Altos Estudos Contemporâneos (Área de Ciência Política), apresentada à Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, sob a orientação do Doutor Rui Luís Vide da Cunha Martins. Coimbra, 2011,

UNIÃO EUROPEIA TRATADOS CONSOLIDADOS CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:[http://europa.eu/eu-law/decision making/treaties/index_pt.htm](http://europa.eu/eu-law/decision_making/treaties/index_pt.htm), acessado em 12 de janeiro de 2015.

VENTURA, Deisy. ONUKI, Janina. MEDEIROS, Marcelo et alli. **Internalização das normas do MERCOSUL.** Série Pensando o Direito, vol. 45. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia**, Tradução de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995, p.12.

ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DA FORÇA POLICIAL E INTERAGÊNCIAS NO CUMPRIMENTO DE MANDADO JUDICIAL DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Celso Costa Ramires¹

Clayton Marafioti Martins²

INTRODUÇÃO

O Brasil passa por um momento de fragilidade na questão de políticas públicas na área de segurança, nesse sentido verifica-se a importância da atuação das forças policiais, durante o cumprimento das mais diversas missões inerentes a sua competência, na perspectiva de melhor qualidade de vida das pessoas, sendo um tema interessante para se trazer a tona. Esta vertente merece apreciação, principalmente na era do conhecimento, para que se compreendam as novas demandas sociais nas quais a sociedade clama por serviços públicos de maior qualidade, de acordo com o ordenamento jurídico.

Com o advento da Carta Magna de 1988, a qual cristalizou os ideais do Estado Democrático de Direito, e que dentro de seus princípios e Direitos Fundamentais, referenciou valores como o Direito à vida, liberdade, igualdade, segurança, e à moradia, matéria essa, relacionada diretamente com o tema proposto, e que diante desses direitos indispensáveis para qualquer sociedade, exigiu-se dos órgãos devidamente constituídos no âmbito da Segurança Pública, posicionamentos eficientes e eficazes no que diz respeito às ações de forças policiais, visando, sobretudo, o bem estar social.

Os entes do Estado devem cumprir com seu papel social no tocante aos serviços prestados dentro de um contexto de preservação e respeito à justiça social visando, sobretudo, o bem estar

¹ **Celso Costa Ramires** - 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 **Clayton Marafioti Martins** – Doutorando em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí (**UNIVALI - SC**). Mestrado em Engenharia e Gestão do Conhecimento – Universidade Federal de Santa Catarina (**UFSC - SC**), Florianópolis, Santa Catarina. e-mail: tcmarafioti@hotmail.com.

da sociedade. Nesse aspecto Cesar Pasold³ esclarece: “Assim, quando se solicita JUSTIÇA SOCIAL, não se pode realizar o apelo ingênuo ou maliciosamente – como se o seu destinatário único fosse o Estado, ou um outro, como o Governo”. Complementa ainda: “A JUSTIÇA SOCIAL somente apresentará condições de realização eficiente, eficaz e efetiva se a Sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela sua condição humana”.

Nessa toada Paulo Cruz corrobora “durante a história, na busca da melhor forma de governo, todos os caminhos convergiram para um único foco, o bem comum, o interesse comum, e esses deveriam prevalecer sobre os interesses individuais”⁴. As forças policiais são Instituições que estão enquadradas nesse contexto, isto é, são entidades prestadoras de serviços, e que, portanto, com a responsabilidade de trabalhar e oferecer a população, um serviço de qualidade, aumentando dessa maneira a sensação de segurança com serviço de excelência, que é o que as pessoas almejam dessa atividade social.

É possível observar que o fenômeno das violências está cada vez mais presente na sociedade de um modo geral. Se até algum tempo podíamos afirmar que as comunidades economicamente menos favorecidas eram mais atingidas por esse fenômeno, tal afirmação já não faz mais parte da realidade atual, pois as pessoas atingidas são de todos segmentos da sociedade. Diante desse fato, os profissionais da área de segurança e demais entes do Estado precisam estar preparados e treinados, visando combater, reprimir e diminuir tais acontecimentos, acima de tudo com conhecimentos além de técnico-profissionais, devidamente atualizados no campo jurídico.

O método de abordagem, utilizado no desenvolvimento desse estudo, será o indutivo, com pesquisa básica e exploratória, utilizando-se a técnica de pesquisa bibliográfica. “O método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”⁵.

Com relação ao método indutivo, ressalta-se a pesquisa empírica. “Pesquisa empírica [...] é aquela que manipula dados, fatos concretos. Procura traduzir os resultados em dimensões mensuráveis [...]. A indução é um processo pelo qual, partindo de dados ou observações

³ PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. Rev. Amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade. Democracia, Direito e Estado no Século XXI.** Seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011, p.73.

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 11.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Milenium, 2008, p.85.

particulares constatadas, podemos chegar a proposições gerais⁶.

No campo interpretativo das informações contidas na pesquisa é assim definida “A interpretação da pesquisa requer uma redação científica, sendo importante o emprego de termos impessoais, distinguindo-se as informações dos comentários e identificando as causas e consequências”⁷.

O presente artigo foi utilizado à abordagem qualitativa, ou seja, no campo da pesquisa qualitativa, considera-se que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito, que não pode ser traduzido em números⁸.

Com o objetivo de dar maior valor científico na pesquisa deste trabalho, foram utilizadas técnicas metodológicas: Referente; Categorias e Conceitos Operacionais respectivamente⁹.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO E COMPETÊNCIA DA FORÇA POLICIAL ESTADUAL¹⁰

Com o objetivo de evitar os conflitos agrários decorrentes de cumprimento de Mandados Judiciais de Reintegração de Posse, o Ministério do Desenvolvimento Agrário edita o “Manual de Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse Coletiva”, com o objetivo de fixar diretrizes em que os responsáveis pelo cumprimento do Mandado devem obedecer a luz da garantia e normas constitucionais no tocante a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a prevalência dos direitos humanos e a promoção do bem de todos, sem

⁶ ÁVILA, Vicente Fidélis de. *A Pesquisa na Dinâmica da Vida e na Essência da Universidade*: Ensaio de curso para estudantes, professores e outros profissionais. Campo Grande, MS: Ed.UFMS, 1995, p.73.

⁷ LABES, Emerson Moisés. *Questionário: do planejamento à aplicação na pesquisa*. Chapecó: Grifos, 1988, p.87.

⁸ FIALHO, Francisco et al. *TCC Métodos e Técnicas*. Florianópolis: Visual Books, 2007, p.39.

⁹ Os Conceitos elencados: **Referente**: “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”; **Categoria**: “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”; **Conceito Operacional**: “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas”, encontram-se em: PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática*. 11 ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008, p.54, 25 e 37.

¹⁰ As informações do subtítulo ora citado, foi extraído do Artigo Científico escrito pelo Autor, intitulado “A Polícia Militar de Santa Catarina e o Termo Circunstaciado à luz da Argumentação Jurídica da Revista Jurídica da Universidade Regional de Blumenau (FURB), referente a janeiro/junho de 2014, volume 18, n.35.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹¹.

De acordo com o Manual de Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse Coletiva¹², oriundo do Ministério do Desenvolvimento Agrário, as Polícias Militares são as protagonistas em nível estadual para a atuação em conflitos agrários, assim esclarecendo “Havendo necessidade do uso da força pública para o cumprimento das ordens judiciais decorrentes de conflitos coletivos sobre a posse de terras, (...) os atos deverão ser executados com apoio da Polícia Militar e/ou Polícia Federal” [...].

Verificada a competência da PM em conflitos agrários, destaca-se a missão devidamente estampada na Constituição Federal em seu artigo 144, cujo enunciado diz que a segurança pública é dever do Estado, todavia ressalta que é direito e responsabilidade de todos e que é exercida com o objetivo de preservar a ordem pública e também a incolumidade das pessoas e seu patrimônio, onde dentre os vários órgãos, tais como Polícia Federal; Polícia Rodoviária Federal; Polícia Civil, e nesse certame se encontra a Polícia Militar, cabendo a essa, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública¹³.

Com a intenção de reforçar a competência da Polícia Militar, a Constituição do Estado de Santa Catarina em seu artigo 105 destaca que a segurança pública é dever do Estado a exemplo do Caput do artigo 144 da CF e seu artigo 107 ressalta que a Polícia Militar é força auxiliar reserva do Exército, cuja base se respalda na hierarquia e disciplina, com subordinação direta ao Governador do Estado. O artigo reforça ainda que há a missão de exercer a polícia ostensiva no tocante a preservação da ordem e da segurança pública¹⁴.

As Constituições Federal e Estadual enfatizam as várias espécies conceituais de Ordem Pública, subdivididas em: Segurança Pública, tendo como conceito a atuação da Polícia Militar no estado antidelitual, situação em que antecede o crime de acordo com o que preceitua o Código Penal e a Lei de Contravenções Penais, através da ação da PM de polícia preventiva e polícia repressiva; a Tranquilidade Pública, que trata da condição de vida das pessoas, na vida sossegada

¹¹ Ministério do Desenvolvimento Agrário. Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos. **Manual de Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse.** Desembargador Gercino José da Silva Filho. Ouvidor Agrário Nacional e Presidente da Comissão Nacional de combate a violência no campo. Brasília, 11 de abril de 2008.

¹² Ministério do Desenvolvimento Agrário. Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos. **Manual de Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse.** p. 10.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988.

¹⁴ SANTA CATARINA. **Constituição do Estado.** Alesc. Santa Catarina, Edição atualizada, 1988.

em que as pessoas vivem, sem problemas com segurança, sem preocupações ou qualquer tipo de incômodo, visando inclusive à salubridade pública das pessoas, e por fim a dignidade da pessoa humana que é um direito das pessoas em nome da preservação da dignidade do ser humano no que diz respeito a situações degradantes¹⁵. Tal argumentação justifica a relevância do tema observado à forma de argumentação dos procedimentos da competência da Polícia Militar.

O Parecer número GM-25 esclarece a competência da Polícia Militar, o qual trata de dois decretos que regulamentam as ações da Polícia Militar. Consta no parágrafo segundo, no item III, a competência constitucional relativa a polícia ostensiva e preservação da ordem pública “o decreto lei número 667, com redação que lhe conferiu, no ponto, aquele de nº 2010, de 12 de janeiro de 1983, o Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, pelo qual aprovado o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200)”. Nesses textos reforça-se mais uma vez a competência das Polícias Militares relativa ao policiamento ostensivo, ações preventivas e repressivas, e o conceito de Ordem Pública, manutenção da Ordem Pública, Perturbação da Ordem e Policiamento Ostensivo¹⁶.

O Decreto Federal nº 88.777 de 30 de setembro de 1983, aprova o regulamento da Polícia Militar (R-200) e dessa forma assevera acerca da missão desse organismo de segurança. O termo perturbação da ordem, abrange muitas ações, por sua natureza, origem, amplitude podendo vir a comprometer, na esfera estadual, o exercício dos poderes constituídos, o cumprimento das leis e manutenção da ordem pública, ameaçando a população e propriedades públicas e privadas¹⁷. Conforme o que foi postulado nesse Decreto, pode-se dizer que o objetivo maior das Polícias Militares é proteger a vida em primeiro plano

O Decreto Federal 667, alude, em seu artigo terceiro, que: “Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições”. O Decreto esclarece que a PM tem por missão executar o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, tendo como objetivo o cumprimento da Lei, bem como a manutenção da ordem pública e por fim assegurar o exercício dos poderes constituídos; em locais onde haja a

¹⁵ LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.11, 1999.

¹⁶ BRASIL, Advocacia Geral da União. **Parecer nº. GM-25:** Publicado no Diário Oficial de 13 de agosto de 2001, parágrafo segundo, item III.

¹⁷ BRASIL, Decreto Federal nº 88.777 de 30 de setembro de 1983. Aprova o regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), publicado no Diário Oficial da União, de 04 de outubro de 1983.

necessidade da presença da Polícia Militar, deverá atuar de forma preventiva nos mais diversos lugares, com o objetivo de dissuasão dessas questões; da mesma forma poderá atuar de forma repressiva nos momentos em que haja necessidade em face da perturbação da ordem¹⁸.

Dentro do tema “Autoridade Policial”, a doutrina esclarece que o Policial Militar se enquadra dentro desse parâmetro de autoridade. Nessa seara, Álvaro Lazzarini no sentido de estabelecer um equilíbrio no tema em questão, aduz que “a autoridade exerce poderes de mando em virtudes de faculdades próprias, enquanto que o agente atua sempre por mandato ou delegação superior, sendo que nisto tem ele a característica que o distingue”(...)¹⁹. Nesse diapasão os policiais militares sem distinção de posto ou graduação, atuam dentro das normas jurídicas, portanto, são considerados Autoridades Policiais.

Conforme se abordou neste capítulo, busca-se mostrar que dentre as forças policiais estaduais, a Polícia Militar possui legitimidade na qualidade de uma instituição responsável pela segurança no envolvimento de uma operação de reintegração de posse, inclusive dos desapossados, cujo planejamento e execução deverá agir dentro da previsão constitucional na perspectiva dos direitos fundamentais e direitos humanos.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

O emprego do aparato das forças policiais no cumprimento de Mandado Judicial de Reintegração de Posse se torna preocupante face o histórico negativo de atuações dessas corporações, as quais são representantes do Estado nesses eventos. Essa preocupação se justifica por situações conhecidas no país, dentre outros exemplos, cita-se o “Massacre dos Carajás”, em que inúmeros trabalhadores perderam suas vidas no confronto com as forças policiais no ano de 1996²⁰.

¹⁸ BRASIL, Decreto Lei nº 667 de 02 de julho de 1969. Que organiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. Publicado no Diário Oficial da União, de 03 de julho de 1969.

¹⁹ LAZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. Sistematização Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segunda edição p.263, 1999.

²⁰ Durante o evento conhecido como “Massacre de Eldorado dos Carajás”, ocorrido dia 17 de abril de 1996, um grupo de manifestantes do Movimento dos Sem-Terras fez uma manifestação na cidade de Eldorado dos Carajás, no Estado do Pará. Para conseguirem maior visibilidade em seus atos, os manifestantes acabaram por fechar o tráfego numa das estradas estaduais que ligam a capital ao sul do Estado. A Polícia foi acionada e, ao chegar ao local, foi recebida por paus e pedras (alguns dizem que até tiros foram disparados). Os policiais então revidaram com gás lacrimogênio, mas não conseguiram conter os manifestantes, que foram em direção às tropas. Sentindo-se acuados, os policiais então abriram fogo e atiraram nos manifestantes, quando então dezenove pessoas sem-terra morreram. Fonte: <http://historica.com.br/hoje-na-historia/massacre-de-eldorado-dos-carajas>. Acesso em 12.09.2013.

A Constituição Federal assevera em seu inciso XXII, XXIII e XXIV, que é garantido o direito de propriedade, sendo este uma cláusula pétreia²¹. A Carta Magna, condiciona o direito de propriedade à sua função social²², sob pena de desapropriação, conforme a seguir:

Art. 5º, caput (...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Para Bobbio²³, quando se trata de direitos do homem, há uma grande diferença entre a teoria e a prática, pois seguem em rumos diferentes, pois nos últimos anos, se falou muito a respeito desse tema, ou seja, nos direitos propriamente dito, no entanto, sem a devida efetividade.

Nesse sentido o autor ainda enfatiza que o direito do homem efetivamente ocorreu após a guerra, sendo que o direito ao longo do tempo vem sendo amplamente questionados pelas pessoas, cujos indivíduos inclusive questionam o próprio Estado em busca desse direito. Nessa seara o autor apregoa “Também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou, pelo menos, são também um fenômeno social: e, entre os vários pontos de vista de onde podem ser examinados (filosófico, jurídico, econômico, etc.), há lugar para o sociológico, precisamente o da sociologia jurídica”. É nessa vertente que se verifica as relações entre direitos do homem e da própria sociedade, e através de uma mudança social que reaparece os novos direitos.

Buscando reforçar tal panorama, no entendimento de Rosenvald e Farias, o direito à propriedade está localizada dentre os direitos e garantias fundamentais²⁴ ao lado dos valores da

²¹ Artigo 60, § 4º, IV da CFRB.

²² No que tange à função social da propriedade, seu marco teórico está previsto a partir do artigo 182 da Constituição, o qual “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, destacando no parágrafo 2º que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. Já o Artigo 186 menciona que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende a requisitos como aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7. Tiragem. Nova Ed. Rio de Janeiro, 2004, p.33.

²⁴ Tendo em vista que a propriedade é cláusula pétreia, as formas de intervenção só podem estar previstas na própria Constituição Federal. São elas: Requisição: Traz restrições quanto ao uso da propriedade, implicando na perda temporária da posse. Ocupação temporária: Traz restrições ao uso da propriedade, podendo ou não implicar na perda temporária da posse. Limitação administrativa: Traz restrições ao uso da propriedade, não implicando na perda da posse. Servidão: Traz restrições ao uso da

vida, liberdade, igualdade e segurança, compondo assim a norma do artigo 5º da Constituição Federal²⁵, que destaca em seu caput:

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. (destaque não original)

Nesse sentido, Cesar Pasold²⁶ no tocante a justiça social destaca “somente apresentará condições de realização eficiente, eficaz e efetiva se a Sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela sua condição humana”, portanto, é questão de justiça o respeito aos direitos fundamentais, bem como os direitos humanos juridicamente amparados.

Dentro da noção de direitos fundamentais e direitos humanos, verifica-se a importância do Estado em criar políticas públicas com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais, visando sobremaneira à proteção do homem e sua dignidade, contra, principalmente, o abuso do poder estatal, pois é inevitável a interferência do Estado na vida das pessoas.

Na compreensão de Oliviero²⁷, no tocante aos Direitos humanos fundamentais, o autor argui que foi fortalecido com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, devidamente aprovada em 1948 pela Assembleia Geral da Organizações das Nações Unidas. Nessa seara Oliviero esclarece “o substantivo constitucionalismo carece de uma compreensão plural. Não há que se falar em constitucionalismo, mas sim em vários constitucionalismos (constitucionalismo inglês, constitucionalismo americano, constitucionalismo francês, etc.)”. É nesse sentido que as Constituições tratam do garantismo, tutela dos Direitos Fundamentais, dentre outros, considerando como princípios de certa forma comuns nas Constituições ocidentais.

Os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos aparentemente se confundem, todavia, há uma diferenciação de conteúdo e nesse sentido Mazzuoli²⁸ esclarece “os direitos

propriedade não implicando na perda da posse. Tombamento: Traz restrições ao uso da propriedade não implicando na perda da posse. Desapropriação: É uma forma de expropriação (de aquisição da propriedade alheia). Confisco: É uma forma de expropriação (de aquisição da propriedade alheia). Disponível em http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Administrativo/Direito_de_propriedade.htm. Acesso em 17.09.2013.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

²⁶ PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. Rev. Amp. Itajaí/SC: Univali, 2013, p.55. Ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

²⁷ OLIVIERO, Maurizio e STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estudos Jurídicos**. Revista NEJ – Eletrônica, vol.16 – n.3 – p.268-280/set-dez, 2011, p.270.

²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 750.

humanos são direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público” e sobre direitos fundamentais complementa que “é a expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos. Liga-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas”.

A distinção desses termos entre os direitos fundamentais e humanos, Canotilho²⁹ entende que são utilizados como sinônimos, entretanto esclarece que os direitos humanos são válidos para os homens em qualquer tempo, no entanto os direitos fundamentais são direitos dos homens jurídico-institucional limitado ao tempo, e finaliza “Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

No entendimento de Miranda³⁰, os direitos fundamentais possuem sua origem no Estado constitucional, voltados prioritariamente à dignidade da pessoa humana, cujo direito está ligado a própria limitação de poder e nesse sentido Caupers argui "A limitação do poder do Estado é uma ideia cara à ideologia liberal e tem como origem explicações de natureza contratual quanto a origem do próprio Estado"³¹.

Nessa esteira Sarlet³², esclarece que os direitos fundamentais teve seu reconhecimento inicial nas Declarações do Bom Povo de Virgínia no ano de 1776, bem como, na Declaração de Independência dos Estados Unidos em 1776.

Os Estados Unidos contribuíram sobremaneira na seara dos direitos fundamentais, entretanto, foram os franceses que deram sua parcela de contribuição no tocante aos direitos humanos, pois essa contribuição se pautou na constitucionalização e reconhecimento dos direitos fundamentais com base nas Constituições do século XIX e fortalecidos com o reconhecimento dos direitos naturais dos Estados Unidos³³.

Observa-se que a história testemunha um grande avanço no tocante aos direitos fundamentais e também nos direitos humanos em importantes países, nesse patamar Bercovici esclarece “O Estado não está mais acima das forças sociais, pois o povo ocupa o Estado, que passa,

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.259.

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Tomo IV: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

³¹ CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição*. Lisboa: Aldemina. 1985, p. 13.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.50.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.50.

então, a ser a auto-organização da sociedade. Este pluralismo, presente na República de Weimar, anula todas as delimitações do político e transfere o monopólio do político do Estado para os partidos políticos". Para o autor, O Estado tem obrigações inerentes às necessidades da sociedade, trazendo à tona o propósito de que deve haver uma relação estreita entre Estado e o povo, considerado de Estado total, não devendo haver diferenças entre o Estado e o político"³⁴.

Um grande avanço constitucional que marcou o início do século XX, foram as Constituições de Weimar na Alemanha em 1919 e a Constituição Mexicana em 1917, nesse sentido Heller esclarece "O conteúdo novo dos documentos constitucionais modernos consiste na tendência para realizar a limitação jurídica objetiva do poder do Estado e assegurá-la politicamente por meio dos direitos subjetivos de liberdade e intervenção dos cidadãos a respeito do poder do Estado"³⁵ [...], e é nesse aspecto que o autor finaliza seu pensamento "de modo que os direitos fundamentais do indivíduo sejam protegidos em virtude da estrutura fundamental da organização do Estado".

Para cristalizar as informações relativas aos direitos fundamentais, Ferrajoli argui "Acrecento que os direitos fundamentais estabelecidos nas constituições, se por um lado servem para limitar a democracia política, por outro servem para integrá-la e, por assim dizer, para reforçá-la juntamente com a noção, que está sobre seus ombros, de soberania popular". Nesse sentido o autor acrescenta que os direitos são afetos a todos os cidadãos, como os direitos civis, de liberdade e também direitos sociais. Nesse sentido acrescenta "A soberania popular, comumente expressa nas constituições democráticas pelo princípio de que ela "pertence ao povo", fica assim, redefinida no único sentido no qual é compatível com a inadmissibilidade dos

³⁴BERCOVICI, Gilberto. **As possibilidades de uma Teoria do Estado.** In LIMA, Martonio Mont ' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.p.331.

Carl SCHMITI, *Der Begriß des Politischen cil.*, p. 20-26; Carl SCHMITI, *Der Hüler der Verfassung cil.*, p. 73-75 e 77-79; Carl SCHMITI, "Konstruktive Verfassungsprobleme" in 51001, *Grossrollm, Numos: Arbeiten alls dell Jahren 19161969*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 56-59 e Carl SCHMITI, "Starker Staat und gesunde Wirtschaft" in S/aol, *GrOJrallm, I"lomOJ ci/*, p. 74-79. O fundamento da democracia situa-se na identidade e na homogeneidade do povo consiste no aspecto existencial da unidade política. Para Schmitt, o princípio político autenticamente democrático não é o da liberdade, mas o da identidade ou igualdade substancial. No entanto, a igualdade democrática está ligada à desigualdade, pois, para Schmitt, a igualdade é poltie., portanto, discriminatória, devendo tratar igualmente os iguais e definir o inimigo. A igualdade política da democracia deve corresponder ao princípio da homogeneidade a partir do qual e em nome do qual possa se estabelecer a distinção entre cidadão e estrangeiro, entre iguais e desiguais, entre amigo e inimigo. Cf. Carl SCHMITI, *Verfüssunglehre cil.*, p. 223, 226-228 e 234.238. Vide, ainda, o excelente trabalho de Bernardo FERREIRA, *O Risco do Político: Crítica ao Ubergau e Teoria Político no Pensamento de Carl Schmitt*, Belo Horizonte/Rio de Janeiro, Ed. UFMG/IUPERJ, 2004, p. 156-235.

³⁵HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, p.321, 1968. Título original : Staatslehre.

poderes *legibus soluti* no estado constitucional de direito". Para o autor a soberania pertence a todas as pessoas e não somente de forma individual"³⁶.

As previsões acima elencadas e devidamente justificadas estabelecem um arcabouço jurídico que visa primordialmente à proteção das pessoas e a sua dignidade, contra a forma arbitrária do abuso do poder estatal. Dentro dessa perspectiva quando da lavratura de medida liminar através do poder judiciário determinando a imediata retirada de pessoas de um imóvel esbulhado, há uma nítida interferência do Estado com as pessoas envolvidas na área invadida.

Nessa seara é natural que haja um descontentamento na relação das pessoas com o poder estatal e consequentemente a possibilidade de haver um confronto. Certamente as pessoas que em tese estão cometendo o crime de esbulho possessório, poderão comprometer a saída pacífica das terras, por não entenderem a real situação que se encontram, se apresentando contra todos os órgãos envolvidos numa determinada possibilidade real de reintegração de posse.

4. ATUAÇÃO DA FORÇA POLICIAL E INTERAGÊNCIAS

A atuação da força policial e os demais entes do Estado, ora considerados como Interagências, no cenário de ações de reintegração de posse com uma interação estratégica, visa minimizar o impacto social sofrido pelas pessoas desapossadas e os direitos humanos que lhes são constitucionalmente garantidos.

Nessa dicotomia jurídica, onde o Estado tem a obrigação de prover o cidadão com o mínimo necessário de sobrevivência, nesse caso, cita-se o direito constitucional de moradia; é o mesmo Estado que se utiliza legitimamente de seus órgãos constituídos para através de uma sentença judicial fazer valer a lei, fazendo finalmente com que ocorra a desapropriação através do Mandado de Reintegração de Posse. Nesse cenário, ressalta-se a responsabilidade do Estado através da Emenda Constitucional nº 26 do ano de 2000, a qual alterou o artigo 6º da Constituição Federal, onde incluiu o direito de moradia na relação das necessidades prioritárias das pessoas, garantindo por fim um bem fundamental³⁷.

³⁶ 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, p.111,112, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

³⁷ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 26. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia para assuntos Jurídicos. **Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal**. 14 de fevereiro de 2000.

Nessa seara, Streck ao tratar da função social do Estado, especificamente no direito de propriedade esclarece que assim como há uma força normativa muito significativa na Constituição quando se trata do capitalismo financeiro, ocorre também com a função social de propriedade, pois no Brasil somente 2% da população é proprietária de mais de 50% das terras agricultáveis. Nesse sentido conclui o autor “A Constituição é dirigente quando se trata de discutir os interesses das camadas dirigentes; e é apenas uma “carta de intenções” quando se discutem os interesses dos excluídos sociais...!”³⁸. Portanto, a força policial e as Interagências que estiverem engajadas no cumprimento de Mandado Judicial de Reintegração de Posse, devem fazer cumprir seu papel constitucional dentro de suas competências, independente do aparato jurídico do direito de moradia amplamente constituído, devendo seguir os padrões de atuação voltados à dignidade da pessoa humana.

A atuação da força policial, juntamente com as Interagências devem seguir os procedimentos elencados na Diretriz Nacional³⁹, objeto desse trabalho de pesquisa, no tocante ao cumprimento das ordens judiciais decorrentes de conflitos agrários, assim descritos:

Ao receber a ordem de desocupação o representante da unidade policial articulará com os demais órgãos da União, Estado e Município (Ministério Público, Incra, Ouvidoria Agrária Regional do INCRA, Ouvidoria Agrária Estadual, Ouvidoria do Sistema de Segurança Pública, Comissões de Direitos Humanos, Prefeitura Municipal, Câmara Municipal, Ordem dos Advogados do Brasil, Delegacia de Polícia Agrária, Defensoria Pública, Conselho Tutelar e demais entidades envolvidas com a questão agrária/fundiária), para que se façam presentes durante as negociações e eventual operação de desocupação.

Nesse cenário, a Diretriz Nacional⁴⁰ reforça a responsabilidade da força policial no tocante aos Direitos humanos, esclarecendo: “Os policiais devem, ainda, ser orientados sobre os limites do poder de polícia, com base no interesse social e na preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos, nos termos do artigo 5º e seus respectivos incisos da Constituição Federal”, e nessa esteira, os entes do Estado e os organismos de segurança devem adotar procedimentos de

³⁸ 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. 233.

³⁹ Ministério do Desenvolvimento Agrário. Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos. **Manual de Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse**. Desembargador Gercino José da Silva Filho. Ouvidor Agrário Nacional e Presidente da Comissão Nacional de combate à violência no campo. Brasília, 11 de abril de 2008.

⁴⁰ BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Agrário. Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos. DOAMC. **Manual de Diretrizes Nacionais para execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse Coletiva**. Desembargador Gercino José da Silva Filho. Ouvidor Agrário Nacional e Presidente da Comissão Nacional de Combate à violência no campo. Brasília, 11 de abril de 2008.

atuação voltados ao respeito aos direitos humanos.

Dessa feita, verifica-se que a Polícia Militar Estadual é a força policial legitimada para atuar na mediação no cumprimento de Mandado Judicial de Reintegração de Posse, juntamente com os demais órgãos do Estado descritos como Interagências, e que durante a atuação, por ser a Protagonista nessa missão, deve garantir a obediência aos direitos humanos e respeito à dignidade da pessoa humana, principalmente por ser uma força policial totalmente legitimada a planejar, traçar metas e estratégias junto aos demais órgãos, tomando, inclusive, posição de destaque durante as reuniões, em que os policiais são os que detêm o conhecimento da segurança de todos os atores envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho científico procurou abordar a atuação de forma estratégica da Força Policial em ocorrências de cumprimento de Mandado Judicial de Reintegração de Posse, em processo decisório, juntamente com outros órgãos públicos denominados de Interagências, na perspectiva dos Direitos Humanos., tendo a Polícia Militar na qualidade de titular do uso da força enquanto representante do Estado, como Protagonista nessa atuação no cumprimento de Mandado Judicial.

Cabe às Polícias Militares a manutenção e preservação da ordem pública, incolumidade das pessoas e do patrimônio através do exercício de polícia ostensiva visando não só respeitar os direitos humanos e fundamentais, mas, sobretudo garantir que estes sejam respeitados, bem como o respeito à Democracia. Diante das diversas missões desta corporação, a força policial tem abrangido cada vez mais seu rol de atividades e compromissos sociais, visando o bem estar social.

Os Direitos Humanos são a materialização do reconhecimento de uma histórica luta dos cidadãos por dignidade, esses direitos devem ser respeitados em todas as instâncias, pois constituem a base de uma sociedade livre e democrática, especialmente diante de uma situação de eminente conflito, como a que se vislumbra diante do cumprimento de uma expropriação em reintegração de posse.

A necessidade de reforço policial, no cumprimento de um Mandado Judicial faz com que o conflito entre Estado e cidadãos se torna eminente, de um lado o detentor da força e do outro, pessoas que a qualquer momento poderão estar fora de sua posse ou de seu lar. Mesmo que a

ordem judicial deva ser obedecida de forma irrevogável, pode se questionar a forma e melhor maneira do seu cumprimento.

Por fim, é de suma importância dizer que a ação da Polícia Militar e as Interagências, numa eventual operação de retirada de pessoas invasoras em questões agrárias, devem ter como princípio primordial garantir a segurança da operação, devendo resguardar a integridade física dos envolvidos e minimizar constrangimentos e demais danos, especialmente no que diz respeito aos aspectos psicológicos das pessoas, tudo com total respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais, que dizem respeito ao respeito da dignidade humana.

A missão a ser executada tem que estar dentro do princípio da razoabilidade com vistas a minimizar o impacto social sofrido pelas pessoas desapossadas e o respeito aos direitos humanos que lhes são constitucionalmente garantidos. Assim, diante da necessidade de cumprimento da Ordem Judicial, a Sociedade requer do órgão Policial não uma atuação que criminalize e marginalize ainda mais o cidadão degredado, mas um posicionamento sóbrio, à luz dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ÁVILA, Vicente Fidélis de. **A Pesquisa na Dinâmica da Vida e na Essência da Universidade**: Ensaio de curso para estudantes, professores e outros profissionais. Campo Grande, MS: Ed.UFMS, 1995.

BERCOVICI, Gilberto. **As possibilidades de uma Teoria do Estado**. In LIMA, Martonio Mont 'Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 7. Tiragem. Nova Ed. Rio de Janeiro, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Advocacia Geral da União. **Parecer nº. GM-25**: Publicado no Diário Oficial de 13 de agosto de 2001, parágrafo segundo, item III.

BRASIL, **Decreto Federal nº 88.777 de 30 de setembro de 1983**. Aprova o regulamento para as

Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), publicado no Diário Oficial da União, de 04 de outubro de 1983.

BRASIL, Decreto Lei nº 667 de 02 de julho de 1969. Que organiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal. Publicado no Diário Oficial da União, de 03 de julho de 1969.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição.** Lisboa: Aldemina, 1985.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade. Democracia, Direito e Estado no Século XXI.** Seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 26. Presidência da República. Casa Civil. Sub Chefia para assuntos Jurídicos. **Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal.** 14 de fevereiro de 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

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. (sem título original no exemplar utilizado).

FIALHO, Francisco.et al. **TCC Métodos e Técnicas.** Florianópolis: Visual Books, 2007

GARCIA, Marcos Leite (org.). **Reflexões sobre Política e Direito – Homenagem aos Professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

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

LABES, Emerson Moisés. **Questionário: do planejamento à aplicação na pesquisa.** Chapecó: Grifos, 1998.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LAZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. Sistematização Rui Stoco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, segunda edição 1999.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Agrário. Departamento de Ouvidoria Agrária e Mediação de Conflitos. **Manual de Diretrizes Nacionais para Execução de Mandados Judiciais de Manutenção e Reintegração de Posse**. Desembargador Gercino José da Silva Filho. Ouvidor Agrário Nacional e Presidente da Comissão Nacional de combate a violência no campo. Brasília, 11 de abril de 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV: direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

OLIVIERO, Maurizio e STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estudos Jurídicos**. Revista NEJ – Eletrônica, vol.16 – n.3 – p.268-280/set-dez, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. Rev. Amp. Itajaí/SC: Univali, 2013. Ebook <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Milenium, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Estado e Política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado**. Editora Alesc. Santa Catarina Edição atualizada, 1988

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GLOBALIZAÇÃO, GOVERNANÇA GLOBAL E OS DESAFIOS AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: ANÁLISE DAS TEORIAS ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE SE PENSAR O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Thaís Vandresen¹

Mariza Viecili²

INTRODUÇÃO

Objetiva-se com o presente discorrer acerca da globalização e analisar algumas posições teóricas acerca dos limites e das possibilidades do aperfeiçoamento da governança global – que impulsionou a discussão acerca de um constitucionalismo global – em busca de produção de consenso entre diversos interesses políticos, culturais e sociais, que interagem em espaços transnacionais.

Para tanto, principia-se apresentando alguns lineamentos acerca da globalização, perpassando as abordagens acerca do seu conceito e processo evolutivo à discussão da necessidade de se pensar uma governança global. Uma vez estabelecidas as bases do processo de globalização e compreendendo este como um processo irreversível, afronta-se a temática das consequências desse processo no constitucionalismo contemporâneo, que devido à fragilidade do conceito de soberania e pela multiplicidade de fontes normativas, notadamente, no tocante à proteção internacional dos direitos humanos precisa resignificar seu campo de atuação no espaço político e jurídico transnacional.

Por fim, enfocamos os limites e possibilidades de três alternativas teóricas acerca de um constitucionalismo global, sendo essas: da promoção da Carta das Nações Unidas como uma constituição formal e material global, sendo que para esse aporte teórico utilizamos a tese

¹ 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 do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: thais.sc@terra.com.br

² Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. E-mail: mariza@univali.br

desenvolvida por Maury Roberto Viviani³; da Constituição sem estado: constituições civis como resposta à globalização policêntrica desenvolvida por Gunther Teubner; e o transconstitucionalismo, desenvolvido no Brasil por Marcelo Neves: a possibilidade de “diálogo” e interação entre jurisdições diversas na solução de problemas constitucionais comuns, que ultrapassam as fronteiras do estado nacional.

1. LINEAMENTOS ACERCA DA GLOBALIZAÇÃO E DA GOVERNANÇA GLOBAL⁴

Antes de se traçar a problemática que enfrenta o constitucionalismo contemporâneo, importante traçar alguns lineamentos acerca da Globalização e da governança global, eis que se tratam de fenômenos que vêm convergindo para uma ruptura de paradigmas que atinge diretamente o Estado nacional (e consequentemente a base teórica que o sustenta – o Constitucionalismo Moderno), redimensionando definitivamente a abordagem acerca do seu alcance e limite.

O termo Globalização é utilizado por Anthony Giddens⁵ para referir-se aos “processos que estão intensificando as relações e a interdependência sociais locais”. Dentre os fatores que contribuem para o seu desenvolvimento o autor destaca a expansão das comunicações globais, o desenvolvimento de um modelo de economia global (evidenciado pelas corporações transnacionais), as mudanças políticas e o surgimento e implementação de mecanismos regionais e internacionais de governo⁶.

Giddens⁷, utilizando-se da classificação desenvolvida por David Held, discorre sobre três posições teóricas acerca da compreensão do fenômeno da globalização: os céticos, os hiperglobalizadores e os transformacionistas. Os céticos minimizam as consequências da globalização, especificamente do ponto de vista econômico, pois apesar de admitirem uma maior interação comercial com outros países, essa não seria suficiente para caracterizar um economia

³ Tese defendida no programa de Pós-Graduação da Univali, que originou a obra: VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem global. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁴ A primeira e a segunda parte desse artigo foi produzido originalmente em outro trabalho intitulado: Globalization, global governance and challenges to contemporary constitutionalism: the (trans) constitutional perspective and the dialogue between jurisdictions, que foi desenvolvido em parceria com a Profa. Dra. Maria Claudia S. Antunes de Souza e aceito para apresentação no II Encontro de Internacionalização do CONPEDI/Baltimore, que se realizará entre 28 e 29 de maio de 2015.

⁵ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Trad. Sandra Regina Netz. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: Sociology, p. 61.

⁶ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, p. 61-66.

⁷ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, p. 66-68.

globalizada, tendo em vista que se concentra prioritariamente em blocos regionais com forte dependência de regulações nacionais. Os hiperglobalizadores, por seu turno, maximizam os efeitos da globalização que seria responsável por criar uma nova ordem global independente de fronteiras, que levaria ao desaparecimento do Estado-nação. Por sua vez, os transformacionistas percebem o fenômeno além do seu aspecto econômico, mas também político e cultural e o concebem como um processo dinâmico, aberto e constantemente sujeito a mudanças, no qual os Estados nacionais não perdem a sua soberania, mas a reestruturam⁸.

Ao tratarem da produção jurídica no contexto da globalização, Maurizio Oliviero e Paulo Márcio Cruz⁹ também parecem adotar essa postura “transformacionalista” quando admitem o desgaste do paradigma do estado constitucional moderno – centrado no monopólio da produção normativa pelo estado soberano. Entretanto, acertadamente, os autores não falam de “superação” do direito estatal, mas sim “transformação” da produção jurídica pelo Estado, que deverá adequar o conteúdo das formulações legislativas e constitucionais às novas referências normativas externas.

Acerca dos impactos da globalização no âmbito da produção jurídica, concluem os autores que essa “modifica os seus caracteres históricos e assume dois traços exteriores: a ausência de um ‘vínculo territorial estável’, por um lado, e o pluralismo dos sistemas jurídicos de referência, por outro”¹⁰.

Seja qual for a posição adotada, se mais herética ou extremista, o fato é que à medida em que o fenômeno da globalização progride “estruturas e modelos políticos existentes revelam-se despreparados para gerenciar um mundo cheio de riscos, desigualdades e desafios que transcendem fronteiras nacionais”¹¹. Nesse sentido passa-se a se falar de uma governança que transcende o Estado-nação rumo à criação de uma estrutura democrática global.

Ulrich Beck¹² também aproxima o seu conceito de globalização (ou globalidade) com

⁸ Adota-se na condução desse trabalho a concepção transformacionalista de globalização, que “rima com integração e como homegenização da mesma forma que com diferenciação e fragmentação [...]. As mesmas forças que promovem a integração suscitam o antagonismo”. IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 36.

⁹ OLIVIEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Fundamentos de direito transnacional**. In: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs). **Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica**. [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 34-35.

¹⁰ OLIVIEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Fundamentos de direito transnacional**, p. 35.

¹¹ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, p. 78.

¹² BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos ao globalismo: respostas à globalização. Trad. de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus: Antworten auf Globalisierung*, p. 72.

Anthony Giddens quando toma como pressuposto básico a intensificação mútua das relações além das fronteiras nacionais. Ao analisar o processo de globalização, Beck entende que a transição do Estado nacional para a era transnacional será possível através de uma nova configuração do espaço político, ou seja, pela superação da ideia de mundos separados ou “estrutura monocêntrica” por um modelo de “distribuição policêntrica de poder na qual uma grande diversidade de atores transnacionais e nacionais cooperem e concorram entre si”¹³. Diante do quadro irreversível da globalização os Estados nacionais veem sua soberania, sua identidade e sua esfera de poder irremediavelmente sob a interdependência de atores transnacionais¹⁴.

Dessa forma, a abordagem acerca de uma governança global se justifica, como resultado do processo de globalização, notadamente em relação às bases do Estado-nação: o direito constitucional moderno evidencia-se pela crise do conceito de soberania, tendo em vista a proliferação de fontes normativas e instâncias decisórias que transcendem as fronteiras nacionais.

Nesse contexto, Andreas Osiander¹⁵ também alerta para a crise de soberania em sua concepção moderna. Com a expansão da globalização, “os Estados modernos estão ligados a uma complexa estrutura de governança que cria uma rede de cooperação e de contenção mútua”, cuja participação apesar de “voluntária” se apresenta irreversível pelo custos que a não participação dos Estados nesse processo poderia acarretar.

Em 2006 um grupo de estudos da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, apresentou um relatório acerca da fragmentação do direito internacional e as dificuldades decorrentes da diversificação e expansão do direito internacional¹⁶, concluindo que “um dos aspectos da globalização é o aparecimento de redes de cooperação tecnicamente especializadas com escopo global”.

As dinâmicas que envolvem esferas especializadas da vida como “o comércio, meio ambiente, direitos humanos, diplomacia, comunicação, medicina, prevenção da criminalidade, a

¹³ “E continua o professor Alemão: Existem portanto duas arenas de sociedades globais: a sociedade dos Estados, em que as principais variáveis continuam a ser as regras da diplomacia e do poder nacional e o mundo da *subpolítica transnacional*, que abriga os atores mais dispare, como companhias internacionais, Greenpeace, Anistia Internacional, além do Banco Mundial, OTAN, União Europeia etc.”. BECK, Ulric. **O que é globalização?** Equívocos ao globalismo: respostas à globalização, p. 72.

¹⁴ BECK, Ulric. **O que é globalização?** Equívocos ao globalismo: respostas à globalização, p. 30.

¹⁵ Tradução livre do original: “modern states are also tied into a complex structure of governance that creates a network both of cooperation and of mutual restraint. Participation in this network is voluntary in principle but difficult in practice to escape because of the high cost escaping would entail”. OSIANDER, Andreas. **Sovereignty, international relations, and the westphalian myth**. International Organization. Cambridge, v.55, n.2, p.251-287, 2001, p. 283.

¹⁶ UNITED NATIONS. **Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law**. Report of the Study Group of the International Law Commission. 58th session. Geneva, 2006, p. 1.

produção de energia, segurança, cooperação indígena¹⁷" demandam níveis de cooperação e integração que ultrapassam as fronteiras nacionais e desafiam o direito internacional, que se mostra insuficiente em gerar mecanismos eficazes de governança devido à natureza transnacional dessas redes (*network*).

Como resultado, essas "redes de cooperação" tendem a desenvolver as suas próprias regras e/ou sistemas de regras através da harmonização de leis nacionais e regionais, que acarreta o aparecimento de tratados e organizações internacionais adaptados às necessidades e interesses de cada rede em âmbito regional, portanto, fragmentadas do ponto de vista internacional. Essa fragmentação do direito internacional acarreta: "o surgimento de regras especializadas e sistemas de regras que não têm nenhuma relação clara entre si. Respostas às questões legais tornam-se dependentes de quem pergunta e a qual sistema de regras se refere"¹⁸.

É premente, portanto, a análise dos limites e das possibilidades do aperfeiçoamento da governança global. De acordo com Cynthia Hewitt de Alcántara, o termo governança se refere a existência de um processo político que "envolve a construção de consenso, ou a obtenção de consentimento ou aquiescência necessária para a realização de um programa, em uma arena onde muitos interesses diferentes estão em jogo"¹⁹.

Se é portanto para além do Estado nacional, mas em nível global que os desafios do constitucionalismo contemporâneo se apresentam, a discussão acerca de um constitucionalismo global passou a ser articulada. Nesse sentido, "Global constitutionalism is an agenda that identifies and advocates for the application of constitutionalist principles in the international legal sphere²⁰". Apesar da crítica acerca da realidade empírica dessa proposição, bem como da impossibilidade de

¹⁷ Tradução livre do original: "*One aspect of globalization is the emergence of technically specialized cooperation networks with a global scope: trade, environment, human rights, diplomacy, communications, medicine, crime prevention, energy production, security, indigenous cooperation and so on - spheres of life and expert cooperation that transgress national boundaries and are difficult to regulate through traditional international law. National laws seem insufficient owing to the transnational nature of the networks while international law only inadequately takes account of their specialized objectives and needs*". UNITED NATIONS. **Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law.** Report of the Study Group of the International Law Commission. 58th session. Geneva, 2006, p. 244.

¹⁸ Tradução livre do original: "*This is the background to the concern about fragmentation of international law: the rise of specialized rules and rule-systems that have no clear relationship to each other. Answers to legal questions become dependent on whom you ask, what rule-system is your focus on*". UNITED NATIONS. **Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law.** Report of the Study Group of the International Law Commission. 58th session. Geneva, 2006, p. 244-245.

¹⁹ Tradução livre do original: "governance involves building consensus, or obtaining the consent or acquiescence necessary to carry out a programme, in an arena where many different interests are in play". HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia. **Uses and Abuses of the Concept of Governance.** In: *Internacional Social Science Journal*, v. 50, 1998, p. 105.

²⁰ PETERS, Anne. **The Merits of Global Constitutionalism.** Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 16: Iss. 2, Article 2, 2009. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2>. Acesso em 16 de fevereiro de 2015, p. 409-410.

legitimidade que aparenta, o constitucionalismo global pode reduzir a insuficiência do direito constitucional nacional e ainda servir como proposta hermenêutica de abordagem do direito constitucional nacional quando confrontado com o direito internacional, notadamente, quando da proteção internacional dos direitos humanos.

Para Anne Peters²¹ ao analisar os méritos acerca dessa proposta e levando em conta a legitimidade e o *déficit* democrático inerente à questão alerta para que “o constitucionalismo não seja usado para conceder falsa legitimidade ao direito internacional, muito menos que o descrédito acerca da sua autoridade possa minar sua legitimidade”.

Do exposto se conclui que o processo de globalização e as discussões acerca da (im)possibilidade de uma governança global desafiam o constitucionalismo contemporâneo, que precisa se recontextualizar diante da fragilidade do conceito de soberania e da multiplicidade de fontes normativas, notadamente, no tocante à proteção internacional dos direitos humanos.

2. A FRAGILIDADE DO CONCEITO DE SOBERANIA E O “PROBLEMA” DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O processo histórico de formação da noção de soberania confunde-se, em grande escala, com o desenvolvimento do direito internacional. A Paz de Westfalia, que trouxe fim a Guerra dos Trinta Anos em 1648, acrescentou um novo capítulo acerca da soberania do Estado para a história do direito internacional. Antes da guerra dos trinta anos o mundo europeu da cristandade foi em grande parte dominado pela disputa de poder entre papas e imperadores.

Como resultado de sua derrota, o Sacro Império Romano foi dissolvido em centenas de autoridades relativamente independentes, que passaram a exercer a soberania sobre suas populações e territórios, o que, teoricamente, marcou o nascimento do sistema moderno do Estado-nação.

A doutrina da soberania evoluiu gradativamente com a mudança nos fundamentos da sua legitimidade. Com a superação do absolutismo e o surgimento do Estado Constitucional Moderno, a ideia de soberania sofre um deslocamento (shift) e transita de uma acepção absoluta a uma

²¹ PETERS, Anne. **The Merits of Global Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 16: Iss. 2, Article 2, 2009. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2>. Acesso em 16 de fevereiro de 2015, p. 409-410.

dimensão democrática, consubstanciada na fórmula “nós, o povo” (*we the people*)²².

Segundo Paulo Márcio Cruz, o conceito moderno de soberania indica, em sentido lato “o poder de mando de última instância, numa sociedade política e, consequentemente, a diferença entre esta e as demais associações humanas em cuja organização não se encontra esse poder supremo, exclusivo e não derivado”²³. Essa dimensão da soberania, que confere ao Estado-nação total independência ante qualquer poder externo, passou a ser a característica fundamental do Estado Constitucional Moderno²⁴.

Atualmente definir ou até mesmo desvendar a natureza da categoria “soberania” é tarefa árdua, tendo em vista que apenas sustentar o conceito como a capacidade de controle estatal efetivo é insuficiente, mas de certa forma ainda necessário no âmbito do sistema internacional.

Ao analisar o Estado Constitucional Moderno e suas vicissitudes, Paulo Márcio Cruz²⁵ aponta a fragilidade do conceito de soberania devido aos processos de integração e globalização e atenta para a necessidade de superação do conceito moderno de soberania. Já existe consenso que a soberania do Estado, em sua acepção moderna, pode ser um obstáculo para a proteção internacional dos direitos humanos, bem como para a efetividade do direito internacional, a menos que haja uma mudança do foco doutrinário da categoria soberania vista como um componente de um processo constitutivo do mundo mais amplo, que abarcaria a ideia de uma “soberania interdependente”²⁶.

Matteucci²⁷ constata o eclipse do conceito político-jurídico de soberania com base na constatação do predomínio das teorias constitucionalistas e na desconstituição do Estado moderno, enquanto centro único e autônomo de poder, tendo em vista a realidade pluralista das sociedades democráticas. Nessa abordagem não há como se desconsiderar a interdependência entre Estados nas relações internacionais, que se intensifica gradualmente no ambiente globalizado sob diversos matizes atenuando os limites fronteiriços. Nesse contexto, não

²² NAGAN, Wiston. **The emerging restrictions on sovereign immunity:** peremptory norms of international law. Disponível em: http://works.bepress.com/winston_nagan. Acesso em: 23 de fevereiro de 2015, p. 16.

²³ BOBBIO, Norberto et alii. **Dicionário de Política.** 5 ed. Trad. Carmem Varrialle et alii. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 1.179.

²⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011, p. 84.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e estado no século XXI, p. 85.

²⁶ VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global:** crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 106.

²⁷ MATTEUCCI, Nicola. (Comentários ao verbete “Soberania”). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Trad. Carmen C. Varrialle et alii. 5 ed. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. Título original: Dizionario di Politica. v. 2. P. 1189.

há mais que se falar em poder estatal pleno ou que esse poder se desvanece, apenas que desaparece sim “uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de soberania”.

Diante da necessidade de centrar o debate em torno da promoção e proteção internacional dos direitos humanos, a ideia de soberania do Estado-nação sofre ainda outro deslocamento, que pode ser observado em três campos: (1) no campo das organizações internacionais: os Estados já reconhecem que as organizações como ONU ou União Europeia podem tomar decisões sobre temas que esses já não possuem uma influência decisiva; (2) Estados já reconhecem a competência jurisdicional (especialmente em matéria de direitos humanos) de instituições judiciais regionais e internacionais, bem como aceitam que os cidadãos possam recorrer a esses organismos; e (3) no campo do conflito e da intervenção estrangeira, os Estados tendem a aceitar a relativização de sua soberania para a proteção das pessoas que, eventualmente, sofreram graves violações dos direitos humanos²⁸.

Em outras palavras, temas que anteriormente foram considerados como de competência exclusiva do Estado, no exercício da sua soberania, são agora realizados com base na integração entre Estados (organizações internacionais; instrumentos multilaterais; comunidades integradas). Essa “integração” transnacional, como bem salienta Cruz²⁹, vai além da mera cooperação: O Estado Constitucional Moderno não contrai apenas obrigações vinculantes decorrentes de tratados internacionais, mas submete-se ao controle de organismos externos quanto ao seu cumprimento, transferindo poderes, inclusive competência jurisdicional a esses organismos.

Canotilho³⁰ observa que as pré-condições constitucionais da política se situam fora do espaço nacional e estatal. Nesse sentido, mesmo que as constituições continuem a representar a “magna carta da identidade nacional”, sua força normativa terá que ceder “perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas associações abertas de estados nacionais abertos”.

A ascensão de atores internacionais não estatais evidencia o declínio do conceito tradicional de soberania e impõe o desafio ao constitucionalismo contemporâneo de se

²⁸ MIYOSHI, Masahiro. **Sovereignty and International Law.** Disponível em: <https://www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences/sos/masahiro Miyoshi paper.pdf>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2015.

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade:** democracia, direito e estado no século XXI, p. 90.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Branocosos” e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Portugal: Almedina, 2008, p. 109-110.

recontextualizar, agora que perdeu o seu “direito romano” diante de pretensões regulatórias transfronteiriças³¹. É evidente a constatação de que os instrumentos, bem como a competência jurisdicional dos organismos de proteção internacional dos direitos humanos, tendem a se expandir. Até porque, ainda segundo Bardie³² “promover os direitos humanos em todo o mundo é ao mesmo tempo uma obrigação moral e a convicção reflectida de que a ofensa que lhe é feita num lugar do mundo reage sobre algures que ultrapassa as fronteiras da soberania”.

Essa premente necessidade de se efetivar a proteção internacional dos direitos humanos, impõe certos desafios ao constitucionalismo contemporâneo. Anne Peters³³ aponta para quatro elementos importantes do constitucionalismo, quando analisa a viabilidade de discussão de um constitucionalismo global: 1) A soberania do Estado deixa de ser o primado do direito internacional, que passa a ser recontextualizado em um sistema horizontal de “atores justapostos” orientados pela responsabilidade de proteção dos direitos humanos; 2) o princípio da deliberação Estatal precisa ser substituído pelo processo de tomada de decisão majoritária, entretanto, a representação dos Estados mais populosos resulta na desigualdade de representação global; 3) A ratificação generalizada de tratados internacionais para a proteção dos direitos humanos, do clima e até do livre comércio não reflete necessariamente compromissos genuínos, mas muitas vezes é o resultado de desequilíbrios e manobras de poder. 4) A resolução de litígios internacionais se dá pela adesão aos tribunais internacionais de jurisdição quase obrigatória, sendo que a judicialização dessas decisões possuem aspectos constitucionais claros.

Diante dessa virada, ao analisar o contexto europeu, Canotilho³⁴ apresenta a sua proposta da teoria da *interconstitucionalidade*, que “estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”. O autor aponta a necessidade de ruptura de alguns paradigmas dominantes como a necessidade de superar o referencial “Constituição-Estado”, superar as teorias que tratam de “momentos constitucionais” isolados e, finalmente, a permutação do esquema “hierárquico-normativo” do direito constitucional “por um sistema multipolar de governance constitucional”³⁵.

³¹ BADIE, Bertrand. **Um mundo sem soberania**. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999, p.28.

³² BADIE, Bertrand. **Um mundo sem soberania**. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa, p.176

³³ PETERS, Anne. **The Merits of Global Constitutionalism**, p. 398-399.

³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. “**Brancosos**” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, p. 265-266.

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. “**Brancosos**” e *interconstitucionalidade*, p. 283.

Gunther Teubner³⁶ assinala que essas questões constitucionais, que surgem para além do Estado-nação e fora da política institucionalizada, suscitaram o debate acerca da crise do constitucionalismo moderno que se divide em argumentos contra e a favor de um constitucionalismo transnacional cujo “status – teoria social, questão de direito constitucional, manifesto político, utopia social – ainda não está claro”³⁷.

Segundo o autor alemão, ambas as posições teóricas – que se polarizam – atestam o declínio do constitucionalismo moderno como consequência da transnacionalização. Parte sustenta que o constitucionalismo moderno, que historicamente se desenvolveu a partir das constituições políticas do Estado-nação, teve sua base eclipsada com o advento da União Europeia, dos regimes transnacionais e com a transferência do poder político para atores privados. Defendem, portanto, que as alternativas para a constituição nacional não podem ser encontradas no espaço político transnacional, que carece de representatividade, hegemonia cultural e deliberação pública. Dessa forma, a resposta à crise seria a renacionalização ou repolitização³⁸.

De outro lado, segundo o autor, outra corrente argumenta a favor de um novo constitucionalismo democrático, que poderia funcionar como compensatório ao tentar regular a dinâmica do capitalismo global sob a égide de uma política global constitucional³⁹.

A globalização e seus efeitos destruidores como a da degradação ambiental, os conflitos étnicos-religiosos com efeitos extraterritoriais, a busca por fontes de energia, a miséria e desigualdade responsáveis pelo fenômeno da migração ocasionou um redimensionamento do constitucionalismo em nível global que pretende se afirmar, em certa medida, como um discurso normativo universal.

Entretanto, esse redimensionamento do constitucionalismo em nível global produz efeitos na ordem jurídica interna dos estados nacionais, especificamente, na interpretação e aplicação da lei pelos tribunais que precisam enfrentar a dicotomia entre o princípio da supremacia constitucional e a observância dos princípios de direito internacional, colocando em risco dois dos

³⁶ TEUBNER, Gunther. **Constitutionalising polycontexturality**. Social and Legal Studies. London, n.19, 2010. Disponível em: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852930/constitutionalisingpolycontexturality_eng.pdf. Acesso em 24 de fevereiro de 2015, p. 1.

³⁷ Tradução livre do original: “The debates involves arguments pro and contra a transnational constitutionalism whose status – social theory, issue of constitutional law, political manifesto, social utopia – remains nuclear.” TEUBNER, Gunther. **Constitutionalising polycontexturality**, p. 1.

³⁸ TEUBNER, Gunther. **Constitutionalising polycontexturality**, p. 1-2.

³⁹ TEUBNER, Gunther. **Constitutionalising polycontexturality**, p. 1-2.

mais importantes dogmas kelsenianos: a estrutura escalonada da ordem jurídica e a teoria monista do direito internacional⁴⁰.

Diante do enfraquecimento do constitucionalismo moderno marcado pela transferência de poder político e responsabilidades governamentais dos Estados-nação a organizações transnacionais questiona-se se o constitucionalismo está no fim ou se há que se falar em renascimento ou até ressignificação.

Nesse sentido, Gunther Teubner trata da falsa premissa de se partir de um vazio constitucional transnacional para a discussão efetiva de um constitucionalismo global, tendo em vista que instituições constitucionais já se estabeleceram na esfera transnacional com densidade surpreendente, tornando-se parte de uma ordem constitucional global, apesar de fragmentada. Defende assim o autor alemão não uma criação de uma ordem constitucional global nova ou originária, mas a transformação de uma ordem constitucional transnacional já vigente⁴¹. A questão constitucional atual, portanto, seria identificar as estruturas reais do constitucionalismo global já existente, para criticar as suas insuficiências e formular propostas realistas para regras limitativas⁴².

A categoria constitucionalismo pode ser estudada desde suas raízes mais antigas ainda com os Hebreus, da pluralidade do período medievo ao desenvolvimento moderno, mas no sentido que Fiorante⁴³ observa não existe um constitucionalismo, mas várias doutrinas acerca da constituição, com a intenção de que essa represente no plano teórico a existência de um ordenamento para a sociedade e seus poderes. Nesse sentido, o constitucionalismo contemporâneo enfrenta o desafio de “um direito constitucional que ultrapassou as fronteiras dos respectivos Estados e tornou-se diretamente relevante para outras ordens jurídicas, inclusive não estatais”⁴⁴.

A seguir serão analisadas as propostas concernentes ao desenvolvimento de um

⁴⁰ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Transconstitutionalism or Cosmopolitanism: perspectives for a dialogical semantics in contemporary constitutionalism.** 30 de julho 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2474144> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2474144>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2015.

⁴¹ TEUBNER, Gunther. **Constitutionalising polycontexturality**, p. 4-6.

⁴² Para uma análise mais acurada acerca das tendências do constitucionalismo global, recomendamos: LUPI, André Lipp Basto; MONTE, Mário João Ferreira; VIVIANE, Maury Roberto. **Em busca de fundamentos para o constitucionalismo global:** esboço de tendências teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial. In: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Direito e Transnacionalização** [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2013.

⁴³ FIORANTE, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días.** Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. Título original: *Constituzione*. p. 12.

⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. XIX.

constitucionalismo global, tendo em vista a necessidade de recontextualização do constitucionalismo contemporâneo diante da fragilidade do conceito de soberania e da multiplicidade de fontes normativas, notadamente, no tocante à proteção internacional dos direitos humanos, bem como a dificuldade de articulação da referida proposta dada à complexidade do direito internacional.

3. ANÁLISE DAS TEORIAS A CERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DE SE PENSAR UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

A transformação jurídica que se vivencia é a passagem do direito internacional para uma definição de poder soberano, no plano internacional, através da confecção de uma Constituição Global. Ao buscar a definição e viabilidade dessa proposta deparamo-nos com Petters, que conceitua o Constitucionalismo Global como uma pauta jurídico-política e acadêmica, focada em identificar e defender a aplicação de princípios naturalmente de foco constitucional na esfera jurídica internacional, a fim de melhorar a efetividade e a justiça da ordem jurídica Internacional⁴⁵.

Qualquer proposta de um constitucionalismo global deverá perpassar a questão da soberania. Assim, além das assimetrias entre os atores internacionais, das dificuldades para a resolução dos conflitos e da influência limitada das regras do sistema de Estados soberanos, Krasner⁴⁶ analisa e observa que existem quatro distinções na categoria soberania, sendo elas: A *soberania jurídica internacional* relativa ao mútuo reconhecimento entre estatais independentes; A *soberania Westfaliana*, que assim como a *soberania jurídica internacional*, não se refere ao controle, mas ao problema da autoridade e da legitimidade, porém, excluindo qualquer outro ator externo da estrutura de autoridade de determinado território; *Soberania doméstica* diz respeito ao exercício do controle e da autoridade política internamente ao território estatal; *Soberania interdependente* referindo-se ao comando da autoridade pública estatal em regular temas como os relacionados aos fluxos internos por meio de suas fronteiras.

Devido a estas possibilidades desviantes e ao buscar uma solução ao anseio por uma constituição global, diante da problemática da proteção internacional dos Direitos Humanos, Petters propõem uma mudança de paradigma e estabelece que a soberania deve basear-se como

⁴⁵ PETTERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism, *Indiana journal of global legal Studies*. v. 16, 2009. P.397.

⁴⁶ KRASNER, Stephen D. Power. *The State, and Sovereignty: essas on international relations*. London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009. p. 178-179.

valor normativo voltado à humanidade⁴⁷. Neste novo paradigma defendido por Petters, e conforme comenta Viviani⁴⁸, “o antigo conceito de soberania é transformado pelo conceito mais recente dos direitos humanos, de maneira que essa noção conduz nossa maneira em relação à natureza de ordem política”. Desta forma, a própria humanidade é fonte e finalidade da soberania estatal, e sendo dever do estado a defesa dos direitos humanos, ficariam, a priori, eliminadas quaisquer incompatibilidades entre soberania e direitos humanos.

Nesse sentido, Viviani desenvolve sua tese afirmando que uma constituição pautada fundamentalmente nos direitos humanos, deve ter como ponto inicial em sua materialização, a “Carta das Nações Unidas, ou seja, um corpo normativo fundamental com qualidade de uma Constituição Global”⁴⁹.

Conforme Dupuy, a importância da promoção da Carta das Nações Unidas como uma constituição da comunidade internacional representaria um ambicioso projeto de cooperação envolvendo os Estados membros. Para o autor o referido documento significaria “o convênio básico da comunidade internacional e a constituição mundial, já realizada e ainda por vir”⁵⁰. Nesse sentido é inegável que, como afirma Viviani⁵¹ “pode-se reconhecer o caráter dialético dos direitos humanos na superação da tensão entre as necessidades e os interesses dos cidadãos em face do Estado”.

Viviani e Tomuschat⁵² endossam a tese do caráter global da Carta das Nações Unidas sendo que para se pensar uma constituição global essa é a hipótese, até então, mais viável e eficaz, por aquela já estar inserida no direito internacional, ter em seu corpo normas peremptórias como o *jus cogens* (§4º do Artigo 2), e conteúdo de caráter moral como em seu preâmbulo (*We the peoples of the United Nations - Nós os povos das Nações Unidas*) demonstrando a ideia de uma soberania mútua dos povos. A promoção da Carta das Nações Unidas como representativa de uma

⁴⁷ PETTERS, Anne. **Humanity as the A and Ω of Sovereignty**. The European Journal of International Law, 2009. p. 543-544.

⁴⁸ VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 108.

⁴⁹ VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 190.

⁵⁰ Tradução livre do original: “It is at the same time the basic covenant of the international community and the world constitution, already realized and still to come”. Conforme DUPUY, Pierre-Marie. **The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited**. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rudiger (Editors). Max Planck Yearbook of United Nations Law. Vol. 1, 1997. p. 33.

⁵¹ VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial, p. 218.

⁵² VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial, p. 235.

Constituição Global demonstra um passo importante não somente para os direitos humanos, mas também, para o cooperativismo do direito internacional como um todo, pautado em tudo que já se firmara e aberto para novos avanços.

Dupuy⁵³ destaca dois pontos que podem servir de parâmetros para desvelar o caráter constitucional da Carta das Nações Unidas: no aspecto material a função e a posição da Carta das Nações Unidas no direito internacional, a confrontação dos princípios estabelecidos na Carta e aqueles mais aparentes entre as normas que se compreendem como *jus cogens* e, no sentido formal cabe verificar a eficiência dos mecanismos para garantir a aplicação do conteúdo substancial da Carta por todos os Estados membros, especialmente em razão de aspectos práticos envolvendo órgãos como a Corte Internacional de Justiça (ICJ) e o Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Fassbender⁵⁴, em seu “*The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*”⁵⁵, discorre acerca dos aspectos de verificação da qualidade constitucional da Carta das Nações Unidas, quais seriam: a proposta de um programa constitucional para a promoção da paz e relações amistosas entre nações, a denominação como uma Carta, ao contrário do recorrente termo “convênio” ou “tratado”; a expressão *We the People of the United Nations*, que como já fora mencionado acima, além de demonstrar uma universalidade abrangendo também os Estados que não são membros, revela uma alusão ao poder constituinte; o foro privilegiado para temas globais, como os direitos humanos; a estruturação funcional da Organização, com dispositivos próprios de governança assemelhados as Constituições dos Estados; e a hierarquia normativa, especialmente diante do disposto no artigo 103 da Carta das Nações Unidas, que define: “*No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta*”⁵⁶.

Estas características, apesar de similares às das constituições estatais, ainda demonstram

⁵³ DUPUY, Pierre-Marie. **The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited**. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rudiger (Editors). Max Planck Yearbook of United Nations Law. Vol. 1, 1997. p. 3-4.

⁵⁴ FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**. Apud: VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial, p. 238-241.

⁵⁵ FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**. Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 86-115.

⁵⁶ CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 07 de Março de 2015, p. 1.

serem rasas na tentativa de atribuir à Carta das Nações Unidas o título de Constituição Global, visto que sua legitimidade ainda é duvidosa, a começar por seu Conselho de Segurança. Deixando aberta a possibilidade de afirmar que a Carta, ao se referir aos Povos das Nações Unidas é um floreio (um enfeite vazio de eficácia), ou quer significar que seus efeitos estão restritos à soberania de cada país. Uma constituição supranacional fraca pode levar aqueles que chamaram o poder para si a crescer na tirania.

Todavia, com base nos diversos fragmentos expostos acima, fica clara a posição adiantada em que se encontra a Carta das Nações Unidas frente a outras formas e possibilidades de Constituição Global, sendo essa perspectiva realista e, no atual cenário, vantajosa ao estudo possibilista de um ordenamento internacional, por ensejar a elaboração de críticas para o enfrentamento desta nova fase jurídica na qual se debruça o direito internacional, especialmente considerando a complexidade dessa proposta teórica.

Outra abordagem alternativa às tradicionais vinculadas ao direito constitucional e acerca da possibilidade de pensar um Constitucionalismo Global destaca-se a teoria da *Constitucionalização sem Estado*, entre outros defendida por Gunther Teubner, baseando-se, conforme diz seu nome, em uma constituição sem soberania estatal, pautada em um respeito ao ordenamento jurídico mundial para além das ordens políticas nacional e internacional, cujos candidatos seriam, prioritariamente, ordenamentos jurídicos de empresas multinacionais, direitos do trabalho, direitos humanos, proteção ambiental dentre outros, que representariam as constituições civis da sociedade mundial⁵⁷.

Sobre a proposta desse Direito Global, cujo manejo estaria a cargo de atores privados em âmbito global, pode-se salientar três apontamentos: 1) somente uma teoria pluralística jurídica poderia expor adequadamente seus aspectos; 2) é um ordenamento jurídico que não pode ser aferido por critérios jurídicos nacionais; 3) sua relativa distância das políticas internacionais não evitará o direito mundial de sofrer, eventualmente, uma repolitização⁵⁸.

A tese do autor em comento defende que “o direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de

⁵⁷ VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial, p. 152-153.

⁵⁸ VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial, p. 153.

instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais”⁵⁹.

O autor ainda afirma que uma constituição da sociedade mundial não advém somente de representantes da política internacional, nem mesmo de uma constituição global que abranja todos os âmbitos sociais, senão que gera a “constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial”⁶⁰. Nesse sentido essas *global villages* de áreas sociais parciais autônomas formariam o novo espaço da sociedade mundial, “aqui se localiza a razão mais profunda do fato de que nem as teorias políticas nem as teorias institucionais do direito, mas tão somente uma teoria – renovada – do pluralismo jurídico, pode fornecer explicações adequadas da globalização do direito”⁶¹.

Aprofundando-se no tema, Teubner destaca que a dicotomia entre o direito internacional público e direito privado transnacional não é aplicável às “constituições civis globais” por entender que ambos deveriam cooperar na “análise constitucional mundial de regimes globais”. Desta forma, a sociedade mundial somente poderia ser constitucionalizada de forma fragmentária, em constituições de “âmbitos sociais setoriais”; o sistema jurídico global também seria fragmentado; poder-se-ia afirmar, portanto, que na colisão de diversas constituições parciais se originariam conexões em rede das constituições⁶².

Entretanto, um modelo de constituições civis globais que descartam a presença estatal, carece, ainda, de embasamentos teóricos, além de que, como já fora exposto, a linha mais adotada atualmente não dispensa o papel estatal no desenvolvimento do Constitucionalismo Global, tanto no que se refere aos tratados de direito humanos, como também na institucionalização de entes internacionais, como a Organização das Nações Unidas⁶³.

Diferentemente da abordagem de um Constitucionalismo Global cabe destacar que, especificamente, no Brasil, Marcelo Neves desenvolve sua teoria sobre o transconstitucionalismo⁶⁴ que propõe mais do que um “diálogo”, no sentido de entendimento ou

⁵⁹ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global:** sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas, vol.14, n. 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, p. 14.

⁶⁰ TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (peru): ARA Editores, 2005. p. 78.

⁶¹ TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global:** sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, p. 14.

⁶² TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**, p. 110-111.

⁶³ VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global:** crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial, p. 156.

⁶⁴ O transconstitucionalismo aqui trabalhado relaciona-se primariamente à proposta teórica esposada por Marcelo Neves em sua tese para o concurso de professor titular de direito constitucional do Largo de São Francisco (FDUSP), estando inserida no

consenso, entre ordens jurídicas diversas⁶⁵, mas uma comunicação orientada por uma “dupla contingência” no plano dos problemas constitucionais (que se apresentam além das instâncias jurídicas, mas também nas organizações internacionais, supranacionais e atores privados transnacionais): comunicações transversais que resultariam em aprendizados recíprocos⁶⁶.

Sob o ponto de vista sistêmico, o Estado se caracteriza por uma repartição de controle de competências distribuídas horizontalmente e que esse processo é captado no processo interpretativo do Direito, notadamente, no campo constitucional à luz da teoria desenvolvida por Hans Kelsen, que coloca a constituição no topo da hierarquia do sistema jurídico. Nesse sentido, a constituição traça o limite e os contornos da atuação interpretativa dos tribunais constitucionais⁶⁷.

Marcelo Neves não trabalha propriamente uma proposta de constitucionalismo global, mas não descuida da importância da constituição quando menciona que “a sentença constitucional, subordinada normativamente à constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional”⁶⁸. Entretanto o modelo hierárquico kelseniano de interpretação não parece ser o mais indicado quando se trata de decisões acerca de direitos humanos, que podem ser exaradas de tribunais nacionais e/ou internacionais. Em se tratando de direitos humanos ou fundamentais, portanto, esclarece Neves que o caminho deve ser o “modelo de articulação” ou do “entrelaçamento de ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruir-se permanentemente mediante o aprendizado⁶⁹” entre ordens jurídicas interessadas na solução dos mesmos problemas constitucionais.

O transconstitucionalismo vem a ser, portanto, uma teoria alternativa construída para lidar com a crescente fragmentação da lei e do direito internacional quando confrontado com a possibilidade de relacionamento entre ordens jurídicas diversas. Nesse sentido, a teoria descreve a

paradigma sistêmico autopoietico desenvolvido por Niklas Luhmann.

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre cortes supremas e a corte interamericana de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Revista de Informação Legislativa, ano 51, número 201, jan./mar. 2014, p. 193.

⁶⁶ NEVES, Marcelo. *Do diálogo entre cortes supremas e a corte interamericana de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*, p. 193. Essa “dupla contingência” está melhor esboçada na obra: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 270-277.

⁶⁷ Nesse sentido: “O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível[...]. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: Reine Rechtslehre, p. 247.

⁶⁸ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 295.

⁶⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 264.

possibilidade de diálogos com base no “acoplamento estrutural” e em “pontes de transição” entre rationalidades jurídicas transversais, como abordagem complexa para lidar com os problemas constitucionais que lhes são comuns.

Acoplamentos constituem em mecanismos de filtragem seletiva entre estruturas de sistemas que sofrem influências recíprocas, possibilitando alterações estruturais entre esses sistemas parciais sem perda de sua autonomia⁷⁰. Nesse sentido, são exemplos de acoplamentos estruturais: a universidade (acoplamento entre educação e ciência), as galerias de arte (acoplamento entre arte e economia), a opinião pública (acoplamento entre política e meios de comunicação em massa)⁷¹. No que concerne à ciência do Direito, a constituição é o acoplamento entre os sistemas jurídico e político.

A proposta do citado autor é construir “pontes de transição” entre rationalidades transversais, e nesse ponto ultrapassa a noção de constituição como mero acoplamento estrutural, mas a coloca como “instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com rationalidades particulares já processadas, respectivamente, na política e no direito⁷²”.

A perspectiva de Marcelo Neves quando propõe essa rede de cooperação entre perspectivas jurídicas está orientada pela necessidade de proteção dos direitos humanos em escala internacional. Nesse sentido verificou Flávia Piovesan que as constituições latino-americanas já “estabelecem cláusulas constitucionais, que permitem a interação entre a ordem constitucional e a ordem internacional, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade”⁷³.

Feitas essas considerações cumpre destacar quais seriam os limites para a abordagem do transconstitucionalismo. Nesse sentido, resta saber se existe um órgão ou organização competente para enfrentar questões que envolvam o “entrelaçamento de sistemas jurídicos” e ainda como encontrar uma forma legítima para a adequação interna das decisões fundamentadas

⁷⁰ “Os acoplamentos estruturais servem antes para a garantia das autonomias recíprocas mediante a seletividade das influências, relacionando complexidades desordenadas na observação recíproca. [...]. Os entrelaçamentos promotores da rationalidade transversal servem sobretudo ao intercâmbio e aprendizado recíprocos entre experiências com rationalidades diversas, importando a partilha mútua de complexidade preordenada pelos sistemas envolvidos e, portanto, compreensível para o receptor (interferência estável e concentrada no plano das estruturas)”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 49-50.

⁷¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 37.

⁷² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 62.

⁷³ PIOVESAN, Flávia. **Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições**, p. 118.

em elementos externos enquanto a teoria constitucional insistir em afirmar a soberania nacional⁷⁴. Outra questão importante seria atentar para o problema de que a constante invocação da jurisprudência de outras ordens jurídicas possa ensejar o já vivido episódio histórico de “colonialismo” no campo da cultura jurídica latino-americana⁷⁵.

Para o transconstitucionalismo, portanto, é preciso renunciar a primazia definitiva de uma ou outra ordem, definindo como condição de legitimação o fato de que não há ordem jurídica, incluindo o próprio direito internacional público, que possa ser apresentada como a última razão discursiva⁷⁶. Bem como, que a “importação acrítica de modelos legislativos e doutrinários” pode ainda ensejar “uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais”⁷⁷.

Se o transconstitucionalismo, portanto, faz emergir uma “fertilização constitucional cruzada⁷⁸” na compreensão e integração entre jurisdições que enfrentam problemas constitucionais que lhe são comuns, o “diálogo entre jurisdições” ora proposto enseja um referencial crítico necessário ao desenvolvimento do direito constitucional nacional, bem como à efetividade dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou estabelecer parâmetros para o estudo acerca da globalização e de organizar um breve apanhado de algumas tendências teóricas que procuram enfrentar os desafios de uma governança global, com repercussão na teoria política e no direito constitucional contemporâneo.

Concluímos que a discussão transconstitucional referente ao contrachoque de ordens normativas diversas no plano global é consequência e efeito da globalização. Esse contexto trouxe à tona as insuficiências teóricas do paradigma jurídico latino-americano – eminentemente positivista e, por vezes, insensível às contingências e demandas de processos políticos, sociais e

⁷⁴ CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Transconstitutionalism or Cosmopolitanism: perspectives for a dialogical semantics in contemporary constitutionalism**.

⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre cortes supremas e a corte interamericana de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**, p. 199.

⁷⁶ “No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma ‘conversação constitucional’, que é incompatível com uma constitucional ‘diktat’ de uma ordem em relação a outra”. NEVES, Marcelo. **Transconstitutionalismo**, p. 118.

⁷⁷ NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre cortes supremas e a corte interamericana de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**, p. 199

⁷⁸ Neves, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**, p. 119.

jurídicos que ultrapassam as fronteiras do Estado-nação.

Nessa perspectiva e com a insurgência cada vez maior de atores internacionais, tanto na produção normativa como na condução política, é que o mito da soberania é posto em cheque. A irreversibilidade da globalização e a busca de consenso entre rationalidades diversas têm na proteção internacional dos direitos humanos seu ponto de convergência.

A sociedade mundial acentuadamente assimétrica torna relevantes as condições negativas à realização do constitucionalismo global e do transconstitucionalismo, como exigência normativo-funcional, em escala global. Como bem diz Gunther Teubner “no mar da globalidade há apenas ilhas de constitucionalidades⁷⁹”. O desenvolvimento de rationalidades transversais entre ordens jurídicas enfrenta, portanto, uma série de obstáculos tanto no desenvolvimento dos ordenamento jurídicos nacionais como no exterior das comunidades políticas estatais.

No plano externo o processo de colonização do direito por outros sistemas sociais (economia e política) faz com que o direito, e a própria esfera pública global, fiquem instrumentalizados em benefício da *lex mercatoria* em detrimento da proteção jurídica e política dos direitos humanos, o que impede o “diálogo transnacional” para sua efetiva aplicabilidade. Da mesma forma que o direito internacional resta submetido à lógica do poder pela assimetria política entre os Estados, que inviabiliza o consenso na esfera pública plural do transconstitucionalismo.

Entretanto, notadamente na questão relativa à proteção dos direitos humanos, a exigência funcional de regulamentação global do sistema jurídico, transpassa as fronteiras estatais, inclusive, a discussão acerca da (im)possibilidade de um constitucionalismo global se faz pertinente.

Portanto, a promoção da Carta das Nações Unidas como constituição global demonstra uma das poucas possibilidades palpáveis para este anseio, sem que o tema “direitos humanos” seja atingido de forma negativa pelo constitucionalismo global. Além de que, diferentemente de diversas teorias e teses para um constitucionalismo global, a carta da ONU já estar diretamente inserida no direito internacional e ter um caráter hierárquico sob os demais tratados e acordos internacionais relativos ao tema.

⁷⁹ Tradução livre do original: “In the sea of globality there are only islands of constitutionality”. TEUBNER, Gunther. *Constitutionalising polycontexturality*, p. 14.

Foi analisada ainda a proposta de Gunther Teubner acerca de um constitucionalismo global sem a participação estatal, cujos principais atores seriam orientados pelos ordenamentos jurídicos de empresas multinacionais, do direito do trabalho, dos direitos humanos entre outros. O autor desenvolve o conceito de *global villages* autônomas, cada uma com sua própria dinâmica, referenciando-se à globalização policêntrica, que não significaria apenas o capitalismo global, mas sim, a realização mundial da diferenciação funcional. Esclarecendo também que a sociedade mundial somente poderia ser constitucionalizada de forma fragmentária, em constituições de “âmbitos sociais setoriais”. Entretanto, os limites dessa proposta se encontram justamente na impossibilidade de se pensar um Constitucionalismo Global sem Estado.

No que tange ao Transconstitucionalismo, em seu plano interno, as dificuldades caracterizam-se pela assimetria das “formas de direito”, ou seja, as formas como o direito se relaciona com critérios de decisão, ora normas positivas, ora consuetudinárias, precedentes judiciais, criação judicial de princípios, ativismo judicial etc., fato que se percebe, especialmente, nos países de modernidade tardia. Nesse países a complexidade social toma forma desestruturante e autodestrutiva.

Não obstante as dificuldades pontuadas os fragmentos aqui apresentados cuidaram de analisar algumas teorias acerca de se pensar a (im)possibilidade de um constitucionalismo global, tendo como ponto de partida a defesa dos direitos humanos em um cenário que se desenvolve para além das tradicionais fronteiras nacionais.

Resta, contudo, um longo caminho a ser percorrido. As dificuldades acerca de se pensar um constitucionalismo global vão desde a ausência de pertinência simbólica (não existe na comunidade internacional o sentimento de pertencimento a uma comunidade constitucionalizada), quanto à evidência de diversificação e estratificação da sociedade global tanto no plano econômico quanto social, político e cultural.

Outro limite encontrado refere-se ao problema da legitimação (critério democrático) que poderia compelir a comunidade internacional a aderir a um conjunto hierárquico-normativo global. Diante dessas dificuldades a perspectiva de um constitucionalismo global não encontra até o momento possibilidade de se realizar de forma eficaz, tanto pela ausência de uma estrutura adequada de poder e consequentemente seus limites, bem como a distribuição adequada de atribuições e responsabilidades. Entretanto, as perspectivas de cada uma das teorias, aqui brevemente analisadas, reiteram a continuidade do debate e consequente produção de reflexões

acadêmicas acerca do tema.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BADIE, Bertrand. **Um mundo sem soberania**. Os Estados entre o artifício e a responsabilidade. Lisboa: Piaget, 1999.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos ao globalismo: respostas à globalização**. Trad. de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Título original: *Was ist Globalisierung? Irrtumer des Globalismus: Antworten auf Globalisierung*.

BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. 5 ed. Trad. Carmem Varrialle *et alii*. Brasília: Editora da UnB, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brancosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Portugal: Almedina, 2008.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS da qual faz parte integrante o anexo **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em 07 de Março de 2015.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Transconstitutionalism or Cosmopolitanism: perspectives for a dialogical semantics in contemporary constitutionalism**. 30 de julho 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2474144> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2474144> . Acesso em: 10 de fevereiro de 2015.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2011.

DUPUY, Pierre-Marie. The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rudiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. Vol. 1, 1997, p. 1-33.

FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**. Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 86-115.

FIORANTE, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. Título original: *Constituzione*.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Trad. Sandra Regina Netz. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005. Título original: *Sociology*.

HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia. Uses and Abuses of the Concept of Governance. In: **Internacional Social Science Journal**, v. 50, 1998.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KRASNER, Stephen D. Power. **The State, and Sovereignty**: essas on international relations. London and New York: Routledge/Taylor & Francis Group, 2009.

LUPI, André Lipp Basto; MONTE, Mário João Ferreira; VIVIANE, Maury Roberto. Em busca de fundamentos para o constitucionalismo global: esboço de tendências teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial. In: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). **Direito e Transnacionalização** [recurso eletrônico]. Itajaí: Univali, 2013.

MATTEUCCI, Nicola. (Comentários ao verbete “Soberania”). In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmen C. Varrialle et ali. 5 ed. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. Título original: *Dizionario di Politica*. v. 2.

MIYOSHI, Masahiro. **Sovereignty and International Law**. Disponível em: https://www.dur.ac.uk/resources/ibru/conferences/sos/masahiro_miyoshi_paper.pdf. Acesso em: 11 de fevereiro de 2015.

NAGAN, Wiston. **The emerging restrictions on sovereign immunity**: peremptory norms of international law. Disponível em: http://works.bepress.com/winston_nagan. Acesso em: 23 de fevereiro de 2015.

NEVES, Marcelo. **Tranconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre cortes supremas e a corte interamericana de direitos humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, número 201, jan./mar. 2014.

OLIVIEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio Cruz. Fundamentos de direito transnacional. In: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo (Orgs). **Direito Global**: transnacionalidade e globalização jurídica. [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2013.

OSIANDER, Andreas. Sovereignty, international relations, and the westphalian myth. **International Organization**. Cambridge, v.55, n.2, p.251-287, 2001.

PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**: Vol. 16: Iss. 2, Article 2, 2009. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol16/iss2/2>. Acesso em 16 de fevereiro de 2015.

PETTERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. **The European Journal of International Law**, 2009.

TEUBNER, Gunther. Constitutionalising polycontexturality. **Social and Legal Studies**. London, n.19, 2010. Disponível em: http://www.jura.uni-frankfurt.de/42852930/constitutionalisingpolycontexturality_eng.pdf. Acesso em 24 de fevereiro de 2015.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol.14, n. 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, p. 9-31.

TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (peru): ARA Editores, 2005.

UNITED NATIONS. Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. **Report of the Study Group of the International Law Commission**. 58th session. Geneva, 2006.

VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global**: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem global. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.