

DIRITTO, TRANSNAZIONALITÀ E LE NUOVE SFIDE DELL'ERA DELLA SOSTENIBILITÀ

A CURA DI
CARLA PIFFER
MARCIO RICARDO STAFFEN

ISBN-IT:978889940171



A. D. 1308
unipg
DIPARTIMENTO
DI GIURISPRUDENZA

DIRITTO, TRANSNAZIONALITÀ E LE NUOVE SFIDE DELL'ERA DELLA SOSTENIBILITÀ

A CURA DI
CARLA PIFFER
MARCIO RICARDO STAFFEN

ISBN-IT:978889940171



A.D. 1308
unipg
DIPARTIMENTO
DI GIURISPRUDENZA

Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Perugia
Maurizio Oliviero

Responsabile tecnico E-book/UNIPG
Stefano Flamini

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

Progetto Editoriale/Editore
Alexandre Zarske de Mello

Revisione
Luana Abrahão Francisco
Pedro Gabriel Cardoso Passos

Copertina
Pedro Gabriel Cardoso Passos

Testo di Quarta di Copertina

Questo libro offre un'analisi approfondita e aggiornata del Diritto e della Sostenibilità in un contesto transnazionale, affrontando temi come la transizione energetica globale e la sostenibilità intergenerazionale, la lotta alla corruzione nelle democrazie contemporanee e la trasparenza come pretesa giuridica globale. Esplora inoltre la strategia del "judicial dialogue" nel Sud del mondo contro l'omofobia, il quadro giuridico dell'intelligenza artificiale e l'attivismo dei giudici, promuovendo uno scambio tra decisioni nazionali e internazionali. Internet è considerata un bene comune globale, mentre i Giudici Speciali Federali sono presentati come fondamentali per l'accesso alla giustizia, superando i limiti dei contenziosi di minore complessità. L'opera cerca di armonizzare innovazione, etica e applicabilità del diritto a favore di una società globale più equa e sostenibile.

Coordinatori
Maurizio Oliviero
Paulo Márcio Cruz

Organizzatori
Carla Piffer
Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico (UNIPG) / Borsista Post dottorato all'estero – PDE CNPQ
Marcio Ricardo Staffen
Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico (UNIPG)

Il presente ebook è stato pubblicato nell'ambito degli accordi di collaborazione tra il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia/UNIPG e il Programa de pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica/PPCJ UNIVALI volti a promuovere scambi di docenti e ricercatori nonché iniziative comuni di ricerca nell'ambito delle scienze giuridiche.

Vincolato al Programma di Ricerca Internazionale Congiunto PPCJ/UNIVALI e Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia-UNIPG

ISBN-IT:978889940171

Riepilogo

INTRODUZIONE.....	3
Carla Piffer.....	4
Márcio Ricardo Staffen.....	4
PRINCÍPIOS ESSENCIAIS PARA A TRANSIÇÃO DA MATRIZ ENERGÉTICA GLOBAL: SUSTENTABILIDADE E DIREITO TRANSNACIONAL.....	5
Paulo Márcio Cruz.....	5
Daniele Porena.....	5
Jardel Anibal Casanova Danieli.....	5
A ESTRATÉGIA DE "JUDICIAL DIALOGUE" TRANSNACIONAL NO SUL GLOBAL SOBRE HOMOFOBIA E PENALIZAÇÃO DO HOMOSSEXUALISMO.....	22
Maria Chiara Locchi.....	22
Márcio Ricardo Staffen.....	22
NUOVE PROSPETTIVE DI SOSTENIBILITA' INTERGENERAZIONALE: LA SOSTENIBILITA' DELLE MATERIE PRIME NELLA TRANSIZIONE TECNOLOGICA ENERGETICA.....	35
Daniele Porena.....	35
Carla Piffer.....	35
Nicolo' Basigli.....	35
LE DEMOCRAZIE CONTEMPORANEE DI FRONTE ALLA DIFFICILE LOTTA ALLA CORRUZIONE: UN'ULTERIORE CONSEGUENZA DELLA CRISI DELLA RAPPRESENTANZA E UNA SFIDA DA AFFRONTARE SULLA BASE DELL'ETICA PUBBLICA E DELLA VALORIZZAZIONE DELLE REGOLE DI BUONGOVERNO...	55
Rafael Padilha Dos Santos.....	55
Carlo Calvieri.....	55
TRANSPARÊNCIA ENQUANTO PRETENSÃO JURÍDICA GLOBAL.....	72
Márcio Ricardo Staffen.....	72
Maurizio Oliviero.....	72
CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: QUESTÃO DE IURE CONDITO OU DE IURE CONDENDO? A CATEGORIA DE RES E A DE AGENS E A HIPÓTESE DE UM ESTATUTO JURÍDICO AD HOC.....	90
Nicolò Basigli.....	90
ATTIVISMO GIUDIZIALE E DIALOGHI TRANSGIUDIZIALI: PARAMETRI PER L'INTERAZIONE TRA DECISIONI NAZIONALI E STRANIERE.....	101
Bruno Makowiecky Salles.....	101
Paulo Márcio Cruz.....	101
Nicolò Basigli.....	101
A INTERNET COMO BEM COMUM GLOBAL.....	121
Carla Piffer.....	121
Simone Vezzani.....	121
JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: MUITO ALÉM DE PEQUENAS CAUSAS.....	139
Gilson Jacobsen.....	139
Zenildo Bodnar.....	139
Daniele Porena.....	139

INTRODUZIONE

Con il consolidamento dei corsi di Master, Dottorato e Post-Dottorato in Scienze Giuridiche presso l'Universidade do Vale do Itajaí (PPCJ/UNIVALI), avviati nel 1995, la sistematizzazione delle attività scientifiche e la produzione di risultati accademici hanno consentito la creazione di spazi di collaborazione congiunta con università straniere con accordi di doppio titolo, vale a dire: Università degli Studi di Perugia (Italia), Universidad de Alicante (Spagna), Universidade do Minho (Portogallo), Universidad de Caldas (Colombia) e Widener University – Delaware Law School (Stati Uniti d'America), denominati Programma di Ricerca Internazionale Congiunto.

Oltre a mantenere la tradizione delle attività accademiche e a servire come riferimento per le iniziative in corso, il Programma di Ricerca Internazionale Congiunto PPCJ/UNIVALI consente innovazioni e rafforza l'internazionalizzazione e la rilevanza del Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche in una società profondamente segnata dalla globalizzazione. Allo stesso tempo, i progetti rispecchiano l'Area di Concentrazione, le Linee di Ricerca e i Progetti di Ricerca che costituiscono i corsi di Master, Dottorato e Post-Dottorato, al fine di garantire l'allineamento con le ricerche prodotte e i risultati pubblicati, a livello nazionale e internazionale.

In questo contesto nasce il volume III della presente collana, frutto di cooperazioni internazionali che vantano oltre venticinque anni di proficua collaborazione. Il presente volume raccoglie capitoli di rilevanza e profondità scientifica che rappresentano ricerche di eccellenza del Programma di Ricerca Internazionale Congiunto tra il Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche - PPCJ/UNIVALI e il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia - UNIPG.

I capitoli che seguono affrontano temi di Diritto Pubblico, Diritto Transnazionale, Comparazione Giuridica, Diritto Costituzionale, Accesso alla Giustizia, Sostenibilità, Intelligenza Artificiale ed Etica, offrendo argomenti in grado di alimentare dibattiti accademici qualificati e di sostenere lo sviluppo di politiche pubbliche efficaci per una società più giusta, sostenibile e dignitosa.

Gli autori, Prof. Dr. Maurizio Oliviero, Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz, Prof. Dr. Daniele Porena, Prof. Dr. Carlo Calvieri, Prof. Dr. Simone Vezzani, Prof. Dr. Nicolò Basigli, Prof.ssa Dr.ssa Maria Chiara Locchi, Prof.ssa Dr.ssa Carla Piffer, Prof. Dr. Bruno Makowiecky Salles, Prof. Dr. Gilson Jacobsen, Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen, Prof. Dr. Jardel Aníbal Casanova Danieli e Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos presentano testi che dimostrano il consolidamento della lunga partnership accademica stabilita tra l'Università degli Studi di Perugia e l'Universidade do Vale do Itajaí.

La lettura di ciascuno dei capitoli mostra la sinergia delle ricerche del Programma di Ricerca Internazionale Congiunto PPCJ/UNIVALI e Dipartimento di Giurisprudenza/UNIPG. Nei capitoli è possibile osservare il confronto e l'armonizzazione di pensieri maturati nell'Ateneo perugino con l'Università catarinense intorno alla Scienza Giuridica. Si percepisce anche l'impatto degli accordi di mobilità docente (Visiting Professor e Professor Visitante do Exterior – PVE/CAPES) e di doppio titolo, poiché è in questo contesto che i testi sono stati prodotti.

Senza voler anticipare le letture e le analisi di ciascun lettore, si auspica che questa raccolta trovi un fertile terreno di accoglienza e discussione, rafforzando ulteriormente il Programma di Ricerca Internazionale Congiunto tra PPCJ/UNIVALI e il Dipartimento di Giurisprudenza/UNIPG.

Perugia, novembre 2024.

Carla Piffer¹
Márcio Ricardo Staffen²

¹ Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico (UNIPG) / Borsista Post dottorato all'estero PDE CNPQ.

² Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico (UNIPG).

PRINCÍPIOS ESSENCIAIS PARA A TRANSIÇÃO DA MATRIZ ENERGÉTICA GLOBAL: SUSTENTABILIDADE E DIREITO TRANSNACIONAL¹

Paulo Márcio Cruz²
Daniele Porena³
Jardel Anibal Casanova Danieli⁴

INTRODUÇÃO

Por meio do primado da sustentabilidade desenvolvem-se experiências de proximidade, cuidado e alteridade, cujos efeitos repercutem na dimensão da vida social e buscam afastar comportamentos silentes diante de agressões ao meio ambiente e desigualdades sociais, as quais têm sido percebidas, por grande parte da população global, como critérios normais de sociabilidade. Nesse cenário, a sustentabilidade, enquanto pressuposto ético, dinâmico e em constante transformação, possibilita condições para a estruturação, com bases sólidas, de modos de governança capazes de projetar o interesse geral como vetor operacional, o que se faz de suma importância para a construção de dispositivos jurídico-normativos transnacionais

¹ O presente artigo científico teve como base o estudo denominado “Sustentabilidade e Direito Transnacional como Pressupostos Fundamentais à Transição da Matriz Energética Global”, publicado pelos autores, no ano de 2022, no livro “Segurança e Transição Energética”. CRUZ, Paulo Márcio; PORENA, Daniele; DANIELI, Jardel Anibal Casanova. Sustentabilidade e Direito Transnacional como Pressupostos Fundamentais à Transição da Matriz Energética Global. In: GIACOBBO, Daniela Garcia. Segurança e Transição Energética. Rio de Janeiro: Synergia, 2022. p. 426 – p. 445.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999). Realizou estágio de pós-doutorado nas universidades de Perugia e Alicante e estágio sênior na Universidade de Alicante. É professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, coordenador e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - cursos de mestrado e doutorado - da Universidade do Vale do Itajaí, professor convidado da Universidade de Alicante e da Universidade de Perugia. Professor visitante do Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales da Universidade de Alicante. Atua como docente e pesquisador nos temas Direito Transnacional, Direito e Sustentabilidade, Democracia e Estado e Constitucionalismo Comparado. Endereço eletrônico: pcruz@univali.br. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3361-2041>. Lattes:<http://lattes.cnpq.br/4660675787614166>.

³ Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e delle istituzioni politiche e Ricercatore di ruolo di Istituzioni di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia. Ha conseguito nel 2013 l'abilitazione scientifica nazionale per le funzioni di Professore associato nel settore scientifico-disciplinare “Istituzioni di Diritto pubblico”. È autore de inumerosi studi e contributi pubblicati in riviste nazionali e straniere nelle materie del diritto pubblico e costituzionale tra cui tre volumi monografici dal titolo Dinamiche autonome tra federalismo e devolution, Perugia, 2006, La protezione dell'ambiente tra Costituzione italiana e «Costituzione globale», Torino, 2009, Il problema della cittadinanza. Diritti, sovranità e democrazia, Torino, 2011. Indirizzo elettronico: daniele.porena@unipg.it.

⁴ Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche pela Università degli Studi di Perugia. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade do Minho - Mestrado em Direitos Humanos. Endereço eletrônico: jardel_casanova@hotmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0539-9247>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3969489561680336>.

voltados ao desenvolvimento de uma matriz energética que seja sustentável às gerações presentes e futuras.

O presente estudo buscará atender aos objetivos específicos de: (i) demonstrar elementos que projetaram a sustentabilidade enquanto um paradigma para o Direito na pós-modernidade, assim como um mecanismo orientador do Direito Transnacional; (ii) trazer alguns dos fatores que justificam a transição da matriz energética global, tais como as mudanças climáticas e a segurança energética; (iii) apontar os fatores que configuram o apanhado jurídico-normativo transnacional voltado ao setor energético e, por conseguinte, à construção da nova matriz energética global.

No tocante à metodologia, a presente pesquisa tem natureza qualitativo-exploratória e a técnica empregada resultará de pesquisa bibliográfica. Complementando as fontes de pesquisa, haverá consulta em textos de tratados, convenções, protocolos e outros instrumentos internacionais, assim como publicações oficiais de organizações internacionais ligadas ao tema.

Este trabalho foi realizado com o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil (CNPq) – Processo n. 406626/2021-9 e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

1. SUSTENTABILIDADE E A EMERGÊNCIA DO DIREITO TRANSNACIONAL

A sustentabilidade, por meio das suas dimensões social, econômica e ambiental,⁵ opera enquanto estímulo para a construção de um panorama social capaz de estabelecer diálogos entre as diferentes sociedades, para além de promover condições de esclarecimento e a instauração de instrumentos que fomentam a sensibilidade enquanto vetor de respeito, solidariedade e integração. A sustentabilidade configura-se enquanto fenômeno capaz de orientar a criação de mecanismos voltados ao desenvolvimento sustentável,⁶ por meio dos quais são formuladas metodologias que modificam processos de exploração de recursos, direcionamento de investimentos, desenvolvimento tecnológico e condutas institucionais que não coadunam com as necessidades do presente, para além daquelas que são projetadas como as necessidades das gerações futuras.⁷

⁵ ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. *An Introduction to Sustainable Development*. Published by Glen Educational Foundation, Inc. Earthscan, 2008, p. 42.

⁶ Nas palavras de Paulo Cruz e Natan Braga, o desenvolvimento sustentável é estabelecido a partir de três objetivos: “[...] um econômico, como não poderia deixar de ser, já que é ele a própria sobrevivência da eficiência e do crescimento quantitativo; outro social-cultural que procura difundir uma limitação para a pobreza, como atuação repartidora dos ganhos, como um avanço democrático em busca da igualdade; e um terceiro que é propriamente o objetivo ecológico que consiste na preservação dos sistemas físicos e biológicos (recursos naturais lato sensu), os quais servem de suporte para a vida dos seres humanos.” BRAGA, Natan Ben-Hur; CRUZ, Paulo Márcio. *Democracia e Desenvolvimento Sustentável*. *Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade*, Itajaí, v. 1, n. 2, 2009. p. 16-17.

⁷ Ao que se refere às gerações futuras Giacomo Palombino pondera que “di chi “esisterà” non è infatti dato conoscere le sembianze, non solo da un punto di vista fisiologico, ma anche sotto il profilo morale piuttosto che culturale; allo stesso modo, non è neppure possibile intercettarne in maniera esatta le esigenze, essendone, pertanto, difficilmente descrivibili le pretese. Al riguardo c’è chi sottolinea che queste ultime, almeno in teoria, possano individuarsi per mezzo di un processo di proiezione, ovvero trasferendo su chi “esisterà” le stesse sembianze – e, dunque, le medesime esigenze – di chi già “esiste”. PALOMBINO, Giacomo. *La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale*. *Rivista Federalismi*. Roma, n. 24, p. 242-272, jan. 2020. Disponível em: <https://www.sipotra.it/wp->

A sustentabilidade vem, a cada dia mais, sendo reconhecida como um novo paradigma para o direito e revela-se por meio da sua capacidade de redefinir pautas axiológicas nos planos local, nacional, internacional e, sobretudo, na dimensão transnacional⁸, as quais recaem sobre as mais diversas ciências e, em especial, à ciência jurídica⁹. Frente a isso, a sustentabilidade, enquanto vetor para as operações em âmbito jurídico, possibilita a formulação de perspectivas sensíveis às particularidades das espécies e pressuposto basilar para que os indivíduos sejam orientados à resolução de problemas em escala global. Dessa sistemática decorre a superação de práticas jurídicas defasadas, bem como da arquitetura clássica dos Estados soberanos, que há muito deixaram de atender, com a necessária veemência, as necessidades dos seres humanos e da natureza.

O imperativo categórico que está situado na gênese da sustentabilidade, ou de uma evolução sustentável, decorre da necessária emancipação dos seres humanos para que não precisem mais viver às custas da degradação ambiental, de outros seres humanos, de outras nações ou mesmo às custas de outras gerações.¹⁰ Evidencia-se, nesse sentido, um *conceito holístico*, respaldado por outros conceitos holísticos como os que se referem à globalização, integração, justiça internacional, equidade geracional e, para alguns, com reconhecida semelhança ao princípio do Estado de Direito e do princípio democrático, o que denota a necessidade de operações metódicas de otimização e de concretização.¹¹

A consolidação da sustentabilidade em âmbito jurídico pressupõe a participação dos Estados, sociedade civil, empresas, dentre outros agentes a condutas e solidárias multi-setoriais capazes de impedir a degradação dos sistemas naturais.¹² Nesse cenário, ao atentar para as questões ecológicas, a sustentabilidade volta-se à melhoria das condições sociais de populações fragilizadas, já que os efeitos da degradação ambiental resultam em problemas

content/uploads/2020/09/La-tutela-delle-generazioni-future-nel-dialogo-tra-legislatore-e-Corte-costituzionale.pdf.
Acesso em: 01 jan. 2022. p. 243.

⁸ CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Sustentabilidade e a possibilidade de ambientes democráticos de governança transnacional. In: DEMARCHI, Clovis; NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; ABREU, Pedro Manoel (Org.). *Direito, Estado e sustentabilidade*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016. p. 86.

⁹ “Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a Sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base meta axiológica ao direito. Um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro com sustentabilidade é a busca constante pela melhoria das condições de vida das populações mais fragilizadas socialmente. Isso porque os problemas sociais e ambientais estão necessariamente interligados e somente será possível tutelar adequadamente o meio ambiente com a melhora das condições gerais destas populações.” REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 15. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. *Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável*. Uminho: Braga, 2020.

¹⁰ Inegavelmente, a sustentabilidade apresenta condições para fomentar a criação de instrumentos jurídicos em favor das gerações presentes e futuras – muito embora exista acentuada resistência à construção de sistemáticas regulatórias voltadas às futuras gerações, as quais são compreendidas como indeterminadas ou indetermináveis.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 8, n. 13, p. 7-18. 2010. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002. Acesso em: 20 mai. 2022. p. 09.

¹² BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 19.

sociais, assim como a crise ambiental decorre, em larga medida, da transnacionalização da pobreza, da miséria e da fome.¹³

A sustentabilidade, enquanto vetor de dispositivos jurídico-normativos, revela-se de suma importância para a geração presente, assim como para as futuras gerações,¹⁴ pois busca estabelecer as responsabilidades a serem compartilhadas entre os Estados e sociedades pela concretização de um desenvolvimento imaterial e material, que seja socialmente inclusivo, durável, equânime, inovador, com valoração ética e eficiente para garantir, de modo preventivo e precavido, seja no presente ou no futuro, o direito ao bem-estar.¹⁵ Dessa forma, não se pode negar que a sustentabilidade, quando concebida e perfilhada sobre os ordenamentos jurídicos, modifica a compreensão global do direito, já que opera pela congregação de condições jurídico-normativas de modelos de desenvolvimento sustentável.

Pensar um *novo* Direito, por meio da sustentabilidade, pressupõe reflexões e desenhos jurídico-normativos que sejam capazes, inclusive, de reconhecer a natureza como sujeito de direito¹⁶, o que, inegavelmente, rompe com os paradigmas tradicionais que foram edificados pelas compreensões jurídicas ocidentais, as quais propuseram o direito como um atributo exclusivamente destinado aos seres humanos, seja direta ou indiretamente.

Justificam-se, tais apontamentos, diante do fato de os tradicionais pressupostos jurídico-normativos, voltados tão somente aos seres humanos, não terem sido capazes de impedir o aumento da degradação ambiental nos últimos séculos. Ou seja, a ausência de dispositivos jurídicos eficazes à preservação do meio ambiente restringe as condições de vida às gerações futuras, já que o meio ambiente saudável é fator elementar à consecução da vida humana. Frente a isso, a sustentabilidade propõe a compreensão da natureza enquanto sujeito de direito e o mundo enquanto a *casa comum*¹⁷ e espaço de cuidado e reconhecimento da importância

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001. p. 42.

¹⁴ Porena observa que “sul piano giuridico, è quanto mai chiaro che, ove la preoccupazione per le generazioni future, per come espressa nel principio di sostenibilità, arrivasse ad assumere consistenza paradigmatica nel quadro costituzionale, le conseguenze sarebbero tutt’altro che trascurabili”. PORENA, Daniele. *Il principio della sostenibilità: Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*. Torino: Giappichelli, 2017. p. 11.

¹⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 140.

¹⁶ O Equador foi o primeiro país no mundo a reconhecer a natureza como sujeito de direito e imprimiu esse pressuposto no Artigo 71 da sua Constituição, por meio do qual aduz que “*la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.*” ECUADOR. *Constitucion (2008). Constitucion de la Republica del Ecuador*. Ecuador. Asamblea Nacional. 2008.

¹⁷ A expressão “casa comum” foi empregada na *Encíclica Laudato Si*, quando no seu parágrafo inicial o Papa Francisco expressou: “Nesta Encíclica, pretendo especialmente entrar em diálogo com todos acerca da nossa ‘Casa Comum’.” FRANCISCO. *Laudato Si: sobre o cuidado da casa comum*. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015. p. 10. Sérgio Aquino observa que “a metáfora de Francisco utilizada na Encíclica *Laudato Si* [...] precisa ser entendida a partir de seu significado simbólico e do conjunto de suas orientações. Essa é a base a partir da qual se pode originar uma reconfiguração da realidade, alternativa ao atual corpo de doutrinas de matriz utilitarista, que associa interesses perversos à liberdade e reduz a política, a economia e a cultura aos parâmetros do mercado excludente, submetendo, especialmente, a concepção de justiça e o ordenamento jurídico ao individualismo moral.” AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. ZAMBAM, Neuro José. A “casa comum”: por uma epistemologia do cuidado e da justiça para a América Latina. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.14, n.29, p.101-123, Maio/Agosto de 2017. p. 105.

do outro, seja humano ou não humano,¹⁸ em um ambiente global delineado pelo postulado da transnacionalidade.

É nesse cenário que se instala o Direito Transnacional, o qual é engendrado pela composição de práticas costumeiras, arranjos normativos, proposições desenvolvidas por escritórios de advocacia, contratos privados, audiências privadas de arbitragem, organismos internacionais, dentre outros espaços capazes de desenvolver sistemas regulatórios mais complexos e adaptativos às disruptivas necessidades do contexto global. A partir de tais formulações o Estado deixa de ser o único protagonista das relações estabelecidas em âmbito global e passa a posicionar-se em níveis semelhantes àqueles que são ocupados por grandes empresas multinacionais, organizações sem caráter governamental, alianças com propósitos militares e empreendedores privados.

O prefixo *trans* não indica um Estado mundial ou um *super*-Estado, mas sim a existência de variados espaços jurídicos, de regulação, intervenção e governança, os quais dispõem de mecanismos de controle e funcionamento submetidos às sociedades transnacionais. Esse movimento decorre do surgimento de novas instituições jurídico-normativas multidimensionais com respostas mais satisfatórias aos fenômenos contemporâneos globais,¹⁹ em uma escala para além das limitações impostas pelos Estados. Nesse sentido, o Direito Transnacional busca questionar a lógica e eficácia dos modelos que foram estabelecidos para o intercâmbio global e propor novos mecanismos, para além daqueles preexistentes.

Em decorrência desse processo, a conjugação das ordens jurídicas transnacionais, públicas e privadas exigem que os pressupostos já pacificados na modernidade sejam revisitados e reestruturados, sobretudo ao que se refere às sistemáticas jurídico-normativas situadas para além da ordem estatal.²⁰ Esse movimento decorre do caráter não unívoco do Direito Transnacional e do fato de suas manifestações serem distintas àquelas formuladas no âmbito do direito formal, que resultam de um Estado ou estrutura governamental.

O Direito Transnacional busca superar as distinções existentes entre o público e o privado, assim como operar por meio de instrumentos flexíveis,²¹ como é o caso das normativas com caráter *soft law*.²² Para além desses fatores, o Direito Transnacional apresenta um caráter híbrido ao que se refere ao direito doméstico e internacional, constituindo, assim, um processo

¹⁸ BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: Ética do humano - compaixão pela terra*. 19. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2013. p. 38-39.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado de direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 57-58.

²⁰ TEUBNER, Gunther. Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State. In: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 331-332.

²¹ VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986. p. 31-32.

²² As normativas com caráter *soft law* ocorrem por meio de fatores como: a) emprego de tratados e convenções multilaterais, assim como dos seus anexos e apêndices, com perfil mais brando e menos formal; b) reconhecimento das ONGs enquanto agentes oficiais para o cumprimento dos tratados e convenções; c) adoção, que tem se mostrado cada vez mais frequente, da técnica dos tratados e convenções do tipo quadro. SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003. p. 97. As convenções do tipo quadro, que devem ser compreendidas como "convenção-moldura", estabelecem, assim como emolduram, as bases jurídicas de acordos, bem como os direitos e deveres das partes. Essa estrutura, em um primeiro momento, não trata da sua regulamentação pormenorizada, o que se dá posteriormente por meio de anexos e apêndices. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 264.

contínuo de elaboração e inovação, ao demarcar novas posições metodológicas e estruturas jurídico-normativas mapeáveis.²³

Mais uma vez, destaca-se que esse empenho metodológico apresenta mais condições para atuar frente ao sistema regulatório contemporâneo, pois oferece mecanismos dinâmicos e variados de criação e aplicação de normas, em concordância com as demandas da sociedade global, assim como dos pressupostos públicos e privados. Por meio desse processo, os modelos normativos estatais ou internacionais não são substituídos, mas complementados pelas práticas transnacionalizadas.²⁴

No que tange ao setor energético, o Direito Transnacional, como instrumento para o desenvolvimento de uma matriz energética orientada pelo princípio jurídico da sustentabilidade, é articulado pelo interesse coletivo de Estados, ONGs, grandes corporações empresariais, dentre outros agentes. Nesse cenário, formulam-se mecanismos teóricos e práticos para o enfrentamento dos desafios impostos pela sociedade global – que necessita cada vez mais de energia.

Junto a essa arquitetura, a sustentabilidade, enquanto paradigma do direito na pós-modernidade, perfila o arquétipo do Direito Transnacional e contribui à formulação de uma malha transpassada por distintas aspirações, ideais, significados e concepções de vida, para além de realidades sociais com caráter contrastivo. Do mesmo modo, o transnacionalismo jurídico encontra êxito quando articulado por meio da instauração de uma intensa estrutura democrática, caracterizada pela multiplicidade, sobretudo, de identidades culturais.²⁵

2. CRÍTICA À MATRIZ ENERGÉTICA CONTEMPORÂNEA

Nas últimas décadas a energia vem se mostrando como um dos setores com maior impacto no ecossistema planetário, sobretudo pelo fato das fontes de energia utilizadas na contemporaneidade serem majoritariamente advindas dos recursos fósseis, os quais contribuem fortemente para o aquecimento global – também denominado de efeito estufa.²⁶ Estima-se que o aumento da temperatura terrestre em 2 °C, em relação aos níveis atuais, representaria o aumento que o planeta Terra vivenciou nos últimos 10 mil anos. Ainda, cabe destacar que a elevação do aquecimento global em 5 °C corresponderia há mais do que o planeta sofreu nos últimos 3 milhões de anos.²⁷

²³ CALLIESS, Galf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010. p. 6.

²⁴ VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986. p. 32

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. A construção de um cenário propício para uma democracia transnacional. *Revista de Filosofia do Direito e Intersubjetividade*. ISSN 1984-5650. v. 3. n. 1. 2011. Disponível em: www.univali.br/direitofilosofia. Acesso em: 24 jun. 2022. p. 20.

²⁶ O aquecimento da crosta terrestre (baixa atmosfera) resulta da entrada de calor do sol (alta atmosfera), o qual é absorvido pela terra e liberado, em parte, para o espaço. A problemática decorre da elevação dos índices dos gases de efeito estufa, os quais fazem com que parte do calor que seria liberado para o espaço permaneça na baixa atmosfera. REIS, Lineu Belico dos; CUNHA, Eldis Camargo Neves. *Energia elétrica e sustentabilidade: aspectos tecnológicos, socioambientais e legais*. Barueri: Manole, 2006. p. 9.

²⁷ REIS, Lineu Belico dos; CUNHA, Eldis Camargo Neves. *Energia elétrica e sustentabilidade: aspectos tecnológicos, socioambientais e legais*. Barueri: Manole, 2006. p. 9.

Do setor energético resultam aproximadamente três quartos das emissões responsáveis pela elevação das temperaturas médias do planeta.²⁸ Notadamente, esse processo intensificou-se nos últimos 200 anos, quando as nações mais ricas e desenvolvidas do mundo ampliaram as suas economias a partir da disponibilidade de energia barata e abundante, como o carvão, petróleo e gás.

Nota-se que tais nações seguem com suas emissões de dióxido de carbono desproporcionalmente mais elevadas que os países em desenvolvimento. Esse processo poderia ser revertido por meio da adoção de medidas, como é o caso da: redução das emissões de carbono; direcionamento de valores e meios tecnológicos e científicos para auxiliar as nações em desenvolvimento a estruturarem as suas fontes de energia de modo sustentável; e, de suma importância, o desenvolvimento de meios para compensar os danos já causados.²⁹

Dentre outras origens, a influência do setor energético no aquecimento global resulta do desmatamento e queima de grandes volumes de biomassa, expansão de áreas urbanas, grandes áreas de alagamento por hidrelétricas e descarte de materiais utilizados em geradores de energia renováveis. No que tange a utilização dos recursos energéticos com origem fóssil,³⁰ os quais são responsáveis por grande parte das modificações no meio ambiente e na atmosfera em força radiativa,³¹ os seus efeitos advêm de práticas como a utilização de carvão, gás e petróleo para abastecer fornalhas e motores, os quais elevaram em 35% os níveis de dióxido de carbono (CO₂) na atmosfera. O Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) afirma que se os combustíveis fósseis mantiverem a liderança no conjunto global de fontes de energia até 2030, haverá um aumento nas emissões globais de gases de efeito estufa (GEE) de 25% a 90%, entre 2000 e 2030.³²

Não se pode olvidar que, em 2020, diante da crise na saúde global, que resultou em bloqueios e decréscimo da atividade econômica, o consumo de combustíveis fósseis apresentou redução de 5%, quando comparado ao ano de 2019.³³ Nesse período, a utilização global de petróleo baixou em 7%, o que ocorreu, sobretudo, pela baixa demanda por transportes ocasionada pela pandemia Covid-19. O carvão teve baixa de 4%, muito embora a China, maior consumidor de carvão do mundo, tenha apresentado recuperação econômica e

²⁸ IEA. *World Energy Outlook 2021*. Paris: International Energy Agency, 2021. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2021>. Acesso em: 12 abr. 2021. p. 15.

²⁹ HOUGHTON, John. *Global Warming: The Complete Briefing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 253.

³⁰ CONTI, José Bueno. Considerações sobre as mudanças climáticas globais. *Revista do Departamento de Geografia da USP*. São Paulo, v. 16, p. 70-75. 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdg/article/view/47286/51022>. Acesso em: 14 nov. 2021. p. 70.

³¹ Por força radiativa entende-se a medida de aquecimento da atmosfera, a qual é expressa em watts por metro quadrado.

³² INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPCC. *Climate Change: Synthesis Report*. In: Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Genebra: IPCC, 2007. p. 07.

³³ A título exemplificativo, o consumo de energia nos Estados Unidos, em 2020, caiu 7,6%. Na União Europeia a redução foi de 7%, com forte influência da Itália, França, Espanha e Alemanha. O mesmo índice foi percebido no Japão e Canadá. A Rússia apresentou redução de 4,8%. Com queda mais leve, a Índia, Coreia do Sul e Arábia Saudita aparecem com 3%. Já o Brasil, juntamente com a Austrália, apresentou redução de 2%. Outras regiões do mundo, como na África e no Oriente Médio, sobretudo na Arábia Saudita, também reduziram o seu consumo de energia. ENERDATA. *Total energy consumption: Global energy consumption fell in 2020 (-4%), due to lockdown measures and transport restrictions*. Disponível em: <https://yearbook.enerdata.net/total-energy/world-consumption-statistics.html>. Acesso em: 05 nov. 2021.

elevado o seu consumo. A fonte de energia fóssil com menor alteração foi o gás natural, com redução de 3% no seu consumo.

No entanto, no ano seguinte, viu-se a retomada do aumento da demanda mundial por energia. Esse fluxo, inverso ao que fora visto em 2020, resultou da recuperação da atividade econômica dos países na medida em que foram gradualmente flexibilizando os bloqueios que haviam recaído sobre os mais diversos setores, como o comércio e o transporte. Nesse momento, o consumo de energia elétrica e gás natural elevou-se a níveis superiores aos apresentados no período pré-pandemia.³⁴

A segurança energética também é uma temática que vem ganhando cada vez mais destaque nos cenários nacionais, regionais e global, tendo sido impulsionada pela constatação de que as fontes de energia fósseis remanescentes e de fácil extração e processamento estão se tornando cada vez mais escassas. Tal fato faz com que a influência dos fatores energéticos sobre as relações internacionais recaia, especialmente, sobre os Estados que dependem da energia que é vendida por outros países, como ocorre com os Estados Unidos, que importam mais da metade do petróleo que utilizam.³⁵

Para além disso, as relações estabelecidas pelas nações são impactadas pelas metas internacionais voltadas às energéticas renováveis, as quais são pautadas pela reestruturação dos seus processos de geração, armazenamento, distribuição e uso final da energia, em um cenário com poucos instrumentos jurídico-normativos voltados à temática.³⁶

Ao longo do último século, inúmeros conflitos políticos, assim como bélicos, tiveram como temática central a questão energética. Nesse sentido, pode-se mencionar a Guerra dos Seis Dias, que se deu entre 5 a 10 de junho de 1967, por meio da qual tentou-se utilizar, pela primeira vez, o petróleo como arma política. No contexto desse conflito, países árabes decretaram embargos petrolíferos ao Reino Unido e aos Estados Unidos. Entretanto, as sanções que foram impostas viram-se frustradas, já que os países árabes não encontraram meios eficazes para identificar o real destino das suas exportações, além do fato de naquela época os países ocidentais estarem vivenciando um momento de abundância de petróleo.³⁷

Dentre outros eventos ligados à temática, pode-se mencionar o embargo petrolífero de 1973, a Revolução Iraniana de 1979, a Guerra do Golfo Pérsico de 1991, a invasão do Iraque em 2003, bem como o conflito entre o Irão e o Iraque, em 1980, quando diariamente cerca de três milhões de barris de petróleo, oriundos do Iraque, e cerca de um milhão de barris, advindos do Irão, foram postos fora do mercado. Nesse momento, a atuação da Agência Internacional de Energia (IEA, da sigla em inglês) fez-se de suma importância, pois articulou, junto às companhias petrolíferas internacionais, mecanismos capazes de evitar disparadas de valores nos mercados internacionais responsáveis pela venda do petróleo. Outrossim, estrategicamente,

³⁴ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY – IEA. *World Energy Outlook 2021*. Paris: International Energy Agency, 2021. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2021>. Acesso em: 12 abr. 2021. p. 88.

³⁵ HINRICHS, Roger A; KLEINBACH, Merlin; REIS, Lineu Belico dos. *Energia e meio ambiente*. Tradução Lineu Belico dos Reis, Flávio Maron Vichi, Leonardo Freire de Mello. São Paulo: Cengage Learning, 2014. p. 2.

³⁶ CIUTĂ, Felix. *Conceptual Notes on Energy Security: Total or Banal Security?*. Security Dialogue, 2010. p.123-124.

³⁷ GIRAUD, André; BOY DE LA TOUR, Xavier. *Géopolitique du Pétrole et du Gaz*. Paris: Éditions Technip, 1987. pp.236-237.

as reservas foram utilizadas com o objetivo de equilibrar a oferta e procura e, por conseguinte, reduzir a pressão sobre o mercado internacional.³⁸

Mais recentemente, a guerra firmada entre Rússia e Ucrânia marca um novo episódio no qual o domínio sobre os fatores energéticos impacta os Estados que estão em conflito, assim como àqueles que adotam posicionamentos favoráveis ou desfavoráveis aos polos em guerra.³⁹ Exemplo disso foi a manifestação do porta-voz do Kremlin, Dmitry Peskov, que relacionou as questões energéticas às relações políticas externas estabelecidas pelo país. Mais precisamente, alertou que caso algum novo país, dependente da energia russa, aderisse à Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), seria classificado como uma nação desleal e estaria sujeito a sofrer com o aumento dos preços da energia.⁴⁰

Esse fato evidenciou que a Rússia, assim como ocorre com outras nações, não percebe os seus recursos energéticos tão somente como o meio para a consecução da vida dos seus cidadãos ou como instrumento para o desenvolvimento econômico, mas como componente fundamental para fortalecer a sua influência política regional e mundial, ou seja, como fator posto a serviço da política externa do país.⁴¹ Diante disso, as relações políticas, localização geográfica, disposição dos recursos naturais, nível de desenvolvimento econômico, sistema de governo, dentre outros tantos elementos, compõe o pressuposto da segurança energética.

Frente a tal cenário, se fazem urgentes as mudanças na produção, conservação, distribuição e uso da energia, visando conferir mais segurança energética aos Estados. Ou seja, para além de reduzir o aquecimento global e às suas consequências, desenvolvendo alternativas que resultem em baixa – ou nenhuma – emissão de CO₂⁴², novos mecanismos voltados ao setor da energia são indispensáveis à segurança energética dos Estados, bem como para dirimir conflitos geopolíticos.

3. PRESSUPOSTOS JURÍDICO-NORMATIVOS TRANSNACIONAIS VOLTADOS À MATRIZ ENERGÉTICA SUSTENTÁVEL

³⁸ MARTIN, William; HARRJE, Evan. The International Energy Agency. In: KALICKI, J.; GOLDWYN, D. (Org.). *Energy e Security: Toward a New Foreign Policy Strategy*. Washington: Woodrow Wilson Center Press, 2005. p. 101-102.

³⁹ Leonam dos Santos Guimarães destaca que “o fornecimento de energia tem sido há muito tempo usado como instrumento da política internacional. O Japão ampliou seu império antes da 2ª Guerra na Ásia e os Estados Unidos, que era então o principal fornecedor de petróleo ao Japão, impôs sanções cada vez mais severas nas suas exportações aquele país em uma tentativa (infrutífera) de impedir novas agressões japonesas. Em 1973-74, os países árabes da OPEP tentaram desencorajar o apoio a Israel através da imposição de um embargo sobre o fornecimento de petróleo, provocando uma desaceleração econômica global.” GUIMARÃES, Leonam dos Santos. A nova geopolítica da energia. In: *Opinião – FGV Energia*. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/_leonam_dos_santos_-_geopolitica_0.pdf. Acesso em: 15 de jun. 2022. p. 1.

⁴⁰ ELKIND, Jonathan. Energy Security: Call for a Broader Agenda. In: PASCUAL, Carlos; ELKIND, Jonathan (org.). **Energy security: economics, politics, strategies, and implications**. Harrisonburg: The Brookings Institution. 2010. p. 137.

⁴¹ MORALES, Javier. Russia as an Energy Great Power: Consequences for EU Energy Security. In: MARQUINA, Antonio. *Energy Security: Visions from Asia and Europe*. New York: Palgrave Macmillan. 2008. p.24-33.

⁴² FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO – FAPESP. *Um futuro com energia sustentável: iluminando o caminho*. Tradução Maria Cristina Vidal Borba, Neide Ferreira Gaspar. São Paulo: FAPESP. Amsterdam: InterAcademy Council. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências, 2010. Disponível em: <https://fapesp.br/publicacoes/energia.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 60.

A construção da nova matriz energética pressupõe o desenvolvimento de panoramas e estratégias, em âmbito interno e global, que sejam orientados pelas dimensões ambiental, social e econômica da sustentabilidade. A partir desses pressupostos, tem-se a construção de mecanismos mais efetivos à resolução das problemáticas energéticas que englobam a oferta e demanda, reservas naturais, tecnologias de exploração, centros de transformação, custos de produção, transporte e armazenamento,⁴³ consumo e desperdício de energia pelos setores da sociedade, dentre outros fatores, os quais, em larga medida, transcendem as fronteiras dos Estado.

Em âmbito transnacional, os mecanismos jurídicos voltados especificamente às questões energéticas mostram-se fragmentados, ainda que existam instrumentos normativos capazes de conduzir a composição de uma matriz energética sustentável, como o Estatuto da Agência Internacional de Energias Renováveis (IRENA)⁴⁴, a Carta Internacional de Energia (IEC)⁴⁵ e o Acordo de Mudança Climática de Paris (PCCA).⁴⁶ Para além dos dispositivos normativos que contribuem ao processo de transição da matriz energética global, pode-se destacar a *Renewable Energy Policy Network for the 21st Century* (REN21), que é considerada a única comunidade global composta por agentes que atuam no cenário das energias renováveis, como pesquisadores, governos, ONGs e indústria, os quais configuram uma estrutura cooperativa com mais de dois mil membros.

No ano de 2015, chefes de estados reuniram-se na Cúpula de Desenvolvimento Sustentável da ONU, momento em que firmaram um plano de ação baseado em 17 pilares denominados de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). O referido plano direcionou especial atenção às questões energéticas por meio do seu objetivo de número 7, o qual voltou-se a fatores como: (i) acesso à energia de maneira sustentável, moderna, confiável e com preços acessíveis a todos; (ii) ampliação da participação das energias renováveis na matriz energética global; (iii) duplicação da taxa global de melhorias na eficiência energética; (iv) reforço da cooperação internacional de modo a facilitar a promoção de investimentos e acesso às pesquisas e tecnologias voltadas às energias renováveis, eficiência energética e o avanço de tecnologias limpas relacionadas aos combustíveis fósseis; e (v) expansão e modernização das infraestruturas responsáveis pelo fornecimento de serviços de energia, sobretudo às pessoas

⁴³ Conforme observam José e Oswaldo "a energia custa à sociedade bilhões de dólares além do que seus usuários pagam diretamente por ela. Os custos ocultos incluem subsídios, degradação ambiental, aumento dos custos de saúde e compensação pela perda de empregos." GOLDEMBERG, José; LUCON, Oswaldo. *Energy, Environment and Development*. 2. ed. Londres: Earthscan, 2010. p. 353.

⁴⁴ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY – IRENA. *Statute of the International Renewable Energy Agency* Disponível em: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/About-IRENA/Statute/IRENA_FC_Statute_signed_in_Bonn_26_01_2009_incl_declaration_on_further_authentic_versions.pdf?la=en&hash=635C494208DD405EA8CD2BDB04414FECD40F55F1. Acesso em: 12 de mai. 2022.

⁴⁵ INTERNATIONAL ENERGY CHARTER – IEC. **International Energy Charter**. Disponível em: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC_EN.pdf. Acesso em: 12 de fev. 2022

⁴⁶ United Nations. *Paris Agreement*. 2015. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Acesso em 12 de mai. 2022.

que habitam em países em desenvolvimento ou classificados como Estados com menor desenvolvimento relativo.⁴⁷

O processo de transição para uma matriz energética global que seja sustentável, tem como um dos pressupostos fundamentais os compromissos climáticos firmados pelos governos – seja em âmbito interno ou internacional –, os quais são formulados a partir da análise do cenário global e posterior desenvolvimento de medidas a serem adotadas em âmbito interno. Notavelmente, o comprometimento dos governos se mostra de suma relevância para que se consiga conter o aumento das temperaturas médias globais. A título exemplificativo, em setembro de 2021, cinquenta e três países da União Europeia assumiram o compromisso de atender às metas líquidas de emissões zero. Essas nações correspondem a faixa entre 60 e 70% do PIB global e das emissões de CO², assim como de aproximadamente um terço das emissões de metano relacionadas à energia.⁴⁸

No que se refere ao ordenamento interno dos Estados, também se encontram regimentos voltados à transição energética, a exemplo da China, EUA, Índia, Itália e Brasil. O Estado chinês, identificado como o principal emissor de CO₂ fóssil nos anos de 2020 e 2021, tem como estruturas jurídico-normativas voltadas à transição dos combustíveis fósseis a *Chinese Energy Conservation Law*, que entrou em vigor em 1997. Esse dispositivo busca a redução do consumo de energia em todos os setores e a formulação de medidas que resultem na eficiência energética, a partir do desenvolvimento econômico e social. Ainda, pode-se mencionar a *Renewable Energy Law of the People's Republic of China*, que entrou em vigor em 2006, bem como a *Circular of the National Development and Reform Commission on Printing and Distributing Catalog for the Guidance of the Industrial Development of Renewable Energy*, a qual dispõe acerca de distintos elementos direcionados aos sistemas de energia renovável.

Nos Estados Unidos, segundo maior poluente em 2020 e 2021, há grande quantidade de normas internas com impacto nas energias renováveis. Entre a década de 1990 e 2018 foram promulgados mais de 100 instrumentos jurídico-normativos voltados ao setor energético, energias renováveis e qualidade do ar. Dessas medidas, pode-se destacar a *Energy Policy Act*, promulgada em 2005; a *Energy Independence and Security Act*, de 2007; bem como a *American Recovery and Reinvestment Act*, que foi firmada em 2009.⁴⁹

Na Índia, a problemática para a transição às fontes renováveis reside na alta dependência do Estado dos combustíveis de origem fóssil. A mudança desse comportamento vem sendo motivada por medidas normativas que visam promover a eficiência energética, com ênfase nas fontes de energia renováveis. Destacam-se a *Energy Conservation Act*, promulgada em 2001; a *The Integrated Energy Policy*, de 2006; o *National Action Plan on Climate Change*,

⁴⁷ United Nations. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. General Assembly. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Acesso em: 25 de mai. 2022. p. 19.

⁴⁸ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY – IEA. *World Energy Outlook 2021*. Paris: International Energy Agency, 2021. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2021>. Acesso em: 12 abr. 2022. p. 92-93.

⁴⁹ ABRAHAM-DUKUMA, Magnus. Energy Transition: embodied energy in clean technologies and the need for international regulatory proactivity. In. *Energy and Sustainability*, v. 8. WIT Transactions on Ecology and the Environment. 2019. Disponível em: <https://www.witpress.com/Secure/elibrary/papers/ESUS19/ESUS19001FU1.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022. p. 5-6.

que entrou em vigor em 2008; assim como o *Strategic Plan for New and Renewable Energy Sector for the Period*, publicado em 2011. Para além desses dispositivos, a Índia também conta com a *Electricity Act*, de 2003, que contribui para o desenvolvimento de medidas voltadas às energias renováveis.⁵⁰

A Itália, no tange às formulações jurídico-normativas voltadas às energias renováveis, tem como princípios vetores a sustentabilidade ambiental e a neutralidade climática⁵¹ que são, em larga medida, fomentadas pelas diretrizes postas sobre o território europeu. Destaca-se a adoção da *Strategia Energetica Nazionale*, de 2017, que visa consolidar a transição às fontes energéticas sustentáveis, por meio de movimentos como a descarbonização. Ainda, pode-se apontar o *Piano Nazionale Integrato per L'energia e il Clima*, o qual mostrou-se como um importante avanço no processo de mudanças político-energéticas e ambientais, rumo à descarbonização.

O Brasil, por sua vez, também conta com institutos normativos e programas voltados às energias renováveis, como é o caso do Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica, também conhecido como PROINFA. Desenvolvido por meio da Lei nº 10.438/2002, o Programa entrou em vigor em 2004 e desde então busca elevar os índices de participação das fontes alternativas no Sistema Interligado Nacional, como as fontes energéticas eólica e da biomassa. Outra contribuição ao setor das energias renováveis veio por meio da Lei Federal nº 14.119/2021, que institui a Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais e incentiva a implantação de projetos com impacto positivo ao meio ambiental e às mudanças climáticas. Outro dispositivo que se faz oportuno mencionar refere-se à Lei nº 14.300, de 2022, por meio da qual foi estabelecido o Marco Legal da Microgeração e Minigeração Distribuída, o Sistema de Compensação de Energia Elétrica (SCEE), bem como o Programa de Energia Renovável Social (PERS). Para além dos mecanismos jurídico-normativos supramencionados, menciona-se a intenção do país brasileiro de ingressar na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da qual resultam metas de "emissão zero" de gases do efeito estufa até 2050.

Notavelmente, a construção da matriz energética sustentável perpassa pela superação da sistemática tradicional do Direito Internacional, que é caracterizado pelo desmonte de estruturas estatais que coexistem, para que seja possível a consolidação de categorias de cooperação e a emergência de atores transnacionais. Nesse sentido, as sistemáticas jurídicas dos Estados tornaram-se interligadas no contexto do mundo transnacional, razão pela qual pode-se falar em uma pluralidade de ordens jurídicas.⁵²

⁵⁰ ABRAHAM-DUKUMA, Magnus. Energy Transition: embodied energy in clean technologies and the need for international regulatory proactivity. In. *Energy and Sustainability*, v. 8. WIT Transactions on Ecology and the Environment. 2019. Disponível em: <https://www.witpress.com/Secure/elibrary/papers/ESUS19/ESUS19001FU1.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2022. p. 5.

⁵¹ Tania Groppi observa que "anche dove non figurino clausole specifiche sulla sostenibilità o sulle generazioni future, ciò non significa che non esistano clausole di protezione immanenti o implicite, come l'art. 9 della Costituzione italiana, eventualmente suscettibili di essere sviluppate in via interpretativa. In questo modo possono essere lette le disposizioni di tutela, responsabilità e protezione conservativa dell'ambiente, della natura, dell'eredità culturale, del patrimonio genetico, dell'equilibrio di bilancio." GROPPI, Tania. *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in DPCE, n. 1, 2016. p. 54.

⁵² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 116.

Conforme demonstrado, pensar a nova matriz energética, por meio da dimensão da sustentabilidade e do Direito Transnacional, pressupõe a compreensão de inúmeras prerrogativas, como às questões envolvendo o meio ambiente, segurança energética, assim como as mudanças climáticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sustentabilidade, por meio dos seus desdobramentos, fomenta a criação de instrumentos jurídicos em favor das gerações presentes e futuras. Nesse sentido, instiga a troca de experiências, conceitos e ideias que possibilitam, dentre outros fatores, o aprendizado mútuo necessário à formulação de processos jurídico-normativos mais eficazes à sociedade atual, bem como às futuras gerações. A ciência jurídica, quando orientada pelo paradigma da sustentabilidade, passa a operar como um mecanismo preventivo e orientativo ao processo global de transição para uma matriz energética que seja sustentável.

Como demonstrado, os movimentos relacionados à transição da matriz energética global denotam a necessidade de serem adotados regimes políticos e jurídicos que tenham condições de fomentar a sustentabilidade dos mecanismos energéticos emergentes. Dessa forma, se faz de grande importância que as tecnologias utilizadas nos processos de geração, conservação e utilização da energia atendam às complexas e disruptivas necessidades da sociedade global.

O arquétipo do Direito Transnacional apresenta-se com mais condições para o desenvolvimento de dispositivos jurídico-normativos voltados a uma matriz energética que seja sustentável, sobretudo diante da composição do atual cenário global. Nesse espaço, emergem fontes normativas e operadores jurídicos que respondem, em larga medida, às necessidades daqueles com maior poder de mando e controle.

O *theatrum mundi*, compreendido como uma analogia à vida cotidiana e às adversidades vivenciadas por todos, é o cenário no qual são formulados os pressupostos da sustentabilidade e, por conseguinte, da nova matriz energética global. Nesse cenário opera, como elemento basilar, o reconhecimento do vínculo antropológico comum, enquanto componente fundamental para o compartilhamento de responsabilidades. Entende-se, diante das reflexões formuladas no presente estudo, que o Direito Transnacional e a sustentabilidade dispõem de significativo potencial axiológico e indutor à construção da nova matriz energética global.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM-DUKUMA, Magnus. Energy Transition: embodied energy in clean technologies and the need for international regulatory proactivity. *Energy and Sustainability*, v. 8. WIT Transactions on Ecology and the Environment. 2019. Disponível em: <https://www.witpress.com/Secure/elibrary/papers/ESUS19/ESUS19001FU1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2024.

- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. A "casa comum": por uma epistemologia do cuidado e da justiça para a América Latina. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.14, n.29, p.101-123, Maio/Agosto de 2017.
- BACHELET, Michel. *Ingerência Ecológica: Direito ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: Ética do humano - compaixão pela terra*. 19. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2013.
- CALLIESS, Graf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough Consensus and Running Code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*, v. 8, n. 13, p. 7-18. 2010. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002. Acesso em: 10 ago. 2024.
- CIUTÄ, Felix. *Conceptual Notes on Energy Security: Total or Banal Security?*. Security Dialogue, 2010.
- CONTI, José Bueno. Considerações sobre as mudanças climáticas globais. *Revista do Departamento de Geografia da USP*. São Paulo, v. 16, p. 70-75. 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdg/article/view/47286/51022>. Acesso em: 14 ago. 2024.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado de direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Org.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CRUZ, Paulo Márcio; BRAGA, Natan Ben-Hur. Democracia e Desenvolvimento Sustentável. *Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade*, Itajaí, v. 1, n. 2, 2009.
- CRUZ, Paulo Márcio; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Sustentabilidade e a possibilidade de ambientes democráticos de governança transnacional. In: DEMARCHI, Clovis; NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; ABREU, Pedro Manoel (Org.). *Direito, Estado e sustentabilidade*. São Paulo: Intelecto Editora, 2016.
- CRUZ, Paulo Márcio. A construção de um cenário propício para uma democracia transnacional. *Revista de Filosofia do Direito e Intersubjetividade*. ISSN 1984-5650. v.3. n.1. 2011. Disponível em: www.univali.br/direitofilosofia. Acesso em: 24 jul. 2024.
- DANELI, Jardel Anibal Casanova; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. Qual educação para os Direitos Humanos? *Revista Direitos Humanos E Democracia*, Ijuí, v. 4, n. 8, p. 3-37, 2016. DOI: 10.21527/2317-5389.2016.8.3-37. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/5838>. Acesso em: 15 ago. 2024.
- ECUADOR. *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Ecuador. Asamblea Nacional. 2008.

ELKIND, Jonathan. Energy Security: Call for a Broader Agenda. In: PASCUAL, Carlos; ELKIND, Jonathan (Org.). *Energy security: economics, politics, strategies, and implications*. Harrisonburg: The Brookings Institution. 2010.

ENERDATA. *Total energy consumption*: Global energy consumption fell in 2020 (-4%), due to lockdown measures and transport restrictions. Disponível em: <https://yearbook.enerdata.net/total-energy/world-consumption-statistics.html>. Acesso em: 05 ago. 2024.

FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DE SÃO PAULO – FAPESP. *Um futuro com energia sustentável: iluminando o caminho*. Tradução Maria Cristina Vidal Borba, Neide Ferreira Gaspar. São Paulo: FAPESP. Amsterdam: InterAcademy Council. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Ciências, 2010. Disponível em: <https://fapesp.br/publicacoes/energia.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2024.

FRANCISCO. *Laudato Si*: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulus/Loyola, 2015.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GIRAUD, André; BOY DE LA TOUR, Xavier. *Géopolitique du Pétrole et du Gaz*. Paris: Éditions Technip, 1987.

GOLDEMBERG, José; LUCON, Oswaldo. *Energy, Environment and Development*. 2. ed. Londres: Earthscan, 2010.

GROPPI, Tania. *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in DPCE, n. 1, 2016.

GUIMARÃES, Leonam dos Santos. A nova geopolítica da energia. *Opinião – FGV Energia*. Disponível em: https://fgvenergia.fgv.br/sites/fgvenergia.fgv.br/files/_leonam_dos_santos_-_geopolitica_0.pdf. Acesso em: 15 ago. 2024.

HINRICHS, Roger A; KLEINBACH, Merlin; REIS, Lineu Belico dos. *Energia e meio ambiente*. Tradução Lineu Belico dos Reis, Flávio Maron Vichi, Leonardo Freire de Mello. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

HOUGHTON, John. *Global Warming: The Complete Briefing*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY – IEA. *World Energy Outlook 2021*. Paris: International Energy Agency, 2021. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/world-energy-outlook-2021>. Acesso em: 29 jul. 2024.

IEC. *International Energy Charter*. Disponível em: https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC_EN.pdf. Acesso em: 12 de fev. 2022

- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE – IPCC. *Climate Change: Synthesis Report*. In: Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change. Geneva: IPCC, 2007.
- INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY – IRENA. *Statute of the International Renewable Energy Agency* Disponível em: https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/About-IRENA/Statute/IRENA_FC_Statute_signed_in_Bonn_26_01_2009_incl_declaration_on_further_authentic_versions.pdf?la=en&hash=635C494208DD405EA8CD2BDB04414FECD40F55F1. Acesso em: 12 de ago. 2024.
- KARIM, Md Ershadul et al. Energy Revolution for Our Common Future: An Evaluation of the Emerging International Renewable Energy Law. *Energies*, v. 1. n. 1769. 2018. Disponível em: <https://www.mdpi.com/1996-1073/11/7/1769>. Acesso em: 4 ago. 2024.
- MARTIN, William; HARRJE, Evan. The International Energy Agency. In: KALICKI, J.; Goldwyn, D. (Org.). *Energy e Security: Toward a New Foreign Policy Strategy*. Washington: Woodrow Wilson Center Press, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MORALES, Javier. Russia as an Energy Great Power: Consequences for EU Energy Security. In: Marquina, Antonio. *Energy Security: Visions from Asia and Europe*. New York: Palgrave Macmillan. 2008.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- PALOMBINO, Giacomo. La tutela delle generazioni future nel dialogo tra legislatore e Corte costituzionale. *Rivista Federalismi*. Roma, n. 24, p. 242-272, jan. 2020. Disponível em: <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2020/09/La-tutela-delle-generazioni-future-nel-dialogo-tra-legislatore-e-Corte-costituzionale.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2024.
- PORENA, Daniele. *Il principio della sostenibilità: Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*. Torino: Giappichelli, 2017.
- REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 15. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. *Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável*. Uminho: Braga, 2020.
- REIS, Lineu Belico dos; CUNHA, Eldis Camargo Neves. *Energia elétrica e sustentabilidade: aspectos tecnológicos, socioambientais e legais*. Barueri: Manole, 2006.
- ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. An Introduction to Sustainable Development. Published by Glen Educational Foundation, Inc. Earthscan – 2008.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

TEUBNER, Gunther. *Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State*. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (Org.). *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010.

UNITED NATIONS. *Paris Agreement*. 2015. Disponível em: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf. Acesso em: 12 de ago. 2024.

UNITED NATIONS. *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*. Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. General Assembly. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E. Acesso em: 25 ago. 2022.

VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

A ESTRATÉGIA DE “JUDICIAL DIALOGUE” TRANSNACIONAL NO SUL GLOBAL SOBRE HOMOFOBIA E PENALIZAÇÃO DO HOMOSSEXUALISMO¹

Maria Chiara Locchi²
Márcio Ricardo Staffen³

RESUMO:

O estudo concentra-se nas decisões das Cortes Constitucionais do Brasil, quando da discussão sobre homofobia e transfobia e sua equiparação ao crime de racismo e, do Quênia, quando da discussão sobre a penalização de relações homossexuais (*anti-sodomy law*), visto que ambas, ao perpassarem pautas jurídicas envolvendo liberdades individuais decidiram de modo absolutamente divergente, porém, referenciando precedentes e decisões judiciais de Cortes estrangeiras. Justifica-se a presente pesquisa principalmente por dois motivos: o incremento progressivo do uso da estratégia de “*judicial dialogue*” transnacional entre as Cortes nacionais e a avaliação dos sentidos retóricos dessa estratégia para a fundamentação das decisões judiciais. O presente artigo objetiva analisar as premissas da estratégia denominada “*judicial dialogue*” transnacional, no contexto de Cortes Constitucionais inseridas na noção de Sul Global, com foco no tratamento jurídico da homofobia e na penalização do homossexualismo. Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e de análise jurisprudencial. Como resultado, tem-se que a estratégia “*judicial dialogue*” transnacional deve considerar que a identidade dos valores individuais em muitas ocasiões depende de como os membros individuais da comunidade consideram e valorizam uma personalidade individual. Por outro lado, não se recomenda o enclausuramento das Cortes Constitucionais para suas homônimas ou o desprezo para decisões produzidas no estrangeiro, pois abriria uma senda de descompasso entre realidades locais e globais, cujo efeito atingiria, dentre outros, o sistema protetivo de Direitos Humanos

Palavras-chave: Diálogo judicial. Direito Transnacional. Cortes Constitucionais.

¹ Texto produzido a partir do Centro de Estudos sobre Direito e Transnacionalidade (UNIVALI/CNPq) publicado na Revista *Novos Estudos Jurídicos*, v. 28, n. 1, 2023.

² Ricercatrice di Diritto Pubblico comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Perugia, ha conseguito il Dottorato di ricerca in “Storia, politica e istituzioni dell’area euro-mediterranea nell’età contemporanea”, nel 2009, presso l’Università degli Studi di Macerata. È *Visiting Professor* presso il Corso di Dottorato in Scienze Giuridiche – nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí.

³ Doutor em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Estágio de Pós-Doutorado em Direito Transnacional – Università degli Studi di Perugia (CAPES/PDE). Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica – Universidade do Vale do Itajaí. Professor visitante no Dipartimento di Giurisprudenza da Università degli Studi di Perugia (Itália). *Visiting Researcher* no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Alemanha). Doutor *Honoris Causa* pela Universidad Antonio Guillermo Urello (Peru). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Email: marcio.staffen@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar as premissas da estratégia denominada "*judicial dialogue*" transnacional, no contexto de Cortes Constitucionais inseridas na noção de Sul Global, com foco no tratamento jurídico da homofobia e na penalização do homossexualismo (*anti-sodomy law*).

O recorte sobre a estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional nos espaços do Sul Global, aqui ilustrados pelo Brasil e Quênia, pretende refinar as bases de comparação, pois seleciona duas Cortes Constitucionais de Estados influenciados por antigas metrópoles ocidentais, que experimentam contemporaneamente os efeitos políticos, culturais, econômicos, sociais, ideológicos e jurídicos da globalização (e, conseqüentemente, do transnacionalismo), ciclos de dependências externas e com norte epistemológico dos seus modelos normativos nos Estados do Norte Global.

Para tanto, o estudo concentra-se nas decisões das Cortes Constitucionais do Brasil, quando da discussão sobre homofobia e transfobia e sua equiparação ao crime de racismo (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão/ADO n. 26, julgada em 13 de junho de 2019) e, do Quênia, quando da discussão sobre a penalização da sodomia (*Petition n. 150/2016* e *Petition n. 234/2016*, julgadas em consolidado em 24 de maio de 2019), visto que ambas, ao perpassarem pautas jurídicas envolvendo liberdades individuais, decidiram de modo absolutamente divergente, porém referenciando precedentes e decisões judiciais de Cortes estrangeiras.

Justifica-se a presente pesquisa principalmente por dois motivos: o incremento progressivo do uso da estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional entre as Cortes nacionais e a avaliação dos sentidos retóricos dessa estratégia para a fundamentação das decisões judiciais.

Em que pese o sentido decisório dos julgados em apreciação sejam distintos, de um lado a criminalização das relações homossexuais e, doutro, da equiparação de proteção jurídica das liberdades sexuais e da dignidade da pessoa humana, é possível extrair de ambos o uso da estratégia de "*judicial dialogue*" com foco na argumentação jurídica e atuação processual de *amici curiae* configurados como atores transnacionais, permitindo, assim, a sistematização das premissas e a análise comparada dos discursos retóricos produzidos.

Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceito operacional, da pesquisa bibliográfica e de análise jurisprudencial.

1. A ESTRATÉGIA DE "*JUDICIAL DIALOGUE*" TRANSNACIONAL

A consolidação da globalização como comportamento ataca a premissa do princípio clássico da soberania, segundo a qual os Estados são "comunidades independentes" no exercício de seu *imperium*. Este é o enquadramento para o fenômeno que é imediatamente relevante: as organizações globais, transnacionais, supranacionais e internacionais afetam a

interação social nos Estados de tal forma, e com tanta autonomia, que a soberania não pode assumir todo o constructo, mas a tornam gravada com maior complexidade, especialmente pela multiplicação de atores e demandas com que o Estado se relaciona ou é impactado⁴.

A influência real dessas instituições faz com que entre colunas e secções dos Judiciários nacionais novas estratégias sejam manejadas. Sem prejuízo dos diversos textos que se dedicam aos impactos e às consequências advindas da globalização, dos novos atores e afins, um ponto que resta incontrovertido é o diálogo judicial em progresso entre Cortes Constitucionais e demais estruturas dos Judiciários nacionais.

A hegemonia homogeneizadora do Estado nacional, típico do modelo político vestfálico e da linha filosófica hegeliana, para a produção normativa, abre uma senda para a consideração de manifestações antes secundárias como jurídicas e normatizadoras das dinâmicas sociais e institucionais. Nesse sentido, proposições normativas decorrem da capacidade institucional das suas instituições no exercício da autoridade que possuem, incluindo as manifestações sociais⁵.

Por outro lado, em sendo a transnacionalidade um fenômeno multinível, dinâmico, especializado, flexível, predominantemente horizontal e em constante comunicação com outros ordenamentos, sistemas e regimes, não é de se estranhar o fato que suas consequências normativas sejam compartilhadas, não restando incólume os fundamentos decisórios de julgamentos judiciais.

Em tese, o ponto de referência para essa legitimidade é um estoque de princípios básicos comuns, pelo menos para as instituições globais, transnacionais, supranacionais, internacionais e nacionais que tocam a vida social cotidiana. Particularmente relevantes entre estes são princípios como os Direitos Humanos, o Estado de Direito, Transparência e a Democracia, não só no que se refere às construções doutrinárias, mas também no que tange à legitimidade⁶. Parece justo dizer que princípios derivados dos Direitos Humanos, do Estado de Direito, e da Democracia, são agora reconhecidos como referente relevante para todas as formas de exercício da autoridade com abrangência pública.

Por essas razões, desde a fórmula sintetizada, no âmbito do Direito Público Comparado, por Armin von Bogdandy⁷, têm-se como possível metodologia de estudo para a dimensão transnacional do Direito, primeiro a compreensão dos fenômenos de modo analítico, depois, a extração dos princípios relevantes de cada fenômeno examinado para, ao final, discutir as inter-relações dessas ações em suas múltiplas situações. Por sua vez, quando do surgimento de

⁴ SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015, p. 519-520.

⁵ STAFFEN, Marcio Ricardo. On the Authority of Transnational Law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 23, n. 1, 2021, p. 477-478.

⁶ Nesse sentido: VON BENDA-BECKMANN, Franz. Human rights, cultural relativism, legal pluralism. VON BENDA-BECKMANN, Franz; VON BENDA-BECKMANN, Keebet; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world**. New York: Berghahn, 2012, p. 121 e; VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v 12, n 4, out. 2014, p. 983.

⁷ VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v 12, n 4, out. 2014, p. 980.

qualquer fenômeno novo, há que se principiar novamente esse esquema, de modo a ser representado por uma espiral incessante.

Diante desse contexto, torna-se possível fixar um padrão orientado muito mais por canais de comunicação e apresentação de preceitos dotados de maior efetividade para cada fenômeno, dada sua especialidade. Mesmo que se observe em alguns momentos, justaposições e/ou sobreposições, as vias de comunicação contribuem com o desenvolvimento do Direito, se enfrentadas de modo substancial. Como consequência, ganha força a noção de que as prescrições normativas não se originam em fluxos formais, verticais, descendentes, ao estilo *up-down*.

André-Jean Arnaud, por sua vez, com um olhar desde as dinâmicas sociais, além de enfrentar o problema do lugar de produção da norma, sob o aspecto da geografia nacional/internacional, cria bases de hibridismo no que tange às fontes do Direito, seus métodos e seu lugar de produção em tempos de globalização⁸.

Os poderes judiciários nacionais, as cortes supranacionais ou internacionais demonstram suas contribuições para a definição de padrões normativos fundantes dessa estratégia de diálogo judicial transnacional. Nesse contexto, o Judiciário não se restringe ao preceito do *judicial review*. Também não presta de contributo apenas no âmbito de sua competência geográfica, pois o transjudicialismo⁹, o *living law*¹⁰, o comércio entre juízes¹¹, a litigância transnacional¹² ou a circulação de modelos jurídicos¹³ faz com que sua atuação seja de maior envergadura, com destaque para a autoridade que exerce sobre a tutela de determinados direitos e pretensões jurídicas em atendimento às necessidades sociais.

Ao passo em que as bases do Estado e do Direito Moderno são descalcificadas pelo transnacionalismo, também as cortes de justiça e a função dos juízes sofrem sismos em sua existência. A circulação de modelos jurídicos gesta um *transjudicialismo*¹⁴. Os novos julgadores converteram-se em *judicial-law making*, orbitando entre *soft* e *hard law*.¹⁵

Os tribunais nacionais passam a se basear em julgamentos de outros tribunais nacionais, desenvolvendo construções jurídicas em paralelo e promovendo uma interação judicial

⁸ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 148-150.

⁹ SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, p. 122-129, 1994-1995.

¹⁰ MUCHLINSKI, Peter T. 'Global bukowina' examined: viewing the multinational enterprise as a transnational law-making community. In: TEUBNER, Günther (ed.). **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997, p. 79.

¹¹ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

¹² SANTOS, Cecília MacDowell dos. **A mobilização transnacional do direito**. Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina, 2012.

¹³ PAFFARINI, Jacopo. *Modelli costituzionali e società di mercato*. Lima: EGACAL, 2015.

¹⁴ LUPI, André Luppi Pinto Basto. A jurisprudência brasileira e a transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 123-138.

¹⁵ COTTERRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

transnacional¹⁶. Tal estratégia de diálogo judicial, potencializada pelas dinâmicas da transnacionalidade, implica em comunicações relativas à consolidação de institutos jurídicos, ao papel dos Tribunais, aos designs institucionais e ao reconhecimento de autoridades.

Trazendo à baila a tese de Garapon e Allard pode-se atribuir um novo perfil de juiz. Ao defenderem um “comércio entre juízes”, no sentido de constante e progressivo intercâmbio de experiências jurídicas, sustentam argumentos próprios para que as decisões judiciais dos Estados não sejam mais utilizadas como regras isoladas, mas que demandam compartilhamento além dos limites tradicionais da jurisdição. Tem-se, assim, não um estilo erudito e doutrinário que orientará esse comércio, pois as decisões de tribunais consultadas e utilizadas em arrazoados valem pela capacidade prática de efetivar princípios gerais¹⁷.

A partir da constatação da penetração do paradigma global (*desterritorializado*) na ordem jurídica nacional, a função dos juízes no espaço global-nacional merece ser revisitada. Para Jacopo Paffarini, além das importações de precedentes estrangeiros para argumentação nos respectivos casos sob sua competência, os juízes devem avaliar os impactos externos de suas decisões, tanto na arquitetura constitucional local, quanto na proteção de bens jurídicos de envergadura transnacional¹⁸.

Vale ressaltar que este emaranhado de redes que atinge a judicatura, criando um governo mundial de juízes, importa na conectividade da magistratura e dos tribunais, de modo a aliciar os juízes para compartilharem suas decisões e coibir para que não permaneçam neutros aos seus pares, construindo precedentes juridicamente válidos em razão da matéria enfrentada e sua conformação em casos futuros, indiferente da competência nacional, tornando a dicção do direito mais fluída, desterritorializada, adaptável e corrigível. Faz-se, portanto, possível um novo expediente para circulação de modelos jurídicos.

A proliferação do discurso que gravita nos símbolos da globalização por si representa um grandioso espaço de investigação e judicialização, ainda que o Direito tenha se dedicado ao assunto com certo retardo temporal. Como consequência, vislumbra-se a projeção de grandes discussões jurídicas que são travadas no anseio de estabelecer-se diretrizes para a equação *Law-Body-Space*.

2. UM RECORTE BRASILEIRO PARA ESTRATÉGIA DE “*JUDICIAL DIALOGUE*” TRANSNACIONAL

Enquanto os profissionais do Direito se concentram no alcance e significado da estratégia de “*judicial dialogue*” para a resolução principiológica de valores normativos conflitantes na ordem nacional e/ou estrangeira, estudiosos jurídicos e políticos tentam conceituar e encontrar o núcleo comum universal dessa noção muito ampla e às vezes ambígua que diz respeito à respectiva estratégia.

¹⁶ VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v 12, n 4, out. 2014, p. 992.

¹⁷ ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

¹⁸ PAFFARINI, Jacopo. O Transjudicialismo processual e as Cortes de Justiça estatais. In: FORTES, Vinícius Borges *et ali.* (Org.). **Seminário acadêmico de direito IMED**: o novo código de processo civil e os desafios para o direito e para a democracia. Carazinho: Deviant, 2015, p. 38-50.

Assim, tornou-se um tema para debates acadêmicos em curso se a estratégia de "*judicial dialogue*" é fonte do Direito, método para comparação jurídica ou se serve como uma ferramenta interpretativa que auxilia os juízes em seu esforço para resolver conflitos normativos influenciados ou influentes pelas dinâmicas da transnacionalização do Direito, pelas razões anteriormente registradas.

Aparentemente, é implausível fornecer uma definição abrangente de estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional fora dos contextos factuais. A abordagem mais sábia para determinar o alcance e o significado do conceito seria sua análise caso a caso. Além disso, as condições sociais, políticas e econômicas exercem influência significativa sobre a interpretação judicial da estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional. A compreensão dos juízes sobre a noção informa sua interpretação em diferentes sistemas jurídicos e políticos.

A evolução jurídica do significado de "*judicial dialogue*" transnacional depende de vários fatores, como o sistema político e jurídico, o poder de revisão judicial e a tradição jurídica. Os tribunais em alguns países podem até recuar em suas práticas anteriores, contudo, sua presença estará em dormência. No cenário brasileiro, tal utilização não se apresenta como novidade das últimas horas. Por força do processo de independência, desde os primórdios do sistema judiciário nacional, a busca por referências no exterior se fez presente, primeiro, via Portugal, depois, por razões estratégicas e de adequação dogmática com decisões provenientes dos Estados Unidos da América, Alemanha e França.

Sem prejuízo de decisões importantes como nos casos de racismo/antissemitismo, manipulação de células tronco, aborto de anencefálicos, violações de Direitos Humanos no Regime Ditatorial, cotas raciais e relações conjugais entre pessoas do mesmo sexo, para o presente estudo o foco recai na discussão sobre homofobia e transfobia e sua equiparação ao crime de racismo (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão/ADO n. 26, julgada em 13 de junho de 2019). Na ascendência das pautas constitucionais de liberdade de opção sexual e políticas igualitárias, iniciadas com o reconhecimento da constitucionalidade da união civil de pessoas do mesmo sexo, em junho de 2019, o plenário do Supremo Tribunal Federal levou a julgamento a pretensão de equiparação da homofobia e da transfobia ao crime de racismo, cuja conduta é imprescritível e inafiançável, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, conjugado com o teor da Lei n. 7.716/1989.

O Ministro Celso de Mello, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26/ DF, manifestou-se declarando a omissão inconstitucional do Poder Legislativo quanto à incriminação da homofobia e da transfobia, aduzindo discriminações relacionadas à orientação sexual e à identidade de gênero. Destacou em seu voto que mais importante "do que atitudes preconceituosas e discriminatórias, tão lesivas quão atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais de qualquer pessoa, independente de suas convicções, orientação sexual e percepção em torno de sua identidade de gênero, é a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe fazer prevalecer, sempre, no exercício irrenunciável da jurisdição constitucional, a autoridade e a supremacia da Constituição e das leis da República".

Para tanto, adentrou sobre as várias formas de expressão da diversidade sexual humana, a noção de gênero e de autonomia da sexualidade humana. Sintetizou, em complemento, que

“determinados grupos políticos e sociais, inclusive confessionais, motivados por profundo preconceito, vêm estimulando o desprezo, promovendo o repúdio e disseminando o ódio contra a comunidade LGBT, recusando-se a admitir, até mesmo, as noções de gênero e de orientação sexual como aspectos inerentes à condição humana”.

Na compreensão do Ministro Celso de Mello, a Constituição brasileira, alcunhada como “Constituição cidadã”, permite, por meio de mandados de criminalização, mecanismos que constroem o Poder Legislativo, para que normatize na seara penal as condutas que afrontam com liberdades fundamentais repelindo lesões, discriminações negativas e arbitrariedades.

Inobstante o escorço de natureza constitucional que pauta o voto do Ministro Celso de Mello, é observado no respectivo *decisium* o arranjo de preceitos normativos e precedentes da ordem constitucional brasileira com argumentos extraídos de decisões judiciais de Cortes estrangeiras que constituem arrimo para demonstração do alinhamento da Suprema Corte brasileira com suas homônimas, na vanguarda de matérias de reconhecimento de liberdades e eliminação de discriminações.

A manifestação em apreciação, quando do enfrentamento do tema da liberdade de expressão buscou amparo no Caso *United States vs. Schwimmer* (279 U.S. 644). Para a validação do reconhecimento do direito pela busca da felicidade, fez constar como lastro os casos *Butchers’ Union Co. vs. Crescent City Co.* (111 U.S. 746, 1884), *Yick Wo vs. Hopkins* (118 U.S. 356, 1886), *Meyer vs. Nebraska* (262 U.S. 390, 1923), *Pierce vs. Society of Sisters* (268 U.S. 510, 1925), *Griswold vs. Connecticut* (381 U.S. 479, 1965), *Loving vs. Virginia* (388 U.S. 1, 1967) e *Zablocki vs. Redhail* (434 U.S. 374, 1978). Por seu turno, o Caso *Brown vs. Board of Education*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, serviu como arrimo para a tese de respeito à liberdade, à proteção das minorias e à legitimação da postura ativa da Corte. O Caso *Toonen vs. Austrália*, (Comunicação n. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992) induziu a discussão sobre sexo e orientação sexual e as pretensões de intervenção jurídica em respeito às liberdades individuais. O tratamento da eliminação da discriminação por orientação e opção sexual restou comparado com a decisão no Caso *Mohammed Gelle vs. Dinamarca*, (Comunicação n. 34/2004, CERD/C/68/D34/2004). Também o embate sobre o conceito de discriminação foi orientado pela contribuição obtida com os casos *Willis vs. Reino Unido*, § 48, 2002 e *Okpizs vs. Alemanha*, § 33, 2005, da Corte Europeia de Direitos Humanos. Acerca do permissivo sobre mandados de criminalização, o Ministro Relator referenciou a experiência advinda do Caso *Ahmadou Sadio Diallo*, da Corte Internacional de Justiça.

Também salta aos olhos a utilização de expedientes classificados como de *soft law*, para embasar o fundamento decisório, notadamente a menção à Opinião Consultiva n. 24/2017, na qual constou que “o Estado deve assegurar que os indivíduos de todas as orientações sexuais e identidades de gêneros possam viver com a mesma dignidade e o mesmo respeito que têm todas as pessoas’ (...).”

Em que pese o destacado volume de decisões judiciais estrangeiras, dispersas em cronologia e em cortes distintas, com clara inclinação para os precedentes estadunidenses, o aprofundamento da análise destas decisões demonstra um comportamento prevalente de simples menção aos julgados. Com exceção ao Caso *Brown vs. Board of Education*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, os demais apenas constaram no modo de referência tópica, sem

aprofundamento sobre o objeto da pretensão e sem investigação das *ratio decidendi* manejadas originalmente.

Situações específicas de cada contexto social, cultural, nacional e institucional de discriminações e do sentido normativo da busca à felicidade, por exemplo, em momento algum foram objeto de inquirição e análise, negligenciando a possibilidade de contribuição da estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional e, ao mesmo tempo, colocando em xeque a integridade do ordenamento jurídico nacional, por ausência de rigor e cautela.

A ideia de uso da estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional, neste caso, é esvaziada, vez que ao invés de constituir em meio de reforço argumentativo e de persuasão, sendo muito mais hábil como elemento de demonstração de erudição, segundo padrão de análise retórica do discurso. Em síntese, tal utilização deixa carente a capacidade de fundamentação das decisões domésticas, e pouco agrega à circulação transnacional de soluções e argumentos jurídicos.

Tal comportamento decisório se equipara ao fenômeno denominado de "*cherry picking*"¹⁹ que, nas palavras de Andrew Friedman, se configura como mero uso retórico de direito estrangeiro por parte de julgador que já possui decisão pré-constituída, buscando apenas orientação jurisprudencial conveniente aos seus objetivos.

Ainda assim, diante de tais conjugações, sob o pálio da vedação da discriminação negativa, o voto do Ministro Relator, acompanhado pela maioria, fixou o enquadramento de condutas homofóbicas e transfóbicas, pois configuram manifestações de racismo social, segregação e inferiorização da pessoa humana. Diante disso, se procedeu com interpretação conforme a Constituição (artigo 5º, incisos XLI e XLII), até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional.

De tal sorte, o recorte brasileiro de estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional indica um uso disfuncional de tal instrumento que, no máximo, procura conferir verniz de vanguarda e alinhamento ideológico com manifestações de Cortes estrangeiras, sem substancial esforço para contrastes acerca de contextos históricos, institucionais, políticos e culturais de cada paradigma, verdadeiras circunstâncias do caso concreto, por conveniência sem rigor metodológico.

3. A ESTRATÉGIA DE "*JUDICIAL DIALOGUE*" TRANSNACIONAL NA SUPREMA CORTE DO QUÊNIA

O caso do Quênia representa um ponto de observação interessante para apreender não apenas o potencial transformador, mas também as ambiguidades e resistências ligadas à circulação transnacional de soluções e argumentos jurídicos entre os tribunais.

¹⁹ FRIEDMAN, Andrew. **Beyond cherry picking**; selection criteria for the use of foreign law in domestic constitutional jurisprudence. 2011, p. 889.

Com sentença de 24 de maio de 2019²⁰, a *High Court* do Quênia abordou a questão da legitimidade da *anti-sodomy law*, decidindo rejeitar os dois recursos com os quais haviam sido censuradas as seções 162 (a) (c) e 165 do Código Penal como "vagos" e "indeterminados", bem como contrários a diversos princípios e liberdades constitucionais. Essas disposições, em particular, estabelecem que quem tem "conhecimentos carnis contra a ordem da natureza" ou que permite que uma pessoa tenha "conhecimentos carnis contra a ordem da natureza", bem como a pessoa que pratica um ato de "indecência grave com outro homem".

Os argumentos jurídicos em favor da inconstitucionalidade desses artigos do código penal foram baseados em uma leitura evolutiva da constituição queniana de 2010, mas também ultrapassaram as fronteiras do direito nacional graças ao uso massivo de referências à jurisprudência estrangeira e internacional. De uma perspectiva constitucional "doméstica", de fato, a tentativa dos requerentes foi de desobstruir o campo da suspeita de que a descriminalização do crime de sodomia resultou, de fato, no reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, excluído pelo art. 45 da Constituição²¹, especificando que se tratava de proteger um grupo "marginalizado" nos termos do art. 260 da Constituição.

A citação das decisões de tribunais estrangeiros e supranacionais, por outro lado, teve que servir para fortalecer o recurso, demonstrando o amplo consenso em nível global na direção da superação da criminalização da homossexualidade (entre as decisões estrangeiras mais relevantes, como adotada em países *ex dominions* britânicos, podemos citar a *National Coalition for Gay and Lesbian equality v Minister of Justice e Bernstein & others v Bester & others* - África do Sul, 1998; *Navtej Johar v Union of India* - Índia, 2018; *Letsweletse Motshidiemang v State* - Botsuana, 2019). A referência à jurisprudência estrangeira e internacional não se limitou, no entanto, à questão específica que é objeto do recurso, investindo inúmeros perfis relativos ao papel do tribunal no que respeita aos direitos das minorias, interpretação constitucional, condições de legitimidade da limitação de direitos, conteúdo dos direitos e liberdades constitucionais individuais (por exemplo, dignidade humana, liberdade pessoal, direito à privacidade).

A *High Court*, como já mencionado, rejeitou os recursos, argumentando a necessidade de uma interpretação literal e "genética" da Constituição à luz da qual o mesmo código penal deve ser lido, "umbilicalmente" vinculado à Constituição e mesmo funcional à proteger seus valores e o próprio "espírito". A conclusão a que chegaram os magistrados, em especial, é que as normas que prevêm como crime as relações homossexuais não violam os dois princípios fundamentais identificados como mais relevantes no presente caso, ou seja, a dignidade da pessoa humana (artigo 28.º da Constituição) e o respeito pela privacidade (artigo 31.º da Constituição).

²⁰ Trata-se da decisão Constitutional and Human Rights Division of the High Court of Kenya, *EG v The Hon. Attorney General of Kenya* (Petition no 150 of 2016) and *JM and 7 Others v The Hon. Attorney General of Kenya* (Petition no 234 of 2016) (consolidated), May 24th 2019, para um aprofundamento LOCCHI, Maria Chiara. Il movimento globale verso la depenalizzazione dell'omosessualità si arresta a Nairobi: la High Court del Kenya conferma la legittimità costituzionale dell'anti-sodomy law. **Federalismi, Focus Africa**, federalismi.it, 2019, p. 3.

²¹ O c. 2 do artigo 45 prevê : «Every adult has the right to marry a person of the opposite sex, based on the free consent of the parties».

Ao mesmo tempo em que atribuem peso decisivo às peculiaridades históricas, sociais e culturais da sociedade queniana, consubstanciadas no texto constitucional, os juízes não se esquivaram de confrontar os argumentos e soluções desenvolvidos por tribunais estrangeiros e internacionais. De fato, amplo espaço é dedicado a referências da jurisprudência de outros países em relação a diversos pontos qualificadores da fundamentação articulada na decisão e, em particular, à questão da descriminalização das relações homossexuais. A respeito dessa questão, a Corte revisou as sentenças de tribunais estrangeiros e internacionais que nos últimos anos se pronunciou a favor da superação do crime de sodomia, observando, porém, como a jurisprudência estrangeira, embora potencialmente persuasiva, não oferece um "guia segura" na interpretação da Constituição (par. 355 da sentença), que deveria ser conduzida mais corretamente à luz do contexto histórico e da intenção do constituinte.

O *Judicial Dialogue* transnacional, portanto, desempenhou um papel crucial no caso decidido pela *High Court* do Quênia; tanto as partes quanto o próprio Tribunal fizeram inúmeras referências às decisões de tribunais estrangeiros (em particular, países da Commonwealth) e internacionais sobre a legitimidade das disposições penais que reprimem as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, confirmando que "a predisposição 'genética' para dialogar²²" típico dos tribunais superiores dos países da África Austral que experimentaram a dominação britânica - um diálogo em que os tribunais "selecionam os materiais normativos a serem introduzidos no sistema jurídico [e] 'dobram' os conteúdos para a autopreservação do sistema constitucional"²³.

A posição assumida pelo tribunal queniano em relação à influência dos argumentos e soluções desenvolvidas por outros tribunais nacionais e supranacionais, no entanto, foi no sentido de fechamento. Esse fechamento também pode ser visto como uma derrota do ponto de vista da *strategic litigation* no processo de afirmação dos direitos das minorias e grupos marginalizados, fenômeno que se beneficia do mesmo *judicial dialogue* transnacional e da criação de um "*common law*" em matéria de proteção dos direitos humanos (não apenas em termos de descriminalização da homossexualidade, mas também, por exemplo, em relação à superação da pena de morte)²⁴. Nos últimos anos tem havido um aumento, no *Global South*, de casos jurisprudenciais promovidos por advogados ativistas pelos direitos das minorias LGBT, que fazem uso extensivo de referências a sentenças de tribunais estrangeiros e supranacionais, coordenando-se com associações locais e recebendo assistência de uma rede de importantes organizações internacionais para a defesa dos direitos humanos (por exemplo, a *Human Dignity Trust*, a *Commonwealth Lawyers Association* e a *International Commission of Jurists*)²⁵.

O caminho da *strategic litigation* associada ao *judicial dialogue* transnacional, no entanto, não é isento de riscos e zonas cinzentas: por um lado, de fato, não se exclui que o sucesso de

²² NICOLINI, Matteo. "When Southern African Courts Join Judicial Conversation": considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale. CUKANI, Entela, DICOSOLA, Maria, NICOLINI, Matteo, POGGESCHI, Giovanni. **Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale**. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico. Napoli. ESI, 2015, p. 88.

²³ NICOLINI, Matteo. **La giustizia costituzionale in Africa australe**. Bologna: Filodiritto Editore, 2015, p. 111.

²⁴ NOVAK, Andrew. **Transnational Human Rights Litigation**. Challenging the Death Penalty and Criminalization of Homosexuality in the Commonwealth. Cham: Springer, 2020

²⁵ NOVAK, Andrew. Using International and Foreign Law in Human Rights Litigation: The Decriminalization of Homosexuality in Belize. **Journal of Human Rights Practice**, 2/2018, p. 347

uma determinada instância a nível global, graças a iniciativas promovidas por Norte, pode provocar ressentimentos ou retrocessos em nível local, alimentando uma narrativa segundo a qual uma certa "inovação", na forma de uma prática social ou instituição jurídica, deve ser considerada "estrangeira" ou "ocidental", e, portanto, ser visto com desconfiança; por outro lado, superar a odiosa discriminação legislativa pela jurisprudência, sem construir um processo de conscientização "de baixo para cima" que eventualmente se reflita na reforma legislativa, pode revelar-se uma conquista frágil²⁶.

O caso queniano aqui examinado também destaca outra dinâmica, paradoxal, desencadeada pelo *judicial dialogue* transnacional, ou melhor, pela recusa, contestada pela Corte, de adotar uma decisão na esteira já traçada por outros tribunais de autoridade em nível internacional. Com efeito, seria de esperar que a insistência na "resistência às influências ocidentais" levasse à rejeição de dispositivos legislativos resultantes da imposição colonial de modelos alheios, como os dispositivos do código penal queniano que criminalizam a homossexualidade (que reproduzem a *anti-sodomy law* indiana e, portanto, britânica). Por outro lado, o simples fato de as regras contestadas terem sido impostas pelos "patrões coloniais" britânicos não foi considerado motivo para rejeitar as próprias regras, na medida em que "*they are still good law*" (par. 194 da sentença).

Do ponto de vista da circulação de modelos e das (supostas) reações de "rejeição" ao transplante colonial de instituições jurídicas originárias de outros lugares, parece paradoxal que a repressão criminal à homossexualidade seja apresentada pelos juízes como uma bandeira da autenticidade da "identidade africana", quando essa se configura como resultado da colonização britânica e quando a maior parte dos sistemas jurídicos que qualificam, ainda hoje, a homossexualidade como crime conheceram a dominação britânica²⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma preocupação comum em relação à aplicação judicial da estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional é que os juízes possam impor seus valores por meio da aplicação de mecanismos aplicados de modo indiscriminado e sem rigor metodológico. Embora esse problema seja comum também ao uso da comparação jurídica, do transjudicialismo e da importação de doutrinas estrangeiras, recomenda-se que tal estratégia seja acompanhada de contrastes com o contexto histórico, cultural, institucional, político e cultural dos Estados e do cenário de cada Corte Constitucional envolvida no processo.

No entanto, há outro aspecto da estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional baseada na virtude social que revela os contornos da dimensão culturalmente relativa do conceito. A conduta e o tratamento socialmente valorizados variam de país para país com base nas tradições locais e nas relações sociais. O aspecto culturalmente relativo dos direitos e fatos sociais normatizados demanda atenção, sob pena de banalização da estratégia, rejeição

²⁶ WAITES, Matthew. The new trans-national politics of LGBT human rights in the Commonwealth: what can UK NGOs learn from the global South?. STELLA, Francesca, TAYLOR, Yvette, REYNOLDS, Tracey, ROGERS, Antoine (eds.). **Sexuality, Citizenship and Belonging: Trans-National and Intersectional Perspectives**. London: Routledge, 2016, pp. 73-94.

²⁷ HUMAN RIGHTS WATCH. **This Alien Legacy**. The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism. December 2008, <https://www.hrw.org/report/2008/12/17/alien-legacy/origins-sodomy-laws-british-colonialism>, pp. 7-8.

institucional das interpretações e inovações produzidas, bem como, o efeito caudatário de ineficácia e ausência de efetividade das mudanças propostas.

Sobre o argumento de mandado de criminalização e do sentido do protagonismo das Cortes Constitucionais essa preocupação é potencializada. Afinal, tais ocorrências estão diretamente associadas com a realidade contingencial de cada Estado e dos desafios institucionais e políticos a serem superados em determinado tempo e espaço, ao exemplo de que a discriminação a ser eliminada no Brasil, no Quênia e/ou nos Estados Unidos não se apresenta pela mesma forma.

A estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional, utilizada pelas Cortes Constitucionais deve considerar que a identidade e o valor individuais em muitas ocasiões dependem de como os membros individuais da comunidade consideram e valorizam uma personalidade individual. Embora a preocupação com a Justiça seja um desiderato universal, seu conteúdo depende em grande parte dos valores sociais, religiosos e tradicionais de certas comunidades.

Por outro lado, não se recomenda o enclausuramento das Cortes Constitucionais para suas homônimas ou o desprezo para decisões produzidas no estrangeiro, pois abriria uma senda de descompasso entre realidades locais e globais, cujo efeito atingiria, dentre outros, o sistema protetivo de Direitos Humanos. Logo, tanto a menção nominal de casos judiciais estrangeiros, como massificação retórica, quanto a repulsa às decisões estrangeiras, por discursos anticolonialistas são extremos que não se coadunam com a contribuição da estratégia de "*judicial dialogue*" transnacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALLARD, Julie, GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COTTERRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, 2012.

FRIEDMAN, Andrew. **Beyond cherry picking**; selection criteria for the use of foreign law in domestic constitutional jurisprudence. 2011.

HUMAN RIGHTS WATCH. **This Alien Legacy**. The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism. December 2008, <https://www.hrw.org/report/2008/12/17/alien-legacy/origins-sodomy-laws-british-colonialism>. Acesso em 19 de abril de 2022

LOCCHI, Maria Chiara. Il movimento globale verso la depenalizzazione dell'omosessualità si arresta a Nairobi: la *High Court* del Kenya conferma la legittimità costituzionale dell'*anti-sodomy law*. **Federalismi, Focus Africa**, federalismi.it, 2019.

- MUCHLINSKI, Peter T. 'Global bukowina' examined: viewing the multinational enterprise as a transnational law-making community. In: TEUBNER, Günther (ed.). **Global law without a state**. Brookfield: Dartmouth, 1997.
- NICOLINI, Matteo. "When Southern African Courts Join Judicial Conversation": considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale. In: CUKANI, Entela, DICOSOLA, Maria, NICOLINI, Matteo, POGGESCHI, Giovanni. **Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale**. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico. Napoli. ESI, 2015.
- NICOLINI, Matteo. **La giustizia costituzionale in Africa australe**. Bologna: Filodiritto Editore, 2015.
- NOVAK, Andrew. Using International and Foreign Law in Human Rights Litigation: The Decriminalization of Homosexuality in Belize. **Journal of Human Rights Practice**, 2/2018.
- NOVAK, Andrew. **Transnational Human Rights Litigation**. Challenging the Death Penalty and Criminalization of Homosexuality in the Commonwealth. Cham: Springer, 2020.
- PAFFARINI, Jacopo. **Modelli costituzionali e società di mercato**. Lima: EGACAL, 2015.
- PAFFARINI, Jacopo. O Transjudicialismo processual e as Cortes de Justiça estatais. In: FORTES, Vinícius Borges *et alii*. (Org.). **Seminário acadêmico de direito IMED: o novo código de processo civil e os desafios para o direito e para a democracia**. Carazinho: Deviant, 2015.
- SANTOS, Cecília MacDowell dos. **A mobilização transnacional do direito**. Portugal e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Coimbra: Almedina, 2012.
- SASSEN, Saskia. **Territorio, autoridad y derechos**. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales. Buenos Aires: Katz, 2015.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, Richmond, v. 29, 1994-1995.
- STAFFEN, Marcio Ricardo. On the Authority of Transnational Law. **Estudios Socio-Jurídicos**, Bogotá, v. 23, n. 1, 2021.
- VON BENDA-BECKMANN, Franz; VON BENDA-BECKMANN, Keebet; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world**. New York: Berghahn, 2012,
- VON BOGDANDY, Armin. Common principles for a plurality of orders: A study on public authority in the European legal area. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford: v 12, n 4, out. 2014, p. 983
- WAITES, Matthew. The new trans-national politics of LGBT human rights in the Commonwealth: what can UK NGOs learn from the global South?. STELLA, Francesca., TAYLOR, Yvette, REYNOLDS, Tracey, ROGERS, Antoine (eds.). **Sexuality, Citizenship and Belonging: Trans-National and Intersectional Perspectives**. London: Routledge, 2016.

NUOVE PROSPETTIVE DI SOSTENIBILITA' INTERGENERAZIONALE: LA SOSTENIBILITA' DELLE MATERIE PRIME NELLA TRANSIZIONE TECNOLOGICA ENERGETICA.

Daniele Porena¹
Carla Piffer²
Nicolo' Basigli³

RIASSUNTO

L'obiettivo generale di questo articolo è, a partire dalla macro tematica relazionata alle nuove prospettive della sostenibilità, dialogare a riguardo della sostenibilità delle materie prime in un contesto di transizione tecnologica energetica. I suoi obiettivi specifici sono: parlare del concetto di sostenibilità correlato a quello delle future generazioni; presentare la tematica relazionata alla sostenibilità tecnologica, o più precisamente, la relazione tra la sostenibilità e la tecnologia e, dimostrare che la sostenibilità e la tecnologia fanno sorgere una nuova sfida che coinvolge la produzione di energia pulita a partire dalle nuove tecnologie e dalle materie prime minerarie necessarie al processo. Relativamente alla metodologia usata in questo lavoro, nella fase di ricerca si è utilizzato il metodo induttivo, nella fase di trattamento dei dati il metodo cartesiano, e nell'elaborazione dei risultati è stata usata la logica induttiva.

Parole chiave: sostenibilità; future generazioni; sostenibilità tecnologica; energia pulita; transizione energetica.

INTRODUZIONE

Qualunque processo innovativo, indipendentemente dall'area di applicazione, è volto a presentare alternative per una determinata situazione o, in una prospettiva più soddisfacente, risolvere i problemi che si presentano. Accade che già da decenni, le tematiche relazionate

¹ Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Perugia. Delegato del Rettore per il settore riforme, semplificazione e supporto legale. Si è occupato del paragrafo intitolato: "Sul concetto di sostenibilità e sul problema delle future generazioni: un'introduzione". Email: daniele.porena@unipg.it.

² Borsista Post-dottorato all'Estero – PDE CNPQ, "Chamada Pública MCTI/CNPq n 14/2023". Dottorato di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università degli Studi de Perugia, Italia. Dottorato in Ciência Jurídica (UNIVALI). Professoressa Permanente dei Programmi di Master e Dottorato in Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Si è occupata del paragrafo intitolato: "La sostenibilità tecnologica: considerazioni necessarie". E-mail: carlapiffer@univali.br

³ Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Vale do Itajaí – UNIVALI, Brasile. Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche presso Università Degli Studi di Perugia- UNIPG. Laureato presso l'Università Degli Studi di Perugia – UNIPG, Italia. E-mail: basigli@edu.univali.br

all'ambiente e alla sua degradazione possiedono una relazione diretta con la sopravvivenza della vita nel pianeta, essendo i cambiamenti climatici niente di più che il riflesso negativo dell'attività umana durante tutto questo periodo.

In questo modo, visto che il processo di cambiamento climatico è intimamente connesso all'emissione di gas ad effetto serra, alla manutenzione di strutture industriali e tecnologiche basate su combustibili fossili e all'estensiva deforestazione, è urgente la resa effettiva di un piano di transizione tenendo in conto l'implementazione dei processi innovativi i quali forniscano alternative sostenibili per risolvere i problemi creati proprio dall'uomo.

Ed è davanti a questo contesto che il presente elaborato, a partire dalla macro tematica relazionata alle nuove prospettive della sostenibilità, pretende dialogare a riguardo della sostenibilità delle materie prime in un contesto di transizione tecnologica energetica.

Quindi, inizialmente si parlerà del concetto di sostenibilità correlato a quello delle future generazioni, visto che la teoria della giustizia introduce, già da tempo, una contundente pluralità di argomenti giustificativi a riguardo della legittima preoccupazione con l'attuale e le future generazioni.

A seguire, la tematica relazionata alla sostenibilità tecnologica, o più precisamente, la relazione tra la sostenibilità e la tecnologia, dei giorni odierni, è necessario che venga introdotta nel discorso, visto che la sostenibilità è intimamente relazionata all'innovazione e può essere un importante strumento per il raggiungimento delle mete – come delineato dall'agenda 2030 dell'ONU, ad esempio - per offrire nuove alternative a fronte dello scenario dei cambiamenti climatici.

In fine, questo studio pretende dimostrare che la sostenibilità e la tecnologia – senza escludere nessuna delle varie dimensioni della sostenibilità, ovviamente – fanno sorgere una nuova sfida, oggetto centrale di questo elaborato: la produzione di energia pulita a partire dalle nuove tecnologie e dalle materie prime minerarie necessarie al processo.

Relativamente alla metodologia usata in questo lavoro, nella fase di ricerca si è utilizzato il metodo induttivo, nella fase di trattamento dei dati il metodo cartesiano, e nell'elaborazione dei risultati è stata usata la logica induttiva.

1. SUL CONCETTO DI SOSTENIBILITA' E SUL PROBLEMA DELLE FUTURE GENERAZIONI: UN'INTRODUZIONE

Una breve introduzione al concetto di sostenibilità non può che prendere avvio dai primi passi che, nel dibattito pubblico internazionale, il principio in oggetto ha mosso ormai trentacinque anni fa.

La prima intuizione che condusse alla elaborazione del problema della sostenibilità si deve infatti agli approdi ai quali giunse il noto rapporto Brundtland – dall'evocativo titolo "Our

common future” – pubblicato dalla Commissione mondiale sull’ambiente e lo sviluppo (WCED) nel 1987⁴.

La prospettiva abbracciata dal rapporto Brundtland - lo si ricordi – era impegnata a definire come ‘sostenibile’ quello sviluppo economico capace di soddisfare i bisogni delle generazioni presenti senza altresì compromettere la soddisfazione di analoghi bisogni in capo alle generazioni future.

La fortuna che la definizione ricordata ha avuto nel corso degli anni sembra testimoniata dalla sostanziale tenuta che la stessa ha mostrato nelle ampie elaborazioni normative e dottrinarie che si sono susseguite nell’arco di oltre tre decenni.

E infatti, ancora oggi, permane al centro delle preoccupazioni legate alla sostenibilità la dimensione relazionale e intergenerazionale che ha ispirato la prima gemmazione del principio in parola.

In aggiunta a quanto osservato, il principio di sostenibilità ha indubbiamente mostrato una notevole capacità espansiva che lo ha condotto, nel corso del tempo, a occupare spazi di riflessione che vanno ben oltre il perimetro – seppur non certo angusto – all’interno del quale era stato inizialmente concettualizzato.

In particolare, da una preoccupazione essenzialmente legata alla codificazione di un dovere, in capo alle generazioni presenti, di regolare e contenere i limiti allo sfruttamento delle risorse naturali, il principio di sostenibilità ha avuto particolare successo nel trasferire la prospettiva regolatoria intergenerazionale a vasti ambiti dell’organizzazione giuridica, politica e sociale: dall’organizzazione dei sistemi previdenziali a quella dei sistemi sanitari, dalla “tenuta” dei conti pubblici e dal contenimento delle esposizioni debitorie degli Stati alle problematiche legate al governo del territorio, alla valorizzazione dei beni culturali e, come vedremo, al progresso tecnologico. Su molto, nel corso degli anni, sono state in effetti prospettate delicate questioni di sostenibilità⁵.

In estrema sintesi, sembra che il principio si sia progressivamente affermato come riferimento regolatorio in tutto il complessivo e vasto ambito nel quale si esprime una prospettiva di durevolezza dell’organizzazione pubblica.

Di certo, tutt’ora permangono - sullo sfondo – talune incertezze legate ai processi di progressiva giuridicizzazione del concetto in esame. Sebbene di sostenibilità ormai si occupi un ampissimo panorama di carte internazionali, di trattati, di regolamentazioni interne e, persino, di costituzioni nazionali⁶, non sembrano del tutto superate talune indecisioni legate ad alcuni dei concetti chiave che alloggiano all’interno della concettualità della sostenibilità.

⁴ Il documento dal titolo “*Our Common Future*” fu rilasciato il 20 marzo del 1987 dalla *World Commission on Environment and Development* presieduta da Gro Harlem Brundtland.

⁵ Per una più distesa analisi delle “materie” rispetto alle quali è sempre più avvertita l’affermazione di una centralità del principio in esame, sia consentito un rinvio a PORENA, Daniele, **Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale**, Torino, 2017.

⁶ Si pensi, solo per un esempio, al richiamo che al concetto di sostenibilità (in questo caso del debito pubblico) è oggi operato dall’art. 81 della Costituzione italiana.

Come noto, tra i meriti che vanno riconosciuti al principio in parola vi è quello di aver rafforzato, nel dibattito filosofico-giuridico e costituzionalistico, la percezione di una sfera giuridica legata alla posizione delle generazioni future. E' tuttavia non meno vero che, specie ove si parli di "diritti" delle generazioni future, tendono a riaffiorare antiche cautele legate alle insidie che si annidano dietro ad operazioni volte a canonizzare autentiche posizioni giuridiche – di diritto o anche di mero interesse – in capo a comunità future, sotto certo profilo anche ipotetiche e delle quali, in ogni caso, nemmeno è dato conoscere l'identità.

Incertezze, quelle di cui si è detto, che richiedono uno sforzo di comprensione del principio oltre i termini della stretta codificazione tecnico-giuridica.

D'altronde, il principio di sostenibilità - come anche, verrebbe da dire, l'intera fenomenologia giuridica⁷ – altro non sarebbe che un prodotto culturale, frutto di astrazioni nel tempo sempre più sofisticate ma che partono, in primissima istanza, dal comune riconoscimento del fondamento etico proprio di un'essenza ideale progressivamente oggettivata nella coscienza collettiva e riconosciuta come autentico *valore* nell'ambito delle rispettive consociazioni.

L'introduzione al tema della sostenibilità abbraccia anch'esso, dunque, gli approdi cui ci indirizza la teoria della giustizia: peraltro, non può omettersi un'attenta riflessione sui profili da ultimo richiamati nel particolare contesto di un principio, come quello in esame, di gemmazione relativamente recente.

In questo "flusso di ritorno" dall'essere al dover essere della norma e, in definitiva, dal diritto positivo alla filosofia del diritto, sembrano emergere solidi elementi di ancoraggio cui assicurare non solo il principio in esame ma anche, più ampiamente, il tema giuridico delle future generazioni.

In particolare, nell'ampia ed assai variegata produzione culturale sull'idea generale di giustizia sembrano reperibili spazi argomentativi, nel quadro della riflessione proposta, tutt'altro che trascurabili.

Solo per cenni, come per l'appunto si conviene nell'ambito di una breve introduzione, sarà utile qualche rapido richiamo.

Già nel lessico comunemente attribuito alla tradizione del repubblicanesimo e, in epoche recenti, del neo-repubblicanesimo, compaiono concetti dai quali affiora una proiezione tutt'altro che trascurabile rispetto alla sorte delle generazioni future.

Autonomia collettiva e sovranità popolare e, ancora – correlatamente - garanzia della reversibilità delle scelte hanno trovato, in quella sede teorica, ampie occasioni di elaborazione e sviluppo.

«Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future».

⁷ Cfr. RADBRUCH, Gustav, **Filosofia del diritto**, ed. it. Milano 2021, pp. 37 e ss.

Il principio enunciato nell'art. 28 della Dichiarazione francese del 1793 si colloca, invero, all'interno di una plurisecolare tradizione⁸.

Già Erodoto narra che gli Ateniesi, nel ricevere da Solone le nuove leggi, avessero giurato di conservarle intatte per almeno dieci anni⁹: ciò, sul presupposto implicito che si trattasse di leggi, per loro stessa natura, reversibili e modificabili.

In linea ancor più generale, è possibile osservare come l'idea di una "ossificazione" degli ordinamenti giuridici rappresenterebbe, in contrasto con la tradizione repubblicana, una forma di paternalismo etico praticato da una generazione in danno di un'altra: in altri termini, una sorta di perdurante "diritto dei morti sui vivi"¹⁰ e, in definitiva, una forma di sacralizzazione del diritto.

Viceversa, l'ideale di libertà degli antichi, nella sua concettualizzazione aristotelica¹¹ – come magnificamente descritta da Constant¹² – si riassume, essenzialmente, nella dimensione della partecipazione alla costruzione della scelta normativa: sembra dunque estranea, nel solco di questa tradizione, ogni forma di paternalismo etico o, addirittura, dispotico-autoritativo: anche laddove lo si ipotizzi come praticato da una generazione nei confronti della successiva.

Il "salto logico" dal diritto al fatto trova ampio terreno argomentativo. Basti pensare alla riduzione – appunto, in via di fatto – delle chances di vita, degli spazi di manovra e delle stesse capacità di determinazione democratica che talune scelte dell'oggi possono causare a carico di chi verrà domani.

⁸ Cfr. BIFULCO, Raffaele; D'ALOIA, Antonio, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in BIFULCO, Raffaele, D'ALOIA, Antonio, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, XXI, secondo cui «può trovare una diversa sistemazione e una rilettura 'orientata al futuro' persino quello che è considerato il 'simbolo' normativo dello sganciamento del costituzionalismo dalla prospettiva intergenerazionale, vale a dire l'art. 28 della Cost. francese del 1793. Il principio (...) potrebbe significare anche che le generazioni presenti devono consentire questo esercizio di libertà alle generazioni rispetto ad esse future; e che perciò, il contesto di volta in volta trasmesso non deve (o non dovrebbe) essere gravemente ed irrimediabilmente compromesso».

⁹ ERODOTO, **Storie**, I, 29, «Solone di Atene, che, dopo aver completato il corpo di leggi per gli Ateniesi che glielo chiedevano, si era allontanato dalla città per 10 anni, con il pretesto di prendere il mare per vedere il mondo, ma in realtà per non essere costretto ad abrogare alcuna delle leggi che lui stesso aveva stabilito. Gli Ateniesi, infatti, non erano in grado di farlo da soli: con solenni giuramenti, infatti, si erano impegnati a rispettare per dieci anni le leggi che Solone aveva loro stabilito».

¹⁰ Come osservava JEFFERSON, Thomas, **Jefferson a John Wayles Eppes**, 24 giugno 1813, in **Thomas Jefferson: Writings**, New York: Library of America, 1984, pp. 1280-1281, «la terra appartiene ai vivi, non ai morti. La volontà e il potere dell'uomo cessano di esistere con la sua vita, per legge di natura... Possiamo considerare ogni generazione come una nazione distinta, con un diritto, scaturente dalla volontà della sua maggioranza, di vincolare i suoi aderenti, ma nessuno può impegnare la subentrante progenie, così come gli abitanti di un altro paese... a diciannove anni dalla data dell'accordo, quindi, la maggior parte dei sottoscrittori saranno morti e, conseguentemente, l'accordo stesso non produrrà effetto alcuno». Ancora, cfr. DREIER, Horst, **Lo stato costituzionale moderno**, Napoli, 2011, p. 24, «poteva una generazione dominare su quelle successive, per così dire occupare normativamente il futuro? Non era questo il potere dei morti sui vivi?».

¹¹ D'altronde, è proprio alla tradizione aristotelica, secondo Habermas, che risale il repubblicanesimo, cfr. HABERMAS, Jürgen, **Morale, Diritto, Politica**, Torino, 1992, p. 113 ss. «Il repubblicanesimo – richiamandosi ad Aristotele e all'umanesimo politico rinascimentale – ha sempre privilegiato l'autonomia pubblica dei cittadini rispetto alle libertà apolitiche degli individui privati».

¹² Il riferimento, ovviamente, è al celebre discorso di Henri-Benjamin Constant de Rebecque (1767-1830) pronunciato all'Ateneo reale di Parigi nel 1819 ed intitolato **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**.

Preoccupazioni, queste, che ad esempio emergono anche in una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht sul fondamento dei limiti introdotti alla decisione di bilancio, secondo la quale «il fatto che i parlamenti si autovincolino (...) può essere necessario nell'interesse alla conservazione a lungo termine della capacità di determinazione democratica (...). Se è vero che un vincolo del genere può anche limitare i margini di manovra nel presente, allo stesso tempo può essere funzionale alla loro preservazione per il futuro»¹³.

Il tema della sostenibilità – questa volta come problema di giustizia distributiva – torna a fare capolino anche nel solco di tradizioni culturali che, in certa parte, differiscono da quella da ultimo richiamata.

E' noto come il concetto di uguaglianza abbia caratterizzato e innervato, in profondità, tutto il costituzionalismo contemporaneo. Il tema, tuttavia, si fa assai scivoloso nel momento in cui dalla prospettiva intragenerazionale si passi a quella intergenerazionale.

In particolare, appare decisamente contraddittoria l'ipotesi di determinare conseguenze ineguaritarie nell'assetto corrente delle relazioni intersoggettive al solo fine di preservare un'assai evanescente relazione ugualitaria di tipo intertemporale¹⁴. Ciò, peraltro, a tacere del fatto che l'ipotesi di un ugualitarismo radicale sul piano intergenerazionale condurrebbe alla sostanziale cristallizzazione degli ordinamenti. Ancora, il continuo mutamento delle condizioni sociali, demografiche, economiche, tecnico-scientifiche e, in una parola, delle generali condizioni di vita, rende in buona parte inconoscibili i bisogni futuri, le preferenze delle generazioni venture e, più in generale, ciò che esse apprezzeranno come meritevole di essere qualificato come oggetto di diritto¹⁵.

Le constatazioni che precedono, pur nella loro brevità, dovrebbero essere sufficienti a dimostrare come il progetto egualitarista, in ambito intergenerazionale, non possa riflettersi in una rigorosa redistribuzione del complesso delle risorse disponibili: peraltro, lungo un arco temporale indeterminato e indeterminabile.

¹³ 2 BvE 6/12, del 12 settembre 2012.

¹⁴ cfr. GOSSERIES, Axel **The egalitarian Case Against Brundtland's Sustainability, Gaia – Ecol. Perspect. for Science and Society**, Vol. 14, 40 e pp. e ss., secondo cui «rather than just prohibiting dissavings, egalitarians should also call for a prohibition on savings. This position may seem absurd at first. For what would be morally wrong with a generation of parents voluntarily tightening up their belts in order to guarantee their children a better existence than the one they have been able to benefit from. Towards whom would that be unfair? Here is the answer: towards the least well off members of these parents' generation. For let us envisage the case of a generation anticipating that, at the end of its existence, it may end up having transferred a surplus to the next generation, i.e. more (per head) than what it inherited from the previous one. The point here is that such a surplus should benefit the least well off members of the current generation rather than the next generation as a whole. Transferring more to the future will sacrifice as much for today's least well off people. And it is only as long as each generation sticks to a prohibition on both (intergenerational) dissavings and savings that the intergenerational world we are bringing about will be the one in which the least well off, whatever the generation they be long to, are less disadvantaged than they could ever be in a world differently organised. Admittedly, were such a surplus to be transferred to the next generation, it could very well benefit its least advantaged members. We need to make sure however that the least well off members of our own generation do not then end up with a situation worse than the one of those least advantaged members of the next generation. Hence, our closed principle (neither savings, nor dis-savings)».

¹⁵ «L'approfondimento della dimensione intertemporale dei problemi distributivi ha messo in evidenza due serie difficoltà per le posizioni ugualitarie: una prima legata al fatto che i confronti tra persone che attraversano fasi diverse della vita non consentono in molti casi di stabilire non solo l'entità, ma neanche il segno delle ineguaglianze; una seconda legata al fatto che l'uguaglianza intergenerazionale è difficilmente conciliabile con il progresso tecnico ed economico», così SOMIANI, Eugenio, **Uguaglianza: teorie, politiche, problemi**, Roma, 2002, p. 319.

Al contrario, tale prospettiva sembra avere buona riuscita nella chiave prospettica dei bisogni essenziali.

A questo proposito, fin troppo agevole è il riferimento alla disponibilità delle risorse naturali ma, in generale, l'argomento egualitarista sembra poter essere esteso con successo alle più recenti proposte elaborate in tema di beni comuni. L'idea di una categoria di beni - capace di oltrepassare le tradizionali partizioni tra pubblico e privato - e capace di abbracciare materie che vanno dall'acqua all'aria, dall'accesso alle comunicazioni, ai farmaci e alle cure mediche sembra suggerire, in effetti, la necessità di concettualizzare la categoria nel quadro di una sfera di beni che siano comuni alle più diverse e lontane generazioni: una categoria di beni, dunque, rispetto alla quale non può che essere avvertita la necessità di assicurarne la permanenza nel tempo¹⁶.

Ma i vincoli etici rispetto alla posizione delle generazioni future - e, dunque, delle correlate preoccupazioni in termini di sostenibilità - affiorano con una certa insistenza anche nel quadro della letteratura di impronta comunitarista, generalmente incline a valorizzare le prospettive di una trasmissione intergenerazionale delle responsabilità collettive.

In contrapposizione a una concezione volontaristica dell'individuo, e in aderenza alla tesi di una sostanziale coesistenzialità tra individuo e comunità, l'ipotesi tradizionalista concepisce l'io quale frutto di identità specifiche ereditate nel corso del tempo¹⁷.

In estrema sintesi, prevale in questo caso l'immagine dell'homme situé: di un individuo, cioè, radicato nell'ambito di un orizzonte storico-comunitario dal quale finisce per ricevere la propria identità.

Sicché, se l'individuo cessa di essere il solo prodotto delle proprie scelte, se ciascuno è il frutto anche del passato e della propria comunità di origine, se sulla stessa identità dei posteri finiscono per gravare le scelte intraprese dalle generazioni presenti, non può che derivare - come per il paradigma della famiglia naturale, tanto caro alla letteratura comunitarista¹⁸ - il fatto che le generazioni correnti siano onerate da una responsabilità di ordine generale nei confronti delle generazioni successive.

¹⁶ Come osserva RODOTA', Stefano, **Il diritto di avere diritti**, Bari, 2012, p. 116, il futuro «cancellato dallo sguardo corto del breve periodo, ci è imposto dalla necessità di garantire ai beni comuni la permanenza nel tempo» e ritorna, «in forme che lo rendono ineludibile, il tema dell'eguaglianza». Ancora, a p. 126, l'Autore richiama l'attenzione al fatto che i beni comuni siano garantiti «in base ai principi di eguaglianza e solidarietà, rendendo effettive le forme di partecipazione e controllo degli interessati e incorporando la dimensione del futuro, nella quale si riflette una solidarietà divenuta intergenerazionale, un obbligo verso le generazioni future»

¹⁷ Cfr. con MACINTYRE, Alasdair, **After Virtue**, Notre Dame, 1981 pp. 204 e ss., il quale osserva come «we all approach our own circumstances as bearers of a particular social identity. I am someone's son or daughter, someone's cousin or uncle; I am a citizen of this or that city, a member of this or that guild or profession; I belong to this clan, that tribe, this nation. Hence what is good for me has to be the good for one who inhabits these roles. As such, I inherit from the past of my family, my city, my tribe, my nation, a variety of debts, inheritances, rightful expectations and obligations. These constitute the given of my life, my moral starting point. This is in part what gives my own life its moral particularity. (...) From the story of my life is always embendedd in the story of those communities from wich I derive my identity. I am born with a past; and to try to cut myself off that past, in the individualist mode, is to deform my present relationships».

¹⁸ SANDEL, Michael, **Justice. What's the right thing to do?**, New York, 2009, p. 225, «unlike natural duties, obligations of solidarity are particular, not universal; they involve moral responsibilities we owe, not to rational beings as such, but to those with whom we share a certain history. But unlike voluntary obligations, they do not depend on an act of consent. (...). The most elemental example is the special obligation of family members to one another».

Invero, il tema delle responsabilità nei confronti delle generazioni future trova probabilmente la sua più comoda collocazione nel quadro delle plurisecolari elaborazioni sul diritto naturale.

Sovente e ingenerosamente considerata non più "alla moda", la prospettiva giusnaturalista si mostra al contrario di estrema attualità proprio grazie al capovolgimento di quel "vizio" di astrattismo che in epoche recenti le è stato addebitato.

E infatti, in tutte le sue versioni (naturalistica, metafisica o razionalistica) ed epoche (antica, medievale e moderna), la plurisecolare ricostruzione giusnaturalistica del fenomeno giuridico muove dal riconoscimento di una sfera per così dire 'irriducibile' di diritti, coesenziali alla natura umana e caratterizzati per la loro universalità, eternità e atemporalità¹⁹.

Tutt'altro che difficile è scorgere, dunque, il profilo fisiologicamente intergenerazionale di tali diritti.

Addirittura, sembra agevole un parallelismo tra il raggruppamento fondamentale dei diritti naturali che, specie nella tradizione anglosassone, è declinato lungo la filiera costituita da vita, libertà e proprietà e le classiche "pretese" intergenerazionali: 'autoconservazione', 'autonomia delle scelte' e 'soddisfazione dei bisogni essenziali'.

In generale, il giusnaturalismo rappresenta il clima culturale nel quale sorgono e si affermano i diritti umani e che designa l'umanità stessa come centro di imputazione soggettiva di tali diritti. L'umanità - concetto insuscettibile di frazionamento temporale e, ancora, nozione indivisibile sul piano storico - si afferma dunque come categoria ideale capace di abbracciare tutte le generazioni in successione tra loro²⁰.

Il tema delle generazioni future – e, dunque, delle 'tecniche' volte alla loro protezione, prima fra tutte il principio di sostenibilità – trova poi ulteriore e persuasivo sviluppo nelle ricostruzioni, di chiara matrice neokantiana, di Rawls e Jonas.

Quest'ultimo, in particolare, giunge a parafrasare la nota massima kantiana²¹ introducendo ed elevando a norma generale della condotta umana il dovere di agire "in modo tale che le conseguenze della tua condotta siano compatibili con la permanenza della vita sulla terra"²².

Particolarmente rilevante, nel quadro della ricostruzione da ultimo accennata, è il sostanziale capovolgimento di prospettiva che, da una logica incentrata sui diritti delle

¹⁹ Cfr., tra gli altri, SPADARO, Antonio L'amore dei lontani: universalità ed intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione, in BIFULCO, Raffaele, D'ALOIA, Antonio, *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, p. 94.

²⁰ Secondo HÄBERLE, Peter, **Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo**, Milano, 2003, p. 115, «l'umanità universale abbraccia anche le generazioni future, posteriori. L'imperativo categorico di Kant deve essere esteso, con H. Jonas (Il principio di responsabilità), anche ai posteri».

²¹ «Opera in modo che la massima della tua volontà possa sempre valere in ogni tempo come principio di una legislazione universale», KANT, Immanuel, **Fondazione della metafisica dei costumi**, ed. it., Roma-Bari, 2010, p. 75.

²² JONAS, Hans, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la società tecnologica*, ed. it., Torino, 2002, pp. 16 e ss.

generazioni future, si sposta lungo un'ottica deontica dei doveri e delle responsabilità²³. Ancora, attraverso le parole di Hans Jonas, sembra giungersi a una sostanziale scissione di quell'abituale nesso tra la sfera dei diritti e quella dei doveri che pure, tradizionalmente, sono concepiti come concetti correlativi: ciò, fino ad arrivare alla prefigurazione di una responsabilità generale non condizionata dalla compresenza dei soggetti a beneficio dei quali la stessa sarebbe orientata²⁴.

In *A Theory of Justice* John Rawls conduce invece il noto esperimento del "velo di ignoranza".

L'ipotesi di Rawls è che i soggetti decisori, pur adeguatamente informati sulle regole di efficienza mezzi-fini, ignorino le loro personali condizioni di partenza al punto che ogni loro decisione finisca per essere ispirata da una forma di razionalità pura e non strategica²⁵.

In questo caso, l'irrilevanza morale delle condizioni di partenza conduce a riconoscere anche l'irrilevanza temporale del momento in cui le stesse vengono intraprese e, pertanto, l'irrilevanza del "carattere futuro delle future generazioni". Le scelte attraverso le quali un ordinamento regola se stesso cessano dunque di essere condizionate dalla tentazione di favorire una generazione sull'altra: da qui, la teoria redistributiva di Rawls e la traiettoria teorica orientata a definire un principio di giusto risparmio che ciascuna generazione deve accumulare a beneficio delle successive²⁶.

In conclusione, pur nella brevità delle notazioni che precedono, la teoria della giustizia ha nel tempo offerto una solida e ampia pluralità di argomenti capaci di giustificare il fondamento etico delle preoccupazioni che ruotano intorno alla posizione delle generazioni

²³ Cfr. FODDAI, Maria Antonietta, **Responsabilità e soggettività**, in RODOTA', Stefano; TALLACCHINI, Maria Chiara (a cura di), **Ambito e fonti del biodiritto**, Milano, 2010, p. 427, secondo cui «la vera innovazione di Jonas è il concetto di una "responsabilità-per-il-da-farsi", che impone all'agente di considerare preventivamente le possibili conseguenze delle proprie azioni. Egli la contrappone al modello tradizionale di "responsabilità-di" basato sulla sanzione e sulla retribuzione che si traduce in un giudizio sugli atti del passato. Nella prima è il futuro a costituire la misura dell'azione, per questo potremmo definirla, basandoci sulla definizione di Moore, come prospettica. Si traduce nel dovere di prendersi cura di ciò, come la natura, e chi, come le generazioni future, è vulnerabile e la cui conservazione, o possibilità di esistenza, dipende dalla misura del nostro agire».

²⁴ JONAS, Hans *Il principio di responsabilità. Un'etica per la società tecnologica*, Torino, 2002, pp. 178 e ss. Secondo CARRINO, Agostino, *Democrazia e governo del futuro. Saggi di etica e metapolitica*, Roma, 2000, p. 181 con la tesi di Jonas si afferma che «mentre l'etica tradizionale è l'etica della sincronicità, la nuova etica deve essere un'etica della responsabilità per le generazioni a venire, per l'umanità futura».

²⁵ «L'idea della posizione originaria è quella di stabilire una procedura equa di modo che, quali che siano i principi su cui ci si accorda, essi saranno giusti. L'obiettivo è usare la nozione di giustizia procedurale pura come base della teoria. Dobbiamo in qualche modo azzerare gli effetti delle contingenze particolari che mettono in difficoltà gli uomini e li spingono a sfruttare a proprio vantaggio le circostanze naturali e sociali. A questo scopo assumo che le parti siano situate sotto un velo di ignoranza. Le parti non sanno in che modo le alternative influiranno sul loro caso particolare, e sono quindi obbligate a valutare i principi soltanto in base a considerazioni generali», RAWLS, John, **Una teoria della giustizia**, ed. it., Milano, 2008, p. 142.

²⁶ «Le parti non sanno a quale generazione appartengono o, in modo equivalente, quale è lo stadio di civiltà della propria società. Esse non hanno alcun modo per affermare se essa è povera o relativamente ricca, prevalentemente agricola o già industrializzata, e così di seguito. A questo riguardo, il velo di ignoranza è totale. Perciò le persone nella posizione originaria devono chiedersi in quale misura sarebbero intenzionate a risparmiare in ciascuno stadio di sviluppo, assumendo che tutte le altre generazioni devono risparmiare allo stesso modo. Esse devono cioè considerare la loro inclinazione al risparmio in ogni data fase di civiltà, con la convenzione che i tassi (di risparmio) da loro proposti devono regolare l'intero svolgimento dell'accumulazione. Quindi devono in effetti scegliere un principio di giusto risparmio che assegna un tasso di accumulazione adeguato a ciascun livello dello sviluppo», RAWLS, John, **Una teoria della giustizia**, Milano, 1993, p. 244.

future e dei diversi principi - quali quello della sostenibilità - che sarebbero chiamati a regolare il delicato "rapporto" tra generazioni presenti e generazioni future.

Alla luce della rassegna di idee fin qui rapidamente tratteggiata, è ora compito del presente scritto quello di illustrare una delle più rilevanti "materie" rispetto alle quali si pongono complesse questioni di sostenibilità: il problema, assai avvertito nell'epoca corrente, della sostenibilità tecnologica.

2. LA SOSTENIBILITÀ TECNOLOGICA: CONSIDERAZIONI NECESSARIE

La premessa che nuovi modi di utilizzo delle tecnologie favoriscano la promozione di un cambio di comportamento non è un prodotto esclusivo del XXI secolo. Nel 1972, la Dichiarazione di Stoccolma, precisamente nel suo Principio 18, già riconosceva l'importanza della tecnologia al fine di scoprire, evitare e combattere i rischi che minacciavano l'ambiente²⁷. Allo stesso modo, il report Brundtland del 1987 ha evidenziato l'importanza che ha la tecnologia già nell'incipit del documento, asserendo che la tecnologia e la scienza esistente all'epoca già permetteva, anche se solo in potenza, di esaminare più a fondo e comprendere in modo migliore i sistemi naturali²⁸.

Recentemente, l'agenda 2030 dell'ONU, riconoscendo che ogni paese è responsabile del suo proprio sviluppo economico e sociale, ha sottolineato che "a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas em condições favoráveis para os países em desenvolvimento"²⁹ come impari per il raggiungimento dei suoi obiettivi e mete³⁰.

In questo modo, il fattore tecnologico deve essere considerato nell'analisi delle dimensioni dello sviluppo sostenibile, per essere fondamentale per il raggiungimento del successo nei casi più svariati, ben come per garantire la viabilità dello sviluppo sostenibile in tutti i suoi aspetti, in quanto "não há sustentabilidade sem inovação"³¹.

Di tutte le rivoluzioni accadute a partire dall'era moderna, la cosiddetta rivoluzione tecnologica si mostra come una grande responsabile per il cambiamento di paradigma in tutte le sfere della società mondiale. Benchè con un'altra denominazione (forse embrionale, davanti all'incapacità umana di credere che le nuove tecnologie potrebbero prendere il via oggi stesso), il disegno di ciò che oggi è la "svolta tecnologica" si è materializzato a partire dal XX secolo, e

²⁷ SCHWAB Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 12

²⁸ ONU – Organização das Nações Unidas, **Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. Nosso futuro comum, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 409

²⁹ ONU. Cúpula de desenvolvimento sustentável. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, 2016. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2019.pdf. Acesso em 20 set. 2021

³⁰ PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. A ciência jurídica frente à sustentabilidade tecnológica e à inteligência artificial. p. 82-83. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa **A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável**. Uminho: Braga, 2020.

³¹ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 167.

“o contínuo e crescente avanço da inovação tecnológica posicionaram a sociedade pós-Moderna frente a uma nova revolução – a Revolução Digital”³².

Tale rivoluzione è stata denominata da Schwab come la quarta rivoluzione industriale – o industria 4.0 – affermando che l’industrializzazione ha raggiunto una quarta fase – che nuovamente “alterará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”, presentandola come un vero e proprio cambiamento di paradigma, e non solo nella condizione di una tappa in più dello sviluppo tecnologico³³.

A cominciare da Schwab, si verifica che la quarta rivoluzione industriale ingloba alcune innovazioni tecnologiche: robotica, *Internet of Things*, veicoli autopilotati, stampa in 3D, nanotecnologia, biotecnologia, stoccaggio di energia e computazione quantica, e l’IA. Quello che la distingue dalle altre è la velocità, l’ampiezza e la profondità, oltre alla fusione delle tecnologie e l’interazione tra i domini fisici, digitali e biologici.³⁴

Nella sua opera successiva, intitolata “Applicando la Quarta Rivoluzione Industriale”, Schwab riafferma che questo è un modello mentale per plasmare il futuro, “fomentada pela crescente disponibilidade e interação de um conjunto de tecnologias extraordinárias”³⁵. Per l’autore, l’opportunità di questa nuova rivoluzione consiste nel vedere la tecnologia come qualcosa che è molto più che un semplice strumento, tant’è che “[...] um dos grandes determinantes do progresso consiste na extensão que a inovação tecnológica é adotada pela sociedade”³⁶.

La conclusione a cui giunge Schwab³⁷ sul tema annota alcune sfide, molto più soggettive, che oggettive. Per fargli fronte sono necessarie quattro tipi differenti di intelligenze: contestuale (la mente), emozionale (il cuore), ispirata (l’anima) e fisica (il corpo). Di queste, si mette in risalto la prima, per possedere un elemento più oggettivo, in quanto le altre enfatizzano astrazioni e poca applicazione. Questa intelligenza contestuale si riferisce alla necessità di anticipazione della tendenza e della rapida condizione di adattarsi a queste. Per questo, è necessaria una dinamica di lavoro più collaborativa tra le imprese, governi e società civile, con una prospettiva olistica degli accadimenti.

In questo modo, nonostante tutta l’importanza che deve essere data all’innovazione tecnologica, l’Intelligenza Artificiale, e altre forme di tecnologia che ancora sorgeranno, non si può dimenticare che “a inovação tecnológica, por si só, não é capaz de assegurar sustentabilidade. É preciso que seja acompanhada de inovações não tecnológicas”³⁸ che si

³² ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbara. **O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros**. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (Orgs.) **Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no direito processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 65. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/5b6cc3c3e70697ebedd13f29dde07ef6.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³³ SCHWAB Klaus. A quarta revolução industrial. p. 11.

³⁴ SCHWAB Klaus. A quarta revolução industrial. p. 36.

³⁵ SCHWAB Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: EDIPRO, 2018. p. 35.

³⁶ SCHWAB Klaus. Aplicando a quarta revolução industrial. p. 36.

³⁷ SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. p. 107-114.

³⁸ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. p. 168.

presentano anche come innovazioni sostenibili, dotate di obiettivi che hanno lo scopo di stimolare visioni alternative del mondo; assicurare il collegamento tra lo sviluppo dell'innovazione e il suo valore nella catena produttiva: cercare nuove piattaforme, così come perfezionare quelle già esistenti; stimolare l'iniziativa imprenditoriale, coinvolgendo studenti e professionisti di diverse generazioni; promuovere piccoli affari senza perdere di vista la sua riproducibilità per ottenere guadagni di scala; e, infine, sfidare i modelli affaristici con possibili futuri scenari alternativi³⁹.

In questo senso, appuntano i professori Real Ferrer e Cruz, all'affermare che la sostenibilità si presenta come un nuovo paradigma giuridico, la quale deve essere intesa come linea guida assiologica riconosciuta e valorizzata su scala globale, prendono in considerazione l'insieme intersistemico delle relazioni che l'ambiente genera in varie prospettive come quella sociale, economica, culturale e tecnologica⁴⁰.

Indipendentemente dall'adozione, o no, della tecnologia come una nuova dimensione della sostenibilità, per capire di cosa si tratta al di là della mera classificazione dottrina, è certo che la sostenibilità deve essere costruita a partire da multiple verifiche delle realtà che oggi si mostrano, ossia, oltre a quella giuridica, le variabili ecologiche, sociali, economiche e tecnologiche, avendo come minimo comun denominatore l'ambiente.

Seguendo questo punto cardinale, Real Ferrer e Cruz⁴¹ evidenziano che:

Para o direito como objeto da ciência jurídica, todas estas perspectivas apresentam identificação com a base de valores fundamentais, aí incluídos o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a Sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base meta axiológica ao direito. Um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro com sustentabilidade é a busca constante pela melhoria das condições de vida das populações mais fragilizadas socialmente. Isso porque os problemas sociais e ambientais estão necessariamente interligados e somente será possível tutelar adequadamente o meio ambiente com a melhora das condições gerais destas populações.

Si noti, quindi, che quando si parla di sostenibilità tecnologica, ci si sta riferendo al livello di tecnologia adeguato al fine dello sviluppo di una determinata attività. Così, la dimensione tecnologica, nella condizione dell'intelligenza umana individuale e collettiva accumulata e moltiplicata⁴², alleata alle altre dimensioni – individualmente o no – è incaricata di assicurare un

³⁹ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente.** p. 171.

⁴⁰ REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 14. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa **A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável.** Uminho: Braga, 2020.

⁴¹ REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 15. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa **A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável.** Uminho: Braga, 2020.

⁴² BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 11, n. 1, p. 331, jan./jun. 2011. <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262>. Acesso em 20 set. 2021.

futuro più sostenibile alle future generazioni. Tale futuro sostenibile sarà possibile se l'attenzione, prima che sulla sostenibilità delle tecnologie, verrà posta sulla sostenibilità delle materie prime che occorrono per creare queste nuove tecnologie sostenibili, con particolare riferimento alle nuove tecnologie energetiche. Queste si dimostrano infatti essere l'esempio della manifestazione del principio di sostenibilità intergenerazionale.

3. LA SOSTENIBILITÀ TECNOLOGICA: LA SOSTENIBILITÀ DELLE MATERIE PRIME NELLA TRANSIZIONE DIGITALE ED ECOLOGICA

Le varie dimensioni della sostenibilità si devono confrontare con le nuove sfide messe in campo dalle nuove tecnologie per produrre energia pulita e dalle materie prime minerarie di cui queste necessitano: un sistema energetico alimentato da tecnologie ad energia pulita, infatti, è profondamente diverso da uno funzionante con risorse idrocarburiche tradizionali. Gli impianti fotovoltaici, le pale eoliche e i veicoli elettrici generalmente hanno bisogno di più risorse minerarie per essere costruiti rispetto alle loro controparti basate sui combustibili fossili⁴³.

La svolta verso sistemi tecnologici energetici puliti è stata progettata in modo tale che la richiesta di materie prime minerarie sia sempre maggiore⁴⁴ e così è stato a partire dalla metà degli anni 2010, con l'accrescersi del consenso sull'Accordo di Parigi⁴⁵ e sul raggiungimento degli obiettivi che questo prevede. Gli Stati si sono impegnati per ridurre le emissioni, ma allo stesso tempo si sono assicurati che i sistemi energetici rimanessero resilienti e sicuri. L'approvvigionamento dei minerali pone nuove sfide alla decarbonizzazione del sistema energetico e mette in luce delle nuove vulnerabilità proprio relative alla sostenibilità. Al contrario di quel che si pensi, le paure e le ansie relative alla volatilità dei prezzi e alla sicurezza dell'approvvigionamento dei minerali non scompaiono in un sistema energetico di tipo elettrico e ricco di energie rinnovabili. La corsa all'impiego di tecnologie per la produzione di energia pulita è parte di una transizione che comporta un aumento della domanda di risorse minerarie e non una diminuzione⁴⁶.

⁴³ Una tipica auto elettrica richiede sei volte più minerali rispetto ad un'auto convenzionale ed una pala eolica su terraferma richiede fino a nove volte più minerali rispetto ad un impianto funzionante a gas. Dal 2010 la quantità media di minerali necessari per una nuova unità di capacità di generazione di energia è aumentata del 50% poiché è aumentata la quota di energie rinnovabili nei nuovi investimenti. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, **The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions**, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: <https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf>

⁴⁴ Il tipo di minerale richiesto varia da tecnologia a tecnologia. Litio, nickel, cobalto, manganese e grafite sono essenziali per le batterie; le terre rare (un gruppo di 14 elementi così chiamati per la loro scarsa reperibilità) sono cruciali per il funzionamento delle turbine a vento ed i veicoli elettrici; le reti elettriche necessitano di una grande quantità di rame ed alluminio. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, **The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions**, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: <https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf>

⁴⁵ ONU – CLIMATE CHANGE SECTION, **Paris Agreement**, disponibile: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>

⁴⁶ La via che si sta percorrendo, secondo le stime, porterà ad un raddoppiamento della richiesta di minerali per le tecnologie di produzione di energia pulita entro il 2040. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, **The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions**, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: <https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf>

I piani di approvvigionamento e di investimento minerario odierni non sono all'altezza di quanto necessario per trasformare il settore energetico, aumentando il rischio di transizioni energetiche ritardate o più costose, per questo motivo il binomio tra tecnologia energetica pulita e sostenibilità delle materie prime minerarie non è automatico. L'urgenza del raggiungimento degli obiettivi dell'Accordo di Parigi per ridurre le emissioni non può incontrare ostacoli di questo tipo, altrimenti la transizione energetica che tanto si desidera da sostenibile diverrà insostenibile⁴⁷.

La questione della programmazione degli approvvigionamenti diventa centrale perché se la domanda aumenta improvvisamente, a causa dell'urgenza della transizione, i sistemi tecnologici dell'energia saranno più costosi e le risorse scarseggeranno tutte insieme senza dare modo di trovare soluzioni alternative.

I piani di approvvigionamento e investimento odierni sono orientati verso azioni più graduali e insufficienti relativamente ai cambiamenti climatici. Non sono pronti a supportare transizioni energetiche accelerate. Sebbene ci siano una serie di progetti in via di sviluppo, esistono molte vulnerabilità che possono aumentare la possibilità di rigidità del mercato e una maggiore volatilità dei prezzi⁴⁸: l'alta concentrazione geografica della produzione, lunghi tempi di sviluppo dei progetti, il calo della qualità delle risorse, il controllo crescente delle performance ambientali e socio-lavorative, l'alta esposizione a rischi climatici⁴⁹.

Nuove e più diversificate fonti di approvvigionamento saranno vitali per aprire la strada ad un futuro di energia pulita. Il punto centrale della transizione verso tecnologie energetiche pulite risiede nella differenza fondamentale esistente tra l'approvvigionamento degli idrocarburi e l'approvvigionamento dei minerali.

Difatti la sicurezza petrolifera e quella mineraria hanno impatti diversi sulla sostenibilità: l'interruzione dell'approvvigionamento degli idrocarburi incide sulla sostenibilità socio-economica⁵⁰; al contrario, una carenza o un aumento dei prezzi di un minerale incide solo sulla

⁴⁷ La prospettiva di un rapido aumento della domanda di minerali critici – nella maggior parte dei casi ben al di sopra di quanto visto in precedenza – pone enormi interrogativi sulla disponibilità e affidabilità dell'approvvigionamento. In passato, le tensioni sull'equilibrio tra domanda e offerta per i diversi minerali hanno indotto ulteriori investimenti e misure per moderare o sostituire la domanda, ma queste risposte sono arrivate con ritardi temporali e sono state accompagnate da una notevole volatilità dei prezzi. Episodi simili in futuro potrebbero ritardare le transizioni verso l'energia pulita e aumentarne i costi. Data l'urgenza di ridurre le emissioni, questa è una possibilità che il mondo non può permettersi. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, **The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions**, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: <https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf>

⁴⁸ Gli scienziati dell'US Geological Survey hanno pubblicato un elenco di minerali che pongono ai produttori un alto "rischio di approvvigionamento", il che significa che se diventassero indisponibili, intere industrie, incluso il settore tecnologico, si arresterebbero. US GEOLOGICAL SURVEY, U.S. **Geological Survey Releases 2022 List of Critical Minerals**, 22 febbraio 2022. Disponibile: <https://www.usgs.gov/news/national-news-release/us-geological-survey-releases-2022-list-critical-minerals>

⁴⁹ CRAWFORD, Kate, *Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 39

⁵⁰ In questo caso la carenza di petrolio incide sui prezzi di benzina e diesel che si innalzano vertiginosamente rendendo economicamente insostenibile il loro utilizzo per fini domestici o lavorativi, oltre alla messa in crisi del tessuto sociale che vede il proprio potere d'acquisto fortemente ridimensionato, in buona sostanza quanto si sta verificando in Europa a seguito del conflitto Russo-Ucraino. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, **The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions**, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile:

fornitura di nuove tecnologie energetiche (ad esempio l'installazione di nuovi pannelli solari) ma non sul loro funzionamento. Il cambio di paradigma è evidente: se in prima istanza la maggior domanda di minerali allarma sulla sostenibilità di un tale approvvigionamento, in seconda battuta ci si rende conto che i minerali utilizzati non servono per alimentare le nuove tecnologie energetiche, ma per la loro costruzione, differentemente dagli idrocarburi che invece occorrono per il funzionamento di tecnologie energetiche bisognose di un quantitativo minore di minerali per la loro costruzione. Non solo, la combustione del petrolio significa che una fornitura continua è essenziale per il funzionamento di tutte quelle attività che funzionano a petrolio, i minerali, al contrario, sono una componente delle tecnologie e sono potenzialmente recuperabili e riciclabili⁵¹.

Tale cambiamento appoggia proprio sul nuovo paradigma del principio di sostenibilità intesa come intergenerazionale, gli individui del presente abbandonano l'uso di risorse esauribili e lasciano in eredità alle future generazioni delle tecnologie, che sono costose da un punto di vista finanziario e di risorse minerarie, ma con lungimiranza destinate a durare nel tempo e con possibilità di recupero e riciclo⁵².

E' importante, quindi, che la politica intraprenda tutta una serie di azioni per incoraggiare nuovi progetti in questo senso in quanto ciò che potrebbe accadere è che le aziende non abbiano fiducia nelle politiche climatiche dei paesi, e pertanto adottino dei piani d'investimento molto più prudenti ritardando di molto la transizione.

E' compito del diritto, orientato dal principio di sostenibilità intergenerazionale, prevedere come questa transizione debba avvenire andando a contemperare i vari interessi in gioco. In tal senso si è mossa la Commissione Europea che ha adottato nel settembre 2020 un piano d'azione per le materie prime critiche, usate nella transizione ecologica, in particolare nel fotovoltaico e nell'eolico⁵³.

Le soluzioni prospettate dal documento per contenere un aumento improvviso della domanda e ridurre i rischi di approvvigionamento, con particolare attenzione a rischi di tipo geo-politico oltre agli impatti ambientali e sociali, dall'estrazione alla trasformazione delle risorse, prevedono un'applicazione rigorosa dei criteri dell'economia circolare⁵⁴.

<https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf>

⁵¹ CRAWFORD, Kate, *Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA*, Il Mulino, Bologna, 2021.

⁵² Nel suo libro, Crawford denota che: "[...] coloro che traggono profitto dall'estrazione mineraria vi riescono solo perché i costi devono essere sostenuti da altri, dai vivi e da coloro che non sono ancora nati. E' facile dare un prezzo a metalli preziosi, ma qual è il valore esatto di una natura selvaggia, di un fiume pulito, di aria respirabile, della salute delle comunità locali? Nessuno lo ha mai quantificato, per cui si è affermato un semplice calcolo: estrarre tutto quanto il più rapidamente possibile." CRAWFORD, Kate, **Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA**, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 36

⁵³ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, **Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità**, 3 Settembre 2020, disponibile: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0474&qid=1601970876996&from=EN>

⁵⁴ CASTIGLI, Mirella, **Terre Rare, Lo Sporco Segreto Della Transizione Energetica-Ecologica**, in Agenda Digitale, 09 Febbraio 2022, Disponibile: <https://www.agendadigitale.eu/smart-city/terre-rare-lo-sporco-segreto-della-transizione-energetica-ecologica/>

Inoltre il piano d'azione europeo afferma che la transizione ecologica e digitale è necessaria, ma che si debba ragionare su nuovi materiali, utilizzando materie prime a più ampia disponibilità. Una forte attenzione nel documento è difatti data al riciclaggio, alla resilienza della catena di approvvigionamento e alla sostenibilità. Proprio il riciclaggio permette una minore pressione sulla fornitura primaria dei minerali⁵⁵.

E' nelle parole di Mirella Castigli che si trova una sintesi:

Possiamo scommettere sul riuso e sul riciclo in maniera importante. Infatti, un'industria del riciclo e una robusta economia circolare potrebbero rendere più sostenibile le filiere, disinnescare le mine vaganti dell'industria delle terre rare e rendere più pacifica la transizione ecologica, raffreddando le tensioni geopolitiche fra le potenze globali. Nel frattempo bisogna investire nello sviluppo di nuove tecnologie di estrazione, più sofisticate e sostenibili, soprattutto senza impatto negativo sugli ecosistemi, mentre si studiano e sviluppano tecnologie innovative per affrancarci dal ricorso a materie prime inquinanti per l'ambiente e dannose per le comunità locali.⁵⁶

E' al diritto che compete regolamentare gli impatti ambientali e sociali degli sviluppi minerari, comprese le emissioni associate all'estrazione e alla lavorazione, i rischi derivanti da una gestione inadeguata dei rifiuti e dell'acqua e gli impatti di una sicurezza inadeguata dei lavoratori, la creazione di economie solide e non volatili, le violazioni dei diritti umani (come il lavoro minorile) e la corruzione. Sono anche queste le sfide a cui il diritto deve far fronte ancorandosi sempre al principio di sostenibilità intergenerazionale⁵⁷.

Tuttavia, sono necessarie azioni più incisive, rispetto agli sforzi già fatti, per contrastare la pressione al rialzo sulle emissioni derivanti dalla produzione di minerali, ma i vantaggi climatici delle tecnologie energetiche pulite rimangono chiari⁵⁸. L'integrazione delle problematiche ambientali, assieme alle altre che attengono alla sostenibilità, nelle prime fasi della pianificazione

⁵⁵ Per i metalli sfusi, le pratiche di riciclaggio sono ben consolidate, ma questo non è ancora il caso di molti metalli di transizione energetica come il litio e gli elementi delle terre rare. I flussi di rifiuti emergenti dalle tecnologie di energia pulita (ad es. batterie, turbine eoliche) possono cambiare questo quadro. Si prevede che la quantità di batterie esaurite di veicoli elettrici che raggiungono la fine della loro primo ciclo aumenterà dopo il 2030, in un momento di continua e rapida crescita della domanda di minerali. Il riciclaggio non eliminerebbe la necessità di investimenti continui in nuove forniture per raggiungere gli obiettivi climatici, ma si stima che, entro il 2040, le quantità riciclate di rame, litio, nichel e cobalto dalle batterie esaurite potrebbero ridurre di circa il 10% il fabbisogno di fornitura primaria per questi minerali. Fonte dei dati: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, **The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions**, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile: <https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf>

⁵⁶ CASTIGLI, Mirella, **Terre Rare, Lo Sporco Segreto Della Transizione Energetica-Ecologica**, in Agenda Digitale, 09 Febbraio 2022, Disponibile: <https://www.agendadigitale.eu/smart-city/terre-rare-lo-sporco-segreto-della-transizione-energetica-ecologica/>

⁵⁷ Crawford parla di "dimensione planetaria dell'estrazione tecnologica" e del fatto che " [...] le sue conseguenze vanno ben oltre ciò che lo stato-nazione è progettato ad affrontare". CRAWFORD, Kate, **Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA**, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 36

⁵⁸ Le emissioni lungo la filiera mineraria non annullano i vantaggi climatici delle tecnologie per l'energia pulita. Le emissioni totali di gas serra del ciclo di vita dei veicoli elettrici sono in media circa la metà di quelle delle auto con motore a combustione interna, con il potenziale per un'ulteriore riduzione del 25% con elettricità a basse emissioni di carbonio. Sebbene i minerali della transizione energetica abbiano intensità di emissione relativamente elevate, una grande variazione nell'impronta delle emissioni dei giocatori suggerisce che ci sono modi per ridurre al minimo queste emissioni attraverso il cambio di carburante, elettricità a basse emissioni di carbonio e miglioramenti dell'efficienza.

del progetto può aiutare a garantire pratiche sostenibili durante tutto il ciclo di vita del progetto ed è compito del diritto informare e regolamentare questa materia in maniera sistematica, con una visione transnazionale e intergenerazionale.

CONSIDERAZIONI FINALI

Il discorso svolto fino a questo punto ha evidenziato come la tematica della sostenibilità, in una visione intergenerazionale, sia profondamente legata con l'argomento della transizione energetica. Tale transizione si avvale, inevitabilmente, di nuove tecnologie che vengono sviluppate in tempi molto rapidi, tempi che spesso si scollano da quelli del diritto, votato per sua natura a tempistiche lunghe che permettono una ponderazione degli interessi in maniera accurata.

Il tema delle future generazioni ha messo in evidenza, riportando in auge la teoria giusnaturalistica del diritto, come tale questione sia connaturata con le scelte politiche e con il diritto stesso. Il non vincolo alle scelte del passato deve guidare l'agire umano, mediante il diritto, affinché le future generazioni non vedano il loro diritto alla sopravvivenza sul pianeta leso da scelte dettate dalle generazioni passate, in un legame indissolubile con il passato. La sostenibilità si lega a questa tematica in quanto è necessario che la generazione presente, da un lato utilizzi le risorse che le sono necessarie per la propria sopravvivenza ma, dall'altro lato, preservi le risorse affinché anche le future generazioni siano messe nelle condizioni di fare altrettanto.

La sostenibilità tecnologica evidenzia, poi, come la tecnologia ed il suo sviluppo non possa apportare beneficio alla causa perorata se considerata slegata proprio dal principio di sostenibilità. Non è la tecnologia a rendere effettivo il principio di sostenibilità, ma è l'uso della tecnologia unito ad altri elementi non tecnologici, volti con lo sguardo ad un miglioramento delle condizioni della sostenibilità intesa in tutte le sue sfaccettature.

Il paradigma della sostenibilità intergenerazionale trova la sua manifestazione più evidente proprio sul tema della sostenibilità tecnologica energetica perché è grazie alla transizione energetica che sarà possibile dare attuazione, almeno in parte, a tale principio. L'utilizzo di un ingente quantitativo di materie prime minerarie, al fine di effettuare la transizione energetica tecnologica, non lede il diritto delle future generazioni all'approvvigionamento di queste. Al contrario, la presente generazione agisce proprio applicando il principio in esame, lasciando in eredità un sistema energetico che verrà utilizzato per lungo tempo anche dalle generazioni a venire. Con l'abbandono graduale delle fonti energetiche idrocarburiche si permette l'approvvigionamento di queste in futuro, se sarà più necessario.

Il sovrasfruttamento minerario e l'approvvigionamento delle terre rare appare, solo *prima facie*, come tale, ma l'attenta analisi e le differenze sostanziali delle due tecnologie energetiche mostra che il processo di transizione ecologica sia quello che effettua la "messa a terra" proprio del paradigma di sostenibilità intergenerazionale, permettendo il soddisfacimento dei bisogni della attuale generazione mentre garantisce quelli della futura.

Tale paradigma, al pari di una bussola, deve orientare le scelte politiche e le applicazioni del diritto, al fine di ottemperare alla *ratio* da cui trae la sua forza: permettere all'umanità la sopravvivenza sul pianeta Terra, senza comprometterne il perdurare delle risorse in futuro.

REFERENZE DELLE FONTI CITATE

ALMEIDA, Fernando. Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BIFULCO, Raffaele; D'ALOIA, Antonio, Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale, in BIFULCO, Raffaella, D'ALOIA, Antonio, Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008, XXI.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262>. Acesso em 20 set. 2021.

CARRINO, Agostino, Democrazia e governo del futuro. Saggi di etica e metapolitica, Roma, 2000.

CASTIGLI, Mirella, Terre Rare, Lo Sporco Segreto Della Transizione Energetica-Ecologica, in Agenda Digitale, 09 Febbraio 2022, Disponibile: <https://www.agendadigitale.eu/smart-city/terre-rare-lo-sporco-segreto-della-transizione-energetica-ecologica/>

COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, Al Consiglio, Al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Resilienza delle materie prime critiche: tracciare un percorso verso una maggiore sicurezza e sostenibilità, 3 Settembre 2020, disponibile: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0474&qid=1601970876996&from=EN>

CRAWFORD, Kate, Né Intelligente Né Artificiale. Il Lato Oscuro dell'IA, Il Mulino, Bologna, 2021.

DREIER, Horst, Lo stato costituzionale moderno, Napoli, 2011.

ERODOTO, Storie, I, 29.

FODDAI, Maria Antonietta, Responsabilità e soggettività, in RODOTA', Stefano; TALLACCHINI, Maria Chiara (a cura di), Ambito e fonti del biodiritto, Milano, 2010.

GOSSERIES, Axel The egalitarian Case Against Brundtland's Sustainability, Gaia – Ecol. Perspect. for Science and Society, Vol. 14.

HÄBERLE, Peter, Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo, Milano, 2003.

HABERMAS, Jurgen, Morale, Diritto, Politica, Torino, 1992.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY, The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions, in WORLD ENERGY OUTLOOK SPECIAL REPORT, marzo 2022, disponibile:

<https://iea.blob.core.windows.net/assets/ffd2a83b-8c30-4e9d-980a-52b6d9a86fdc/TheRoleofCriticalMineralsinCleanEnergyTransitions.pdf>

JEFFERSON, Thomas, Jefferson a John Wayles Eppes, 24 giugno 1813, in Thomas Jefferson: Writings, New York: Library of America, 1984.

JONAS, Hans Il principio di responsabilità. Un'etica per la società tecnologica, Torino, 2002.

KANT, Immanuel, Fondazione della metafisica dei costumi, ed. it., Roma-Bari, 2010.

MACINTYRE, Alasdair, After Virtue, Notre Dame, 1981.

ONU – CLIMATE CHANGE SECTION, Paris Agreement, disponibile: <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>.

ONU – Organização das Nações Unidas, Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento. Nosso futuro comum, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ONU. Cúpula de desenvolvimento sustentável. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, 2016. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desensust/Agenda2030completoportugus12fev2019.pdf. Acesso em 20 set. 2021.

PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. A ciência jurídica frente à sustentabilidade tecnológica e à inteligência artificial. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável. Uminho: Braga, 2020.

PORENA, Daniele, Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, Torino, 2017.

RADBRUCH, Gustav, Filosofia del diritto, ed. it. Milano 2021.

REAL FERRER, Gabriel; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. In: SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana Covelo de; COELHO, Larissa A. Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável. Uminho: Braga, 2020.

RODOTA', Stefano, Il diritto di avere diritti, Bari, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (Orgs.) Inteligência artificial e direito processual. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 65. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/5b6cc3c3e70697ebedd13f29dde07ef6.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

SANDEL, Michael, Justice. What's the right thing to do?, New York, 2009.

SCHWAB Klaus. A quarta revolução industrial. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOMIANI, Eugenio, Uguaglianza: teorie, politiche, problemi, Roma, 2002.

SPADARO, Antonio L'amore dei lontani: universalità ed intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione, in BIFULCO, Raffaele, D'ALOIA, Antonio, Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008.

US GEOLOGICAL SURVEY, U.S. Geological Survey Releases 2022 List of Critical Minerals, 22 febbraio 2022. Disponibile: <https://www.usgs.gov/news/national-news-release/us-geological-survey-releases-2022-list-critical-minerals>

WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, "Our Common Future" , 20 marzo del 1987.

LE DEMOCRAZIE CONTEMPORANEE DI FRONTE ALLA DIFFICILE LOTTA ALLA CORRUZIONE: UN'ULTERIORE CONSEGUENZA DELLA CRISI DELLA RAPPRESENTANZA E UNA SFIDA DA AFFRONTARE SULLA BASE DELL'ETICA PUBBLICA E DELLA VALORIZZAZIONE DELLE REGOLE DI BUONGOVERNO¹

Rafael Padilha Dos Santos²
Carlo Calvieri³

RIASSUNTO:

L'articolo presenta la lotta alla corruzione non soltanto ascritta al campo della politica criminale e del diritto penale, ma a un campo di indagine più ampio di una educazione all'etica pubblica e nell'ambito assiologico in cui si riconosce, sul piano costituzionale, una comunità politicamente organizzata. L'obiettivo di questa ricerca è analizzare come le democrazie contemporanee affrontino le sfide imposte dalla corruzione, considerandola una conseguenza della crisi di rappresentatività politica, e proporre approcci basati sull'etica pubblica e sulla valorizzazione delle regole di buon governo come strategie per rafforzare le istituzioni democratiche e combattere la corruzione in modo efficace. Il metodo di ricerca segue la base logica induttiva e le comprensioni sono costruite a partire dalla ricerca bibliografica. Come risultati della ricerca, si evidenzia che è necessario il recupero dell'educazione all'etica pubblica repubblicana, alla cultura dei diritti di solidarietà costituzionale come parte integrante non solo delle singole istituzioni statali, ma anche delle organizzazioni internazionali e sovranazionali. Contro la corruzione, è indispensabile un'efficace proposta culturale più che politica, e anche pensare nell'importanza dei doveri costituzionali per affrontare questa sfida con i rimedi che possano risolvere l'attuale crisi di valori.

Parole chiave: Democrazia; corruzione; etica pubblica.

¹ Articolo pubblicato nella Revista Direito Mackenzie, v. 18 n. 2 (2024), novembre/2024.

² Dottore di Ricerca in Giurisprudenza con doppia laurea presso l'Università del Vale do Itajaí (Univali) e l'Università degli Studi di Perugia, Master in Filosofia presso l'Università Federale di Santa Catarina (UFSC), specializzato in Psicologia Sociale presso l'Università Statale di San Pietroburgo-Russia, specializzato in Diritto Processuale Civile e laureato in Giurisprudenza presso l'Univali. Attualmente è coordinatore e docente del Programma di Dottorato di Ricerca in Diritto delle Migrazioni Transnazionali del Corso di Master in Diritto delle Migrazioni Transnazionali tra l'Università del Vale do Itajaí e l'Università degli Studi di Perugia. È inoltre docente del Programma di Dottorato di Ricerca in Scienza Giuridica (PPCJ) presso l'Univali. Coordina il Centro di Supporto ai Migranti, la Cattedra Sergio Vieira de Mello-ONU presso l'Univali e il modulo Jean Monnet presso l'Univali. È avvocato e professore universitario.

³ Avvocato iscritto all'Ordine degli Avvocati di Perugia. Fu professore di Diritto Pubblico e Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Perugia. Vanta, inoltre, una vasta esperienza in ruoli istituzionali e aziendali, ricoprendo cariche di presidente in commissioni e consigli di amministrazione di diverse organizzazioni, tra cui CE.SA.P. S.p.A. e MINIMETRÒ S.p.A. La sua attività professionale è caratterizzata da consulenza e assistenza legale nei servizi pubblici, gestione di concessioni e contratti pubblici, e procedure di appalto. Calvieri è autore di numerose pubblicazioni in diritto costituzionale e amministrativo, con particolare attenzione a temi quali il federalismo, i diritti umani e i processi legislativi. Partecipa regolarmente a seminari e conferenze internazionali, condividendo la sua expertise su temi quali la governance pubblica, i diritti fondamentali e la gestione dei servizi pubblici.

INTRODUZIONE

In Italia il Presidente uscente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), il magistrato Raffaele Cantone, ha sostenuto che: *"Non è con le manette che si vince l'evasione così come la corruzione"* (CANTONE, 2019).

Da queste parole è facile comprendere come tali fenomeni patologici, più che essere ascritti al campo della politica criminale e del diritto penale, attengono ad un ben più vasto campo di indagine che parte dal contesto generale di un'educazione all'etica pubblica (VIANO, 2002) ed al patrimonio valoriale in cui si riconosce, sul piano costituzionale, una comunità politicamente organizzata.

Tale contesto oggi non può essere valutato solo entro i confini ordinamentali statali ed al relativo piano di riconoscimento dei diritti e relativi doveri, propri di una determinata comunità, ma si allarga necessariamente anche ai livelli sovranazionali ed internazionali.

Infatti, i riflessi del male che può arrecare il fenomeno corruttivo si estende, o può estendersi anche alle comunità cui lo stesso Stato partecipa come componente di un'organizzazione sovrastrutturale e/o internazionale ed ai corrispondenti piani valoriali.

Sia la corruzione che l'evasione fiscale sono fenomeni che incidono in modo significativo sull'ordine dei conti pubblici di un ordinamento, impedendo o ritardando il risanamento finanziario, riflettendosi sia sullo squilibrio della società statale, ma anche sulla intera comunità e relativa organizzazione a cui lo Stato a sua volta aderisce (CEVA, 2019).

Si pensi alle ricadute che l'alterazione degli equilibri fiscali e la corruzione possano avere sul rispetto delle regole della concorrenza, ma anche sulla effettività delle prestazioni ove siano coinvolti diritti sociali, che, in coerenza di adeguate risorse subiscono gli effetti della condizionalità connessa all'apparenza a comunità sovrastatali ed ai relativi vincoli che possono arrivare anche a subordinarne l'effettività (TASCHINI, 2019).

L'obiettivo di questa ricerca è analizzare come le democrazie contemporanee affrontino le sfide imposte dalla corruzione, considerandola una conseguenza della crisi di rappresentatività politica, e proporre approcci basati sull'etica pubblica e sulla valorizzazione delle regole di buon governo come strategie per rafforzare le istituzioni democratiche e combattere la corruzione in modo efficace.

La sfida è quindi quella volta al recupero dell'educazione all'etica pubblica repubblicana, alla cultura dei diritti di solidarietà costituzionale come parte integrante non solo e non tanto delle singole istituzioni statali, ma come parte integrante delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, per innestarsi sui comportamenti dei soggetti appartenenti a tale comunità.

Da tale premessa muove la presente riflessione che ha come campo di indagine, non solo la disciplina costituzionale sostantiva, relativa ai diritti e doveri, ma anche il fondamento etico dell'organizzazione dei pubblici poteri che basano le loro fondamenta sul patrimonio assiologico valoriale che ha una profonda base che si estende dal livello costituzionale nazionale alla dimensione sovrastatale.

Il metodo del presente lavoro adotta un approccio induttivo, basato su una ricerca bibliografica sistematica. La ricerca induttiva mira a costruire comprensioni a partire dall'analisi di argomentazioni specifiche, per poi derivare conclusioni più ampie sulle democrazie contemporanee e le sfide affrontate nella lotta contro la corruzione, partendo dall'importanza dell'etica pubblica come forma di soluzione. La raccolta delle fonti è orientata da autori e teorie rilevanti nei campi del diritto, della scienza politica e dell'etica, con l'obiettivo di fondare la discussione sul rapporto tra la crisi della rappresentatività e l'efficacia delle politiche anticorruzione.

1. LE BASI ETICHE DELLE DEMOCRAZIE, ETICA DELLO STATO VS STATO ETICO

Al fine di non incorrere in facili fraintendimenti occorre prendere le mosse da un imprescindibile chiarimento terminologico.

Quando si richiama l'importanza dell'etica come piano valoriale di fondo di un ordinamento democratico non si vuole certo evocare il modello idealista di Stato come espressione più elevata di eticità, come insieme di diritto e moralità, che a partire da Hobbes (HOBBS, 2002; HOBBS, 2004; LOCKE, 1973; LOCKE, 1973) vedrà poi nell'idealismo di Hegel (HEGEL, 1995; HEGEL, 1974.) il suo fondamento in contrasto con il giusnaturalismo e con il contrattualismo sposato dai filosofi dell'Illuminismo.

Idealismo ripreso nello scorso secolo da Giovanni Gentile (1916), per contrapporre la sua idea di Stato al modello liberale dello Stato di Diritto, poi rafforzata nella sua Dottrina Politica e Sociale (GENTILE, 1932) (La Dottrina del Fascismo punto 10 – 1932) che lo portava ad affermare che *"per il fascismo lo Stato è un assoluto, davanti al quale individui e gruppi sono il relativo. Individui e gruppi sono "pensabili" in quanto siano nello Stato (...) Lo Stato Fascista ha una sua consapevolezza, una sua volontà, per questo si chiama "Stato etico".*"⁴

Se questo è lo Stato etico, base di un modello statale pienamente sovrano e totalitario, esso è quanto di più lontano dall'idea di uno Stato laico e democratico che non può tuttavia essere svincolato da qualsivoglia considerazione di carattere etico-morale.

Anche i modelli democratici pluralisti si fondano su precetti con significative implicazioni di carattere morale, che impongono una valutazione etica che precede lo stesso procedimento di formazione delle basi ordinamentali orientate verso principi diametralmente opposti al riduzionismo istituzionale che pretenda di connotare la forma di Stato e di Governo sulla base di un principio umanistico e assolutizzante di legittimazione (MARIA, 2013).

È la base etica dello Stato democratico liberale che si basa sul modello personalistico, dove l'individuo (democratico) vuole essere unico e differente, vuole essere lasciato in pace (*Right to be alone*), così come vuole essere coinvolto, vuole avere i suoi segreti (*privacy*), preferisce non avere obblighi con altri ed essere padrone di sé stesso; desidera pensare, giudicare ed interpretare da solo, vuole mettersi alla prova e verificare i propri limiti, accumulare

⁴ Gentile, G. 1932. La Dottrina del Fascismo, in Dottrina Politica e Sociale, e dove al punto 7 ha modo di specificare ulteriormente che "per il fascista tutto è nello Stato, e nulla di umano e spirituale esiste e tanto meno ha valore, fuori dallo Stato. In tal senso il fascismo è totalitarismo, e lo Stato fascista, sintesi e unità di ogni valore, interpreta sviluppa e potenza tutta la vita del popolo".

diverse esperienze e modellare la propria vita, ma non in forme rigide e predeterminate. Vuole essere sé stesso e trovare il proprio io.

L'individuo democratico, tuttavia non può ignorare le basi etiche del proprio agire fondate su quel *nomos agraphos* che Aristotele richiama per descrivere le basi non scritte delle più alte regole della sua Etica Nicomachea (ARISTOTELE, 2000).

Su queste basi si può parlare di un personalismo democratico (MORELLI, 2019) attento alla solidarietà ed all'uguaglianza incompatibile con l'elusione dei doveri, con la frode e con l'inganno.

Quindi non si ragiona qui di "Stato etico" ma dell'etica dello Stato Democratico.

2. SEGUE: ALCUNI NECESSARI CHIARIMENTI TERMINOLOGICI IN RELAZIONE ALL'ETICA DELLO STATO ED ALLA NOZIONE DOVERE E OBBLIGHI, DOVERE/LIBERTÀ

Si comprende quindi quanto possa essere pericoloso avventurarsi su terreni che abbiano come campo di indagine l'etica.

L'etimologia non aiuta, atteso che come noto, il termine deriva dal greco *ethos*, che indica il comportamento umano, che a sua volta può essere riferito a qualsiasi ambito, politico, morale, giuridico e così via. La stessa "morale" deriva dal latino *mos moris*, e cioè costume, usanza, comportamento, si pensi all'uso nella lingua italiana del latinismo "*more solito*" per indicare un'abitudine ricorrente.

Tuttavia quando si voglia prendere in esame il concetto di *ethos* in senso stretto, si intende richiamare quel ramo della filosofia che si occupa di quelle azioni sottoposte ad un giudizio di valore positivo o negativo che *prescinde in linea di massima* da quelle prese in considerazione dal diritto come giuridicamente permesse o vietate, ma che tuttavia potranno essere "eticamente orientate" per fondare la base ontologica dell'eventuale divieto giuridico. Da qui deriva, ad esempio, il divieto (giuridico) alla schiavitù che è in contrasto con l'essenza etico-valoriale dell'uguaglianza e che coincide con il divieto etico-morale di non rispettare la dignità umana.

Dietro la filosofia etica si annidano dunque quei valori più adeguati al *sollen*, al dover essere che al *sein* all'essere, che non è detto che sul piano giuridico sia sempre conforme al primo.

Nel XX secolo si distingueranno due specifici indirizzi della c.d. filosofia morale, un primo volto ad individuare nell'etica, la filosofia prevalentemente pratica, impegnata nella difesa di determinati valori e destinata dalla meta etica che è la filosofia volta a ricostruire la logica ed il significato delle stesse nozioni etiche.

Non è certo questa la sede idonea ad affrontare tutte le implicazioni che hanno contrapposto le visioni dell'utilitarismo etico, dalle teorie metaetiche volte ad accertare il primato del linguaggio descrittivo, dando talvolta preferenza alle regole del linguaggio etico rispetto ai suoi contenuti, all'oggettività e intuitività dei giudizi morali (MOORE, 1999; MOORE, 1899).

Ci limiteremo quindi ad evidenziare come nell'ultimo trentennio del XX secolo ci si orienti verso una concezione dell'etica di tipo "normativo", volta ad affermare la natura prescrittiva ed oggettiva della richiesta morale.

L'etica diviene quindi la teoria in grado di fornire risposte a questioni pubbliche legate alla giustizia. J. Rawls (1984) perviene così all'enunciazione della regola del *maximin*, ossia il criterio che in condizioni di incertezza è buona regola privilegiare l'esito meno negativo per coloro che si trovano nelle condizioni peggiori.,

Si afferma così una nuova tendenza di tipo non descrittivo ma "prescrittivo", volta ad offrire una visione "normativa" dell'etica come richiesta dalla legge morale integrativa del sistema normativo che viene teleologicamente orientato verso tali obiettivi, al punto di stabilire orientamenti e principi per determinare da essi la produzione normativa.

A centro del pensiero di Rawls (1999a; 1999b; 1984) c'è un'idea di giustizia connotata dai valori fondanti la libertà individuale ed i principi di eguaglianza ed equità a tutela dei soggetti più svantaggiati rendono più eque le stesse istituzioni che governano la vita associata.

Si alimenta così *un'etica dello Stato*, questo fondato sui diritti, che divengono la priorità alla quale si subordinano sia la legislazione che la ragione economica.

A poco a poco al positivismo giuridico fondato su procedimenti deduttivi di tipo euclideo e assiomatico, che anche le teorie metaetiche avevano sposato, si affianca l'idea che i diritti nella loro dimensione umana preesistano all'ordinamento e si possano ricavare da principi.

Il ragionamento principiologico diventa la base del convincimento basato sull'argomentazione che oltre che rifiutare modelli logico formali, supera la stessa concezione scolastica del diritto naturale.

In questa prospettiva i principi giuridici non sostituiscono un orizzonte chiuso, un elenco finito, e non si contrappongono ai principi morali, che si pongono alla base sia delle regole morali che di quelle giuridiche, che a loro volta vengono orientate laddove si dovessero incontrare valori, fra loro in conflitto, che impongono tecniche ermeneutiche di bilanciamento (DWORKIN, 1977; GEWIRTH, 1982).

Ancor più di recente si è sviluppata l'esigenza di tentare di riflettere sull'etica per suggerire la soluzione a nuovi problemi morali suscitati dagli sviluppi scientifici e tecnologici. Nascono così l'etica applicata, la bioetica, l'etica delle professioni, dello sport, della robotica, dell'algoritmo etc. Temi che si fondono necessariamente con la libertà di agire o non agire in un determinato modo.

Il diritto di manifestare liberamente il nostro pensiero consiste infatti nella libertà di parlare, con qualsiasi mezzo o di tacere, senza essere sanzionati per la nostra scelta, ed analogamente avremo il diritto di associarci (oppure no), di professare una religione (oppure no). Tanto maggiore è il numero dei nostri diritti, tanto più ampia la nostra libertà.

Da qui la necessità di trovare un confine per evitare che l'illimitatezza della libertà individuale sconfini nell'arbitrio, facendo svanire lo stesso diritto come sistema giuridico,

Che diritti avrebbero mai gli altri se non sentissero mai il dovere di riconoscerli, limitando perciò la nostra libertà (...) la suprema norma (...) è sempre la incondizionata nostra volontà morale di capire i punti di vista altrui, di metterci nei panni degli altri dalla quale discendono (...) gli altri essenziali diritti innati e principi supremi della vita etico giuridica (...) e quindi non c'è forma di attivo rispetto verso ogni possibilità di affermazione nella vita che non risulti implicita in questo nostro radicale dovere. (CALOGERO, 1963)

Si affacciano allora nella sfera dell'etica di un ordinamento i "doveri", da intendere secondo quanto possiamo far risalire alla stessa etica kantiana (KANT, 1787; KANT, 1788). Cioè come obbligo morale di fare o non fare sulla base della legge della ragione ed unicamente in forza di questa.

In tal senso si pone una netta distinzione tra l'azione conforme alla legge e quella che sta al di fuori di essa. La prima corrisponde a quella che definiamo obbligo/dovere mentre la seconda al dovere/libertà. Nella seconda accezione il dovere è libertà ed anzi la vera libertà, quella morale, quella interiore che appartiene alla conoscenza. Sentire un *dovere* assume così significati diversi da quelli che possono essere imposti o comandati da uno specifico precetto giuridico.

Sarà la nostra coscienza a guidarci nel considerare giusta una determinata azione avvertendo il dovere di agire di conseguenza, oppure, se considerata ingiusta, di dovere astenerci dal compierla sulla base di un principio etico che sta alla base di un altro diritto, quello di resistenza, che pure è riconosciuto, seppur con faccettazione diversa anche nella concezione più assolutista di Hobbes e ampliata da Locke.

Il dovere/libertà non può quindi confondersi con il dovere/obbligo che risponde ai canoni di un'autorità come il dovere prestare giuramento da parte di professori, magistrati, avvocati, di fedeltà al fascismo. Un dovere/obbligo di tale natura avrebbe dovuto offendere il senso del dovere di insegnare in piena libertà ed autonomia ed alimentare un contrapposto diritto di resistenza.

Netta quindi la differenza tra obbligo/dovere e dovere/libertà, che è quello che sentiamo di assolvere ogniqualvolta proviamo soddisfazione per avere svolto bene il nostro lavoro, e insoddisfazione, se non un vero tormento interiore, quando crediamo di non averlo fatto.

Sul piano costituzionale vigente in Italia, il dovere di votare, sancito dalla costituzione, non è un'imposizione dovere/obbligo o obbligo/dovere, laddove non comporta sanzioni, ma lo si avverte come dovere/libertà, fondamentale per la coscienza democratica.

Anche se non vi fosse alcuna norma volta ad imporre la denuncia della corruzione politica, non può non sentirsi il dovere/libertà di smascherarlo.

La libertà si fonda e consolida anche grazie ai doveri e non, *nonostante* i doveri.

Ricorda Hannah Arendt (1964) nel suo *La banalità del male*, che per "senso del dovere" Adolf Eichmann pianificò la deportazione di milioni di ebrei verso i campi di sterminio e contemporaneamente tanti uomini e donne sentivano il dovere opposto di difendere la dignità umana anche sacrificando sé stessi.

Le medesime società pluralistiche si trovano costantemente di fronte al contrasto tra doveri ed i relativi dilemmi etici.

Si pensi a chi sente il dovere di far trionfare la legge del proprio Dio anche a scapito della salvezza dei propri cari, e chi sente il dovere di impedire la nascita di Stati dominati dalle teocrazie.

Ma a questi dilemmi la Costituzione e la Corte Internazionale dei Diritti, nelle loro forme di "laica consacrazione" ci consentono di tracciare le giuste coordinate per perseguire l'attiva partecipazione alla vita pubblica per il bene comune e la solidarietà entro, ma anche oltre, i confini nazionali. Le barriere nazionali non possono essere evocate per giustificare la "sordità morale" e non può esserci contraddizione fra politica interna e politica internazionale.

Qui il discorso si amplierebbe al dovere di accogliere⁵ ed ad altre molteplici tematiche che fuoriescono necessariamente dagli scopi del presente breve scritto.

3. CRISI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA COME SPECCHIO DELLA CRISI DI UNA COMUNITÀ E DELLA CRISI DI VALORI

Oggi ci troviamo di fronte all'avanzare di ulteriori nuove problematiche che sembrano mutare ulteriormente il quadro di riferimento, alimentando nuove complesse problematiche (BECK, 2006).

La nostra società è attraversata da profonde trasformazioni che, per alcuni aspetti, incidono anche in modo significativo sulle nostre istituzioni (BITTAR, 2011).

Tali fenomeni non hanno radici recenti, ma riflettono l'incapacità dei corpi intermedi, partiti e sindacati compresi, di offrire una efficace capacità di mediazione, che è ulteriormente alimentata dall'idea, oggi ricorrente, che l'organizzazione della società (di una "*polis*") debba sempre permettere al popolo (suo "*demos*") di esprimersi liberamente e direttamente (SANTOS, 2002).

Si presuppone così l'esistenza di un "popolo" inteso come realtà oggettiva, portatrice di interessi omogenei, che a loro volta possano tradursi in decisioni politiche dirette e non mediate da corpi intermedi.

In questo contesto la base del modello democratico costituzionale di tipo rappresentativo, come delineato dal primo articolo della Costituzione "la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione", cede il passo ad una idea di popolo insofferente ad essere rappresentato e che intende governare senza particolari mediazioni.

Gli stessi titolari degli organi di governo ambiscono ad essere considerati come "uno di noi", superando il diaframma tra governanti scelti democraticamente e governati, tipico

⁵È già negli scritti della tradizione l'idea che una comunità che accoglie riceve i premi più preziosi, mentre quella che respinge riceve un castigo esemplare e collettivo. Si veda il Mito di Giove e Mercurio in Ovidio, *Le Metamorfosi* VIII, 611 – 726.

parametro per la classificazione delle forme di Stato, che finirebbe con l'alterarne la stessa identificazione delle forme di Stato.

Sembra quindi che oggi non sia più il tempo della "democrazia rappresentativa", e a ciò consegue l'indebolimento del ruolo del Parlamento come camera di mediazione tra la società e le istituzioni di governo, come sede della rappresentanza degli interessi generali e come luogo privilegiato per l'elaborazione degli "alti processi discorsivi", che stanno alla base delle decisioni democratiche.

In questa turbinosa transizione, che coinvolge le istituzioni e i corpi intermedi, non può essere sottaciuta la crisi degli stessi rappresentanti, afflitti da deficit culturali che ne determinano una palese inadeguatezza (HELD, 1987).

Ne deriva che in questa società – nella quale i diritti umani e fondamentali di libertà, eguaglianza tra diversi, rispetto della dignità di ogni persona trovano ostacoli e resistenze, non solo sul terreno dei principi, ma anche e con violenza su quello della loro effettiva applicazione, mentre la politica tende a deragliare nel razzismo e nell'autoritarismo –, le difese possono essere erette dal diritto, da giudici indipendenti e da politici democratici, ma soltanto se esiste un ampio consenso fondato su valori etici e culturali (BOBBIO, 1994).

Si tratta dei valori e principi riconosciuti e condivisi in un momento favorevole della storia d'Europa, sanciti solennemente nei testi che enunciano i fondamenti della civiltà occidentale: la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo approvata dall'ONU nel 1948, la Costituzione della Repubblica italiana dello stesso anno (che agli articoli 2 e 3 ha indicato le essenziali componenti etico-politiche delle istituzioni democratiche), e quindi la Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali del 1950 e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 2000, alla quale il Trattato di Lisbona del 2009 ha attribuito forza di legge sovraordinata alla legge del singolo stato.

Questa è la cultura dell'Europa, una cultura che ha riservato alle recenti generazioni un lungo periodo di pace e di sviluppo dopo le catastrofi umane del secolo scorso e che anche solo per questo ci si dovrebbe sforzare di far conoscere, rafforzare e difendere sempre e dovunque.

Si ritiene pertanto indispensabile, nella società attuale, un'efficace proposta culturale più che politica (BONAVIDES, 2001). Si tratta di assumere a questo fine precise responsabilità non solo da parte di intellettuali ed uomini di cultura, il cui ruolo è sempre rilevante, ma anche e soprattutto da parte di chi opera nel mondo della scuola e della formazione, dell'università e delle istituzioni culturali, e anche di chi opera con ruoli diversi in tutte le realtà associative professionali e sociali, affinché si promuovano la conoscenza e lo studio delle grandi tradizioni culturali dell'Europa che sono la base della civiltà europea.

Si tratta di una base culturale la cui funzione pragmatica è di consentire ad ognuno di partecipare consapevolmente alla vita della società democratica, di esercitare i propri diritti e di assolvere al corrispondente dover di rispettare i diritti degli altri, in una parola di adeguare la propria condotta ai principi di libertà, eguaglianza e solidarietà nella società, nel lavoro, in riferimento all'ambiente (DEWEY, 1930).

Per conseguire questo risultato sono necessari la conoscenza della storia come memoria di un passato legato al presente, del progresso scientifico, del linguaggio nella sua funzione ideativa di contenuti e di comprensione critica di testi e messaggi perché, come è stato scritto, poche parole significano spesso poche idee, poche possibilità, poca democrazia, e perché nella società attuale sia possibile compiere consapevolmente le scelte dell'agire individuale e collettivo.

Il nostro tempo è quello di una globalizzazione non guidata in tutte le attività economiche e finanziarie, perché la disuguaglianza crea spazi in cui gli effetti della globalizzazione non si sono ancora fatti sentire in termini di progresso (SCHUMPETER, 1984); è il tempo delle contrapposizioni e dei contrasti tra economia mondiale e sistemi paese; è il tempo dei nuovi condizionamenti prodotti dalla continua spinta e dalla rapidità dei progressi tecnologici all'interno dei quali avrà un posto prevalente una "generazione digitale" (BAUMAN, 2000).

In questo ambito, di cui vanno anche colti valori e positività, stanno emergendo nuovi parametri culturali di riferimento.

Nello stesso tempo appare non più rinviabile fronteggiare nella società anche la progressiva dispersione di un mondo di cultura, di idee, di linguaggio e di valori.

Occorre, in primo luogo, un radicale salto di qualità nella scuola, che dimostri che la società considera studio, istruzione e cultura la base indispensabile per formare cittadini dotati di coscienza civile e di responsabilità sociale, necessarie per agire democraticamente (NUSSBAUM, 2016).

Infatti, qualunque sia il ruolo che la persona è destinata a svolgere nella società, è lo studio che nella scuola, a partire dai livelli iniziali, deve orientare i giovani alla conoscenza, a pensare criticamente e a dotarsi degli stimoli per una eventuale progressione negli studi e nel lavoro.

In questo scenario si muovono i mali che a livello globale, europeo e nazionale affliggono le comunità organizzate e che alimentano gli ostacoli per lo sviluppo economico e sociale mondiale: si fa riferimento all'iniqua distribuzione della ricchezza ed alla corruzione dilagante (RUGGERI, 2019).

Basti considerare che secondo il Forum economico mondiale, che è un'organizzazione senza scopo di lucro a Ginevra, ed è più conosciuta per i suoi incontri annuali a Davos, in Svizzera per discutere le questioni più urgenti affrontate a livello mondiale, il costo della corruzione è stimato nell'ordine del 5% del PIL mondiale.

Tuttavia i costi della corruzione generano ulteriori oneri, ostacolando la realizzazione efficiente ed equa della distribuzione dei servizi pubblici. Si pensi ai maggiori costi sostenuti dai paesi in via di sviluppo per l'allacciamento alle abitazioni delle reti idriche, superiori di oltre il 30% a quelle normalmente praticati nei paesi economicamente più attrezzati.

Fenomeni quali quello della corruzione sono forme di contagio che non lasciano indenne alcun settore della società, alimentando la sfiducia nella stessa classe politica e di governo.

Da qui la crescita di movimenti anti- o apolitici che rivendicano una distanza dai tradizionali modelli di rappresentanza politica, considerata afflitta da una crisi all'apparenza irreversibile.

Tuttavia, come ben messo in luce da un'attenta dottrina, alla crisi della rappresentanza politica fa specchio una generale crisi che parte dalla stessa comunità governata. Prima della crisi della rappresentanza viene in rilievo la crisi del rappresentato, ed è quindi sorprendente notare come nella pubblica opinione si alimenti una diffusa percezione di corruzione che si insinua nella politica e nei partiti, non avvedendosi di quanto lo stesso male sia in realtà radicato nello stesso corpo sociale.

Ecco allora che non si tratta soltanto di un problema di "qualità" della classe politica e della relativa produzione legislativa, la cui scarsa qualità diventa certamente ulteriore terreno fertile, su cui gli stessi fenomeni corruttivi possono mettere radici, ma anche di un problema di educazione. Di piena coscienza e condivisione, a partire dalla base personalistica, dei valori dell'etica repubblicana, come descritti nella Carta Costituzionale italiana, che devono essere in grado di essere compresi, in modo da appagare i più diffusi ed avvertiti bisogni di quella parte di comunità che risulta maggiormente svantaggiata.

4. I DOVERI COSTITUZIONALI E LA PROBLEMATICA RICERCA DEI POSSIBILI RIMEDI

Se quindi i rimedi ai fenomeni corruttivi non sembra possano essere unicamente quelli dettati dagli strumenti di politica criminale, che non è porsa mai risolutiva e tanto meno idonea a debellare il fenomeno, si dovrà pensare ad altro (NUSSBAUM, 2016).

Innanzitutto l'informazione gioca un ruolo importante, ma che tuttavia va valutato con grande attenzione (BOBBIO, 1994). In Italia infatti la stampa dedica adeguata attenzione al fenomeno, con pubblicazioni in quotidiani italiani riguardanti vicende relative alla corruzione nell'Italia, senza contare tutti gli altri strumenti legati al giornalismo e programmi televisivi di denuncia. E ciò avviene in un contesto ove la libertà di stampa appare ampiamente garantita, così come purtroppo diffusi fenomeni legati alla corruzione.

Tuttavia troppo spesso accade che, passata l'esposizione mediatica, i soggetti coinvolti finiscono per essere assolti e talvolta anche riabilitati dalla collettività, e ciò che resta è solo il forte pregiudizio verso una classe politica considerata corrotta a prescindere.

Pertanto nemmeno l'informazione appare un rimedio risolutivo, salvo alimentare l'attenzione verso la percezione del fenomeno. Quindi i rimedi dovrebbero necessariamente essere tratti da un punto di partenza diverso ed ineludibile, quello culturale.

Occorre cioè un coinvolgimento indispensabile che accomuni le stesse formazioni sociali di base – la famiglia, le confessioni religiose e prima di tutto la scuola – da cui dovrebbe attendersi un'attività intensa e capillare per costruire, in un senso sociologico, sin dai più bassi livelli, una formazione culturale adeguata al rispetto dei principi e dei valori costituzionali (MORIN, 2016).

Tra queste formazioni sociali non possono non venire in rilievo gli stessi partiti, seppure sia proprio nei loro confronti che si alimenta il sospetto di essere tra i primi soggetti coinvolti

nella corruzione, e gli apparati politico-burocratici delle amministrazioni, da questi formati, nei cui confronti non è parsa risolutiva la normativa in materia di trasparenza, il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, che ha pure imposto misure più efficienti per l'accesso e l'informazione pubblica.

Tra i soggetti coinvolti non possono essere esclusi quei soggetti sovranazionali e internazionali (CRUZ e SANTOS, 2020) che potrebbero predisporre vincoli stringenti, come quelli derivanti dal crimine organizzato transnazionale, configurando la corruzione come un fenomeno palesemente lesivo della libertà di concorrenza, così introducendo una forma di responsabilità dello Stato che non abbia adottato adeguate misure atte a prevenire e reprimere i fatti di rilevanza corruttiva. Il che potrebbe generare l'ulteriore conseguenza di vedere riconosciuto un diritto al risarcimento da danno in favore di coloro che fossero in grado di dimostrare che la lesione della loro posizione sia conseguenza diretta, immediata e necessaria della corruzione stessa.

Tuttavia ciò presupporrebbe la necessità di perseguire, ai più alti livelli, l'obiettivo di giungere a modelli di "buon governo" attraverso una buona qualità legislativa.

Sotto il primo profilo non può dirsi buono il governo solo perché è in grado di durare un'intera legislatura ovvero perché eletto su base democratica e quindi in base alla sua legittimazione. Sarà invece buono quel governo in grado di rispondere effettivamente ai bisogni della propria comunità, senza pericolose commistioni tra poteri pubblici e privati. La lotta alla corruzione potrebbe essere un ottimo banco di prova delle qualità di un governo che sapesse cogliere tale punto di vista della sua qualità, combattendo efficacemente la corruzione, a partire dalla corretta attuazione dei valori costituzionali.

Per far questo esso dovrebbe muoversi in forza di un coerente apparato normativo, anch'esso assiologicamente orientato e soprattutto di qualità, in grado di tradurre in concreto i fini costituzionali di riferimento.

Tanto più tale strumento sarebbe efficace quanto sapesse offrire concretezza al quadro dei doveri costituzionali imposti sia ai governanti che ai governati.

Quanto ai primi è indiscutibile la portata che offre l'art. 2 della Costituzione laddove enuncia i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, che unita al valore della dignità, da intendere come capacità di modellare il corpo sociale all'ideale tipo di società voluto dal Costituente, richiedendo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

La realtà dimostra però come il cammino sia ancora caratterizzato da un tessuto sociale lacerato e afflitto da gravi contraddizioni, in cui al principio lavoristico e democratico connotato dalle garanzie dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili di solidarietà e relativa eguaglianza, si contrappone l'emergente populismo e connesso neonazionalismo, entrambi fenomeni condannati dalla storia e che occorre definitivamente superare.

Diviene così più difficile affrontare la corruzione, che finisce con l'annidarsi anche nelle pieghe della tutela dei più deboli e del lavoro, poiché la corruzione diventa ancora più difficile da combattere quando colpisce aree sensibili ed essenziali della società, come la protezione dei

più vulnerabili e i diritti dei lavoratori. La corruzione si infiltra nelle strutture destinate a sostenere i gruppi più fragili, il che ne aggrava ulteriormente la complessità e rende ancora più necessaria un'approccio rigoroso per affrontarla.

Proprio con riferimento a queste categorie invece, la Costituzione immagina una comunità dedita alla laboriosità e partecipe della "cosa pubblica", garante di diritti e doveri espressione del principio lavorista e democratico, connotato e pervaso dalla solidarietà e dall'eguaglianza, al fine di superare l'egoismo e la diseguaglianza e la stessa iniqua distribuzione della ricchezza.

Da qui i doveri di cui all'art. 2, ma anche e soprattutto quello di cui all'art. 4 della Costituzione italiana che, sottintendendo il pur diritto fondamentale alla scelta di un lavoro secondo le proprie possibilità o la propria scelta, vi affianca il correlato dovere di svolgerlo al fine di concorrere, appunto, al progresso materiale e spirituale dell'intera società.

Non mancano in questo campo i riferimenti anche internazionali connessi alla partecipazione dell'Italia all'Organizzazione Internazionale del Lavoro, o sovranazionale come attesta sia il Titolo X del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea sulla politica sociale dell'Unione (art. 151 e ss.) che la stessa Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea oggi assunta allo stesso valore dei trattati, come prevede l'art 6 del Trattato sull'Unione Europea.

Sul versante della "qualità" dei governanti la Costituzione offre evidenti parametri utili ad assegnare ai cittadini chiamati ad assolvere funzioni pubbliche il difficile dovere di essere fedeli alla Repubblica, osservando la Costituzione e le leggi, e quello di adempire a tali funzioni con disciplina ed onore.

Da tale disposizione si evidenzia che dai cittadini cui siano affidate funzioni pubbliche si pretende un dovere di svolgerle con il massimo impegno (cioè con disciplina ed onore). Di conseguenza gli *onores* si convertono in altrettanti *onera*, riprendendo una tematica dei doveri sviluppata all'epoca del Risorgimento da Giuseppe Mazzini (2010), ma che a ben vedere è ben più risalente nel tempo, richiamandosi alla matrice del pensiero politico che indica in speciali doveri (*kathékanta*) che incombono sui reggitori della cosa pubblica, come nell'antichità greca (come Platone e Aristotele) e romana (come Cicerone), matrice che ben si giustificava nel momento in cui si andava costituendo un nuovo ordinamento politico, per la prima volta, posto dalla libera volontà popolare.

Attraverso tale disposizione, i doveri di etica politica si trasfondono nell'ordine giuridico, che tale conversione dei doveri morali preesistenti, convertiti in giuridici da dovere/libertà a dovere/obbligo e precisata la loro portata, consentono quella che Emilio Betti (1990) ha definito "*la consacrazione di convinzioni essenziali all'intera convivenza*". Così, i doveri etici politici, che originariamente appartengono al campo della moralità e della libertà individuale, sono formalmente integrati nell'ordine giuridico, trasformandosi in obblighi legali. In questo modo, ciò che prima era considerato un impegno morale, frutto di scelta e libertà, diventa un'imposizione legale di carattere obbligatorio.

Lo stesso art. 54 della Costituzione affronta questioni che sono al centro del problema democratico, tentando di replicare alla critica fondamentale rivolta alla democrazia e cioè quella di configurarsi come un sistema che, per sua proprietà intrinseca, rischia di finire in mani

incapaci o peggio disoneste, ed è pertanto votata al fallimento, integrando direttamente sul piano dei precetti costituzionali le peculiari e specifiche attitudini che devono essere richieste a governanti democratici.

L'*onere* sottende quindi la necessità di stabilire un rapporto diretto tra democrazia e veridizione, cioè di trasparenza di parlare franco (la *parresia* della democrazia Periclea) sia nell'*agorà* che nell'*ekklesia* e quindi l'esatto opposto della *demagogia* (dire al popolo quello che vuole sentirsi dire).

Quindi sotto questo profilo il patto di "dire il vero in pubblico" (FOUCAULT, 2011), affonda le sue radici nello stesso mito di Ione della democrazia ateniese, ed è il presupposto per riportare alla comunità un potere sociale.

Anche la seconda attitudine di cui all'art. 54 della Costituzione la *disciplina* ha radici risalenti e si può spiegare nella ulteriore capacità dei governanti che non si può limitare a dire il vero, ma deve necessariamente andare oltre. Alle parole devono accompagnarsi le azioni, al *logos* (parola) deve seguire la *erga* (azione) munita di un'idonea *technè*, l'arte di saper fare che acquista ulteriori significati nello Stato moderno.

Tali nuovi contenuti si riflettono nel razionalismo, nella divisione dei compiti (divisione dei compiti) e del lavoro (divisione del lavoro), nel pensiero scientifico che non possono mancare nello sviluppo del fenomeno burocratico-politico.

Insomma, come ben conclude Guido Sirianni (2012), la Costituzione repubblicana offre una prospettiva di integrazione necessaria tra democrazia e sapere, prescrivendo che la *technè*, l'arte del sapere, la capacità del fare, la disciplina assurgano come qualità richieste non solo agli agenti professionali ma a tutti i cittadini in quanto affidatari di funzioni pubbliche.

Così che nella cornice della sovranità popolare segnata dall'art. 1 e 2 della Costituzione, la politica si colora di attitudini tecniche e la tecnica sviluppa proprie attitudini politiche, fornendo una relazione decisamente più stretta ed interconnessa alla complessa tra democrazia e tecnocrazia.

Se tali valori costituzionali diventassero patrimonio comune anche nello spazio giuridico internazionale e sovranazionale dei trattati, si rafforzerebbe la fiducia tra gli Stati membri e la messa in opera di quelle politiche collegate all'allargamento dei confini della libertà, sicurezza e giustizia, con conseguenti riflessi sulle battaglie contro la corruzione.

La scommessa ulteriore potrebbe essere quella di rafforzare lo stesso spazio giudiziario europeo, notevolmente sviluppato in ambito civile, ma del tutto incompleto in quello penale. Infatti, il principio del riconoscimento reciproco delle misure prese a livello nazionale ha subito battute di arresto con l'alterarsi della fiducia reciproca degli Stati Membri ed in presenza di contesti politici fortemente differenziati, paesi particolarmente colpiti da fenomeni criminosi, anche dovuti alla criminalità organizzata ed altri storicamente immuni.

Si muovono in questa direzione il rafforzamento di Eurojust, l'organismo istituito nel 2002 per migliorare e coordinare le indagini e le azioni penali tra le autorità giudiziarie degli Stati Membri dell'Unione⁶, e la creazione di una vera Procura Europea.

Questi elementi potrebbero migliorare la cooperazione, ma in realtà è preoccupante l'assenza di una vera e propria strategia europea in questo campo.

CONCLUSIONE

Il problema della mancanza di legittimazione della politica nelle democrazie contemporanee aggrava il sentimento di insoddisfazione verso le istituzioni politiche, contribuendo a ostacolare i consensi repubblicani a favore di politiche pubbliche efficaci per la realizzazione del bene comune. La vita democratica presuppone una lotta effettiva alla corruzione, prioritizzata all'interno di un approccio culturale ed educativo costituzionale.

La corruzione esercita una pressione nociva sulla democrazia nella misura in cui delegittima le istituzioni democratiche, genera sfiducia nei confronti dei politici e dei loro partiti, contribuisce a fondare disuguaglianze sociali, e centralizza la politica in un'élite che si riproduce al potere.

Il diritto costituzionale, amministrativo, civile e penale controllano l'azione burocratica attraverso il concetto di responsabilità giuridica, essendo necessario anche inserire lo scopo educativo nella democrazia attraverso un'etica pubblica. La governance democratica deve assumere come premessa principale un'etica pubblica condivisa, fondata su valori sostanziali conquistati lungo la storia del costituzionalismo.

In questa linea di pensiero, si è sostenuto in questa ricerca che la soluzione alla corruzione deve coinvolgere anche la formazione culturale basata su principi e valori costituzionali. Un governo che funzioni all'interno dei valori repubblicani deve rispondere alle necessità della comunità stessa mediante l'applicazione dei valori costituzionali, con un apparato normativo orientato assiologicamente dalla Costituzione, realizzando questa etica pubblica.

L'efficacia è misurata dal grado di adempimento dei doveri costituzionali rivolti ai governanti e ai governati. I doveri di etica politica devono essere espressi nel corpo della normatività giuridica, formando un substrato assiologico essenziale per garantire la convivenza libera dalla corruzione.

L'educazione a un'etica pubblica comune, basata sull'assiologia costituzionale, è indispensabile per la formazione di cittadini più consapevoli e per una cultura di integrità all'interno delle istituzioni democratiche. In tal modo, valori di trasparenza, responsabilità, giustizia e solidarietà devono permeare la cultura democratica, garantendo comportamenti più integri ed evitando pratiche corrotte, creando così un ambiente istituzionale meno tollerante verso la corruzione.

⁶ Vedi proposta di nuovo Regolamento del 2014 attuativa dell'art. 85 TFUE, non ancora deliberata dal Consiglio.

Si crea dunque uno spazio più rafforzato per il riconoscimento di diritti e doveri, e per una partecipazione cittadina più attiva alla vita politica e sociale. È quindi indispensabile una maggiore consapevolezza sugli impatti negativi della corruzione e il rafforzamento dell'importanza del controllo sociale, consolidando il senso di responsabilità collettiva come previsto costituzionalmente.

L'etica pubblica, alleata all'educazione, consente un movimento graduale di recupero della fiducia nelle istituzioni democratiche, il che è indispensabile per ridurre scenari di disuguaglianze sociali. La deviazione di risorse che dovrebbero essere utilizzate per il bene comune mina la governance democratica dal suo impegno nei confronti dei valori costituzionali.

Pertanto, fa parte della democrazia sostanziale il rafforzamento dell'educazione attraverso un'etica pubblica costituzionale, promuovendo una distribuzione più equa delle risorse pubbliche, con una maggiore esigenza di trasparenza e rendicontazione da parte dei governanti e delle istituzioni, attraverso una cultura di integrità che renda più difficile la diffusione della corruzione.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Arendt, Hannah 1964. *La banalità del male: Eichmann a Gerusalemme*. Milano: Feltrinelli.

Aristotele 2000. *Etica Nicomachea*. Milano: Bompiani.

Bauman, Z. 2000. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

Beck, U. 2006. *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad*. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós.

Betti, E. 1990. *Teoria Generale della Interpretazione*. Milano: Giuffrè.

Bittar, Eduardo C. B. 2011. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva.

Bobbio, N. 1994. *O futuro da democracia - uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Bonavides, P. 2001. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros.

Cantone, Raffaele apud Managò, Andrea. *Evasione e corruzione non si vincono con le manette, dice Cantone*. In: Agenzia Giornalistica Italia S.p.A. Disponibile in: <https://www.agi.it/cronaca/tetto_contanti_corruzione_appalti_cantone-6381088/news/2019-10-17/>. 17 ott. 2019. (consultato il 12/12/2022).

Calogero G. 1962. *Filosofia del Dialogo*, Milano.

Ceva E., *Political Corruption as a Relational Injustice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

Cruz, Paulo Márcio; Santos, Rafael Padilha dos. *A via da democracia*. In: Teoria da democracia e da filosofia do estado. Organização CONPEDI/2020. Coordenadores: Joaquín Martín Cubas;

- José Filomeno de Moraes Filho; Orides Mezzaroba. Florianópolis: CONPEDI; Valência: Tirant lo blanch, 2020.
- Dewey, J. 1930. *Democracy and education: an introduction to the philosophy of education*. New York: The Macmillan Company.
- Dworkin, R. 1977. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- Foucault M. 2011. *Il coraggio della verità: il Governo di se e degli altri*, Corso al College de France, Milano, Feltrinelli.
- Gentile, G. 1916. *Fondamenti della filosofia del diritto*. Pisa, Mariotti.
- Gentile, G. 1932. *La dottrina del fascismo*.
- Gewirth, A. 1982. *Human Rights*. Chicago: University of Chicago Press.
- Hegel, G. W. F. 1995. *Enciclopédia das ciências filosóficas: a ciência da lógica*. São Paulo: Edições Loyola, 1995.
- Hegel, G. W. F. 1974. *Fenomenologia do espírito*. São Paulo: Abril Cultural.
- Held, D. 1987. *Modelos de Democracia*. Belo Horizonte: Paidéia.
- Hobbes, T. 2002, *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes.
- Hobbes, T. 2004. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural.
- Kant, Immanuel 1787. *La fondazione della metafisica dei costumi*. Milano: Rusconi.
- Kant, Immanuel 1788. *Critica della ragion pratica*. Roma-Bari: Laterza.
- Locke, J. 1973. *Carta acerca da tolerância*. São Paulo: Abril Cultural.
- Locke, J. 1973. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Abril Cultural.
- Maria, Bruno de 2013. *Etica Repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, Scientifica.
- Mazzini, G. 2010. *Dei doveri dell'uomo*. Milano: RCS Libri.
- Morelli, A. 2019. *Il principio di personalità nell'era dei populismi*. Disponibile in: <https://giurcost.org/contents/giurcost/studi/morelli7.pdf>.
- Moore, G.E. 1999. *Principia Ethica*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbekian.
- Moore, G.E. 1899. *The nature of judgment*. Mind, New Series, v. 8, n. 30.
- Morin, E. 2016. *Enseñar a vivir: manifiesto para cambiar la educación*. Paidós: Barcelona.
- Nussbaum, M. C. 2016. *Not for profit: why democracy needs the humanities*. New Jersey: Princeton University Press.

Ovidio 2013. *Metamorfosi*. Novara: De Agostini.

Rawls, J. 1999a. *Liberalismo politico*, Edizioni di Comunità, Torino.

Rawls, J. 1999b. *The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge.

Rawls, J. 1984. *Una teoria della giustizia*. Feltrinelli, Milano.

Ruggeri, A. 2019. *Costituzione, lotta alla corruzione, "buon governo"*. Disponibile in: <https://giurcost.org/studi/ruggeri97.pdf>. (consultato il 12/12/2022).

Santos, Boaventura de Sousa. 2002. 2. ed. *Reinventar a democracia*. Lisboa: Gradiva.

Schumpeter, Joseph A. 1984. *Capitalismo, socialismo e democrazia*. Rio de Janeiro: Zahar.

Sirianni, G. 2012. *La qualità dei governanti nella Costituzione*, Diritto Pubblico 1/2012.

Taschini, L. 2019. *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli.

Viano C. 2002. *Etica pubblica*, Laterza, Roma.

TRANSPARÊNCIA ENQUANTO PRETENSÃO JURÍDICA GLOBAL¹

Márcio Ricardo Staffen²

Maurizio Oliviero³

RESUMO:

O estudo que se apresenta objetiva analisar o primado da transparência enquanto pretensão jurídica global, partindo da caracterização básica do Direito Global. A globalização econômica produz um processo de globalização jurídica por via reflexa. Logo, importante se mensurar a impotência do Estado com a alvorada de novas instituições transnacionais e, conseqüentemente de um novo Direito, em um cenário no qual os embates surgem da relação *space-body-law*. A passagem da publicidade à transparência na seara do Direito Global propicia alternativas para os indivíduos, pessoas jurídicas, organizações não-governamentais e demais não-legitimados pelo Direito Internacional, confrontarem os episódios derivados do Direito nacional e dos fluxos de globalização, bem como, transitarem além das fronteiras clássicas e territorializadas dos Estados. Em igual sorte, são condições de efetividade às normas globais/transnacionais, notadamente para a defesa dos objetivos consignados, sob pena de ampla deturpação dos valores centrais ou esvaziamento dos processos decisórios. Utilizou-se, para o desenvolvimento da presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Globalização. Transnacionalismo. Direito Global. Transparência.

A TÍTULO DE INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta objetiva analisar o processo de transnacionalismo e direito global com foco no desenvolvimento da máxima de transparência como pretensão jurídica global. Portanto, não se trata de escrito com a pretensão de estabelecer conclusões definitivas e duradouras. Antes, porém, investiga e ilustra o maturar deste primado no complexo regime global em vias de desenvolvimento e consolidação, capazes de enriquecer no leitor um panorama de compreensão.

¹ Texto produzido a partir do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (IMED/CNPq) e publicado na A&C – Revista de Dir. Administrativo & Constitucional ano 15 - n. 61 | julho/setembro - 2015 Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210.

² Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – IMED, Passo Fundo/RS. Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Endereço: Rua Senador Pinheiro, 304, bl. B, sl 405. Vila Rodrigues, Passo Fundo, RS, Brasil, CEP 99070-220. Email: marcio.staffen@imed.edu.br

³ Reitor da Università degli Studi di Perugia – UNIPG. Doutor em Direito Público pela Università di Roma "Tor Vergata" (Itália). Professor Titular de Direito Público Comparado na Università degli Studi di Perugia. Professor Visiting na Columbia University - New York (EUA). Professor Visitante na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Brasil); na Universidad de Alicante (Espanha); na Al-Quds University of Jerusalem (Israel) e na Üniversite Eskesir (Turquia). E-mail: oliviero@unipg.it.

A modesta empreitada acerca do fenômeno do Direito Global que se inaugura com estas palavras necessita zarpar da compreensão de limites. Eis o desafio preliminar, pois a inteligência sobre limites desafia e move múltiplas ciências, que paradoxalmente transitam pela tensão entre confrontação e alinhamento, mas que assegura o eixo gravitacional necessário para a sequência dos trabalhos.

Ao tempo em que Giordano Bruno refutou a máxima heliocêntrica limitada ao nosso sistema solar, os processos de transnacionalismo e de globalização do jurídico originaram um substrato para o Direito Global, principalmente pelo exaurimento das estruturas tradicionais de produção, interpretação e aplicação das normas (a atualidade exige, de igual forma, uma apreciação zelosa, sobretudo, nos processos de circulação de modelos). Em verdade, tal qual aconteceu com a tese de Copérnico, se vislumbra com a *Stufenbau*, de Hans Kelsen (mas não só do jurista austríaco). Vale ressaltar que não está em cravar o epitáfio das ideias de Kelsen, e sim em demonstrar sua impotência formal e substancial com o espraiamento do universo jurídico para espaços ilimitados. Este é o objetivo e o paradoxo existencial deste texto.

Sem embargo, todavia, não se está pela primeira vez na história a se discutir os limites, sua expansão e a implementação de bases jurídicas. Contudo, diverso do ocorrido no colonialismo americano, asiático e africano, o que se discute neste momento não é tão somente a importação e mutação de novas tradições jurídicas em espaços geográficos, físicos e políticos definidos. Pelo contrário, o que se assinala é justamente a erosão dos cenários geopolíticos habituais. O domínio territorial deixou de ser essencial. De igual sorte, as linhas limítrofes típicas.

Porém, não é só. Ao tempo em que as relações jurídicas saltaram de seus limites consolidados e tradicionais, o indivíduo em igual medida fora apresentado para novos horizontes, em decorrência das descobertas neuro-científicas, da expiação dos impulsos psicológicos, da revolução bio-médica-química e da existência em *second life*. Logo, a compreensão humano-desumano/local-global, isto é, novas manifestações de poder conclamam a existência de um novo paradigma de Direito, que seja, oxalá, suficientemente herege para lidar além dos limites. As linhas imediatas procuram justamente tratar dos paradoxos do Direito decorrentes dos fluxos globalizatórios, a partir da Ciência Jurídica, reconhecendo de antemão o retardo desta mirada, em comparação com a sociologia, ciência política ou com a economia.

A sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais do constitucionalismo desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes.

Não por acaso se depare com uma paradoxal bifurcação de caminhos: uma época de mudança e a mudança de uma época. Utopias, valores, conceitos, ideias e práticas tradicionais acabaram por serem realocadas em novos espaços de compreensão. Uma compreensão que já não se acomoda em rótulos maniqueístas e que necessita depurar os efeitos precipitados de esquizofrenias dos referentes atribuídos à globalização ou, até mesmo, de esquizofrenias globalizatórias (universalistas).

Nesta quadra, importante destacar o cambiamento de cento e oitenta graus que pesa sobre as práticas advindas da Modernidade de publicidade, informação, participação e transparência. Em preliminar, necessário apontar o rebaixamento categórico do critério de publicidade da administração da *res publica*, em virtude da relatividade das informações que expõe e dos arranjos possíveis de serem efetuados. Grosso modo, na constância do império da publicidade apenas as decisões finais tornaram-se públicas, de modo que a notícia portada pode ser facilmente construída nos porões do “Ministério da Verdade”, de George Orwell.

Para tanto, eis que surge um novo paradigma de construção e apresentação dos atos administrativos. Muda, em essência, o momento de aferição e acompanhamento dos atos, não mais em sua versão final, mas ao tempo em que se processa sua confecção. Ao tempo em que a publicidade fora a pedra de toque, neste quesito, aos assuntos de governo; agora, reclama precedência à transparência na pauta de governança instituída em sede de Direito Global.

O QUE É ISSO - DIREITO GLOBAL?

Em resumo, breve e antecipado, o Direito enquanto construção social aplicada, tem como condição primeira a procura de instrumentos de limitação dos poderes, sobretudo. Já não é mais apenas meio de ordenação social. Com isso, necessita guardar em seu bojo uma perspectiva de *dever-ser*, de funcionalidade social. O surgimento de novas matrizes de poder exige um novo direito de contenção dos excessos e projeção de expectativas realizáveis em um futuro próximo.

Ainda que a História não tenha chegado ao seu fim, conforme profetizou Francis Fukuyama⁴, certamente o Estado Constitucional em suas promessas liberais, sociais e democratas não foi adimplente, ao ponto de constituir mitologias jurídicas, nos dizeres de Paolo Grossi⁵. Tanto na gramática, quanto na prática várias são as disposições constitucionais que se encontram à espera de satisfação ou, que de pronto foram revogadas em face da sua (suposta) impossibilidade.

Intacto neste processo de descalcificação não restou o ordenamento jurídico. Afinal, conforme adverte Cotterrell⁶, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se não tão-somente a impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais⁷, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e financeiro espreado planetariamente, o qual demonstra a

⁴ FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

⁶ COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

⁷ Sobre tais circunstâncias ver: REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 24 e ss.

redução (crise) do Estado⁸ e institui instrumentos de governança global. Contudo, o transnacionalismo não se restringe às fileiras de uma operação internacional arquitetada plenamente pela autonomia da vontade, inclusive na possibilidade de se escolher uma regra de direito, como pensou no início Philip Jessup⁹.

Com clareza ímpar se vislumbra nos dizeres de Gomes Canotilho o ataque contínuo ao estatismo centralizador e unitário de inspiração hegeliana. Ao tempo em que a ausência de um Estado europeu não é, via articulações silogísticas, empecilho para a aprovação de uma Constituição da União Europeia, não é, por si só, travejamento para o desenvolvimento de um direito global¹⁰. O Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem¹¹.

Queste connessioni, combinandosi con imponenti flussi migratori, determinano un progressivo superamento dei confini statali che, affrancando le Costituzioni dal territorio (Zagrebelsky), cioè deterritorializzando la sovranità, genera la consapevolezza che ciascuno Stato non dispone più degli strumenti normativi per soddisfare da solo i bisogni dei suoi cittadini, il loro benessere e la loro salute minacciata dai cibi transgenici, dai virus e dalle radiazioni che vengono da lontano.¹²

A partir da fragilidade dos tradicionais atores nacionais, espaços de debilidade passa(ram) a serem ocupados, notadamente após a Segunda Guerra, por interesses transnacionais constituídos através de instituições novas, de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico Moderno¹³. A tradicional homogeneidade no pensamento político-jurídico fora perdida. Em maior ou menor medida instalou-se um cenário de tensão institucional, no qual as “velhas” instituições estatais e, por via idêntica os indivíduos, deparam-se com sensações de turbulência.¹⁴

Tal qual se manifestou Günther Teubner¹⁵ a força motriz do Direito já não é mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos; mas, sobretudo, a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais. Nesta medida, necessário se faz reconsiderar as relações existentes entre Direito e Estado, entre público e privado, entre os diferentes cenários jurídicos e as autoridades legais, sob pena da exaustão dos modelos decorrentes de fraturas infundáveis.

⁸ Merece reprodução nesta quadra a advertência de Sabino Cassese: “Infine, il transnazionalismo dell’ordine giuridico globale suggerisce cautela nel parlare di crisi dello Stato e di fuga verso il livello globale, perchè la dinamica del sistema amministrativo globale è largamente dipendente dallo Stato o da suoi frammenti.” CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006, p. 12-13.

⁹ JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 202-203.

¹¹ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 03.

¹² REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. p. 26.

¹³ STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica** - Universidad de Medellín, v. 10, p. 159-174, 2011.

¹⁴ GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

¹⁵ TEUBNER, Gunther *et alii*. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

Nestes termos, o declínio do Estado Constitucional nacional e a ascensão de um paradigma global de Direito decorre, substancialmente, da penetração de critérios de governança nos assuntos e políticas públicas dos Estados, logicamente apoiado pelos avanços tecnológicos. A globalização econômica produz um processo de globalização¹⁶ jurídica por via reflexa, que transcende a constatação de Crouch, uma vez que se observa em igual medida a globalização também dos comportamentos jurídicos, tal qual a opção pessoal e facultativa por precedentes na tradição do *civil law* entre outros “costumes”¹⁷.

Assim, o processo de globalização necessita ser compreendido como expressão de uma interdisciplinaridade sistêmica¹⁸. Logo, o Direito Global, por mais incipiente que seja, tem como objeto a compreensão e a regulação das relações provenientes dos fluxos globalizatórios. Fluxos estes que não se restringem à globalização do segundo pós-guerra. Contudo, ainda que algumas bases de governar o mundo estejam sedimentadas na descoberta da América, a grande especificidade verte da policentricidade que governa a globalização do terceiro milênio.

Notadamente entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é trasladada para a aceção governança (*governance*), a partir dos postulados de Rosenau e Czempiel¹⁹, haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propósitos claros e definidos. Com isso, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassam por alianças militares (OTAN); instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins); organismos regionais (Conselho Europeu); agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa); ordenamentos quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL); *summit* (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de ONGs.

Ainda que o fenômeno da globalização não se mostre uma novidade, certamente a crise econômica vivida em 2008, demonstrou substancialmente os diversos níveis de marcha deste processo de expansão. Notadamente a economia se globaliza com maior velocidade, em comparação com a política (e com os assuntos do Estado), criando, neste panorama, assimetrias entre economia global (transnacional) e a política nacional (não se podendo descartar a política comunitária).

Para Francis Snyder a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas, irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos e

¹⁶ Nestes termos: “Le grandi multinazionali hanno spesso superato la capacità di amministrazione dei singoli Stati nazionali. Se non apprezzano il regime fiscale o normativo in un Paese, esse minacciano di trasferirsi altrove e gli Stati entrano sempre più in competizione fra loro nella disponibilità di offrire condizioni favorevoli, poichè hanno bisogno di quegli investimenti.” CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 35.

¹⁷ Merece referência nesta quadra a manifestação do Tribunal Permanente de Revisão (MERCOSUL), na decisão consultiva n.01/2007 (Costa vs. ENEL). Nela, Wilfrido Fernández, presidente da Corte à época fundamentou seu voto, no primeiro processo de consulta submetido ao Tribunal para particularmente valer-se de decisões de Cortes europeias como *ratio decidendi* em matéria procedimental, instituindo em solo sulamericano a integração jurídica a partir da jurisdição-mãe dos países membros, a europeia. Contudo, seu voto restou vencido.

¹⁸ COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

¹⁹ ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos. Procede-se, nestes termos, a uma forma global de pluralismo jurídico²⁰. Um pluralismo que não é unitário nem uniforme; não é orgânico nem estruturado.

Este diagnóstico representa exatamente o exaurimento do Estado e das instituições internacionais de cunho monista-dualista. As vertentes do Direito Global articulam-se em múltiplos níveis, governos, administrações locais, instituições intergovernamentais, cortes ultra-estatais e nacionais, *networks*, organismos híbridos (público-privado), organizações não-governamentais e dos próprios indivíduos.

Esse novo paradigma jurídico permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”. É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciários, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos.²¹

Estas instituições inter-governativas, pelas quais os Estados buscam maior legitimidade e meios de promoção de políticas públicas, classificam-se nas seguintes categorias, segundo argumentação de Kingsbury, Kirsch e Stewart:

[...] administration by formal international organizations; administration based on collective action by transnational networks of governmental officials; distributed administration conducted by national regulators under treaty regimes, mutual recognition arrangements or cooperative standards; administration by hybrid intergovernmental-private arrangements; and administration by private institutions with regulatory functions.²²

Todavia, a existência de um direito global alimenta, nesta quadra da História, uma pluralidade de desafios, a iniciar pelas próprias bases de globalização, múltipla em sua essência. Ao passo que a globalização guarda vastidão de caracteres, tais signos observam-se também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e os sistemas transnacionais. Há um forte problema decorrente do conflito entre uniformidade global e diferenças nacionais (locais), da concorrência entre normas globais, normas nacionais e normas locais, vide o caso Myanmar vs. OIT e Banco Mundial vs. Índia, da identificação do juiz competente para conhecer/decidir sobre a pretensão resistida, seja nacional ou global. Cite-se, a título de ilustração, o caso

²⁰ SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, 5/4, 1999, p. 334.

²¹ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

²² KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. V. 38, n.3/4, p. 20, 2005.

Massachusetts vs. Environmental Protection Agency (n. 05-1120/2007), no qual a Suprema Corte americana decidiu pela impossibilidade de tutela jurisdicional em razão de problemas de legitimidade e capacidade de quantificar o dano ambiental, face o caráter difuso do bem jurídico.

O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. O Direito Global está dividido em dois níveis: o primeiro e mais raso que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global²³, de modo que predomine a cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível.

La prima condizione della sua stessa esistenza e del suo funzionamento, è il transnazionalismo. L'ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fatto, costruito innanzitutto da linee orizzontali, tra autorità nazionali e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interstatale, sia al livello globale in senso stretto.²⁴

Este cenário de cooperação absolutamente novo em suas características pode ser facilmente ilustrado nos exemplos da Organização Internacional para a Estandarização (ISO), composta por organismos de normatização, de matriz híbrida público-privado, criando pontes entre setores públicos e privados, mas, com atribuições, regulamentadoras iminentemente públicas²⁵. O mesmo critério de parceria se vislumbra com a aderência de Estados ao Comitê da Basileia para vigilância bancária, de modo que uma instituição tipicamente nacional transcende sua *prima ratio* para contribuir com autoridades bancárias internacionais. Todavia, conforme já antecipado, o caso de maior envergadura e incidência prática no dia-a-dia aponta para a regulamentação e regulação da *internet*. Cabe à ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, uma organização público-privada, composta por entes privados desenvolver funções públicas que atingem o globo indistintamente.

Na mesma toada, por sua vez, existem organizações estritamente privadas a transitarem no cenário global sem pontos de dependência e condicionantes público-estatais. É o caso da Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e da Câmara Internacional de Comércio (ICC) que elabora e aplica suas normas de modo autônomo com o objetivo central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, inclusive, de instituição parceira para organismos nacionais e internacionais, conforme se vislumbra com a ONU e com a OMC.²⁶

²³ CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006. Em complemento: “Il diritto globale, quindi, non si forma solo attraverso un processo di diffusione unidirezionale, dal livello superiore al livello inferiore (*top-down approach*), ma anche con un percorso inverso, che procede dal basso verso l’alto (*bottom-up approach*). Le norme nazionali possono essere recipete e «risalire» a livello sovranazionale”. CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009, p. 125.

²⁴ CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. p. 11.

²⁵ SCHEPEL, Harm. **The constitution of private governance: product standards of integrating markets**. Oxford: Hart, 2005.

²⁶ CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 19.

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. São entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à *internet*, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte.

Com isso, merece reflexão a ausência de um único ordenamento jurídico, eis a refutação da tese central de Norberto Bobbio, bem como a impossibilidade de um governo global. Acrescente-se que a tradicional lógica de hierarquia posta por Kelsen não encontra albergue, pois ausentes tais atributos sucumbe na íntegra a *Stufenbau*. Até mesmo a suposta prevalência das normas da ONU entra em parafuso, pela baixa densidade nos assuntos públicos, reduzida especialização e parca eficácia dos mecanismos de resolução de controvérsias. Na percepção de Sabino Cassese o que se vislumbra é a construção de regime regulador para os processos de globalização sustentado pela chamada "*ad-hoc-cracia*"²⁷, isto é, um encadeamento de normas setoriais relativas às matérias singulares ao caso, na maioria das vezes, que gravitam por vazios normativos no complexo global (composto por normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais).

Eis outra razão para se mirar no atual contexto uma realocação dos critérios jurídicos que regiram o modelo estamental/feudal que norteou as relações estatais no medievo. Aos Estados o monopólio da força em seus territórios com subtração dos aspectos habituais da soberania. Nestes termos, a dimensão global do Direito não busca promover a erradicação do Estado e de seus espaços de governo. Não lhe interessa também um encadeamento vertical dos entes. Todavia, o que se percebe é a real impossibilidade de cisões entre espaços nacionais, internacionais e transnacionais, como se pretendeu articular no passado com a díade nacional-internacional²⁸. A causa central desta projeção é a indiscutível capacidade reinante nas organizações provenientes dos fluxos globalizatórios de se relacionarem diretamente com os sujeitos e com a sociedade civil, sem passar estâncias oficiais de poderes.

Promove-se, destarte, o cambiamento do modo tradicional de pensamento das instituições para um contexto de conectividade horizontal dos sistemas jurídicos, criando *linkages*²⁹, um paradigma suportado pela credibilidade em *networks*, verdadeiro *regime complex*. Por consequência, em definitivo deixa de ser importante o foco no divórcio entre o público e o privado, em virtude da dinâmica motriz impulsionadora.

Todavia, renasce frequentemente a inquirição sobre os instrumentos de respeito às normas, afinal no campo doméstico (nacional) impera a definitividade das decisões e a soberania decorrente do exercício legítimo da força pelo poder, contudo, os cenários

²⁷ CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 22.

²⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do estado constitucional nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais. ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global:** transnacionalidade e globalização jurídica. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2013, p. 74-90.

²⁹ LEEBRON, David W. Linkages. **American Journal of International Law.** Yale: v. 96, 2002, p. 05.

transnacionais não gozam desta prerrogativa. Assim, como consequência deste panorama de *linkages* o que se observa é a observância das normas através de instrumentos de indução e substituição, de modo que conteúdos jurídicos estanques são incluídos em pautas combinadas, isto é, a temática ambiental, por exemplo, já não se inscreve apenas pela tutela pura do ambiente, mas também em expedientes outrora tipicamente negociais e comerciais.

Além disso, os Estados passam a se sujeitarem aos expedientes globais no intuito de reduzir chances de retaliações e denúncias com consequências perniciosas e de difícil contenção. Nestes novos cenários não seria de todo hábil imaginar que as bases típicas de democracia pudessem seguir seu curso pela história de modo inalterável. A articulação deste complexo *network multilevel* faz com que a democracia representativa não represente mais a pluralidade de demandas e anseios. Verte um processo democrático de progressivo debate e participação nos expedientes decisoriais. O eixo tradicional em torno do comando e do controle carece adição de novas tensões; vertentes em lugares antes indiferentes, como é o caso da mobilização pela primavera árabe, “#palestinefree” ou, então, o movimento “Ocupe Wall Street”.

A afirmação da democracia em sede de transnacionalismo ganha novas cores na medida em que o primado da transparência passa a ocupar predominância em múltiplas práticas administrativas e judiciais, de modo a propiciar o imediato acompanhamento dos atos em constituição. Critérios de publicidade são não se apresentam como suficientes na atual perspectiva. O primado pelo acesso à informação e medidas de transparência buscam transcender ao dever de publicidade, de modo que se permitam a adequação do ordenamento jurídico nacional com a globalização jurídica. Análise rápida das decisões de grande parte das instituições transnacionais (mais de 2.000) demonstra a repressão aos dados restritos e que causam incertezas sobre seu teor.

DA PUBLICIDADE À TRANSPARÊNCIA

Nesta quadra, importante destacar o cambiamento de cento e oitenta graus que pesa sobre as práticas advindas da Modernidade de publicidade, informação, participação e deliberação. Em preliminar, necessário apontar o rebaixamento categórico do critério de publicidade da administração da *res publica*, em virtude da relatividade das informações que expõe e dos arranjos possíveis de serem efetuados. Grosso modo, na constância do império da publicidade apenas as decisões finais tornaram-se públicas, de modo que a notícia portada pode ser facilmente construída nos porões do “Ministério da Verdade”, de George Orwell.

Importante ressaltar que esta relação sigilo-informação-participação não é absolutamente nova. Baruch de Spinoza, ainda no século XVII, tratou de estabelecer sólidas bases de refutação ao segredo no trato dos assuntos públicos:

Reconheço, aliás, que então não é muito possível manter secretos os desígnios de semelhante Estado. Mas todos devem reconhecer comigo que, mais vale que o inimigo conheça os desígnios honestos de um Estado, que permaneçam ocultos aos cidadãos os maus desígnios de um déspota. Os que podem tratar secretamente dos negócios do Estado têm-no inteiramente em seu poder e em tempo de paz, estendem armadilhas aos cidadãos, como as estendem ao inimigo em tempo de guerra. Que o silêncio seja frequentemente útil ao Estado,

ninguém o pode negar; mas ninguém provará também que o Estado não pode subsistir sem o segredo. Entregar a alguém sem reserva a coisa pública e preservar a liberdade é completamente impossível, e é loucura querer evitar um mal ligeiro para admitir um grande mal.³⁰

Qualquer decisão, neste cenário, não se sustenta mais apenas pela publicação de excertos do ato final. Assim, surge como condição elementar o reconhecimento de que, em um cenário de globalização jurídica, o mundo da decisão é o mundo das práticas e dos comportamentos administrativos³¹. Logo, à luz das demandas transnacionais qualquer decisão postula coerência em seus pressupostos e motivação condizente.

Para tanto, eis que surge um novo paradigma de construção e apresentação dos atos administrativos. Muda, em essência, o momento de aferição e acompanhamento dos atos, não mais em sua versão final, mas ao tempo em que se processa sua confecção. Ao tempo em que a publicidade fora a pedra de toque, neste quesito, aos assuntos de governo; agora, reclama precedência à transparência na pauta de governança instituída em sede de Direito Global.

Evidente que não se trata de um convite absolutamente amistoso dirigido às administrações públicas nacionais. O desenvolvimento de teias cada vez mais elaboradas e conectadas entre os inúmeros agentes no Direito Global, onde as organizações advindas deste locus visam exercer maior controle das funções de regulação e administração. Funções estas que se voltam para promover maior especialidade aos atos de administração, consubstanciando efetividade, eficácia e eficiência aos métodos antes regidos por expedientes sigilosos, arbitrários e informais. Conforme observado por Gorman, um espaço “a-jurídico”.³²

Nos dizeres de Martin Shapiro o direito destinado aos atos administrativos, entendido como Direito Administrativo, fruto da Revolução Francesa e sustentado sobre o dogma da supremacia do interesse público deixou de ser eminentemente estatal, doméstico, interno.³³

Neste atual e novo estado d’arte, os assuntos gozam de tratamento com maiores critérios técnicos, ou seja, um regime em certa medida tecnocrata, no qual entra em cena elementos de governança, uma governança global, da qual os eixos típicos de pressão estão difundidos em áreas antes desinteressadas ou estaticamente encampados no conceito de soberania. Uma soberania crente na capacidade de controle das informações.

A título de ilustração podem ser referenciados os procedimentos transnacionais articulados para tutela dos direitos das mulheres e coibição das práticas de violência de gênero no ambiente domiciliar. Espanholas, portuguesas, italianas e brasileiras podem, de qualquer localização geográfica do mundo, nos casos de lesão ou ameaça à sua integridade, ligar para número de emergência com central em seu país de origem e receber atendimento e

³⁰ SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. Tradução Maria S. Chauí. São Paulo: Abril, 1983, p. 55.

³¹ COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, v. 37, n. 2, p. 340-372, 2012.

³² GORMAN, Robert A. The development of international employment law: my experience on international administrative tribunals at the World Bank and the Asian Development Bank. **Comparative Labor Law and Policy Journal**, v. 25, 2004, p. 663-668.

³³ SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections of government and governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n. 369, v. 08, p. 374-376, 2000.

orientações no endereço de localização. Isto demonstra a capilarização dos expedientes protecionistas para além do território soberano estatal.

Em paralelo, outra exemplificação verte aos olhos quando do caso de importação de acessórios de ferro-gusa pela União Europeia. A discussão inicia-se a partir de suspeitas de práticas de *dumping* quando da importação pelos países da União Europeia de acessórios de ferro-gusa produzidos no Brasil, República Tcheca, Japão, China, Coreia do Sul e Tailândia. Eis o primeiro detalhe: uma demanda originariamente estatal, a ser exigida pelos Estados nacionais é absorvida em sua legitimidade por um ente supranacional, como é o caso da União Europeia.

Na sequência, uma vez instaurado o incidente, no curso do processamento, entre abril de 1998 e março de 1999, a Fundação Tupy S/A, com sede em Joinville, SC, Brasil, é a única produtora brasileira citada. Recebe em suas dependências delegados da União Europeia, com a obrigação de fornecimento e intercâmbio de inúmeras informações industriais, administrativas e fiscais, ao tempo em que as autoridades nacionais brasileiras ficaram em segundo plano³⁴. Outro detalhe: comprova-se a maximização dos meios de acesso à informação, por entes transnacionais, além dos limites e das competências dos Estados.

Este novo cenário é motivo de irresignação por parte do governo brasileiro, ao apelar sobre argumentos de preterição da sua estrutura administrativa e violação dos princípios que regem as relações internacionais. Sem sucesso. A OMC tratou de consolidar o entendimento de que as informações e seu acesso devem estar à disposição de qualquer interessado, tratando, inclusive, de conferir legitimidade aos indivíduos³⁵.

Em síntese, os novos rumos para consecução de transparência e acesso à informação acabam por romper com os limites geográficos e políticos da soberania estatal, de um lado e, noutro, com as estruturas de poder fortemente verticalizadas e burocráticas. Assinala-se, além da desterritorialização também a derrogação de atributos clássicos da administração pública estatal.

³⁴ "Numerous communications and exchanges, including the questionnaire and hearings, occurred between the European Communities and Tupy and/or Tupy's legal counsel in the course of the investigation. A verification visit occurred at the premises of Tupy in September 1999. Communications also occurred between government officials of the European Communities and Brazil relating to aspects of the investigation." EUROPEAN Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil. Panel Report WT/DS219/R, March 7th 2003. Disponível em www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds219_e.htm. Acesso em 20 maio 2014.

³⁵ " We disagree also with the Panel's conclusion on whether the investigating authorities 'used' the information in Exhibit EC-12. The Panel did not expressly determine that the European Commission did not 'use' the information in Exhibit EC-12 as contemplated under Article 6.4. Instead, the Panel stated that the information in Exhibit EC-12 'was not specifically relied upon by the EC in reaching the anti-dumping determination'. It appears that the Panel arrived at this conclusion because, in its view, the European Commission had 'essentially concluded that this data was in line with other data (that was disclosed) and that there was no 'value added' to the substance of their investigation in the analysis of these factors'. In our view, however, the Panel's reasoning overlooks the fact that the European Commission was required to evaluate all the injury factors listed in Article 3.4, and the evaluation of some of these factors is set out exclusively in Exhibit EC-12. In other words, Exhibit EC-12 relates to a required step in the anti-dumping investigation. The European Communities relies on Exhibit EC-12 as the sole evidence that it performed this required step. As we see it, this necessarily leads to the conclusion that the information in Exhibit EC-12 was in fact 'used' by the European Commission in the anti-dumping investigation and that, therefore, Exhibit EC-12 also satisfies this criterion of Article 6.4. Thus, the European Communities was not entitled to exclude this information on the basis that it did not consider that it provided 'value added' to the investigation." EUROPEAN Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil. Panel Report WT/DS219/R, March 7th 2003. Disponível em www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds219_e.htm. Acesso em 20 maio 2014.

Tanto o caso *European Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil*, bem com os episódios envolvendo a ONG *Green Salvation vs Kazatomprom* ou a lide *Mallinckrodt Canada Inc. vs Bristol-Myers Squibb Co., Nycomed Inc. e Searle Ltd.*, guardam em seu núcleo a máxima de promoção de instrumentos de transparência e acesso à informação, com eixo gravitacional além dos espaços estanques entre público e privado, nacional e internacional.

Nesta mesma toada importante citar a experiência decorrente da Iniciativa MAP – Madre de Dios (Peru), Acre (Brasil) e Pando (Bolívia). No cenário da Amazônia, a partir dos trabalhos de planejamento e execução das obras da Rodovia do Pacífico para integração do Brasil, Bolívia e Peru, a população local, bem como, camponeses, indígenas, universidades, pesquisadores e organizações da sociedade civil, norteadas por ideais de direitos humanos e desenvolvimento sustentável se reúne em movimento reivindicando o direito de participar das decisões sobre o desenvolvimento da região transfronteiriça, para além das faculdades estatais. Como fruto direto, o MAP passou a participar materialmente de ações de cooperação, colaboração e integração dos países da Amazônia Sul-Occidental.³⁶

Eis que do caso em comento surge uma peculiaridade que é, em si, relevantíssima. Ou seja, a capacidade de articulação social além da territorialidade estatal, doméstica, nacional. À luz do glossário político típico, as manifestações democráticas estavam sediadas pelo balizamento físico e soberano dos Estados nacionais. Prática que ainda prevalece. Contudo, a Iniciativa MAP cambia este conceito para possibilitar deliberações além das fronteiras, além do Estado, para os indivíduos.

Todavia, esta nova onda aos espriar novos procedimentos acaba por intervir direta e indiretamente nos assuntos domésticos. Não se resume apenas na postura de observação, mas, institucionaliza através de fluxos e regulações transnacionais uma nova mola propulsora de procedimentalização interna³⁷. É o que se observa, no Brasil, por exemplo, com a publicação da Lei de Acesso à Informação e das habilitações dos portais de transparência.

Em suma, o dever de acesso à informação e medidas de transparência pública representa um instrumento de promoção de paradigma global de Direito, pois, além da publicidade, reforça instrumentos de controlabilidade e não-surpresa, cuja possibilidade se dá além da territorialidade brasileira por meios eletrônicos (*e-democracy*). Permite, enfim, meios ágeis de cooperação entre as instituições nacionais, entes privados e a governança global (transnacional)³⁸.

Neste contexto, merece referência o papel desenvolvido pela organização não-governamental Transparência Internacional com o intuito de maior clareza em assuntos da Administração Pública direta e indireta, situando nos indivíduos o papel de controladores naturais dos assuntos públicos, sobretudo, no combate à corrupção, que influencia decisões

³⁶ PEREIRA, Márcia Regina de Souza. Estudo de caso: Estrada do Pacífico e a Iniciativa MAP – mobilização social transfronteiriça para gestão do desenvolvimento sustentável na Amazônia Sul-Occidental. BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça**. O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: RT, 2011, p. 640 ss.

³⁷ CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 65.

³⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo. Transparência: o Brasil na era do Direito Global. **Carta Forense**, São Paulo, v. 118, p. 14-15, 2013.

governamentais e de atores transnacionais. Porém, o contributo se espraia para outros orientes quando se dedica também à exposição de empresas e capitais transnacionais envolvidas em expedientes escusos, bem como, os custos advindos destas operações. Como exemplo, Peter Eigen cita o caso da Siemens que gastou apenas com defesas em casos de indícios de corrupção a cifra de 2 bilhões de dólares³⁹.

Em complemento, este *network* ou até mesmo esta teia complexa, vital para os que desejam se sustentarem e mortal para os desavisados e incautos, na medida em que habilita incontáveis agentes nos procedimentos administrativos, produz em sua essência novos eixos de pressão, apresentação de demandas e *standards*. Eis que entra em cena não apenas os indivíduos em sua individualidade ou as ONGs. Sobremodo, se abre uma clareira, a partir do exemplo norte-americano, para a institucionalização dos *lobbys*, concebidos para assegurar o máximo de participação (e até mesmo intervenção) dos grupos interessados nos processos decisoriais.⁴⁰

Ainda que a temática dos *lobbys* e sua relevância mereça uma abordagem acalmada, válida se mostra a reflexão de seus atributos essenciais, ou seja, a capacidade contributiva para os processos de deliberação, sobretudo, para progressiva especificação dos assuntos de cunho altamente técnico e especializado que inviabilizam o discernimento do agente público admitido pelos padrões médios de conhecimento. Antes, porém, importante a superação da visão reducionista e equivocada que orienta o senso comum na equiparação de *lobby* com corrupção.

Como referencial comum, este novo *lócus* promove uma ruptura com a tradicional lógica dualista cidadãos - órgãos estatais para estabelecer conexões ramificadas e dispostas em fluxos variados, verticais ou horizontais, para, no mínimo, congregar indivíduos - órgãos estatais - agentes transnacionais nos processos de deliberação e ciência. Em verdade, potencializam-se os expedientes de *global governance*.⁴¹

Com efeito, este novo oriente almeja, mesmo que incidentalmente, reparar uma inversão desastrosa quando no processo de formação do Estado, com atributos de monopólio do poder e da esfera pública, privou as organizações sociais da política e encapsulou o homem à esfera privada da moral.⁴²

Para tanto, no intuito de estabelecer nortes compartilhados Sabino Cassese elenca cinco categorias necessárias à tutela da participação em cenários globais, a saber: o direito de participação dos particulares em confronto com as administrações nacionais sem a limitação de capacidade adstrita ao domicílio ou sede do agente; o direito de participação dos governos nacionais em face às instituições globais; o direito de participação dos governos nacionais e de qualquer parte em atos de outros governos; o direito de participação das instituições globais

³⁹ EIGEN, Peter. Entrevista: medidas duras não bastam. **Revista Veja**, São Paulo: a. 47, n. 02, p. 02-05, 08 jan. 2014.

⁴⁰ SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections of government and governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n. 369, v. 08, p. 374-376, 2000.

⁴¹ KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. v. 38, n.3/4, p. 37-38, 2005.

⁴² MATTEUCCI, Nicola. Opinião pública. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. Brasília: UnB, 1986, p. 842 ss.

em assuntos das administrações internacionais e; o direito de participação dos particulares nas instituições globais.⁴³

Como consequência deste fluxo de múltiplos sentidos se observa a transcendência da informação e participação como mera categoria, hábil a conferir legitimidade aos procedimentos. Como primeira razão em virtude da existência autônoma de significativa parcela dos atores globais. Depois, por aproximar e inserir os indivíduos em cenários antes impermeáveis, através de expedientes consensuais.

Os institutos típicos de publicidade do Direito Administrativo nacional ao serem atingidos pelos fluxos de globalização e transnacionalismo, visionários de teias reguladoras para além dos eixos e espaços unitários soberanos, alcunhados pela expressão Estado, desvelam contextos atípicos e em construção, mas com pressupostos suficientemente claros, conforme atesta Francisco de Abreu Duarte⁴⁴.

Eis que se repete a prescrição de que este novo cenário, advindo da globalização jurídica e do transnacionalismo, insere sobre o mesmo tabuleiro agentes públicos e privados, órgãos da administração pública nacional ou internacional, empresas e indivíduos para informação, transparência e participação dos atos com incidência sobre a esfera pública. Logo, as linhas de sustentação desta teia complexa clamam não apenas pela ciência dos envolvidos e destinatários do ato, mas, sobretudo, pela comunhão de compreensões na circulação de bens, serviços, tarifas e procedimentos⁴⁵.

Em síntese apertada há de se reconhecer a existência de instrumentos de participação e transparência em sentido vertical, mas, sobretudo, em linhas horizontais de *accountability* global. Não por acaso, se vislumbrar, inclusive, reclames de participação e informação nos assuntos nacionais impulsionados por locuções proferidas em cenários transnacionais, criando, conforme defende Daniele Archibugi⁴⁶ uma democracia cosmopolita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A progressiva globalização tem aumentado fortemente a importância qualitativa e quantitativa das influências externas, modificando a forma como o poder é exercido em todos os Estados. Não mais em razão cidadãos-governo-Estado. As áreas em que um Estado pode tomar suas próprias decisões de forma autônoma são, portanto, cada vez mais limitadas. Os governos nacionais experimentam dificuldades crescentes na prevenção de seus próprios assuntos em relações a forma autônoma frente ao exterior. Merece mensuração a impotência do Estado com a alvorada de novas instituições transnacionais. Lapso em que o Estado deixa a

⁴³ CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 68-92.

⁴⁴ DUARTE, Francisco de Abreu. À descoberta do fundamento constitucional do direito administrativo global. **Revista Eletrônica de Direito Público** – Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, n. 1, v. 1, 2014. Disponível em www.e-publica.pt. Acesso em 06 out. 2014.

⁴⁵ Acerca da questão inerente à discussão do tratamento jurídico de taxas e serviços bancários vide: DRUEY, Jean Nicolas. The noisy secrecy: Swiss banking law in international dispute. BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael. **Making transnational law work in the global economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 285 ss.

⁴⁶ ARCHIBUGI, Daniele. **The global commonwealth of citizens: toward cosmopolitan democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

centralidade que ocupou com a modernidade e, com ele, o Direito moderno. Momento em que as grandes discussões jurídicas são travadas no anseio de se estabelecer diretrizes para a equação *Law-Body-Space*.

À guisa de considerações finais, constata-se que: *a)* esta lógica jurídica global baseia-se em normas setoriais, relativas às matérias singulares ao caso; *b)* há um vazio hierárquico no sistema global (este composto de normas transnacionais, supranacionais, nacionais e regionais); *c)* não existe uma uniformidade no sistema global; *d)* carece de um marco divisor entre o público e o privado; *e)* poder normativo e poder executivo necessitam estar separados; *f)* disposições contratuais gozam da mesma relevância dos atos normativos ou administrativos; *g)* o sistema jurídico global não se presta somente aos sujeitos de Direito Público; *h)* o dever de observância do *rule of law*; *i)* a possibilidade de disputas multipolares, inclusive com órgão jurisdicional intervindo e reexaminado decisões judiciais nacionais; *j)* a compreensão de um sistema voltado prioritariamente à resolução de controvérsias; *k)* a diversidade de órgãos globais, que transcendem a pertinência aos sujeitos de Direito Internacional; *l)* a penetração do sistema global no Direito nacional, e *m)* a ausência de caráter formalmente vinculante, baseado, sim, na adesão voluntária.⁴⁷

Assim, em síntese apertada, torna-se possível mirar a construção de modelos jurídicos segundo os quais a participação e a informação tornam-se colunas edificantes, ao tempo em que não se apresentam apenas como faces de discricionariedade dos agentes públicos, em conceder ou não espaço para tal desiderato⁴⁸. Basta noticiar a compulsoriedade da oitiva de todos os entes (estatais, internacionais, públicos ou privados) de combate ao *doping* pela Agência Mundial *Anti-Doping* ou, em igual sentido, os procedimentos adotados pelo Banco Mundial.

Elegem como relevantes e indispensáveis a participação e colaboração vertical e/ou horizontal dos indivíduos, inclusive dos Estados, nas políticas globais, sendo que, em ambos os casos, pouco importa a nacionalidade dos sujeitos. Aliás, graças à Declaração do Rio-92 e à Convenção de Aarhus o que se exige é tão somente a natureza humana para questões de alçada ambiental. A preocupação com a melhoria dos padrões de governança, transparência e prestação de contas está agora se espalhando por todo o mundo, em especial entre as agências de ajuda e as instituições transnacionais. Em paralelo com a melhoria dos mencionados padrões compulsório se faz a articulação de mecanismos de combate à

⁴⁷ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. p. 131-135. Uma posição pouco menos romântica apresenta Alessio Lo Giudice: "Quest'ultima considerazione permette un ulteriore chiarimento del concetto di postnazionalità: superamento del paradigma nazionalistico non equivale a destrutturazione degli Stati nazionali, né tanto meno equivale all'ideale istituzionale di un Superstato. Il postnazionale implica invece la costruzione di uno spazio istituzionale di unità politica che superi l'elemento nazionale come esclusivo fattore di coesione sociale. Per queste ragioni la dimensione postnazionale potrebbe rinviare alla costruzione di uno spazio pubblico entro cui articolare e sperimentare forme di solidarietà sociale denazionalizzate." GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. p. 74.

⁴⁸ Neste sentido: "The emerging field of Global Administrative Law (GAL) provides the Bank with a strategy to enforce substantive norms while avoiding these pitfalls. By focusing on the principles that GAL scholars emphasize, such as transparency and reasoned decisionmaking, the World Bank can build confidence in the legitimacy and strength of the sanctions system and elicit all the information needed to effectively sanction firms and individuals without exclusive reliance on norms identifiable from national systems for legitimacy." DUBOS, Pascale Hélène; NOWLAN, Aileen Elizabeth. Global administrative law and the legitimacy of the sanctions regimes in international law. **The Yale Journal of International Law Online**. v. 36, fev. 2010, p. 22.

corrupção. Corrupção esta que não afeta apenas o fluxo de cifras pecuniárias, mas, essencialmente descalcifica o ideal de Direitos Humanos, Democracia e Sustentabilidade, bem como, a solidez de todas as instituições, sejam elas públicas ou privadas.

Nestes termos, se institui uma forma alargada de arena deliberativa orientada pelos primados de informação, transparência e participação, objetivando resgatar utopias que pareciam estar sepultadas ou, em cenários mais românticos, tomadas pela névoa. Ademais, caso assim não fosse, os fundamentos deste Direito Global, consignados alhures, estariam postos em preterição. Afinal, uma das características elementares do Direito Global é justamente os atributos de consensualidade, aplicáveis apenas quando da oportunização de informações e de participações entre os interessados. Portanto, registra-se o abandono dos meios belicosos de relacionamento para a fundação desta nova divisa no diálogo a partir de iniciativas.

Em conclusão, o direito à informação e à transparência contemplados nas searas do Direito Global propiciam alternativas para os indivíduos (isto é, o homem), pessoas jurídicas, organizações não-governamentais e demais não-legitimados pelo Direito Internacional, confrontarem os episódios derivados dos fluxos de globalização, bem como, transitarem além das fronteiras clássicas e territorializadas dos Estados. Em igual sorte, são condições de efetividade das normas globais/transnacionais, notadamente para a defesa dos objetivos consignados, sob pena de ampla deturpação dos valores centrais ou esvaziamento dos processos decisoriais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARCHIBUGI, Daniele. **The global commonwealth of citizens: toward cosmopolitan democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006.

CERNY, Philip G. Globalization and changing logic of collective action. FRIEDEN, Jeffrey A.; LAKE, David A. **International political economy: perspectives on global power and wealth**. Londres: Routledge, 2000.

COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

- CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- DRUEY, Jean Nicolas. The noisy secrecy: Swiss banking law in international dispute. BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael. **Making transnational law work in the global economy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- DUARTE, Francisco de Abreu. À descoberta do fundamento constitucional do direito administrativo global. **Revista Eletrônica de Direito Público – Faculdade de Direito de Lisboa**, Lisboa, n. 1, v. 1, 2014. Disponível em www.e-publica.pt. Acesso em 06 out. 2014.
- EIGEN, Peter. Entrevista: medidas duras não bastam. **Revista Veja**, São Paulo: a. 47, n. 02, p. 02-05, 08 jan. 2014.
- EUROPEAN Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil. Panel Report WT/DS219/R, March 7th 2003. Disponível em www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds219_e.htm. Acesso em 20 maio 2014.
- FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- GINSBORG, Paul. **La democrazia che non c'è**. Tradução de Emilia Mohamed Bahaa El Din. Torino: Giulio Einaudi, 2006.
- GIUDICE, Alessio lo. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.
- GORMAN, Robert A. The development of international employment law: my experience on international administrative tribunals at the World Bank and the Asian Development Bank. **Comparative Labor Law and Policy Journal**, v. 25, 2004, p. 663-668.
- GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.
- JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. V. 38, n.3/4, p. 20, 2005.
- LEEBRON, David W. Linkages. **American Journal of International Law**. Yale: v. 96, 2002.
- MATTEUCCI, Nicola. Opinião pública. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de João Ferreira. Brasília: UnB, 1986.
- NOWLAN, Aileen Elizabeth. Global administrative law and the legitimacy of the sanctions regimes in international law. **The Yale Journal of International Law Online**. v. 36, fev. 2010, p. 22.
- ⁹LIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

PEREIRA, Márcia Regina de Souza. Estudo de caso: Estrada do Pacífico e a Iniciativa MAP – mobilização social transfronteiriça para gestão do desenvolvimento sustentável na Amazônia Sul-Occidental. BENJAMIN, Antonio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e as funções essenciais à justiça**. O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: RT, 2011.

REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government: order and change in world politics**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections of government and governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n. 369, v. 08, p. 374-376, 2000.

SCHEPEL, Harm. **The constitution of private governance: product standards of integrating markets**. Oxford: Hart, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Governing the global economy through government network. BYERS, M. (Org.). **The rule of law in international politics**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, 5/4, 1999.

SOLÉ, Antoni Pigrau. Sur la responsabilité des sociétés transnationales pour graves dommages environnementaux. SILVA, José Antônio Tietzmann e; PRIEUR, Michel. **Legal instruments for the implementation of sustainable development**. Goiânia: PUC-Goiás, 2012.

SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. Tradução Maria S. Chauí. São Paulo: Abril, 1983.

STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do estado constitucional nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais. ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica**. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2013.

STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica** - Universidad de Medellín, v. 10, p. 159-174, 2011.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Transparência: o Brasil na era do Direito Global. **Carta Forense**, São Paulo, v. 118, p. 14-15, 2013.

TEUBNER, Gunther *et alii*. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: University Oxford Press, 2004.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: QUESTÃO *DE IURE CONDITO* OU *DE IURE CONDENDO*? A CATEGORIA DE *RES* E A DE *AGENS* E A HIPÓTESE DE UM ESTATUTO JURÍDICO *AD HOC*.

Nicolò Basigli¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo mostrar a dificuldade de enquadrar legalmente a inteligência artificial utilizando categorias jurídicas existentes. Na verdade, essas categorias são limitantes para descrever o que é a inteligência artificial para o mundo jurídico, acabando por estreitar demais o campo semântico. Notamos, diferentemente, que pensar em novas figuras a definir, como a categoria do *Agens*, pode, ao contrário, sem pretender ser exaustivo, ser mais funcional para a definição jurídica desta nova tecnologia.

Palavra Chave: Inteligência Artificial, Personalidade Eletrônica, Agente, Direitos Reais, União Europeia

INTRODUÇÃO

A inteligência artificial tem se tornado cada vez mais presente no cotidiano e com ela trouxe inúmeras reflexões envolvendo, entre outros, o mundo jurídico. Na verdade, com o desenvolvimento de formas cada vez mais avançadas e sofisticadas de inteligência artificial que interagem com o homem e com as ações humanas, não é incomum que o direito seja necessário para regular algumas situações, desde as mais aparentemente simples, como a questão da definição do que é uma inteligência artificial, até às mais complexas no que diz respeito ao regime de responsabilidade civil.

Diante deste cenário, este artigo, sem pretender ser completamente exaustivo, quer dar a sua contribuição na busca de uma definição jurídica do que é inteligência artificial através de sua categorização.

O artigo é desenvolvido em três partes consecutivas que abordam o tema: na parte 1.1 a complexidade de identificar uma definição adequada ao mundo jurídico do que é inteligência artificial e a dificuldade encontrada com as atuais categorias de documentos jurídicos disponíveis.

Na parte 1.2 questionamo-nos se novas categorias jurídicas são ou não necessárias para a inteligência artificial, centrando-nos nas características únicas desta nova tecnologia e nos problemas que surgem para o direito quando confrontado com algo absolutamente novo e complicado quadro jurídico.

¹ Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Vale do Itajaí – UNIVALI, Brasile. Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche presso Università Degli Studi di Perugia- UNIPG. Laureato presso l'Università Degli Studi di Perugia – UNIPG, Italia. E-mail: basigli@edu.univali.br

Na parte 1.3 temos a possibilidade de prever um estatuto jurídico ad hoc para a inteligência artificial, analisando os pontos a favor e contra ela e os resultados que surgiram do debate travado na União Europeia.

Para a redação deste artigo utilizou-se o método indutivo e utilizou-se a leitura de textos, órgãos reguladores, artigos e reportagens de jornais. Posteriormente os dados e informações foram processados pelo método cartesiano. Os resultados desta pesquisa são destacados nas conclusões.

A COMPLEXIDADE DE DEFINIR O QUE É INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Vimos como é difícil encontrar uma definição unívoca de IA que seja capaz, não só de incluir todas as facetas desta tecnologia complexa, mas de levar toda a comunidade científica a concordar. As definições do que é IA mudam muito dependendo se vêm de estudiosos de disciplinas científico-técnicas ou humanístico-sociais.

O que é relevante para a lei? Certamente as *res*, as coisas, que estão submetidas a um sistema regulatório ad hoc que leva o nome de direitos reais e os agentes, incluídos também num sistema regulador específico que trata de sujeitos que simplesmente agem, isto é, "exercem uma 'ação" ².

É necessário compreender se a IA é uma *res* ou uma *agens* para permitir um estreitamento do campo na escolha de como deve ser considerada, uma vez que diferentes regulamentações surgem da diferente consideração da mesma.

Partimos do que parece ser uma afirmação óbvia, por assim dizer: IA é uma *res*. Se inserirmos a IA naquela dicotomia existente entre seres humanos e seres não humanos, certamente nos depararemos com uma coisa. Portanto, de acordo com esta simples observação, a IA poderia ter relevância para o direito como *res* e estar sujeita a esse complexo de regras que a regula: os direitos reais.

A consideração da IA como uma resolução leva a mente a um mundo muito específico: o dos bens de consumo. Este "mundo", portanto, não permite que a IA seja dotada de elementos como vontade, consciência ou personalidade. Nesta estrutura, a IA é considerada como qualquer computador, produzível, comprável, vendável, que pode ser quebrado, reparado, etc. Se permanecermos firmes nesta visão, é evidente que o regulamento é muito simples, mas acima de tudo é um regulamento que já existe e, portanto, não há necessidade de elaborar novas regras para um "computador", ainda que com enormes capacidades de cálculo.

O sistema regulamentar aplicável a este quadro é o dos direitos de propriedade, o direito de solicitar a substituição do produto em caso de defeito, o direito de solicitar uma indemnização por danos se a propriedade for danificada por terceiros, etc.

Precisamente porque as novas tecnologias iniciaram uma colonização e os seus desenvolvimentos as tornaram capazes de ações que vão muito além da automação, a

² Voz do verbo AGIRE, em: <https://www.treccani.it/vocabolario/agire/>.

hipótese de que para o direito as tecnologias (incluindo a IA) devem ser consideradas como *res* è ainda sustentável?

Basta pensar no aprendizado de máquina, ou seja, naquela IA específica dotada da capacidade de autoaprendizagem e que é capaz de tomar decisões autônomas, para poder dar uma resposta a si mesma. Esta IA pode ser considerada um simples robô automático ou eletrodoméstico? A resposta a esta hipótese é não, porque se a IA fosse considerada um computador simples, embora com uma enorme capacidade computacional, continuaria a ser um computador. Esta afirmação encontra fundamento se deixarmos o dualismo categórico do ser humano e do ser não humano e inserirmos a categoria de *agens* neste dualismo. Não é possível dizer que uma *res* toma decisões e atua, mas, sobretudo, uma *res* não muda, é sempre a mesma. Uma vez que o aprendizado de máquina tenha agido, ele não será o mesmo que ele mesmo, ele mudou por sua própria ação e não por intervenção humana externa.

Estamos perante uma *res* que se desenvolveu e evoluiu, mas que não é identificável como ser vivo (nem humano, nem animal, nem mesmo vegetal): surge portanto a necessidade de uma nova categoria. Para estabelecer uma categoria que tenha relevância para o direito e que consiga incluir as particularidades da IA, é interessante observar o que afirmaram Russel e Norvig:³

O principal tema unificador [da IA] é a ideia de um agente inteligente. Na nossa definição, inteligência artificial é o estudo dos agentes que recebem percepções do ambiente e realizam ações. Cada agente implementa uma função que corresponde a sequências e ações perceptivas, e nosso objetivo é apresentar diferentes técnicas para representar tais funções: algumas delas são agentes reativos, planejadores em tempo real e sistemas baseados na teoria da decisão. Será também explicado o papel da aprendizagem na extensão do campo de acção do designer a territórios desconhecidos e ilustrado como este papel representa um constrangimento ao design dos agentes, favorecendo a representação explícita do conhecimento e do raciocínio. A robótica e a visão não são tratadas como problemas independentes, mas sim na sua função de servir a concretização de objectivos. A ênfase também é colocada na importância do ambiente na determinação da arquitetura de agente mais apropriada.

A definição dada por Russel e Norvig centra-se na do agente inteligente e é interessante do ponto de vista jurídico: isto porque, para o direito, apenas os agentes são relevantes (advogados, juízes)⁴.

Nesta revolução copernicana da concepção da máquina de IA como *agens* parece haver um consenso universal sobre o facto de que o ser humano deve ser colocado no centro do desenvolvimento da IA, que devem ser colocadas regras sobre este desenvolvimento, ainda mais nesta visão como *agentes*.

³ RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter, **Intelligenza artificiale. Un approccio moderno**, a cura di Francesco Amigoni, Pearson, Prentice Hall, 2010 p. XVIII

⁴ SANTOSUOSSO, Amedeo. **Intelligenza Artificiale e Diritto**. Milano: Mondadori Università, 2020, p.7

Portanto, os *agentes* inteligentes são, para os estudiosos da IA, entidades artificiais que “recebem percepções do ambiente e realizam ações” e que o fazem pensando e agindo de forma racional ou humana⁵.

Esta afirmação dos citados Russel e Norvig pode ser tomada como o fundamento da evolução do discurso no campo jurídico, em que o conceito de *agens* não é estranho, mas permanece muito obscuro no seu significado. Para ter consciência disso, é preciso lembrar uma característica básica do direito: o direito utiliza uma linguagem e palavras que muitas vezes são compartilhadas com a linguagem natural, não jurídica, que são utilizadas para significados técnicos, que são conhecidos apenas pelos especialistas da matéria. Outra questão, sempre jurídica, que se coloca de forma independente é: qual a linha divisória estabelecida pela lei para afirmar que se trata de uma *agens*? Ou seja, o que é um *agens* no sentido jurídico? O limite pode ser identificado na lacuna entre *res* e pessoas?

Para responder a esta questão, devemos sempre nos referir ao sentido literal das palavras: *agens* – aquele que age, portanto o que importa para o direito é a ação. De acordo com a lei, esta ação, por definição, é praticada por um ser humano ou, em qualquer caso, atribuível a um ser humano. Esta afirmação está cada vez mais começando a se provar falsa.

A palavra “agente”⁶ em seu uso hoje tem vários significados, mas todos incluídos no conceito básico de “causa ativa; causa eficiente”⁷ e abrange tudo o que tem a possibilidade de causar uma mudança, ou seja, uma substância, uma força da natureza, um objeto derivado da natureza, uma pessoa/ser humano, uma pessoa ou coisa que age.

Nos últimos anos, o conceito fundamental deixou de ser considerado o de causa ativa/eficiente, mas sim o de ter capacidade de processar informação⁸. Pode-se afirmar que a capacidade de processar informações é a característica básica de um agente e que robôs, softwares, nuvens e qualquer outro tipo de sistema automático que seja capaz de processar informações, independentemente de sua natureza como pessoa e não como natural pessoa, podem ser considerados agentes, pelo menos no sentido previamente identificado.

⁵ RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter, **Intelligenza artificiale. Un approccio moderno**, a cura di Francesco Amigoni, Pearson, Prentice Hall, 2010 p. XVIII.

⁶ SANTOSUOSSO, Amedeo, Se l'agente è non necessariamente un essere umano. Alcune riflessioni giuridiche, *Notizie di Politeia*, vol. XXX, 2014, p. 28-48.

⁷ Existem quatro conjuntos principais de significados da palavra agente: a) “Uma força ou substância que causa uma mudança: um agente químico; um agente infeccioso” ou “uma força ou objeto natural que produz ou é usado para obter resultados específicos: muitos insetos são agentes de fertilização” b) “Aquele que [presumivelmente um ser humano] age ou tem o poder de agir” c) “Aquele que está autorizado a agir em nome de outrem: agente de um escritor; um agente de seguros” d) Em linguística, “o substantivo ou grupo nominal que define a pessoa ou meio através do qual a ação é realizada” ou “o substantivo ou grupo nominal, que denota um ser animado que executa ou causa a ação expressa por o verbo” Esses significados são retirados do lema “agente” Random House Kernerman Webster's College Dictionary, 2010, em <https://www.freedictionary.com/agent>, acessado em 28 de dezembro de 2020

⁸ MILLER, John, e PAGE, Scott. **Complex Adaptive Systems: An Introduction to Computational Models of Social Life**, Princeton-Oxford : Princeton University Press, 2007. Da vasta literatura sobre estes tópicos podemos extrair o conceito de agente autônomo como “um sistema autocatalítico global que, ao realizar um ou mais ciclos de trabalho termodinâmicos: 1) Mede variações úteis no equilíbrio a partir do qual o trabalho pode ser extraído; 2) Descobrir dispositivos para anexar às fontes de energia para que o trabalho possa ser extraído 3) Usar o trabalho para desenvolver restrições para extrair mais trabalho”

A observação de Luciano Floridi⁹ sobre este ponto deve ser levada em consideração:

Estamos imóveis no centro do universo (revolução copernicana); não somos anormalmente distintos e diferentes do resto do mundo animal (revolução darwiniana) e estamos longe de sermos cartesianamente totalmente transparentes para nós mesmos (revolução freudiana). Estamos agora aceitando lentamente a ideia de que podemos não ser tão marcadamente diferentes de outras entidades e agentes informacionais e inteligentes, e de artefatos de engenharia (revolução de Turing).

Portanto, existe a ideia de que o ser humano pode ser qualificado como organismo de informação inserido em um ambiente global, cujo elemento distintivo é justamente a informação, e isso lança luz sobre a relação entre *res* e ser humano do ponto de vista também jurídico. A análise do significado de “agente” coincide, portanto, com a análise do significado de pessoa, sempre através da óptica do direito. Neste ponto, a lei deve traçar o limite dentro do qual podemos falar de um “agente”, o que é um “agente” no sentido jurídico e se o limite deve coincidir com a linha divisória entre *res* e pessoas¹⁰.

Para o direito, o conceito mais próximo do de agente parece ser o de indivíduo ou grupo, sujeitos que são autorizados pela lei a praticar atos juridicamente relevantes e, por fim, a intentar ações judiciais na forma de autor ou réu¹¹. Na tradição jurídica do direito civil, o que distingue as pessoas singulares das pessoas colectivas é muito complexo e não faltam inconsistências.

A ideia de pessoa jurídica é amplamente compartilhada, em termos gerais, basta pensar nas sociedades por ações: entidades artificiais que podem ser criadas por lei, que são tratadas como pessoa física pela lei, que têm direitos que são protegidos caso sejam lesados, que têm a capacidade de contrair dívidas ou de ter créditos, a capacidade de transferir bens, a capacidade de celebrar um contrato, a obrigação de pagar impostos e, por último mas não menos importante, a capacidade de processar. Os vários direitos e responsabilidades que uma empresa tem são totalmente independentes e diferentes das pessoas que possuem a empresa ou investem nela¹².

A questão inteiramente ontológica que deve ser abordada, portanto, é se um robô, ou um sistema de inteligência artificial, não possui os requisitos exigidos (consciência, intenções, capacidade de formular planos ou definir objetivos) que fazem de uma pessoa uma pessoa, entendida como uma “pessoa humana”, com todo o corolário de direitos e deveres que lhe são atribuídos. A qualidade, provavelmente essencial, sobre a qual a lupa deve ser colocada é a consciência. O problema da consciência é decisivo sob vários pontos de vista, um deles é a dúvida, relativa aos agentes de inteligência artificial, se estamos perante uma questão *de iure condito* ou *de iure condendo*, em relação à sua consideração jurídica como agente. A inteligência artificial *agens* é um conceito já conhecido e existente no direito (*de iure condito*),

⁹ FLORIDI, Luciano, **Philosophy of computing and information. 5 Questions**. Automatic Press/VIP, 2008.

¹⁰ SANTOSUOSSO, Amedeo. **Intelligenza Artificiale e Diritto**. Milano: Mondadori Università, 2020, p. 207-208.

¹¹ SANTOSUOSSO, Amedeo. **Intelligenza Artificiale e Diritto**. Milano: Mondadori Università, 2020, p.208

¹² TORRENTE, Andrea, e SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 964: “caratteristica fondamentale della ‘società per azioni’ è ‘che per le obbligazioni sociali risponde soltanto la società con il suo patrimonio”

assim como a consideração da inteligência artificial como *res*, ou é um conceito estranho ao direito e que precisa ser criado (*de iure condendo*)?

QUESTÃO DE *IURE CONDITO* OU DE *IURE CONDENDO*? AS CARACTERÍSTICAS PARA CHEGAR A UMA DEFINIÇÃO CATEGÓRICA.

Abordar a questão da consciência ligada à inteligência artificial permite-nos responder a esta questão porque: se negarmos que a inteligência artificial possui consciência estaríamos perante um robô inteligente, que certamente “age”, mas que permanece delimitado no mundo da *res* embora com todas as suas particularidades. Portanto, diante desta situação é claro que a questão seria *de iure condito*, pois não existem aspirações regulatórias inovadoras ou legislação futura desejável dado o fato de estarmos diante de uma *res* sujeita ao regime de direitos reais.

Pelo contrário, se admitirmos que a inteligência artificial possui uma espécie de consciência (embora diferente e modulada em comparação com a consciência humana), então estaríamos perante um cenário sem precedentes para o direito. A consequência desta afirmação é que a questão do direito não seria *de iure condito* mas sim *de iure condendo*, porque a inteligência artificial seria um *res* dotada de consciência apesar de não ser um ser vivo, um cenário de filme não muito distante da realidade. Contudo, vale a pena sublinhar que a escolha de confiar num conceito em vez de outro é uma tarefa política. É a política que deve dar uma resposta a esta questão. No entanto, a escolha de confiar no pensamento da inteligência artificial *res* leva a paradoxos jurídicos em que uma coisa é considerada como algo que escolhe, decide e tem vontade própria na tomada de decisões, mesmo que não seja um ser humano. É claro que estamos diante de uma zona jurídica cinzenta.

A figura do *agens* é familiar ao direito, mas não com as características que acabamos de expressar e é por isso que falamos de uma questão *de iure condendum* em referência a uma nova categoria necessária para a inteligência artificial: o horizonte de atribuir a este novo sujeito o personalidade eletrônica¹³.

Este é o cenário subjacente que permite uma diferença conceitual muito importante, aquela que compara a inteligência artificial “fraca” e a “forte”. Esta elaboração conceitual é, na realidade, cada vez mais concreta e real dada a evolução que caracteriza as novas formas de inteligência artificial, especialmente face às características de autoaprendizagem que revelam um desenvolvimento mais maduro e ao mesmo tempo um funcionamento mais complexo no que respeita ao conteúdo da programação original que havia sido dada.

E é precisamente face ao surgimento destas formas de inteligência artificial caracterizadas pela capacidade de aprender que a questão relativa, ainda hoje, à adequação da regulamentação em vigor para descrever, por exemplo, a complexidade da dinâmica de atribuição de responsabilidade parece relevante.

Antes de abordar este tema é necessário esclarecer que tendo excluído a consciência das características dos *agentes* de inteligência artificial para o atual nível de desenvolvimento, ela parece, no entanto, possuir vontade própria. O grau de vontade (automação) define ainda a inteligência artificial em duas categorias: fraca e forte. A pergunta a se fazer para entender com

¹³ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari; Laterza, 2012

que tipo de inteligência artificial estamos lidando: será a máquina capaz de igualar e até superar o raciocínio humano ou nunca será equivalente a ele? A resposta a esta questão explica ainda mais a necessidade de uma nova categoria jurídica *de iure condendum* para a inteligência artificial.

Desta discussão chegamos à conclusão de que, estando hoje na presença de uma inteligência artificial fraca e não de uma inteligência artificial forte, ganha força o raciocínio que quer uma categoria separada para as inteligências artificiais, não sendo possível assimilar artificialmente inteligência (por enquanto) às capacidades cognitivas completas dos seres humanos. É por isso que os *agentes* de inteligência artificial não podem ser classificados como pessoas colectivas ou mesmo como pessoas singulares, mas requerem um novo horizonte, o mesmo já temido.

Graças a este raciocínio, a questão de considerar a inteligência artificial como um agente inteligente tornou-se mais concreta e também através da atenção que as instituições, especialmente as europeias, têm reservado a este tema. Observou-se que a inteligência artificial hoje existente é fraca, sem autoconsciência, sem consciência, mas com vontade própria limitada às operações ou execuções que lhe são solicitadas e esta situação é tão peculiar que não pode ser enquadrado em qualquer categoria jurídica positiva existente.

A HIPÓTESE DE UM ESTATUTO JURÍDICO *AD HOC*: PERSONALIDADE ELETRÓNICA

Para nos basearmos em alguns dados, é interessante observar como em 16 de fevereiro de 2017 o Parlamento Europeu aprovou uma resolução que fazia algumas recomendações à Comissão relativamente às regras de direito civil a introduzir na robótica¹⁴. O art. 59, juntamente com uma série de indicações retiradas do debate jurídico e ético sobre o tema¹⁵, que se orientam para uma distribuição mais equitativa do risco no caso de um robô causar algum dano, contém uma indicação que tem um efeito muito forte e provoca um verdadeiro escândalo. A indicação do art.59 letra f) ¹⁶ é:

o estabelecimento de um estatuto jurídico específico para os robôs a longo prazo, de modo que pelo menos os robôs autónomos mais sofisticados possam ser considerados pessoas eletrónicas responsáveis pela reparação de quaisquer danos por eles causados, bem como, eventualmente, o reconhecimento da personalidade eletrónica dos os robôs tomam decisões autónomas ou que interagem de forma independente com terceiros.

¹⁴ Norme di diritto civile sulla robotica. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL)): disponibile presso http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017- 0051_IT.html e consultato il 25 luglio 2020.

¹⁵ Si veda LEROUX, Christophe, e LABRUTO, Roberto. **Suggestion for a green paper on legal issues in robotics, euRobotics. The European Robotics Coordination Action**, 2012. Disponibile all'indirizzo: https://www.researchgate.net/publication/310167745_A_green_paper_on_legal_issues_in_robotics. Visitato il 2 agosto 2020; SANTOSUOSSO, Amedeo, et. al. **Robot e diritto: una prima ricognizione**. CEDAM. La nuova giurisprudenza civile commentata, v. 28, n. 7/8, p. 494-516, 2012.

¹⁶ Norme di diritto civile sulla robotica. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 (INL)): disponibile presso http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017- 0051_IT.html e consultato il 25 luglio 2020

Mady Delvaux, a parlamentar europea luxemburguesa que redigiu a resolução, numa das suas comunicações, tentando acalmar as pessoas, esclarece a indicação ofensiva ao afirmar que, a longo prazo, a determinação da responsabilidade em caso de acidente se tornará provavelmente cada vez mais complexo porque os robôs mais sofisticados, autónomos e equipados com auto-aprendizagem, serão capazes de tomar decisões para as quais não há vestígios de um ser humano em acção. Para estes casos, a resolução pede à Comissão que avalie o impacto de um regime de seguro obrigatório, incluindo a possível ideia de conferir aos robôs o estatuto jurídico de personalidade electrónica, a fim de facilitar a indemnização das vítimas nos casos em que a responsabilidade humana não pode ser totalmente atribuído¹⁷.

As razões que movem este pensamento, ou seja, a não possibilidade de a inteligência artificial ser atribuível a um estatuto jurídico de pessoa electrónica, encontram-se, por um lado, na ideia actual de que as pessoas colectivas são apenas uma *fictio iuris* que a lei abraça e estrutura a partir da pessoa humana e, por outro lado, na ontologia do próprio ser humano, uma vez que as suas características não podem ser reproduzidas num robô ou numa inteligência artificial, por mais sofisticadas que sejam, permanecem artefactos¹⁸. O Parlamento Europeu não exclui, no entanto, a possibilidade de, a longo prazo, ser fornecido um estatuto jurídico específico para os robôs autónomos mais sofisticados. Tudo isto significaria que estes robôs autónomos poderiam ser considerados como pessoas electrónicas, portanto dotadas de capacidade jurídica, responsabilidade e, portanto, chamadas a compensar quaisquer danos por eles causados¹⁹.

A ideia de atribuir personalidade jurídica à inteligência artificial levanta diversas questões jurídicas: que direitos e que deveres deve ter a inteligência artificial? Que capacidade jurídica poderia ser atribuída à inteligência artificial²⁰? Precisamente por estas razões²¹, algumas observações foram feitas: de facto, se por um lado esta disposição seria útil do ponto de vista

¹⁷ 7 Per approfondire la posizione di Mady Delvaux: Ufficio Stampa del Parlamento Europeo, Robot e Intelligenza Artificiale: i deputati chiedono norme europee, comunicato stampa del 16 febbraio 2017, disponibile: <https://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/20170210IPR61808/robot-e-intelligenza-artificiale-i-deputati-chiedono-norme-europee> ; Redazione FOR, Intelligenza Artificiale e UE. Intervista a Mady Delvaux, 30 aprile 2018, disponibile: <https://www.ottimistierazionali.it/intelligenza-artificiale-lue-si-muove-nella-direzione-giusta-ma-non-basta-intervista-alleurodeputata-mady-delvaux/> ; MARTELLI, Federico. **Perché i robot dovrebbero avere una carta d'identità**. VICE (13 gennaio 2017). Disponibile all'indirizzo: <https://www.vice.com/it/article/pg3ymy/proposta-status-legale-dei-robot-parlamento-europeo>. Visitato il 30 novembre 2021.

¹⁸ 4 La prova di quanto è affermato la si trova nella responsabilità penale. SANTOSUOSSO, Amedeo, e BOTTALICO, Barbara. **Autonomous Systems and the Law: Why Intelligence Matters**, in: HILGENDORF, Eric, e SEIDEL, Uwe (edd.), Robotics, Autonomics, and the Law: Legal issues arising from the Autonomics for Industry 4.0 Technology Programme of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, Baden Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.

¹⁹ Si andrebbe così oltre il consueto paradigma dicotomico tra persone fisiche e persone giuridiche, inverando, forse, quella profezia immaginata a suo tempo da SATOR, Giovanni, **Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto**, contratto e impresa, Milano, 2002, che alludeva, più precisamente, all'alternativa classica tra cose e persone

²⁰ Sul possesso di diritti da parte degli agenti software, si richiama PUTNAM, Hilary, **I robot: macchine o vita creata artificialmente**, in: Mente, linguaggio e realtà, Milano: Adelphi, 1987

²¹ Per esempio, in tempi non sospetti e ben prima della risoluzione del Parlamento europeo, da BEITZ, Charles. **The Idea Of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 242: "with respect to liability issues, the recognition of personhood would mainly serve as a liability capping method; yet it would neither necessarily change the person bearing the costs of its functioning nor the cases when compensation is awarded. In fact, unless the robot was capable of earning a revenue from its operation, its capital would have to be provided by a human, or a corporation, standing behind it, thus not necessarily shifting the burden from the party that would bear it pursuant to existing product liability rules". Disponibile: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2410754

funcional, dado que, ao dotar os robôs de personalidade jurídica, o seu registo e consequentemente a identificação de seriam possíveis os limites que se referem à sua capacidade jurídica para celebrar contratos, assumir obrigações e representar uma pessoa (física e legalmente). Por outro lado, existe uma opinião contrária que afirma que dotar os robôs de personalidade jurídica para efeitos de responsabilidade civil pode colocar problemas do ponto de vista económico. Os robôs, de fato, apesar de serem diretamente responsáveis, não teriam condições de compensar os danos por eles causados, pois não possuem fonte financeira de onde sacar. Neste caso, no final, teríamos sempre que lidar com terceiros e, portanto, seria de pouca utilidade estabelecer uma personalidade jurídica para a inteligência artificial²².

Para todo exame que verifique a capacidade do sistema de regras existentes e a serem implementadas para a regularização da responsabilidade ligada a quaisquer danos que a inteligência artificial possa causar, é necessário primeiro fazer uma pergunta fundamental. Esta questão centra-se na possibilidade de utilizar, em relação ao funcionamento da IA, categorias que normalmente se referem à acção típica do ser humano: isto é, por um lado, um conceito de acção que não corresponde necessariamente ao exercício de um movimento; e, por outro lado, o atributo da subjetividade que se refere ao estado mental com que um sujeito realiza um determinado movimento ou acção. Estes dois elementos nada mais descrevem do que uma conduta existente, ativa ou omissiva, abstratamente atribuível ao agente (elemento objetivo) e a presença de uma atitude psicológica capaz de justificar ou excluir a sua atribuição à entidade (elemento subjetivo)²³.

Se nesta primeira análise a referência a estes elementos parece excessiva ou inadequada para descrever o funcionamento real da inteligência artificial, a comparação com categorias gerais do elemento objetivo e subjetivo oferece ideias úteis para apreciar a adequação das regras já existentes que, dadas as realizadas, parecem restritas, mas até que a natureza jurídica da inteligência artificial seja esclarecida, esta área continuará a ser uma zona franca. A oposição à atribuição de personalidade electrónica a agências de inteligência artificial deriva principalmente do facto de esta inteligência artificial actual ser fraca, sem a capacidade cognitiva humana (geral) completa. Desta condição limitante decorre que estamos perante um modelo híbrido de transição de inteligência artificial (entre *res* e pessoa singular) ainda não susceptível de ser incluído numa nova categoria, mas os especialistas não excluem esta possibilidade no futuro dada a rápida e desenvolvimentos cada vez mais bem-sucedidos na ciência.

²² A favore di questo schema S. ORITI, **Brevi note sulla risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 concernente le norme di diritto civile sulla robotica**, p. 12-13 .Reperibile su: <http://www.ratiojuris.it/wp-content/uploads/2017/07/Brevi-note-sulla-risoluzione-del-Parlamento-europeo-del-16-febbraio-2017-concernente-le-norme-di-diritto-civile-sulla-robotica-1.pdf>, che osserva come “una responsabilità così imputata al robot, soggetto di diritto, ma di fatto ripartita tra i soggetti che operano nel funzionamento economico del robot medesimo, non costituisce un deterrente al progresso [...] e, al tempo stesso, risulta adeguatamente soddisfattiva dell’interesse risarcitorio del danneggiato. Il riconoscimento di soggettività giuridica [...] può giustificarsi in modo strumentale: una finzione giuridica per meglio organizzare la gestione dei rischi e l’allocazione della responsabilità. Qualora un meccanismo giuridico di questo tipo venisse applicato a tali agenti alternativi potrebbe parlarsi di una loro personalità giuridica e, conseguentemente, vi sarebbe la limitazione della responsabilità dell’utilizzatore ad un patrimonio conferito all’agente”

²³ BASSINI, Marco; LIGUORI, e Laura; POLLICINO, Oreste. **Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?**, in: PIZZETTI, Franco, **Intelligenza Artificiale, Protezione dei dati personali e regolazione**. Torino: Giappichelli editore, 2018, p. 351- 352.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, destaca-se a complexidade do tema proposto, bem como o fato de que o mundo jurídico sozinho não consegue resolver a questão definicional, tendo que necessariamente contar com disciplinas extrajurídicas para finalmente chegar a um escaninho categórico que possa responder às necessidades actuais que se tornam cada vez mais prementes.

Acima de tudo, a questão da responsabilidade civil destaca com força não só a necessidade de regulamentação, mas, acima de tudo, principalmente a identificação de uma definição, legal ou não, de inteligência artificial.

Esta dificuldade decorre da velocidade de desenvolvimento e evolução da tecnologia, que não é acompanhada por uma evolução igualmente rápida do direito.

Os pensamentos de Shoshana Zuboff são úteis nesse sentido²⁴:

Os tempos de uma democracia são deliberadamente lentos, lastreados por repetições, sistemas de equilíbrio de poder, leis e regras. O as agências precisavam de métodos de desenvolvimento capazes de contornar rapidamente as restrições legais e burocráticas. Em tal contexto, marcado por angústias e traumas, foi invocado um "estado" excepcional" para legitimar um novo imperativo: acelerar um qualquer custo.

Na verdade, o cenário atual é um prelúdio para novas formas de regulação que escapam aos esquemas rígidos e tradicionais de produção jurídica. Tanto do ponto de vista categórico como do ponto de vista da produção jurídica, espera-se que a solução para este antigo problema de definição seja rapidamente identificada no Direito Transnacional.

De momento, dados os desenvolvimentos da inteligência artificial, não é possível atribuir-lhe um estatuto jurídico, mas sim prever a adaptação das categorias jurídicas existentes, ainda que com as limitações do caso, enquanto se espera que a inteligência artificial deixe de ser fraco para se tornar cada vez mais forte, para consequentemente permitir a criação de novas categorias jurídicas nas quais enquadrar a nova tecnologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASSINI, Marco; LIGUORI, e Laura; POLLICINO, Oreste. Sistemi di Intelligenza Artificiale, responsabilità e accountability. Verso nuovi paradigmi?, in: PIZZETTI, Franco, Intelligenza Artificiale, **Protezione dei dati personali e regolazione**. Torino: Giappichelli editore, 2018

BEITZ, Charles. **The Idea of Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2009

²⁴ ZUBOFF, Shoshana. **Il capitalismo della sorveglianza**: il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri. Traduzione in italiano di Paolo Bassotti. Roma: LUISS University Press, 2019, p. 125.

- FLORIDI, Luciano, **Philosophy of computing and information**. 5 Questions. Automatic Press/VIP, 2008.
- LEROUX, Christophe, e LABRUTO, Roberto. **Suggestion for a green paper on legal issues in robotics**, euRobotics. **The European Robotics Coordination Action**, 2012. Disponibile all'indirizzo: https://www.researchgate.net/publication/310167745_A_green_paper_on_legal_issues_in_robotics. Visitato il 2 agosto 2020
- MARTELLI, Federico. **Perché i robot dovrebbero avere una carta d'identità**. VICE (13 gennaio 2017). Disponibile all'indirizzo: <https://www.vice.com/it/article/pg3ymy/proposta-status-legale-dei-robot-parlamento-europeo>. Visitato il 30 novembre 2021.
- MILLER, John, e PAGE, Scott. **Complex Adaptive Systems: An Introduction to Computational Models of Social Life**, Princeton-Oxford : Princeton University Press, 2007
- ORITI, Stefano, **Brevi note sulla risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 concernente le norme di diritto civile sulla robotica**
- PUTNAM, Hilary, **I robot: macchine o vita creata artificialmente**, in: *Mente, linguaggio e realtà*, Milano: Adelphi, 1987
- RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Bari; Laterza, 2012
- RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter, **Intelligenza artificiale. Un approccio moderno**, a cura di Francesco Amigoni, Pearson, Prentice Hall, 2010
- SANTOSUOSSO, Amedeo. **Intelligenza Artificiale e Diritto**. Milano: Mondadori Università, 2020
- SANTOSUOSSO, Amedeo, **Se l'agente è non necessariamente un essere umano. Alcune riflessioni giuridiche**, *Notizie di Politeia*, vol. XXX, 2014
- SANTOSUOSSO, Amedeo, et. al. **Robot e diritto: una prima ricognizione**. CEDAM. *La nuova giurisprudenza civile commentata*, v. 28, n. 7/8, p. 494-516, 2012
- SANTOSUOSSO, Amedeo, e BOTTALICO, Barbara. **Autonomous Systems and the Law: Why Intelligence Matters**, in: HILGENDORF, Eric, e SEIDEL, Uwe (edd.), *Robotics, Autonomics, and the Law: Legal issues arising from the Autonomics for Industry 4.0 Technology Programme of the German Federal Ministry for Economic Affairs and Energy*, Baden Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2017.
- SATOR, Giovanni, **Gli agenti software: nuovi soggetti del ciberdiritto**, Contratto e Impresa, Milano, 2002
- TORRENTE, Andrea, e SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. Milano: Giuffrè, 2009
- ZUBOFF, Shoshana. **Il capitalismo della sorveglianza: il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri**. Traduzione in italiano di Paolo Bassotti. Roma: LUISS University Press, 2019

ATTIVISMO GIUDIZIALE E DIALOGHI TRANSGIUDIZIALI: PARAMETRI PER L'INTERAZIONE TRA DECISIONI NAZIONALI E STRANIERE¹.

Bruno Makowiecky Salles²
Paulo Márcio Cruz³
Nicolò Basigli⁴

SOMMARIO:

Questo articolo cerca di promuovere un'articolazione tra la categoria dell'Attivismo Giudiziale ed i dialoghi tenuti tra giudici e Corti. Tale tematica è studiata, a livello dottrinale, nel Transcostituzionalismo e nel Transgiudizialismo e vengono riuniti sotto la più ampia formula dei Dialoghi Transgiudiziali. L'obiettivo, pertanto, è contribuire alla costruzione di alcuni parametri che concilino gli elementi che vengono articolati, in modo che le interazioni transgiudiziali si rivestano di scientificità e siano compatibili con la legittimità democratica.

PAROLE CHIAVI: Attivismo Giudiziale. Transnazionalità. Diritto Transnazionale. Transcostituzionalismo. Transgiudizialismo.

INTRODUZIONE

La tematica dell'attivismo giudiziale è ampiamente dibattuta nella scienza giuridica. Ci sono controversie nella ricerca di un concetto e sulle virtù e le vicissitudini della pratica. Allo stesso modo, le conversazioni⁵ tra giudici e Tribunali di tutto il mondo hanno punti di vista diversi. È una realtà in crescita, sia nei dialoghi tra giudici e Tribunali di paesi diversi, sia in quelli che si instaurano tra giudici nazionali e Tribunali Transnazionali o Internazionali. Questi complessi assi tematici si toccano ad un certo momento: fino a che punto le interazioni con il diritto straniero, per l'applicazione in ambito domestico, rappresentano o meno la concretizzazione dell'Attivismo Giudiziale?

¹ Articolo precedentemente pubblicato: SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio; BASIGLI, Nicolò. Attivismo giudiziale e dialoghi transgiudiziali: parametri per l'interazioni tra decisioni nazionale e stranieri. **Rivista AIC – Associazioni italiana dei costituzionalisti**. n. 3, p. 220-235, luglio 2021.

² Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Vale do Itajaí – UNIVALI, Brasile. Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche presso Università Degli Studi di Perugia- UNIPG, Italia (2019). Giudice nello Stato di Santa Catarina, Brasile (2009). CV: <http://lattes.cnpq.br/747954322697803>. E-mail: brunomakowieckysalles@gmail.com.

³ Dottore in Diritto di Stato presso l'Università Federale di Santa Catarina. Professore permanente e coordinatore del Programma di Laurea Stricto Sensu in Scienza Giuridica – PPCJ - UNIVALI. Professore visitatore delle Università di Perugia (Italia) e Alicante (Spagna). Email: pcruz@univali.br.

⁴ Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Vale do Itajaí – UNIVALI, Brasile. Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche presso Università Degli Studi di Perugia- UNIPG. Laureato presso l'Università Degli Studi di Perugia – UNIPG, Italia. E-mail: basigli@edu.univali.br

⁵ Quando si parla di conversazioni o dialoghi, non si tratta di comunicazioni in senso letterale. Una certa astrazione è necessaria per visualizzare le pratiche dialogiche nelle dinamiche che si riferiscono alle interazioni interistituzionali. Pertanto, l'idea non è quella dei colloqui sincroni, in tempo reale, ma asincroni che avvengono nel tempo.

Questo articolo⁶ cerca di promuovere un'articolazione tra la categoria dell'Attivismo e i suddetti colloqui tra giudici e Corti; tale tematica è studiata, a livello dottrinale, dal Transcostituzionalismo e dal Transgiudizialismo, i quali sono riuniti sotto la più ampia formula dei Dialoghi Transgiudiziali. L'obiettivo è quello di contribuire alla costruzione, senza carattere esaustivo, di alcuni parametri che concilino gli elementi articolati, con l'intenzione che le interazioni transgiudiziali si rivestano di scientificità e che siano compatibili con la legittimità democratica nello scenario contemporaneo.

A tal fine, in un primo momento si sviluppa l'idea dell'Attivismo Giudiziale, esponendo elementi teorici che consentano la proposizione di un concetto e l'identificazione di alcune delle sue dimensioni pratiche. Successivamente, si entrerà nel tema dei Dialoghi Transgiudiziali, facendo menzione ad importanti nozioni per comprenderle, come quella della Transnazionalità, del Diritto Transnazionale, del Transcostituzionalismo ed in ultimo del Transgiudizialismo. Infine, si realizza un'articolazione tra i contenuti al fine di renderli compatibili e di fornire, con umiltà scientifica, delle linee guida per i Dialoghi Transgiudiziali affinché si possano evitare problemi di legittimità democratica, i quali sono tipici delle pratiche giudiziarie attiviste.

Per quanto riguarda la metodologia, nella fase di indagine è stato utilizzato il metodo induttivo. Nella fase di elaborazione dei dati, è stato utilizzato il metodo cartesiano. Infine, il testo è stato composto sotto la base logica induttiva-deduttiva. Le varie fasi della ricerca sono state assistite con il ricorso alle tecniche del referente, della categoria, del concetto operativo e della ricerca bibliografica⁷.

1. ATTIVISMO GIUDIZIALE: NOZIONI INTRODUTTIVE E CONCETTO.

I dibattiti sull'Attivismo Giudiziale sono antichi, in particolare nella letteratura e nell'esperienza giuridica nord-americana, che possono essere considerate come culla della tematica⁸. Tali dibattiti sono passati a rivestirsi sempre di maggior importanza dall'emergere del *judicial review*⁹. La questione di fondo era già stata oggetto di varie controversie ancor prima che il termine Attivismo Giudiziale fosse coniato. La paternità di tale termine è attribuita allo storico Arthur Schlesinger Jr., in un articolo pubblicato nel gennaio 1947 sulla popolare rivista *Fortune*¹⁰, e non deriva, curiosamente, da una decisione giudiziale o da un saggio scientifico¹¹.

⁶ Avvertenza: il contributo pubblicato contiene, esclusivamente nella parte di attivismo giudiziario, frammenti del seguente lavoro scientifico in portoghese: B.M. SALLES. *Acesso à Justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre civil law e common law*, v. 1, Belo Horizonte, Dialética, 2021. Tutto il resto del contenuto è inedito.

Costituisce una versione ridotta dello studio da cui sono state eliminate alcune note e riferimenti per il necessario adeguamento ai limiti dimensionali della Rivista.

⁷ C. L. PASOLD. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015.

⁸ C. A. de A. CAMPOS. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro, Forense, 2014, 41.

⁹ M. S. RAUPP. *Ativismo judicial. características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, 08.

¹⁰ A. M. SCHLESINGER JR. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune*, XXXV, 1, 73 ss.

¹¹ K. D. KMIEC. *The origin and current meanings of judicial activism*. *California Law Review*, v. 92, n. 5, 2004, 1.445 s.

L'analisi delle posizioni della Corte Suprema e dei suoi membri fa parte della cultura giuridica americana. In un'opera ben nota¹², Christopher Wolfe stabilisce un percorso storico e divide in tre cicli il *judicial review* esercitato dalla Corte: l'era della tradizione (*the traditional era*), l'era della transizione (*the transitional era*) e l'era moderna (*the modern era*). Queste epoche sono caratterizzate da diverse tipologie di decisioni attiviste, sia con il riconoscimento e l'ampliamento del *judicial review* senza una espressa previsione costituzionale, sia con l'invalidazione delle opzioni politiche basate su clausole aperte, sia con l'interpretazione creativa dei principi costituzionali per concedere diritti e libertà ai cittadini, il tutto condizionato dal contesto storico e dalla composizione della Corte.

Sebbene la prassi e la produzione dottrinale americana siano pioniere sul tema, l'Attivismo Giudiziale e le domande che solleva sono presenti in diversi regimi democratici, sia nella famiglia della *common law* che in quella di *civil law*. In Germania, ad esempio, si osserva che ci si pongono delle domande su come la Corte Costituzionale interpreta il sistema dei diritti fondamentali¹³, adottando come concezione metodologica la cosiddetta giurisprudenza dei valori¹⁴. In Italia, le discussioni sull'attivismo appaiono in tematiche quali il controllo della legalità dell'azione politica nelle operazioni criminali, in espressioni come la supplenza giudiziaria¹⁵ ed in tecniche di interpretazione costituzionale come le sentenze additive¹⁶. In Brasile, la dottrina mostra numerosi casi di attivismo del *Supremo Tribunal Federal*¹⁷, di solito andando ad innovare l'ordinamento giuridico o affrontando questioni controverse alle quali il potere Legislativo omette di dare una risposta. La Corte Costituzionale della Colombia ha già emesso decisioni attiviste emblematiche su temi quali la revisione della decretazione dello stato di eccezione da parte del Presidente e l'imposizione di doveri strutturali all'Esecutivo e al Legislatore nella promozione delle politiche pubbliche¹⁸.

I dilemmi sull'attivismo sono arrivati anche nelle decisioni delle Corti per i Diritti Umani, in situazioni nelle quali determinano ai Paesi la concretizzazione delle norme vaghe. Tali dilemmi sono, altresì, comparsi dinnanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quando stabilisce principi generali di diritto per il funzionamento del sistema¹⁹, quando instaura dialoghi tra ordinamenti, o cita le decisioni della Corte Europea²⁰. Oltre a questi, si potrebbero sottolineare

¹² C. WOLF. *The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law*, Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994.

¹³ J. HABERMAS. *Direito e democrazia: entre facticidade e validade*. v. I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, 320 s.

¹⁴ K. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 163-172.

¹⁵ S. RODOTÀ. Magistratura e politica in Italia. In: E. B. LIBERATI; A. CERETTI; A. GIASANTI. *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*. Milano: Giangiaco Feltrinelli editore, 1996, 23.

¹⁶ Le sentenze additive sono una tipologia di sentenze manipolatorie che alterano il significato di una legge senza alterare il testo normativo. Nel caso delle sentenze additive, esse riconoscono l'incostituzionalità della legge, perché non contiene alcuna disposizione che, invece, dovrebbe essere inclusa, e colma il vuoto, inserendo la situazione non contemplata. C. A. de A. CAMPOS, op. cit., 118.

¹⁷ E. da S. RAMOS. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010, 230-282.

¹⁸ C. A. de A. CAMPOS. *Estado de coisas inconstitucional*, Salvador, Juspodivm, 2015, 99-154.

¹⁹ L. V. de FREITAS. The judicial activism of the european court of justice. In: L. P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH. *Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences*. v 44, Switzerland: Springer International Publishing, 2015, 173-180.

²⁰ J. ALLARD; A. GARAPON. *Os juizes na mundialização: a nova revolução do direito*. Lisboa, Instituto Piaget, 2005, 19-20.

molti altri esempi nazionali e internazionali, ma l'illustrazione di questi svierebbe dai limiti dell'articolo.

Come regola generale, i giudici agiscono solo quando sono provocati, conducono le liti in conformità con le norme del giusto processo²¹ e non hanno simpatie per parti o postulati, agendo in qualità di terzi imparziali che, sulla base delle conoscenze tecnico-giuridiche, applicano il diritto positivo o giurisprudenziale per la risoluzione di conflitti intersoggettivi o normativi. In tale scenario, gli atti di pianificazione dei risultati e l'avvio delle misure necessarie per ottenerli sono collegati, in principio, al Potere Legislativo ed Esecutivo, incaricati di creare politiche ed implementarle attivamente. Allo stesso modo, l'iniziativa per la deduzione delle pretese in cerca di beni giuridici spetta ai litiganti. I giudici assegnano soluzioni a tali iniziative basate su un diritto preesistente²², giustificandole razionalmente alla luce delle leggi e degli standard giuridici che si sono sviluppati.

Si verifica, quindi, che questa concezione relativa alla figura dei giudici, congiuntamente a questa divisione delle funzioni nel regime democratico, sono sfidati da alcuni fattori. La condizione umana nell'interpretazione del diritto, i vari tipi di richieste sottoposte quotidianamente alla decisione dei giudici, le difficoltà nella fissazione dei limiti e del ruolo della funzione giudiziale²³ e, anche, le lacune, le ambiguità ed i punti poco chiari del sistema giuridico contribuiscono, ciascuno in qualche misura, alla creazione giudiziale del diritto²⁴ e all'atteggiamento più attivo dei giudici. Oggigiorno si afferma che è superata, e per alcuni sfiora infantilità²⁵, la convinzione che le innovazioni o la proattività non esistano, riconoscendosi uno spazio per tali situazioni, in particolare, nelle liti a riguardo di questioni costituzionali e nei rapporti tra Poteri, nonché nei cosiddetti casi difficili (*hard cases*).

In un approccio più generico, l'Attivismo è considerato come una dottrina o argomentazione che privilegia la pratica di un'effettiva trasformazione della realtà, in detrimento di attività puramente speculative²⁶. Questa idea nasce dall'etimologia. Nell'espressione c'è la giunzione del prefisso "attivo", che indica più azione e meno contemplazione, al suffisso "ismo", che aggiunge un significato normalmente collegato alla formazione di dottrine, principi, modi e teorie che possono essere filosofici, religiosi, artistici, letterari, scientifici, economici, politici ecc²⁷.

Questa connotazione generica di un modo attivo di comportarsi, nonostante sia insufficiente, fornisce una nozione utile al campo del Diritto, in cui "*o ativismo começa quando,*

²¹ M. LA TORRE. *Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory*. In: L. P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH, *op. cit.*, 03.

²² M. SHAPIRO. *The success of judicial review and democracy*. In: M. SHAPIRO, Martin; A. S. SWEET. *On laws, politics & judicialization*. New York, Oxford University Press, 2002, 162.

²³ M. S. RAUPP, *op. cit.*, 02.

²⁴ L. M. FRIEDMAN. *The republic of choice: law, authority and culture*. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994, 21.

²⁵ A. BARAK. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, 09.

²⁶ MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa* (on line). Editora Melhoramentos Ltda, 2018. Disponibili in: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/> >. Consultato il 3 febbraio 2021.

²⁷ MICHAELIS. *Op. cit.* Disponibili in: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/> >. Consultato il 3 febbraio 2021.

entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar"²⁸. Tuttavia, specificare il senso dell'attivismo giudiziale richiede degli ulteriori contributi.

In ambito giuridico, in ragione dell'imprecisione concettuale e della forma, alle volte, aperta e senza criteri con cui viene utilizzata tale espressione, è necessario fissare dei parametri per conferire un significato all'Attivismo Giudiziale²⁹, anche al fine di attribuirgli una scientificità ed evitare che diventi un'unica "*rhetorically charged shorthand for decisions the speaker disagrees with*"³⁰. È anche necessario stare attenti per filtrare alcune possibili situazioni di uso ideologico e manipolatorio dell'espressione, che possono verificarsi quando coloro che mirano a contenere i poteri dei giudici o per mantenere il controllo della legalità la utilizzano, senza basi adeguate, come discorso per bloccare la magistratura³¹. Pertanto, viene definito come Attivismo qualcosa che riflette il mero adempimento delle funzioni giurisdizionali.

Nel tentativo di formulare un concetto adeguato, la dottrina indica due accezioni prevalenti conferite all'Attivismo³². Tali accezioni, a loro volta, possono presentare alcuni punti in comune per quanto riguarda la creazione giudiziale del diritto e un'interferenza più o meno generica nella funzione legislativa, oltre al fatto di aprire alla possibilità che entrambi siano utilizzati in certi contesti, potendo manifestarsi in molteplici modi.

In una delle accezioni, l'attivismo è considerato la postura volontaristica dei giudici nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, sostituendo le leggi e i precedenti con le proprie convinzioni personali, predilezioni quanto ai risultati, visioni del mondo, della morale, dell'umanesimo, della giustizia o della politica, a prescindere dal fatto che si tratti di una politica progressista o conservatrice³³. L'attivismo si verifica ogni volta che i magistrati, senza autorizzazione, inventano regole e le impongono come se fosse il diritto statale, seguendo non le leggi ma la loro propria creazione³⁴, andando a svolgere così una funzione legislativa *ad hoc* e retroattiva. In questo senso la pratica è vista come qualcosa di negativo, che mina lo Stato di Diritto con un'ampia discrezionalità giudiziaria³⁵.

Il criterio per classificare una decisione come attivista risiede, ai fini di questa accezione, nel grado di allontanamento del giudice in relazione alla legge. C'è, infatti, un attivismo in campo applicativo o operativo, che può verificarsi sia nel diritto pubblico che nel diritto privato.

²⁸ A. GARAPON. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa, Instituto Piaget, 1998, 54. Traduzione: "l'attivismo inizia quando, tra le diverse possibili soluzioni, la scelta del giudice dipende dal desiderio di accelerare il cambiamento sociale o, al contrario, di fermarlo".

²⁹ C. A. de A. CAMPOS, *op. cit.*, 151.

³⁰ K. ROOSEVELT III. *The myth of judicial activism: making sense of Supreme Court decisions*. New Haven, Yale University Press, 2006, 03. Traduzione: "abbreviazione retorica caricata per le decisioni con cui l'oratore non è d'accordo".

³¹ V. ACCATTATIS. *Governo dei giudici e giudici del governo*. Milano, Franco Angeli, 2008, 88.

³² M. S. RAUPP, *op. cit.*, 65 s.

³³ A. BARAK, Aharon, *op. cit.*, 265.

³⁴ A. A. LAWRENCE A. *Judicial activism: clearing the air and the head*. In: P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH., *op. cit.*, 15-21.

³⁵ C. WOLFE, *op. cit.*, 11.

In un'altra accezione, l'Attivismo è visto come il comportamento dei giudici volto a sindacare o influenzare, con forza e sotto rigidi vagli, le azioni e le omissioni degli altri Poteri, riducendo la deferenza rispetto alle opzioni politiche e interferendo più direttamente nelle sfere classicamente riservate al Legislatore e all'Esecutivo, con l'obiettivo di concretizzare norme costituzionali e diritti fondamentali³⁶. Si tratta quindi "(...) della tendenza del potere giudiziario ad assumere le vesti del potere legislativo e del potere e secutivo in situazione specifiche (...) "³⁷.

Il metodo per classificare una decisione come attivista o no è legato fondamentalmente, alla tripartizione dei Poteri e al livello di usurpazione, da parte dei giudici, degli oneri dei legislatori e degli amministratori. Una tale forma de attivismo può verificarsi a riguardo del controllo della costituzionalità o della legalità delle leggi, o nell'imposizione di comportamenti o politiche per compensare omissioni parlamentari ed esecutive, in maniera individuale o collettiva. Si ha, in questo caso, un attivismo in una prospettiva relazionale. Gli orientamenti relativamente alla natura positiva o negativa di un tale atteggiamento già si dividono maggiormente, rispetto alla prima accezione³⁸.

Evidentemente tutto sfocia in una questione sul grado o sull'intensità. Tuttavia, nei due casi di Attivismo, presi insieme o singolarmente, si osserva un elemento in comune: spetta ai giudici, in modo più assertivo, la posizione di creatori del diritto, legislatori o amministratori, al di là della classica funzione di risoluzione delle controversie basate sulle leggi e della funzione di moderare gli eccessi degli altri rami³⁹. Ci sono, quindi, più prese di decisioni personali o politiche rispetto all'aggiudicazione di diritti.

Sulla scorta di tali orientamenti, si propone che l'Attivismo Giudiziale (*lato sensu*) sia concettualizzato come un atteggiamento giurisdizionale di tendenze trasformatrici, piuttosto che contemplative, che si manifestano (*stricto sensu*), congiuntamente o isolatamente, in ambito (i) interpretativo, applicativo o operativo, attraverso un marcato volontarismo nella creazione del diritto a scapito della legislazione, dei precedenti giudiziari o delle norme giuridiche in generale, e (ii) istituzionale o relazionale, attraverso un'interferenza più diretta nelle attribuzioni degli altri Poteri. In entrambe le situazioni, ai giudici viene assegnato un ruolo che va oltre la visione classica dell'applicazione del diritto alle controversie soggettive o normative e moderare gli eccessi degli altri rami, potendosi questo verificare nella Giurisdizione costituzionale e in quella ordinaria, tanto nella collettiva quanto in quella individuale, nonché in varie dimensioni pratiche di funzionamento del diritto⁴⁰.

L'Attivismo giudiziale ha alcune dimensioni pratiche, esternalizzate, in maniera esemplificativa, in scenari di interpretazione della Costituzione e delle leggi, di affermazione dei diritti, di attività di creazione quasi-legislativa del diritto, di determinazione delle politiche pubbliche, di auto-espansione della giurisdizione, di superazione dei precedenti, di motivazioni

³⁶ M. S. RAUPP, *op. cit.*, 61.

³⁷ M. OLIVIERO. Costituzionalismi, crisi della democrazia e populismi. In: A. M. da ROSA; A. F. da CRUZ; J. M. QUINTERO; N. BONISSONI. *Para além do estado nacional: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz*. Florianópolis, Emais, 2018. 281.

³⁸ B. M. SALLES, *op. cit.*, 190.

³⁹ P. B. KURLAND. Government by judiciary. *University of Arkansas at Little Rock Journal*, v. 2. 307, 1979, 320.

⁴⁰ B. M. SALLES, *op. cit.*, 195.

massimaliste, di decisioni orientate più al risultato che al diritto, di rivendicazioni di sovranità giudiziale⁴¹, di attività di controllo della legalità politica in ambito penale⁴², di uso del diritto transnazionale⁴³ e dell'applicazione espansiva dei diritti da parte delle Corti internazionali⁴⁴. Ciò non significa che gli esempi sopra elencati siano necessariamente sinonimo di Attivismo, ma le pratiche attiviste possono materializzarsi negli ambienti sopra menzionati.

All'estremità opposta dello stesso *continuum* in relazione all'Attivismo, si ha la filosofia dell'Autocontrollo (*judicial self-restraint*) ed è possibile parlare di tale filosofia su più livelli della stessa⁴⁵. In sostanza, i giudici, che si auto-limitano nelle loro predilezioni personali, evitano di contraddire le condotte degli altri rami del governo, almeno quando non vi è un errore chiaro, e invocano prudenza nell'interpretazione della Costituzione, nella creazione di diritto e nell'imposizione di politiche pubbliche. Inoltre, spesso, essi sono soliti auto-limitarsi alle decisioni su questioni giurisdizionali e negano la giustiziabilità delle questioni politiche⁴⁶.

L' Autocontrollo si manifesta negli atteggiamenti di deferenza e prudenza. La deferenza si evidenzia come una dimostrazione di rispetto per il sistema democratico-rappresentativo nel processo decisionale. La prudenza, invece, ha come obiettivo principale la preservazione istituzionale del Potere Giudiziario, evitando da un lato l'usura dell'immagine e, dall'altro lato, le reazioni politiche⁴⁷, o addirittura i timori di un indebolimento dei tribunali a causa delle difficoltà nell'esecuzione delle sentenze.

Così, la categoria dell'Autocontrollo Giudiziario (*lato sensu*) può essere concettualizzata, in sintesi, come una tendenza giurisdizionale opposta all'Attivismo, sul piano (*stricto sensu*) (i) interpretativo o applicativo e (ii) istituzionale o relazionale, caratterizzata da atteggiamenti giudiziari di prudenza e maggiore deferenza rispetto alle scelte politiche di altri rami, nonché manifestata nel *judicial review* e nel giudizio ordinario, collettivo o individuale, comprese anche le numerose dimensioni della pratica giuridica⁴⁸.

Per concludere l'argomento, è importante osservare che una posizione più o meno attivista della magistratura non è il risultato esclusivo del volontarismo e non si riduce all'ideologia individuale dei giudici. Per quanto si afferma che la magistratura non figura tra le classi più eterogenee, è innegabile che i giudici hanno opinioni diverse sul mondo, sull'istruzione e sulla personalità. Questa diversità è uno specchio della pluralità delle idee nella società⁴⁹. Ma non è questa l'unica cosa che si mette in risalto in un sistema giudiziario espansivo o contratto. Il modo in cui i giudici operano è condizionato da fattori istituzionali legati alla

⁴¹ C. A. de A. CAMPOS, *op. cit.*, 165-174.

⁴² M. L. GHEZZI. Il panorama e le rovine. In: E. B. LIBERATI, Edmondo Bruti; A. CERETTI; A. GIASANTI, *op. cit.*, 61.

⁴³ L. V. de FREITAS. The judicial activism of the european court of justice. In: P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH., *op. cit.*, 173-180.

⁴⁴ J. ALLAN. Judicial activism: vanity of vanities. In: P. COUTINHO; M. LA TORRE; S. D. SMITH., *op. cit.*, 71.

⁴⁵ A. BARAK, *op. cit.*, 266.

⁴⁶ J. J. G. CANOTILHO. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra, Almedina, 2000, 1309.

⁴⁷ C. A. de A. CAMPOS, *op. cit.*, 178.

⁴⁸ B. M. SALLES, *op. cit.*, 209.

⁴⁹ A. BARAK, *op. cit.*, XV.

misura della loro indipendenza e alle garanzie della magistratura stessa, che è connesso, a sua volta, a temi come la modalità, più o meno politicizzata, di accesso alla carriera di magistrato, la politica di remunerazioni della classe, il controllo e la struttura organizzativa della carriera, la formazione durante la vita professionale⁵⁰ e possibili altri.

2. NOTE SUI DIALOGHI TRANSGIUDIZIALI.

La Transnazionalità è un fenomeno attraverso i quali le relazioni sociali, politiche, economiche e culturali oltrepassano i confini degli Stati Nazionali in un mondo globalizzato e connesso⁵¹, facendo diventare in qualche misura obsolete, alla luce dei problemi condivisi, nozioni come territorio, nazionalità e sovranità. Il Diritto Transnazionale è qualcosa da forgiare e contestualizzare in questa nuova realtà⁵², da non confondersi con il Diritto Internazionale Pubblico e con il Diritto Internazionale Privato. I prefissi "trans" e "inter" indicano già differenze, in quanto il primo denota qualcosa che va "oltre" o "al di là", mentre il secondo esprime l'idea di differenza oppure di una appropriazione di significati correlati⁵³.

Il Diritto internazionale pubblico si costituisce di un conglomerato di norme, siano esse convenzionali come i Trattati Internazionali, siano esse di natura consuetudinaria ed, ancora, siano queste di principio, che disciplinano le relazioni tra Stati, organizzazioni internazionali e individui, in cui tali relazioni trascendono i limiti fisici degli Stati. Gli obiettivi di tale ramo del diritto sono, essenzialmente, il mantenimento della pace, la promozione della sicurezza delle relazioni internazionali e il coordinamento dei vari interessi, in modo che gli Stati raggiungano i loro scopi ed interessi reciproci⁵⁴. È un diritto che, in una visione classica, è collegato alla nozione di Stato come soggetto di diritti e obblighi internazionali⁵⁵.

D'altra parte, il Diritto Internazionale Privato comprende il plesso di norme che si occupa del conflitto di leggi nello spazio. Esso cerca, a partire dall'analisi degli elementi di connessione, a definire quale foro e/o diritto è applicabile, se quello nazionale o straniero, ad un conflitto con l'onere dell'internazionalizzazione⁵⁶. In questo senso, viene responsabilizzato della definizione della competenza e/o della norma di uno Stato sovrano per apprezzare conflitti che riuniscono elementi esogeni.

Il Diritto Transnazionale sorge sotto una diversa angolazione. Esso si rivolge, anche, ad una diversità di situazioni che fanno sì che i confini si dissolvano. In un certo senso, comprende i

⁵⁰ A. MASTITZ; P. PEDERZOLI. Training the legal professions in Italy, France and Germany. In: C. N. TATE; T. VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York University Press, 1995, 155-180.

⁵¹ P. M. CRUZ; C. PIFFER. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. *Revista do Direito*. v. 3, Santa Cruz do Sul, 2017, 54.

⁵² P. M. CRUZ; Z. BODNAR. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. *Revista Eletrônica do CEJUR*. v. 1, 4, 2009, 01-24.

⁵³ P. M. CRUZ; Z. BODNAR, *ob. cit.*, 05.

⁵⁴ In mérito: V. de O. MAZZUOLI. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 44 e 63.

⁵⁵ F. FRANCONI. Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale. In: F. FRANCONI; M. GESTRI; N. RONZITTI; T. SCOVAZZI. *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea*. Milano, Giuffrè, 2009, 06 s.

⁵⁶ F. de S. DEL'OLMO; A. J. JUNIOR. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Forense, 2017, 02.

Diritti Internazionali Pubblici e Privati, nonché i diritti nazionali⁵⁷. Tuttavia, esso agisce mediante diverse chiavi, con l'obiettivo di promuovere la democratizzazione, la cooperazione e la solidarietà, mitigando la visione della sovranità, del conflitto, della disputa, dell'esclusività, della salvaguardia o del potere di uno Stato nelle sue relazioni con un altro⁵⁸.

Il carattere comune dei problemi mondiali è visto dal Diritto Transnazionale, che, al posto della sovranità compartimentata, mira ad una comunità interconnessa. Dopo ciò, viene proposto un livello superiore di integrazione, basato sul programma assiologico correlato, su interessi condivisi e sul consenso. Le norme transnazionali abbracciano un concetto più ampio e altre forme di giuridicità, andandosi a considerare il diritto transnazionale non solo ciò che possiede una positivizzazione formale, ma anche le deliberazioni di organizzazioni private, contratti, soluzioni in mediazioni, arbitrati e così via. E il modo in cui attori pubblici e privati, al pari degli Stati, delle entità internazionali, multinazionali, organizzazioni e altri, si integrano per interpretarlo e applicarlo è disciplinato dal processo transnazionale.

Si può dire che questa concezione del Diritto Transnazionale comprende categorie come il Transcostituzionalismo e il Transgiudizialismo. Tali categorie hanno somiglianze tra loro, ma hanno sottili e rilevanti distinzioni.

Il Transcostituzionalismo è un'espressione consacrata nella dottrina brasiliana, specialmente nel pensiero di Marcelo Neves⁵⁹. Esso si occupa di un crescente intreccio tra due o più ordini giuridici, sia nazionali che internazionali, sovranazionali e transnazionali, il quale deriva dall'integrazione sistematica della società mondiale e da una sorta di deterritorializzazione delle questioni costituzionali⁶⁰, implicando una rete trasversale costruttiva di apprendimento reciproco nella ricerca di risposte ai problemi costituzionali, come quelli relativi ai diritti fondamentali o umani e l'organizzazione del potere⁶¹.

Questo intreccio non si limita ad un dialogo tra i giudici e le Corti di sistemi diversi⁶², sebbene abbia nel dialogo la sua forma più rilevante. L'intreccio comprende anche scambi permanenti nelle relazioni tra i Poteri Legislativi, governi e amministrazioni di differenti paesi⁶³, che spingono l'evoluzione dei sistemi giuridici in direzioni comuni. Anche in questo caso, viene messa in risalto una concezione basata sul dialogo, piuttosto che sulla forza e sulla sovranità, presupponendo che il diritto costituzionale e i vari attori del diritto interno non adottino un modello di resistenza, né di convergenza servile, ma di articolazione⁶⁴ con fonti e pratiche esterne, il che serve come banco di prova per le tradizioni proprie del paese messo faccia a faccia con altre esperienze.

⁵⁷ P. C. JESSUP. *Direito transnacional*. São Paulo, Editora Fundo de Cultura, 1965, 87.

⁵⁸ P. C. JESSUP, *op. cit.*, 62.

⁵⁹ M. NEVES. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁶⁰ M. NEVES. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, 2014, 211.

⁶¹ M. NEVES, *op. cit.*, 2014, 194, 198 e 211.

⁶² M. NEVES, *op. cit.*, 2014, 194.

⁶³ M. NEVES, *op. cit.*, 2009, 118.

⁶⁴ M. NEVES, *op. cit.*, 2009, 258 s.

Molto simile è l'idea del Transgiudizialismo. Ci sono delle peculiarità, come il fatto che esso è limitato all'universo dei procedimenti giudiziari e non sembra riferirsi solo a questioni costituzionali, sebbene esse siano le principali. Si tratta di una forma di comunicazione Transgiudiziale, sollecitata da varie cause⁶⁵, che porta ad un *modus operandi* e di interpretazione del diritto attraverso il quale i giudici entrano in un processo di riflessione e dialogo con decisioni aliene⁶⁶, interiorizzandole nei loro sistemi al fine di generare una progressiva costruzione di categorie e istituzioni condivise⁶⁷.

In uno studio pionieristico⁶⁸, Anne-Marie Slaughter ha proposto alcune tipologie di interazioni, le quali variano per quanto riguarda le forme di comunicazione ed il grado di impegno reciproco.

Relativamente alla comunicazione, ci sono tre possibili modalità. Può essere orizzontale, stabilendosi tra Corti e giudici dello stesso *status* gerarchico nei rispettivi sistemi. Verticale, venendosi ad instaurare tra le Corti e i giudici connessi alla giurisdizione dell'altro, come avviene con i Tribunali nazionali in relazione a quelli sovranazionali. E mista, la quale si verifica nel momento in cui le Corti sovranazionali incentivano le comunicazioni orizzontali o agiscono di modo da diffondere i principi giuridici negli altri ordinamenti⁶⁹.

Per quanto riguarda il grado di impegno reciproco, anche qui vi sono tre possibili modalità. Esistono dialoghi diretti, sostenuti da una Corte o da un giudice e poi condivisi da parte di altri. I monologhi, che si verificano quando una Corte o un giudice accampa decisioni straniere, per uso domestico e senza reciprocità, al fine di arricchire o dare forza ai fondamenti della loro decisione. E i dialoghi intermedi, che si concretizzano attraverso degli incentivi alle interazioni date dalle Corti sovranazionali⁷⁰, nella situazione in cui queste Corti, ad esempio, sostengono un certo orientamento di una Corte nazionale e così la proiettano in altri Tribunali interni⁷¹.

Lo stesso studio indica alcune funzioni e presupposti del Transgiudizialismo, nonché anche alcune conseguenze del fenomeno.

Tra le funzioni figurano il rafforzamento delle Corti sovranazionali, una accettazione migliore degli obblighi internazionali, una sorta di fecondazione incrociata (*cross-fertilization*), l'aumento del carattere persuasivo, dell'autorità e dell'efficacia delle decisioni che adottano la pratica e promuovono la deliberazione collettiva relativamente ai problemi comuni⁷².

⁶⁵ A-M SLAUGHTER. A typology of transjudicial communication. *University of Richmond Law Review*, v. 29, 1994. 129-132. Disponibili in: < <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/> >. Consultato il 04 febbraio 2021.

⁶⁶ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 101.

⁶⁷ A. L. P. B. LUPI. O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéicas. *Revista Eletrônica Direito e Política*. UNIVALI. Itajaí. v. 4, n. 3, 3º, 2009, 294 s.

⁶⁸ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*

⁶⁹ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 03-112.

⁷⁰ A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 112-114.

⁷¹ A. L. P. B. LUPI, *op. cit.*, 296.

⁷² A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 114-122.

I presupposti sono l'indipendenza della magistratura nei confronti dell'Esecutivo e del Legislativo, la fiducia nel potere di persuasione, piuttosto che nella forza, e l'idea da parte dei Tribunali e dei giudici che essi stiano condividendo la propria identità e metodi nell'esercizio delle loro funzioni, agendo come applicatori o interpreti del diritto e non come attori politici diretti⁷³.

Le principali conseguenze sono l'aumento della qualità delle decisioni a livello mondiale, l'autoconsiderazione delle Corti come membri di una comunità giuridica transnazionale, lo sgretolamento dei confini tra diritto interno e internazionale, l'aumento della protezione universale dei diritti umani e il rafforzamento del principio della separazione dei Poteri su scala globale⁷⁴.

Il passaggio attraverso le nozioni di Transcostituzionalismo e Transgiudizialismo rivela affinità che consentono, ai fini del presente articolo, di raggrupparle in una formula più ampia che viene rubricata con il nome di Dialoghi Transgiudiziali. Tali dialoghi rappresentano una realtà che avanza, evincendosi menzioni sempre più ricorrenti, nelle decisioni di tutto il mondo, a precedenti o interpretazioni stabilite nelle Corti di altri ordinamenti giuridici. Tuttavia, nonostante siano stati accolti positivamente da una parte significativa del pensiero mondiale, questi non godono di unanimità.

C'è chi intravede in pratica una prospettiva comunitarista al servizio del capitalismo o delle agende globali a scapito della sovranità nazionale. Si afferma inoltre che, attraverso di essa, questi ordini del giorno avanzano attraverso il diritto interno, sostituendo e lasciando sullo sfondo i Tribunali Transnazionali⁷⁵, che non hanno abbastanza forza per attuarle.

La divergenza, teorica e anche ideologica, giustifica l'osservazione secondo la quale il tema si è trasformato in un "pomo de discórdia entre progressistas e conservadores"⁷⁶, tra diritto esterno e la verticalità legicentrica o l'anteriorità del precedente⁷⁷. E, a seconda di come funzionano le interazioni transgiudiziali, possono davvero affrontare complicazioni dal punto di vista dell'Attivismo Giudiziario.

Per tali motivi, è già stato osservato che analoghi scambi transgiudiziali:

(...) condensa em si mesmo as esperanças mais desmedidas e os receios mais irracionais. Alguns consideram-no o estágio último de um 'governo de juízes', transposto para um nível global, em detrimento dos interesses nacionais e da legitimidade democrática. Outros, pelo contrário, antevêm aqui o sinal de um caminhar lento, mas seguro, em direção a um direito universal que, embora não esteja ainda concretizado – ainda estamos longe disso – constituiria, no entanto, o horizonte de expectativa de uma humanidade unida⁷⁸.

⁷³A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 122-129.

⁷⁴A-M SLAUGHTER, *op. cit.*, 132-135.

⁷⁵In mérito: R. N. PEREIRA. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional. Brazilian Journal of international Law*. Brasília, v. 09, 4, 2012, 169-199.

⁷⁶J. ALLARD; A. GARAPON, *op. cit.*, 19. Traduzione: "pomo della discordia tra progressisti e conservatori".

⁷⁷J. ALLARD; A. GARAPON, *op. cit.*, 72.

⁷⁸J. ALLARD; A. GARAPON, *op. cit.*, 9. Traduzione: "(...) condensa in sé le speranze più smisurate e le paure più irrazionali. Alcuni la considerano la fase finale di un "governo dei giudici", trasporto a livello globale, a scapito degli interessi

Nella concezione degli autori di questo articolo, l'avanzamento dei Dialoghi Transgiudiziali è qualcosa di positivo, purché si verifichi in modo giudizioso, tecnico ed equilibrato. Al pari di ciò che avviene con il diritto comparato⁷⁹, le interazioni tra problemi e risposte costituzionali, tra istituti giuridici, diritti, classificazioni, sistematizzazioni, concetti e altri elementi consentono importanti progressi nelle indagini storiche e filosofiche del diritto. Queste servono anche a migliorare il diritto nazionale, migliorare il regime delle relazioni internazionali⁸⁰ e identificare possibili tendenze dell'unificazione del diritto in scale continentali o globali⁸¹.

In tutta la discussione resta latente la problematica del trapianto. È noto che principi, regole, modelli, concezioni e istituzioni *"that seem effective in other legal cultures may not transplant well to our own"*⁸². È naturale che se ogni società ha la propria cultura giuridica, un modello di idee, pensieri e atteggiamenti nei confronti della legge e delle istituzioni, non si possono semplicemente sradicarli da una società e trapiantarli in un'altra⁸³. Tuttavia, tale truismo non impedisce che le esperienze di altri sistemi, istituti, principi o intendimenti in essi consolidati migrino e aiutino nella risoluzione di problemi.

La maggior parte degli ordinamenti condivide norme fondamentali comuni⁸⁴, specialmente quelle di natura generica, non connesse alle specificità delle istituzioni e dei principi, che interagiscono, possono essere veicolate da meccanismi tra loro correlati e hanno l'effetto di amalgamare degli aspetti dei vari sistemi positivi⁸⁵. Questo è possibile dal momento in cui il diritto viene preso non tanto dal punto di vista dei relativismi culturali, ma come una scienza⁸⁶ che, al pari della tecnologia, della medicina e della chimica, presenta alcune massime generali che attraversano liberamente i confini⁸⁷.

Tuttavia, tali scambi non possono essere concepiti come un libero passaggio (*free pass*) per la fuga dal diritto nazionale, per la scelta casuale di un diritto straniero preferito dai giudici o

nazionali e della legittimità democratica. Altri, al contrario, vedono qui il segno di un cammino lento, ma sicuro, verso un diritto universale che, sebbene non ancora raggiunto, siamo ancora ben lontani da questo, costituirebbe comunque l'orizzonte dell'aspettativa di un'umanità unita".

⁷⁹ È importante osservare che il diritto comparato non si riassume in un mero equivalente dell'uso del metodo scientifico comparativo. È inadeguato il pensiero che il diritto comparato non è altro che un modo formale di ricercare e descrivere le conoscenze applicate al settore giuridico, comprendendo che si tratta, più di questo, di un ramo o di una disciplina del diritto che può essere praticato con l'uso di vari metodi scientifici e soppianta l'attività di raggruppamento, prestandosi a diverse finalità non esclusive dello stesso.

⁸⁰ R. DAVID. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo (direito comparado)*. Lisboa, Editora Meridiano Ltda, 27 s e 36.

⁸¹ G. F. FERRARI. *Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici*. In: P. CARROZZA; A. di GIOVINI; G. F. FERRARI (a cura di). *Diritto costituzionale comparato*, v. 2, Roma: Laterza, 2014, 775 s.

⁸² D. L. RHODE. *Access to justice*. New York: Oxford University Press, 2004. 39. Traduzione: "che sembrano efficaci in altre culture giuridiche potrebbero non essere ben trasportati alla nostra".

⁸³ L. M. FRIEDMAN. *Access to justice: social and historical context*. In: M. CAPPELLETTI; J. WEISNER. *Access to justice: promising institutions*. v II. book I. Milano, Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979, 29.

⁸⁴ A. BARAK, *op. cit.*, 58.

⁸⁵ J. J. F. dos S. MENDONÇA. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*. São Paulo, Almedina, 2016. 100.

⁸⁶ O. L. ZANON JÚNIOR. *Teoria complexa do direito*. Curitiba, Prismas, 2014, 51.

⁸⁷ L. M. FRIEDMAN. *Access to justice: social and historical context*. In: M. CAPPELLETTI; J. WEISNER. *op. cit.*, 29.

per pratiche simili, essendo doveroso, invece, prendere in considerazione dei parametri per svilupparli legittimamente.

L'argomento del successivo paragrafo conterrà un'articolazione tra la categoria dell'Attivismo Giudiziale e quella dei Dialoghi Transgiudiziali, nel tentativo di riflettere, con umiltà scientifica, su alcune linee guida per queste conversazioni affinché si rivestano di scientificità ed si evitino i problemi di legittimità democratica che sono propri delle pratiche giudiziarie attiviste.

3. ATTIVISMO E DIALOGHI TRANSGIUDIZIALI: PARAMETRI PER LE INTERAZIONI.

Affinché i colloqui transgiudiziali non diventino un mero veicolo di Attivismo a livello interno, possono essere esternalizzate alcune osservazioni nel tentativo di fare una riflessione e sistematizzare parametri di tipo non tassativo.

I Dialoghi Transgiudiziali non hanno come habitat naturale domande quotidiane in numero sempre maggiore e silenzioso. Domande, le cui conseguenti decisioni vengono prese con urgenza, improvvisamente, in maniera automatica, senza lussi o preoccupazioni teoriche⁸⁸. Trovano terreno fertile soprattutto nei casi difficili (*hard cases*) che sono oggetto di discussione pubblica o presentano difficoltà nella risoluzione fattuale-giuridica⁸⁹.

I casi difficili sono quelli in cui, a causa del grado di incompletezza degli ordinamenti giuridici o dell'incapacità del legislatore di anticipare tutte le situazioni, non esiste una chiara risoluzione giuridica nella legge o nei precedenti giurisprudenziali. In queste zone grigie, le interazioni transgiudiziali possono contribuire a produrre decisioni compatibili con il diritto nazionale ed armonizzate con tutto il mondo. Esse hanno, altresì, un prezioso potenziale in situazioni nelle quali il diritto nazionale è ancora tentennante, non consolidato, diviso o addirittura anacronistico, e può trovare un porto sicuro o modernizzarsi sotto riflettori esogeni.

In ciascuna di queste eventualità, il diritto straniero, prima di essere accettato acriticamente, deve subire un processo di decantazione da parte del diritto nazionale, essere assorbito dal lessico giuridico interno⁹⁰ e sottoposto ad un'attenta analisi della compatibilità tra principi, istituti, concetti e classificazioni generati nelle diverse famiglie giuridiche⁹¹. Significa che il diritto interno illumina, orienta e conduce le interazioni con il diritto esterno, in un processo sinergico e dialettico.

Tale pensiero non è compatibile con citazioni straniere superficiali o basata su slogan di natura vaga, nei quali un principio o un istituto è usato come artificio retorico, senza una contestualizzazione coerente, per giustificare qualsiasi soluzione preferenziale. Inoltre non si giustifica un'importazione *ad hoc*, discrezionale, selettiva, separata dal senso dell'ordinamento. Senza screditare il diritto transnazionale e internazionale a favore di un nazionalismo radicale, ciò che si richiede è un'autentica conversazione tra le fonti partendo proprio del diritto nazionale. Una decisione giuridiziale coerente deve essere imbibita di tutta questa

⁸⁸ A. GARAPON, *op. cit.*, 172.

⁸⁹ J. ALLARD; A. GARAPON, *op. cit.*, 24.

⁹⁰ A. L. P. B. LUPI, *op. cit.*, 303.

⁹¹ B. M. SALLES, *op. cit.*, v. 2, 233-269.

consapevolezza, osservando necessariamente, per quanto riguarda sia i fatti sia il diritto, un dovere di fondamento⁹² che la legittimi e le conferisca razionalità.

Tali riflessioni, o se si vuole premesse generali, consentono anche altri chiarimenti più specifici.

Una prima puntualizzazione è legata alla determinazione del diritto applicabile. Senza aggrapparsi al formalismo giuridico e senza negare che le decisioni giudiziarie siano influenzate da fattori empirici, valori morali, conseguenze e ragionamenti pratici, è valido presumere che le decisioni giudiziarie siano determinate principalmente del diritto, inteso come un corpus di norme applicabili tramite operazioni logiche, come testi costituzionali o legislativi e precedenti giudiziari. Questo corpus di norme preserva come fonte immediata il diritto nazionale.

I colloqui transgiudiziali non consentono di utilizzare il diritto straniero in funzione vicaria del diritto nazionale nei casi in cui, essendo presente diritto legislativo o giurisprudenziale interno, la soluzione in esso prevista scontenti il giudice o il Tribunale. Le simpatie giudiziarie per i rinvii foranei fuggono dalle interazioni legittime e i dialoghi non possono essere ridotti ad un pretesto per l'importazione di soluzioni che sono considerate preferenziali, in violazione delle norme nazionali.

Tale affermazione ha valore, inoltre, relativamente a due accezioni dell'Attivismo. Essa abbraccia, infatti, sia il distacco dal diritto nazionale sia dall'imposizione, senza corrispondenza nell'ordinamento interno, delle azioni e delle omissioni agli altri Poteri al fine di rendere effettivi i diritti importati. Ridurre i dialoghi transgiudiziali ad una semplice opzione di scelta per il diritto straniero è una espressione dell'Attivismo Giudiziale.

Un secondo parametro deriva dal primo e fa sorgere una domanda di metodo. La decisione giudiziaria segue un itinerario proprio: parte dall'analisi dei fatti per poi effettuare una valutazione sulla base della legge, costruendo la soluzione attraverso la fusione di tali elementi. L'interazione con i sistemi esterni avviene come elemento aggiuntivo in questo processo cognitivo.

Nel caso delle regole, viene applicata la logica tradizionale della sussunzione del fatto alla norma, con una eventuale valutazione di regole esterne che possano, in qualche modo, contribuire alla soluzione o a rafforzarla. Alla luce dei principi, viene utilizzato un ragionamento più circolare, attraverso l'attribuzione del valore normativo ai fatti, procedendosi, pertanto, alla ponderazione in caso di collisione⁹³. L'applicazione dei principi può subire anche il fenomeno della fecondazione con norme di principio e studi dogmatici stranieri. Per quanto riguarda i precedenti, le interazioni tra le sentenze nazionali e straniere devono seguire un ragionamento di tipo analogico, andando, da un lato, a confrontare le ragioni determinanti (*ratio decidendi*) e le proposizioni di diritto che animano le decisioni e, dall'altro lato, verificare che i casi abbiano parallelismi sufficienti a giustificare la stessa decisione.

⁹² L'obbligo di motivazione aumenta la qualità delle decisioni e riduce la libera scelta dei funzionari pubblici. Essa funge anche da veicolo di trasparenza. In merito: C. R. SUNSTEIN. *One case at a time: judicial minimalism on The Supreme Court*. Cambridge, Harvard University Press, 2001, 31.

⁹³ G. ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madri, Trotta, 2003, 134 e 125.

Si arriva quindi al punto centrale di questa seconda osservazione: i colloqui transgiudiziali non si prestano a invertire la rotta e i metodi decisionali. Non è possibile che il diritto straniero serva come punto di partenza o da fonte immediata affinché, da esso, la decisione interna sia retroattivamente giustificata. Lo sguardo rivolto ad un diritto esterno ad essere importato acriticamente, senza un percorso che si origini dalle fonti interne ed instauri i dialoghi e gli adattamenti basati su di essi, si rivela una forma illegittima di applicazione, configurando una forma di Attivismo Giudiziario. Allo stesso modo, non è possibile che le interazioni con il diritto straniero ignorino le tecniche di applicazione delle norme, dei principi e dei precedenti, riducendosi ad atti di volontà.

C'è anche una terza puntualizzazione, che affronta varie questioni. A volte il diritto straniero non viene chiamato in campo allo scopo di migliorare la soluzione, ma come una semplice prova di erudizione⁹⁴. Altre volte, invece, è citato come fine a se stesso, cioè un argomento di autorità⁹⁵ per ridurre il dovere di argomentazione. E c'è sempre il rischio che la pratica serva da strumento di colonialismo nella cultura giuridica o di bravate a svantaggio dell'ordinamento giuridico nazionale⁹⁶.

Tutte queste forme sono inadeguate per essere utilizzate nei Dialoghi Transgiudiziali, perché sfuggono ai veri scopi che li giustificano. Più che inadeguate, queste pratiche possono rivelarsi attiviste se, alla luce dei criteri già discussi, implicano l'importazione di soluzioni decontestualizzate, che sono solo un'opzione del diritto straniero, portano alla creazione di un diritto dissociato dall'ordinamento interno, all'instaurazione di relazioni tra i Poteri che non si adattano agli accordi costituzionali nazionali, tra le altre configurazioni.

In conclusione, va sottolineato che gli scambi tra Corti e giudici di tutto il mondo sono un fenomeno recente, ricco e pieno di complessità. Spetta alla dottrina e alla giurisprudenza, gradualmente, articolare con le attuali sfide della Scienza Giuridica, tra cui l'Attivismo Giudiziale, sviluppando parametri che gli conferiscano un percorso guidato, supporto e legittimità. Questo è il proposito di questo articolo.

CONCLUSIONI.

L'attivismo giudiziale e i dialoghi transgiudiziali sono temi tecnici, complessi e controversi. Ad un certo punto si tangono e inizia a richiedersi, da parte della Scienza Giuridica, uno sviluppo articolato. Descrivere, concettualizzare e coniugare queste categorie è determinante per la costruzione di parametri che conferiscano alle interazioni trasgiudiziali scientificità e legittimità democratica.

L'attivismo giudiziale può essere concettualizzato come un atteggiamento giurisdizionale delle tendenze trasformatrici che si manifestano (*stricto sensu*), insieme o singolarmente, nel contesto (i) interpretativo, applicativo o operativo, attraverso un marcato volontarismo nella creazione del diritto a scapito della legislazione, dei precedenti o delle norme giuridiche in generale, e (ii) istituzionale o relazionale, attraverso un'interferenza più diretta nelle attribuzioni

⁹⁴ M. NEVES, *op. cit.*, 2014, 198.

⁹⁵ A. L. P. B. LUPI, *op. cit.*, 293.

⁹⁶ M. NEVES, *op. cit.*, 2014, 199 e 210.

di altri Poteri. In entrambe le situazioni, ai giudici viene assegnato un ruolo che va oltre la visione classica di applicare il diritto alle controversie soggettive o normative e di moderare gli eccessi degli altri rami. Innumerevoli sono le dimensioni pratiche e varie sono le opinioni sul tema.

D'altro canto, i Dialoghi Transgiudiziali sono evidenziati nel quadro di un Diritto sempre più Transnazionale, che compare in dottrine come il Transcostituzionalismo ed il Transgiudizialismo. Questi possono essere riassunti negli scambi che i giudici e Tribunali hanno in tutto il mondo, nella ricerca, soprattutto di fronte ai casi difficili (*hard cases*), per risposte simili a problemi comuni. Quindi, stando così le cose essi provocano le più diverse interazioni tra ordinamenti legali che gravitano su diversi assi, ma rivelano delle convergenze, degli accoppiamenti e delle affinità. Come per l'Attivismo, questi sollevano numerose domande circa la loro opportunità e, in caso affermativo, in che modo e con quale intensità dovrebbero verificarsi.

L'articolazione tra queste categorie permette di arricchire la riflessione con alcune osservazioni, nel tentativo di costruire dei parametri non-tassativi soggetti ad uno sviluppo continuo.

A tal fine, è importante stabilire la premessa che i dialoghi tra giudici e Tribunali non hanno come *habitat naturale* le situazioni di routine e di facile risoluzione. Si prestano, in particolare, ad aiutare la Magistratura a costruire risposte adeguate a fronte di situazioni in cui il diritto nazionale è sfocato, cioè non ha una soluzione giuridica chiara, e possono anche contribuire nei casi in cui tale diritto sia lacunoso, esitante o anacronistico.

Soprattutto in queste ipotesi di torbidità, lacunosità, esitazione o anacronismo, le interazioni transgiudiziali consentono di produrre decisioni solide, modernizzate, compatibili con il diritto nazionale ed armonizzate in tutto il mondo. Questo viene fatto attraverso un processo di decantazione e adattamento alle altre fonti al diritto interno, venendo effettuata un'attenta analisi della compatibilità tra i principi, gli istituti, i concetti e la classificazione gestati in sistemi o famiglie giuridiche diverse. Significa che il diritto interno illumina, orienta e dirige i dialoghi con il diritto esterno, in un processo sinergico e dialettico.

Questo si traduce in alcune variabili. La determinazione del diritto applicabile non può limitarsi ad un semplice atto di scelta del diritto esterno. Le interazioni tra Giudici e Corti dovrebbero prestare attenzione ai metodi di applicazione di norme, principi e precedenti. L'uso di colloqui al di fuori dello scopo legittimo devono essere evitati, così come dovrebbe essere evitato ogni tipo di pratica che implica, in generale, l'importazione di soluzioni fuori contesto, la creazione di un diritto dissociato dall'ordinamento interno, l'instaurazione di relazioni tra i Poteri che non si adattino alle disposizioni costituzionali nazionali, tra le altre possibilità di tipo attivistico. Una decisione transgiudiziale coerente deve permearsi di questa presa di coscienza, osservando, per quanto riguarda i fatti ed il diritto, un obbligo di motivazione che legittima e conferisce razionalità.

Il tema è recente e continuerà ad attraversare numerosi capitoli della storia. Questo articolo vuole essere un efficace contributo allo sviluppo dello studio sul tema.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. 7. ed. Franco Angeli: Milano, 2008.

ALLAN, James. Judicial activism: vanity of vanities. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences**. *Ius Gentium*, vol. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 71-88.

ALLARD, Julie; e GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2005. Título original: *Les Juges Dans La Mondialisation*.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**. v. 1, n. 4, p. 1-24, 2009. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/15054/11488> >. Acesso em: 3 fev. 2021.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul. v. 3, n. 53, p. 51-66, set/dez 2017. Disponível em: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11371/6969> >. Acesso em: 3 fev. 2021.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Tradução: Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Editora Meridiano Ltda, 1978. Título original: *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JUNIOR, Augusto Jaeger. **Curso de direito internacional privado**. 12. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. *In*: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775-803.

FRANCIONI, Francesco. Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto Internazionale generale. *In*: FRANCIONI, Francesco; *In*: FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffré, 2009. p. 03-44.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. The judicial activism of the european court of justice. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism: an**

- interdisciplinary approach to the american and european experiences. *Ius Gentium*, v. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 173-180.
- FRIEDMAN, Lawrence M. Access to justice: social and historical context. *In*: CAPPELLETTI, Mauro; WEISNER, John. **Access to justice**. Vol. II. book I: promising institutions. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 03-36.
- FRIEDMAN, Lawrence M. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução: Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Garden des Promesses*.
- GHEZZI, di Morris L. Il panorama e le rovine: Alla ricerca di uno stato democratico di diritto in Italia. *In*: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici**: la magistratura tra diritto e politica. Milano: Giangiaco Feltrinelli Editore, 1996. p. 49-64.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. v. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität and geltung. beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen*.
- JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução: Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Editora Fundo de Cultura, 1965. Título original: *Transnational law*.
- KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial activism. **California Law Review**, v. 92, n. 5, p. 1.441-1478, out. 2004. Disponível em: < <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119359> >. Acesso em: 12 mai. 2021.
- KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. **Nebraska Law Review**, v. 71, p. 181-207, 1994. Disponível em: < https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2902&context=fss_papers >. Acesso em: 12 mai. 2021.
- KURLAND, Philip. B. Government by judiciary. **University of Arkansas at Little Rock Journal**, v. 2. n. 2. p. 307-322, 1979. Disponível em: < <https://lawrepository.ualr.edu/lawreview/vol2/iss2/1/> >. Acesso em: 12 mai. 2021.
- LA TORRE, Massino. Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and European experiences. *Ius Gentium*, vol. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 4ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 1992.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Methodenlehre der rechtswissenschaft*.

LAWRENCE A., Alexander. Judicial activism: clearing the air and the head. *In*: COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and european experiences. *Ius Gentium*, v. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015. p. 15-21.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O TRANSJUDICIALISMO E AS CORTES BRASILEIRAS: Sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. **Revista Eletrônica Direito e Política**, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 293–314, 2014. Disponível em: < <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/6156> >. Acesso em: 4 fev. 2021.

MASTITZ, Anna; PEDERZOLI, Patricia. Training the legal professions in Italy, France and Germany. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 155-180.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed, rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa** (online). Editora Melhoramentos Ltda, 2018. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ativismo/>>. Acesso em 21 de agosto de 2018.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502958_>. Acesso em: 21 ago. 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVIERO, Maurizio. Costituzionalismi, crisi della democrazia e populismi. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; CRUZ, Alice Francisco da; QUINTERO, Jaqueline Moretti; e BONISSONI, Natammy. **Para além do estado nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Márcio Cruz. Florianópolis: Emais, 2018. p. 275-292.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**. *Brazilian Journal of international Law*. Brasília, v. 09, n. 4, p. 169-199, 2012. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2013/interacoes-transjudiciais-e-transjudicialismo-sobre-a-linguagem-ironica-no-direito-internacional-juiz-ruitemberg-nunes-pereira> >. Acesso em: 4 fev. 2021.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

- RAUPP, Mauricio Santos. **Ativismo judicial**: características e singularidades. Do voluntarismo à concretização de direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- RHODE, Deborah L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004.
- RODOTÀ, Stefano. Magistratura e politica in Italia. *In*: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici**: la magistratura tra diritto e politica. Milano: Giangiacomo Feltrinelli editore, 1996. p. 17-30.
- ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**: making sense of Supreme Court decisions. New Haven: Yale University Press, 2006.
- SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio; BASIGLI, Nicolò. Attivismo giudiziale e dialoghi transgiudiziali: parametri per l'interazioni tra decisioni nazionale e stranieri. **Rivista AIC – Associazioni italiana dei costituzionalisti**. n. 3, p. 220-235, luglio 2021.
- SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**. v. XXXV, n. 1, p. 73-80 e 201-212, january/1947.
- SHAPIRO, Martin. The success of judicial review and democracy. *In*: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002. p. 149-183.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: < <https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/> >. Acesso em: 4 fev. 2021.
- SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on The Supreme Court. 2. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers Inc., 1994.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Título original: *Il Diritto Mitte: legge, dirittii, giustizia*.
- ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ed. Curitiba: Prismas, 2014.

A INTERNET COMO BEM COMUM GLOBAL¹

Carla Piffer²
Simone Vezzani³

RESUMO

A Internet, também chamada de rede mundial de computadores, passou a fazer parte da realidade mundial, sem a qual grande parte do planeta entraria em uma indiscutível “pane”. Ante a importância do assunto e a direta relação e impacto na vida da humanidade, este escrito pretende discorrer sobre a Internet e a urgente necessidade de caracterizá-la como um dos bens comuns da humanidade. Para tanto, são estabelecidos como objetivos a abordagem da revolução tecnológica e as características do cenário mundial após a virada digital; realiza uma breve contextualização do surgimento e da evolução da Internet; analisa a teoria dedicada aos bens comum e propõe a criação de uma governança transnacional para a matéria. Quanto à metodologia, utilizou-se na fase investigativa o método indutivo, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e no relatório dos resultados foi utilizada a base lógica indutiva. Quanto aos principais resultados alcançados cita-se: a importância do acesso à rede para a participação na vida política e social, para acesso ao direito à educação, ao trabalho, à saúde, à vida privada e familiar; a consolidação do direito de acesso à Internet como um direito humano de nova geração; e a caracterização da Internet como um bem comum da humanidade.

Palavras-chave: revolução tecnológica; Internet; bem comum; governança transnacional; transnacionalidade.

INTRODUÇÃO

¹ A contribuição é resultado da reflexão conjunta dos dois autores. Para atribuir formalmente a responsabilidade pelos parágrafos individuais, se especifica que o segundo autor redigiu o subtítulo 2 e as considerações finais, enquanto a primeira autora escreveu as partes restantes. Artigo publicado na Revista do Direito da UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, n. 73, Maio-agosto 2024.

² Bolsista de Pós-doutorado no Exterior - PDE pelo CNPQ, Chamada Pública MCTI/CNPq n 14/2023. Professora Permanente dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Pós-doutora pela Mediterranea International Centre for Human Rights Research - Reggio Calabria – IT, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Direito pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0731004287962283>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1294-7248>. Email: carlapiffer@univali.br.

³ Professor associado de Direito internacional e da União Europeia (a partir de 2020 qualificado como professor titular de Direito internacional) do Departamento de Direito da Universidade de Perugia (IT) - Doutor em Direito Internacional e Direito da União Europeia pela Universidade de Florença (IT) - Membro associado do Instituto Universitário de Estudos Europeus “Salvador de Madariaga” (A Coruña) (ES) – UNIVALI - UNIPG. Professor permanente do Mestrado Internacional Profissional em Direito das Migrações Transnacionais - Università Degli Studi Di Perugia. ORCID: 0000-0002-2119-724X. Email: simone.vezzani@unipg.it.

Os processos de privatização impostos pelo desmantelamento progressivo do bem-estar e das políticas neoliberais aumentaram enormemente o interesse pelos bens comuns. Mas a luta pelos bens comuns não é apenas uma reação ao mercantilismo a favor da restauração do poder estatal sobre os recursos comuns. Pelo contrário, indica uma perspectiva de superação da tradicional oposição público/privada que dá voz à insatisfação com as políticas públicas que geraram a atual crise de confiança nas instituições (MARELLA, 2012).

Esta contribuição centra-se nos perfis jurídicos do surgimento dos bens comuns nos mais diversos setores da economia e da sociedade, demonstrando como um direito aos bens comuns é possível. E é a partir da teoria dos bens comuns que surge o objetivo central deste estudo: demonstrar que a Internet, a rede mundial de computadores, deveria ser caracterizada como um dos bens comuns da humanidade.

A pesquisa envolve a seguinte problemática: sendo a Internet caracterizada como bem comum, qual papel a ciência jurídica poderia desenvolver neste contexto? Para tanto, o texto inicia abordando a revolução tecnológica e as características do cenário mundial após a virada digital. Na sequência, será realizada uma breve contextualização do surgimento e da evolução da Internet. Na parte final deste escrito, dedica-se um espaço exclusivo para a análise da teoria dedicada aos bens comuns e propõe-se a criação de uma governança transnacional para a matéria.

Quanto à Metodologia empregada foi utilizado o Método Indutivo na fase investigativa, na fase de tratamento de dados o método cartesiano, e no relatório dos resultados foi utilizada a base lógica indutiva. Por fim, nas considerações finais serão apresentadas as ideias conclusivas a partir dos assuntos abordados neste estudo.

1. A REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O CENÁRIO PÓS-VIRADA DIGITAL

Em 1972, a Declaração de Estocolmo reconheceu em seu Princípio 18 a importância da tecnologia para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente (Schwab, 2016, p. 12), ou seja, não é produto exclusivo do Século XXI a premissa de que novas maneiras de utilização das tecnologias propiciam a mudança de comportamentos e relações sociais e institucionais. Da mesma forma, o Relatório Brundtland de 1987 destacou a importância da tecnologia já no início do documento (ONU, 1991, p. 409)⁴. Estes são apenas dois exemplos de como, há muitos anos, a comunidade internacional analisa a possibilidade do uso das tecnologias para promover avanços positivos em prol da humanidade. Mais recentemente, o Pacto Ecológico Europeu (Green Deal) demonstra como as políticas de transição ecológica estão intimamente ligadas à transição digital.

⁴ Inclusive, o relatório incluiu algumas medidas e soluções para que os países promovessem o desenvolvimento sustentável como a diminuição do consumo de energia, o desenvolvimento de tecnologias para uso de fontes energéticas renováveis e o aumento da produção industrial nos países não-industrializados com base em tecnologias ecologicamente adaptadas.

Efetivamente, de todas as revoluções ocorridas a partir da Era Moderna, a chamada revolução tecnológica mostra-se como a grande responsável pela mudança de paradigmas em todas as esferas da sociedade mundial.

Embora com outra denominação – incipiente talvez, ante a incapacidade humana de crer que as novas tecnologias poderiam tomar o caminho hoje evidenciado – o desenho do que hoje é a “virada tecnológica” se materializou a partir do Século XX, e “o contínuo e crescente avanço da inovação tecnológica posicionaram a sociedade pós-Moderna frente a uma nova revolução – a Revolução Digital”, chamada por Schwab como a já mencionada Quarta Revolução Industrial (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

Em sua obra intitulada “Aplicando a Quarta Revolução Industrial”, Schwab reafirma ser este um modelo mental para moldar o futuro, fomentada pela crescente disponibilidade e interação de um conjunto de tecnologias extraordinárias” (SCHWAB, 2018, p. 35). Para o autor, a oportunidade desta nova revolução consiste em ver a tecnologia como algo que é muito mais do que uma simples ferramenta, pois “[...] um dos grandes determinantes do progresso consiste na extensão que a inovação tecnológica é adotada pela sociedade” SCHWAB, 2018, p. 36).

Morais da Rosa e Guasque (2020, p. 67) expõem que, embora algumas instituições insistam em viver alheias a estas novas tecnologias, “[...] a revolução digital é um caminho sem volta e que, inexoravelmente, terá que ser percorrido por todas as ciências e sociedades”.

O sociólogo Castells (2010, p. 44) pressupõe que:

Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial, aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em um processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico.

Percebe-se, segundo o autor (2010, p. 468), uma associação entre as tecnologias e as mudanças que aconteceram em cada período histórico, pois ele ainda nos fala que: “[...] a tecnologia é a sociedade e a sociedade não pode ser entendida sem suas 5 ferramentas tecnológicas”. Assim, para compreender cada sociedade deve-se analisar quais são as possibilidades que as tecnologias do período em análise proporcionam, bem como o seu contexto histórico.

Ao analisar a célere emergência de novos cenários, muitos autores passaram a debruçar seus estudos na chamada pós-*virada digital*, após a virada do milênio, momento em que, já imersos na era digital partiram do pressuposto de que parte significativa dos usuários identificam o que se rotula como Internet e as demais tecnologias existentes (CASTELLS, 2003).

No entanto, fazendo uma análise jurídica da realidade atual, vários são os desafios atribuídos à ciência jurídica. Quando Beck (2018, p. 188) afirmou “Atrevemo-nos a dizer que um novo império digital está emergindo”, inevitavelmente dois mundos diversos se apresentam: o primeiro, que se refere às benesses e às facilidades que o uso da Internet e das tecnologias nos

propiciam; o segundo, em contraposição ao primeiro, se apresenta como temor e incerteza quanto aos limites – ou a falta destes – e os interesses que estão por detrás de toda essa constante mudança. Como afirma Beck (2018, p. 188), nenhum dos impérios históricos que conhecemos (grego, persa, romano etc) foi caracterizado pelos traços peculiares baseados na modernidade do império digital.

Este novo império, se analisado segundo o contexto acima mencionado, nada mais é do que o diagnóstico apresentado por Zuboff (2020, p. 08) na sua obra “A era do capitalismo de vigilância” em que apresenta oito características definidoras do capitalismo de vigilância:

1. Uma nova ordem econômica que reivindica a experiência humana como matéria-prima gratuita para práticas comerciais dissimuladas de extração, previsão e vendas;
2. Uma lógica econômica parasítica na qual a produção de bens e serviços é subordinada a uma nova arquitetura global de modificação de comportamento;
3. Uma funesta mutação do capitalismo marcada por concentrações de riqueza, conhecimento e poder sem precedentes na história da humanidade;
4. A estrutura que serve de base para a economia de vigilância;
5. Uma ameaça tão significativa para a natureza humana no século XXI quanto foi o capitalismo industrial para o mundo natural nos séculos XIX e XX;
6. A origem de um novo poder instrumentário que reivindica domínio sobre a sociedade e apresenta desafios surpreendentes para a democracia de mercado;
7. Um movimento que visa impor uma nova ordem coletiva baseada em certeza total;
8. Uma expropriação de direitos humanos críticos que pode ser mais bem compreendida como um golpe vindo de cima: uma destituição da soberania dos indivíduos.

Além disso, a autora destaca como ocorreu a passagem do capitalismo industrial para o financeiro do século XXI, o qual não mais opera apenas por meio do modo de produção, mas através do que a autora chama de “modo extração de dados”, intensificado pelo aumento da velocidade das transações comerciais, pelas redes sociais e pela criação da Web 2.0.

Neste contexto surge a Internet como elemento essencial da revolução tecnológica e peça indispensável do cenário posterior à virada digital

2. A INTERNET: SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

Discorrer sobre o surgimento da Internet requer lembrar as Revoluções Industriais: a primeira, do Século XVIII, que substituiu o trabalho artesanal pelo assalariado, a partir da utilização de máquinas; a segunda, no século XIX, em que as indústrias de petróleo, aço, química, elétrica, meios de transporte e comunicação ganharam destaques; a terceira, iniciada em meados do século XX e permitiu a substituição da mecânica analógica pela digital; e a quarta, denominada por Schwab (2016, p. 11) como a Quarta Revolução Industrial que “alterará fundamentalmente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos”, apresentando-a como uma verdadeira mudança de paradigma, e não apenas como mais uma etapa do desenvolvimento tecnológico: robótica, Internet das coisas, veículos autônomos, impressão em 3D, nanotecnologia, biologia sintética, armazenamento de energia e computação quântica, e a inteligência artificial.

Indubitavelmente, tudo isso se tornou possível a partir da criação de computadores e da própria Internet. Embora não seja objeto central desse estudo realizar uma análise histórica acurada sobre o surgimento da Internet, retratar sua contextualização auxilia à compreensão da atual situação.

A origem da Internet descende da Arpanet, rede de computadores criada em 1969 pela Advanced Research Projects Agency (Arpa), formada em 1958 pelo DARPA (Departamento de Defesa dos Estados Unidos) com o objetivo de alcançar superioridade tecnológica militar, vez que os Estados Unidos estavam vivenciando a Guerra Fria (CASTELLS, 2003):

A 29 de Outubro de 1969, Leonard Kleinrock e o seu aluno Charles Kline, da Universidade da Califórnia (UCLA), conseguiram enviar a primeira mensagem encriptada de sempre entre dois computadores. Um estava localizado no campus da UCLA em Los Angeles, o outro na Universidade de Stanford em São Francisco. Estavam separados por cerca de 500 quilómetros.

Utilizaram a ARPANET (Advanced Research Projects Agency Network), uma rede criada pelo Departamento de Defesa dos EUA para estabelecer um sistema de comunicação seguro entre instituições governamentais e académicas. Estávamos em plena Guerra Fria e os líderes do país queriam garantir a criação de uma rede de nós descentralizados capaz de transportar informações de forma segura (NATIONAL GEOGRAPHIC PORTUGAL).

TechTudo (2013) explica que o uso do termo Internet para uma rede TCP/IP global se deu em dezembro de 1974, com a publicação da primeira especificação completa do TCP, assinada por Vinton Cerf, Yogen Dalal e Carl Sunshine, na Universidade de Stanford. A partir de então, bastou só atribuir mais qualidade aos protocolos e tentar implementar novas tecnologias para fazer com que estas novas redes pudessem suportar maior quantidade de acessos.

Desse modo, acompanhando o desenvolvimento dos computadores, surgiu a Internet como rede mundial, embora somente a partir da década de 1990, começou a ser usada pela população para uso geral, pois empresas começaram a oferecer conexão de Internet empresarial e residencial. Em pleno Século XXI, não se imagina a vida e a existência desse meio global de transmissão de informação por excelência.

Segundo Castells (2003, p. 17) "o que permitiu a Internet abarcar o mundo todo foi o desenvolvimento da www". Esta "aplicação" foi desenvolvida em 1990 pelo programador inglês Tim Berners-Lee, que trabalhava no Laboratório Europeu para a Física de Partículas baseado em Genebra.

Ante o desenvolvimento do "www", foi criada em setembro de 1998 a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) na Califórnia/EUA, como uma corporação de utilidade pública, sem fins lucrativos⁵. Segundo artigo primeiro do seu estatuto (ICANN, 2012), a ICANN tem a missão de coordenar, de forma geral, os sistemas de identificadores exclusivos da Internet globais e, particularmente, garantir a operação estável e

⁵ Sobre o funcionamento da ICANN, veja-se VEZZANI, Simone. ICANN's New Generic Top-Level Domain Names Dispute Resolution Procedure Viewed Against the Protection of the Public Interest of the Internet Community: Litigation Regarding Health-Related Strings, in **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, 2014, p. 306-346.

segura dos sistemas de identificadores exclusivos da Internet. Especificamente, a ICANN coordena a alocação e atribuição de nomes na zona raiz do Sistema de Nomes de Domínio (DNS); coordena o desenvolvimento e implementação de políticas relacionadas a registros de nomes de domínio de segundo nível em Domínios Genéricos de Primeiro Nível (gTLDs); coordena a alocação e atribuição no nível mais alto de números de Protocolo da Internet (IP) e números de Sistemas Autônomos (AS); promove a coordenação da operação e a evolução do sistema de servidor de nomes da raiz do DNS e colabora com outras entidades, conforme necessário, fornecendo os registros para o funcionamento da Internet, de acordo com especificações das organizações de desenvolvimento de padrões de protocolo da Internet (MUELLER, 2002, p. 01).

Embora seja estruturada como um ente privado de direito californiano, ICANN possui uma estrutura muito complexa e original, pois internamente são representadas as entidades privadas mais importantes, provenientes das mais variadas áreas geográficas, que constituem a comunidade da Internet. Tal fato possibilita a participação da sociedade civil por meio de um processo decisional *multi-stakeholder* (RUOTOLO, 2014, p. 11). Não é por acaso que alguns expoentes da escola *Global Administrative Law* - tenham examinado a ICANN como um dos principais entes privados que desenvolve funções regulatórias globais (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2005, p. 22).

ICANN é composta por um Conselho de Administração e de um presidente, que atua também como administrador delegado. Também os governos nacionais e as organizações internacionais são representadas internamente no *Global Advisory Committee* que deveria levar em consideração no seu processo decisional dos interesses da comunidade internacional⁶.

Percebe-se que a ICANN é uma “combinação fascinante” de três agências reguladoras, combinando o direito nacional, a autorregulação e até mesmo o direito internacional. Na verdade, numa perspectiva de pluralismo jurídico, o conjunto de nomes de domínio da Internet, tal como atualmente administrado pela ICANN, pode ser descrito como um sistema não estatal que se consideram como ordenações legais: legislam, estabelecem órgãos adjudicatórios com procedimentos contraditórios formais e esperam que o seu conjunto de sanções internas não precise da assistência estatal para tornarem os seus resultados eficazes (PAULSSON, 2010, p. 22).

A ideia da ICANN como portadora de uma ordem jurídica autónoma está associada à ideia do ciberespaço como um espaço de liberdade, livre de regulamentação estatal. Embora uma minoria de “ciberlibertários” afirme que a Internet deveria ser completamente livre de qualquer tipo de regulação, a maioria apoia um sistema de regulação anacional baseado predominantemente no “autogoverno” por comunidades em rede. Tornou-se comum enfatizar a “estrutura não governamental, de baixo para cima, orientada por consenso e auto-organizada para funções-chave da Internet” (BERMAN; DAVIDSON, 2001, p. 14). Muitos autores defendem que o melhor conhecimento técnico, a informalidade e a rapidez são as principais vantagens da autorregulação da Internet. Entre eles, Teubner (2010, p. 23) enfatizou a autonomia das regras da ICANN em relação às leis estatais, descrita como um exemplo de “autoconstitucionalização sem um estado”.

⁶ O Comitê é aberto à participação de todos os Estados que são, geralmente, representados de funcionários governativos. Existe mais de 100 membros, mesmo se alguns países mais pobres não participam das reuniões.

Com a introdução do computador pessoal nos anos 80 e com a massificação da Internet nos anos 90 ensina Castells (2003, p. 15) que “[...], muitos provedores de serviços da Internet montaram suas próprias redes e estabeleceram suas próprias portas de comunicação em bases comerciais”. A partir de então, a Internet cresceu rapidamente como uma rede global de computadores e comprova que é peça chave da revolução tecnológica, evidenciando uma dependência cada vez maior da humanidade com os meios tecnológicos criados e, notadamente, com a Internet. No entanto, para adentrar ao objetivo central deste estudo, se faz necessário discorrer sobre algumas considerações doutrinárias indispensáveis acerca dos bens comuns para, posteriormente, demonstrar a relação do assunto com a própria Internet.

3. OS BENS COMUNS: CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

A defesa de bens comuns e suas variantes terminológicas, conforme veremos a seguir, é hoje uma reivindicação notável desempenhada por muitos movimentos sociais, por envolver tanto elementos indispensáveis à vida no planeta quanto serviços públicos (talvez hoje não mais assim classificados), alguns desmantelados por políticas liberais em todos os pontos do planeta. Esta luta consiste uma oposição às várias ondas de privatização de muitos setores, e se apresenta como uma revalorização dos bens comuns, conforme defende Houtart (2011, p. 08):

Está claro que la revalorización de los bienes comunes bajo cualquier forma, constituye un objetivo fundamental para salir de una larga época donde la lógica económica había puesto el acento sobre lo privado y lo individual para promover el desarrollo de las fuerzas productivas y la emancipación de la iniciativa personal hasta eliminar la mayor parte de lo público de sus objetivos. Incluso hemos llegado a la mercantilización de la vida humana y de su reproducción. [...] La defensa de los servicios públicos y de los bienes comunes se ubica en el conjunto de las resistencias a estas políticas, pero éstas se arriesgan a ser solamente combate de retaguardia, si no se sitúan en un cuadro más amplio, el del Bien Común de la Humanidad, del cual hacen parte.

Abordar esta ideia pode parecer muito teórico frente as atuais preocupações sociais econômicas e políticas. No entanto, ante os inúmeros desafios contemporâneos, adotar tal teoria pode se apresentar como um instrumento concreto e de grande utilidade à ciência jurídica, frente as dificuldades globais em regular, regulamentar ou governar os temas relacionados aos bens comuns. Se trata, na verdade, de realidades muito concretas, “[...] en primer lugar con la solidaridad, que se evanece frente a la competitividad y al individualismo, pero también del altruismo, del respeto del otro y de la naturaleza, de la ternura, en breve de lo que constituye lo humano” (HOUTART, 2011, p. 08).

Inicialmente, se faz necessário delimitar alguns conceitos envolvendo os bens comuns.

Ao se falar de um “bem”, costuma-se entender *lato sensu* uma substância, um objeto, um serviço, um modo de ser e de se comportar, ao qual se atribui um valor positivo. Por “comum”, por outro lado, queremos dizer algo que se refere a uma comunidade de pessoas socialmente organizada.

En general, el concepto de bienes comunes se asimila a aquel de los bienes – y servicios- públicos, ampliamente justificado, siendo «público» todo aquello que

es relativo a un atributo de pertenencia y/o de referencia al Estado, a las instituciones de gobierno, al pueblo (PETRELLA, s.d.).

Segundo o autor, os bens públicos - comuns - foram definidos através de duas características principais: não exclusão, um bem é comum/público porque ninguém pode ser privado dele e não rivalidade, não é necessário entrar em competição com outros para ter acesso a ela (enquanto para se apropriar de um bem – ou serviço – em carácter privado é necessário competir) (PETRELLA, s.d.). Na realidade, um bem comum (seja singular ou plural), se define em função de uma maior quantidade de critérios, quais sejam:

- 1) la esencialidad y la insustituibilidad para la vida individual y colectiva, independientemente de la variedad de los sistemas sociales, en el tiempo y en el espacio. El agua ha sido esencial e insustituible seis mil años, y lo será todavía por millones de años;
- 2) la pertenencia al campo de los derechos humanos y sociales. Bienes comunes y derechos humanos son indisolubles. El parámetro de definición del valor y de la utilidad de un bien común público es la vida, el derecho a la vida, y no el costo asociado a su disponibilidad y accesibilidad. No se trata de bienes y de servicios destinados a la satisfacción de necesidades individuales (o de grupo) y, en cuanto tales, mutables, en cuanto dependientes de su costo de acceso y de su utilidad comercial;
- 3) la responsabilidad y la propiedad colectivas en una lógica de solidaridad pública. El Estado, representante de la colectividad de los ciudadanos, la comunidad política, es y debe ser el responsable de los bienes comunes, de los cuales los ciudadanos son solidariamente propietarios a través del Estado y las otras colectividades territoriales (locales, regionales...);
- 4) la inevitabilidad de la integración de las funciones de propiedad, de regulación, de gobierno/gestión y de control bajo la responsabilidad de sujetos públicos. [...] La función de un bien común público es la de estar al «servicio» del interés colectivo de la comunidad y de actuar en el campo de los derechos. Por tanto, se da una incompatibilidad directa entre interés público y gestión confiada a sujetos portadores de intereses privados.
- 5) la participación real, directa e indirecta, de los ciudadanos en el gobierno de los bienes comunes/públicos. La democracia es extraña al funcionamiento de una sociedad de capital privado. No hay democracia posible en una «sociedad anónima», de acciones». (PETRELLA, s.d.).

Como característica comum da doutrina dos bens comuns sublinha-se a necessidade de satisfazer as necessidades especiais, definidas em termos amplos e indefinidamente extensível sob a base dos princípios constitucionais da dignidade humana, do desenvolvimento da personalidade, da igualdade e da participação democrática.

O tema dos bens comuns foi trazido ao centro de debates políticos e teóricos na Itália quando da instalação, em 2008, da Comissão para a modificação das normas do Código Civil em matéria de bens públicos, cujo presidente foi Rodotà. Citada comissão foi criada para dar um enquadramento normativo coerente às ações do Estado notadamente com relação às

privatizações⁷ em curso e aquelas futuras. Embora Rodotà não tenha conseguido implementar suas ideias, o ensinamento permanece e inspirou algumas jurisprudências (LIETO, 2011, p. 331). O projeto desenvolvido pela comissão traz os seguintes exemplos e definição para os bens comuns:

cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune e' legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato. (ITALIA, 2007)

No amplo quadro de debate que se desenvolveu nos anos seguintes na doutrina italiana, é necessário sublinhar o princípio de classificação mais analítica de Marella (2012), que divide os bens comuns em quatro classes:

1ª) recursos materiais como a água e o ambiente, o patrimônio cultural e artístico, etc.;

2ª) recursos intangíveis – conhecimento e suas aplicações, criações artísticas, conhecimentos tradicionais e culturas populares, informação genética, etc. – hoje afetados por um impressionante fenômeno de “enclosure” através das diversas formas de propriedade intelectual que permitem a sua apropriação exclusiva, e inversamente reivindicadas como resultado da produção coletiva (VEZZANI, 2013);

3ª) espaço urbano, bem comum por excelência como “coisa humana por excelência”, produto da cooperação social, espaço onde se define o progresso das nossas vidas, objeto de desapropriação que é fruto da parceria entre o público e o privado e uma fonte de

⁷ Conforme expõe Mattei, “En Italia, se repite de manera obsesiva que las privatizaciones ‘tuvieron que hacerse’ como respuesta a la gangrena partitocrática que há penetrado em las instituciones públicas, corrompiéndolas de manera definitiva. De modo similar, cuando desde la derecha se propone ‘redefinir’ las fronteras de la presencia estatal, se da por descontado que dicha redefinición debe hacerse a favor de la propiedad privada, esto es, del beneficio empresarial y del denominado libre mercado”. MATTEI, Ugo. **Bienes comunes: un manifiesto**. Madrid: Trotta, 2013, p. 114.

desintegração social, de construção de identidades desfavorecidas, de destruição de espaços de democracia;

4ª) finalmente, as instituições que prestam serviços públicos destinados à concretização de direitos fundamentais como a educação e a saúde: portanto, universidades, escolas, cuidados de saúde, etc. Na atual reconstrução jurídica, incluem os direitos sociais reconhecidos pelas constituições dos países, típicos do Estado-Providência.

Este mapeamento aproximado confirma a heterogeneidade dos significados e contextos em que a expressão bem comum é utilizada, sendo impossível atribuir um estatuto jurídico geral às diferentes categorias. Porém, é possível identificar traços comuns compartilhados pelas diferentes classes:

1) o primeiro possui um cunho negativo, pois se refere à falta de um regime jurídico comum para os bens definidos como comuns.

2) outra característica certamente compartilhada por todas as classes acima identificadas é a ligação entre recurso (ou serviço) e comunidade. A identificação da comunidade de referência é definida pelos laços sociais de solidariedade que existem ou deveriam ser estabelecidos em relação ao gozo do bem comum e, além disso, a gestão de um bem comum deve ter em conta os interesses das gerações futuras;

3) o terceiro elemento decisivo de um possível estatuto jurídico dos bens comuns é a gestão participativa: em primeiro lugar, a restrição de destino do ativo, que afeta a gestão baseada em limites. Quando o caráter comum do bem é acompanhado por uma situação de pertença coletiva, como é o caso dos bens coletivos, fortes limites ao poder de alienação ou privatização caracterizarão obviamente a atividade de gestão.

Além disso, a teoria dos bens comuns não tem uma conotação específica de territorialidade ou limitação territorial⁸. Certamente, com a formação e difusão do Estado-nação soberano, notadamente após a emergência da globalização introduziu uma lógica de fragmentação do campo de a *res publica* vinculada ao princípio da soberania nacional sobre os bens comuns.

Também, existem bens comuns que são de natureza global, uma vez que não estão confinados a estados individuais. A este respeito, não faltam tentativas por parte da comunidade internacional para estabelecer regimes para a sua utilização inspirados em princípios de solidariedade. Em particular, no direito internacional se menciona a noção de patrimônio comum da humanidade - *common heritage of mankind* (LENZERINI, 2019). Elaborado com referência aos recursos minerais marinhos muito além da jurisdição nacional⁹, o princípio

⁸ Esta característica da desterritorialização atribuída à transnacionalidade por Stelzer também é evidenciada quando se aborda a temática dos bens comuns, pois "O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado". STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 25.

⁹ Com base na Convenção de Montego Bay, sobre o direito do mar, estes são recursos que não podem ser apropriados por Estados individuais e geridos por um organismo internacional específico (Autoridade dos Fundos Marinhos), que devem ser utilizados para fins pacíficos e para o benefício de toda a humanidade, em particular para benefício dos países em desenvolvimento.

do patrimônio comum da humanidade inspirou outros regimes de tratados para a regulação de recursos de natureza diferentes, como o espaço extra-atmosférico (Acordo que rege as atividades dos Estados na Lua e outros corpos celestes, 1979), os recursos genéticos de interesse agrícola (Tratado da FAO sobre recursos fito genéticos para a alimentação e a agricultura, 2001), ou os recursos genéticos marinhos presentes em alto-mar (Acordo sobre a biodiversidade marinha fora da jurisdição dos estados, o chamado Acordo BBNJ, 2023). Visto a flexibilidade das noções de patrimônio comum humanidade, esse poderia ser também o da Internet (Ruotolo, 2014), embora neste momento não existam perspectivas concretas quanto à adoção de uma convenção internacional nesse sentido.

Mas afinal, qual a contribuição de se incluir e classificar a Internet dentre a noção específica de patrimônio comum da humanidade ou, do mesmo modo, ao interno da categoria mais ampla de bens comuns? Pretende-se responder a esta pergunta na sequência.

5. A INTERNET COMO UM DOS BENS COMUNS

Sem dúvida, a Internet enquadra-se na noção de bens comuns segundo a definição da Comissão Rodotà, sendo hoje um bem indispensável para a satisfação dos direitos fundamentais, desde o direito à informação, até ao direito de acesso aos serviços essenciais.

A difusão da rede, hoje indubitavelmente classificada como um dos principais e mais importantes meios de comunicação, comporta um conjunto de relevantes problemáticas jurídicas, seja pela sua “recente” implementação, seja pelo caráter transnacional da sua atuação, deixando os Estados em situação de impotência, em determinadas situações. Questões como como propriedade intelectual, tutela das liberdades fundamentais, proteção da privacidade, *e-commerce*, ataques à democracia e disseminação de *fake news*, por exemplo, passaram a fazer parte do nosso dia a dia.

Conforme enfatiza Martins (1999, p. 33), todos os que navegamos nas turbulentas linhas da Internet sabemos que nelas mergulhamos na aventura do desconhecido, diante da necessidade de não perder um comboio que nenhum de nós sabe para onde vai, mas que corre vertiginosamente sem paragens.

Não se deve olvidar que, da mesma forma que as dimensões da globalização na sua esfera econômica e social, por exemplo, trazem efeitos positivos e negativos para toda a humanidade, o mesmo ocorre com a Internet. Segundo Mattei (2013, p. 102) graças a Internet tantas ações, atividades e possibilidades se tornaram possível, evidenciando que a “rede” possui sim um considerável traço positivo, e mesmo por esta razão urge pela possibilidade de caracterização da Internet como um bem comum. No entanto, apresenta um ponto problemático de tal caracterização: “[...] a través de él se afirma aún más la hegemonia del modelo americano, tanto desde el punto de vista lingüístico como cultural” (MATTEI, 2013, p. 103).

Schmidt e Cohen (2013, p. 01) já afirmavam em 2013 que “[...] il boom dela connettività digitale comporterà dei vantaggi in termini di produttività, salute, istruzione, qualità della vita nonchè una miriade di nuove strade nel mondo reale”, embora em proporções diversas. Mas, segundo os autores, nem todos conseguirão lidar com as consequências negativas da rede. Isso

porque “Internet è una fra poche invenzioni dell’uomo che lui stesso non capisce fino in fondo” (SCHMIDT; COHEN, 2013, p. 03).

Conforme já observado, a Internet é o maior dos espaços públicos já visto e, como defendeu há anos Rodotà (2014)¹⁰, deve ser tratada como um “bem comum”, a qual, como os demais, cresceu e se desenvolveu com base nas iniciativas daqueles que a seguiram desde o início, baseando-se em formas de autorregulação social tecnologicamente conscientes. Mas sua inegável importância social e econômica, além da sua capacidade inovadora, conduziu a uma regulação centralizada, orientada por normas de origem privada, envoltas por *lobbies* e centros de poderio econômico das mais variadas ordens.

Diante dessa realidade, algumas perguntas são carecedoras de respostas: o mundo da Internet pode ser orientado por regras, embora esteja em mudança constante? Deverá encontrar a sua própria tradução institucional, a sua própria “constituição”? É aceitável que o mundo desterritorializado da Internet não se submeta às regras classicamente postas pelos Estados soberanos?

Estas são questões que há muito acompanham as discussões sobre o futuro da Internet, levando-se a cogitar a (infundada) hipótese de que definir regras seria uma ameaça inaceitável à sua inerente natureza. Como salienta Carotti (2007, p. 699), inicialmente, o setor deveria ser deixado à *self-regulation* da iniciativa privada, passando a levantar questões delicadas de legitimidade.

Mattei (2013, p. 99) relembra que:

Cada vez se depositan más esperanzas en internet como espacio de emancipación y contrahegemonía. Con los años, se há ido construyendo una verdadera mitología de la Red como espacio público, como lugar comum. [...] Las fábulas de hadas que circulan son numerosas y todas tienen como protagonistas a jóvenes creativos e geniales.

Seguindo este raciocínio, Mattei (2013, p. 103) afirma que o verdadeiro problema está na chamada *governance* da internet, um sistema que, “[...] se presenta como antiético respecto a lo que debería caracterizar el Gobierno de los bienes comunes”. Para o autor (2013, p. 13), a categoria dos bens comuns se destina a uma nova função constitucional, indispensável em tempos de globalização econômica, da tutela do público tanto frente ao poder privado como frente ao Estado.

Diante disso, não restam dúvidas de a Internet, ante suas características (de essencialidade e insubstituibilidade para a vida individual e coletiva, e relação direta com a defesa e promoção dos direitos humanos e fundamentais), se enquadra perfeitamente dentre o rol dos citados bens comuns.

¹⁰ Para Rodotà, “La conoscenza in rete deve essere considerata un bene comune, al quale deve essere sempre possibile l’accesso. Per questo è necessario affermare una responsabilità pubblica nel garantire quella che deve essere considerata una componente della cittadinanza, dunque una pre-condizione della stessa democrazia”. RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**. Quali i diritti, quali i Vincoli. Roma: Laterza, 2014. p. 32.

Outrossim, com a crescente relevância social e política - basta pensar na nova relação entre democracia, política e direitos criada das redes sociais, bem como na ofensa aos direitos fundamentais por meio destas – coloca em primeiro plano a urgente necessidade de se discutir os “direitos da Internet”. São necessários direitos efetivos aos que utilizam e são afetados direta ou indiretamente pela Internet: direito de acesso, de opinião, privacidade, esquecimento etc; bem como a garantia aos Estados soberanos em (continuar a) exercer suas soberanias sob os mais variados aspectos e, dentre eles, no que concerne à Internet.

No entanto, como traço intrínseco a qualquer outro bem comum, governar¹¹ a Internet não compreende um ato isolado, sob pena de fracasso e ineficiência. Significa regular, conjuntamente com os mais variados atores, um ambiente transfronteiriço (PIFFER; CRUZ, 2018) que desafia o paradigma tradicional da soberania territorial dos Estados. E é nesse ambiente transnacional e transfronteiriço que ocorrem as mais variadas e importantes negociações comerciais, transações econômicas, relações sociais e também políticas, em um ambiente jurídico plural (Teubner, 2003), ou seja, a vida passa a ser dependente e condicionada à Internet.

Urge, portanto, a necessidade da implementação de uma governança transnacional da Internet pois, diante da pluralidade de atores envolvidos, o termo “governança global” não parece tão apropriado:

Pode-se argumentar que é justamente para destacar este emaranhado de relações entre atores públicos (i.e., Estado, suas organizações e agências) e privados (i.e., corporações, movimentos sociais, organizações não governamentais ou organismos multilaterais) –que tornam as fronteiras entre Estado e mercado nebulosas, que prefere-se o termo transnacional ao global, pois o último tende a unificar estas relações ao redor da ideia do global único, diminuindo a importância das particularidades contextuais, sendo essa uma das distinções entre a governança global e transnacional (GOMES; MERCHAN, 2016, p. 90).

Como corolário do direito de acesso à Internet cita-se a *net neutrality*, neutralidade da Internet ou neutralidade da rede, princípio adotado pela União Europeia através do Regulamento (UE) 2015/2120¹² e aplicável desde 2016, o qual faz parte da estratégia digital da UE em matéria de acesso à Internet aberta, garantindo uma aplicação homogênea das regras em toda a Europa.

¹¹ Alguns atos esparsos de governança relacionados às condutas na Internet já foram realizados, gerando alguns modelos peculiares – mesmo que ainda em aperfeiçoamento: como exemplo cita-se, na União Europeia: Regulamentos 2015/2120 (Código de Conduta sobre o Acesso à Internet aberta e comunicações), 2016/679 (que revogou a precedente diretiva 95/46/CE), 2017/1128 (sobre Serviços online), 2018/302 (sobre o Bloqueio Geográfico); a Diretiva 95/46/CE - relativa ao tratamento de dados pessoais e a sua circulação no espaço da União Europeia, além da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), sobretudo o acórdão Google Espanha (C-131/12) de 2014 (ECLI:EU:C:2014:317). No Brasil, cita-se a Lei 12965/2014 – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil e seu Decreto n. 8771/2016 e a Lei 13709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD.

¹² O regulamento confere aos utilizadores finais o direito de aceder e divulgar conteúdos e serviços lícitos à sua escolha através do seu serviço de acesso à Internet. Evoca o princípio da gestão não discriminatória do tráfego e, ao mesmo tempo, permite exceções razoáveis e serviços especializados por parte dos fornecedores, com algumas salvaguardas. As três exceções são: o cumprimento das obrigações jurídicas; a integridade da rede; e gestão dos congestionamentos em situações excepcionais e temporárias. UNIÃO EUROPEIA. **Internet aberta e neutralidade da rede**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/glossary/open-internet-and-net-neutrality.html>. Acesso em: 15 jun. 2024.

A *net neutrality* se assenta no princípio de que os fornecedores de serviços de Internet (FSI) tratam todo o tráfego em linha de forma equitativa e aberta, sem discriminações, bloqueios, estrangulamentos ou prioridades. A partir da atuação da UE em matéria de neutralidade de rede, medidas similares poderiam ser adotadas por outros países.

A proposta de governança transnacional da Internet não significa, portanto, defender a criação de uma entidade específica, nem mesmo que todo poder de decisão seja transmitido aos Estados de forma individual (até porque a própria característica transnacional da Internet facilmente evidencia que as fronteiras territoriais nunca foram empecilho para seu funcionamento global), ou a seus burocráticos setores públicos. Muito pelo contrário, o que se propõe é a institucionalização multinível de uma governança participativa dos bens comuns, envolvendo a maior pluralidade de atores possíveis, com uma abrangência global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revolução digital, assim como as principais revoluções da história, se apresenta como um importante marco histórico, resultando em uma profunda transformação na sociedade contemporânea. Este fenômeno se refere à rápida evolução e difusão da tecnologia da informação e comunicação, principalmente a Internet e os dispositivos digitais.

Tal avanço tecnológico teve um impacto abrangente em várias esferas da vida, incluindo a economia, a cultura, a política e a vida cotidiana das pessoas, num alcance indistinto e global. Como demonstrou dramaticamente a pandemia, o acesso à rede se tornou indispensável para a participação na vida política e social, para acesso ao direito à educação, ao trabalho, à saúde, à vida privada e familiar. O direito de acesso à Internet, além de tudo, se está consolidando, em tantos ordenamentos internos e no direito internacional, como um autônomo direito humano de nova geração.

A disseminação das redes sociais e plataformas de compartilhamento de conteúdo criou uma cultura de conexão global, ao mesmo tempo em que levantou questões sobre privacidade e segurança online, por exemplo, pugnando por uma atuação concreta da ciência jurídica a respeito do assunto.

No entanto, vários interesses se entrecruzam e envolvem empresas, estados e cidadãos e simplesmente comprovam a necessidade de analisar a Internet como "algo" que pertence à humanidade e, diante das características da essencialidade e insubstituibilidade para a vida individual e coletiva, pode e deve ser incluída como um bem comum da humanidade.

E foi sob esta perspectiva que este estudo apresentou a Internet: como um bem comum da humanidade com características de alcance transnacional, que independe da aceitação de qualquer Estado soberano e demonstra que se trata, além de um dos bens comuns, o acesso à mesma se configura como um direito fundamental o qual deve ser governado de maneira peculiar: urge a emergência de uma nova governança, uma governança transnacional para a Internet, em uma institucionalização multinível de participação, envolvendo a maior pluralidade de atores possíveis, com uma abrangência global. O ambicioso, mas inevitável objetivo a atingir continua a ser aquele indicado há anos por Rodotà: uma "constitucionalização" da Internet, para garantir o seu carácter democrático e para salvaguardar a dignidade da pessoa na rede, contra a interferência de Estados e privados poderes.

Exatamente como no caso da *lex mercatoria*, o direito da Internet (a começar pela gestão de domínios) é atualmente modelado principalmente nas necessidades do mercado, sem legitimação democrática adequada.

Estamos em atraso! O mundo o está na verdade. Esperemos que os Estados finalmente reconheçam tal necessidade o mais breve possível.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto; CAMPOS, Pedro; BRITO, Pedro Quelhas. **O Futuro da Internet: Estado da arte e tendências de evolução**. 1. ed. Lisboa: Centro Atlântico Ltda, 1999. Disponível em: <https://recursos.bertrand.pt/recurso?&id=2951770>. Acesso em: 16 set. 2023.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**. Novos conceitos para uma nova realidade. Zahar: Rio de Janeiro, 2018.

BENKLER, Yochai. Internet Regulation: a Case Study in the Problem of Unilateralism. Oxford: **European Journal of International Law**, v. 11, n. 01, p. 171-185, mar. 2000.

BERMAN, Jerry; DAVIDSON, Alan B. ICANN, Towards Domain name Administration in the Public Interest. Washington: **Center for democracy & technology**, feb. 2001. Disponível em: https://cdt.org/files/testimony/010208davidson.shtml?page=1&issue=78&quicktabs_4=1. Acesso em: 20 jun. 2024.

CAROTTI, Bruno. L'ICANN e la governance di Internet. Roma: **Rivista trimestrale di diritto pubblico**, n. 3, p. 681-721, 2007. Disponível em: https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/lcann_Rtdp_bc.pdf. Acesso em: 26 ago. 2023.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 10. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Zahar: Rio de Janeiro, 2003.

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION. BARLOW, John P. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**, San Francisco, Davos, February 8, 1996. Disponível em: <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Acesso em: 20 jun. 2024.

GOMES, Marcus Vinicius P.; MERCHÁN, Catherine Rojas. Governança transnacional: definições, abordagens e agenda de pesquisa. **RAC**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 84-106, 2016. <https://doi.org/10.1590/1982-7849rac2017150332>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rac/a/yfc6hwtvVdqcxPRhbGMyhXb/?format=pdf&lang=pt>.

HOUTART, François. **De los bienes comunes al 'Bien comum de la humanidad'**. Bruselas: Fundación Rosa Luxemburgo, 2011. Disponível em: https://www.cetri.be/IMG/pdf/From_common_goods_to_the_common_good_of_humanity_ES.pdf. Acesso em: 04 maio 2024.

ICANN. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. Disponível em: <https://www.icann.org/resources/pages/bylaws-2012-02-25-pt>. Acesso em 03 de jun. de 2024.

- ITALIA. **Ministero della Giustizia**. RODOTÀ, Stefano. Progetto PACE - Attività formative per gli ufficiali giudiziari e funzionari UNEP - **Seminario su Data Protection e Civil Enforcement**. Disponível em: https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/pubblicazioni_studi_ricerche_testo_selezionato?contentId=SPS47624. Acesso em: 18 jun. 2024.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 68, n. 2, p. 15-62, jun. 2005. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol68/iss3/2/>. Acesso em: 05 jun. 2024.
- LAGARDE, Paul. Approche critique de la lex mercatoria. In: **Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman**. Paris, Librairies Thechiques, 1982.
- LENZERINI, Federico, Patrimonio comune dell'umanità. **Enciclopedia Treccani**. Diritto online, 2019. Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/patrimonio-comune-dell-umanita-dir-int_. Acesso em: 08 jun. 2024.
- LIETO, Sara. Beni comuni, diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica. **Politica del diritto**, Bologna, v. 15, n. 2, p. 331-350, 2011. Disponível em: <https://www.iris.unina.it/handle/11588/433156?mode=simple>. Acesso em: 10 jun. 2024.
- MARELLA Maria Rosaria (Org). **Oltre il pubblico e il privato**. Per un diritto dei beni comuni. Verona: Ombre Corte, 2012.
- MARTINS, Fernando. Servir a internet ou servimo-nos dela. In: ALVES, José Augusto; CAMPOS, Pedro; BRITO, Pedro Queilhas (Orgs). **O Futuro da Internet: Estado da arte e tendências de evolução**. 1. ed. Lisboa: Centro Atlântico Ltda, 1999.
- MATTEI, Ugo. **Bienes comunes: un manifiesto**. Madrid: Trotta, 2013.
- MUELLER, Milton L. **Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace**. London: Mit, 2002.
- NATIONAL GEOGRAPHIC PORTUGAL. **Internet: Como nasceu a rede que revolucionou as nossas vidas?** Disponível em: https://www.nationalgeographic.pt/historia/internet-como-nasceu-a-rede-que-revolucionou-as-nossas-vidas_3799. Acesso em: 15 jun. 2024.
- ONU. Organização das Nações Unidas. **Comissão mundial sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. Nosso futuro comum, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- ONU Portugal. **Dia Mundial da Internet é celebrado com apostas num futuro imediato**. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/05/1789262>. Acesso em: 18 jun. 2024.
- PAULSSON, Jan, Arbitration in Three Dimensions. **LSE Law**, v. 18, n. 2, p. 01-34, jan. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536093. Acesso em: 18 maio 2024.

PETRELLA, Ricardo. **Los bienes comunes, patrimonio de la Humanidad**. Disponível em: <http://archivosagenda.org/es/los-bienes-comunes-patrimonio-de-la-humanidad>. Acesso em: 20 jun. 2024.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo M. Manifestações do Direito Transnacional e da Transnacionalidade. In: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio; BALDAN, Guilherme Ribeiro. (Org.). **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. 1ed. Porto Velho: EMERON, 2018, v. 1.

PIFFER, Carla; TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. A ciência jurídica frente à sustentabilidade tecnológica e à inteligência artificial. In: Silveira, Alessandra; ABREU, Joana Rita Sousa Covelo; COELHO, Larissa Araújo (Orgs.). **Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável**. Braga: Uminho, 2020. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/66584/3/Sustentabilidade%20Tecnologica_Edicao%20Comemorativa%20MDUE.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024.

RODOTÀ, Stefano. **Il mondo nella rete**. Quali i diritti, quali i Vincoli. Roma: Laterza, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbara. O avanço da disrupção nos tribunais brasileiros. In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro. (Orgs.) **Inteligência artificial e direito processual**. Os impactos da virada tecnológica no direito processual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/5b6cc3c3e70697ebedd13f29dde07ef6.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2024.

RUOTOLO, Gianpaolo M. The Impact of the Internet on International Law: Nomos without Earth? **Informatica e diritto**, Firenze, v. 12, n. 01, 2014, p. 7-23.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **La nuova era digitale: la sfida del futuro per cittadini, imprese e nazioni**. Milano: Rizzoli Etas, 2013.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SCHWAB, Klaus. **Aplicando a quarta revolução industrial**. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2018.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

TECHTUDO. **Internet completa 44 anos; relembre a história da web. 2013**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2013/04/internet-completa-44-anos-relembre-historia-da-web.html>. Acesso em: 15 jun. 2024.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-32, jan./abr. 2003.

TEUBNER, Gunther. Constitutionalising Polycontextuality. 20 **Social and Legal Studies**, Los Angeles, v. 19, n. 2, p. 1-25, 2010. Disponível em: https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852930/Generic_42852930.pdf. Acesso: 17 abr. 2024.

TRECCANI. MARELLA, Maria Rosaria. **I beni comuni**. Disponível em: https://www.treccani.it/enciclopedia/i-beni-comuni_%28II-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/. Acesso em: 20 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia, comunicação de 11 de dezembro, **COM(2019) 640 final**. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2020-0041_PT.html. Acesso em: 30 jun. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. **Internet aberta e neutralidade da rede**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/glossary/open-internet-and-net-neutrality.html>. Acesso em: 15 jun. 2024.

VEZZANI, Simone. Le risorse fitogenetiche per l'alimentazione e l'agricoltura nel dibattito sui global commons. **Rivista critica del diritto privato**, Napoli, v. 19, n. 3, p. 433-464, 2013.

VEZZANI, Simone. ICANN's New Generic Top-Level Domain Names Dispute Resolution Procedure Viewed Against the Protection of the Public Interest of the Internet Community: Litigation Regarding Health-Related Strings. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Washington, v. 13, n. 3, p. 306-346, nov. 2014.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: luta por futuro humano na nova fronteira de poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: MUITO ALÉM DE PEQUENAS CAUSAS¹

Gilson Jacobsen²
Zenildo Bodnar³
Daniele Porena⁴

RESUMO

O objetivo científico do presente artigo é investigar o funcionamento dos Juizados Especiais Federais no Brasil e, eventualmente, sugerir-lhes melhores caminhos ante os desafios e as possibilidades surgidas em um mundo globalizado e em uma sociedade de risco, que ainda convive com a pobreza, por um lado, mas que conta com novas tecnologias e com as possibilidades ensejadas pela gestão, por outro.

Palavras-chave: Juizados Especiais Federais. Globalização. Processo eletrônico. Gestão.

INTRODUÇÃO

Já se passaram mais de duas décadas desde que entrou em vigor a lei que instituiu os Juizados Especiais Federais no Brasil (Lei 10.259/2001), e o que se sabe e facilmente se percebe é que a grande maioria de seus usuários é constituída por pessoas de baixa renda, educação limitada e faixa etária elevada. E foi partindo dessa realidade e tendo detectado atrasos no andamento processual de alguns feitos que tramitam nesses juizados especiais que o Conselho da Justiça Federal aprovou e o Superior Tribunal de Justiça encaminhou ao Legislativo, em meados de 2013, anteprojeto de lei que, ali, tornou-se o PL 5826/2013, o qual, dentre outras propostas de alteração na Lei 10.259/2001, pretende a extinção das Turmas Regionais de Uniformização, previstas atualmente no artigo 14 dessa lei.

Seria muito oportuno que, antes de qualquer mudança mais radical na lei, se investigassem as reais razões pelas quais há juizados especiais e turmas que funcionam bem e celeremente, enquanto outros apresentam problemas e atrasos.

¹ Artigo baseado na Monografia de Qualificação da Tese de Doutorado de Gilson Jacobsen – Programa de Dupla Titulação pela Universidade do Vale do Itajaí, Brasil – UNIVALI, com orientação de Zenildo Bodnar, e pela Università degli Studi di Perugia, Itália – UNIPG, com coorientação de Daniele Porena. Já publicado na revista científica **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 19, n. 4, p. 1125–1158, 2014. DOI: 10.14210/nej.v19n4.p1125-1158.

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Doutor em Direito Público pela *Università Degli Studi di Perugia - UNIPG*, Professor junto aos cursos de Mestrado e Doutorado do PPCJ da UNIVALI, Juiz Federal. E-mail: giljacobsen@gmail.com

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da UNIVALI, Registrador de Imóveis. E-mail: zenildo@univali.br

⁴ Doutor em Teoria do Estado. Professor da Università Degli Studi di Perugia, Itália - UNIPG. E-mail: danieleporena@hotmail.com.

Este estudo tem a pretensão de lançar um olhar condoreiro e, em certa medida, interdisciplinar e mais sociológico sobre alguns importantes aspectos que cercam os juizados nestes tempos de escala gigantesca e enorme complexidade⁵, em que a realidade emergente é radicalmente nova e intrinsecamente surpreendente⁶.

JUDICIÁRIO E ACESSO À JUSTIÇA

Ao discorrer sobre a crise do Poder Judiciário no Brasil, Faria⁷ pondera que o Judiciário está cada vez mais sob intenso fogo cruzado, e é visto e tratado como o mais anacrônico dos Poderes da República, já que imprensa e opinião pública o veem como moroso e inepto para prestar um serviço público essencial. Há quem chegue mesmo a fazer indagações sobre o futuro da instituição diante de um contexto repleto de desigualdades sociais e culturais.

A própria globalização econômica estaria a pôr em xeque as funções judiciárias, na medida em que gera formas de poder e de influência novas e autônomas que ameaçam a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas e judiciais de um Estado que, tradicionalmente, sempre foi assentado na divisão e no equilíbrio dos poderes, nos princípios da soberania e da territorialidade, na distinção entre o público e o privado, e, bem assim, entre interesse individual e coletivo. Tudo sob o pálio do direito positivo, que sempre pretendeu ser um sistema lógico-formal de normas abstratas, claras e precisas. Mas o que se revela diante de um novo cenário globalizado é um poder inserto em um Estado-Nação que vai perdendo sua autonomia decisória, e um ordenamento comprometido em sua unidade e ameaçado, por isso mesmo, em sua capacidade de programar comportamentos, escolhas e decisões⁸.

Seja como for, ainda segundo Faria⁹, o Poder Judiciário não necessariamente sairá de cena, apesar de que pode vir a perder seu monopólio adjudicatório em algumas áreas e matérias. Na realidade, seu futuro depende do modo como irá se comportar diante: a) da exclusão social muitas vezes gerada pela globalização; b) da sua crescente presença no centro de discussões políticas, tendo que assumir cada vez mais o papel de gestor de conflitos e tendo, por isso mesmo, cada vez mais dificuldades para decidir; c) das exigências socioeconômicas de eficiência e previsão de seus tribunais; e d) das expectativas geradas com a criação e a instalação dos juizados especiais, estaduais e federais, que surgiram justamente para “viabilizar o acesso de contingentes expressivos da população aos tribunais”¹⁰.

⁵ WAAL, Frans de. **A era da empatia**: lições da natureza pra uma sociedade mais gentil. Tradução de Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 45.

⁶ LASZLO, Ervin. **Um salto quântico no cérebro global**: como o novo paradigma científico pode mudar a nós e o nosso mundo. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 11.

⁷ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenador). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 15-16.

⁸ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 33.

⁹ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 40-42.

¹⁰ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 43.

Importa recordar que o sistema de justiça brasileiro já havia sofrido uma importante mudança na década de 80, sobretudo no âmbito das instituições, com o surgimento dos Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244/1984), concebidos pelo Executivo (Ministério da Desburocratização) como uma nova arena para mediação de conflitos¹¹ e no afã de dar vazão à *litigiosidade contida*, já que muitos conflitos sociais não encontravam no Judiciário respostas eficazes, ou simplesmente sequer chegavam ao Judiciário¹².

Importante referir, também, que o surgimento dos juizados está inserido no movimento internacional de acesso à justiça, fazendo parte da terceira “onda” a que se referem Cappelletti e Garth¹³. A primeira onda esteve relacionada à assistência judiciária para os pobres; a segunda, à representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; a terceira, com o “enfoque de acesso à justiça”.

Os juizados de pequenas causas brasileiros, porém, nunca conseguiriam superar as barreiras de uma complexa fase processual de execução, e por isso mesmo nunca chegaram a representar uma via realmente ágil para solver os graves problemas de acesso à justiça, sobretudo para as camadas mais desfavorecidas da população. Continuava-se com uma imensa e urgente necessidade de mudança, que também dizia respeito à necessidade de uma maior justiça social¹⁴.

Vale aqui recordar da precisa síntese de Cléve¹⁵, relativa ao acesso à justiça: “Não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa”.

A PROMESSA CONSTITUCIONAL E OS JUIZADOS ESPECIAIS

Os juizados especiais, nascidos daqueles juizados de pequenas causas, também representam a busca de uma resposta a um sistema de justiça fechado e de difícil acesso¹⁶.

¹¹ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fnp3.braintemp.com.br%2Fupload%2Fihb%2Farquivo%2FMar%2520Tereza%2520Sadek.doc&ei=endiU8v9C6-t8gHx7YGYCA&usg=AFQjCNFKZ4IO5thFFRAs9hqUtgviVC60w>>. Acesso em: 24 ago. 2012, p. 2.

¹² CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologías, sociedad**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 72.

¹⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista dos Tribunais**, v. 691, mai. 1993, p. 40.

¹⁶ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 3.

Trata-se de forma singular e nova de garantia de direitos e solução de conflitos, sob lógica e princípios distintos dos verificados perante a justiça tradicional. É que, a rigor, a matriz dos juizados é a conciliação e não a sentença; a composição e não a estrutura adversarial¹⁷.

A Constituição de 1988, no seu artigo 98, inciso I, determinou a criação dos juizados especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, prevendo, ainda, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. E isso se deu, quase sete anos depois, com a entrada em vigor da Lei 9.099/1995.

Os juizados especiais se apresentam, assim, como a solução para resolver as grandes questões do acesso à justiça, com um procedimento célere, informal e gratuito, “assegurando às partes, em tese, a equivalência de armas e a paridade processual, municiando o juiz de poderes especiais para decidir com equidade e com justiça efetiva”¹⁸.

Na prática, porém, os juizados especiais têm encontrado inúmeras dificuldades, desde suas condições materiais até aquelas relacionadas à filosofia e à mentalidade que devem cercá-los. Em muitos lugares, seu índice de congestionamento é expressivo¹⁹.

Na órbita federal, a Emenda Constitucional 22/1999 passou a prever a criação dos Juizados Especiais Federais, doravante aqui também chamados de JEFs; e, em 2001, por meio da Lei 10.259, foram eles organizados nas áreas cível e criminal.

Cumprir distinguir, então, quais os tipos de juizados especiais que existem no Brasil atualmente.

AS DIFERENTES ESPÉCIES DE JUIZADOS ESPECIAIS

Além dessas duas modalidades de juizados especiais – estaduais e federais –, e graças ao bom desempenho dos JEFs, que necessariamente têm no polo passivo de suas demandas um ente federal, buscou-se repetir semelhante experiência nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios. E, por meio da Lei 12.153/2009, que entrou em vigor em 23 de junho de 2010, foram instituídos os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, com a regulamentação do seu procedimento, devendo ser considerado que, atualmente, não existem Territórios no Brasil²⁰.

Em suma, existem em vigor quatro leis distintas que regem o rito processual dos juizados especiais: a Lei 9.099/1995, dos Juizados Especiais Federais da Justiça Estadual; a Lei 10.259/2001, dos Juizados Especiais da Justiça Federal; a Lei 12.153/2009, dos Juizados Especiais

¹⁷ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 6.

¹⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

¹⁹ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 8-11.

²⁰ CARDOSO, Oscar Valente. **Juizados especiais da fazenda pública**: (comentários à Lei n. 12.153/2009), São Paulo: Dialética, 2010, p 12.

da Fazenda Pública nos Estados, no Distrito Federal (nos Territórios) e nos Municípios; e o Código de Processo Civil, que incide subsidiariamente sobre todas as leis antes citadas²¹.

Nesse ponto, porém, é preciso ter cautela. Não basta dizer-se que o CPC se aplica subsidiariamente aos JEFs, por exemplo, pura e simplesmente. Os juizados especiais “claramente almejam emancipação em face do processo civil tradicional”²².

É evidente que, para solver uma questão processual no âmbito dos juizados, pode o intérprete se valer dos conceitos e dos institutos processuais civis albergados no CPC. Até mesmo porque as leis que regem os juizados “não preveem todas as situações concretas possíveis de ocorrer no âmbito de sua competência”²³. Não se pode, porém, a esse pretexto, é desconsiderar os princípios informadores dos juizados especiais (celeridade, economia processual, oralidade, informalidade e simplicidade).

Então, viável é a incidência suplementar do CPC aos juizados especiais naquilo que não conflitar com a promessa constitucional e com os princípios que regem os juizados. Se houver conflito, não há que se aplicar o CPC subsidiariamente.

Cumpra agora fazer uma análise mais detida da realidade dos JEFs propriamente ditos.

OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS - JEFS

Alguns dados extraídos da pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em conjunto com o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), durante os anos de 2011 e 2012, e que vieram a público no ano de 2013, com objetivo de produzir informações sobre alguns aspectos do funcionamento dos JEFs, especialmente aqueles que incidem sobre a promoção do acesso à justiça, são muito importantes e reveladores das virtudes e de algumas mazelas ainda vividas por esses órgãos jurisdicionais distribuídos pelo imenso território brasileiro.

O relatório principia por lembrar que a implantação dos JEFs repercutiu instantaneamente na Justiça Federal, com grande afluxo de novas ações a esses órgãos, atendendo a uma demanda reprimida por direitos que até então escapavam ao abrigo do Judiciário. Apenas entre o primeiro e o segundo ano de funcionamento dos JEFs - 2002 e 2003 -, a distribuição cresceu mais de 2,6 vezes, passando-se de cerca de 350 mil processos distribuídos para aproximadamente 917 mil. Já no terceiro ano de funcionamento, 2004, atingiu-se o pico de demanda, com a marca de pouco mais de 1,5 milhão de processos. “A procura pelos juizados especiais federais sofreu um pequeno refluxo a partir de 2006, estabilizando-se, desde então, na casa de 1,2 milhão processos distribuídos anualmente”²⁴.

²¹ CARDOSO, Oscar Valente. **Juizados especiais da fazenda pública**: (comentários à Lei n. 12.153/2009), p. 12.

²² CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coordenadores). **Juizados especiais federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198.

²³ MANGONE, Kátia Aparecida. Análise da aplicação do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Federais Cíveis. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coordenadores). **Juizados especiais federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012, p. 148.

²⁴ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, pp. 12-13.

Ademais, a relevância dos JEFs para o sistema de justiça brasileiro reflete-se na comparação entre o volume de processos distribuídos nos juizados com aquele das varas comuns da Justiça Federal. No período 2002-2011 podem ser verificados dois importantes movimentos: nos anos iniciais o crescimento vertiginoso da demanda pelos JEFs, que chegou em 2005 a suplantar em quase 50% a procura pelas varas comuns; após 2008, passou a haver uma “crescente aproximação do quantitativo de processos distribuídos em ambos os órgãos, com ápice em 2011, indicando tendência de equilíbrio na distribuição da demanda entre as duas “portas de entrada” da Justiça Federal”²⁵.

Contudo, o relatório da pesquisa também revela e alerta que, a esse alto número de processos distribuídos nos JEFs, têm correspondido taxas de congestionamento também altas, com o risco de que esses juizados venham a perder suas características essenciais, notadamente a celeridade²⁶.

De muito relevante para os propósitos do presente estudo é a constatação extraída pela observação direta do comportamento dos autores por parte dos pesquisadores, bem como das entrevistas com eles realizadas, de que se tratam “majoritariamente de pessoas de baixa renda, com escolaridade precária, que não possuem as informações necessárias sobre seus direitos ou sobre o funcionamento do procedimento judicial”²⁷. O relatório chega a concluir, aliás, que as pessoas “são mal instruídas (nos casos em que têm representante legal constituído) e não protagonistas de ‘seu’ processo”²⁸.

O tempo médio de tramitação de um processo nos JEFs, segundo a pesquisa, é de um ano, oito meses e quinze dias, ou 624 dias, desde o protocolo da petição inicial até o arquivamento do processo com a baixa dos autos. Mas isso depende da região da Justiça Federal em que se encontram os juizados. Assim, a 2ª, a 4ª e a 5ª regiões mostram desempenho significativamente melhor do que a 1ª Região: “em média, o tempo de tramitação dos processos naquelas três regiões é aproximadamente 300 dias mais breve do que na 1ª Região”²⁹.

Além disso, quando ficam restritos aos juizados, ou seja, quando não são remetidos às turmas recursais pelo recurso próprio, os processos demoram, em média, 480 dias a menos³⁰.

No que diz respeito aos recursos, aliás, embora haja muito volume de trabalho nas Turmas Recursais, “o efetivo uso de recursos pelas partes não é alto, sendo as ações, em regra, resolvidas em primeiro grau”³¹. Assim, a interposição de recurso inominado ocorre em um

²⁵ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 13.

²⁶ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 15-16.

²⁷ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 97-98.

²⁸ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 98.

²⁹ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 112.

³⁰ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 116.

³¹ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 151.

quarto dos casos (24,9%), “sendo que em apenas 1% há recurso à Turma Regional de Uniformização e em 2% dos casos à Turma Nacional de Uniformização”³².

Mas o que se extrai da pesquisa com maior veemência é a certeza de que a lei, por si só, não é o bastante para garantir aos JEFs celeridade e eficiência. É necessário haver gestão, já que “os juizados especiais foram também uma aposta na reforma do funcionamento da Justiça, que impactaria o modelo de gestão tradicionalmente adotado”³³. Ademais, não há que se duvidar que a informatização e a virtualização da Justiça, acompanhadas de gestão, contribuem não apenas com a garantia da celeridade do processo, mas também com a redução de custos e melhorias para a qualidade do ambiente de trabalho³⁴. Aliás, para a qualidade de todo o meio ambiente.

A seguir serão feitas algumas considerações em torno do procedimento que rege os JEFs, incluídas aí algumas ponderações sobre sua fase recursal.

O PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO E A COMPLEXA FASE RECURSAL DOS JEFs

Os JEFs têm competência absoluta, não cabendo ao autor a opção pelo procedimento, como ocorre na Justiça Estadual. Além disso, a competência dos juizados federais abarca causas com valor de até 60 salários mínimos, ultrapassando o limite de 40 salários mínimos que afeta os juizados estaduais e independentemente da complexidade da causa. Em relação à defesa técnica, a presença do advogado é dispensada nos JEFs em primeira instância, independentemente do valor da causa. Quanto aos recursos, não há reexame necessário ou recurso de ofício, mesmo tendo o poder público como uma das partes. Tampouco há prazos especiais para a Fazenda Pública. Finalmente, em relação à execução, a lei prevê que se dará diretamente e sem a necessidade de constituírem-se precatórios, o que sempre foi uma das causas de morosidade nos juízos comuns³⁵.

Algumas especificidades decorrentes da Lei 10.259/2001, que deve ser lida e aplicada de forma conjugada com a Lei 9.099/1995 (artigo 1º da Lei 10.259/2001), dão contornos bem próprios ao dia a dia dos JEFs. Por exemplo, a lei preceitua que nos juizados especiais as sentenças serão líquidas (artigo 38, par. único, da Lei 9.099/1995), ou seja, cada sentença de procedência já deverá indicar em quantos reais, exatamente, a parte autora é credora da parte ré, o que pressupõe um *setor de cálculo* muito atuante e bem preparado, de preferência dentro da própria estrutura de cada JEF, a fim de interagir com os outros setores e dar vazão a uma grande quantidade de serviço com o mínimo de erro. Esse, aliás, é um dos pontos culminantes do grande sucesso de alguns JEFs e da derrocada de outros.

Uma das ameaças aos JEFs situa-se no gargalo que se cria quando há recurso, como se viu em tópico anterior. Contudo, sua legislação de regência, que deveria ter buscado reduzir drasticamente as instâncias recursais, agravou a situação ainda mais, criando, como instâncias

³² IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 152.

³³ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 153.

³⁴ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p.160.

³⁵ CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, p. 60.

revisoras e/ou uniformizadoras das decisões dos juizados, Turmas Recursais, Turmas Regionais de Uniformização e uma Turma Nacional de Uniformização, sem necessariamente se escapar das instâncias especial (STJ) e extraordinária (STF).

É que a lei dos JEFs tem uma extrema – poder-se-ia falar até em exagerada – preocupação com a revisão e a uniformidade das decisões; mas, na busca dessa uniformidade, acaba por colocar em risco um pilar fundamental dos JEFs, que é justamente a celeridade, em completa desconsideração, ademais, à nova garantia fundamental da duração razoável do processo, que merecerá, mais adiante, uma análise mais aprofundada.

Nem por isso se podem debitar todos os problemas e contratempos dos JEFs ao seu intrincado e pouco racional sistema recursal. E, se a intenção é evitar a demora em se pôr fim aos litígios, talvez não baste pura e simplesmente suprimir uma instância intermediária, composta pelas atuais Turmas Regionais de Uniformização, como pretende o PL 5.826/2013, e concentrar a função uniformizadora de todas as Turmas Recursais em uma única Turma Nacional de Uniformização.

Moniz de Aragão³⁶ entende que o combate à lentidão processual não se faz com supressão de vias recursais, “mas com a aceleração generalizada da marcha da máquina judiciária”³⁷.

Por isso que, a rigor, não podem os recursos, tão somente, serem considerados os culpados por eventual morosidade do Judiciário. Até mesmo porque, ainda segundo Moniz de Aragão³⁸, “sempre houve, há e haverá juízes com o serviço em dia, em atraso e muito atrasados. Por quê? Eis a pergunta que ninguém se interessa em responder. Fácil, muito mais fácil é atribuir a culpa aos litigantes e ao número de recursos, [...]”.

Perdura o mais grave problema do processo civil, qual seja o volume crescente de litígios a afligir todos os países. No Brasil, um paliativo que vem sendo adotado com frequência é a mudança da legislação, mas sem prévio e detido diagnóstico do que deve mesmo ser corrigido, o que costuma ser ineficaz. Na realidade, importa “alterar rumos e estruturas, simplificar procedimentos, corrigir abusos e distorções, adotar técnicas modernas, incluídas as de administração, máxime quanto a pessoal, incrementar soluções alternativas de disputas, tudo, porém, sabendo não existir receita milagrosa a prescrever”³⁹.

É de simplicidade e de celeridade, aliás, que se tratará no tópico seguinte, em contraponto com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

SIMPLICIDADE E CELERIDADE VS. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

³⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coordenador). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 190.

³⁷ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? p. 191.

³⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? p. 203.

³⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? p. 203-204.

A rapidez é a essência dos juizados. Os princípios da simplicidade e da celeridade não foram colocados no artigo 2º da Lei nº 9.099/1995 como promessa vã do legislador. Desconsiderá-los corresponde a comprometer seriamente o funcionamento de qualquer juizado e a própria credibilidade depositada nessa importante e revolucionária nova face da Justiça brasileira.

A duração excessiva do processo, como há muito já exortava Cappelletti⁴⁰, é um fenômeno que causa fatores de desigualdade e que não deve ser considerado somente desde um ponto de vista de eficiência ou ineficiência funcional e organizativa; mas representa também uma fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico.

É que não basta a prestação jurisdicional ser eficaz. Segundo Zavascki⁴¹, “impõe-se que seja também expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável e sem dilações indevidas”.

Mas se o escopo principal do processo é, como se propala, a pacificação social, já não é chegada a hora de, em certa medida e sob certas condições, começar a pensar-se em privilegiar a celeridade processual em detrimento de algumas garantias? Será que isso é possível e aceitável em um Estado Constitucional? Ou existem outras alternativas?

A resposta a esses questionamentos não é simples e envolve algumas graves reflexões. Vejamos.

A lentidão do processo beneficia, normalmente (há exceções), a parte mais forte (rica), que pode esperar muitos anos pela decisão. E sempre beneficia o réu que não tem razão⁴². Aliás, Portanova⁴³ obtempera que “nem sempre todas as partes estão interessadas no rápido andamento do feito. Não raro uma parte quer celeridade na solução do litígio e outra quer demora”.

Não é tarefa fácil precisar o que seja prazo razoável para o julgamento de um processo. Até porque nem sempre a questão trazida a juízo se encerra propriamente com o julgamento da causa. Também porque cada demanda tem seu tempo e, por isso, fatores internos e externos de cada processo devem ser ponderados⁴⁴.

A tutela jurisdicional é tempestiva, segundo lição de Gajardoni⁴⁵, “quando os prazos legalmente prefixados para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologías, sociedad**, p. 133.

⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. **Revista da Esmesc** – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, v. 6. p. 49-58, maio/1999, p. 52.

⁴² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 47.

⁴³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 26.

⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, p. 58.

⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, p. 60.

circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional”.

A razoabilidade da duração do processo afere-se mediante critérios objetivos, devendo ser observada em cada caso concreto. Crises passageiras do aparato judiciário podem justificar eventual duração exagerada do processo; mas não sua crise estrutural e duradoura⁴⁶.

E o direito fundamental à efetividade do processo, também chamado de direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, “compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”⁴⁷.

Em relação ao dilema entre celeridade e segurança, o desafio é buscar conciliar uma justiça mais rápida com a sempre esperada segurança das decisões. Trata-se mesmo do grande desafio do processo contemporâneo esse de equacionar tempo e segurança, de forma a se respeitar o devido processo legal⁴⁸.

E a noção do processo como procedimento em contraditório⁴⁹ entre as partes suplanta a concepção de processo como relação jurídica, de modo que o contraditório deve ser entendido como oportunidade de participação paritária⁵⁰.

No fundo, esse contraditório atual do qual se está a tratar é uma projeção do primado da dignidade humana e pressupõe, por isso mesmo, que se estabeleça uma relação dialógica (humana portanto) entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo; um intercâmbio de ideias, em que todos possam falar, ouvir e dizer, “para que todos possam ser influenciados reciprocamente”. Por isso também é necessário um novo juiz, pelo menos uma nova postura do juiz.⁵¹ Juiz que “tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, *mas fundamentalmente a ele também se submeter*”⁵².

É que na realidade o juiz, como sujeito do processo, é terceiro imparcial, equidistante das partes, e deve sempre respeitar o direito destas ao contraditório, o que também implica

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, 10. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 320-321.

⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações, p. 52.

⁴⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, p. 41.

⁴⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 94.

⁵⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 452-453.

⁵¹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, p. 465.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 648.

não serem surpreendidas com decisões inesperadas ou fundamentadas em premissas que não puderam, antes, conhecer⁵³.

Mas é importante perceber que a condição legitimante da jurisdição, antes ligada às ideias de poder e de autoridade, vai gradualmente mudando para outro paradigma, “qual seja o da efetiva aptidão e idoneidade de uma dada instância, órgão ou agência, no setor público ou privado, para prevenir ou dirimir conflitos de modo justo e num tempo razoável”⁵⁴. Eis um grande desafio a ser enfrentado pelos JEFs, sob pena de perder sua legitimidade.

Para se compreender esse processo de mudança de paradigma em quase todos os setores, e prorrogando um pouco eventuais respostas àqueles questionamentos formulados há pouco, o próximo item principiará por tratar de sociedade de risco e de pobreza. E o item subsequente a esse tratará de globalização, tema afim. Vejamos.

SOCIEDADE DE RISCO, POBREZA E JEFs

Contemporaneamente, sabe-se e percebe-se que é incompleto qualquer esforço de tomar o direito por seu viés exclusivamente interno, isto é, de modo a desconsiderar os aspectos sociais, políticos, psicológicos, organizacionais, dentre outros, que o circundam⁵⁵.

E ninguém mais pode desconsiderar, na dinâmica das transformações sociais e políticas deste primeiro quarto do século XXI, que se vive mesmo em uma sociedade de risco, com a acumulação e a esmagadora presença de riscos de toda ordem - ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais⁵⁶.

Daí que, conforme alerta de Schwenck⁵⁷, os operadores jurídicos devem se preparar para a solução dos novos problemas, que serão cada vez mais constantes e aflitivos.

Ademais, segundo Bobbio⁵⁸, frente à transformação cada vez mais rápida do mundo, fruto de um progresso técnico vertiginoso e irrefreável, o desafio já não é “tanto resolver os novos problemas - sutis e cada vez mais específicos - mas, antes de tudo, entendê-los”.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, p. 227.

⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, **Revista dos Tribunais**, vol. 926, dez. 2012, p. 148.

⁵⁵ ARAÚJO, Gisele Silva. Função social do direito. In: FERREIRA, Lier Pires *et alli* (Organizadores). **Curso de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 151-152.

⁵⁶ BUENO, Arthur. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 361.

⁵⁷ SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 06, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2566>>. Acesso em 07 nov. 2008.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. Da democracia - para uma certa ideia da Itália. Tradução de Anna Bracchiolla Cabreira. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (Organizador). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 116-117.

Isto porque se vive num mundo de transformações, que acabam afetando quase todos os aspectos do que se faz. Para bem ou para mal, está-se sendo impelido a uma ordem global que ninguém compreende plenamente, mas cujos efeitos se fazem sentir sobre todos⁵⁹.

Para Lipovetsky e Juvin⁶⁰, parece que o mundo, o nosso mundo, acabou. Afinal, vive-se o que se tem chamado de *cultura-mundo*, que dirige desejos infinitos até um mundo finito, no qual parece impossível que todos disponham de meios para satisfazer todos os seus desejos segundo modelos californianos.

Ocorre que, segundo as lições de economia ecológica de Daly e Farley⁶¹, o consumo das pessoas não é um fim em si mesmo, mas um meio, tão somente, para se conseguir o fim de melhorar o bem-estar humano. E a psicologia social sabe, há muito, que o sentido de bem-estar das pessoas é determinado em parte pelo seu sentido de relativa abundância ou privação. Isso explica por que se está sempre numa corrida infinita de riqueza e consumo. porém, essa corrida reduz cada vez mais nossa capacidade para resolver as nossas outras necessidades humanas.

Mas quais são nossas necessidades? As necessidades absolutas são as relativas à sobrevivência e estão biologicamente determinadas. Aproximadamente 1,2 bilhões de pessoas, em termos globais, e 28 por cento da população do Terceiro Mundo vivem em pobreza extrema e têm dificuldade de satisfazer até mesmo essas necessidades absolutas. E ainda haveria aquelas necessidades que são satisfeitas também em relação ao grupo social e ao ambiente⁶².

De todo modo, são enormes as evidências de que “os atuais níveis de consumo não poderão ser satisfeitos de maneira sustentável apenas com recursos renováveis e que, portanto, temos que limitar o consumo se não quisermos ameaçar o bem-estar das gerações futuras”⁶³.

A sociedade de consumo, que consome gente segundo Galeano⁶⁴, obriga as pessoas a consumir, enquanto a televisão dá cursos de violência a letrados e analfabetos. A tal ponto que caminhar pelas ruas das grandes cidades latino-americanas está se convertendo em uma atividade de alto risco. Ficar em casa, também. Já se fala na cidade como prisão, pois em muitas de nossas cidades quem não está preso por obrigação, está preso de medo.

⁵⁹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Editora Record, 2003, p. 17.

⁶⁰ LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado**: un debate sobre la cultura planetaria. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011, p. 154.

⁶¹ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: principios e aplicaciones. Tradução de Alexandra Nogueira, Gonçalo Couceiro Feio e Humberto Nuno Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 290-291.

⁶² DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: principios e aplicaciones, 291-297.

⁶³ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: principios e aplicaciones, p. 298.

⁶⁴ GALEANO, Eduardo. **Úselo e tírelo**: el mundo visto desde una ecología latinoamericana. Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta, 2004, p. 130-131.

Ainda conforme Galeano⁶⁵, o sistema fabrica pobres e lhes declara guerra. E o que sucede é que muitas vezes a injustiça social se reduz a um assunto de polícia.

O que se evidencia mesmo é que, em um mundo unificado pelo dinheiro, a modernização expulsa muito mais gente do que integra⁶⁶.

Nas raízes do fenômeno, que são sociais, está uma combinação de filosofia de vida consumista e oportunidades cada vez mais restritas aos pobres⁶⁷, que, na realidade, sofrem um duplo estigma: desimportância e falta de mérito⁶⁸.

Por tudo isso, há que se compreender o tema da desigualdade para além da questão equivocadamente limitada da renda per capita. Isso porque a noção de desigualdade vai além; situa-se na relação que existe entre pobreza e vulnerabilidade social, corrupção, acumulação de perigos, bem como humilhação e negação de dignidade⁶⁹.

De fato, há evidência de que a desigualdade na distribuição do rendimento – e aqui não se está a falar apenas em pobreza absoluta – tem uma relação direta com maiores taxas de mortalidade e morbidade. É dizer, os relativamente pobres têm maior incidência de mortes e doenças do que os relativamente ricos. E esse estresse causado por um menor controle sobre as circunstâncias da vida gera um maior risco, p.ex., de perda do emprego, além de um nível inferior de posição social e respeito, com maior incidência de situações vivenciadas de desrespeito e de vergonha, e isso, não raro, descamba para raiva e violência⁷⁰.

E é nesse contexto que velhos problemas como *pobreza* e *miséria* se situam e se renovam. Não como mero pano de fundo para atores que procuram os JEFs, mas como coadjuvantes mesmas daqueles (Outros) que quase nada têm, e que vivem em perene risco e em busca de reconhecimento, tanto no que toca ao direito em si, quanto no que diz respeito à solidariedade (eticidade)⁷¹.

⁶⁵ GALEANO, Eduardo. **Úselo e tírelo**: el mundo visto desde una ecología latinoamericana, p. 151-156.

⁶⁶ GALEANO, Eduardo. **Úselo e tírelo**: el mundo visto desde una ecología latinoamericana, p. 176.

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais uma era global. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 11.

⁶⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais uma era global, p. 15.

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais uma era global, p. 31.

⁷⁰ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: princípios e aplicações, p. 327.

⁷¹ “Segundo Honneth, para cada forma de reconhecimento (amor, direito e solidariedade) há uma autorrelação prática do sujeito (autoconfiança nas relações amorosas e de amizade, autorrespeito nas relações jurídicas e autoestima na comunidade social de valores). A ruptura dessas autorrelações pelo desrespeito gera as lutas sociais. Portanto, quando não há um reconhecimento ou quando esse é falso, ocorre uma luta em que os indivíduos não reconhecidos almejam as relações intersubjetivas do reconhecimento. Toda luta por reconhecimento inicia por meio da experiência de desrespeito. O desrespeito ao amor são os maus-tratos e a violação, que ameaçam a integridade física e psíquica; o desrespeito ao direito são a privação de direitos e a exclusão, pois isso atinge a integridade social do indivíduo como membro de uma comunidade político-jurídica; o desrespeito à solidariedade são as degradações e as ofensas, que afetam os sentimentos de honra e dignidade do indivíduo como membro de uma comunidade cultural de valores.” [SALVADORI, Mateus. **HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. Conjectura, Caxias do Sul, v. 16, n. 1, jan./abr. 2011, p.191].

Daí a imensa importância dos juizados especiais, quer estaduais quer federais, do ponto de vista do acesso à justiça e da concretização de direitos, em um país como o Brasil, que ainda convive com elevados índices de pobreza e de riscos de toda ordem.

E uma compreensão mais ampla dessa realidade deve passar por uma análise, ainda que breve, do fenômeno multifacetado da globalização. Até mesmo porque a pobreza, com a humilhação e a falta de perspectivas, é uma dedicada companheira de viagem, que, segundo Bauman⁷², persiste não apenas em países onde pobreza, miséria e desnutrição são de há muito conhecidas, mas está tornando a visitar terras das quais parecia ter sido expulsa e banida.

GLOBALIZAÇÃO E JEFS

Quando se trata da atual globalização, está-se na realidade a tratar de gigantescas alterações operadas no campo tecnológico, com formação de redes universais de interesses econômico-financeiros, e que tornaram possíveis, de um lado, por exemplo, progressos surpreendentes da informática e da cibernética. De fato, a era da informação que se está vivendo se processa independentemente da soberania dos Estados nacionais e para além dos organismos transnacionais como União Europeia ou MERCOSUL⁷³.

De outro lado, é preciso que se tenha a percepção de que crescem, com a economia global, os abusos perpetrados pelo capitalismo internacional, notadamente em operações puramente especulativas. E, de certa forma, essa globalização da qual se trata não seria outra coisa senão um novo nome do imperialismo⁷⁴.

A globalização econômica também acaba pondo em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas e judiciais do Estado moderno, baseadas, até então, nos princípios da soberania e da territorialidade, sob o primado do equilíbrio entre os poderes, da distinção entre público e privado, entre o interesse individual e o coletivo. Enfim, a própria "concepção do direito positivo como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas"⁷⁵.

Conforme lição de Severo Rocha⁷⁶, a teoria jurídica da modernidade, toda ela, é ligada à noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu em uma dinâmica que se chama normativismo. E mesmo em uma sociedade globalizada, o que ainda se tem é uma teoria jurídica originária na modernidade e presa às ideias de Estado e de norma jurídica. porém, quando se ingressa em uma forma de sociedade assim globalizada ou transnacionalizada ou, ainda, pós-moderna, todo e qualquer enfoque ligado ao normativismo e ao Estado acaba por se tornar por demais limitado. Daí por que se faz necessária uma epistemologia construtivista, que dê ênfase à temática da pluralidade social, da complexidade, dos paradoxos e riscos, e

⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais uma era global, p. 52.

⁷³ REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política**: (ensaios). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política**: (ensaios), p. 59.

⁷⁵ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 33.

⁷⁶ SEVERO ROCHA, Leonel. Prefácio. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 9-10.

“que mostre algumas das consequências que esta perspectiva está provocando na teoria do Direito”⁷⁷.

E essa nova hermenêutica é aquela que surge quando se percebem as insuficiências da noção de norma jurídica, “e se começa a entendê-la como algo que não é completo, um conceito que é limitado, que deve ser completado pela interpretação social”⁷⁸.

Daí Campilongo⁷⁹ afirmar que interpretação jurídica é interpretação do direito da Sociedade na Sociedade, e que, por isso mesmo, a recursividade ao social é inevitável e deliberada.

Na sequência, vai se examinar a relevância do aporte tecnológico ensejado por esses novos tempos, particularmente o processo-eletrônico, para o contexto dos JEFs; e debater algo acerca dos reflexos disso para o meio ambiente.

MEIO AMBIENTE, PROCESSO ELETRÔNICO E JEFs

Diante daqueles desafios gerados por riscos de toda ordem e pela globalização, os juizados especiais são também chamados a tomar uma nova posição, mais sintonizada com os imensos desafios ambientais enfrentados não só pelo Brasil, mas por todas as nações.

Tanto que a Declaração de Buenos Aires (2012), em sua versão final, incorpora as propostas apresentadas e aprovadas por unanimidade na Assembleia Plenária da XVI Edição da Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada nos dias 25, 26 e 27 de abril de 2012, naquela capital da República Argentina. E afirma, expressamente, que é importante que os órgãos judiciários considerem suas responsabilidades socioambientais em seus planejamentos estratégicos, incluindo a preferência por práticas que combatam o desperdício de recursos naturais, incentivem a sustentabilidade e evitem danos ao meio ambiente.

Segundo Rover⁸⁰, o uso de sistemas informatizados pela Justiça é a melhor das estratégias para realizar a sua função de solucionar os conflitos sociais. Para tanto, sustenta esse autor, é preciso inovar o direito, superar o individualismo e o conservadorismo e compreender as transformações que ocorrem na sociedade decorrentes das inovações tecnológicas e sociais, abrindo-se, pluridisciplinarmente, às novas formas de organizar a Justiça.

A adoção do processo eletrônico por parte da Justiça brasileira começou justamente nos JEFs ora estudados. E muitas são as vantagens geradas pela implementação dessa importante prática cada vez mais presente no nosso dia a dia. Mas também há desafios que devem ser

⁷⁷ SEVERO ROCHA, Leonel. Prefácio, p. 10.

⁷⁸ SEVERO ROCHA, Leonel. Prefácio, p. 11.

⁷⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 139.

⁸⁰ ROVER, Aires José. **Definindo o termo processo eletrônico**. Disponível em: <<http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/conceitoprocessoeletronico.pdf>>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

permanentemente considerados, enfrentados e vencidos, sobretudo com a segurança do sistema e, principalmente, com a saúde dos usuários.

O processo eletrônico deve ser analisado em uma dupla perspectiva: da sustentabilidade e, também, da ampliação ou da facilitação do acesso à justiça.

A implantação do processo eletrônico no Judiciário brasileiro teve início há pouco mais de duas décadas. pode-se citar, como exemplo, a Justiça Federal da 4ª Região, que congrega os Estados do Rio Grande do Sul, do Paraná e de Santa Catarina, e que desenvolveu seu próprio sistema de processo eletrônico (*softwares* livres); inicialmente só para os feitos que tramitavam nos JEFs e, mais recentemente, para todos os seus processos.

O sistema permite o processamento das ações judiciais por meio de autos totalmente virtuais, dispensando por completo o uso do papel, proporcionando maior agilidade, segurança e economia na prestação jurisdicional.

A expansão do processo virtual foi disciplinada pela Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, autorizando o uso de meio eletrônico na tramitação de todas as ações cíveis, penais e trabalhistas em qualquer grau de jurisdição. Essa inovação legislativa, de fazer inveja a muitos países de primeiro mundo, propicia o uso dos meios mais avançados da tecnologia da informação para que o Judiciário brasileiro possa romper barreiras em busca de uma prestação jurisdicional mais célere e de maior qualidade. A busca do novo motivou a aprovação de medidas de modernização do Judiciário, para vencer a burocracia de seus atos e a morosidade na prestação jurisdicional⁸¹.

Com o processo virtual, em suma, as assinaturas são eletrônicas: sem caneta, sem carimbo. O processo pode ser acessado – e, bem assim, a ação que o deflagra pode ser ajuizada – de qualquer lugar do mundo, a qualquer hora, bastando uma conexão com a internet, o que hoje já se consegue com um mero aparelho de telefonia celular ou até mesmo com alguns jogos infantis. Como se intui, ganha-se tempo. O processo tende a ser mais célere; menos burocrático. Abandonam-se algumas expressões (folha). Surgem outras (evento).

O meio ambiente passa a ser o primeiro e o maior beneficiado com a adoção do processo eletrônico ou virtual, na perspectiva do desenvolvimento sustentável. De fato, todos – indivíduo, família, organização e comunidade – têm um papel vital a cumprir. Assim também as artes, as ciências, as religiões, as instituições educativas, os meios de comunicação, as empresas, as instituições não governamentais e os governos são todos chamados a oferecer uma liderança criativa no que toca à sustentabilidade⁸². E é disso que também se cuida quando se aborda o tema do processo eletrônico no âmbito do Poder Judiciário. Afinal, “vinte e duas árvores são cortadas para se fazer uma tonelada de papel, sendo necessários 100.000 (cem mil)

⁸¹ LAZZARI, João Batista. Justiça sem papel: uma realidade dos Juizados Especiais Federais do sul do Brasil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 18, jun. 2007.

⁸² COCA, Ana María Fernández. Los derechos socioambientales y sustentabilidad. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (coordenadores). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012, p. 352.

litros de água e 5.000 (cinco mil) KW/h de energia elétrica⁸³. E com o processo virtual, vale repetir, não há mais papel.

Outro ganho ambiental que decorre da implantação do processo virtual é a sensível redução da necessidade de deslocamento físico das partes e dos seus procuradores até os prédios da Justiça, o que faz diminuir as emissões de CO₂⁸⁴.

Mas para bem servir aos JEFs, essa importante ferramenta tecnológica há que se fazer acompanhar de competente e dedicada gestão. E é de gestão judiciária que se cuidará, ainda que brevemente, no tópico seguinte.

O IMPORTANTE PAPEL DA GESTÃO PARA O JUDICIÁRIO E PARA OS JEFS

Ações de modernização da gestão do Judiciário são essenciais, pois, a partir do momento em que o Estado detém o monopólio da jurisdição, deve desempenhar a atividade jurisdicional com eficiência e eficácia, de modo a acompanhar as transformações sociais e dar conta das demandas que lhe são propostas. Eis a percepção de Ponciano⁸⁵, para quem, ainda, a modernização se desenvolve em várias frentes, por exemplo: capacitação dos recursos humanos (juízes e servidores), planejamento estratégico e investimento em recursos tecnológicos, principalmente em ferramentas tecnológicas proporcionadas pela tecnologia da informação.

Os grandes estudiosos de processo, segundo Andrews⁸⁶, devem manter suas mentes abertas para duas possibilidades: “a de que existem caminhos melhores para realizar coisas semelhantes e a de que, de tempos em tempos, maneiras interessantes e criativas de fazer novas coisas surgirão”. Por isso mesmo, é preciso que haja constante estímulo para que os problemas locais que afetam o sistema judiciário sejam pensados e soluções, de preferências simples e criativas, sejam encontradas.

Em relação à morosidade da Justiça, existe necessidade premente de ampla atualização legislativa, resumindo os ritos e encurtando os procedimentos desnecessários e custosos. Mas cabe também ao Poder Judiciário, em suas práticas cotidianas, criar mecanismos,

⁸³ PRESTES, Maria da Graça Orsatto. Gestão ambiental no poder judiciário: implementação de práticas administrativas ecoeficientes. IBRAJUS – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. **REVISTA ON-LINE**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=27>>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

⁸⁴ DADICO, Claudia Maria. Levando a gestão ambiental a sério... **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 42, jun. 2011, p. 12. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao042/ claudia_dadico.html>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

⁸⁵ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Condicionantes externas da crise do Judiciário e a efetividade da reforma e do “Pacto Republicano por um Sistema Judiciário mais acessível, ágil e efetivo”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009.

⁸⁶ ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, 2012, p. 533.

independentemente de qualquer modificação legislativa, para o equacionamento dos problemas decorrentes da morosidade⁸⁷.

E sob uma análise de maior espectro, as pressões decorrentes das inovações tecnológicas, dos novos paradigmas industriais, com desterritorialização da produção e da transnacionalização dos mercados, e com uma nova divisão mundial do trabalho, tudo faz com que o Judiciário - com sua tradicional estrutura organizacional hierarquizada e fechada, e que sempre seguiu uma lógica de rígida e linear submissão à lei - tenha "de enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, de modernizar suas estruturas administrativas e de rever seus padrões funcionais, para tentar conseguir sobreviver como um poder autônomo e independente"⁸⁸.

Os JEFs vieram justamente para buscar reverter essa situação, mas por conta da grande demanda e de seu rito próprio, a necessidade de gestão faz-se sentir de modo muito destacado. Tanto que Ataíde Junior⁸⁹ pondera: "O caso dos Juizados Especiais é a prova mais contundente de que o direito processual, para se efetivar, depende da gestão judiciária. Sem iniciativa e criatividade judiciárias, o direito processual raramente acontece".

Cumpra agora, então, por ocasião do último tópico, tratar da figura que tem a missão de, com iniciativa e criatividade, buscar tornar realidade a promessa de uma justiça efetiva e célere: o juiz.

O JUIZ DE UM NOVO TEMPO

Não bastam ao Poder Judiciário iniciativas modernizadoras tão somente em relação à descentralização administrativa, aos investimentos em informática e às instalações físicas e à mobilização pelo aumento do número de varas e juízes. É imprescindível que se busque eficiência operacional e justiça social⁹⁰.

Por isso mesmo, atualmente, o papel atribuído ao Judiciário exige dos juízes uma nova postura, desafiando-os a exercer seus poderes criativos à luz dos valores hauridos da Constituição⁹¹.

A perfeita percepção da função de julgar deve passar, segundo Rocha⁹², pela compreensão da complexidade da vida humana e social e das relações vitais que se armam e

⁸⁷ ARAGÃO, Ronivon de. Gestão de inspeção permanente em uma unidade judicial: uma proposta construída a partir da experiência no juizado especial federal adjunto à 7ª Vara Federal de Sergipe. In: **Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 19, v. 1, mar./2009, p. 334.

⁸⁸ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 33.

⁸⁹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, área de concentração em Direito das Relações Sociais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2013, p. 176. 90 FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 23-24.

⁹⁰ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 23-24.

⁹¹ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 41-42.

⁹² ROCHA, Cesar Asfor. **Cartas a um jovem juiz**: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 20.

se expandem nesse ambiente, já que não se esgotam nos silogismos legais, por mais perfeitos que possam ser imaginados por seus elaboradores.

Com a Lei 9.099/1995, o juiz transformou-se em figura mais atuante, com mais liberdade de ação e dotada de mais poder. A decisão, afinal de contas, não precisa mais ser restrita a parâmetros legais (v. artigos 4º, 5º e 6º)⁹³.

E os juizados especiais têm o mérito de prometer a liberdade das formas e não desmenti-la em seguida, conforme pondera Dinamarco⁹⁴, tornando possível um processo que favoreça um contato mais espontâneo e informal do juiz com os litigantes e com as fontes de prova. Não se trata de abrir campo ao arbítrio, mas os juizados permitem ao juiz criar modos de tratar a prova, colher a instrução, sentir as pretensões das partes, interrogá-las livremente e dialogar com elas e com as testemunhas; tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional. “Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação, ele não está ultrajando a garantia constitucional do contraditório”; ao contrário, deixando de lado o imobilismo do juiz-espectador, “ele dará oportunidades iguais às partes e, no informalismo de atos não desenhados minuciosamente em lei, garantirá que a luta entre elas se trave em *paridade em armas*”⁹⁵.

Porém, e tentando agora responder aquelas perguntas lançadas antes, relativas à possibilidade de, em certa medida e sob certas condições, privilegiar a celeridade em detrimento de algumas garantias, notadamente o contraditório e a ampla defesa, parece muito evidente que a busca por celeridade ou pela razoável duração do processo não pode ser feita a qualquer preço; é dizer, ferindo-se valores constitucionais conquistados ao longo dos séculos, mui especialmente o direito ao contraditório e à ampla defesa⁹⁶.

Nada é tão urgente que tenha que ser decidido no afogadilho, às pressas, sem uma análise mais refletida e com amparo no bom-senso. E é isso que garante qualidade às decisões.

Sensata a ponderação de Hoffman⁹⁷: “[...] Rejeita-se um processo extremamente lento e ineficaz, mas também um processo precipitado e decidido de forma incongruente”.

É preciso encontrar, segundo Xavier e Savaris⁹⁸, “o ponto de equilíbrio entre a garantia constitucional da ampla defesa, com a utilização dos meios recursais disponíveis, e o direito fundamental à duração razoável do processo”.

⁹³ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 7.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 129.

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, p. 323.

⁹⁷ HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coordenadores). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 326.

⁹⁸ XAVIER, Flávia da Silva; SAVARIS, José Antonio. **Recursos cíveis nos juizados especiais federais**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 31.

Ataide Junior⁹⁹ faz referência à necessidade de um *novo juiz*, que, para além de sua formação técnica, desfrute também de uma formação interdisciplinar que lhe permita conhecer a realidade social, econômica e mesmo psicológica relacionada à lide. E é exatamente com essa formação mais ampla que esse novo juiz se torna mais sensível, também, à necessidade de um novo processo, “menos burocrático e mais oral (ou virtual?), com a revitalização da audiência como instrumento destinado a oferecer uma solução jurisdicional mais rápida e efetiva”¹⁰⁰.

Para além disso, esse novo juiz deve, tanto quanto possível, conhecer e dominar as possibilidades hermenêuticas e argumentativas desses novos tempos.

A positivação é, como lembra Dias¹⁰¹, uma estratégia institucional de coerência e de redução de complexidade, mas isso não libera o intérprete, hoje se percebe, de observar a compatibilidade entre os direitos fundamentais e as regras que os especificam.

Por isso mesmo, a garantia de público acesso ao Judiciário toca, na realidade, na garantia de práticas deliberativas pautadas pelo uso público da razão, sobretudo quando está em jogo a definição e a concretização de direitos fundamentais¹⁰².

E a Teoria da Argumentação Jurídica, “visa a questionar e demonstrar a *possibilidade* e a *viabilidade* de uma fundamentação racional do discurso especificamente *jurídico*, estipulando-lhe algumas *regras e formas*”¹⁰³.

É que, como existe sempre uma margem de livre apreciação judicial, faz-se necessário controlar racionalmente as decisões judiciais, a fim de que não descambem, como pontuado antes, para o arbítrio de quem decide. Daí a exigência de justificação das decisões.

E se não há uma única resposta correta¹⁰⁴, sobretudo em relação aos casos chamados difíceis, e lembrando sempre que o texto normativo é mero projeto para solução do caso¹⁰⁵, então se sobreleva a importância da atividade judicial em nossos dias, já que só garantir pleno contraditório, ampla defesa e celeridade ou, ao menos, duração razoável ao processo não basta para se fazer justiça em determinados casos.

Por tudo isso, o que se evidencia na atualidade, segundo Ataide Junior¹⁰⁶, é que está se experimentando um novo estágio metodológico do direito processual civil. Respiram-se os ares

⁹⁹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O novo juiz e a administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69-72.

¹⁰⁰ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O novo juiz e a administração da justiça**, p. 72.

¹⁰¹ DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. Vol. 83, abr.-jun./2013, p. 102.

¹⁰² DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo, p. 112113.

¹⁰³ TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 395, jan.-fev./2008, p. 613.

¹⁰⁴ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio, p. 137.

¹⁰⁵ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. A justificação do direito e sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio, p. 133.

¹⁰⁶ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 17.

do que se pode chamar de processo civil pragmático, o quinto estágio metodológico¹⁰⁷, pois o pragmatismo tem orientado decisões em todos os planos de produção do direito processual¹⁰⁸. Isso por meio de um método que ajude a resolver problemas reais, que forneça meios concretos de atuação e decisão¹⁰⁹.

O pragmatismo jurídico, obviamente, não se vale apenas da economia para medir e avaliar as consequências práticas das proposições jurídicas. Seu enfoque é multidisciplinar e por isso mesmo também vai buscar conhecimentos, por exemplo, na administração e na sociologia¹¹⁰. Sobretudo, “é um método para concretizar as promessas contidas na Constituição. Os juízes pragmáticos não decidem segundo suas preferências pessoais, mas segundo os imperativos constitucionais”¹¹¹.

E os juizados especiais têm um papel importantíssimo nesse contexto, justamente porque não representam uma simples reforma ou mera introdução de mais uma estrutura judiciária; mas são, isto sim, a incorporação de um novo paradigma, tanto que hoje se pode falar de um antes e um depois dos juizados especiais¹¹².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde perceber, não basta pretender-se modificar a lei processual, no geral; ou a lei dos juizados especiais federais, no particular, para se conseguir superar alguns problemas e entraves que ainda afetam o sistema dos Juizados Especiais Federais. Faz-se necessário recorrer à gestão, com o aporte das novas tecnologias, como é o caso do processo eletrônico. E diante de um sistema jurídico aberto e incompleto, é preciso mais. É preciso um novo juiz; o juiz de um novo tempo, globalizado e repleto de riscos, é verdade, mas também um tempo plural e aberto à interdisciplinaridade. Um juiz que saiba dialogar com as partes e argumentar por meio de suas decisões; preocupado com a celeridade, sem, contudo, relegar o contraditório e a ampla defesa; cômico, enfim, de que muitas vezes só o direito não é o bastante.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

_____. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

¹⁰⁷ Os quatro estágios metodológicos anteriores seriam: a) sincretismo ou imanentismo; b) autonomismo ou processualismo; c) instrumentalismo; e d) neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

¹⁰⁸ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 220.

¹⁰⁹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 46.

¹¹⁰ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 87.

¹¹¹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 98.

¹¹² SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 1.

- ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra; tradução do autor; orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- ARAGÃO, Ronivon de. **estão de inspeção permanente em uma unidade judicial: uma proposta construída a partir da experiência no juizado especial federal adjunto à 7ª Vara Federal de Sergipe**. In: **Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 19, v. 1, mar./2009, p. 333-374.
- ARAÚJO, Gisele Silva. **Função social do direito**. In: FERREIRA, Lier ires et alli (Organizadores). **Curso de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de aula. **O novo juiz e a administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.
- _____. **Processo civil pragmático**. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, área de concentração em Direito das Relações Sociais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais uma era global**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Da Democracia – para uma certa ideia da Itália**. Tradução de Anna Bracchiolla Cabreira. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. (Organizador). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- BUENO, Arthur. **Diálogo com Ulrich Beck**. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- CAPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologías, sociedad**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARDOSO, Oscar Valente. **Juizados especiais da fazenda pública: (comentários à Lei n. 12.153/2009)**. São Paulo: Dialética, 2010.
- CHAMON, Omar. **Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais**. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coordenadores). **Juizados especiais federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá, 2012.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça**. **Revista dos Tribunais**, v. 691, mai. 1993.

- COCA, Ana María Fernández. Los derechos socioambientales y sustentabilidad. In: SAVARIS, José Antônio; STRAAZZON, Carlos Luiz (Coordenadores). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012.
- CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado especial: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DADICO, Claudia Maria. Levando a gestão ambiental a sério... **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 42, jun. 2011, p. 12. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao042/claudia_dadico.html>. Acesso em: 28 de maio 2013.
- DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica: princípios e aplicações**. Tradução de Alexandra Nogueira, Gonçalo Couceiro Feio e Humberto Nuno Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. Vol. 83, abr.-jun./2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenador). **Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS**. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- GALEANO, Eduardo. **Úselo e tírelo: el mundo visto desde una ecología latinoamericana**. Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta, 2004.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.
- HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: LOES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coordenadores). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 321-346.
- IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Série pesquisas do CEJ, 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LASZLO, Ervin. **Um salto quântico no cérebro global**: como o novo paradigma científico pode mudar a nós e o nosso mundo. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2012.

LAZZARI, João Batista. Justiça sem papel: uma realidade dos Juizados Especiais Federais do sul do Brasil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 18, jun. 2007.

LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado**: un debate sobre la cultura planetaria. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011.

MANONE, Kátia Aparecida. Análise da aplicação do Código de processo Civil aos Juizados Especiais Federais Cíveis. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (Coordenadores). **Juizados especiais federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**, vol. 926, dez. 2012, p. 135-176.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coordenador). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 177-204.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, 10. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Condicionantes externas da crise do Judiciário e a efetividade da reforma e do “pacto Republicano por um Sistema Judiciário mais acessível, ágil e efetivo”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PRESTES, Maria da Graça Orsatto. Gestão ambiental no poder judiciário: implementação de práticas administrativas ecoeficientes. IBRAJUS – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. **REVISTA ON-LINE**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=27>>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política**: (ensaios). São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cesar Asfor. **Cartas a um jovem juiz**: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROVER, Aires José. **Definindo o termo processo eletrônico**. Disponível em: <<http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/conceitoprocessoeletronico.pdf>>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCo>>

QFjAA&url=http%3A%2F%2Fnp3.brainternp.com.br%2Fupload%2Fihb%2Farquivo%2FMaria%2520Tereza%2520Sadek.doc&ei=endiU8v9C6-t8gHx7YYCA&usg=AFQjCNFKZ4IO5thFFRAs9hqUtgvlVC60w>. Acesso em: 24 ago. 2012.

SALVADORI, Mateus. **HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. Conjectura, Caxias do Sul, v. 16, n. 1, jan./abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWENCK, Terezinha. **Os novos direitos.** Jus Navegandi, Teresina, a. 06, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2566>>. Acesso em: 07 nov. 2008.