

SUMÁRIO

THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS TREATIES TO FACE CLIMATE CHANGE-INDUCED MIGRATIONS: A FEASIBLE WAY?	3
SABRINA BRIZIOLI.....	3
O CONSTITUCIONALISMO E OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO	23
JULIETE RUANA MAFRA GRANADO.....	23
DENISE SCHMITT SIQUEIRA GARCIA.....	23
A FRATERNIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO ESTADO COM FUNÇÃO SOCIAL	42
DANIEL CARDOSO	42
SÉRGIO LAGUNA PEREIRA	42
OS LIMITES DA DEMOCRACIA TRANSNACIONAL.....	57
FRANCINE CANSI.....	57
PAULO MÁRCIO CRUZ	57
A HARMONIA NA UTILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS E NORMAS COMO RAZÕES DE DECIDIR NO BRASIL	77
JOSÉ ARIMATÉIA ARAÚJO DE QUEIROZ	77
MAICKE MILLER PAIVA DA SILVA	77
A DIVERSIDADE LINGUÍSTICA NA UNIÃO EUROPEIA FRENTE A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA NACIONALIDADE. 93	
JAINÉ CRISTINA SUZIN	93
CLÓVIS DEMARCHI.....	93
ATIVISMO JUDICIAL: COMPLEXA DIALÉTICA ENTRE OS PODERES, O IMPACTO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DA EVOLUÇÃO DA ORDEM JURÍDICA	109
RENATA MIRANDA DE LIMA.....	109
ULYSSES SBSCZK AZIS PEREIRA	109
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS: A IMPORTÂNCIA DA APRESENTAÇÃO DAS PESSOAS PRESAS EM FLAGRANTE À AUTORIDADE JUDICIÁRIA COMPETENTE	122

ALAN BOETTGER	122
O ESTADO CONSTITUCIONAL E O TERCEIRO SETOR: A POSSIBILIDADE DE UMA RELAÇÃO DE COOPERAÇÃO	137
GEOVANA DA CONCEIÇÃO	137
LUCIANA DE CARVALHO PAULO COELHO.....	137
O NOVO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA E A AMPLIAÇÃO À PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA EUROPA E NO BRASIL	152
VITOR SARDAGNA POETA	152
FABIANO BASTOS GARCIA TEIXEIRA	152
OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: AVANÇOS E RETROCESSOS EM MATÉRIA AMBIENTAL	170
ANA CAROLINA DA VEIGA DIAS	170
MARIA CLÁUDIA DA SILVA ANTUNES DE SOUZA	170
30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988: AS CONTRIBUIÇÕES E OS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE UMA POLÍTICA URBANA SUSTENTÁVEL	187
PRISCILLA LINHARES ALBINO	187
ZENILDO BODNAR	187
O COMÉRCIO JUSTO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	205
JOÃO HENRIQUE PICKCIUS CELANT	205
REFLEXÕES SOBRE OS DESAFIOS DA GOVERNANÇA INTERNACIONAL DIANTE DOS MIGRANTES INTERNACIONAIS FORÇADOS	224
ANGELO RICARDO CHRISTOFFOLI	224
RAFAEL PADILHA DOS SANTOS.....	224
IL DIRITTO COMUNE: SISTEMA E SISTEMI	244
GREGORIO CESTINI	244
CONSIDERAÇÕES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO E A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE.....	260
CLOVIS DEMARCHI.....	260
ELSON ROBERTO DE SOUZA JÚNIOR	260

**THE EXTRATERRITORIAL APPLICATION OF HUMAN RIGHTS
TREATIES TO FACE CLIMATE CHANGE-INDUCED MIGRATIONS: A
FEASIBLE WAY?**

Sabrina Brizioli¹

'Irrespective of whether or not climate change effects can be construed as human rights violations, human rights obligations provide important protection to the individuals whose rights are affected by climate change'

Office of the High Commissioner for Human Rights²

'The foreseeable adverse effects of climate change on the enjoyment of human rights give rise to duties of States to take actions to protect against those effects'

Mr. Knox John H³.

1. Climate-induced migrations in the human rights discourse: setting the scene

Climate change is no longer a scientists' concern, it is clearly visible and increasingly perceived within the international community (and by the

¹ Sabrina Brizioli, Phd Student, School of Law, University of Perugia, Italy, sabrina.brizioli@studenti.unipg.it.

² Office of the High Commissioner for Human Rights (hereinafter OHCHR). Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship Between Climate Change and Human Rights, 2009, para. 71. Available at <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement>.

³ Special Rapporteur of the United Nations Human Rights Council, KNOX, John H. Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Framework Principles, 2016, para. 33.

common man) as a threat for the very survival of humankind⁴. The emission of CO₂ in the atmosphere is contributing to alter global temperatures and increase the frequency of natural disasters, such as floods, drought, rising sea levels and the spread of diseases⁵. The effects of these extreme events (e.g. the changing of ecosystems and water supply, the disruption of food production and the damage of settlements and infrastructures) force (or induce) individuals' and entire communities' migration. The most dramatic example is represented by people living in small islands having an altitude of a few meters, such as Tuvalu, which according to scientific forecasts are going to be completely submerged in the next few decades⁶. These mass migrations threaten, directly or indirectly, the effective enjoyment of individual and collective human rights, namely right to life, housing, water and sanitation, food, health, culture and development⁷.

Although a universally accepted definition does not yet exist, the International Organization for Migration (IMO) has elaborated a definition of environmental migrants, of which climate migrants are a subset, which constitutes a useful point of reference. According to IMO, environmental migrants are: "persons or groups of persons who, for compelling reasons of sudden or progressive changes in the environment that adversely affect their lives or living conditions, are obliged to leave their habitual homes, or choose to do so, either temporarily or permanently, and who move either within country or abroad"⁸.

⁴ See PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. **A Right Turn in Climate Change Litigation, Transnational Environmental Law**, 2017, p. 37- 67.

⁵ Above all see STERN, Nicholas. **We Must Reduce Greenhouse Gas Emissions to Net Zero or Face More Floods**. The Guardian, 8 October 2018, available at <https://www.theguardian.com/environment/2018/oct/08/we-must-reduce-greenhouse-gas-emissions-to-net-zero-or-face-more-floods>.

⁶ See MILAN, Andrea; OAKES, Robert; CAMPBELL, Jillian. **Tuvalu: Climate Change and Migration-Relationships Between Household Vulnerability, Human Mobility and Climate Change**. Report No. 18, United Nations University Institute for Environment and Human Security, Bonn, 2016, p. 21-28.

⁷ See UN High Commissioner for Human Rights, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship Between Climate Change and Human Rights, UN Doc. A/HRC/10/61, 2009, paras. 21- 41.

⁸ **See International Organization for Migration, Migration, Environment and**

Not differently from migrations induced by war, repressive regimes or extreme poverty, climate-induced migrations often originate from a situation characterized by a number of human rights violations suffered by the migrants in their States of origin. Moreover, human rights violations are susceptible to occur during the mobility of migrants within and across borders. In all cases, it is undisputed that both international customary law and human rights treaties pose obligations upon the States where the migrants are found, i.e. the State of origin, the States of transit (if any) and the State of final destination.

In particular, the State of origin is under an obligation to respect, protect and fulfil the enjoyment of human rights of persons residing within its territory and negatively affected by global climate changes⁹. Just to give some examples, the States must constrain anthropogenic activities under their jurisdiction that impact on climate change (e.g. emissions of greenhouse gases, overexploitation of natural resources, deforestation and fossil fuel extraction) and must adopt mitigation or adaptation policies to prevent, as far as possible, population displacement. If resettlement programs are deemed necessary from high risk zone due to climate impacts, the State must support the population in facing the situation, and the resettlement must be organized in such a way as to guarantee the rights to physical integrity, to house and family life. The territorial State has also the obligation to inform the affected persons about climate change hazards, to consult them before adopting mitigation and resettlement projects and programs and to guarantee access to effective legal remedies¹⁰. As concerns obligations incumbent upon

Climate Change: Assessing the Evidence. Geneva, 2009, p. 19. Available at https://publications.iom.int/system/files/pdf/migration_and_environment.pdf.

⁹ UN Economic and Social Council, General Comment No. 24 on State Obligations Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, 2017, paras 10-24. Available at <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQcIMouuG4TpS9jwIhCjCxiuZ1yrkMD%2FSj8YF%2BSXo4mYx7Y%2F3L3zvM2zSUBw6ujInCawQrJx3hIK8Odk6DUwG3Y>.

¹⁰ See AMMER, Margit; STADLMAYR, Lisa. **Legal Status and Legal Treatment of Environmental Refugees.** Federal Environmental Agency, Dessau-Rosslau, 2010 p. 4. Also the UNHCR Guiding Principles on International Displaced Peoples support the expansion of procedural rights to peoples moving across international borders. See

the States of transit and of final destination, most authors agree that climate migrants are not covered by the 1951 Refugee Convention and may be treated by States as any other economic migrants¹¹.

The paper focuses on whether human rights obligations are owed to climate-change-induced migrants also by States different from the States of origin, or other States in whose territory human rights violations occur. In other words, the purpose is to draw attention on the extraterritorial application of human rights treaties' obligations in the context of climate change induced migrations, with a special focus on the greenhouse gas emitting States' responsibility.

Although the issue of the extraterritorial application of human rights treaties is far from being settled, food for thought is provided by the landmark Opinion n. 23/17, issued by the Inter-American Court on 15 November 2017, where the Court has affirmed for the first time the extraterritorial scope of human rights obligations related to environmental protection, that is to say the existence of substantial and procedural "diagonal rights" (Knox) owed by individuals or groups against States other than the ones of nationality or of residence.

2. Extraterritorial application of human rights obligations

Despite the "universal" wording of international human rights instruments¹², human rights obligations have been conceived primarily as obligations territorially limited within the State's borders. This way of looking

UNHCR, Principle 20, in Guiding Principles on Internal Displacement, Available at <http://www.unhcr.org/43ce1cff2>. More in general, on the relationship between "environmental democracy rights" and human rights, see PITEA. Cesare, *Diritto internazionale e democrazia ambientale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

¹¹ See STAPLETON, Sarah Opitz; NADIN, Rebecca; WATSON, Charlene; KELLET, Jan. **Climate Change, Migration and Displacement. The Need for a Risk-Informed and Coherent Approach**, Report of the United Nations Development Programme, 2017, p. 27. Available at <https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/resource-documents/11871.pdf>.

¹² Universalism is inborn in human rights discourse and it has been at the heart of international human rights law since the adoption of UN Charter (1945) and of the Universal Declaration of Human Rights (1948).

at human rights law has been criticized recently. As Skogly has pointed out :

“if we accept universality of rights entitlement, then the logical extension is that the corresponding obligations should be universal as well. Or in other words, if human rights are breached, it is not in the spirit of universality to argue that this is not a violation as the actors responsible are foreign states rather than the domestic state”¹³

Indeed, most human rights conventions prescribe obligations towards persons who are “within their jurisdiction” of each contracting State (thus, e.g. Article 1 of the ECHR). Others, like article 2.1 of the ICCPR, stipulate that a State Party has the obligation “to respect and to ensure to all individuals [human rights] *within its territory and subject to its jurisdiction*”¹⁴. These provisions seem to stress that jurisdiction reflects the traditional territorial paradigm, rendering exceptional the jurisdiction established on other bases¹⁵. Despite this background, and independently from any textual reference to the territory of the State, human rights courts and bodies have consistently held that obligations under human rights treaties may under certain circumstances apply extraterritorially.

Three are the models of extraterritorial jurisdiction that emerge from an analysis of the relevant case-law¹⁶.

¹³ SKOGLY, Sigrun. I., as cited in KRENNERICH, Michael. **Human Rights Beyond National Borders- What are Germany’s Obligations**, Conference Report, Berlin, 2006, p. 2. Available at https://www.fian.org/fileadmin/media/publications_2015/Human-Rights-Beyond-National-Borders-2006.pdf). Also see SKOGLY, Sigrun I. Global Responsibility for Human Rights, Oxford Journal of Legal Studies, 2009, p. 827-847.

¹⁴ Italics added.

¹⁵ On the point see among many others NIGRO, Raffaella. **The Notion of “Jurisdiction” in Article 1: Future Scenarios for the Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights**, in Italian Yearbook of International Law, 2010, p. 30 (also available at http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/12/Yearbook2011_nigro.pdf); DE SENA, Pasquale. La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell’uomo. Torino: Giappichelli, 2002; MILANOVIC, Marko. Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy, Oxford: Oxford University Press, 2011.

¹⁶ VEZZANI, Simone. **Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani, forthcoming in Rivista di diritto**

Firstly, human rights treaties are deemed applicable wherever Governments have “effective overall control” over territories outside of their borders, for instance in case of military occupation or puppet regimes¹⁷. This model also includes situations where control is exercised over a certain space such as military bases, an embassy or a ship¹⁸.

Secondly, State are bound to respect human rights whenever their organs or agents abroad have “authority and control” over individuals, as in the case of extraordinary renditions¹⁹.

The third model of extraterritorial jurisdiction, and the most relevant for our purposes, may be defined the “extraterritorial effects model”²⁰. It encompasses situations where there is no personal or spatial connection between the State and the victims of human rights violation: these last ones are located beyond the territory of a State and suffer negative consequences of acts or conducts carried out by the same State within its own territory. This approach to extend the scope of application of human rights treaties has been also supported by the OHCHR, which emphasizes States’ obligations to take steps through international assistance and cooperation to facilitate the fulfillment of human rights in other Countries, including disaster relief, emergency assistance and assistance to refugees and displaced persons²¹.

internazionale, p. 1- 47.

¹⁷ See ECHR, *Loizidou v. Turkey*, Application no. 15318/89 (18 December 1996), par .49.

¹⁸ See ECHR, *Medvedyev and others v. France*, Application no. 3394/03 (29 March 2010), para.65.

¹⁹ See e.g. IACHR, *Victor Saldaño v. Argentina Petition*, Report No. 38/99 (11 March 1999), para. 19. Available at <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/inadmisibilidad/Argentina.Salda%C3%B1o.htm>; UN Human Rights Committee, *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, Communications No 56/1979 (29 July 1981), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 available at <https://www.refworld.org/cases,HRC,4028af854.html>; ECHR, *Stocké v. Germany*, (12 October 1989), opinion of the Commission par. 167.

²⁰ See VEZZANI, Simone. **Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani, forthcoming in Rivista di diritto internazionale**, p. 9.

²¹ See OHCHR, **Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights**, 2009, para. 86. Available at <https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/10session/A.HRC.10.61AEV>.

Recently, the issue of States' extraterritoriality obligations in the field of economic, social and cultural rights has been the core of the 2011 Maastricht Principles, which aim at clarifying extraterritorial obligations of States on the basis of standing international law.²²

In 2009 the UN Human Rights Committee has pushed the above mentioned approaches even further. It affirmed that a State may be responsible for extraterritorial violations of the Covenants as long as there is 'a link in the causal chain' leading to the human rights violation in another jurisdiction²³. Later the Committee refined this approach by stating that the risk of a violation outside a Country's territory 'must be a necessary and foreseeable consequence and must be judged on the knowledge the State party had at the time'²⁴.

The application of the extraterritorial effects paradigm in the climate change migrations context may lead one to consider that, if a violation of migrants' human rights is a necessary and foreseeable consequence of an high-emitting State' action or omission, the State may be held accountable for the violation, wherever the enjoyment of human rights due to migrations is endangered.

In the absence of free-standing environmental rights actionable by

pdf.

²² See Secretariat to the ETO Consortium, **Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights**, Heidelberg, 2013, available at https://www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=23. Also see DE SCHUTTER, Olivier; EIDE Asbjørn; KHALFAN; Ashfaq; ORELLANA, Marcos; SALOMON, Margot; SEIDERMAN, Ian. Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, 2012, pp.1084-1169. Available at https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Herd-egen/de_Wet/SoSe_2016_IWR_und_MR/35_Commentary.Maastricht.pdf.

²³ See UN Human Rights Committee, **Manuf v. Romania**, 13-31 July, 2009 UN Doc. CCPR/C/96/D/1539/2006 para. 14. 2 available at <http://www.unhcr.org7refworld/docid/4acf500d2.html>.

²⁴ *Ibid.*, para. 14.2.

individuals²⁵, some scholars have noticed their emergence within human rights law²⁶. Furthermore, international bodies and tribunals have recognized the linkage between environmental protection and certain human rights such as the rights to life, health and property²⁷.

Looking at environmental rights as a particular set of human rights also means that human right law does not only operate along a vertical axis, rather it allows “diagonal” protection. Thus, those who are affected by climate change adverse effects might be able to exercise rights against the States that have caused destruction and displacement. At a first glance, the approach based on diagonal environmental rights seems to be advantageous: instances of assumed environmental rights’ violation by Emitters States, environmental damages, individuals’ harms to lives, health, and interests could be framed within human rights law. Moreover, complaints might be brought before existing mechanisms for monitoring human rights’ infringements. However, as it will be made clear later on, this approach encounters with many legal obstacles and complexities.

3. The *Inuit* case

While the difficulties and disadvantages of the extraterritorial application of human right duties towards climate change migrants might continue in literature, communities and individuals, who are burdened by environmental degradation, are increasingly demanding environmental justice by framing instances through the human rights language, both at the domestic and at the international level²⁸.

²⁵ See McINERNEY-LANKFORD, Siobhán; DARROW, Mac; RAJAMANI, Lavanya. **Human Rights and Climate Change. A Review of the International Legal Dimensions.** Washington: World Bank Study, 2011, p. 36-43.

²⁶ See KNOX, John H. **Diagonal Environmental Rights, Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations.** Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2010, p. 82.

²⁷ See PAVONI, Riccardo. **Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani.** Napoli: Editoriale Scientifica, 2013, p. 109.

²⁸ See JAIMES, Veronica de la Rosa. **Climate Change and Human Rights**

An important example of framing environmental rights' through a human rights reasoning is that of the Inuit Petition which has been brought in 2005 by the Inuit Circumpolar Conference on behalf of the Inuit of the United States and Canada before the Inter-American Commission on Human Rights²⁹. The petitioners, while alleging that United States have failed to take meaningful action to curtail greenhouse gas emissions, claimed the violation of Inuit's human rights (including the right to property, to culture and to life) and required the Commission to: a) declare the responsibility of the United States for violating the rights guaranteed under the American Declaration; b) take measures to limit its emissions; c) protect the Inuit culture and resources and d) implement a plan to provide assistance necessary to adapt the impacts of climate change that cannot be avoided³⁰. Unfortunately, the Commission dismissed the petition, stating that information were insufficient and it did not give a decision on the merits of the case. The Commission affirmed that it was not possible to determine whether the alleged facts have constituted a violation of the American Declaration of Rights and Duties of Man and leaved the question concerning the jurisdiction of the American Commission over diagonal human rights claims unsolved³¹. As Osofsky notes, the importance of the case lies in that "[i]t frames a problem typically treated as an environmental one through a human rights lens, and moves beyond the confines of the US law to a supranational forum"³².

Litigation in Europe and the Americas, Seattle Journal of Environmental Law, p. 165-195.

²⁹ See Petition to the Inter American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States, 2005. Available at http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2005/20051208_na_petition.pdf.

³⁰ The Inuits complained that the impacts of climate change caused by the acts and omissions of the United States had violated their fundamental rights as protected by the America Declaration of the Rights and Duties of Man and other international instruments.

³¹ See Inter-American Commission on Human Rights Decision 16 November 2006 available at http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2006/20061116_na_decision.pdf.

³² See OSOFSKY, Hary. M. The Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous People's Rights, *Adjudicating Climate Change –State,*

4. The Inter-American Advisory Opinion 23/17

New lights on the topic of diagonal effects of human rights treaties are shed by the Inter American Court's Advisory Opinion on Environment and Human Rights issued on 15 November 2017³³.

On March 14, 2016, Colombia requested the Inter-American Court of Human Rights to render an opinion concerning how the American Convention should be interpreted when there is the risk that the construction and operation of major new infrastructure projects by a contracting Party (such as Nicaragua's construction of an inter-oceanic canal) will have a severe impact on the marine environment of the Wider Caribbean Region and on the human habitat that is essential for the enjoyment of the rights of the inhabitants of another State Party to the Convention³⁴.

For the first time the Court faces the question of the extraterritorial applicability of the American Convention on Human Rights in environmental matters. Most importantly, the Advisory Opinion "traces a landmark in the evolving jurisprudence on 'diagonal human rights obligations' i.e. obligations capable of being invoked by individual or groups against States other than their own"³⁵

The Inter-American Court elaborated in detail the "extraterritorial effects" model. It clearly states that persons under the jurisdiction of a contracting State include those who suffer extraterritorial detrimental effects,

National and International Approaches. New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 272-291.

³³ See PAPANTONIOU, Angeliki. **Advisory Opinion on the Environment and Human Rights**, *American Journal of International Law*, 2018, p. 460-466.

³⁴The Colombia's request is available at http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf.

³⁵ Cfr. FERIA-TINTA, Monica; MILNES, Simon. **The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights Issues Landmark Advisory Opinion on Environment and Human Rights**, *EJIL:Talk!*, 26 February 2018. Available at <https://www.ejiltalk.org/the-rise-of-environmental-law-in-international-dispute-resolution-inter-american-court-of-human-rights-issues-landmark-advisory-opinion-on-environment-and-human-rights/>.

in case there is a causal nexus between conducts performed in the territory of the State and the human rights violations occurring abroad³⁶.

It is worth noting that, in the Court's reasoning, the causal nexus is not only relevant at the merits stage to decide compensation; it rather matters to determine whether claimants or petitioners are under the jurisdiction of the State, and therefore bearers of human rights corresponding to the State's obligations. In other words the lack of a causal link would lead to the dismissal of the claim at the jurisdictional stage before being proceeded on the merits.

In the above mentioned opinion, the Court made clear that the rights to a healthy environment is a fundamental right and that the degradation of the environment, which include adverse impact of climate change, affects the enjoyment of this and other fundamental rights³⁷. Thus, States have an obligation to ensure that their actions and omissions do not impact the enjoyment of these rights including the rights of those living outside the States' own borders. It is worth observing incidentally that this approach leads to results that are in line with the most recent developments in the field of international environmental law. In fact, pursuant to both the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (informally called the Espoo Convention)³⁸ and the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (informally called the Aarhus Convention), States are under a duty to inform, ensure participation in decision making and access to justice of

³⁶ See Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 paras. 95, 101-102.

³⁷ The Advisory Opinion not only deals with the right to life and the right to personal integrity as requested by Colombia, rather it extends its analysis to other fundamental human rights (i.e. right to housing, right not to be forcefully displaced, right to participate in cultural life, right to property). See paras. 115-127-181.

³⁸ See Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (Espoo Convention) art. 2 par. 6. Available at https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/Espoo_Convention_authentic_ENG.pdf.

seriously affected members of the public residing in other Countries³⁹.

The Inter-American Court does not refer only to the States' obligation to respect, but also to the obligation to protect, in the sense that it requires States to prevent third parties from violating human rights in other countries⁴⁰. Notably, the Court indicates that the State would incur responsibility for the failure to exercise its due diligence obligations within its territory.

4. The Advisory Opinion 23/17: caution and difficulties for the extraterritorial application of human rights obligations to climate change migrants.

Since the lack of comprehensive guidelines, many gaps and missing points have been figured out in the Inter-American Court's Advisory Opinion. These deficiencies make one argue that it could be difficult to use the new jurisdictional link in new scenarios such as that of climate-change induced migration.

The establishment of the causal link is crucial in the Court's reasoning. Despite of this, the Court does not fully discuss the complex factual link in the case at stake and oversimplifies causation by merely speaking about a 'link of causation', a possible significant harm or plausible factors of risk. Differently, other human rights monitoring bodies have developed more sophisticated tests to link causation to 'proximity' between State conducts and extraterritorial effects, 'foreseeability' or 'direct harm'. Just to mention some examples of these tests, the European Court of Human Rights required

³⁹ See Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (Aarhus Convention), available at <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>. Also cited in Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 par. 215.

⁴⁰ See Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 paras. 115, 127, 181.

'direct and immediate cause'⁴¹, 'sufficiently proximate repercussions'⁴², 'real and immediate risk'⁴³; while the Human Right Court's Draft General Comment no. 36, July 2017, on the Right to Life requires 'a direct, significant and foreseeable impact on the right to life of individuals'⁴⁴.

Establishing the causal link between climate change migrations (and connected human rights violations) and greenhouse emissions is a particularly difficult task, if not constituting a real *probatio diabolica*. Firstly, it is widely known that human mobility is the result of multiple and various drivers. It is rarely possible to consider an individual migrant linked to the climate change because individuals' moving is not a mechanical consequence of an environmental cause: many factors (economic, social, demographic) determine the vulnerability of individuals and their resilience to physical and natural hazards. Not everyone fleeing from extreme weather disaster can be called a "climate migrant". Sometimes, climate change might have increased the likelihood of extreme weather event, without impacting on individuals' livelihoods and human mobility is more frequently the result of poverty than the outcome of local environmental degradation.

⁴¹ Cfr. ECHR, **Andreou v. Turkey**, Application no. 45653/99 (27 October 2009), para. 40 available [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-88068%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-88068%22]}).

⁴² Cfr. ECHR, **Ilascu and others v. Moldova and Russia**, Application no. 48787/99 (8 July 2004), para. 317, available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61886%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61886%22]}).

⁴³ Cfr. ECHR, **Rantsev v. Cyprus and Russia**, Application no. 25965/04 (7 January 2010), para. 215, available at [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-96549%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-96549%22]}).

⁴⁴ See Human Rights Committee, *General Comment no. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, on the right to life, Adopted on First Reading during the 120th Session, July 2017, para. 26 https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_EN.pdf., referring to "all activities taking place in whole or in part within their territory and in other areas subject to their jurisdiction, but having a [direct], significant and foreseeable impact on the right to life of individuals outside their territory, including activities taken by corporate entities". Also see Human Rights Committee, *General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, available at https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/CCPR_C_GC_36_8785_E.pdf.

Secondly, it could be difficult to determine a proper model of causation in the context of climate change migration. Even the application of the 'but for test' would be complex to apply. According to this model, it is necessary to demonstrate that absent one State's emissions, persons residing in another State would have not been forced to migrate. However it seems difficult to establish that a certain amount of one State's emissions is a *conditio sine qua non* for climate change induced migrations, because climate change is caused by all global emissions and, in any case, one Emitter State would be responsible for its share of greenhouse gas emissions. This also leads to another thorny issue about how to apportion responsibilities in this context⁴⁵, since there would be shared responsibility among many Emitter States and often also responsibility of the territorial State⁴⁶.

One may answer that, because of the fact that the causes of climate change are cumulative, States are responsible for their share of the cause of harm. Some scholars have however suggested applying the principle of 'common but differentiated responsibilities' as expressed in the international climate change framework⁴⁷. This approach takes into account the historical contribution to climate change and affirms that industrialized Countries should have greater responsibility than developing Countries.

According to Knox the above problems are not insurmountable. He affirms that it is not necessary to link emissions of a particular State to a particular harm in order to assign responsibility. When it is ascertained that a

⁴⁵ See GERVASI, Mario. Le regole della responsabilità internazionale degli Stati dinanzi alla sfida del cambiamento climatico, La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di accertamento. In: SPAGNOLO, Andrea; SALUZZO, Stefano (eds.). **La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di accertamento**. Milano: Ledizioni, 2017, p. 61-88.

⁴⁶ See SPITZER, Martin; BURTSCHER, Bernhard. **Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts**, Journal of European Tort Law, 2017, p. 137-176.

⁴⁷ See RAJAMANI, Lavanya. **The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime**. Review of European, Comparative & International Environmental Law, 2000, p. 120-131.

group of States is responsible for more than two-third of global emissions, 'on this basis, it would be possible, at least in principle, to conclude that [...] some states are far more culpable than others, and to allocate responsibility [for the violation] accordingly'⁴⁸.

Looking closely to the causal links, even the argument of multi-stressors (other than climate change) which forced migrations is not so strong as it might seem. In certain circumstances, e.g. the submergence of Pacific small islands or the melting of Arctic glaciers, the factual causal link between climate change adverse effects and migrations is self-evident. It seems undisputable that the sea level rising due to climate change has been forcing the moving and the flight is the only possible choice for those affected by these natural catastrophes. To make a concrete example, it cannot be denied that the inhabitants in Kiribati and Tuvalu will migrate essentially because of the fact that climate change stressors like sea-level rise and the contamination of fresh drinking water sources threaten livelihoods on the islands⁴⁹.

CONCLUSIONS

The paper has briefly summarized the three models of extraterritorial application of human rights treaties that have emerged from an analysis of the relevant case-law: the spatial, personal and extraterritorial effects models. This latter one, while encompassing situations where there is no personal or spatial connection between the State and the victims of human

⁴⁸ See Knox as cited in LIMON Marc. **Human Right Obligations and Accountability in the Face of Climate Change**, Georgia Journal of International and Comparative Law, 2010, p. 555. Available at <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4847105/pdf/ijerph-13-00443.pdf>.

⁴⁹ In Kiribati, Nauru and Tuvalu the incremental sea level rise, saltwater intrusion and drought have impacted (and will most likely continue to impact) inhabitants' decision to migrate both internally and internationally. Based on survey findings, researchers have modeled future migration scenarios: by 2055, international migrations trips for Kiribati and Tuvalu will increase by 35 per cent and 100 per cent respectively. See UNU-EHS, Factsheet: Climate change and Migration in the Pacific: Links, Attitudes, and Future Scenarios in Nauru, Tuvalu, and Kiribati, available at http://i.unu.edu/media/ehs.unu.edu/news/11747/RZ_Pacific_EHS_ESCAP_151201.pdf.

rights violations, presupposes a causal link between a State conduct and the negative consequences suffered outside its borders. This approach to extend the scope of application of human rights treaties through a causal link paradigm has been recently adopted by the Inter-American Court's Advisory Opinion 23/17 and could be particularly appealing in new scenarios such as that of climate change migrations. In fact, the extraterritorial effect paradigm of jurisdiction may leave considerable rooms to consider that, if a violation of migrants' human rights is a necessary and foreseeable consequence of an high-emitting State' conduct, the State may be held accountable for the violation wherever it occurs, (i.e. wherever the enjoyment of human rights due to migrations is endangered). Furthermore a certain kind of extraterritorial application emerges from environmental claims before international bodies and tribunals that have recently recognized the linkage between environmental protection and fundamental human rights.

Despite this background, the affirmation of the extraterritorial effects model of jurisdiction and the question of international responsibility of top greenhouse gas emitting States in relation to climate change induced migrations is particularly complex, mainly because of the difficulties faced in establishing a proper chain of causation and apportioning international responsibility.

While the discourse on the extraterritorial application of human rights treaties' obligations and the new causal jurisdictional link is still in its infancy, of great interest is what emerges on the ground of public participation mechanisms and sharing of information. In the above mentioned Opinion 23/17, the Inter-American Court emphasized that under human rights instruments States are bound to carry out transnational environmental impact assessment and not to discriminate against potentially affected persons based on nationality or residence⁵⁰. Of course, in the context of climate change migrations, the contribution of single projects, including

⁵⁰ See Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 para. 218.

mega-projects, offers too remote a contribution to global warming and resulting migrations. Nevertheless, it does not seem excessive to argue that people living in at-risk areas at risk of submersion or desertification should be able to participate at least in Strategic Environmental Assessment procedures, concerning the elaboration of plans and programs (including energy national plans) in top greenhouse gas emitting States. This would be perfectly in line with the so called "all affected principle" at the basis of environmental democracy: due to the fact that environmental threats do not respect national borders, all affected communities and individuals abroad should be informed and should have the possibility of participating in decision-making⁵¹.

REFERENCES

AMMER, Margit; STADLMAYR, Lisa. **Legal Status and Legal Treatment of Environmental Refugees**. Federal Environmental Agency, Dessau-Rosslau, 2010 p. 1-14. Available at https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/461/publikationen/texte_54_2010_kurzfassung_e1_0.pdf.

DE SCHUTTER, Olivier; EIDE, Asbjørn; KHALFAN, Ashfaq; ORELLANA, Marcos; SALOMON Margot; SEIDERMAN, Ian. **Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights**, Human Rights Quarterly, 2012, p.1084-1169.

DE SENA, Pasquale. **La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo**. Torino: Giappichelli, 2002.

FERIA-TINTA, Monica; MILNES, Simon. **The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: Inter-American Court of Human Rights Issues Landmark Advisory Opinion on Environment and**

⁵¹ One should note that such a duty is prescribed by the Espoo's Protocol available at https://www.unece.org/env/eia/sea_protocol.html.

Human Rights, EJIL:Talk!, 26 February 2018. Available at <https://www.ejiltalk.org/the-rise-of-environmental-law-in-international-dispute-resolution-inter-american-court-of-human-rights-issues-landmark-advisory-opinion-on-environment-and-human-rights/>

GERVASI, Mario. **Le regole della responsabilità internazionale degli Stati dinanzi alla sfida del cambiamento climatico**. In: SPAGNOLO, Andrea; SALUZZO Stefano (eds.). *La responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali: nuove fattispecie, problemi di attribuzione e di accertamento*. Milano: Ledizioni, 2017, p. 61-88.

JAIMES, Veronica de la Rosa. **Climate Change and Human Rights Litigation in Europe and the Americas**, *Seattle Journal of Environmental Law*, p. 165-195.

KNOX, John H. **Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Framework Principles**, 2016, para. 33.

KRENNERICH, Michael. *Human Rights Beyond National Borders- What are Germany's Obligations*, **Conference Report**, Berlin, 2006, p. 2.

LIMON, Marc. *Human Right Obligations and Accountability in the Face of Climate Change*, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, 2010, p. 545-586.

McINERNEY-LANKFORD, Siobhán; DARROW, Mac; RAJAMANI, Lavanya. **Human Rights and Climate Change. A Review of the International Legal Dimensions**. Washington: World Bank Study, 2011, p. 1- 144.

MILAN, Andrea; OAKES, Robert; CAMPBELL, Jillian. **Tuvalu: Climate Change and Migration-Relationships Between Household Vulnerability, Human Mobility and Climate Change**. Report No. 18, United Nations University Institute for Environment and Human Security, Bonn, 2016, p. 21-28.

MILANOVIC, Marko. **Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy**, Oxford: Oxford University Press, 2011.

NIGRO, Raffaella. The Notion of "Jurisdiction" in Article 1: Future Scenarios for the Extra-Territorial Application of the European Convention on Human Rights, in **Italian Yearbook of International Law**, 2010, p. 11-33.

Office of the High Commissioner for Human Rights. **Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship Between Climate Change and Human Rights**, 2009, para. 71. Available at <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement>.

OSOFSKY, Hary.M. **The Inuit Petition as a Bridge? Beyond Dialectics of Climate Change and Indigenous People's Rights, Adjudicating Climate Change –State, National and International Approaches**. New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 272-291.

PAPANTONIOU, Angeliki. **Advisory Opinion on the Environment and Human Rights**, American Journal of International Law, 2018, p. 460-466.

PAVONI, Riccardo. **Interesse pubblico e diritti individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2013.

PEEL, Jacqueline; OSOFSKY, Hari M. **A Right Turn in Climate Change Litigation**, Transnational Environmental Law, 2017, p. 37- 67.

PITEA, Cesare. **Diritto internazionale e democrazia ambientale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

RAJAMANI, Lavanya. **The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime. Review of European, Comparative & International Environmental Law**, 2000, pp. 120-131.

SKOGLY, Sigrun I. **Global Responsibility for Human Rights**, Oxford Journal of Legal Studies, 2009, p. 827-847.

SPITZER, Martin; BURTSCHER, Bernhard. **Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts**, Journal of European Tort Law, 2017, p. 137-176.

STAPLETON, Sarah Opitz; NADIN, Rebecca; WATSON, Charlene; KELLET, Jan. **Climate Change, Migration and Displacement. The Need for a Risk-Informed and Coherent Approach**, Report of the United Nations Development Programme, 2017, p. 6-29.

STERN, Nicholas. **We Must Reduce Greenhouse Gas Emissions to Net Zero or Face More Floods**. The Guardian, 8 October 2018, available at <https://www.theguardian.com/environment/2018/oct/08/we-must-reduce-greenhouse-gas-emissions-to-net-zero-or-face-more-floods>.

VEZZANI, Simone. **Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani**, Rivista di diritto internazionale (forthcoming), p.1-47.

O CONSTITUCIONALISMO E OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO

Juliete Ruana Mafra Prado¹

Denise Schmitt Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo é um daqueles conceitos persuasivos e evocativos em seu próprio sentido, contudo é, de igual forma, nebuloso em seu conteúdo analítico e de caráter descritivo, o que o faz ao mesmo tempo enriquecedor e confuso para o discurso político³. No entanto, para compreender por inteireza o processo que envolve o constitucionalismo, é preciso identificar se hoje, sem negar as experiências passadas, ele tem significado específico e particular⁴.

Denota-se que, diante de conflitualidade em se esclarecer o instituto, é difícil encontrar estudos rigorosos e profundos que se arrisquem a tecer o processo dialético de conceituação do fenômeno do constitucionalismo, os que se arriscam não saem da parte histórica ou

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professora Universitária. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: julietemafra@univali.br.

² Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós- Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Membro da Comissão de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Instituto de Advogados do Brasil. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

³ GREY, Thomas C. *Constitutionalism: an analytic framework*. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitutionalism**, Nomos XX. New York: New York University Press. 1979. 189.

⁴ MATTEUCCI, Nicola. *Constitutionalismo*. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.p. 248.

política⁵. Segundo Aristóteles⁶, "(...) todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, sem princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem".

Entretanto, a sociedade é um complexo de relações do homem com seu semelhante, composto por relações intersubjetivas, anteriores, exteriores e que podem estar sujeitas ao Estado ou até mesmo se mostrar contrárias a ele⁷. Nos séculos XVIII e XIX despontaram correntes de pensamento filosófico, político e ideológico na sociedade, que compunham o Iluminismo. Movimentos sociais que, segundo José Joaquim Canotilho⁸, deram a cara do constitucionalismo moderno e fomentaram os movimentos constitucionais que se apresentam como a teoria normativa da política.

Por conta dos movimentos constitucionais liberais é que o paradigma moderno do Estado liberal⁹ se formou. No séc. XIX estava consolidada a transposição do Estado Absoluto para o Estado de Direito. Ora, o sentido geral do Estado Liberal de Direito é o condicionado entre a autoridade do Estado e a liberdade da Sociedade, no contexto de equilíbrio

⁵ SCHOCHET, Gordon J. Introduction: constitutionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitucionalismo**, Nomos XX. New York: New York University Press. 1979. p. 9.

⁶ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

⁷ BOBBIO, Norberto. Società (verbete) *Dizionario di filosofia* apud BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

⁹ Por este pensamento, Karl Loewenstein anuncia que: "E nun sentido ontológico, se deberá considerar como el te los de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatários del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en processo del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detendadores del poder. Desde un punto de vista histórico, por tanto, el constitucionalismo, y en general el constitucionalismo moderno, es un produto de la ideologia liberal. En la moderna sociedade de masas, el único médio practicable para hacer participar a los destinatários del poder em el processo político es la técnica de representación, que em um principio fue meramente simbólica y más tarde real". In: LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986. Título original: Verfassungslehre. p. 151.

mútuo estabelecido pelo princípio da legalidade. Logo, o Estado de Direito é “uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales”¹⁰.

Desta maneira, a era moderna entrou em exaustão quando seu paradigma, baseado na liberdade, deixou de ser o valor fundamental de orientação ao modo de pensar da sociedade, a qual passou, finalmente, a se preocupar com o bem estar social. Vê-se isto “[...] desde a implantação do Estado Social de Direito, maior legado da disputa capitalismo versus comunismo, protagonizada durante a guerra fria. [...]”, é o destaque de Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar¹¹.

Percorreu-se desde os anelos para derrubada do Estado Absolutista de repressão e iniquidade, até as aspirações de bem-estar social, - consequentes dum liberalismo, antes, intocável, - a serem servidas pelo Estado de Direito. Nas últimas décadas do século XX e nas primeiras do século XXI, o desenvolvimento idealístico da sociedade em si, que propaga seus paradigmas, viu nascer novos valores que passaram a ver o intervencionismo estatal no corpo de trazer direitos sociais e garantias fundamentais. A sociedade reconheceu a necessidade de determinadas limitações ao exercício da liberdade.

O Estado Contemporâneo surgiu voltado para a função intervencionista na sociedade, a fim de promover o equilíbrio das relações sociais e buscando proteger os indivíduos que estão em situação desfavorável perante as leis do mercado e da livre competição¹².

Denota-se que os movimentos sociais são operantes por natureza,

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 1995. p. 22.

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: UNIVALI. 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 2015. p. 39.

¹² WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003. p. 26.

seguem o fluxo natural, consequentes da história e da evolução do indivíduo, bem como da sociedade em seus anseios para além do Estado. Compreender o desenvolvimento da sociedade, do capital, do processo migratório, das novas tecnologias, da globalização, tudo implica em fatores externos aos conceitos institucionalizados pelo Estado e geram mutações constitucionais, que são efeitos imparáveis.

Assim, compete discorrer sobre o constitucionalismo e globalização. O objeto da presente pesquisa é compreender constitucionalismo frente aos novos desafios do Estado no Séc. XXI. Para tanto, os Objetivos Específicos são: a) observar o constitucionalismo e os Estados constituídos pelo processo histórico-evolutivo; b) analisar o constitucionalismo em seu processo dialético conceitual; c) investigar um dos desafios do Estado do Séc. XXI: a globalização.

O artigo está dividido em dois momentos: no primeiro, realizou-se uma análise acerca dos aspectos práticos sobre o surgimento e a construção histórica dos Estados e o constitucionalismo. O segundo tópico apresenta de maneira sintética os efeitos da globalização perante o constitucionalismo contemporâneo.

1. Aspectos práticos sobre o surgimento e a construção histórica dos Estados e o constitucionalismo

Preliminarmente, em aspectos gerais, importa elucidar o instituto do constitucionalismo através da sua construção histórica pelos Estados, desvendando seu surgimento e as etapas de rupturas e transpasse que o instituto vivenciou através de seus movimentos e evoluções ao longo dos anos até se tornar o ideal encontrado nos dias atuais.

Em meados do século XVIII, fruto do liberalismo, surgiu o constitucionalismo moderno. Com o despontamento das Revoluções Burguesas (a Revolução Inglesa de 1688; a Revolução Americana de 1776; e a Revolução Francesa de 1789), o instituto em apreço veio com o intuito

de afirmar a ideia da Constituição escrita como o trunfo na garantia de direitos, significando a conquista histórica em ruptura ao absolutismo¹³.

Segundo José Joaquim Canotilho¹⁴, o constitucionalismo se perfaz em dois: antigo e moderno. Da Idade Média ao séc. XVIII foi o tempo que ensejou constitucionalismo antigo, consistente em “conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder”. A partir do séc. XVIII surgiu o constitucionalismo moderno, que se demonstra no conjunto de movimentos que passaram a questionar sobre o quadro filosófico, político e jurídico, inclusive, passando a indagar sobre tradicional poderio injusto, levantando o debate por uma nova ordenação do poder político. O constitucionalismo moderno se demonstra pela emergência de um modelo de Constituição que se proponha, fulcrado em ideias centrais, aos seguintes pressupostos: i) ordenar, fundar e limitar o poder político; e ii) reconhecer e garantir direitos e liberdades individuais. Por este pensamento, o constitucionalismo moderno “são, pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades”¹⁵.

Dizer que o constitucionalismo moderno exsurge na ordem jurídico-política com caráter liberal é entender que foi concebido sem os ideais de democracia, visto que a Constituição escrita instrumentalizou o estabelecimento de dois elementos: limitação de poder e garantia de direitos, rompendo com o poderio ilimitado que se centralizava nas mãos dos Monarcas e trazendo segurança a burguesia, que já havia adquirido certo poder político e necessitava de estabilidade para o exercício de suas atividades¹⁶.

¹³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2003. V. 2.p. 7-8

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52-55.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52-55.

¹⁶ MAGALHAES, Jose Luiz Quadros de. **O novo constitucionalismo indo-afro-**

O constitucionalismo 'moderno' é aquele que "[...] apresenta uma característica definidora, a afirmação radical da liberdade do indivíduo e a existência de alguns direitos irrenunciáveis desse mesmo indivíduo, como critério essencial da organização do Estado", assinala Paulo Márcio da Cruz¹⁷.

Por óbvio, a Constituição liberal alçava mandamentos essenciais típicos do liberalismo. Assim, erigiu a valorização da liberdade individual, a garantia e proteção da propriedade privada, a declaração de direitos individuais e a separação dos poderes. Imperava a individualidade, sem intervenção estatal no mercado ou na vida privada dos indivíduos, perfazendo-se o Direito em ordem restrita a trazer estabilidade e segurança a essa estrutura¹⁸.

A partir do séc. XIX, com as reivindicações da classe operária por direitos efetivos da população é que a sociedade teve vigor em pleitear que os governantes garantissem a manifestação da vontade de toda a população, e finalmente a democracia é inserida ao constitucionalismo¹⁹.

No avançar das mutações sociais, os anseios se renovaram, causando a crise do paradigma moderno liberalista. Ora, "[...] a crise e a falência do modelo liberal, a eclosão da sociedade industrial de massas, bem como as profundas transformações sócio-econômicas ocorridas em fins do século XIX e começos do século XX [...]", apontavam para uma sociedade com novos reflexos ideológicos, informa Antonio Carlos Wolkmer²⁰. As ditas mudanças "[...] possibilitaram a complexa experiência

latino- americano. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito. v. 13. n. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010. p. 96.

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 27.

¹⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Madamentos, 2002. p. 52-54

¹⁹ MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito.** v. 13. n. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010. p.97-98

²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

de uma estrutura que, por estar ainda em curso, assume diversas especificidades, cunhada por autores com as designações de Estado Social, [...] Estado Providência ou Assistencial (*Welfare State*), etc”, é o que complementa o autor²¹.

Sob a égide do *Welfare State*²², aponta-se o constitucionalismo social, que teve marco inicial pelas Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, a Constituição de Weimar. O constitucionalismo social trouxe a intervenção estatal na economia e nas relações privadas, além da materialização de direitos liberais, antes apenas formalmente previstos e o implemento de direitos sociais²³.

No constitucionalismo social, o Direito passa a ser visto como sistema de regras e princípios otimizáveis e encerra objetivos a serem realizáveis. A separação de poderes é tratada como funções do Estado. Além disso, o Estado Social ainda não conseguiu efetivar os diversos direitos garantidos e a democratização econômica e social²⁴.

O constitucionalismo contemporâneo teve origem no cenário pós 2ª Guerra Mundial. As constituições “introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores, associados, em particular à dignidade humana e aos direitos fundamentais”²⁵.

²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 26.

²² “O Brasil é considerado um país de reconhecida modernidade tardia, porque não implementou o Estado Social. A promulgação da Constituição Brasileira, instituindo um Estado Democrático, veio justamente para buscar suprir essa defasagem”. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. **Constituição e Fraternidade**. O valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015. p. 25.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo social e democracia participativa**. In: Congreso Internacional de Derecho Constitucional. VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Ponencia presentada em el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em < <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf> >. Acesso em julho de 2015.

²⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Madamentos, 2002. p.58.

²⁵ BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. In: Revista Diálogo Jurídico. 15. n. Salvador, 2007. p. 4.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 inaugura o marco histórico do constitucionalismo contemporâneo devido aos seus aportes normativos de alto teor axiológico, onde na perspectiva de Konrad Hesse a “essência constitucional encontra suporte na sua vigência”²⁶.

Assim, o constitucionalismo contemporâneo é o fenômeno por meio da qual se conseguiu relacionar ao menos três bens de essencial importância: “limitação do poder político (inclusive das majorias), a proteção (e em alguns casos até a promoção) dos direitos fundamentais e a consagração da democracia como regra geral no que diz respeito ao exercício do poder político”²⁷.

A história do constitucionalismo mostra que ele é, em suma, a busca do homem político pelas limitações ao poder absoluto exercido por aqueles no poder, bem como o esforço para estabelecer uma justificação espiritual, autoridade moral ou ética, em vez da submissão cega, para o fim de aliviar a autoridade existente.²⁸

Segundo Maurizio Oliviero²⁹, o constitucionalismo se trata do produto auferido pelo processo dialético que insere no texto constitucional os aspectos da teoria política e jurídica, e ainda, as características ideológicas e técnicas, em que a soma dos elementos legitima as ações das instituições provendo-as com uma forma jurídica.

Imperiosa importância ao Estado, o constitucionalismo se forma

²⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 25. Título Original Die normativekraft der verfassung.

²⁷ Barcellos, Ana Paula de. **Um debate para o neoconstitucionalismo. papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação**. Disponível em <<http://www.bfbm.com.br/shared/download/artigo-um-debate-para-o-neoconstitucionalismo.pdf> >. Acesso em julho de 2015.

²⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p. 150.

²⁹ OLIVIEIRO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le

constituzionidelMaghrebtraduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003, p. 01

como movimento de ideais, instituições, preceitos e princípios regentes da maioria dos Estados no ocidente, que permite a cada Estado se estruturar internamente, pelas acepções das teorias do Direito e da Política. Trata-se de fenômeno que hoje caminha pelo viés da construção democrática, das garantias individuais e dos limites do poder, pela firme proposta pragmática de alcançar a melhoria do mundo social e responder aos novos anseios econômico-sociais dentro de cada Estado.

2. Considerações sobre a globalização e o Constitucionalismo.

Nos tempos modernos, a Nação era a 'outra face' do Estado e a arma principal em sua luta pela soberania sobre o território e sua população. A Nação, em sua identidade cultural, estava associada de maneira íntima ao Estado, ela trazia garantias, certezas, seguranças e durabilidade a este ente, já na contemporaneidade a relação entre Estado e Nação sofreu transformações pelos novos poderes globais³⁰.

Segundo Milton Santos³¹, "com a prevalência do dinheiro em estado puro como motor e último de ações, o homem é considerado elemento residual, assim como o território, Estado-nação, a solidariedade ficam como subsidiários".

Para os novos poderes globais, como as multinacionais (isto é, empresas globais com interesses e compromisso locais dispersos e cambiantes) "o mundo ideal é um mundo sem Estados, ou pelo menos com pequenos e não grandes Estados", orienta Eric Hobsbawm³².

A tecnologia revolucionou a informação a ponto que as notícias passaram a ser divulgadas em tempo real, os comportamentos típicos de

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 231.

³¹ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 36-78.

³² HOBBSAWM, Eric. The nation and globalization. *Apud* BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 239. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 36-78.

cada Nação, que formavam as diferenças culturais de cada povo passaram a ser importados dos países desenvolvidos aos subdesenvolvidos. “Nos últimos quarenta anos a sociedade passou por transformações profundas e muito rápidas: a informática entrou na vida de todos em vários níveis, provocando uma espécie de revolução que alguns comparam a produzida pela introdução da imprensa”, anuncia Carla Faralli³³.

Outrossim, a dupla tirania composta por dinheiro e informação formam a base do sistema ideológico que influencia no caráter das pessoas e na moralidade social, ensejando inversão de valores, típico do modelo globalizado³⁴. Um mundo globalizado exige novas necessidades, problemas, novas relações de interdependência e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios³⁵.

A busca pelo capital e as potências econômicas desconstituíram do Estado o poder, pois é clara a incapacidade dos governos de equilibrar as contas com os recursos que controlam, o que leva os entes estatais a colaborarem ativamente com os “globais”³⁶. “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”, assinala, Maurizio Oliviero e Márcio Staffen.³⁷

Assevera-se indagar se a globalização, sugerida pela competitividade de produção e o consumo, é a origem da causa para a

³³ FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 67.

³⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 36-78.

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar**. In: **Revista NEJ – Eletrônica**. Vol. 18 - n. 2 - p. 212-223 / mai-ago 2013. p. 219.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 239.

³⁷ OLIVIERO, Maurizio; STAFFEN, Márcio. **Resenha Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato** (Sabino Cassese).

morte do Estado, enquanto força atuante passível de reduzir as mazelas sociais. Ademais, já se pauta em dizer que a globalização se reflete como a causa determinante para o aumento contínuo da pobreza, fome, educação desqualificada e desemprego, etc³⁸.

O rumo dos eventos no mundo globalizado provou que o capitalismo avançado, visto na modernidade de liquidez³⁹, é caracterizado por variados fluxos a todo tempo, percebido pela constante mudança de posição e pelo impulso desenfreado da sociedade pelo consumo compulsivo. O que leva os indivíduos a busca de novas oportunidades, sem apego as instituições sociais, a sua identidade cultural originária ou aos valores da Nação e ao Estado de origem, mas com livre e célere circulação⁴⁰. Neste interim, Habermas orienta que "<Globalización> significa por outra parte, un ulterior grado de abstracción que representa una amenaza para la ya frágil cohesión social de las sociedades nacionales"⁴¹

Por estas reflexões, indagou Sabino Casses: em qual função estão os poderes públicos estatais e a globalização jurídica? O fenômeno da globalização ataca componentes fundamentais do Estado Moderno? É possível transportar democracia e justiça sobre o Estado? Para tanto, ele conjectura a necessidade de um direito global, pautado pelos princípios básicos do devido processo legal, da racionalidade, da proporcionalidade e

³⁸ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 36-78.

³⁹ A modernidade líquida é fruto de uma sociedade fluída, que não possui dimensões espaciais claras e fixas, mas um movimento rápido e desapegado que não se fixa no espaço e nem no tempo, eliminando as sólidas obrigações, os vários laços subjacentes às responsabilidades humanas mútuas até restar apenas o nexo do dinheiro, a dominação da racionalidade instrumental da economia. Assim, o derretimento dos valores sólidos levou à progressiva libertação da economia dos seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais. In: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 9-11.

⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 95-97.

⁴¹ <Globalização> significa, por outra mão, mais um grau de abstração que representa ameaça à coesão social já frágil das sociedades nacionais (tradução Livre). HABERMAS, Jürgen. **Mas Allá del Estado nacional**. 4.ed. Madrid: Trotta. 2008. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Título Original: Die Normalität einer Berliner Republik. p. 175.

do dever de motivação das decisões⁴².

Harbermas orienta que: “El vaciamento de la soberania del Estado nacional seguira ahondándose y, por tanto, resulta imprescindible proseguir com la ampliación de las facultades de acción política a nivel supranacional”⁴³. Para Habermas, acredita-se na posição teórico-política visando a social democracia para conduzir esse projeto de ordem mundial justa e equitativa, projeto este que passa necessariamente pela construção de instituições políticas supranacionais, que pudessem assumir as funções interventoras e compensatórias próprias dos Estados de bem-estar social, enfraquecidos ante o predomínio de uma economia monopólica mundializada⁴⁴.

Nesta mesma linha de raciocínio, Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero opinam pelo direito transnacional, que estaria por entre as soberanias e com fontes normativas originadas além das fronteiras nacionais, regulando efetivamente os atuais contextos transnacionais, que atualmente não se submetem ao reconhecimento externo ou à recepção formal pelos estados e que utilizam sanções econômicas aleatórias para alcançarem seus objetivos, caracterizando um ambiente de completa renúncia aos parâmetros mínimos de humanidade⁴⁵.

Já Zygmunt Bauman orienta que se o princípio da soberania do Estado- Nação está finalmente desacreditado e se a capacidade de

⁴² OLIVIERO, Maurizio; STAFFEN, Márcio. **Resenha II Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato (Sabino Cassese)**. In: Seqüência (Florianópolis), n. 66, p. 357- 360, jul. 2013

⁴³ O esvaziamento da soberania do Estado-nação continuará a aumentar e, portanto, imprescindível continuar com a expandir os poderes de ação política a nível supranacional. (tradução Livre). HABERMAS, Jurgen. **Mas Allá del Estado nacional**. 4.ed. Madrid: Trotta. 2008. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Título Original: Die Normalitat einer Berliner Republik. p. 175.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Europe: the Faltering Project**, p. 104-105 *apud* DANNER, Leno Francisco. Habermas e a Retomada da Social-Democracia. In: Veritas, v. 57, n. 1, jan./abr. 2012, p. 71-91.

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar**. In: **Revista NEJ – Eletrônica**. Vol. 18 - n. 2 - p. 212-223 / mai-ago 2013. p. 27.

resistência dos Estados está efetivamente quebrada, a sua desistência e consequente substituição do mundo das Nações pela ordem supranacional - que condiz num sistema político global de freios e contrapesos para limitar e regular as forças econômicas globais - é apenas uma das possibilidades do cenário atual, mas não a mais provável⁴⁶.

Segundo Milton Santos, a resposta à crise institucional do Estado e o futuro caminhar do Constitucionalismo será por uma outra globalização, que traga a primazia do homem no centro das preocupações do mundo, impondo nova ética, nova economia, nova sociedade, novo espaço geográfico, partindo da prática da vida e da existência de todos, em superação e abandono do modelo atual. Uma coisa parece certa: as mudanças a serem introduzidas, no sentido de alcançarmos outra globalização, não virão do centro do sistema, mas do inconformismo gerado nos países subdesenvolvidos, pois a globalização atual não é irreversível⁴⁷.

O Constitucionalismo continuará em movimento pelo processo de pensamento que repercute em proteger os mínimos valores democráticos até aqui conquistados. O futuro é ainda incerto, mas as sombras das consequências adversas mostram que caberá ao constitucionalismo, por ser a base político-ideológica que alimenta os Estados no processo evolutivo de suas constituições, fomentar a manutenção dos valores fundantes da sociedade para além dos Estados, a fim de protegê-los frente as forças econômicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se mediante a pesquisa que o constitucionalismo consiste em fenômeno complexo, de muitas facetas, pois é o movimento idealista que incorpora parcela da teoria política e jurídica no texto constitucional, influenciando as bases organizacionais e de poder que atuam dentro de

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 240.

⁴⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 147 - 170.

cada Estado.

Hoje, indaga-se: “Crise” do Constitucionalismo? “Crise” do Estado? Estamos de acordo que todo o mundo tem usado a criação artificial do Estado como forma de gerir a convivência em comum, o que mostra que a percepção de crise no Estado, ou seja, a desconstrução crítica dos elementos do Estado é problemática que atingirá todo o mundo.

O Estado democrático na atual estrutura não é mais de todo hábil para responder a sociedade vigente, isto porque o ente estatal não é rápido como as

medidas que lhe são solicitadas. Nota-se que o método de Estado democrático como ora é utilizado não se mostra capaz de suprir as necessidades do capital, da globalização, da sociedade tecnológica, da modernidade de liquidez, enfim, de vários os fatores do séc. XXI. Analisando os elementos constitutivos do Estado: povo, território e soberania. Observa-se que os três elementos sofreram mudanças: o povo, que constitui-se como nação, hoje enfrenta fatores que relativizam a identidade cultural; o território, que constitui o limite geográfico atuante do Estado, hoje reflete a sociedade globalizada sem fronteiras, a revolução tecnológica e da informação, a autonomia econômica das multinacionais sem limites de tempo e espaço; a soberania, que é o poder dos Estados, já sofre enfraquecimento pelos avanços da tecnologia, da informação e do capital. Ora, as categorias fundantes do Estado Contemporâneo não são mais suficientes isto por causa dos efeitos advindos do mundo globalizado.

A história do constitucionalismo mostra que consiste, em suma, na busca do homem em sociedade, em se tornar cidadão. Na luta pelos limites ao poder absoluto, pela separação dos poderes, pelos direitos de liberdades e garantias constituídos, bem como o esforço para estabelecer uma justificação espiritual, autoridade moral ou ética, em vez da submissão cega, para o fim de legitimar as autoridades existentes.

Observa-se que o constitucionalismo contemporâneo retrata a introdução no texto constitucional de valores associados a separação dos poderes, a dignidade humana, aos direitos fundamentais e a democracia no exercício político. Valores que não estamos preparados para perder. Considerando às especulações sociológicas, filosóficas ou dos pesquisadores da Ciência Política, não se nega que os fatores externos do sec. XXI repercutirão determinadamente nas bases institucionais e organizacionais do Estado.

Se hoje o Estado sofre uma crise institucional, já não mais conseguindo envolver seu regimento sob todas as forças que atuam na sociedade contemporânea, a fim de garantir a segurança típica do contrato social, convém desenvolver estruturas de organização global que consigam ir além das fronteiras do Estado, sem deslegitimar as Instituições Estatais já constituídas e vigentes.

Ora, o constitucionalismo não é movimento idealístico de um Estado, mas o pensamento indutor de todos os Estados, estando acima de seus limites de atuação. Assim, cabe ao constitucionalismo fomentar, por ser a base político-ideológica que alimenta os Estados no processo evolutivo de suas constituições, a manutenção dos valores fundantes da sociedade para além dos Estados, a fim de alcançar uma organização em cenário global que imponha limites sobrepujante a força econômica.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico. 15. n. Salvador, 2007.

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

BOBBIO, Norberto. Società (verbete) *Dizionario di filosofia apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo social e democracia participativa**. In: Congreso Internacional de Derecho Constitucional. VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Ponencia presentada em el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf>>. Acesso em julho de 2015.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: tática para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998. Tradução de Lucy Magalhães.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. **Constituição e Fraternidade**. O valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: UNIVALI. 2012. Disponível em:

<<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar**. In: Revista NEJ – Eletrônica. Vol. 18 - n. 2 - p. 212-223 / mai-ago 2013. p. 219.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martínez Nieira.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra editora. 2008.

GREY, Thomas C. Constitutionalism: an analytic framework. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitutionalism**, Nomos XX. New York: New York University Press. 1979.

HABERMAS, Jürgen. **Mas Allá del Estado nacional**. 4. ed. Madrid: Trotta. 2008. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Título Original: Die Normalität einer Berliner Republik.

HABERMAS, Jürgen. Europe: the Faltering Project, p. 104-105 *apud* DANNER, Leno Francisco. Habermas e a Retomada da Social-Democracia. In: Veritas, v. 57, n. 1, jan./abr. 2012.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 25. Título Original Die normativekraft der verfassung.

HENKIN, Louis. A new birth of constitutionalism: genetic influences and genetic defects. In: ROSENFELD, Michael (org.). **Constitutionalism, Identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives**. Durham: Duke University Press. 1994.

HOBSBAWM, Eric. **The nation and globalization**. *Apud* BAUMAN, Zygmunt.

Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Zahar. p 239.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1986. Título original:

Verfassungslehre.

MAGALHAES, Jose Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 13. n. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2003. V. 2.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Madamentos, 2002.

OLIVIEIRO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb traduzione dei testi vigenti, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003.

OLIVIERO, Maurizio; STAFFEN, Márcio. **Resenha II Direito Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato (Sabino Cassese)**. In: Sequência (Florianópolis), n. 66, p. 357-360, jul. 2013

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**. 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SCHOCHET, Gordon J. Introduction: constitutionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitutionalism**, Nomos XX. New York: New York University Press. 1979.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São

Paulo: Saraiva, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo:
Revista dos tribunais, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia.
Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 1995.

A FRATERNIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL DO ESTADO COM FUNÇÃO SOCIAL

Daniel Cardoso¹

Sérgio Laguna Pereira²

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar como o princípio da Fraternidade, enquanto dinâmica de reciprocidade na ação entre pessoas humanas, pode servir de instrumento para a concreta efetivação da Função Social do Estado.

A pesquisa é baseada em fontes bibliográficas sobre o tema desenvolvido e está assim dividida.

Inicialmente, busca-se demonstrar os efeitos que o individualismo exacerbado exerce sobre a sociedade contemporânea, desde as mais intensas relações sociais, a exemplo daquelas que se dão no seio do núcleo familiar, até as mais frágeis interações entre desconhecidos, bem como o papel do Direito como vetor para criação de condições sociais para construção de uma sociedade igualitária.

A temática ganha contornos mais definidos com a delimitação do conceito de Função Social do Estado enquanto realização da Justiça Social,

¹ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdade Integrada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: danielcardoso@pge.sc.gov.br

² Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdade Integrada. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: laguna@pge.sc.gov.br

bem como com a afirmação da necessidade de compreensão da Constituição como projeto cultural, de modo a conectar à realidade social os valores e parâmetros enunciados nos textos normativos.

Para possibilitar essa conexão à realidade social, sugere-se o resgate de valores culturais deixados de lado pela própria política, quais sejam, a Solidariedade e a Fraternidade, enquanto contraposição ao individualismo patogênico, traço tão marcante da sociedade contemporânea, como forma de recuperação do protagonismo do indivíduo, por meio de atitudes concretas, na promoção da Função Social do Estado.

1 O EGOÍSMO COMO MAL DO NOSSO TEMPO

A reflexão que anima o presente artigo surge ainda durante a leitura do livro "Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito", do Professor Carlos Eduardo Bittar. De fato, o autor aponta com propriedade o individualismo patogênico, grande mal da sociedade contemporânea, como causa do enfraquecimento das relações sociais e do conseqüente abandono do valor da solidariedade. Leia-se:

São os imperativos sistêmicos da economia mercantil que definem uma condição tal de socialização que os indivíduos se mostram absolutamente encubados pela reificação dos laços sociais, fator que degenera a interação social, na medida em que danifica a própria razão em funcionamento.

[...]

Por isso, pode-se afirmar que, para sociedades do capitalismo tardio, o individualismo patogênico é a grande marca de um tempo. Não por outro motivo, a perda da percepção da totalidade contida na alteridade faz dos laços entre os indivíduos relações frágeis e perpassadas pelos interesses imediatos, e não por laços de solidariedade. Mas será que a radicalização da democracia sobrevive sem laços solidários?³

³ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213.

Chamam atenção os efeitos que esse individualismo exacerbado exerce mesmo sobre a instituição familiar, a qual, a despeito de ser o núcleo social mínimo, sempre teve nos laços afetivos sua característica mais marcante.⁴ A patologia do individualismo afeta aquela que deveria ser a relação mais óbvia de doação ao próximo: a paternidade. Na sequência, aborda a perda de significação da família enquanto microsociedade:

Os filhos acostumados a encontrar no privado esse vazio e no público esse aconchego fazem do lar uma rota de passagem, um lugar de encontros de individualidades. Vale a pena acompanhar a leitura de Antonie Prost, quando afirma: "Assim, a família perde gradualmente as funções que a caracterizavam como uma microsociedade. A socialização dos filhos abandonou em larga medida a esfera doméstica. A família, portanto, deixa de ser instituição para se tornar um simples ponto de encontro de vidas privadas⁵". Não de estranhar, portanto, em continuação, sustenta o historiador, que "... a afirmação da vida privada de cada indivíduo corrói internamente a instituição familiar"⁶.

Guardadas as devidas proporções, é justamente essa a observação que se pretende fazer: o mesmo indivíduo egocêntrico que negligencia seu papel dentro da família e "terceiriza" a educação dos próprios filhos para ter mais tempo para se dedicar aos seus projetos pessoais é o indivíduo que, no meio social em que se encontra inserido, crê ser exclusivamente do Estado a

⁴ Com a crescente individualização da vida contemporânea, o lar perde um tanto de sua significação. Com isso, os pais, indivíduos sobrecarregados por jornadas de trabalho informalizadas e tornadas flexíveis, mas que ocupam mais tempo que a jornada de trabalho regulamentada, e superocupados com questões ligadas à afirmação de sua própria egocentria, descarregam sobre instituições sociais algumas tarefas antes consideradas privadas. Nesse sentido, há uma publicização da relação de formação do indivíduo, no sentido de uma delegação de responsabilidade à escola-total, à escola em cujo contrato devem estar embutidas as responsabilidades por alimentar, suprir afetivamente, moldar o caráter, preparar para o vestibular, domesticar a fúria infantil, curar os desvios psíquicos etc. (BITTAR, Eduardo C. B. Democracia, justiça e direitos humanos. p. 88.).

⁵ PROST, Antoine. **A família e o indivíduo**. In: PROST, Antoine; VICENT, Gerard (Orgs.). Histórias da vida privada. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. v. 5. p. 87.

⁶ PROST, Antoine. **A família e o indivíduo**. p. 92.

responsabilidade pela construção da Sociedade. A reflexão que se faz sobre o processo de amesquinamento da sociedade como um todo não diverge das observações feitas em relação ao núcleo social mínimo, qual seja, a família, que teria no processo de privatização das suas funções a marca da modernidade.⁷

Paralelamente ao egoísmo, surge a capacidade de consumo como medida de sucesso de cada indivíduo, que encontra, nas infinitas possibilidades de compra, o material para construção de sua individualidade, tanto mais marcante quanto mais exclusivos forem os círculos de consumo que consiga frequentar.⁸

Seja causa ou conseqüência do fenômeno, a verdade é que o consumismo é o aspecto mais gritante desse amesquinamento social, que surge como barreira invisível à percepção do mundo a nossa volta. De acordo com Bittar, "é a imagem publicitária, agora, o instrumento que sabota o superego ao criar a falsa percepção de que, mesmo aprisionado ao gosto e ao consumo, a cela na qual se encarcera o indivíduo é tão larga quanto as possibilidades de compra".⁹ E prossegue, mais adiante, para afirmar a necessidade de um movimento pedagógico que corrija o rumo da sociedade moderna:

A descolorida apatia política, a invisibilidade dos problemas sociais, a indiferença social, a insatisfação sublimada no consumo, a inércia mobilizadora precisam ser superadas através de um movimento pedagógico que aja na contramão desse processo.¹⁰

Ainda que se admita que a superação desse chamado individualismo patogênico passe indiscutivelmente por uma mudança cultural, é preciso reconhecer o papel controlador do Direito sobre o egoísmo inerente a todas as pessoas, bem como suas próprias limitações. Sobre a escassez, o egoísmo

⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos.** p. 81.

⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos.** p. 78.

⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos.** p. 32.

¹⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos.** p. 45.

e a necessidade do direito, Peces-Barba:

Si la escasez no existiera no sería necesario el Derecho porque la abundancia resolvería los problemas. Si la escasez fuese absoluta el Derecho no sería posible, porque no habría nada que repartir.

[...]

Además de la escasez, el Derecho es una necesidad imprescindible porque los seres humanos tenemos un altruísmo limitado, que es como decir un egoísmo que necesita reglas para ser controlado. La tentación del egoísmo es tomarse la justicia por su mano, imponerse por la fuerza y por la violencia.¹¹

Essa noção de direito como ferramenta de controle ao egoísmo natural do ser humano pode ser demonstrada, como se verá mais adiante, na idéia de Estado Social. Para Peces-Barba, seriam três as perspectivas de um Estado Social, quais sejam, a ética, a política e a jurídica:

Em resumen el Estado social se puede contemplar desde tres perspectivas:

a) La Ética que arranca de la idea de la igual dignidad de todas las personas que es una conquista de la modernidad, y que supone una forma de organización para favorecer la autonomía y la independencia moral.

b) La política com unas estructuras que favorece la acción positiva de los poderes públicos y la promoción de la acción social, com unos valores superiores que expresan la decisión política em ese sentido.

c) La jurídica con un Ordenamiento jurídico que añade a las funciones clásicas del Derecho liberal, la función promocional.¹²

E prossegue, para afirmar que é papel da Política e do Direito criar condições sociais para construção de uma sociedade democrática, deixando claro, contudo, não ser papel do Direito estabelecer diretamente obrigações sobre comportamentos tendentes aos bem, à salvação, à virtude ou à

¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010. p. 22.

¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. p. 80.

felicidade.¹³

Sem pretender enfrentar a discussão sobre o conceito de política, ambição que passa distante do presente trabalho, se quer chamar atenção apenas para o fato de que a sociedade ideal seria aquela em que as individualidades estariam espontaneamente orientadas para a realização de uma justiça comum, ou, conforme afirmar Bittar:

Justa é a sociedade na qual, no uso de suas liberdades individuais, agindo, os singulares realizam igualmente objetivos de uma justiça comum. As doses de indivíduo, de coletividade, de Estado e de mercado devem estar sopesadas nessa situação.¹⁴

Paradoxalmente, contudo, é dessa mesma sociedade, composta de indivíduos egoístas e consumistas, de que se cobra insistentemente a realização de uma Função Social do Estado.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO

Como visto anteriormente, em que pese a Sociedade se encontrar acometida daquilo que podemos chamar de individualismo patogênico, a necessidade de realização da Função Social do Estado jamais foi tão evidente. Mas qual seria, afinal, essa função? Da leitura de Cesar Luiz Pasold, extrai-se o Conceito Operacional da Função Social do Estado, o qual se adequa perfeitamente à reflexão que tentamos desenvolver até então, qual seja: "A FUNÇÃO SOCIAL que proponho deva ter e exercer o Estado, atualmente, tem uma destinação evidente: - realizar a Justiça, e sobretudo a Justiça Social."¹⁵

Seria, portanto, a promoção da justiça a função primordial do Estado? Parece-nos que sim. De fato, bem observada a distinção entre justiça comutativa, justiça distributiva e justiça social, feita por Pasold com base na

¹³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho.** p. 138.

¹⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos.** p. 237.

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo.** 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 53.

lição de Alceu de Amoroso Lima, nos seguintes termos:

Parece-me, porém, desde um ponto de vista didático, que Alceu de Amoroso LIMA conseguiu formular de modo muito objetivo um raciocínio/proposta que permite uma concepção político-jurídico-sociológica para Justiça Social, além de diferenciá-la de outros dois tipos.

Assim: "A justiça comutativa é a mais elementar das formas de justiça. Ao dar, temos o direito de receber algo de equivalente. Na justiça distributiva, temos o dever de contribuir para a coletividade, sem qualquer exigência de retribuição respectiva. Na Justiça Social, é a coletividade que tem o dever de contribuir para que cada pessoa humana receba na base das suas necessidades essenciais".¹⁶

Nada mais legítimo que o anseio por justiça social. A dificuldade a sua realização, todavia, talvez esteja na própria concepção de Estado. Insistimos, nesse momento, na afirmativa de que o Estado precisa ser compreendido como instrumento de toda a sociedade, e não como mero patrocinador de interesses individuais ou de determinados segmentos.¹⁷

Cumprе destacar, aqui, que não se desconhece a opinião de Comparato, para quem o capitalismo teria um caráter naturalmente contrário à promoção dos direitos de natureza econômica, social e cultural, opinião da qual não comungamos:

Um Estado fraco, permanentemente submetido às injunções do capital privado, no plano nacional ou internacional, é incapaz de atender à exigência do estabelecimento de condições sociais de uma vida digna para todos. Nunca como hoje percebeu-se, tão nitidamente, o caráter anticapitalista dos direitos humanos de natureza econômica, social e cultural.¹⁸

Ao contrário do que afirma o autor, não cremos ser o capitalismo a raiz de todos os males. Todavia, é impossível não reconhecer que, de uma

¹⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 54.

¹⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 17.

¹⁸ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 572.

sociedade consumista e esteticista, que a tudo precifica, não se poderia esperar nada muito diferente de um Governo cuja administração esteja mais voltada ao aumento da arrecadação e à redução de gastos do que à promoção de Justiça Social. A realidade contemporânea, contudo, demanda não só a eficiência administrativa, mas também a participação do homem na criação de seu próprio destino.¹⁹

O raciocínio que aqui se defende, embora simplista, parece inatacável: o Estado, enquanto criatura da própria Sociedade, nada mais é do que reflexo dos anseios das pessoas que a compõem. Retornamos à reflexão do ponto anterior, portanto, para afirmar que, no seio de uma sociedade acometida daquilo que se convencionou chamar de “individualismo patogênico”, dificilmente surgirá um Estado apto à atenção de sua Função Social, na medida em que o Estado nada mais é do que o resultado dos estímulos dados pelas pessoas que compõem a própria Sociedade.²⁰

Do mesmo modo, a própria Constituição, enquanto carta enunciativa dos parâmetros pelos quais o Estado realizará suas funções, quando desconexa da realidade social, não possui aptidão para garantir uma evolução coerente da Sociedade. Há necessidade de compreensão, nesse ponto, da Constituição como projeto cultural, conforme a lição de Silva e Brandão:

Entender a Constituição como projeto cultural é fazer justiça ao que a Constituição representa na consciência e na maneira de ser de um povo: trata-se de fazer valer a Constituição. Para Häberle, a validade jurídica não é um plano, é uma certeza. A duração de uma Constituição depende essencialmente de uma validade (co)produzida e sentida pelos cidadãos e pelos grupos sociais, em uma perspectiva de atuação da Cultura no aspecto interno dos direitos fundamentais da liberdade e da democracia. As tarefas e/ou desafios de uma Constituição entendida como projeto cultural requerem que sejam observados os processos culturais das comunidades, porém, tal como adverte o autor em sua doutrina da Constituição, como ciência da cultura, esses não devem ser realizados

¹⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 50.

²⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 26.

de forma isolada, mas devem ter a finalidade de explorar o potencial constituinte para o benefício, também, da Constituição Jurídica do Estado Constitucional.²¹

Para os referidos autores, "a Constituição é um elemento da cultura, uma cultura consolidada em forma especialmente jurídica, mas que, como essa, não é idêntica."²² O que se verifica na prática, de modo muito distinto, é que não existe um projeto cultural paralelo ao crescimento do aparato Estatal. Nada obstante as pessoas imprimam cada vez mais energia no desenvolvimento de novas tecnologias, modelos econômicos ou tratamentos de saúde, apenas para exemplificar, torna-se cada vez mais rara a dedicação a temas de estudo voltados ao desenvolvimento cultural de determinada comunidade, mediante a percepção do próximo como igual, e a dedicação ao espírito coletivo.

Sirvo-me novamente da lição do Professor Pasold para delimitar exatamente a Função Social do Estado Contemporâneo, bem como para pontuar mais uma vez o propósito do presente trabalho, qual seja, demonstrar que as pessoas exigem do Estado, e portanto de si mesmas, algo que sequer praticam no seio de suas relações mais elementares. O autor reafirma a condição instrumental do Estado, na medida em que seu papel sempre estará subordinado à noção legítima de Bem Comum que a Sociedade, em sua dinâmica, vier a estabelecer.²³ Vale dizer, a aptidão do Estado em atender sua função social está umbilicalmente ligada à recepção da própria Sociedade em relação a valores como o da solidariedade e, principalmente, o da fraternidade.

3 A FRATERNIDADE

O caminho para a realização da Função Social do Estado passa

²¹ SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo da constituição**. Curitiba: Juruá. 2015. p. 69.

²² SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade**. p.86.

²³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 35.

necessariamente, então, pelo resgate dos valores da Solidariedade e da Fraternidade, em oposição ao culto ao individualismo, traço bastante marcante da Sociedade contemporânea.

Por oportuno, cumpre esclarecer que os conceitos de Solidariedade e de Fraternidade²⁴ são constantemente utilizados de forma indistinta, como se sinônimos fossem. Apenas para exemplificar, leia-se os seguintes excertos da obra de Peces Barba, que, ao tratar da Solidariedade, traz observações perfeitamente aplicáveis à Fraternidade:

La solidaridad es un motor para superar el egocentrismo de principios y derechos y extenderse a las demás culturas. Es la forma de realización de la universalidad. A partir de la idea de humanidad, una de las claves de la solidaridad, ésta se convierte en el motor de impulso real de la idea de que todas las personas deben estar en igualdad de condiciones en sus derechos y deberes, es decir en la universalidad de éstos.

E, mais adiante, ao tratar do abuso de direito:

Finalmente la solidaridad sirve como instrumento clave para la aplicación y la interpretación de los derechos. Sus titulares y los operadores que los aplican y los protegen pueden hacer una práctica solidaria o egoísta. En el segundo supuesto se pueden producir una serie de patologías y disfunciones con la afirmación absoluta de um derecho, sin tener en cuenta sus límites o los derechos de los demás, o en su aplicación sin importar los daños que puedan producir. El abuso de los derechos sería un signo de insolidaridad, mientras que el uso solidario de los mismos conduce a respetar los derechos de los demás, y a tener en cuenta para evitarlos, la posibilidad de perjuicios.²⁵

Há, contudo, importante distinção entre os princípios, os quais não

²⁴ De acordo com Comparato, historicamente a fraternidade veio a ser mencionada, pela primeira vez – e, ainda assim, não como princípio jurídico, mas como virtude cívica –, na Constituição Francesa de 1791. Foi somente no texto constitucional da segunda república francesa, em 1848, que o tríptico veio a ser oficialmente declarado. (COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 241.).

²⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. p. 180.

são excludentes, mas complementares entre si. Adota-se a lição de Silva e Brandão, nesse ponto, para quem, enquanto a Solidariedade pressuporia uma relação vertical entre os envolvidos, a Fraternidade refletiria uma relação horizontal:

A solidariedade como princípio pode ser representada pela linha vertical e essa posição de verticalidade pressupõe uma Sociedade de classes em que as ações individuais e/ou coletivas, políticas e /ou sociais resultam de uma condição de sujeição entre pessoas humanas. Enquanto que a Fraternidade implicaria horizontalidade das relações, quaisquer que sejam, na qual a condição não implica sujeição, mas consideração à pessoa humana.

[...]

É justamente na ação que se percebe a mais relevante distinção entre solidariedade e fraternidade: a Fraternidade estabelece uma dinâmica de reciprocidade na ação entre pessoas humanas. O pertencimento à espécie Humana é o primeiro vínculo que se estabelece entre pessoas humanas, motivo que faz (e deve fazer) gerar a ação recíproca. E, é através desse primeiro vínculo comum que as pessoas humanas se reconhecem iguais nas suas diferenças, na organização da convivência Política e da vida em Sociedade, fazendo nascer a responsabilidade de uns para com os outros, independentemente de identidades e pertencimentos à classes ou nacionalidades.²⁶

A Fraternidade seria, portanto, a sensação de pertencimento à Sociedade em que se vive, contraponto natural ao egoísmo e ao individualismo mencionado no capítulo primeiro, e verdadeiro pressuposto cultural à implementação de um Estado com Função Social.

O que se verifica na prática, contudo, é que o valor Fraternidade tem sido negligenciado enquanto objeto de estudo pela própria doutrina política, que não haveria incorporado essa nova condição que a Fraternidade teria ascendido na modernidade.

²⁶ SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade.** p. 110.

Essa carência talvez se explique pelo fato de que, ao contrário da liberdade e da igualdade, cujos mandamentos podem ser facilmente enunciados em textos normativos, a fraternidade é um valor mais profundo, notadamente cultural, à salvo da demagogia que assola a política nacional contemporânea. A Fraternidade, enquanto valor inerente à política, é anterior ao próprio direito. E, como já dito anteriormente, não é papel do direito estabelecer diretamente obrigações sobre comportamentos tendentes ao bem, à salvação, à virtude ou à felicidade. Todavia, somos notadamente o país dos estatutos, clara demonstração de que tentamos insistentemente compensar a ausência de um projeto cultural com uma intensa produção legislativa. Nesse ponto, Silva e Brandão fazem alusão à Häberle para esclarecer que:

O fato da Constituição pressupor uma legislação, não faz com que só a legislação seja capaz de garantir "que o Estado Constitucional seja aqui e agora 'realidade'". O autor entende que a dimensão jurídica é apenas um aspecto da Constituição: do ponto de vista jurídico, o povo tem uma Constituição; de um ponto de vista mais amplo, cultural, o povo é uma Constituição. Observa, ainda, que o Estado Constitucional é muito importante para ser deixado somente aos juristas, porque, na verdade, todos são (somos) responsáveis pela Constituição.²⁷

Nesse ponto, atrevemo-nos a afirmar que de nada servirá a presença da expressão "sociedade fraterna" no preâmbulo da Constituição da República enquanto a própria Fraternidade não for resgatada como elemento da nossa cultura. A perda da noção de pertencimento faz com que as pessoas deixem de enxergar sua responsabilidade em contribuir para a comunidade onde vivem. De fato, na sociedade do consumo, a própria Fraternidade teria um preço, sendo senso comum que o mero pagamento de tributos é suficiente para que o cidadão transfira ao Poder Público toda a responsabilidade pela formação de um Estado com Função Social.

²⁷ SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade.** p.66.

Tal raciocínio, a nosso sentir, é inadmissível.

Para Pasold, a realização da Função Social do Estado, por meio da Justiça Social, passa indiscutivelmente pela sua incorporação como atitude pelos próprios indivíduos, não se podendo aceitar a postura do egoísmo, que convenientemente delega ao Estado toda a responsabilidade por sua promoção:

Quanto à JUSTIÇA SOCIAL, ao aceitar o esquema teórico proposto, é preciso incorporá-la como atitude e, coerentemente, exercê-la em comportamentos.

Assim, quando se solicita JUSTIÇA SOCIAL, não se pode realizar o apelo ingênua ou maliciosamente – como se o seu destinatário único fosse o Estado, ou um outro, como o Governo.

O verdadeiro destinatário dos apelos à JUSTIÇA SOCIAL é o seu Agente: - o todo social, ou seja, a Sociedade.

A JUSTIÇA SOCIAL somente apresentará condições de realização eficiente, eficaz e efetiva se a Sociedade, no seu conjunto, estiver disposta ao preciso e precioso mister de contribuir para que cada pessoa receba o que lhe é devido pela sua condição humana.

E, da parte do Estado, caso ele exerça uma efetiva, contínua e legítima Função Social.

Neste contexto, destaco três pontos estratégicos:

1º - a noção de JUSTIÇA SOCIAL não pode ser presa a esquemas fixados a priori e com rigidez indiscutível;

2º - a conduta do Estado não pode ser paternalista para com os necessitados e protetora ou conivente para com os privilegiados;

3º - a responsabilidade pela consecução da JUSTIÇA SOCIAL na sua condição de destinação da FUNÇÃO SOCIAL, deve ser partilhada por todos os componentes da Sociedade.²⁸

De fato, é dessa última afirmação do Professor Pasold que se extrai a conclusão do presente trabalho: a Fraternidade é elemento essencial à realização da Função Social do Estado, na justa medida em que reflete a responsabilidade de todos os componentes da Sociedade pela consecução da Justiça Social.

²⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. p. 55.

A implementação da função social do Estado, portanto, não carece de novos estatutos para transferir novas responsabilidades ao Estado. O Estado, enquanto mero instrumento da Sociedade, jamais será moralmente mais elevado que os indivíduos que a compõem. O maior obstáculo à construção dessa sociedade fraterna, como se vê, não é externo à sociedade, mas sim interno, cultural, e será superado com atitudes, e não com discursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O resgate de valores culturais como o da Fraternidade se mostra, a nosso sentir, como o caminho mais adequado à criação do ambiente necessário ao fomento da Função Social do Estado. Como se pode aferir ao longo da pesquisa, o primeiro passo seria a superação do chamado individualismo patogênico, mediante assunção de um projeto cultural efetivamente voltado à incorporação do valor Fraternidade como elemento estrutural da Sociedade, e não como mero enunciado em textos normativos.

De fato, uma intensa produção legislativa voltada à criação de mecanismos concretos de solidariedade e fraternidade dentro de determinada sociedade, quando dissociada de um projeto cultural, muitas das vezes alcança um efeito contrário ao proposto: ao passo que as pessoas sabem que determinados grupos fazem jus a um tratamento diferenciado por parte do Estado, elas se tornam cada vez menos propensas a ajudá-las por meio de atitudes concretas, sob a justificativa de que sua responsabilidade se esgotaria no mero recolhimento de tributos. É preciso impedir que a demagogia da classe política, nesse ponto, impeça o amadurecimento da Sociedade como um todo.

O princípio da Fraternidade precisa sim, retomar seu merecido espaço nas discussões tendentes à construção de um Estado com Função Social. É preciso ter cuidado, entretanto, para que seu retorno surja gradativamente dentro da consciência de cada indivíduo, que deverá passar a reconhecer o próximo como igual em suas diferenças, e não por meio de imposição de um Estado controlador e absolutista.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: UNIVALI, 2013.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010.

PROST, Antoine. A família e o indivíduo. In: PROST, Antoine; VICENT, Gerard (Orgs.). **Histórias da vida privada**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. v. 5, p. 61-114.

SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade**: o valor normativo do preâmbulo da constituição. Curitiba: Juruá. 2015.

OS LIMITES DA DEMOCRACIA TRANSNACIONAL

Francine Cansi¹

Paulo Márcio Cruz²

INTRODUÇÃO

Embora justificar que as fronteiras políticas sempre tenham sido uma questão tão importante quanto o debate voltado aos princípios territoriais no contexto da democracia transnacional, a efetivação dessa, precisa unir o conhecimento científico às necessidades da população para a efetivação de decisões em termos de políticas transnacionais, que contemplem uma conduta capaz de agregar os diversos componentes. E, antes de alguma ação, deverão ser avaliados medidos e ponderados de acordo com o compromisso, ou a referência da integração aos valores do Estado de Direito e, mais amplamente, da democracia, e também a perspectiva dos direitos humanos, sociais, econômicos e políticos, no quadro mais amplo de um modelo de desenvolvimento transnacional, pautado pela justiça e pela equidade das nações.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF em Dupla Titulação com o Doctorado en Agua y desarrollo sostenible del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA), Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia-(Unisc/RS-2014). Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais(Direito) Universidade de Passo Fundo- UPF/RS (2006). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Docente de Graduação e Pós Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. (francinecansi@upf.br)

² Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas também pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. Foi Secretário de Estado em Santa Catarina e Vice-reitor da UNIVALI. É professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. (pcruz@univali.br)

A compreensão política da transnacionalidade na contemporaneidade, encontra respaldo em Bobbio (1994), trazendo como característica o pensamento dos filósofos de Hobbes a Hegel, pela tenaz disposição em avaliar o Estado ou a sociedade política, ou a globalização desta, em semelhança ao estado de natureza. Em que todos os indivíduos encontram-se em situação de igualdade, tendo, inclusive, direitos iguais, já que o homem em tal circunstância, conserva-se sob a sustentação da condição humana subjetiva (KRISCHKE, 1993).

Thomas Hobbes por sua vez, revela, que antes de ser social, as leis de natureza, tais como: a integridade, a igualdade, a prudência, dentre outras, por si próprias, na falta da imposição de alguma força que seja determinada a levá-los ao respeito, são adversas a nossos desejos naturais, logo a transnacionalidade em termos de democracia territorial conduz as limitações e/ou parcialidades (HOBBS, 1651).

De tal modo, a argumentação a respeito da liberdade, da equidade e do pacto social é um ponto antigo, que se restabelece na atualidade, pois ainda é vivenciado pela sociedade transnacional. E, não obstante continua a ser complexo e indeterminado, pela falta de referência histórica, de cada país, período, espaço e formação social (KRISCHKE, 1993).

Para tal circunstância se faz indispensável a concepção de um contrato consolidado entre todos, que garanta a sobrevivência do "homem". Tal instituto seria o Pacto Social, um pacto materializado por todos para resguardar o direito da coletividade. E, é nesse sentido que a democracia transnacional, nessa linha de raciocínio, acha-se e funda-se nas proposições realistas, que referem o Estado tal como foi apresentado por Maquiavel, assim como a corrente jusnaturalista revelada por Hobbes, Rousseau e Kant, que recomendavam padrões ideológicos de um Estado que se apresentaria com o fim de efetivar-se em si mesmo, afirma Bobbio (1994, p. 19).

Com essa premissa, o presente estudo tem por objetivo, baseando-se na realidade do capitalismo e na brecha da prosperidade assimétrica,

compreender a formação do Estado Democrático e a Transnacionalidade, práticas e seus problemas, críticas externas à democracia liberal, o desenvolvimento da democracia e seu futuro. Desta forma, aponta-se a questão que norteia este trabalho se refere a proposição, na medida em que o Estado Constitucional Moderno, a partir do momento em que as leis tradicionais já foram efetivadas, como promover ou regular as forças de transnacionalização?

O método de procedimento utilizado no presente trabalho quanto à metodologia de abordagem caracteriza-se por ser descritiva. Por fim, a técnica escolhida para realizar a pesquisa foi à bibliográfica que contempla publicação de artigos, revistas científicas e livros.

ESTADO E DEMOCRACIA

2.1 A Constituição do Estado

A teoria política contratualista de Estado, apresentando uma forma de constituir uma administração transnacionalista com a finalidade de gerar a promoção da paz igualitária, assim como estabelecer, ao que compete ao Estado, uma condição de disciplina social e política. Embora Hobbes assevere na obra *Leviatã*, que a realização dos contratos é o princípio da justiça, o Estado como um conjunto de diretrizes e manutenção da sociedade natural, por conseguinte, a efetivação fidedigna ou a evolução em analogia à etapa que o antecede a proposta de Locke e Kant; o Estado como permanência e suplantação da coletividade pré-estatal sugerida por Hegel, na acepção de que o Estado é um período novo e não apenas um aperfeiçoamento, o que faz diferença a sugestão de Locke e Kant, sem porém instituir um indeferimento incondicional e, deste modo, uma alternativa ao modelo Hobbes e Rousseau (KRISCHKE, 1993; BOBBIO, 1994).

Posteriormente, enquanto o Estado de Hobbes defende categoricamente o estado de natureza, Rousseau o minimiza, já o Estado Hegeliano abrange a sociedade civil e sobrepuja essa sociedade,

considerando sob o seu aspecto de generalidade simplesmente formal em uma realidade estruturada de forma orgânica, ao oposto de Locke, que apresenta a sociedade civil e natural, não para sobrepuja-la, mas para regularizar suas reivindicações e intentos, segundo os preceitos da lei (BOBBIO, 1994).

Locke reconhece a real existência de um instrumento e as dimensões do contrato, atribuindo uma significação distinta das demais, ajustando às mudanças institucionais e intelectuais desenvolvidas pela sociedade da época. Em Locke o contrato social tem a finalidade de garantir a coletividade, o mesmo encontra-se na transnacionalidade democrática, em um conjunto de dispositivos mais dinâmicos, no que se refere aos direitos naturais de Hobbes (KRISCHKE, 1993).

Em outro desenvolvimento gradativo de racionalização, do estado descrito por Hegel alcança uma intensa modificação da sociedade, determinada pela Revolução Industrial, na qual pressupõe o início de uma nova sociedade normatizada pela economia industrial e científica, em encontro com a antiga administração conduzida por filósofos, para além das leis da realidade e especificamente os membros militares, por descendência a hipótese, ou exclusivamente a crença a supressão do Estado, em outras palavras à democracia (BOBBIO, 1994).

Para Reale (2000), Assim, o Direito e o Estado não são elementos que devem ser avaliados separadamente, ou como uma procedência do outro, mas duas facetas de um mesmo elemento: a classe predominante manifesta-se por desejar o efeito de coação, ou seja, o Estado; em um segundo momento, pela normatização e por regulamentos impõem as regras de comportamento por ele estabelecido (o Direito) e compete a sociedade corresponder. Na democracia transnacional o mesmo acontece.

Torna-se, assim um ponto peculiar dos valores políticos predominantes no século XIX. Um dos embasamentos de Marx e Engel para o seu preceito, seria de que o Estado não é mais a efetiva imagem moral, a

lógica em si e para si, mas segundo o significado de “O Capital” centralizado e disposto da sociedade. (BOBBIO, 1994).

A contradição à herança jusnaturalista que atinge o ápice em Hegel não poderia ser mais absoluta. Em embate com o primeiro exemplo, o Estado não é mais idealizado como supressão, mas sim como continuação, ampliação e equilíbrio do estado de natureza, com a singular diferença de que surgem as diversidades sociais (BOBBIO, 1994).

E, em oposição ao segundo padrão, a coletividade da qual o Estado é soberano e regulamentador não se apresenta em sua forma natural, conforme o estado de natureza de Hobbes e, conseqüentemente, o Estado à medida que é dominante, é potencialmente voltado aos interesses particularistas, o que teoricamente não ocorre na democracia (BOBBIO, 1994).

Não obstante, o pensamento da corrente na filosofia do direito contemporâneo (até Hegel) é designado de forma diferente de moral, versando em regulamentos contrários, cujo principal princípio é o *neminem laedere*, e toda a disposição jurídica, mesmo a do estado liberal a que se aspira, incide em princípios e de caráter prático, fundando-se na coletividade. Como refere Cruz (2002):

O conceito de Estado e categorias afins – como Estado Nacional ou Soberania Estatal – são pois, conceitos anteriores ao Direito Constitucional. São conceitos empregados em ocasiões com significados muito diferentes e não somente na linguagem comum. Por conta deste fato é preciso definir, pelo menos, o núcleo da noção de Estado, compartilhada geralmente pela doutrina e pelos discursos constitucionais formais. Não há aqui a pretensão de tratar de Teoria do Estado, mas simplesmente destacar aquele conteúdo comum do conceito que resulta imprescindível para compreender seu significado dentro das normas de Direito Constitucional (p. 41).

Em conformidade a distinção do Estado, e do mesmo modo, o domínio do direito elaborado por Bobbio (2000) implica em compreender o campo do

direito como valor, ou a acepção de justiça fundamentado na razão. Citando Emanuel Kant, considera que são três os elementos que o podem constituir: o direito, postulado e princípios racionais.

Embora, essa relação mútua possa ser caracterizada como uma ação de conformidade, civilidade e moralidade, o Estado possui soberania em atuar em seu território, buscando além disso, o equilíbrio da justiça transnacional. Assim, o direito corresponde, muito além das relações sociais do bom convívio, a propriedade da relação jurídica refere-se as deliberações entre duas pessoas (ou territórios), e não entre uma vontade única. E isso, reflete tanto nos atos de complacência como os de violência, ficando a escolha e livre-arbítrio de cada um a ação efetuada (BOBBIO, 2000, p. 110).

Para Filomeno (2012), o Estado surge no momento em que o poder é estabelecido, com caráter personalíssimo de conexões políticas e jurídicas, o que implica em uma conexão ao seu ordenamento jurídico nacional, transnacional e/ou internacional. Podendo-se afirmar, que por meio da relação política há a compreensão da existência de inclusões entre o Estado e a sociedade e conceder-lhes o direito de indicar seus governantes, fundamentados em seus direitos, visando a transcendência coletiva transfronteiriça.

Assim, a tutela de leis e garantias dispostas pelo Estado, como forma de integração social, nacional e transnacional, fundamentada por Miguel Reale (2000), se materializam conforme a cultura, a realidade de cada população, a historicidade, e, particularmente em decorrência da liberdade individual.

Dallari (2013) esclarece que a compreensão do Estado como pessoa jurídica concebe uma grande melhoria no significado da matéria jurídica do interesse da coletividade nacional e internacional. Do mesmo modo que por alguma proposição venha a objetivar e constituir, seja por juízo crítico formal, as restrições ao poder do Estado, essa finalidade é alcançada de forma mais científica uma vez que fundamentada em elementos substanciais, pela ciência

da personalidade jurídica do Estado. Esta informação agencia a aliança do político com o jurídico.

Indica igualmente que o Estado é a coletividade indispensável em que se deve atentar para o desempenho de um governo munido de autoridade para cumprir sua competência, poder e hegemonia sobre uma determinada sociedade, em território demarcado, onde é instituído, efetivamente encarregado em administrar a sua composição jurídica, tendo em vista o bem comum. O inclui a transnacionalidade democrática (FILOMENO, 2012).

O Estado, bem como toda e qualquer coletividade, constituem-se de informações essenciais, básicas e diversas, teoricamente organizada, onde se desenvolvem as relações sociais. Ao mesmo tempo, uma peculiar constituição ou composição da sociedade, que implica em uma ação de pretensão de seus membros, o que se concretiza por intervenção jurídica, constitucional ou regulamentos, que são, as próprias condutas, reguladas por normas e preceitos, com o desígnio de assegurar a conservação da ordem social, assim como o convívio em sua totalidade. (FILOMENO, 2012).

A procedência da instituição do Estado como pessoa jurídica é conferida aos contratualistas, por meio da concepção da sociedade ou como unidade social, atribuído por diversos interesses de cada um de seus membros, assim como de uma pretensão própria, igualmente distinta das aspirações de seus componentes isoladamente (DALLARI, 2013, p. 123). Contudo, não obstante da ampla importância dessa disposição, ainda constituiriam na necessidade para que se acolhesse a discussão jurídica, na disposição de direitos, deveres e relevância que, por serem admitidos como essenciais e coletivos, eram analisados como superiores a todos, e que não podiam ser alcançados em determinadas condições em restrições. Aqui funda-se a democracia, como bem explicam Ferrer e Cruz (2010):

Entre outras questões, a dicotomia entre essas duas formas de entender a democracia corresponde, diretamente, a duas maneiras de conceber a natureza humana. [...] Diante desta visão do racionalismo

histórico, foi contraposto um discurso que destaca a espiritualidade do homem, a consubstancialidade de determinados valores morais e sociais. Obviamente, ambos os discursos são de difícil conciliação, pois se desenvolvem em planos diferentes. (p. 98).

Com essa premissa, considera-se que conceituar a palavra Estado, ou o Estado Democrático, poderá intuir em uma limitação formalista, embora a expressão tenha permanecido com vários sentidos, sem uma concepção elucidativa. Nesse sentido, para David Easton o tema tem sido frequentemente debatido, porém ainda não prevalece nenhuma uniformidade sobre a matéria. E completa, que o conceito de Estado, por sua diversificação pode ser comutado por sistema político (DALLARI, 2013).

Verdadeiramente, para o autor a definição de Estado, para ser integral, pode receber evidência maior ao fator jurídico, sem desconhecer os elementos não jurídicos obrigatórios. O elemento jurídico do Estado, com a inclusão dos fatores não jurídicos, pode ser conceituado como a "ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de uma nação em determinado território" (DALLARI, 2013).

Nessa afirmativa se acham expressos todos os subsídios que definem o Estado. A acepção de poder está subentendida em soberania, que, no entanto, é mencionada como particularidade da própria ordem jurídica. O aspecto político do Estado é garantida na menção do bem comum, com a dependência deste a uma nação, e, por fim, a territorialidade, restringindo a ação jurídica e política do Estado, está expresso na citação a determinado território. Como refere Cruz (2002), ao citar que:

Tal conceito, pode ser empregado, em diferentes períodos, para referências àquelas organizações comunitárias que obtêm um nível de organização superior ao meramente familiar ou de parentesco. Foi assim com a *polis* grega, como Cidade-Estado, ou com os impérios mesopotâmicos, egípcio ou romano, ou com os reinos estamentais feudais da Idade Média. O Estado seria equivalente a qualquer forma de organização política. Como variável desta concepção foi a de que o "Estado" é sinônimo de toda organização política fundada

e regulada pelo Direito. Onde haveria Direito, haveria Estado. [...]Uma definição do conceito jurídico de Estado, que permita compreender seu uso no Direito Constitucional, será, via de regra, muito genérica, já que se refere a ordenamentos variados, elaborados em situações históricas muito diferentes. Não obstante, é possível assinalar alguns elementos comuns deste conceito, definindo o Estado como a organização territorial de uma comunidade, dotada de um poder soberano e de um ordenamento jurídico próprio. Cada um destes elementos requer uma análise particular (p. 42-44).

Princípios estes reforçados, através da compreensão liberal do estado, segundo Bobbio (1997, p. 115), tornam-se por fim notórias e constitucionalizadas, isto é, ligadas em preceitos basilares, a contraposição e o limite de alcance entre o estado e o não-estado, por não-estado abrange-se a sociedade religiosa e, em comum a "vida intelectual e ética dos sujeitos e dos grupos, bem como a sociedade civil, ou ainda das inclusões econômicas no significado marxista da palavra".

O estado liberal é o ente que consentiu a ruptura do monopólio do poder ideológico, por meio da doação dos direitos civis, sobretudo da garantia à liberdade religiosa e da convicção política, e por conseguinte, a perda do privilégio exclusivo do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; findando em preservar exclusivamente a posse da força legítima, cujo desempenho, entretanto está restrito pela constatação dos direitos do homem e pelos múltiplos ligamentos jurídicos que dão procedência à figura histórica do estado de direito. (BOBBIO, 1997).

A doutrina assenta como primordial em função de escala de importâncias ao sujeito, subsequentemente, admite a liberdade individual. Em duplo sentido, a aceção de liberdade oposta e de liberdade de caráter prático. Tanto a exigência de liberdade econômica quanto a imposição do livre-arbítrio político, consistindo em decorrências práticas, interpretados em regulamentos e princípios, de supremacia de valores do sujeito. Em outros termo, como elucida Cruz (2002):

A característica mais evidente do Estado burguês contemporâneo, como forma de organização política, é o tipo de poder que exerce territorialmente, independente das características, pessoais ou sociais, dos membros da população do Estado. A evolução histórica definiu o poder do Estado com um adjetivo que pretendeu resumir suas capacidades essenciais: o poder do Estado seria um poder soberano (p. 51).

Quando se pondera sobre democracia, faz-se alusão a uma complicada relação de conceitos que expõem, geralmente, à direção e à normatização da vida prática, e em particular da vida em sociedade. Como citam Ferrer e Cruz (2010):

Entre a vontade universalista, mas apolítica, do mercado, fundada sobre a ilusão de um indivíduo universal e abstrato que seria tomado como referência absoluta e a experiência política das comunidades particulares às quais pertencem os cidadãos, faz-se urgente encontrar construções políticas adequadas capazes de evitarem essa falta de intermediação política, que coloca a todos cara a cara, de forma insuportável, com a globalização. O desafio é, pois, politizar a globalização para que seus espontâneos processos econômicos e sociais constituam um progresso civilizatório e não se convertam em barbárie. A isso se denomina de "republicanização da globalização" (p. 99).

Logo, a afirmativa da liberdade de um se restringe no limite da liberdade de outro, num universo de recursos limitados e de bens consumíveis, tais quais estão propostos os homens quando vivem em comunidade, o princípio ético da liberdade, torna-se uma causa inspiradora, mas deve ser sobreposto a fatos sólidos; a dificuldade que o ensinamento liberal se depara em solucionar, enquanto doutrina econômica e política, é o de favorecer a coexistência das liberdades, o que se manifesta na criação e no emprego de normas práticas de comportamento, sendo categórico na sugestão de um preceito econômico e determinado sistema político. (BOBBIO, 1997).

O compromisso, ou a referência da integração aos valores do Estado de Direito e, mais amplamente, da democracia, e também a perspectiva dos direitos humanos, no quadro mais amplo de um modelo de desenvolvimento econômico regional, pautado pela justiça e pela equidade.

2.2 O Modelo Democrático Liberal

Como se observou, o ponto de vista filosófico de Estado funda-se na imagem de um contrato social entre a sociedade e o Estado. Diante de tais concepções, a democracia é o sistema político e governamental completo que fornece proteção ao direito humano e à liberdade. Embora o pior sistema referenciado à democracia de Aristóteles tenha sido executado por muitos seguidores por séculos, porque eles permaneceram que o sistema abrange interesses individuais. Então, quando a democracia fortaleceu ainda mais suas práticas como proteção do direito e da liberdade humanos, transformou-se em democracia liberal.

A democracia liberal deu mais satisfação aos indivíduos que levaram à prática política liberal e ao capitalismo nos assuntos econômicos. Há poucas partes e empresas que mantêm esse sistema para proteger e ampliar seus interesses em forma de status quo e suas ampliações. A democracia liberal acredita que o indivíduo ou o indivíduo pode proporcionar bem-estar a todos os cidadãos, de modo que isso limita os papéis do Estado. O estado apenas como árbitro ou juiz, se houver um erro dos atores liberais (MIGNOLO, 2014).

A democracia é o antigo sistema social humano que sempre foi modificado pelos especialistas e governantes como um sistema moderno. A democracia baseia-se no governo de pessoas que tinham o poder de governar todo o sistema no estado. O sistema cobria o direito humano e a liberdade como núcleo de virtude para o povo. O desenvolvimento da democracia leva ao liberalismo nas questões políticas e ao capitalismo nas questões econômicas. Parece que os povos ganharam o poder, mas praticamente tendem a poucos círculos poderosos. O sistema mais provavelmente parece

manipulado pelos detentores do poder, a quem eles necessariamente deram autoridade para manter o poder como representantes (MIGNOLO, 2014).

O sistema de democracia é a melhoria do sistema de aristocracia, mas praticamente a democracia se inclina para o sistema de oligarquias. A democracia deu mais oportunidade aos detentores do capital na forma de recursos, poder e popularidade. Do que na próxima forma de democracia liberal prevaleceu uma lei que "a sobrevivência do mais apto".

A origem da democracia liberal remonta acerca do século XVIII. A democracia liberal cria raízes na Europa como uma forma de governo. Desde que a origem da democracia liberal se desenvolveu rapidamente e se espalhou em muitos países por séculos. Para realmente entender o conceito de democracia liberal, é necessário conhecer tudo, desde sua aparência até sua evolução, até o que poderíamos chamar de democracia liberal moderna (PLATNER, 2010).

A história da democracia liberal moderna pode ser amplamente classificada em três categorias: a Democracia Liberal Moderna Inicial, a Democracia Liberal 18 e o século XIX e XX e o liberal-democrata do século XXI. A democracia liberal do tempo na era moderna pode ser brevemente descrita da seguinte forma:

Início do período moderno: o início do período moderno é quase tão medieval quanto antes do século XVIII. Um resumo dos acontecimentos da história da democracia liberal no início do período moderno pode ser descrito da seguinte forma: 1789: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é o documento básico do liberalismo e dos direitos humanos.

18 ao século 19: o século 19: O poder do Império Britânico em uma democracia liberal de laboratório a partir de meados do século 19 em diante.

Século XX e XXI: Os acontecimentos na história da democracia liberal no século XX e todos os 21 podem ser descritos como -o século XXI: democracias liberais e características fundamentais de seu apoio à constituição, as eleições foram livres, justas e plurais a sociedade ganhou na maioria das áreas em todo o mundo (PLATNER, 2010, p. 83).

Para que o regime democrático seja considerado neste momento, ele deve também proteger os direitos de indivíduos e minorias - em outras palavras, deve garantir a liberdade ou a liberdade de seus cidadãos. Essa garantia é geralmente incorporada a uma constituição escrita e o governo é mais limitado e limitado pelo estado de direito. A democracia assim entendida é frequentemente chamada de democracias constitucionais ou liberais (PLATNER, 2010).

As relações entre os dois componentes dos direitos liberais democráticos individuais e a regra da maioria são complexas. Eles podem e foram separados, não apenas na teoria, mas na prática. As cidades democráticas pré-modernas não eram liberais (no sentido de proteger os direitos individuais) e não aspiram a ser (BELINGUER, 2009).

Mas no mundo, a regra da maioria de hoje e a proteção dos direitos individuais quase sempre aparecem em conjunto. Como uma rápida olhada na pesquisa anual da *Freedom House* revela rapidamente, países que realizam regularmente eleições livres e justas têm muito mais chances de proteger os direitos do indivíduo, e vice-versa (PLATNER, 2010). Então, quando fala-se de democracia no mundo atual, estamos falando não apenas sobre o governo pelo povo, mas também sobre democracia liberal ou constitucional. Mas isso significa que a democracia moderna tem um caráter - ela se dobra, nesse sentido, uma espécie de regime híbrido, que governa a emoção popular com características anti-majoritaristas (JOTHIA, 2012).

Os líderes são selecionados por meio de eleições livres e justas, e respeitam o pluralismo político, que muitas vezes é refletido por ter alguma entidade ou partido político. A democracia liberal opera por meio da constituição democrática liberal para orientar o país sobre como estabelecer e fornecer um sistema de freios e contrapesos (SCHUMPETER, 1984). É uma forma de democracia representativa onde os funcionários eleitos podem tomar decisões em nome das massas e suas decisões são guiadas e regidas pela Constituição, que estabelece que as liberdades e os direitos civis não são espezinhados (FERRER; CRUZ, 2010).

Concepção liberal de democracia baseada em uma concepção negativa de liberdade e a correspondente concepção de direitos humanos. Em outras palavras, a concepção de liberdade como a ausência de restrição ("liberdade de") em vez da concepção positiva como a capacidade de se envolver em autodesenvolvimento ou participar do governo da sociedade ("liberdade") (JOTHIA, 2012).

Na verdade, o filósofo liberal não só Não se pode duvidar da separação do aparato estatal da sociedade, mas ver a democracia como uma maneira de preencher a lacuna entre o Estado e a sociedade (LÜCHMANN, 2004). O papel de ponte deve ser desempenhado pelos representantes da "democracia", um sistema no qual uma pluralidade de partidos políticos proporcionaria um fórum adequado para os interesses e valores dos sistemas concorrentes. Não é de surpreender, portanto, que nenhum fundador do liberalismo clássico seja a defesa da democracia no sentido de democracia direta, muito menos uma democracia inclusiva (FOTOPOULOS, 2005).

Toda forma de governo tem certos prós e contras. Há muitas vantagens e desvantagens da Democracia Liberal que formaram as características básicas da mesma (HABERMAS, 1995). Esses benefícios e perdas que afetam a nação são. A estabilidade socioeconômica de um país depende de todos esses fatores abaixo.

As vantagens da democracia liberal: alguns dos benefícios da democracia liberal em seu crescimento e desenvolvimento. Essas vantagens ou benefícios podem ser descritos como: Limita o poder do governo a todos os cidadãos. Porque eleito chefe de estado, é uma república, não governada por um rei ou rainha. Falta de democracia liberal: trabalho de fraqueza contra o desenvolvimento de uma nação. A deficiência democrática liberal pode ser descrita da seguinte maneira: Uma democracia liberal, por definição, implica que o poder não está concentrado. Isso poderia ser uma desvantagem para o país em tempos de guerra, quando a resposta rápida e coordenada é necessária (FOTOPOULOS, 2005, s/p).

Assim, a democracia liberal fornece uma descrição de seu esqueleto. A estrutura da Democracia Liberal nos diz como as decisões são tomadas, quais são as provisões para a sucessão, que tipo de governo governa com a

constituição ou não, entre outros (COHEN, 2007). Em nossas mentes, podemos atribuir o liberalismo filosófico que os conservadores rejeitam (SKORUPSKI, 2015).

A democracia deve considerar o que acontece quando o "consenso subjacente às políticas que normalmente existem na sociedade entre a maioria dominante dos membros politicamente ativos. A qualidade do nosso futuro político depende de como vemos a resposta correta (KATZNELSON, 2015).

O futuro da democracia liberal requer a solução do que Dahl identificou seis décadas atrás, como uma questão de variações na intensidade com que as pessoas e grupos continuam as preferências políticas.

2.3 Transnacionalismo Democrático e Constitucionalismo

A teoria democrática (e prática), observa Shapiro, sempre pareceu "... impotente diante de questões sobre seu próprio escopo" (SHAPIRO, 1999, p. 1). Oposições binárias entre o público e o privado, o doméstico e o internacional têm sido centrais em controvérsias sobre os limites apropriados ao projeto democrático. As críticas radicais da democracia liberal moderna, por exemplo, têm defendido tanto o alargamento quanto o aprofundamento da ordem democrática para abranger as esferas privadas do lar e do local de trabalho (HELD, 1996).

A crescente literatura sobre a democracia transnacional tem que ser colocada no contexto de vários desenvolvimentos contemporâneos: uma intensificação da globalização, a Terceira Onda da democratização global e o surgimento de movimentos sociais transnacionais. Estes desenvolvimentos inter-relacionados - cujo significado é contestado - estimularam a reflexão sobre as condições e possibilidades de uma democracia efetiva. A globalização econômica, argumenta, exacerbou a tensão entre a democracia, como um sistema de domínio enraizado na territorialidade, e a operação de mercados globais e redes transnacionais de poder corporativo.

Este repensar da democracia também tem sido encorajado pelo mundo difusão da democracia liberal como sistema de governo político. Em comparação com o século XVIII, a democracia - e a democracia representativa liberal - emergiu como o sistema dominante do governo nacional em todo o mundo - pelo menos em um sentido formal (POTTER et al., 1997). Deixando de lado o triunfalismo equivocado de Fukuyama, quaisquer que sejam as causas dessa, a democracia tornou-se um padrão político quase universal. É claro que, para muitas novas democracias, a aspiração e a retórica política excede em muito a realização de uma democracia eficaz.

Enquanto o desencantamento público com políticos eleitos e a capacidade dos governos democráticos de lidar com muitos dos problemas duradouros - da desigualdade à poluição - enfrentados pelas sociedades modernas sugerem que nem tudo está bem dentro das antigas democracias. Apesar dessas falhas, tanto as democracias antigas como as novas democracias têm tornar-se cada vez mais sensível às fracas credenciais democráticas das estruturas existentes de governança global e regional, assim como as ações de tais corpos afetam diretamente seus cidadãos.

Ao distinguir claramente a esfera pública e a esfera privada, os pais da Democracia Liberal tentaram reconciliar a lógica unidimensional dos interesses com a tradição humanista que de toda pessoa se tem um sujeito: o cidadão dos tempos modernos era um ser duplo, mas preservava certa unidade interior em cada uma das facetas de sua vida. Com o abandono dessa dicotomia, a separação entre público e privado começa a desaparecer, banaliza-se, e esta banalização pulveriza a ideia de cidadão, que é o outro fundamento da Democracia Liberal (FERRER; CRUZ, 2010, p. 100).

Há, pois, desafios a serem confrontados pela sociedade contemporânea, superações que devem ser percebidas, sob o escudo de se ampliarem pelas desigualdades sociais, maiormente nos países

subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, distinções essas que, alcançando patamares superiores, podem colocar em inconsideração as conquistas históricas do Constitucionalismo e da Democracia (SILVA; SILVA, 2013).

Num mundo em que mesmo os governos mais poderosos parecem impotentes quando confrontados com as oscilações dos mercados globais ou com as atividades das corporações transnacionais, a eficácia da democracia nacional é questionada.

De acordo com Cruz (2002.p.49) a soberania nacional, na atualidade continua debatendo-se para conciliar-se com um fato inegável: “que as comunidades políticas – os Estados – fazem parte de uma sociedade internacional, que é regida por normas próprias e, que Estado Soberano encontra-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas junto com os demais Estados”. Além disso, ao procurar promover ou regular as forças da globalização, por meio de mecanismos de governança global e regional, os Estados criaram novas camadas de autoridade política que têm credenciais democráticas fracas e mantêm uma relação inequívoca com os sistemas existentes de responsabilidade nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão convencional do constitucionalismo tem sido de enfoque limitante e baseada em direitos, mantendo o poder do governo confinado por regras constitucionais. Inspirado pela dinâmica da mudança constitucional nos estados de transição e redes transnacionais, no entanto, observou-se uma mudança em relação ao entendimento do constitucionalismo, que evoluiu.

Teorizou-se desenvolvimentos recentes do constitucionalismo transnacional, examinando suas características, funções e características. Descobriu-se que as características do constitucionalismo, disposições constitucionais transnacionais, diálogos e convergência das constituições

nacionais, estendido de sua origem conceitual com poderes limitadores do governo em foco, constitucionalismo transnacional, tal como descrito neste artigo, não apenas ampliou o âmbito do constitucionalismo, mas também apresentou mais oportunidades institucionais para decisões coletivas na era de mudanças globais complexas.

Logo, conclui-se que não somente Constituições podem funcionar além das fronteiras nacionais, mas também tratados internacionais e regionais podem fornecer procedimentos constitucionais, uma vez que os arranjos judiciais transnacionais ainda encontram-se em um novo terreno do constitucionalismo.

REFERÊNCIAS

BERLINGUER, Enrico. **A democracia, valor universal**. Seleção, tradução, introdução e notas de Marco Mondaini. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. 3ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Grasi, 1994.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro, 1986. Reimpressão 1997.

COHEN, Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. In: WERLE, D.; MELO, R. S. (Orgs.) **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**. Revista de Estudos

Constitucionais, *Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 2, nº 2, p.96-111, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do estado e ciência política**. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FOTOPOULOS, Takis. The meaning of democracy. What is democracy? Chapter 11, 2005. Disponível em: <<http://www.inclusivedemocracy.org/journal/ss/ch11.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Três modelos normativos de democracia**. Lua Nova, São Paulo, n. 36, 1995.

HOBBS, Thomas. **Leviatan: o la matéria, forma y poder uma republica, eclesiástica y civil**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1651 [original]. Tradução: MONTEIRO, J. P.; SILVA, M. B. N. da. São Paulo: Fontes, 2003.

JOTHIA, Acordo Lathi. **Liberal democracy: an african perspective**. Academic Research International, Journals Savap, vol. 2, no. 3, maio de 2012. Disponível em: <[http://www.savap.org.pk/journals/ARInt./Vol.2\(3\)/2012\(2.3-75\).pdf](http://www.savap.org.pk/journals/ARInt./Vol.2(3)/2012(2.3-75).pdf)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

KATZNELSON, Ira. **Fear Itself: the new deal and the origins of our time**. New York, NY: Liveright Publishing Corp., 2015.

KRISCHKE, Paulo José. **O contrato social ontem e hoje**. São Paulo: Cortez, 1993.

LÜCHMANN, Lúgia, H. H. et. al. Identidades e diferenças no movimento comunitário de Florianópolis. In: SCHERER-WARREN, I.; CHAVES, I. M. (Orgs.). **Associativismo civil em Santa Catarina: trajetórias e tendências**. Florianópolis: Insular, 2004.

MIGNOLO, Walter D. **Democracia liberal, camino de la autoridad humana y transición al vivir bien.** Revista Sociedade e Estado, vol. 29, nº 1, Janeiro/Abril 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v29n1/03.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

PLATNER, Marc F. **Populismo, pluralismo e democracia liberal.** Journal of Democracy, EUA, vol. 21, nº 1, p. 81-92, 2010.

SILVA, Carlos Roberto da; SILVA, Jéssica Caroline da. **Constituição, economia e desenvolvimento.** Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2013, vol. 5, n. 9, Jul.-Dez. p. 267-288, 2013.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia.** Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SKORUPSKI, John M. **The conservative critique of liberalism.** The Cambridge Companion to Liberalism. Cambridge University Press, New York, 2015.

A HARMONIA NA UTILIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS E NORMAS COMO RAZÕES DE DECIDIR NO BRASIL

José Arimatéia Araújo de Queiroz¹

Maicke Miller Paiva da Silva²

INTRODUÇÃO

O artigo tem como referente³ analisar a utilização de princípios e normas como fundamentos de decidir no Brasil, de modo a avaliar se é possível existir harmonia nos julgamentos que conciliem princípios e leis como razões de decidir nas esferas judicial e administrativa? A justificativa da presente pesquisa reside na busca de respostas para os questionamentos em relação à ausência de força normativa dos princípios – dentre os quais: vida, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana – no sentido de suas utilizações como fundamentos de decidir; e, por outro lado, desmistificar a visão de que as leis são estáticas e impossíveis de garantir os primados da justiça.

Nesse caminho, estudam-se aspectos do jusnaturalismo e do

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação, *Stricto Sensu*, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO). *Master in Business Administration* (MBA), em Gestão Estratégica de Pessoas: Desenvolvimento Humano de Gestores pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduação em Direito pela FARO. Advogado, Assessor Técnico e Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: josearimateiaraujo@gmail.com.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação, *Stricto Sensu*, em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduado em Direito pela Faculdade São Lucas. Assessor Técnico e Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil. E-mail: miller.map@gmail.com.

³ É a “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.54.

positivismo, indicando-se as correntes jurídico-filosóficas mais expressivas sobre a matéria, sob parâmetros históricos de conformação do Direito.

Na sequência, abordam-se as novas visões doutrinárias em relação à positivação de princípios, com elevada carga axiológica, nas constituições escritas, tecendo-se consideração sobre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo garantista, bem como quanto ao uso destes primados, por conterem força normativa, como fundamentos das decisões.

Nessa senda, são realizadas considerações quanto ao princípio da legalidade estrita, o qual vincularia o juiz a decidir apenas nos limites da lei; e, ainda, em relação ao chamado “ativismo jurídico”, criticada pelo uso da argumentação indiscriminada, que pondera pelo não cumprimento pleno da lei, para lançar mão de princípios apenas no intuito de atingir fatos de repercussão social ou midiática.

Ao final, entende-se que deve haver equilíbrio e harmonia na aplicação de normas e princípios como razões jurídicas das decisões judiciais e administrativas, de modo a não tornar estática a aplicação do Direito ao caso concreto, como poderia acontecer com um sistema baseado exclusivamente em regras, ou volátil demais, com decisões fundadas apenas em princípios.

O método empregado no vertente artigo foi o indutivo⁴, por pesquisa bibliográfica e documental, com resultados obtidos por base lógica indutiva. Ademais, nas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵,

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 91.

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 58.

da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

1 A evolução dos pensamentos jusnaturalista e positivista

1.1 Jusnaturalismo

Nas lições de Barba⁹ o jusnaturalismo identifica-se com a noção de Direito que aparece a partir da Grécia Clássica. Segundo o autor, essa concepção jurídica “[...] *supone desde una perspectiva general aceptar la existencia de normas jurídicas distintas del Derecho positivo, por encima de éste, previas a este y que le legitiman para que se le pueda considerar como Derecho*”.

Assim, o que estrutura o jusnaturalismo (Direito natural) certamente é a percepção filosófica de que existe uma ordem jurídica natural anterior, a qual rege o mundo, inclusive o próprio Direito positivo, ao conferir legitimidade às leis para que possam ser consideradas e aceitas, isso porque – tal como propuseram Heráclito, Aristóteles e Sócrates – acima dos homens existe um mundo de valores objetivos¹⁰.

Oliveira Neto¹¹, ao dispor sobre essa corrente filosófica, compreende que há “[...] um conjunto de direitos em uma ordem natural (que se apresenta imutável ao homem), a aceitação de que este direito natural deva

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 27.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 39.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010. p. 130-131.

¹⁰ FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. **Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho**. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, 1977, p. 218.

¹¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **O Ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental**. p. 174. In: SOUZA de, Maria Cláudia da Silva Antunes; JACOBSEN, Gilson (Org.). **Direito, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente**. Itajaí: UNIVALI, 2016. p. 155 a 211. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

ser a base para a validade do direito posto pelo soberano”. Em Roma (106-43 a.C.), duas afirmações de Cícero contêm especial importância para o jusnaturalismo. A primeira, no sentido de que o Direito tem por fundamento a natureza, nascendo dela; e, a segunda, pelo fato da lei natural ter precedência sobre as leis humanas¹².

Nesse cenário, Oliveira Neto¹³ relatou as seguintes proposições: “não há lei que não seja justa” e “quando a lei for injusta, não será lei”, as quais, de acordo com o autor, agregam ao jusnaturalismo marcas fundamentais da possibilidade de descumprimento da lei positiva nos casos em que ela contrarie à lei natural. Por fim, em abordagem ao contexto histórico e filosófico jusnaturalista cabe transcrever o seguinte:

[...] Em síntese, em relação a ele (o direito natural), pode-se dizer: 1) Todo sistema ostenta uma pretensão de justiça e correção, posto que **resultaria contraditório uma ordem normativa que se apresentasse como injusta**; 2) A existência de um sistema não necessita só do reconhecimento e cumprimento externos, mas também do reconhecimento interno (juízes e funcionários); 3) Ainda que nada garanta que as normas jurídicas sempre coincidam com os ideais de justiça, tomada a perspectiva de quem participa do sistema, sempre será possível afirmar que **uma norma radicalmente injusta não é uma norma jurídica** (seriam patologias do sistema); e, por fim, **4) O cabal conhecimento do Direito – seja científico, seja operativo – exige que o intérprete adote o chamado “ponto de vista interno”, que deverá ser comprometido com os valores éticos essenciais pertencentes ao sistema**, necessários para a realização dos juízos de validade¹⁴. (Grifos nossos).

Em face do disposto, voltado ao foco deste artigo, mostra-se perceptível que, originários das ideias jusnaturalistas, os princípios contêm

¹² FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. **Derecho Natural: Introducción filosófica al derecho**. p. 218.

¹³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **O Ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental**. p. 74.

¹⁴ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **O Ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental**. p. 176.

elevada carga axiológica (valorativa) a subsidiar, hodiernamente, a pretensão de justiça. Em verdade, a externalidade característica da norma escrita, por vezes não condiz com os ideais dos homens sobre o senso do justo, razão pela qual leis radicalmente injustas seriam desprovidas de juridicidade.

Como poderia, porém, o julgador deixar de cumprir a lei, tida por injusta, sob sua perspectiva interna, se a ela deve obediência? A resposta para a indagação em tela é complexa, no entanto, um ponto de partida seria o julgador decidir com base nos valores éticos pertencentes ao sistema social e jurídico em que atua, considerado os cenários legais e as jurisprudências do seu tempo.

E, como será disposto neste artigo, atualmente a missão do julgador é facilitada diante da positivação de princípios do jusnaturalismos no próprio texto constitucional, o que confere força normativa a esses primados, já dotados de alta carga axiológica.

1.2 Positivismo

O positivismo surgiu no Século XIX, colocando-se como a manifestação do poder estatal em face do monopólio da produção, inclusive legislativa. No entanto, as bases históricas positivistas remontam às ideias defendidas por autores como John Locke e Jean Jacques Rousseau (contrato social), para quem o Estado e suas instituições são resultado da vontade dos homens e não de Deus ou dos costumes. Com isso, as leis originam-se de seres racionais, os quais atuam segundo seus interesses.

Voltando ao viés histórico, o desenvolvimento do positivismo passou por três períodos, foram eles: “Escola Histórica do Direito” na Alemanha; a “Escola da Exegese”, surgida na França; e, ainda, a “Jurisprudência Analítica” na Inglaterra¹⁵.

O destaque do positivismo, contudo, ficou por conta da “teoria pura

¹⁵ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **O Ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental**. p. 155-211.

do Direito” de Hans Kelsen, que significou a melhor compreensão do juspositivismo. Por esse pensamento o ordenamento poderia ser dividido em dois sistemas: o estático, no qual as normas se relacionam umas com as outras como proposições dedutivas, em que leis decorrem doutras de carácter geral; e, o dinâmico, no qual as normas derivariam umas das outras por sucessivas delegações de poder.

Para Kelsen “o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente de seu conteúdo”¹⁶. Nesse cenário, voltado à proposta deste artigo, a axiologia própria dos princípios; e, via de consequência, de matriz jusnaturalista, não seria considerada como razão jurídica a fundamentar as decisões, segundo o viés positivista.

São inegáveis, entretanto que as contribuições do positivismo de Kelsen para a organização do sistema jurídico, diante da criação da pirâmide normativa, com a noção de hierarquia entre as leis, iniciando-se pela constituição no ápice do sistema.

Assim, diante da importância que hodiernamente se atribui aos textos das constituições escritas, houve a facilitação do trabalho do julgador – a partir do momento em que ele dispõe de um sistema jurídico organizado, por proposição de Kelsen, bem como a considerar as ideias presentes no neoconstitucionalismo ou constitucionalismo garantista – porque boa parte dos princípios de base jusnaturalista já está positivada nos sistemas jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil.

Diante do exposto, os princípios passaram a deter força normativa para subsidiar as decisões judiciais e administrativas.

2. Princípios e normas constitucionais como razões de decidir

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos.** 5 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994, p. 73.

Em atenção às lições de Barba¹⁷, observa-se que os princípios são “[...] *valores internos al Derecho y tienen um carácter general y universal, es decir afectan al conjunto de normas del ordenamiento jurídico* [...]”.

Além do carácter geral e universal que têm os princípios, diante da elevada carga axiológica interna de raiz jusnaturalista, como visto, eles passaram a ser positivados nas constituições escritas. Nessa ordem, considerando a teoria de Kelsen, que influenciou para que as normas constitucionais figurassem no ápice do sistema, tais postulados acabaram por direcionar o ordenamento jurídico.

No Brasil, por exemplo, a Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB)¹⁸ – principalmente os artigos 1º, III, e 5º, *caput*, que dispõem, respectivamente, sobre a dignidade da pessoa humana e os direitos à vida, à liberdade e à igualdade – representa o marco desse movimento. Ademais, o Poder Constituinte Originário delineou uma série de princípios e regras que marcaram o avanço do constitucionalismo brasileiro, principalmente no que se refere à garantia dos Direitos Fundamentais. E, por essa nova ótica, surgiram as concepções neoconstitucionalistas¹⁹ ou de constitucionalismo garantista nas decisões judiciais e administrativas proferidas pelos julgadores brasileiros.

Ferrajoli²⁰, ao tratar do constitucionalismo garantista, indica que ele

¹⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010. p. 141-142.

¹⁸ **BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). **Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. **Acesso em: 13 jul. 2018.**

¹⁹ Para Barcelos o “neoconstitucionalismo designa o estado do constitucionalismo contemporâneo, que apresenta características metodológico-formais e materiais.” Nesse cerne, a referida autora destaca que “não seria incorreto falar de um novo período ou momento do Direito Constitucional”. BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador/BA, n.15, p. 01-31, jan/fev. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos. O Constitucionalismos Garantista como modelo teórico**. Tradução de Alexander Araújo de Sousa *et al.*

contém normatividade constitucional forte, uma vez que os princípios constitucionais de Direito Fundamental se comportam como regras “[...] que consistem em proibições de lesão ou em obrigações de prestação que constituem as suas respectivas garantias. [...]”. Nessa última percepção, segundo o referido autor, o constitucionalismo será configurado como um modelo normativo a ser observado pelo sistema jurídico, pois o “garantismo” é sinônimo de Estado Constitucional de Direito.

Considerando as concepções do constitucionalismo garantista, sem querer traçar uma definição irrefutável, extrai-se o fenômeno pelo qual a constituição, em se tratando de Direitos Fundamentais, mostra-se como lei superior, dotada de imperatividade e normatividade, seja por meio das regras de aplicação imediata ou dos princípios com força irradiante sobre todo o ordenamento jurídico; os quais, nesta condição, também detêm aplicabilidade nos casos concretos, pois insertos no sistema igualmente de Direito positivo²¹. Por essa ótica, com a positivação dos princípios e as novas interpretações propiciadas pelos neoconstitucionalistas, Sarmento sintetiza os seguintes fenômenos:

[...] reconhecimento da força **normativa dos princípios jurídicos** e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; [...] (c) **constitucionalização do Direito**, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) **reaproximação entre o Direito e a Moral**, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo **deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário**.²² [...].

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 29-30.

²¹ CARVALHO, Ângelo Luiz de; QUEIROZ, José Arimatéia Araújo de. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais nas Decisões dos Tribunais de Contas** In: Os Avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988. COIMBRA. Wilber Carlos dos Santos (Org.). Porto Velho: ASCOM/TCE-RO, 2018, p. 173-185. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/E-book-TCE-RO.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

²² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.

Ainda, nas palavras de Sarmiento²³ “[...] a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação.”

Posto isso, reportando-se aos ideais neoconstitucionalistas e ao constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, o certo é que os princípios constitucionais, principalmente os relativos aos Direitos Fundamentais, contêm forma normativa e podem fundamentar as decisões judiciais e administrativas. No entanto, há de haver cautela na aplicação destes regramentos, pois o julgador deve observância à lei, além do agir com imparcialidade e neutralidade.

3. Princípios e normas como bases decisórias harmônicas

O sistema jurídico brasileiro passou por transformações significativas nas últimas décadas. A CRFB se transformou no mais importante instrumento de fundamentação das decisões judiciais e administrativas, possibilitando a ampliação de decisões de cunho principiológico, com elevada carga axiológica de matriz jusnaturalista.

Com efeito, isso decorreu do fato de as relações sociais serem dinâmicas e delas emergirem os casos concretos submetidos ao julgador. No ponto, Bittar²⁴ expressou que “[...] a inabilidade das ferramentas jurídicas modernas e sua incapacidade de responder aos desafios da sociedade contemporânea estão entre os grandes desafios destes tempos”²⁵. Parafraseando o autor, hodiernamente não há como inferir todos os conflitos

Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/6279/Biblioteca%20Digital%20%20Editora%20F%C3%B3rum.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

²³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. p. 06.

²⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁵ CARVALHO, Ângelo Luiz de; QUEIROZ, José Arimatéia Araújo de. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais nas Decisões dos Tribunais de Contas**. p. 176.

ou demandas sociais; e, com isso, os princípios passaram a conter grande importância na aplicação dos direitos fundamentais, por evidente, sem desprezar a legislação posta.

Doutro lado, a aplicação de princípios como razões de decidir, na solução dos litígios judiciais e administrativos, também é fortemente criticada por parte da doutrina brasileira que contesta o chamado "ativismo jurídico"²⁶. Ferraz Júnior, por exemplo, no artigo intitulado: "Mudança de rota Jurisprudência passou a ter mais importância que a própria lei", dispôs o seguinte:

[...] o fundamento das decisões tem tido mais importância que a própria lei. Surge, assim, **o constitucionalismo argumentativo e de princípios**, de origem anglo-saxônica. Os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios em um **eventual conflito** e, por isso, são objetos de ponderação, não de subsunção. **Contam mais os fatos e sua repercussão, menos a validade da norma que os regula**. Isso resulta numa concepção de direito como prática social confiada aos juízes [...], [...] parecem desenvolver exigências no sentido de uma desneutralização política do juiz, que é chamado, então, a exercer uma função socioterapêutica, **liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade** e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe (julgar fatos, julgar o passado), **obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas** (julgar no sentido de prover o futuro).²⁷ [...].

²⁶ O ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. Segundo Sarmiento, por esta nova perspectiva, o Supremo Tribunal Federal tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias, aborto de feto anencéfalo e união entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o Tribunal passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado. SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. p. 95-133.

²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Mudança de rota Jurisprudência passou a ter mais importância que a própria lei**. Revista Consultor Jurídico, 29 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei>. Acesso em: 22 jul. 2018.

(Grifos nossos).

Em atenção ao descrito, extrai-se que é o arcabouço normativo que confere a neutralidade necessária para o juiz decidir, existindo riscos na interpretação do que não está positivado como meio para alcançar fins sociais em resposta às pressões da mídia.

Inclusive, das lições de Ferras Júnior, entende-se que o uso da argumentação indiscriminada e politizada nas decisões judiciais, de modo a lançar-se mão da técnica da ponderação entre princípios apenas para atingir determinados fatos de repercussão social, desnaturaliza a jurisdição, pondo em questionamento a própria atuação do julgador.

Ao caso, Ferrajoli²⁸ também alerta para o fato de que os precedentes judiciais possuem nos nossos sistemas o “valor de argumento persuasivo”, porém, não contêm o valor legal; e, com isso, não podem ser usados como fundamentos de outras decisões, tendo em vista que o juiz decide com base na lei, não se podendo confundir interpretação jurídica com inovação legislativa.

Diante dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, compreende-se que os princípios constitucionais de Direito Fundamental, tais como: vida, igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, constituem verdadeiras normas legais a subsidiar as decisões judiciais, pois insertos na constituição (garantismo constitucional).

Em verdade, conjugando os ensinamentos de Ferras Júnior e Luigi Ferrajoli, percebe-se que a linha – a qual separa o julgador da sólida racionalidade jurídica decisória, com base em princípios fundamentais, e da arbitrariedade ou ausência de neutralidade, própria da argumentação sem base normativa – é bastante tênue, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito realizar o devido juízo de ponderação da melhor solução para a

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos. O Constitucionalismo Garantista como modelo teórico. 2015, p. 140-143.

demanda social submetida a julgamento.

Ao caso, Alexy²⁹ destaca que o “princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais”. Com isso, em casos nos quais a legalidade estrita cria obstáculos, por exemplo, ao direito fundamental à vida, certamente que o positivismo normativo, sem qualquer carga axiológica, deve ser sopesado, primando-se pelo bem maior do indivíduo que é a vida, uma vez que sem ela não há deveres a cumprir ou direitos a exercer³⁰.

Assim, o juiz não deve ponderar a aplicação de quaisquer princípios em detrimento das normas jurídicas, sob pena de existir uma inversão no mundo do Direito legislado, considerando que ao julgador é devida a observância à lei, como pressuposto de validade do próprio exercício da jurisdição.

Não se quer dizer, no entanto, que os princípios deixem de conter força normativa nas decisões, pois se constituem em meios adequados para fundamentá-las, uma vez que formam a base do sistema jurídico, mas sim que deve existir harmonia quando da aplicação destes primados, uma vez que as leis e os demais atos normativos não são meros coadjuvantes do sistema jurídico, mas sim as diretrizes primeiras de sua regulamentação.

As leis e os atos normativos, em geral, buscam transmitir a essência principiológica, por isso, não se pode desprezar a utilização das normas objetivas, por serem instrumentos de certeza, segurança e objetividade; e, ainda, por constituírem meios rápidos, eficazes e eficientes para a efetivação dos primados da justiça, sendo mecanismos de proteção com especificidades

²⁹ ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, nº 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

³⁰ CARVALHO, Ângelo Luiz de; QUEIROZ, José Arimatéia Araújo de. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais nas Decisões dos Tribunais de Contas**. p. 181.

detalhadas para cada tipo de situação. Por exemplo, se alguém comete um crime, ou se um Administrador Público pratica um ato contrário à lei, com rapidez será possível aferir a responsabilidade destas condutas, uma vez que as normas infraconstitucionais delineiam as sanções.

Também não se poderá, contudo, desprezar a aplicação principiológica, pois a origem da norma encontra-se nesta seara. Com isso, quando da fundamentação de decisões, além da possibilidade de aplicação de sanção de forma objetiva, o julgador deverá fundamentar sua decisão atendo-se para o cerne do sistema jurídico, ou seja, os princípios fundamentais com força normativa e vinculante³¹.

Diante do exposto, é necessário buscar uma justa medida na aplicação de normas e princípios como razões jurídicas a fundamentar as decisões judiciais e administrativas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa, após avaliação dos aspectos históricos e das bases do jusnaturalismo, com valores éticos naturais que dão validade às normas; e, ainda, diante do delineamento das diretrizes do positivismo, com o destaque para a organização do sistema jurídico, com raízes na “teoria pura do Direito” de Hans Kelsen, observou-se a importância da positivação de princípios de carga axiológica nos textos das constituições escritas.

Em sequência, avançou-se sobre as proposições neoconstitucionalistas e do garantismo constitucional, as quais conferem força normativa aos princípios de Direito Fundamental, a exemplo, destacou-se os primados do direito à vida, à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana insertos na CRFB. No mais, foram relatadas as críticas sobre o chamado “ativismo judicial”.

Por fim, confirmou-se a hipótese para a questionamento inicial da

³¹ CARVALHO, Ângelo Luiz de; QUEIROZ, José Arimatéia Araújo de. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais nas Decisões dos Tribunais de Contas**. p. 181.

pesquisa, ao se concluir que deve haver – nas razões jurídicas das decisões judiciais e administrativas – os necessários equilíbrio e harmonia³², para a aplicação conjunta dos regramentos jurídicos objetivos (leis e atos normativos) e dos princípios, uma vez que aqueles aplicados isoladamente podem traduzir arbitrariedades, haja vista que o positivismo seco, estático e imutável não é expressão de justiça; já, a aplicação destes, sem base legal, pode desvirtuar o julgador dos fins originários a que se destinam, formando decisões destituídas de neutralidade, vagas ou imprecisas, sem escopo nos valores éticos, sociais e históricos da humanidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático**. Revista de Direito Administrativo, nº 217, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador/BA, n.15, p. 01-31, jan/fev. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>.

³² Sarmiento ensina que: “[...] **um sistema jurídico funcional, estável, e harmônico com os valores do Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios**. As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; [...]”, “[...] ao tempo em que os princípios não eram aplicados pelos juízes brasileiros. Também os princípios são essenciais na ordem jurídica, pois conferem mais plasticidade ao Direito - o que é essencial numa sociedade hiper-complexa como a nossa - e permitem uma maior abertura da argumentação jurídica à Moral e ao mundo empírico subjacente”. (Grifos nossos). SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. p. 95-133.

Acesso em: 20 jul. 2018.

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

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de SANTOS, Maria Celeste Leite dos. 5ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 13 jul. 2018.

CARVALHO, Ângelo Luiz de; QUEIROZ, José Arimatéia Araújo de. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais nas Decisões dos Tribunais de Contas**. In: Os Avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988. COIMBRA. Wilber Carlos dos Santos (Org.). Porto Velho: ASCOM/TCE-RO, 2018, p. 173-185. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/E-book-TCE-RO.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio. Derecho Natural: **Introducción filosófica al derecho**. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, 1977, p. 218.

FERRAJOLI, Luigi. A democracia através dos direitos. **O Constitucionalismos Garantista como modelo teórico**. Tradução de Alexander Araújo de Sousa *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Mudança de rota Jurisprudência passou a ter mais importância que a própria lei**. Revista Consultor Jurídico, 29 de setembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-29/jurisprudencia-passou-importancia-propria-lei>. Acesso em: 22 jul. 2018.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. O Ativismo judicial e o princípio da legalidade em matéria ambiental. In: SOUZA de, Maria Cláudia da Silva Antunes; JACOBSEN, Gilson (Org.). **Direito, Desenvolvimento Urbano e**

Meio Ambiente. Itajaí: UNIVALI, 2016. p. 155 a 211. Disponível em:
<<http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4>>. Acesso em:
20 jul. 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.**
12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.**
13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PECES-BARBA, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho.**
Madrid: Dykinson, 2010.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em:
<<http://dspace.xmlui/bitstream/item/6279/Biblioteca%20Digital%20%20Editora%20F%C3%B3rum.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jul. 2018.

A DIVERSIDADE LINGUÍSTICA NA UNIÃO EUROPEIA FRENTE A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA NACIONALIDADE

Jaine Cristina Suzin¹

Clóvis Demarchi²

INTRODUÇÃO

O artigo 3º do Tratado da União Europeia (TUE) expressa, dentre seus objetivos, o respeito pela riqueza da sua **diversidade** cultural e **linguística**, decorrência do respeito à identidade nacional de cada Estado-Membro. Porquanto, conforme ensina Borchardt³, a União vai buscar a sua força espiritual e moral na diversidade das características e na identidade nacional dos Estados-Membros, não havendo necessidade de fusão entre eles.

Para Jerónimo⁴, a União Europeia não tem por escopo ser uma única cultura, mas sim, apresentar-se como um mosaico de diferentes culturas, combinadas de forma a criar um todo maior que a soma de suas partes. Isso porque, nasceu da união de Estados dispares e apegados de suas identidades

¹ Advogada e mestrandanda, com bolsa CAPES, dos cursos de Ciência Jurídica da UNIVALI/Itajaí/Brasil e de Direito da União Europeia da UMINHO/Braga/Portugal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1492112293050816>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8352-2810>. Endereço eletrônico: suzin@edu.univali.br

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Curso de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI/Brasil. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9819761828844957>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0853-0818>. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br

³ BORCHARDT, Klaus-Dieter, ABC da União Europeia. Bruxelas: Mediateca da Comissão Europeia, 2011, p. 18.

⁴ JERÓNIMO, Patrícia. «Imigração e Cidadania na União Europeia. O Estatuto de Residente de Longa Duração», in **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**, SILVEIRA, ALESSANDRA (coord.), Lisboa, Quid Iuris, 2010, p. 229-334.

nacionais. Não por menos que o respeito à diversidade cultural está previsto no artigo 6.º do TUE.

Desde o início do processo de integração, percebe-se a intenção de respeitar as diferentes culturas, pois o Tratado de Roma foi redigido nas línguas alemã, francesa, italiana e holandesa, tendo sido, de forma expressa, mencionado que qualquer das versões possui a valor idêntico, demonstrando a importância da identidade cultural para o processo de integração.

Uma das pedras angulares de qualquer identidade cultural é, justamente, a unidade linguística. Porém, na União Europeia, ocorre o inverso, uma vez que é composta de multiculturalidade em um universo de quase 200 países, com 5.000 grupos étnicos que falam 6.000 línguas, conforme apresenta Matias⁵.

A língua é uma das questões mais contestadas em estados multiculturais, sendo que a escolha da língua oficial, a ser utilizada em escolas, participação cívica e trocas comerciais, não somente molda a vida da população, mas também ergue barreiras e facilidades aos habitantes dos diversos Estados. Nesse sentido é que a Matias⁶ argumenta que reconhecer uma língua como oficial é respeitar os seus falantes e a sua cultura, incluindo-os na sociedade. Isso porque, é por meio da comunicação eficaz que os indivíduos têm o sentimento de pertença a uma comunidade, sendo que a escolha da língua oficial simboliza a identidade nacional.

Como bem expõe Poiares Maduro⁷, a língua não serve apenas para comunicação social, mas sim é “um atributo essencial da identidade cultural e, ao mesmo tempo, um elemento fundamental da identidade nacional”.

⁵ MATIAS SANTOS, Joana Maria. **Identidade Cultural Europeia: Idealismo, projecto ou realidade?** Dissertação de Mestrado: Universidade de Coimbra, 2009, p. 38.

⁶ MATIAS SANTOS, Joana Maria. **Identidade Cultural Europeia: Idealismo, projecto ou realidade?** p. 54.

⁷ POIARES MADURO, Miguel. **Conclusões na qualidade de advogado-geral de 15 de março de 2005**, Espanha/Eurojust, no Processo C-160/03, EU:C:2005:168, considerando 36.

Cientes disso, muitos são os países que adotam mais de uma língua oficial, no claro intuito de unir a diversidade linguística de seus nacionais.

Não por menos, a União Europeia reconhece o direito de todo cidadão europeu poder se expressar em sua língua nacional perante as instituições da União Europeia, nos termos do artigo 20º, nº 2, "d", do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Já as línguas dos Tratados mencionada na alínea "d" do dispositivo acima indicado, são àquelas previstas no último artigo do TUE⁸ e, desde o Tratado de Amsterdã, o direito de comunicação em uma das línguas oficiais com as instituições e os órgãos consultivos da União é tratado como direito de cidadania.

Portanto, 24 línguas oficiais compõem o corpo linguístico oficial da União Europeia, com a possibilidade de o Tratado ser traduzido para outras línguas previstas como oficiais pelas Constituições dos Estados-Membros. Deixando claro que a União reconhece e respeita a diversidade cultural – leia-se, linguística também – dos seus Estados-Membros.

Tal previsão é reflexo da intenção de pôr em contato variadas culturas nacionais, sem intenção de subordinação, porquanto nenhuma cultura nacional pode se impor às outras, até porque, conforme ensina Abélès⁹, o processo de União é ato voluntário.

⁸ Artigo 55.º. 1. O presente Tratado, redigido num único exemplar, nas línguas alemã, búlgara, checa, croata, dinamarquesa, eslovaca, eslovena, espanhola, estónia, finlandesa, francesa, grega, húngara, inglesa, irlandesa, italiana, letã, lituana, maltesa, neerlandesa, polaca, portuguesa, romena e sueca, fazendo fé qualquer dos textos, será depositado nos arquivos do Governo da República Italiana, o qual remeterá uma cópia autenticada a cada um dos Governos dos outros Estados signatários. 2. O presente Tratado pode também ser traduzido em qualquer outra língua que os Estados-Membros determinem, de entre aquelas que, de acordo com o seu ordenamento constitucional, gozam de estatuto oficial na totalidade ou em parte do seu território. Os Estados-Membros em questão fornecem uma cópia autenticada dessas traduções, que será depositada nos arquivos do Conselho. (SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**. Versão consolidada. Lisboa: Quid Juris? 2016, p. 66)

⁹ ABÉLÈS, Marc. «Homo Communitarius», in KASTORYANO, Riva. **Que Identidade**

Ocorre que a aplicação de direitos como a utilização da língua nacional acaba por apresentar entraves, uma vez que seria demasiado ingênuo acreditar que o complexo corpo institucional da União Europeia poderia operar em todas as línguas oficiais, de forma rápida e eficaz. A tradução de cada peça para tantas línguas trunca o processo e, por conseguinte, a prestação ágil e eficaz fica comprometida, problemática previamente identificada no próprio artigo que nomeia os mecanismos de acesso à cidadania europeia¹⁰.

Como de se esperar, embates acerca da problemática da língua surgiram, e o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) foi chamado a dizer sobre o direito a ser aplicado. As decisões daquela Corte são sempre orientadas por princípios, dentre eles, necessariamente, o da primazia dos Tratados. No dizer de Silveira¹¹, traduz-se ele na vinculação de todo o poder público europeu à ordem jurídica fundamental da União Europeia, qual seja, os Tratados constitutivos.

Nesse contexto, o presente artigo analisa dois casos judiciais que envolveram a problemática das línguas em um processo de integração.

1 Os processos judiciais

1.1 Caso KIK¹²

Trata-se o primeiro caso, envolvendo Christina Kik contra Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) - IHMI,

para a Europa? Lisboa: Ulisseia, 2004, p. 58.

¹⁰ Necessário se fazer um parêntese para ressaltar que o exercício da cidadania europeia não se resume aos mecanismos previstos no artigo 20.º do TFUE. Se assim o fosse, o cidadão denominado "estático" - que não faz uso do direito de livre circulação entre os Estados-Membros não poderia se beneficiar da cidadania europeia. Para isso, o TJUE trilhou um caminho de garantia dos direitos fundamentais de todos os cidadãos da União, independentemente de serem eles estáticos ou dinâmicos. Porém, para o presente artigo, tais questões - apesar de sua extrema relevância - serão limitadas ao presente comentário.

¹¹ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência**. Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 29.

¹² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) KIK, de 9 de setembro de 2003, proc. C-361/01. EU:C:2003:434.

tendo sido negado provimento ao pedido da requerente do reconhecimento do vocábulo "KIK" como marca da União. No pedido administrativo, efetuado em holandês, Christina Kik indicou também o holandês como segunda língua.

O Instituto negou o pedido sob o fundamento de não ter sido preenchido uma condição formal, qual seja, de que a requerente devia indicar o alemão, o inglês, o espanhol, o francês ou o italiano como segunda língua, nos termos do artigo 115.º do Regulamento nº 40/94 e do artigo 1.º, regra 1, n.º 1, alínea "j" do Regulamento n.º 2.868/95.

Após os recursos administrativos terem sido negados, iniciada a fase judicial do impasse, perante o então Tribunal de Primeira Instância (TPI), o pedido de anulação foi fundamentado no princípio da não discriminação (atual artigo 18.º do TUE, antigo artigo 12.º CE). O TPI também negou provimento ao pedido, sob o argumento de que o regime linguístico estabelecido no regulamento em questão não poderia ser equiparado a um princípio do direito da União. Além do que, a conclusão foi de que os Estados-Membros não estabeleceram no Tratado um regime linguístico para as instituições e órgãos da União.

Por fim, o TPI afirmou que o regime linguístico teria por objetivo dar ao processo administrativo a rapidez, praticidade e acessibilidade, sem mencionar o orçamento adicional que o Instituto teria que prever na hipótese de utilização de todas as línguas oficiais da UE para o caso de tradução.

Iniciada a fase do recurso judicial, a recorrente argumentou que a limitação de línguas tem por consequência prejudicar a igualdade de concorrência no mercado interno, porquanto, privilegia agente de marcas cuja língua materna faça parte daquelas de trabalho do Instituto.

O recurso foi improvido, sob a alegação, dentre outras, de que, nada obstante o Tratado conter inúmeras referências ao uso das línguas na União Europeia, não se trata de uma manifestação de princípio geral de direito

comunitário no sentido de assegurar a cada cidadão o direito de que tudo que seja suscetível de afetar seus interesses, seja redigido na sua língua nacional.

E foi mais longe, ao afirmar que o disposto no então artigo 8.º, D, do Tratado de Amsterdã (vigente à época da prolação do acórdão ora analisado, atualmente artigo 20.º, 2., "d", do TUE) impõe às instituições e a certos *órgãos* a obrigação de comunicação com os cidadãos da União em uma das línguas referidas no então artigo 248.º do Tratado (atual art. 55 do TUE). Como grifado intencionalmente, tal imposição não se aplica a todos os *órgãos*, tal qual o Instituto recorrido. Ainda, argumentou que as decisões individuais não têm, necessariamente, que ser publicadas em todas as línguas oficiais da União, como têm de ser os regulamentos, diretivas e decisões, nos termos do artigo 254.º e 189-B e 251 do CE (respectivamente, atuais artigos 297.º; 14.º, 1 e 2 e 294, todos do TJUE).

Em continuidade, o TJUE destacou que a marca comunitária foi criada em benefício dos operadores econômicos, com vista à realização em seus benefícios e, por essa razão, justo é que assumam o custo, integral ou pelo menos parcial, do funcionamento do organismo criado para registrar marcas comunitárias, sendo a escolha por algumas línguas é apropriado e proporcional, mesmo que isso implique tratamento diferenciado entre as línguas oficiais.

1.2 Caso Eurojust¹³

Já o segundo caso, envolveu o Reino da Espanha contra a Eurojust¹⁴, tendo por objeto um Recurso de Anulação, nos termos do então artigo 230.º

¹³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) Eurojust, de 15 de março de 2005, proc. C-160/03, EU:C:2005:168.

¹⁴ *Unidade Europeia de Cooperação Judiciária* é um órgão da UE criada em 2002 (Decisão do Conselho 2002/187/JAI, alterada pela Decisão do Conselho 2009/426/JAI), dotada de personalidade jurídica, com sede em Haia (Países Baixos). Tem por missão a ajuda às autoridades nacionais a cooperarem na luta contra o terrorismo e as formas graves de criminalidade organizada que envolvem mais do que um país da UE. Possui um colégio composto por um membro de cada país da UE, além de 240 funcionários. O Colégio é quem nomeia o diretor administrativo, que é responsável pela administração do órgão, tudo segundo informações extraídas no seu

CE (atual artigo 263.º do TUE). O pedido não foi admitido pela Corte de Luxemburgo por uma questão e legitimidade ativa.

Contudo, o caso foi trazido ao presente estudo, ante as conclusões do advogado-geral que atuou no processo, Miguel Poiares Maduro, que elucida a questão do princípio da não discriminação no tocante à multiplicidade linguística presente na União Europeia de forma muito realista, como, acredita-se, devam ser as decisões judiciais.

O pedido era de anulação tanto do processo quanto dos critérios de seleção das sete vagas para agentes temporários, emitidos pela Eurojust. Os candidatos deveriam submeter as candidaturas em inglês e outra língua oficial daquele órgão (Eurojust), além da obrigatoriedade do preenchimento das qualificações em matéria de conhecimentos linguísticos, notadamente inglês e francês.

Por força do disposto no artigo 25.º do seu Regulamento Interno da Eurojust, o diretor administrativo é quem recruta os funcionários, após avaliação e aprovação pelo Colégio das vagas a serem preenchidas. Com base nisso, aquele órgão publicou oito convites à apresentação de candidaturas no intuito de preencher vagas temporárias de trabalho no seu corpo funcional.

Dentre as qualificações exigidas estavam conhecimentos linguísticos de acordo com cada vaga aberta, como, por exemplo, para a vaga de proteção de dados e de jurista, eram exigidos francês e inglês excelentes, além do que a capacidade para trabalhar noutras línguas oficiais da União seria considerada uma vantagem.

Ainda, o ato de candidatura deveria ser preenchido não só na língua de publicação em que o candidato tomou conhecimento do convite, mas, também, em inglês. E, por fim, a carta de motivação e o *curriculum vitae* deveriam ser redigidos em inglês.

O fundamento do pedido foi, dentre outros argumentos, a violação do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade, previsão do artigo 18.º CE (atual artigo 12.º do TUE), sob a alegação de que as exigências e as condições constantes dos atos impugnados beneficiam, sem qualquer justificação, os candidatos de língua materna inglesa ou francesa.

Efetivamente, o artigo 18.º do TFUE (antigo artigo 12.º) preceitua que, no âmbito de aplicação dos Tratados, toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade é proibida. Sendo que o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar normas destinadas a proibir essa discriminação.

Nesse particular, a Eurojust contestou, com o fundamento de que, decorrendo o princípio previsto no artigo 18.º do TUE (antigo artigo 12.º CE), não se aplica fora do quadro comunitário.

Porém, segundo o advogado-geral Poiares Maduro¹⁵, essa contestação seria infundada, pois, pacífico é que o artigo 18.º do TUE consagra um princípio geral de direito da União, conforme já assentado pelo TJUE no processo Ferlini (C-411/98) e Comissão/Itália (C-224/00), como uma expressão específica do princípio geral da igualdade.

Inclusive, o TJUE já havia se manifestado acerca da fundamentalidade do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade no caso Comissão/Áustria¹⁶. Assim como, e no mesmo sentido, quanto ao princípio da igualdade de tratamento, no processo Gottardo¹⁷.

Nos termos do artigo 6.º do TUE, a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tendo o mesmo valor jurídico que os Tratados. E o artigo 21

¹⁵ POIARES MADURO, Miguel. Conclusões na qualidade de advogado-geral, Espanha/Eurojust, considerando 14.

¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) Comissão/Áustria, de 16 de setembro de 2001, proc. C-465/01. ECLI:EU:C:2004:530.

¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) Gottardo, de 15 de janeiro de 2001, proc. C-55/00. ECLI:EU:C:2002:16.

da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), consagra, de modo expresso, o princípio da não discriminação em razão da língua, dentre outros, prevendo ser proibida a discriminação em razão do sexo, da raça, da cor ou da origem étnica ou social, das características genéticas, da língua, da religião ou de convicções, de opiniões políticas ou outras, do pertencimento a uma minoria nacional, de riqueza, de nascimento, de deficiência, de idade ou de orientação sexual. Da mesma forma, segundo item dois do mesmo artigo, a discriminação em razão da nacionalidade é proibida. Por fim, o artigo 22 da mesma CDFUE traz, de modo categórico, que a União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística.

Para Canotillho¹⁸, o princípio da não discriminação assegura o direito subjetivo fundamental do indivíduo da não ser discriminado e/ou privado de direitos em decorrência de pertencer a uma das categorias previstas no artigo 21.º da CDFUE.

O que também se traduz no respeito pela diversidade cultural, religiosa e linguística – apontadas no artigo 22.º, supratranscrito, que nada mais é do que a base da construção europeia. Não por menos que o seu lema é “Unidos na diversidade”.

No tocante ao autor do ato impugnado, desimporta saber se é instituição ou órgão da União Europeia, conforme conclusão resultante da leitura do artigo 3.º do TUE, que prevê um quadro institucional único, devendo ser assegurada coerência e continuidade das ações empreendidas no intuito de atingir os objetivos da União, sempre em respeito e com desenvolvimento do acervo comunitário.

Tal questão já foi objeto de análise pelo TJUE, quando afirmou que o respeito e a promoção da diversidade de línguas não são incompatíveis com o objetivo do mercado comum. Ao contrário, possuem importância especial à

¹⁸ CANOTILHO, Mariana. “Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação,” in SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. **Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Política da União**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 888.

proteção dos direitos e facilidades dos indivíduos em matéria linguística, no âmbito de uma Comunidade fundada na livre circulação de pessoas (acórdãos Mutsch¹⁹ e Bickel /Franz²⁰).

Conforme também consignado pelo TJUE, no acórdão Groener²¹, é pacífico o direito de um cidadão da União em utilizar a sua própria língua como facilitador ao exercício da liberdade de circulação e à integração na sociedade do Estado de acolhimento. Este princípio é uma expressão específica da pluralidade constitutiva da União Europeia.

Para Poiares Maduro²², o regime linguístico das instituições da União não deve ser dissociado desse contexto e desse princípio, uma vez que garante o reconhecimento dos direitos linguísticos dos indivíduos que têm acesso às instituições da União. Tal regime representa a expressão direta da diversidade linguística da EU, sendo um dos meios pelos quais a União se liga aos seus cidadãos.

E segue a lição de Poiares Maduro²³ ao afirmar que este princípio está ligado a um princípio democrático fundamental que exige que os sujeitos de direito da União, Estados-Membros e cidadãos europeus, tenham, com facilidade, acesso aos textos jurídicos da União e às instituições que os elaboram. Pois, somente assim, os cidadãos da União têm a capacidade de participarem de maneira efetiva e igual na vida democrática da União.

Por essa razão, que, no âmbito do exercício dos direitos de participação que fazem parte da cidadania europeia, o respeito pela

¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) Mutsch, de 11 de julho de 1985, proc. C-137/84. EU:C:1985:335.

²⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) Bickel e Franz, de 24 de novembro de 1998, proc. C-274/96. EU:C:1998:563.

²¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) Groener, de 28 de novembro de 1989, proc. C-379/87. EU:C:1989:599.

²² POIARES MADURO, Miguel. Conclusões na qualidade de advogado-geral, Espanha/Eurojust, considerando 36.

²³ POIARES MADURO, Miguel. Conclusões na qualidade de advogado-geral, Espanha/Eurojust, considerando 24.

diversidade linguística não pode ser confrontado com dificuldades técnicas que uma instituição eficiente pode e deve ultrapassar.

Apesar disso tudo, não se trata de um princípio absoluto, uma vez que há circunstâncias em que este direito não pode ser aplicado, ante as restrições práticas, em respeito aos imperativos da vida institucional e administrativa, sempre devidamente limitadas e justificadas.

Portanto, para uma avaliação correta acerca da legalidade das restrições ao presente princípio, deve haver a clara indicação das circunstâncias da situação e dos interesses contraditórios. Porquanto, o âmbito das comunicações entre as instituições e os cidadãos da União exige o nível mais elevado de proteção ao princípio da diversidade linguística.

Ora, não se pode considerar seriamente a adoção de um sistema de pluralismo linguístico integral para as instituições e órgãos da União Europeia, ante a complexidade administrativa, que levaria à morosidade extrema, e o alto custo econômico daí advindos.

Por isso é que há de se fazer a distinção entre a relação da administração com os cidadãos (a língua deve ser a do interessado, com exceção quando esse puder tomar conhecimento da posição adotada pela instituição em outra língua que não a sua nacional) e a relação interna de trabalho da administração (regime de funcionamento interna das instituições e órgãos da União, cuja escolha é de responsabilidade das próprias instituições/órgãos).

Até porque, segundo Abelès²⁴, “os atores comunitários vivem num mundo desterritorializado”, em um espaço público em que a diversidade linguística e cultural está a serviço de um projeto englobante, o que confirma o papel das instituições e órgãos de *longa manus* dos objetivos primordiais

²⁴ ABÉLÈS, Marc. “Homo Communitarius”, p. 47.

dos Tratados regentes da União Europeia, quando atuam como apaziguadores das diferenças sócio-políticas-culturais que formam a União Europeia.

Porém, isso não autoriza a não observância de que o regime linguístico interno – assim como o funcionamento e a composição dos órgãos e das instituições da União – deve refletir o equilíbrio geográfico e respeitar o princípio da não discriminação ao cidadão da União.

Em termos práticos, o Tratado atribui ao Conselho a responsabilidade principal da definição do regime linguístico das instituições da União, levando em consideração o princípio da diversidade linguística. Por conseguinte, as instituições e órgãos dispõem de certa margem de apreciação para aplicarem o regime, de acordo com as necessidades funcionais da sua organização interna, sem, contudo, haver discriminação entre cidadãos da União. Portanto, a escolha segue critérios tais como a história da sua instituição, o local da sede, as necessidades de comunicação interna ou a natureza das funções que lhe incumbem.

Trata-se da aplicação da leitura conjugada dos artigos 15.º e 21.º ambos da CDFUE, que protegem, por um lado, o direito de qualquer cidadão da União a ter acesso a um emprego e aos processos de recrutamento organizados na União e, por outro, o direito de não ser discriminado em razão, designadamente, da língua.

A justificativa da Eurojust foi de o fato de o regime linguístico interno se basear na natureza das coisas e que as exigências linguísticas estão ligadas às funções inerentes aos diferentes lugares em questão.

Importa destacar, mais uma vez, que o TJUE já se manifestou anteriormente acerca da multiplicidade linguística, nos processos Mutsch e Bickel e Franz, no sentido de que há discriminação quando é negado a um não nacional do Estado-Membro um direito concedido a um nacional desse mesmo Estado-Membro, situação diferente dos casos ora analisados.

Isso porque, no processo Mutsch, a questão girava em torno da legalidade das normas belgas relativas à utilização das línguas nos órgãos jurisdicionais nacionais, pois preveem elas o direito de um nacional belga, com residência em um país de língua alemã, ver-se processado na língua alemã. R. Mutsch, nacional do Luxemburgo pleiteou esse direito, que lhe foi negado por não ser belga. Já no processo Bickel e Franz, a Itália negou o direito previsto aos residentes da província italiana de Bolzano, de optar pela utilização da língua alemã em processo judicial, à H. Bickel, de nacionalidade austríaca, e à U. Franz, de nacionalidade alemã. O TJUE, instado a se manifestar, decidiu que, negar tal benefício, em razão da sua nacionalidade, equivaleria a uma discriminação e declarou que há discriminação quando o direito de escolha da língua pela qual o processo deva ocorrer é limitado aos residentes do foro judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessarte, da análise dos acórdãos, o que se verifica é que, para o TJUE, o princípio da não discriminação em função da nacionalidade, quando implica em multiplicidade linguística, deve ser sopesado com o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Ainda mais quando o ato atacado é emanado por órgão e não instituição da União Europeia – cuja distinção entre instituição e órgão, à primeira vista, parece ir de encontro ao disposto no artigo 3.º do TUE, que prevê um quadro institucional único, sem diferenciar instituição de órgão, devendo ser assegurada coerência e continuidade das ações empreendidas no intuito de atingir os objetivos da União.

Porém, ante o princípio da proporcionalidade, segundo se extrai das decisões analisadas do TJUE, há que se considerar se o ato emanado efetivamente prejudica o cidadão europeu, e por via reflexa o exercício da cidadania europeia. Porquanto, do que se depreende dos fundamentos expostos – tanto do TJUE quanto dos advogados-gerais –, não se pode olvidar da complexidade operacional da administração da União Europeia, uma vez que, atualmente, é composta de 28 Estados-Membros, com 24 línguas oficiais.

Partindo-se do pressuposto que é dado ao cidadão europeu o direito – assegurado no TFUE – de peticionar na sua língua nacional, e, ainda, optar por uma segunda língua – dentre aquelas indicadas pelo Conselho para cada caso especial, leia-se, órgãos e afins, tem-se que o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade está assegurado, não de forma ampla e irrestrita, mas de forma razoável e proporcional, a fim de evitar a criação de uma “*torre de babel*”.

Ainda, verifica-se que a discriminação vedada pelos Tratados se mostra presente, especialmente, quando há diferença de tratamento entre cidadãos europeus, de diferentes nacionalidades, em uma mesma situação fática. Logo, o que se conclui é que a discriminação entendida pelo TJUE é uma discriminação comparativa paralela – mesmo nível – entre cidadãos em situação igual ou semelhante, o mesmo não ocorrendo quando o cidadão invoca tal princípio sem comparativo, apenas baseado em prejuízo pessoal com base nos princípios fundamentais regentes da União Europeia.

Há que se ressaltar que nos casos analisados, a parte recorrente não logrou êxito em provar efetivo prejuízo com a limitação de escolha de língua, o que levou ao indeferimento do(s) seu(s) pedidos/recursos. Quiçá em um caso com prova assaz de cerceamento do exercício da cidadania europeia, o TJUE venha a se manifestar de forma diferente, no sentido de que o princípio da não discriminação em função da língua nacional deva se sobrepôr aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É o que se espera de uma Corte de “jurisprudência principialista”, fazendo uso da expressão de Silveira²⁵, parafraseando Gomes Canotilho.

Contudo, nada obstante algumas decisões do TJUE não serem favoráveis aos cidadãos europeus, ainda assim, o papel dos litigantes no desenvolvimento e aperfeiçoamento da ordem jurídica europeia é primordial, na medida em que trazem questões de ordem prática à luz do ordenamento

²⁵ SILVEIRA, Alessandra. Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência, p. 07.

jurídico da União Europeia. Porquanto de nada valeria um corpo normativo principiológico desprovido de efeito jurídico prático no dia a dia do cidadão deutsch, български, Český, hrvatski, dansk, slovenský, Slovenščina, Español, eesti keel, suomalainen, français, Ελληνικά, magyar, english, gaeilge, italiano, Latviešu, Lietuviškai, maltese, nederlands, polski, português, românesc, svenska²⁶.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABÉLÈS, Marc. «Homo Communitarius», in KASTORYANO, Riva **Que Identidade para a Europa?**, Lisboa: Ulisseia, 2004.

BORCHARDT, Klaus-Dieter, **ABC da União Europeia**. Bruxelas: Mediateca da Comissão Europeia, 2011.

CANOTILHO, Mariana. "Igualdade de Oportunidades e Não Discriminação," in SILVEIRA Alessandra; CANOTILHO Mariana; FROUFE Pedro Madeira. **Direito da União Europeia**. Elementos de Direito e Política da União. Coimbra: Almedina, 2016.

JERÓNIMO, Patrícia. «Imigração e Cidadania na União Europeia. O Estatuto de Residente de Longa Duração», in SILVEIRA, ALESSANDRA (coord.), **Direito da União Europeia e Transnacionalidade**, Lisboa, Quid Iuris, 2010.

MATIAS SANTOS, Joana Maria. **Identidade Cultural Europeia: Idealismo, projecto ou realidade?** Dissertação de Mestrado: Universidade de Coimbra, 2009.

POIARES MADURO, Miguel. Conclusões na qualidade de advogado-geral de 15 de março de 2005, **Espanha/Eurojust**, no Processo C-160/03, EU:C:2005:168.

²⁶ Pela ordem das línguas oficiais, segundo artigo 55.º do TUE, in SILVEIRA, Alessandra, Tratado de Lisboa, p. 66.

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia, Doutrina e Jurisprudência**. Lisboa: Quid Juris, 2011.

SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**. Versão consolidada. Lisboa: Quid Juris? 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Bickel e Franz**, de 24 de novembro de 1998, proc. C-274/96. EU:C:1998:563.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Comissão/Áustria**, de 16 de setembro de 2001, proc. C-465/01. ECLI:EU:C:2004:530.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Eurojust**, de 15 de março de 2005, proc. C-160/03, EU:C:2005:168.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Gottardo**, de 15 de janeiro de 2001, proc. C-55/00. ECLI:EU:C:2002:16.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Groener**, de 28 de novembro de 1989, proc. C-379/87. EU:C:1989:599.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **KIK**, de 9 de setembro de 2003, proc. C-361/01. EU:C:2003:434.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Mutsch**, de 11 de julho de 1985, proc. C-137/84. EU:C:1985:335.

**ATIVISMO JUDICIAL: COMPLEXA DIALÉTICA ENTRE OS
PODERES, O IMPACTO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS
NO ESTADO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DA EVOLUÇÃO DA
ORDEM JURÍDICA**

Renata Miranda de Lima¹

Ulysses Sbsczk Azis Pereira²

INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro adota o sistema tripartite ou divisão funcional de poder estatal, inspirado na teoria de Montesquieu, cuja existência de três poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário - é essencial na constituição do Estado Democrático de Direito, órgãos esses que devem ser independentes e harmônicos entre si.

Diante do contexto social, observa-se que o Poder Judiciário é acionado para assegurar e solucionar pretensões jurídicas, cujos direitos e interesses são ameaçados ou violados, muitas vezes, pela própria omissão dos demais poderes, que não garantem os direitos constituídos no âmbito jurídico.

¹ Mestranda do Programa de Mestrado Profissional de Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR (2018). Especialista em Gestão Pública pela Universidade do Paraná - UNOPAR (2018). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná - CEULJI-ULBRA (2017). Advogada. Ouro Preto do Oeste, Rondônia, Brasil. E-mail: renata.milisofer@gmail.com.

² Mestrando do Programa de Mestrado Interinstitucional - MINTER em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI com a Faculdade Católica de Rondônia - FCR. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2018). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná - CEULJI-ULBRA (2013). Advogado. Ouro Preto do Oeste, Rondônia, Brasil. E-mail: ulysses.sbsczk@gmail.com.

O presente artigo tem como referente³ analisar qual seria o limite de atuação do Poder Judiciário? Qualquer extrapolação a esse limite pode ser considerada ativismo judicial? Ora, eis uma indagação que remete a um paradoxo, pois, se de um lado ao decidir sobre conflito que lhe foi submetido, o julgador jamais deve denegar a justiça ou deixar de dizer o direito, valendo-se eventualmente de normas integradoras (costumes, à jurisprudência, aos princípios gerais do direito) ou da analogia, em contrapartida, a atuação do julgador em proferir decisões que envolvem matérias ainda não regulamentadas ou normatizadas ultrapassaria os limites de competência.

Como essa atuação jurisdicional pode ser balizada, evoluindo para uma ordem jurídica mais responsiva, efetivando da melhor forma os direitos fundamentais sem, contudo, invadir competências ou quebrar o sistema de freios e contrapesos é o que se pretende demonstrar neste trabalho.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que foi utilizado o método indutivo⁴, e as técnicas do referente, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica, conforme os ensinamentos de Pasold.

1. Divisão do poder estatal no ordenamento brasileiro

Em se tratando de a separação das atividades estatais é impossível não nos reportarmos à obra de Aristóteles⁵, Política. Para o Autor é necessário à existência de três funções distintas a serem exercidas por um poder soberano. Tais funções seriam a de editar normas de caráter geral (legislativa), a de executar as diretrizes normativas no caso concreto (administrativa) e a de solucionar os conflitos surgidos em decorrência da aplicação das normas gerais ao caso concreto (juladora). Entretanto as referidas funções não seriam exercidas por órgãos distintos, mas

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.54.

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.92.

⁵ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Pereira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

representado figura do Estado soberano.

Nessa ótica, é importante ressaltar que não existe uma divisão absoluta entre os poderes, mas a separação das atividades estatais em funções precípua de legislar, administrar e julgar, permitindo ainda o exercício de funções atípicas que são exercidas subsidiariamente, conforme preceitua Jorge Miranda⁶. A Constituição da República⁷, estabelece a existência das funções legislativa, executiva e jurisdicional, indicando a previsão orgânica no Título IV (“Da Organização dos Poderes”) e encontram nos artigos 44 a 75 - Poder Legislativo -, 76 a 91 -Poder Executivo- e 92 a 126 -Poder Judiciário, respectivamente.

Nesse sentido, o entendimento de José Afonso da Silva⁸:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflito de interesse

Hodiernamente, muito se discute sobre as competências típicas do Poder Judiciário e sua interação com os demais poderes constituídos e, principalmente, a intervenção desse poder no enfrentamento de situações fáticas contemporâneas, contudo, decidindo (legislando) sobre matérias

⁶ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 354-355.

⁷ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 de ago. 2018.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.108.

relevantes, que deveriam estar, preliminarmente, normatizadas e regulamentadas pelo Poder Legislativo e/ou Poder Executivo.

2. Ativismo judicial e impacto na efetivação de direitos humanos no Brasil

No Brasil, atualmente, o Poder Judiciário tem praticado em recorrentes situações uma posição expressamente ativista. Tendo em vista que, na maioria das vezes, suas decisões foram motivadas pela efetivação e evolução dos direitos fundamentais. Ilustrativamente, a origem do ativismo judicial advém das jurisprudências norte-americanas, a seguir:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (*Era Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973)⁹.

No entendimento de Luiz Roberto Barroso, entende que o ativismo judicial está relacionado à aplicação direta do texto constitucional feita pelo Poder Judiciário, lembrando que se refere às situações que não se encontram expressas no referido texto e, também, independem de manifestações

⁹ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista **Consultor Jurídico**, 22 de dezembro de 2008, p. 4. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 12 de Ago. 2018.

anteriores feitas pelo legislador ordinário.

O ministro Celso de Mello¹⁰ ressaltou a importância sobre o tema:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Contudo, para melhor compreensão do tema, é necessário realizar a distinção entre os conceitos de ativismo judicial e judicialização, apesar de serem expressões parecidas não se confundem, pois considera-se que o primeiro é consequência do segundo. Nesse sentido, o professor Luiz Roberto Barroso¹¹ aduz a seguinte distinção:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira

¹⁰ MELO, Celso. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf>>. Acesso em: 30 de Ago. 2018.

¹¹ BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 3.

efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais.

Logo, é notório que o ativismo judicial é um fenômeno muito discutido entre os estudiosos e doutrinadores, alguns defendem a sua prática por se tratar de um instrumento fundamental para garantir a justiça social e efetivar os direitos fundamentais. A oposição, por outro lado, defende a necessidade de o magistrado manter a postura de autocontenção judicial por se tratar de previsão legal. Nessa perspectiva, ainda, assevera Luiz Roberto Barroso:

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.¹²

Sendo assim, o julgador se abstém de decidir sobre a pretensão submetida pelo indivíduo que teve o seu direito ameaçado ou violado, deixando de cumprir de ofício o seu dever julgar, assim, denegando a justiça devido a delimitação imposta pelo poder constituinte originário.

Dessa forma, o Judiciário é provocado a se manifestar pela ineficiência do Estado em dirimir os problemas apresentados, assim assevera o autor:

Em um cenário político-institucional de elevada

¹² BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, p. 4.

burocratização, de progressiva judicialização das relações sociais e de crescente distanciamento da relação entre Estado e indivíduo, o ativismo judicial positivo corrobora, em caráter de exceção, para a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição.¹³

Com efeito, observa-se que esse fenômeno descaracteriza o Poder Judiciário de um sistema de direito autônomo ou responsivo, conforme assevera NONET e SELZNICK¹⁴, como se verá, uma vez que a prática do ativismo decorre, muitas vezes, pela complexidade do diálogo entre os poderes constituídos e a necessidade de efetivar os direitos e garantias fundamentais, quando a invasão de competência especialmente perpetrada pelo judiciário causa a desarmonia estatal.

Reforça essa ideia os fatores que estimulam o ativismo judicial seria a atuação ineficiente do Poder Legislativo ou a ineficácia da lei, exigindo, assim, uma postura de intervencionismo do órgão julgador, a desarmonia seria consequência da busca pela concretização imediata dos direitos, em especial o direitos das minorias, tais como: crianças, adolescentes, idosos, mulheres, negros e entre outros. Como se verá, contudo, a intervenção eventualmente será necessária para manter o equilíbrio social e jurídico e efetivar direitos humanos.

No âmbito brasileiro, em função da incidência desse fenômeno mediante a atuação, por exemplo, das decisões do Supremo Tribunal Federal que trata sobre o fornecimento de medicamentos, disputa por terras indígenas, biossegurança, políticas governamentais, entre outros. De todo modo, não obstante a divergência entre as doutrinas, o ativismo pode ser impactado negativamente quando as decisões são fundamentas por meio de princípios revelando, por sua vez, mais importante que às próprias leis,

¹³ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, v. 8, 2012, p. 50. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 22 de ago. 2018.

¹⁴ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 120.

surgindo, assim, o instituto que Lênio Luiz Streck denomina de panprincipiologismo¹⁵:

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses princípios) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da 'afetividade', uma álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de 'panprincipiologismo', caminho perigoso para um retorno à 'completude' que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na 'ausência' de 'leis apropriadas' (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete 'deve' lançar mão dessa principiologia, sendo que, na falta de um 'princípio' aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo.

Logo, a utilização desse instituto torna-se prejudicial ao passo que faculta aos julgadores a utilizar-se de preferências e valores em suas decisões, assim, comprometendo o desenvolvimento das atividades legislativas e, conseqüentemente, a separação dos poderes.

Por outro lado, percebe-se que o ativismo judicial decorre de problemas que envolvem direitos fundamentais, tais como: à vida, liberdade, igualdade, segurança, entre outros, os quais resultam na judicialização das relações sociais com a finalidade de proteger os jurisdicionados contra omissão e inércia dos poderes constituídos. Calha ressaltar que o órgão jurisdicional é legítimo para exercer as atribuições constitucionais, como por exemplo, a invalidação de atos e de normas dos Poderes Executivos e Executivo, de modo que não ensejaria afronta a divisão dos poderes, tampouco, no sistema de freios e contrapesos.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O Panprincipiologismo e a "Refundação Positivista"** (In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011, p. 221.

O ativismo judicial apesar de criticado por muitos, tem sido o instrumento (em algumas ocasiões) para efetivação de direitos humanos, quando a ordem política não trouxe qualquer regulação desses direitos, deixando uma malha de proteção tão alargada que permite a omissão do poder executivo e conseqüentemente o completo desamparo do ser humano tutelado. Como exemplo clássico desse ativismo tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁶ (ADPF) 54 que garantiu, no Brasil, a interrupção terapêutica da gravidez cujo feto seja anencéfalo, e cuja ementa colacionamos:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** - (ADPF) 54. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>> . Acesso em: 22 ago. 2018.

Como fica claro, portanto, embora o ativismo possa ter efeitos nefastos à ordem jurídica atual, especialmente se considerado sua atual conformação, também pode ser instrumento para efetivação de direitos humanos especialmente quando o poder político é omissivo ao regulamentar e o poder executivo omissivo ao implementar políticas públicas voltadas ao atendimento das demandas mais básicas ou essenciais para o indivíduo tutelado.

3. Necessária evolução da ordem jurídica, do sistema repressivo ao sistema responsivo

Os conflitos internos da ordem jurídica brasileira, especialmente aqueles demonstrados quanto a atuação dos órgãos (poderes) constituídos e a quebra do sistema de freios e contrapesos são reflexos do momento histórico e do estágio em que nosso ordenamento está situado no que toca à sua evolução e à própria evolução da sociedade. Com efeito, os ensinamentos de NONET e SELZNICK¹⁷ indubitavelmente esclarecem que a mera existência do direito não garante equidade, muito menos justiça substantiva.

A classificação de NONET e SELZNICK¹⁸ da ordem jurídica em três sistemas de direito (repressivo, autônomo e responsivo) seriam em última análise a busca de solucionar esse conhecido dilema entre integridade e abertura, dentro do qual se insere a questão da atuação do poder jurisdicional frente à ordem política vigente.

Pela lógica dos autores a ordem jurídica brasileira de certo ainda estaria no sistema chamado "direito repressivo". Nessa toada, a evolução da ordem jurídica para um sistema classificado como "direito responsivo", permitiria a equalização e o perfeito balizamento dos problemas advindos do ativismo judicial frente à separação entre a ordem jurídica e a ordem política.

A ordem responsiva, conforme lecionam, busca garantir identidade

¹⁷ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 71.

¹⁸ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**, p. 125.

entre a finalidade do direito e as normas legais, permitindo a todos atores a checagem dessa finalidade, consagrando a verdadeira harmonia entre os poderes senão vejamos:

Embora o direito responsivo conceba uma integração dos poderes e uma atenuação de fronteiras institucionais, a distinção entre decisões políticas e judiciais não é dissolvida. Ao contrário, o processo legal que mira a uma ampliação de competência das instituições judiciárias presume que (1) a avaliação e o desenho institucional possam tomar por base premissas consagradas que estabilizam as finalidades às quais o direito deve servir, e (2) a missão da justiça é reduzir o arbítrio na definição e formulação dessas finalidades. A união entre direito e governo significa que, na prática, que no direito responsivo o governo age em duas frentes. Como ator político, assume a responsabilidade de decidir as finalidades a serem atingidas e os recursos que terão que comprometer para lidar com problemas (...) também como ator jurídico, determinando os órgãos e os mecanismos que deverão se ocupar dessas finalidades. (...) o que elas visam é trazer o máximo de objetividade à formulação de políticas públicas.¹⁹

Posto isso, o direito responsivo é o que melhor garantiria a aplicabilidade das leis e faria a justiça social, sendo aquele guiado as garantias dos direitos fundamentais, tendo sua efetividade calcada na solução dos problemas sociais.

CONCLUSÃO

Apesar das divergências doutrinárias acerca do tema, historicamente, nota-se que a divisão dos poderes, na verdade é mais contundente em seu aspecto formal, pois de fato, ao analisarmos o atual cenário brasileiro, verifica-se a sobreposição do órgão jurisdicional em detrimentos dos demais poderes, não como conflito institucional, mas sim pela capacidade de efetivar os direitos e contribuir para a manutenção da democracia.

¹⁹ NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**, p. 169.

Nesse sentido, é evidente que a complexidade de dialética entre os poderes tem causado crises organizacionais. Entretanto, quando ocorre a judicialização das relações sociais e, por conseguinte, não regulamentadas pelo Poder Legislativo ou não implementadas pela administração pública, o Poder Judiciário não pode ficar inerte e engessado pelos paradigmas do sistema jurídico.

Sendo assim, o ativismo e autocontenção judicial são posturas adotadas pelo julgador mediante um caso concreto, sendo que este juiz se torna protagonista ativista ao decidir questões que seria, precipuamente, atribuições dos demais poderes constituídos. Muito embora, deve-se evitar a prática de fundamentações baseadas em panprincipiologia.

A prática do ativismo é influenciada pelo neoconstitucionalismo, que por sua vez, possui a finalidade de intensificar os valores constitucionais previstos viabilizando, assim, a concretização e efetivação da justiça.

Uma solução para essa problemática, conforme demonstrado, seria a evolução da ordem jurídica para um sistema mais responsivo, passando por um sistema autônomo e deixando de vez o sistema repressivo atual, em que a ordem jurídica intervém sempre atendendo a interesses político-ideológicos ou até mesmo escusos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Roberto Leal Pereira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 12 de Ago. 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em:
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.h
tm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 de Ago. 2018.

MELO, Celso. **Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008.** Disponível em:
<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29a
br.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf)>. Acesso em: 30 de Ago. 2018.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 354-355.

NONET, Philippe. SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O Panprincipiologismo e a "Refundação Positivista"** (In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial.* Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2011.

Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - (ADPF) 54.** Disponível em:
<[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707
334](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334)> . Acesso em: 22 ago. 2018.

[TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski](#). **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, v. 8, p. 037-057, 2012. Disponível em:
<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808243220120
00100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S18082432201200100002)>. Acesso em: 22 de ago. 2018.

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DOS TRATADOS DE
DIREITOS HUMANOS: A IMPORTÂNCIA DA APRESENTAÇÃO DAS
PESSOAS PRESAS EM FLAGRANTE À AUTORIDADE JUDICIÁRIA
COMPETENTE**

Alan Boettger¹

INTRODUÇÃO

A justificativa deste artigo diz respeito à necessidade de reafirmação da validade da rotina procedimental implementada pelo Conselho Nacional de Justiça (instituição pública criada para aperfeiçoar as atividades do Poder Judiciário brasileiro), consistente na obrigatoriedade de apresentação das pessoas presas em flagrante quando do cometimento de um delito, seguindo determinação prevista no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Depois da exposição dos dados coletados entre os anos de 2015 e 2016, percebendo-se, pois, o número excessivo de pessoas presas, que ainda esperavam por uma sentença definitiva, o artigo apresenta a importância de se repensar a rotina procedimental pelo Poder Judiciário, no tocante à necessidade de a autoridade judiciária competente realizar a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, a fim de saber sobre a legalidade da prisão, existência de algum excesso ou abuso pelo condutor, ou, ainda, a possibilidade de concessão da liberdade, mediante o deferimento ou não de medidas alternativas e de garantia ao processo; e, ainda, possibilitando à autoridade judiciária, inclusive, determinar ações no âmbito assistencial (inclusão em atendimento social, tratamento contra a drogadição, dentre

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas – UNIVALI / Itajaí com Dupla Titulação em Mestrado de Direito da União Europeia – MINHO / Portugal. Correio eletrônico: **alanboet@hotmail.com**

outras medidas de auxílio social, com o pretendido alcance de evitar o cometimento de novos atos delituosos, caso tais providências se façam necessárias). Sempre com a advertência de que a apresentação do preso, desde logo, ao Estado-juiz não desvirtue seus fins e autorize a procrastinação de uma custódia reconhecidamente ilegal ou que, pelas circunstâncias já indicadas na comunicação do flagrante, autorize a concessão imediata da liberdade.

Para tanto, será abordada e reafirmada a validação dos tratados internacionais de direitos humanos que cuidam sobre a matéria, mesmo que anteriores à atual exigência constitucional de aprovação pela maioria qualificada do Parlamento nacional (art. 5, § 3., CR/88).

Será demonstrado, enfim, que, mesmo para aqueles que discordem das chamadas audiências de custódia, previstas para a apresentação do preso em flagrante à autoridade judiciária, já não existe margem para descumprimento do rito procedimental proposto pelo CNJ, uma vez que integra o sistema legal vigente, via previsão expressa em tratado internacional.

DESENVOLVIMENTO

1 - Dados estatísticos e legislação vigente.

Inicialmente, convém registrar que, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)², em dados coletados no ano de 2015 e primeiro semestre de 2016, o Brasil contava com 726.126 pessoas encarceradas, com uma taxa de ocupação equivalente a 197,4%. Ocorre que o sistema penitenciário nacional comporta 368.049 vagas, evidenciando-se, pois, um déficit de 358.077. Registra-se que, em comparação aos dados coletados no mês de dezembro de 2014 com aqueles

² **Ministério da Justiça. Governo Federal. Site. <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 31 ago.2018.**

de junho de 2016, constatou-se um aumento considerável na taxa de presos por grupo de 100 mil habitantes, passando de 306,22 para 353 pessoas. O déficit de vagas, por sua vez, subiu de 250.318 para 336.491.

Desse total de pessoas que têm sua liberdade restringida (seja provisoriamente ou por sentença definitiva, a pesquisa indica que 64% (sessenta e quatro por cento) tem a raça negra, 55% (cinquenta e cinco) composta por jovens, de 18 a 29 anos de idade, e, quanto à escolaridade, 75% (setenta e cinco por cento) sequer alcançou a conclusão do ensino médio. Registra-se, também, que, da população carcerária, o maior quantitativo (28%) refere-se àqueles acusados ou sentenciados pelo delito de tráfico de drogas.

Assim, o perfil médio do cidadão preso é de um jovem, negro, com baixa escolaridade, muitas vezes envolvido com a venda de drogas, seja para alimentar o vício ou, mesmo, para obter lucro ilícito. Perceptível, destarte, que dificuldades sociais de acesso a serviços básicos de saúde, educação e trabalho são sim um motivador para que o jovem com tais características enverede para a atividade do crime.

Com efeito, numa análise global, verifica-se, pois, que o Brasil é o terceiro país no mundo com maior número de pessoas encarceradas, ficando atrás tão-somente dos Estados Unidos e da China, que, reconhecidamente, possuem populações em número quantitativo maior. E, para o que mais interessa a este artigo, a contagem indica que 40% (quarenta por cento) desse público é formado por pessoas em prisão provisória ou cautelar, ou seja, sem condenação, que aguardam por uma sentença definitiva, meritória, com análise das provas e eventual reconhecimento da culpa.

Não bastasse, o déficit de vagas no sistema prisional brasileiro seria ainda maior caso os mandados de prisão em aberto fossem executados. Que se leia, nesse sentido, trecho de reportagem jornalística, publicada, no dia 25 de junho de 2018, no *site* do Jornal Gazeta Online, que bem identifica o problema. Assim:

Com uma das maiores populações carcerárias do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos e China, o Brasil teria um número ainda maior de presos se todas as ordens judiciais de prisão fossem de fato cumpridas. Levantamento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que existem hoje no país 143.967 mandados de prisão em aberto. (Grifado) ³

Contudo, a legislação nacional prevê medidas cautelares alternativas à prisão provisória, conforme se lê no artigo 319 do Códice de Processo Penal. E, atendidos aos pressupostos previstos em lei, deve-se assegurar o direito de o conduzido aguardar pelo julgamento em liberdade, como regra, privilegiando, pois, o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto expressamente no artigo 5., LVII, CR/88.

A propósito, tratando sobre a prisão em flagrante e o novo modelo instituído a partir da Lei n. 12.403/11, o jurista Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em seu artigo "Prisão em flagrante e liberdade provisória na reforma da Lei n. 12.403/11", explica⁴:

Em seu novo regime, a prisão em flagrante se restringirá a um momento inicial de imposição de medida cautelar de prisão. Justamente por isso, tem sido considerada uma "pré-cautela". Em outras palavras, a prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto de prisão em flagrante e a análise judicial da legalidade da prisão e da necessidade de manutenção de prisão cautelar ou de sua substituição por medida diversa da prisão. Após a comunicação do auto de prisão em flagrante delito, o art. 310, caput, prevê que o juiz terá três alternativas: I - relaxamento da prisão, se ilegal; II - decretação da prisão preventiva, se não for cabível qualquer outra medida alternativa; e III - conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

³ Gazeta online. **CNJ revela que país tem 143 mil mandados de prisão em aberto**. Site. <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2018/06/cnj-revela-que-pais-tem-143-mil-mandados-de-prisao-em-aberto-1014137097.html>. Publicado em 25 jun.2018. Acesso em: 31 ago.2018.

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prisão em flagrante delito e liberdade provisória na reforma da Lei n. 12.403/11**. Site: Badaró Advogados. 2017. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-prisao-em-flagrante-delito-e-liberdade-provisoria-no-codigo-de-processo-penal-origens-mudancas-e-futuro-de-um-complicado-relacionamento.html>. Acesso em: 01 set.2018.

Neste caso, o inciso III do art. 310 deve ser complementado pelo disposto no art. 321, isto é, conceder a liberdade provisória, isoladamente, ou cumulada com outra medida cautelar.

Percebe-se, assim, que a manutenção da prisão, mediante a sua conversão em custódia preventiva, revela-se como medida de reserva, considerada apenas quando decorrente de uma prisão legal, nos casos em que impossibilitada a substituição da custódia por medida cautelar alternativa e garantidora do processo que haverá de ser gerado a partir dos fatos (em casos que, demonstrada a existência do crime e com indício suficiente de autoria, ficar demonstrada a necessidade da prisão provisória, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal - vide artigo 312, CPP).

Porém, considerando os números acima entabulados, percebe-se um indicativo alto quanto à percentagem da população carcerária que aguarda por um julgamento quanto à conduta ilícita que lhe é atribuída, que ainda não recebeu uma análise de mérito a respeito das provas de confirmação de sua conduta tida como criminosa. Tal constatação deve levar o operador jurídico necessariamente a reflexões e questionamentos. Essas medidas cautelares diversas da prisão cautelar são, realmente, consideradas pela autoridade judiciária competente como alternativa principal? E em que momento essa análise do Estado-juiz deveria ocorrer e sob quais circunstâncias?

Com efeito, o momento de decidir quanto à possibilidade da aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão é de extrema importância. Nesses termos, sob o enfoque do plano internacional, pois, traz-se à baila o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, em seu artigo 93, estabelece, com propriedade:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal **deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais** e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam

juízo não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (Grifado).

Também o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), esclarece, no seu artigo 75:

Toda pessoa presa, detida ou retida **deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais** e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (Grifado).

A preocupação de, "sem demora", levar a pessoa detida à presença da autoridade judiciária é justificada na medida em que é, nesse momento, que se propicia o conhecimento pessoal do julgador sobre as circunstâncias da prisão, sua legalidade, e também pode ser, nesse dado instante, que lhe seja oportunizado obter segurança sobre a possibilidade de aplicação das medidas cautelares que são diversas à prisão provisória. Também com a oitiva da pessoa presa em flagrante pela autoridade judiciária, esta poderá avaliar providências que podem ser aplicadas no âmbito social, haja vista que a prática do delito, por vezes, está associada a alguma circunstância ou dificuldade desse jaez, principalmente aquelas que referem ao uso de substâncias entorpecentes, ou, ainda como exemplo, desentendimentos familiares ou de relações interpessoais. De maneira que, na audiência de custódia, com a oitiva pela magistrado, as condições pessoais do custodiado (de vida, saúde, emprego) poderão ser por ele expostas, conjuntamente com as circunstâncias em que ocorrida a prisão, autorizando providências diversas, seja para a validade da prisão, a garantia do processo ou, então, outras de âmbito social.

2. Da atuação do Conselho Nacional de Justiça e validação da rotina procedimental proposta.

Não foi por acaso, então, que o Conselho Nacional de Justiça lançou, no final do ano de 2015, a Resolução n. 213, de 15/12/2015, estabelecendo prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação à autoridade judicial de todas as pessoas presas em flagrante delito.

Adotando-se tal providência, o órgão nacional (CNJ) passou a ser questionado, então, sobre sua legitimidade em estipular regras de procedimento penal próprio, sobrepondo-se ao legislador. Ocorre que, claramente, não estava ele legislando, mas sim tão-somente trazendo uma previsão de rotina procedimental que visava atender ao disposto à Convenção Americana de Direitos Humanos e ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, já citados acima.

Tais disposições, uma vez que aparentemente estranhas à normativa interna, teriam validade dentro do território nacional? E sendo a resposta positiva, qual seria o grau de hierarquia se confrontadas com as diversas espécies normativas vigentes? Qual o *status* normativo interno da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos?

Com o escopo de responder a tais questionamentos, traz-se à lume, em primevo, os ditames do artigo 5., § 3., da Magna Carta, que estipula: "*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*".

Ocorre que a redação do dispositivo constitucional em epígrafe no parágrafo anterior foi estabelecida pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, assim como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são instrumentos normativos internacionais anteriores à referida Emenda Constitucional, não passando pelo processo qualificado de aprovação nas duas Casas do Parlamento brasileiro. A propósito, no Brasil, existem apenas dois tratados

que passaram pelo atual crivo constitucional de aprovação, quais sejam: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (aprovados via Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008), o que, repita-se, não é o caso daqueles primeiros.

Pois bem, por ocasião da análise ao Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, julgado aos 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o valor *supralegal* dos tratados que versassem sobre direitos humanos no Brasil e que já estivessem em vigência. Da doutrina de Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, extrai-se essa informação, complementando-se que: "*Dentro do STF havia (ultimamente) duas correntes (sobre o assunto): 1a) a sustentada pelo Min. Gilmar Mendes, no sentido de que tais tratados possuem valor supralegal (acima da lei, mas abaixo da Constituição - RE 466.343-SP); e 2a) a defendida pelo Min. Celso de Mello, que admitia o valor constitucional desses tratados (HC 87.585-TO). Preponderou a primeira tese (por cinco votos a quatro), se bem que dois Ministros não participaram da votação*".⁵

Registra-se que, no Recurso Extraordinário n. 466.343/2008, discutia-se, pois, sobre a impossibilidade da prisão do depositário infiel em casos de alienação fiduciária, numa interpretação de prevalência do artigo 5º, inciso LXII, e §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, em sintonia com o artigo 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), com a relatoria do então Ministro Cezar Peluso.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes defendeu, depois de uma longa abordagem e justificativa, a supralegalidade dos tratados de direitos humanos no plano interno. E concluiu, nos seguintes termos:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos

⁵ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. 3a. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. [...]É preciso lembrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, por longo tempo, adotou a tese do primado do direito internacional sobre o direito interno infraconstitucional. Cito, a título exemplificativo, os julgamentos das Apelações Cíveis nº 9.587, de 1951, Rel. Min. Orozimbo Nonato, e 7.872, de 1943, Rel. Min. Philadelpho Azevedo. [...]Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. [...] Portanto, **diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos**, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante**. [...]. (Preservados os grifos).⁶

De maneira que, assim como se motivou a decisão de proibição da prisão por dívidas, baseando-se, pois, no art. 7º. 7 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, esta, aliada ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também autoriza concluir pela validação plena da Resolução do CNJ de adequação dos procedimentos para apresentação da pessoa presa em flagrante à autoridade judiciária ou, como se queira dizer, quanto à

⁶ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. RE 466.343-1.

necessidade da audiência de custódia para que a pessoa presa pela prática de suposto delito seja, desde logo, encaminhada à oitiva pelo juiz competente. Tudo isso porque não se tem como afastar a obrigatoriedade de observância dos tratados de direitos humanos no plano interno, uma vez que recebidos pelo Estado soberano nacional, ainda que anteriores à regra da aprovação qualificada prevista no art. 5º, § 3º, da Magna Carta vigente.

3. Da audiência de custódia enquanto ferramenta de garantia de direitos.

Reconhecida a necessidade de cumprir o disposto na Resolução que trata sobre a audiência de custódia, torna-se necessário discorrer que esse instrumento seja utilizado como ferramenta de garantia de direitos, tal como seria a chancela pela Convenção e pelo Pacto Internacional em apreço. Ocorre que a definição da rotina estabelecida por conta do artigo 1º da Resolução n. 213/2015/CNJ pode enveredar para possíveis distorções, hipóteses de injustiça ou de indevido prolongamento da prisão. Melhor explicando, dispõe referido dispositivo legal que toda pessoa que tiver sido presa em flagrante delito, independentemente da motivação, deverá ser apresentada à autoridade judicial competente em até 24 (vinte e quatro) horas da comunicação do flagrante, sendo, então, ouvida a respeito das circunstâncias em que se deu a prisão. Há comarcas ou juízos, todavia, onde são definidos dias e horários específicos para essa solenidade (dentro do prazo de 24 horas). Porém, se, com a comunicação do flagrante, o juízo já dispuser de elementos que possibilitem concluir pela aplicação de medida diversa da prisão, não há motivo plausível para que se aguarde pelo dia e horário previsto para oitiva da pessoa apreendida; não existe razão razoável e plausível para se postergar a custódia prematura. Deverá o Estado-juiz, de plano, conceder, se for o caso, alguma das medidas protetivas elegidas pelo Código de Processo Penal em substituição à prisão cautelar ou, mesmo, se também for a situação em voga, relaxar a prisão considerada ilegal.

Se assim não ocorrer, se não existir esse senso de justiça pela autoridade judiciária, o quadro será pior daquele anterior ao advento da

chamada “audiência de custódia”, uma vez que, mesmo diante de um fato em que obviamente possível a concessão da liberdade ou de relaxamento de prisão, a pessoa submetida ao procedimento policial haverá de aguardar pelo ato de oitiva e apresentação, e desnecessariamente, podendo, inclusive, ter que aguardar de um dia para o outro para implementação de tal solenidade.

De maneira que, procedendo à análise imediata quanto aos requisitos da custódia, ainda que anterior à oitiva do preso, o direito à liberdade estará sendo observado, sem constrangimento. Quanto às circunstâncias da prisão cautelar e a prudência de se assegurar pela inexistência de nenhum ato de abuso de autoridade ou violência policial, caberá ao juiz, mesmo nas hipóteses de concessão antecipada e imediata de liberdade, informar ou intimar pessoalmente o custodiado a respeito dos seus direitos, inclusive de buscar os órgãos correicionais próprios (incluindo o Ministério Público, que, dentre suas atribuições, tem o controle externo da atividade policial), para relatar sobre algum desvio ocorrido. A propósito, mesmo com tal cautela e nas hipóteses de concessão da liberdade ou de imediato relaxamento da prisão considerada ilegal, convém ao magistrado que, ainda assim, proceda à oitiva do custodiado, até porque, conforme já referido alhures, a audiência ou apresentação tem por propósito não apenas apurar sobre as circunstâncias da prisão, mas também saber da situação pessoal do indivíduo, até porque outras medidas assecuratórias do processo poderão ser adotadas, sem prejuízo, ademais, de eventual providência de cunho social junto à rede pública de atendimento (saúde, educação, profissionalização, moradia, dentre outras).

Por outro lado, ultrapassada a fase imediata de cognição a respeito da comunicação da prisão em flagrante, persistindo alguma espécie de dúvida ou mesmo se o convencimento, de plano, for pela manutenção da prisão e sua conversão em custódia preventiva, a pessoa presa deverá sempre ser apresentada à autoridade judiciária competente, oportunidade, então, em que prestará informações sobre as circunstâncias em que foi detida, além de discorrer sobre sua situação pessoal (família, residência, trabalho, por

exemplo). Tudo isso para permitir que a autoridade judiciária tenha a segurança necessária para decidir sobre o que preceitua a lei, asseverando, pois e principalmente, se a prisão foi legal ou abusiva ou, ainda, se existe a possibilidade de concessão da liberdade, ainda que o seja com a fixação de alguma medida cautelar substitutiva ao encarceramento provisório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ocasião deste artigo, foram expostos, inicialmente, os números indicativos da superpopulação carcerária no Brasil (sendo a terceira no mundo) e a incapacidade do sistema quanto à absorção de tantas pessoas nesse sistema, sendo aproximadamente 40% (quarenta por cento) de presos provisórios, que aguardam por uma sentença definitiva, situação que contribui para estrangular o caótico sistema prisional. De maneira que a prisão cautelar, que, pela legislação vigente, deveria ser reservada para situações realmente necessárias e de exceção, passou, ao que parece, ocupar fatia considerável do sistema, sendo aplicada sem um critério mais rigoroso e eletivo.

Embora existam regras processuais penais claras, que privilegiem o direito de a pessoa responder, em liberdade, durante o processo de conhecimento, para apuração de sua responsabilidade, essa intenção do legislador não reflete a realidade dos números, indicativos da exacerbada quantidade de encarceramentos provisórios.

Justifica-se, daí então, a intervenção do Conselho Nacional de Justiça, considerada legítima, uma vez que apenas fez valer a regra prevista pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ambos considerados num patamar de supralegalidade dentro do sistema normativo brasileiro, e que determina a apresentação, desde logo, ao Estado-juíz, da pessoa presa em flagrante pela prática de algum delito.

Sendo a decisão que irá tratar sobre a liberdade do indivíduo tão cara

para este e também à vítima e para a própria sociedade, resta demonstrado que a apresentação pessoal e prioritária do preso à autoridade judiciária é medida que se impõe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Prisão em flagrante delito e liberdade provisória na reforma da Lei n. 12.403/11.** Site: Badaró Advogados. 2017. Disponível em: <http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-prisao-em-flagrante-delito-e-liberdade-provisoria-no-codigo-de-processo-penal-origens-mudancas-e-futuro-de-um-complicado-relacionamento.html>. Acesso em: 01 set.2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Código de Processo Penal (1941). **Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689/41.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 31 ago.2018.

_____. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** San José Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 02 set. 2018.

_____. Decreto n. 678, de 6 nov. 1992. **Promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),** de 22 nov. 1969. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 02 set.2018.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.**

Disponível em:
http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html#a1. Acesso em: 02 set.2018.

_____. Decreto n. 592, de 6 jul. 1992. **Ratificação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm.
Acesso em: 02 set. 2018.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização.** Ministério da Justiça. Governo Federal. **Site.**

<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>.
Acesso em: 31 ago.2018.

_____. CNJ. **Resolução n. 213, Conselho Nacional de Justiça.**

Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>.
Acesso em: 31 ago.2018.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAZETA ONLINE. **CNJ revela que país tem 143 mil mandados de prisão em aberto.** Disponível em:

<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2018/06/cnj-revela-que-pais-tem-143-mil-mandados-de-prisao-em-aberto-1014137097.html>.

Publicado em 25 jun.2018. Acesso em: 31 ago.2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 466.343-1.** Relator Ministro Cezar Peluso. Data de julgamento: 3 ago.2008. Tribunal Pleno. DJ: 4 jun.2009.

Publicado em: 5 jun.2009. Disponível em:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E
SUSTENTABILIDADE

9º Seminário Internacional de Democracia e Constitucionalismo

Università degli Studi di Perugia-UNIPG - Itália

Outubro 2018

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=59544>

4. Acesso em: 31 ago.2018.

O ESTADO CONSTITUCIONAL E O TERCEIRO SETOR: A POSSIBILIDADE DE UMA RELAÇÃO DE COOPERAÇÃO

Geovana da Conceição¹

Luciana de Carvalho Paulo Coelho²

INTRODUÇÃO

Na atualidade, a concepção de Estado tem sofrido importante transformação com o surgimento de novos atores políticos e sociais, acarretando a necessária reflexão sobre a possibilidade de uma nova relação entre Estado e Sociedade Civil.

A Sociedade Civil será abordada como um ator político e social, ou seja, a forma através da qual a Sociedade se organiza política e socialmente para influenciar e/ou participar das ações do Estado, relacionando-se dialeticamente com este³, assim, a Sociedade Civil não está apenas relacionada com o direito de protestar, mas também com a possibilidade de se organizar para exercer o direito de buscar a melhoria de sua condição de

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Processual Civil com Habilitação para o Magistério Superior pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada (OAB/SC 12213) e Professora do Curso de Direito da UNIVALI nas disciplinas de Direito Civil e Processo Civil e do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil Avançado da UNIVALI. Itajaí-SC., Brasil. E-mail: geovanadireitodefamilia@gmail.com.

² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Civil Avançado Itajaí. Advogada (OAB/SC 18.474) e Professora do Curso de Direito da UNIVALI e da pós- Graduação em Direito Civil Avançado, Itajaí-SC, Brasil. E-mail: lupaulocoelho@yahoo.com.br

³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. *In* BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999, 67-116.

vida ou de seus semelhantes.⁴

Uma das formas de materialização e organização da Sociedade Civil se apresenta através do Terceiro Setor. Diante da realidade vivenciada e das dificuldades enfrentadas pelo Estado para garantir de forma plena a Efetividade de Direitos Fundamentais Sociais, destaca-se a possível participação e contribuição do Terceiro Setor para auxiliar na solução de questões sociais.

Assim, este artigo tem por objeto analisar as modificações sofridas pelo Estado Constitucional e a possibilidade de uma relação de cooperação com o Terceiro Setor, compreendido como uma forma da Sociedade Civil organizada.

O Objetivo Geral é o de verificar a possibilidade de uma relação de cooperação entre o Estado Constitucional e o Terceiro Setor para auxiliar na concretização de Direitos Sociais. Os Objetivos Específicos são: a) analisar as modificações sofridas pelo Estado Constitucional; b) compreender o conceito e a importância do Terceiro Setor; c) verificar a possibilidade de uma relação de cooperação entre Estado e Terceiro Setor.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva⁵. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa

⁴ SALAMON, Lester. **A emergência do Terceiro Setor: uma revolução associativa global.** In: Revista de Administração, v. 33, n. 1, 1998, p. 5-11.

⁵ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

⁶ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 53.

⁷ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 25.

⁸ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática.** p. 37.

Bibliográfica⁹.

1. Modificações do Estado Constitucional e o surgimento de novos atores sociais e políticos¹⁰

Importante reconhecer que se vivencia na atualidade uma modificação na ideia de Estado como centro de poder unitário em virtude do surgimento de novos atores sociais e políticos, tanto no âmbito interior quanto exterior^{11,12}. Não se pretende com esta afirmação questionar ou discutir, no presente artigo, a ideia de soberania estatal, mas demonstrar a existência de novas realidades, no âmbito interno, que não podem ser desconsideradas, pelo contrário, devem ser direcionadas para cooperar com o Estado em benefício de toda a Sociedade.

Ao abordar a influência interna, Gustavo Zagrebelsky afirma que a soberania estatal indicava a superioridade absoluta do Estado frente a quaisquer outros sujeitos e, desta forma, a impossibilidade de estabelecer relações jurídicas com outro sujeito, uma vez que com o Estado poderiam existir apenas relações de sujeição.¹³

⁹ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática**. p. 209.

¹⁰ Tema abordado no livro COELHO, Luciana de Carvalho Paulo. **O Direito Fundamental à Educação Infantil: responsabilidade do Estado e da Sociedade Civil e a possibilidade da realização de parcerias**. 1 ed. Florianópolis: Habitus. 2018.

¹¹ Os fatores políticos de caráter exterior, ou seja, no plano internacional, que influenciam na citada realidade estatal e na sua soberania, estão relacionados com a interdependência surgida entre os Estados-Nação, através das comunidades supranacionais, bem como pelas organizações econômicas chamadas empresas transnacionais, que diante do capitalismo financeiro, por não terem vínculo direto com nenhum país, acabam exercendo influência direta sobre muitos países. In MORAIS. José Luis Bolzan de. **Estado e Constituição: As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 27-29.

Esta influência externa sofrida pelo Estado não será objeto deste artigo.

¹² MORAIS. José Luis Bolzan de. **Estado e Constituição: As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 26 e 27.

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mite: legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992, p. 05.

Contudo, o citado autor destaca que desde o final do século passado atuam em relação ao Estado inúmeras outras forças internas, como por exemplo o pluralismo político e social interno, a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado que atuam tanto na área política, econômica, cultural e religiosa.¹⁴

Destacam-se, no presente artigo, as modificações ocorridas no plano interno do Estado, através do surgimento e “consolidação de *novas relações sociais*, tendo como protagonistas sujeitos outros que não os indivíduos isolados”¹⁵, os quais passam a realizar atividades conhecidas tradicionalmente como pertencentes ao Estado e, desta forma, tornam-se atores sociais e políticos que merecem ser objeto de reflexão.

Além disso, outro aspecto que influenciou a modificação do Estado e a sua soberania interna está relacionado com a passagem do modelo de Estado Mínimo para o Estado do Bem-Estar-Social, o qual não se mostra na atualidade capaz de atender as demandas a que se propôs. Ao ressaltar a influência desta modificação, José Luis Bolzan de Moraes afirma que

Enquanto o modelo liberal incorporava uma ideia de soberania como poder incontrastável, próprio a uma sociedade de “indivíduos livres e iguais, para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo do *welfare state* adjudica a *idéia de uma comunidade solidária* onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea.¹⁶

A partir da constatação das modificações sofridas pelo Estado, bem como da sua crise¹⁷, no sentido de (não) satisfação das necessidades básicas,

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **II Diritto Mite: legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992, p. 07.

¹⁵ MORAIS. José Luis Bolzan de. **Estado e Constituição: As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30.

¹⁶ MORAIS. José Luis Bolzan de. **Estado e Constituição: As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 30.

¹⁷ Na acepção ampla adota-se a palavra crise referindo-se às dificuldades enfrentadas

demonstrada pela falta de efetividade de direitos fundamentais sociais, começa-se a avaliar novos caminhos para buscar o desenvolvimento social, através da realocação e transformação de funções dos diferentes partícipes políticos e sociais.

Neste novo cenário destaca-se a importância do Terceiro Setor, o qual está relacionado justamente com “a perspectiva de uma nova relação entre Estado e Sociedade Civil, mudada de antagônica para conjugada, de desencontrada para concertada, de conflituosa para harmonizadora.”¹⁸

Luca Fazzi também afirma a importância da mudança da antiga ideia que posiciona Estado e Terceiro setor como sujeitos antagônicos.¹⁹

Diante da incapacidade do Estado de efetivar os Direitos Sociais de forma plena e as mudanças ocorridas na Sociedade, o Terceiro Setor surge com o objetivo de “preencher lacunas sociais deixadas pela atuação (ou não atuação) do Estado e de organizações privadas com fins lucrativos”²⁰, sendo que, hoje, reconhecer essas instituições como cumpridoras de um papel social é um fenômeno mundial.

Desta forma, importante a realização de uma reflexão sobre o conceito e a importância do Terceiro Setor como este novo ator social e político para cooperar com o Estado em benefício da Sociedade.

2. Conceito e Importância do Terceiro Setor²¹ como ator político e social

Inicialmente o Terceiro Setor era apenas reconhecido como um ator

nas dimensões: política, econômica, social, ética. De forma específica, aborda-se a palavra crise como a não concretização dos Direitos Fundamentais pelo Estado.

¹⁸ FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 264.

¹⁹ FAZZI, Luca. **Terzo settore e nuovo welfare in Italia**. Milano: Franco Angeli, 2013, p. 11.

²⁰ SOARES-BAPTISTA, Rosália Del Gáudio. A construção simbólica do Terceiro Setor. In: PIMENTA, Solange Maria; SARAIVA, Luiz Alex Silva; CORRÊA, Maria Laetitia (Org.). **Terceiro Setor: dilemas e polêmicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 42.

²¹ Tema abordado no livro COELHO, Luciana de Carvalho Paulo. **O Direito Fundamental à Educação Infantil: responsabilidade do Estado e da Sociedade Civil e a possibilidade da realização de parcerias**. 1 ed. Florianópolis: Habitus. 2018.

capaz de mobilizar recursos gratuitos em formas de voluntariado e doações, contudo, hoje assume um papel muito mais relevante, mostrando-se também capaz de organizar a execução e prestação de serviços.²²

O Terceiro Setor compreende as organizações que não se enquadram nem no primeiro setor (Estado) e nem no segundo setor (Mercado), apresentando-se “como manifestação da atuação da sociedade, especialmente através do trabalho voluntário, que se organiza e se estrutura com vistas à realização de atividades que não visam ao lucro, mas à satisfação de anseios públicos ou de interesse geral da coletividade.”²³

Ruth Cardoso define o Terceiro Setor como um novo “espaço de participação e experimentação de novos modos de pensar e agir sobre a realidade social”²⁴, o que pode ser verificado através da “emergência dos cidadãos e de suas organizações como atores do processo de consolidação da democracia e do desenvolvimento social.”²⁵

Pode-se dizer que Terceiro Setor é o setor formado por organizações sem fins lucrativos,

criadas e mantidas pela ênfase na participação voluntária, num âmbito não-governamental, dando continuidade às práticas tradicionais da caridade, da filantropia e do mecenato e expandindo o seu sentido para outros domínios, graças, sobretudo, à incorporação do conceito de cidadania e de suas múltiplas manifestações na sociedade civil.²⁶

Destaca-se que essa emergência do Terceiro Setor ocorre em diversos países, os quais abordam o tema de formas diferentes, sendo os EUA

²² FAZZI, Luca. **Terzo settore e nuovo welfare in Italia**. Milano: Franco Angeli, 2013, p. 40.

²³ FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 245.

²⁴ CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da Sociedade Civil. *In*: IOSCHPE, Evelyn (Org.). 3º Setor: **Desenvolvimento Social Sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 8.

²⁵ CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da Sociedade Civil. *In*: IOSCHPE, Evelyn (Org.). 3º Setor: **Desenvolvimento Social Sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 8.

²⁶ FERNANDES, Rubem César. O que é o Terceiro Setor? *In*: IOSCHPE, Evelyn (Org.). 3º Setor: **Desenvolvimento Social Sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p.27.

considerado referência nessa área, haja vista que é o país onde o Terceiro Setor se mostra mais desenvolvido em decorrência da herança cultural de associativismo e voluntarismo. Já outros países, como Itália, Grã-Bretanha, França e Alemanha tratam o Terceiro Setor somente como uma forma de suprir as falhas dos setores público e privado.²⁷

Quanto ao momento e motivo para o desenvolvimento do Terceiro Setor na Itália, de forma semelhante ao motivo brasileiro, Caterina Cittadino afirma estar relacionado com a estagnação do crescimento econômico e da tendência expansionista italiana no início dos anos oitenta, fazendo com que os recursos públicos tradicionalmente dedicados aos setores mais frágeis da Sociedade fossem gradualmente reduzidos. Esta situação acarretou o surgimento do Terceiro Setor, visando realizar uma compensação pela diminuição dos recursos públicos.²⁸

Neste sentido, a autora destaca que "tale arretramento dell'intervento pubblico ha trovato una parziale compensazione nel crescente ruolo assunto dal cosiddetto Terzo settore [...]".²⁹

Apesar da diversidade na abordagem, de forma geral, todos os países defendem um estreitamento na relação entre o Estado e as organizações pertencentes ao Terceiro Setor como um caminho viável para superação da crise do Estado Social, restringindo-se à reflexão sobre o papel a ser desempenhado por essas instituições no sentido de contribuir na solução de problemas sociais.

Mesmo com abordagens diferentes em cada país, pode-se afirmar que o Terceiro Setor está associado a um novo "espaço de participação e experimentação de novos modos de pensar e agir sobre a realidade social"³⁰,

²⁷ COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. 3 ed. São Paulo: Editora Senac, 2005, p. 21.

²⁸ CITTADINO, Caterina. **Dove lo Stato non arriva: Pubblica amministrazione e Terzo Settore**. Firenze: Passigli Editori, 2008, p. 17.

²⁹ CITTADINO, Caterina. **Dove lo Stato non arriva: Pubblica amministrazione e Terzo Settore**. Firenze: Passigli Editori, 2008, p. 17.

³⁰ CARDOSO, Ruth. **Fortalecimento da Sociedade Civil**. In: IOSCHPE, Evelyn

de maneira que o fortalecimento do Terceiro Setor acarreta a ruptura da tradicional oposição entre público e privado, na qual público sempre representou o Estado, e privado sempre foi sinônimo de empresarial.

Assim, esta modificação acarreta um enriquecimento da realidade social, haja vista que proporciona o surgimento de uma esfera pública não-estatal e de iniciativas privadas com finalidade pública³¹, com a possibilidade de tornar a relação entre Estado e Terceiro Setor como de cooperação em benefício de toda a Sociedade.

3. A possibilidade de uma relação de cooperação entre o Estado Constitucional e o Terceiro Setor

Diante da realidade vivenciada, especialmente a dificuldade enfrentada pelo Estado no sentido de (não) garantir os Direitos Sociais de forma plena a todos os cidadãos revela-se importante a atuação do Terceiro Setor.

No atual contexto político, social e econômico vivenciado, uma das transformações evidenciadas tem sido justamente a expansão das atividades do Terceiro Setor, a qual consiste na prestação de serviços na área social, através de atividades públicas realizadas por organizações sociais privadas. Além disso, verifica-se uma articulação do Terceiro Setor com a reestruturação do Estado, na economia e na Sociedade, especialmente com a realização de políticas públicas na área social, gerando um novo tipo de associativismo, de natureza mista: filantrópico-empresarial-cidadão.³²

Bresser-Pereira destaca que, a partir dos anos 70, diante da crise econômica vivenciada pelo Estado, a qual é acentuada pelo processo de globalização, mostra-se indispensável reformar o Estado com importante

(Org.). **3º Setor: Desenvolvimento Social Sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 8.

³¹ CARDOSO, Ruth. **Fortalecimento da Sociedade Civil**. In: IOSCHPE, Evelyn (Org.). **3º Setor: Desenvolvimento Social Sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 8.

³² GOHN, Maria da Glória. **Educação não-formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2011, cap. II, p. 86-90.

papel a ser desempenhado pela Sociedade Civil neste processo.³³

Em virtude desses fatores o autor afirma que a sociedade civil de cada país democrático demonstrou que desejava redefinir o papel do Estado, mas não reduzi-lo ao mínimo, e sim fortalecê-lo, para que os respectivos governos pudessem garantir, internamente, ordem, eficiência produtiva e justiça social. Desta forma, diante de desafios e transformações sociais que a aceleração vertiginosa do progresso tecnológico acentuava, em um quadro de maior democracia acompanhado por desequilíbrios sociais crescentes, a sociedade civil assume um papel estratégico na reforma das instituições básicas: do Estado e do mercado.³⁴

Para o autor, a Sociedade politicamente organizada, "estruturada na forma de Sociedade Civil, passa a ser o ator fundamental que, nas democracias contemporâneas, está de uma forma ou de outra promovendo as reformas institucionais do Estado e do mercado"³⁵, o que se verifica através da atuação do Terceiro Setor.

No atual momento histórico, a Sociedade Civil deixa de ser passiva, apenas dominada pelo Estado, a fim de contribuir de maneira ativa para auxiliar o Estado, tornando-se um agente importantíssimo de mudança social.

Ao afirmar os problemas enfrentados e a necessária reflexão acerca do Estado com maior participação da Sociedade Civil através do Terceiro Setor, Bresser-Pereira não se refere "a um problema de afirmação do Estado perante a sociedade, mas à recuperação da governança do Estado que foi

³³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999, p. 67-116.

³⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999, p. 67-116.

³⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999, p. 67-116.

transitoriamente comprometida pela crise – estou falando da reforma e do fortalecimento do Estado por iniciativa da sociedade civil, e não contra ela.”³⁶

Neste contexto, diante das dificuldades do Estado de dar conta da complexidade das relações e dos problemas sociais vivenciados na atualidade, bem como do surgimento de novas realidades, é importante a aceitação desses novos atores sociais e políticos em prol do Estado e da Sociedade.

Defende-se justamente a atuação do Terceiro Setor como um local de convergência entre ações públicas e privadas, no sentido de cooperar com o Estado na execução para alcançar maior efetividade de Direitos Sociais.

Bresser-Pereira destaca que “a sociedade civil tenderá a ser tanto mais forte quanto mais forte (mais dotado de governança e governabilidade democrática) for o Estado. A sociedade civil não substitui o Estado, mas cresce e se fortalece com ele.”³⁷

Luciana de Medeiros Fernandes destaca a importância da colaboração entre Estado e Sociedade Civil através das ONG’s, entidades privadas sem fins lucrativos prestadoras de serviços de utilidade pública, não apenas para melhor atender às expectativas sociais em relação à satisfação do interesse público, mas enfatiza o papel do Terceiro Setor “como mecanismo que possa contribuir para o desenvolvimento nacional, tomado este em sentido mais alargado, através da conscientização da corresponsabilidade³⁸ pela *res pública*.”³⁹

³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999, p. 67-116.

³⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. *In*: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999, p. 67-116.

³⁸ Sobre o sentido de Responsabilidade, será abordado de forma mais específica no capítulo 5.

³⁹ FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**.

Portanto, não se trata de diminuir o poder do Estado ou excluir a sua responsabilidade pela Efetividade constitucional, mas utilizar os novos atores sociais e políticos surgidos no seio da própria Sociedade Civil, tratados neste artigo como Terceiro Setor, como parceiros na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais visando construir um presente e um futuro mais consentâneo com os ditames do Estado Constitucional.

É importante reconhecer que a concepção do Estado como único provedor demonstrou suas limitações, ensejando a possibilidade de se compartilhar atividades com o Terceiro Setor, sem diminuir a importância ou imprescindibilidade do Estado.

Sobre a possibilidade de uma relação de cooperação entre o Estado e o Terceiro Setor, Luca Fazzi afirma que o Terceiro Setor se apresenta como um importante instrumento de democracia e cidadania

anche per la loro capacità di essere vicine ai bisogni e di agire in risposta a una domanda che gli apparati pubblici possono avere difficoltà a individuare a causa della distanza dai cittadini e dell'approccio burocratico amministrativo alla domanda sociale.⁴⁰

Desta forma, o Terceiro Setor está mais próximo das necessidades da Sociedade e consegue dar respostas satisfatórias a demandas não supridas pelo Estado, sendo que o envolvimento das pessoas através da atuação no Terceiro Setor demonstra a sua preocupação e o seu envolvimento com as questões sociais e o seu exercício de cidadania.

Ruth Cardoso enfatiza a necessidade de buscar caminhos que possibilitem uma relação de cooperação entre Estado e Terceiro Setor, incentivando "governo e sociedade a pensar e agir juntos, a identificar o que cada um faz de melhor, sem que isso implique confusão de papéis ou

Curitiba: Juruá, 2009, p. 244-245.

⁴⁰ FAZZI, Luca. **Terzo settore e nuovo welfare in Italia**. Milano: Franco Angeli, 2013, p. 26.

abdição da autonomia e responsabilidade inerente a cada parceiro.⁴¹

Assim, é importante que se alcance uma maior identidade para o Terceiro Setor brasileiro, não apenas a fim de atingir as próprias organizações envolvidas, mas, principalmente, em virtude de uma tendência mundial de visualizar na sua atuação uma via segura e importante para auxiliar na solução dos problemas sociais.⁴²

Essa direção implica reconhecer na participação de vários atores sociais e políticos, através da atuação do Terceiro Setor, uma alternativa viável para garantir os Direitos Sociais com qualidade para todos.⁴³

Portanto, defende-se a possibilidade de uma relação de cooperação entre o Estado e o Terceiro Setor, assumindo este, especial relevância como instrumento neste processo e sendo indispensável a conscientização pela Sociedade de que deve exercer sua cidadania ativa e sua responsabilidade pela efetivação dos Direitos Sociais juntamente com o Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das dificuldades enfrentadas pelo Estado para garantir de forma plena a efetividade de Direitos Fundamentais Sociais para todos, destacou - se a possível participação e contribuição da Sociedade Civil para auxiliar na solução de questões sociais.

Neste contexto, constatadas a complexidade das relações e dos problemas sociais vivenciados na atualidade, bem como em virtude do surgimento de novas realidades, com novos atores sociais e políticos, é importante a aceitação do surgimento do Terceiro Setor em prol do Estado e

⁴¹ CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da Sociedade Civil. *In*: IOSCHPE, Evelyn (Org). 3 Setor: **Desenvolvimento Social Sustentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 9.

⁴² COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. 3 ed. São Paulo: Editora Senac, 2005, p. 193.

⁴³ COELHO, Luciana de Carvalho Paulo. **O Direito Fundamental à Educação Infantil: responsabilidade do Estado e da Sociedade Civil e a possibilidade da realização de parcerias**. 1 ed. Florianópolis: Habitus. 2018, p. 229.

da Sociedade.

Demonstrou-se, justamente, a atuação do Terceiro Setor como um local de convergência entre ações públicas e privadas, no sentido de cooperar com o Estado na execução para alcançar maior efetividade de Direitos Sociais.

Desta forma, a concretização dos Direitos Fundamentais passa a ser pensada a partir de uma dupla via, sem retirar a responsabilidade do Estado, agrega-se a efetivação de Direitos Sociais também através da cooperação do Terceiro Setor, que consiste no setor formado pela atuação da Sociedade Civil.⁴⁴

Apesar de reconhecer-se que o Terceiro Setor ainda apresenta alguns desafios a serem superados, acredita-se que o seu fortalecimento pode ser de grande auxílio para cooperar com o Estado, estabelecendo-se uma relação conjugada entre ambos.

Essa possibilidade requer a mudança de mentalidade de todos os envolvidos para uma disposição de aceitar o Terceiro Setor como um espaço de novos modos de pensar e agir sobre a realidade social, como um ator social e político com capacidade de cooperação com o Estado no enfrentamento dos desafios vividos na atualidade, especialmente quanto a efetivação de direitos fundamentais.

Assim, não se pode pensar na atuação do Terceiro Setor, que é formado pela própria sociedade civil organizada, como uma realidade distante ou conflitante com o Estado, mas como um ator capaz de possibilitar uma relação de cooperação e parceria na solução de problemas sociais.

⁴⁴ A Sociedade Civil não é constituída apenas pelo Terceiro Setor, mas esta é uma forma importante da sua exteriorização, contudo, a Sociedade Civil é formada por cidadãos, empresas, entidades representativas de interesses, movimentos sociais, entre outros que se apresentem de forma organizada, com capacidade de representação. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). **Sociedade e Estado em Transformação**. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999, p. 67-116.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado**. In BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP/ENAP, 1999

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. 8 reimp. Coimbra: Almedina, 2003

CARDOSO, Ruth. Fortalecimento da Sociedade Civil. *In: IOSCHPE, Evelyn (Org.). 3º Setor: Desenvolvimento Social Sustentado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005

CITTADINO, Caterina. **Dove lo Stato non arriva: Pubblica amministrazione e Terzo Settore**. Firenze: Passigli Editori, 2008

COELHO, Luciana de Carvalho Paulo. **O Direito Fundamental à Educação Infantil: responsabilidade do Estado e da Sociedade Civil e a possibilidade da realização de parcerias**. 1 ed. Florianópolis: Habitus. 2018

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos**. 3 ed. São Paulo: Editora Senac, 2005

FAZZI, Luca. **Terzo settore e nuovo welfare in Italia**. Milano: Franco Angeli, 2013

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Reforma do Estado e Terceiro Setor**. Curitiba: Juruá, 2009

FERNANDES, Rubem César. O que é o Terceiro Setor? *In: IOSCHPE, Evelyn (Org.). 3º Setor: Desenvolvimento Social Sustentado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p.27

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

GOHN, Maria da Glória. **Educação não-formal e cultura política: impactos sobre o associativismo do terceiro setor**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2011

MORAIS. José Luis Bolzan de. **Estado e Constituição: As crises do Estado e da Constituição e a transformação especial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

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

SALAMON, Lester. **A emergência do Terceiro Setor: uma revolução associativa global**. In: Revista de Administração, v. 33, n. 1, 1998

SOARES-BAPTISTA, Rosália Del Gáudio. **A construção simbólica do Terceiro Setor**. In: PIMENTA, Solange Maria; SARAIVA, Luiz Alex Silva; CORRÊA, Maria Laetitia (Org.). Terceiro Setor: dilemas e polêmicas. São Paulo: Saraiva, 2006

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mite: legge, diritti, giustizia**. Torino: Einaudi, 1992

**O NOVO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA
UNIÃO EUROPEIA E A AMPLIAÇÃO À PROTEÇÃO DOS DADOS
PESSOAIS NA EUROPA E NO BRASIL**

Vitor Sardagna Poeta¹

Fabiano Bastos Garcia Teixeira²

INTRODUÇÃO

A privacidade e a proteção dos dados pessoais é um conteúdo extremamente complexo, em modelagem, que engloba uma série de conceitos e legislações, as quais a dinâmica e as particularidades das novas tecnologias constantemente afetam, pois, atingem as diversas sociedades, seus indivíduos e seus mercados.

Uma recente tecnologia, denominada *big data*, tornou obsoletas as legislações pelo mundo, ou seja, ineficazes na proteção da privacidade e dados pessoais de indivíduos, sendo necessária uma legislação específica sobre o tema para que se possa, de fato, regular e garantir a tutela dos dados.

A União Europeia, ao contrário do Brasil, desde a década de 1990, conta com regulamentação no que tange a proteção de dados. A Diretiva 95/46/EC, da década de 1990, contudo, foi editada em um momento diverso, em que a internet era incipiente e os dados não circulavam com a dinamicidade que hoje circulam.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogado. E-mail: Vitor@sardagnapoeta.adv.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. E-mail: Fabiano.jus@hotmail.com.

Preocupados, cada vez mais, em proteger a privacidade das pessoas no âmbito da União Europeia é que surge o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – RGPD, que entrou em vigor em 25 de maio do corrente ano, pautado na preocupação de se assegurar a livre circulação de dados, diante das novas tecnologias, resguardando, ao mesmo tempo, a transparência dos sujeitos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, assim como o controle por parte dos indivíduos que se encontram no bloco econômico do velho continente.

A União Europeia conta, agora, como um conjunto de regras de proteção de dados que se aplica a todos os entes que lá atuam, impondo responsabilidades e penalidades, principalmente para obstar vazamentos e, se estes ocorrerem, que sejam adotadas medidas eficazes para conter eventuais riscos aos direitos e privacidades dos titulares dos dados.

Não é demais esclarecer que as regras insertas no Regulamento não se aplicam ao tratamento de dados no exercício das atividades domésticas ou no âmbito pessoal. É necessária a vinculação à atividade profissional ou comercial, como ocorre, por exemplo, com uma organização que ofereça bens e serviços e que colem dados pessoais no âmbito desse bloco econômico e político.

Ocorre que, embora aprovado em abril de 2016 pelo Conselho Europeu, apenas em maio de 2018 o Regulamento entrou em vigor, pois fora concedido um período para que os Estados-membros da União Europeia se adequassem às novas regras – período de vacância.

O presente estudo tem por objetivo analisar os impactos causados na União Europeia e também no Brasil pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ fora utilizado o Método de abordagem dedutivo e como método

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do

de procedimento, o descritivo, pautado no levantamento bibliográfico⁴.

Assim, divide-se o estudo em duas sessões. Na primeira, busca-se apresentar a Diretiva que antecedeu o Regulamento, fundamentos e justificativas para a edição de um novo diploma, qual seja, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia. E, na segunda sessão, destacam-se os principais impactos do Regulamento na União Europeia e reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

1 A tutela dos dados pessoais

Em 12 de maio de 2017 ocorreu um ataque cibernético a diversas empresas e órgãos públicos no mundo. No Brasil, especificamente, o que gerou maior repercussão foi o que atingiu dezenas de computadores do Ministério Público de São Paulo e também o Tribunal de Justiça do mesmo estado. O que se supôs, em matérias veiculadas pelas maiores agências de notícia do mundo, é que este ataque teria sido possível graças ao uso não autorizado de uma ferramenta criada pela NSA.⁹ Uma vez infectado, os dados

Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁹ A Agência de Segurança Nacional é a agência de segurança dos Estados Unidos,

do computador são criptografados e para que a codificação seja desfeita, exige-se um pagamento em moedas virtuais.

Segundo o Juiz Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Alécio Martins Gonçalves, em entrevista ao telejornal SPTV,¹⁰ confirmou que o ataque atingiu alguns computadores de servidores do Tribunal, mas que dados do *data center* não foram perdidos. Afirmou ainda que não estimavam, até então, se seria possível recuperar as informações presentes nas máquinas infectadas.

Segundo o site especializado em tecnologia, TecMundo, a Coordenação de Tecnologia da Informação do Ministério Público de São Paulo, por sua vez, havia informado os servidores que "diante do ataque mundial aos sistemas informatizados que está ocorrendo neste momento, solicitamos a todos os usuários do MPSP que desliguem todos os computadores imediatamente".¹¹

Antes de chegar aos computadores do MPSP e do TJSP, o *ransomware*, como são conhecidos os vírus que criptografam arquivos de computadores e oferecem, mediante pagamento de resgate, os códigos para descriptografá-los, causou estragos em hospitais no Reino Unido, no Instituto Nacional do Seguro Social, na Caixa Econômica Federal, entre outras dezenas de órgãos públicos e entidades privadas ao redor do mundo.

Alguns jornais declararam que este *ransomware* foi desenvolvido por hackers com base em uma ferramenta da NSA que foi acessada pelos criminosos. O jornal *Usa Today* confirmou esta suposição trazendo

criada em 04 de novembro de 1952 com funções relacionadas com a Inteligência de sinais, incluindo interceptação e criptoanálise.

¹⁰ **CIBERATAQUE faz sistema do Tribunal de Justiça de SP cair; sites do MP e do TRT também saem do ar.** G1, São Paulo, 12 maio 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/sites-do-governo-de-sp-do-tj-e-do-mp-saem-do-ar-apos-ciberataques-em-larga-escala.ghtml>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹¹ PAYÃO, Felipe. **Acompanhe a linha do tempo do ataque hacker: MPSP, INSS e TJSP fora do ar.** TECMUNDO, 12 maio 2017. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/ataque-hacker/116639-mp-tribunal-justica-sp-desligam-maquinas-ataque-hacker.htm?utm_source=tecmundo.com.br&utm_medium=internas&utm_campaign=saibamais>. Acesso em: 20 ago. 2018.

declarações do Conselheiro Jurídico da Microsoft, Brad Smith, que dizia:

Vimos vulnerabilidades guardadas pela CIA aparecer no Wikileaks, e agora esta vulnerabilidade da NSA afetou clientes ao redor do mundo. Repetidamente, estes vírus nas mãos do governo tem vazado na internet e causado muito estrago (tradução livre).¹²

Embora estes ataques tenham sido comprovadamente efetuados por hackers que não tem nenhum vínculo direto com órgãos governamentais, fica comprovada a ameaça potencial que estas ferramentas tecnológicas representam. Diante dos casos apresentados, mesmo com a boa-fé dos Estados, ao que parece, é pouco provável que consigam produzir e usar tais ferramentas, garantindo que não serão invadidas e desvirtuadas por terceiros, causando danos e instabilidades na comunidade internacional. Os dados pessoais e, conseqüentemente a privacidade dos indivíduos estão, apesar dos mecanismos legais, vulneráveis.

No Brasil a preocupação em se tutelar os dados pessoais é recente. Até junho do corrente ano o país não contava com um diploma legal específico para regulamentar a questão, sendo necessário, para a responsabilização dos sujeitos envolvidos em tratamento indevido de dados pessoais, aplicar o disposto na legislação esparsa e nos Códigos vigentes.

A União Europeia, por sua vez, conta, desde a década de 1990, com uma Diretiva voltada à proteção dos dados pessoais.

1.1 A tutela dos dados pessoais na União Europeia

Segundo Silva e Silva,¹³ a preocupação com a tutela dos dados pessoais

¹² SWARTZ, Jon. **NSA says it was not origin of ransomware that hit Microsoft's Windows.** USA TODAY, 15 maio 2018. Disponível em: <<https://www.usatoday.com/story/tech/news/2017/05/15/nsa-says-not-origin-ransomware-hit-microsofts-windows/101731644/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹³ SILVA, Letícia Brum da; SILVA, Rosane Leal da. **A proteção jurídica de dados pessoais na internet: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil.** Direito e Novas Tecnologias, 2016. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=122>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

diante da sociedade informacional é um tema que suscita debates na União Europeia já há alguns anos, sendo encontrados relatos que remetem a década de 1980 do século passado, a exemplo da Convenção para a Proteção de Pessoas Frente ao Tratamento Automatizado dos Dados de Caráter Pessoal. E nos anos que seguiram a União Europeia percebeu que a tutela da privacidade e das liberdades se justificava, e em esforço conjunto o Parlamento e o Conselho Europeu editaram a Diretiva 95/46/CE, em 24 de outubro de 1995.

E sobre a importância do instrumento legal supracitado, os autores acrescentam:

A Diretiva merece destaque, tendo em vista ser o principal instrumento de proteção de dados, constituindo-se a base sobre a qual estão dispostas todas as normativas posteriormente elaboradas para a proteção de dados pessoais dos integrantes da União Europeia. Outro fator que a notabiliza é o fato de seu texto ter resultado de discussões e experiências nacionais sobre a regulação da proteção de dados que datam da década de 1970 [...] motivos que justificam a apresentação de suas principais disposições.¹⁴

A referida Diretiva, no tocante aos dados pessoais, determinava que os Estados Membros da União Europeia estabelecessem condições para o seu tratamento, sempre atentos à tutela das liberdades e aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Ainda segundo Silva e Silva,¹⁵ a Diretiva estabelecia também princípios para o tratamento de dados pessoais, determinando que estes somente seriam colhidos diante de legítima finalidade; que os dados pessoais não poderiam ser utilizados com finalidade diversa daquela para a qual foram recolhidos; e, também, que o recolhimento e tratamento dos dados

¹⁴ SILVA, Letícia Brum da; SILVA, Rosane Leal da. **A proteção jurídica de dados pessoais na internet: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil.**

¹⁵ SILVA, Letícia Brum da; SILVA, Rosane Leal da. **A proteção jurídica de dados pessoais na internet: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil.**

dependesse sempre do consentimento do titular.

Não se pode ignorar, contudo, que editada na década de 1990, a Diretiva tornou-se obsoleta com o tempo, principalmente porque a evolução tecnológica trouxe à baila situações antes impensadas no que tange o recolhimento e difusão de dados.

Em meio a esse cenário, outras Diretivas foram sendo editadas, a exemplo da Diretiva 97/66/CE, de 15 de dezembro de 1997, destinada ao tratamento dos dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações; o Regulamento 45, de dezembro de 2000, que estendeu a proteção às instituições e órgãos comunitários; a Diretiva nº 58/2000, destinada ao tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas; a Diretiva 2006/24/CE, voltada a conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviço de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis, dentre outras.

Não obstante a vasta legislação destinada à proteção de dados pessoais no âmbito da União Europeia, impasses acerca da tutela da privacidade e liberdade são facilmente identificados.

Apenas a título de exemplo, tem-se decisão proferida pelo Tribunal Europeu, em 21 de dezembro de 2016, sobre o caso envolvendo a retenção e uso de dados coletados indiscriminadamente através de interceptações feitas por órgãos governamentais britânicos. Segundo o próprio acórdão:

[...] Tom Watson, Peter Brice e Geoffrey Lewis se opõem ao Secretary of State for the Home Department (Ministro da Administração Interna, Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte), relativamente à conformidade com o direito da União da section 1 do Data Retention and Investigatory Powers Act 2014 (Lei de 2014 sobre a conservação de dados e os poderes de investigação).¹⁶

¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo nº C-698/15, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-203/15&language=PT>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

É importante frisar que, embora a decisão acima verse sobre um questionamento acerca do *Data Retention and Investigatory Powers Act de 2014*, e não com fulcro no Regulamento, a análise não ficará prejudicada, pois o ato de 2016 apresenta-se mais invasivo em suas determinações quanto às possibilidades de interceptação de dados, individuais ou coletivos, assim como o da interferência em equipamentos.

Anote-se que o processo judicial que culminou no referido acórdão começou com três ações independentes propostas por parlamentares britânicos que tramitaram até atingir o *High Court of Justice - England & Wales* (Supremo Tribunal da Inglaterra e País de Gales). As ações visavam questionar a legalidade da Parte 1 do DRIPA (Regulamento Sobre Retenção de Dados e Poderes de Investigação de 2014, sigla em inglês), frente aos arts. 7º e 8º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, bem como ao art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

O item 55 do acórdão denuncia:

Este órgão jurisdicional salienta que a *section 1, n.º 1*, da DRIPA atribui competência ao Ministro da Administração Interna para aprovar, sem autorização prévia de um órgão jurisdicional ou de uma entidade administrativa independente, um regime geral que imponha aos operadores públicos de telecomunicações a conservação de todos os dados relativos a qualquer serviço postal ou a qualquer serviço de telecomunicações durante um prazo máximo de doze meses, sempre que considere que essa exigência é necessária e proporcionada para prosseguir as finalidades enunciadas na regulamentação do Reino Unido. Mesmo que esses dados não incluam o conteúdo de uma comunicação, podem ter um caráter particularmente intrusivo na vida privada dos utilizadores de serviços de comunicações.¹⁷

Acrescentando algumas informações a este trecho do julgado, tem-se que a referida parte do DRIPA, atualmente revogada e substituída pela PARTE 3 do IP ACT 2016, versa sobre a possibilidade de órgãos governamentais

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo nº C-698/15.

britânicos demandarem de empresas de comunicação (públicas ou privadas) a retenção e envio de dados de comunicação de seus usuários mediante simples notificação emitida pelo chefe de órgão autorizado.

Anote-se que a competência para solicitar a retenção de dados, que antes era do Secretário de Estado, agora fica a cargo de um simples chefe de departamento de algum dos quarenta órgãos autorizados a emitirem tal notificação. Além disso, os requisitos mínimos da notificação ao operador de telecomunicações também foram diminuídos, tornando mais simples e menos específica a sua expedição. Um exemplo bastante claro é que não é mais exigido da autoridade coatora explicitar diferentes disposições e outros detalhes da requisição, conforme a Subseção 2, alínea "b".

Em sentido contrário ao previsto nos dispositivos acima, os arts. 7º e 8º da Carta de Direitos Humanos Europeia visam justamente impor limites a este tipo de intervenção, preservando os dados pessoais, em especial o art. 8º, que exige o consentimento da pessoa interessada para o tratamento legítimo dos dados.

Diante de decisão desfavorável ao poder de investigação defendido no DRIPA, a Secretária de Estado, Theresa May, a mesma que liderou a aprovação do IP Act 2016 no Parlamento, submeteu o caso à Corte Europeia ensejando ter reconhecido o direito de aplicar o referido regulamento, pois acreditava que o mesmo não era contrário aos artigos supracitados, uma vez que essas interceptações eram feitas no sentido de garantir a segurança nacional e melhor interesse do Reino Unido.

A tese do governo era de que este dispositivo permitiria a relativização dos direitos previstos nos arts. 7º e 8º da Carta e 8º da Convenção, abrindo campo para que os Estados-membros pudessem adotar medidas legislativas para salvaguardar a segurança pública e melhor interesse de seus respectivos Estados.

Desta feita, o Tribunal Europeu, diante de tais indagações, entendeu

que tal acesso indiscriminado aos dados pessoais não está alinhado com os princípios e provisões da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e que, portanto, tal dispositivo legal, da forma como foi apresentado, se colocado em prática, ensejaria em ilegalidade frente ao ordenamento jurídico Europeu e Internacional.

1.2 Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia

Em meio a esse cenário de discussões quanto à tutela dos dados pessoais, e considerando também que apesar das alterações legislativas o diploma legal que regulamentava a questão remetia à década de 1990, é que veio a lume o Regulamento (UE) 2016/679 do parlamento europeu e do conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

Editado em 2016, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018, revogando assim a legislação anterior que tutelava a proteção de dados, Regulamento este que veio ao encontro do disposto no art. 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e do art. 6, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os quais estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito, reconhecendo, por conseguinte, que os dados pessoais possuem caráter de direito fundamental.

Superada esta breve análise, passa-se a abordar os principais reflexos do novo Regulamento no âmbito da União Europeia e também no ordenamento jurídico brasileiro.

2 Principais impactos do novo regulamento na União Europeia e no Brasil

Várias são as alterações introduzidas pelo Regulamento Geral de

Proteção de Dados (RGPD) nos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros da União Europeia e que geram, também, reflexos no direito brasileiro que, recentemente, ganhou um diploma legal específico, a regulamentar a proteção dos dados pessoais.

Dentre as inovações, tem-se o direito ao esquecimento, questão que fomenta debates em todo o mundo.

De fato, muito se têm discutido, na atualidade, os aspectos relacionados ao direito ao esquecimento, principalmente na seara jurisprudencial, embora poucos sejam os autores que efetivamente se debruçam a traçar o seu conceito, peculiaridades e alcance.

Não se pode deixar de ressaltar, ainda, que a grande maioria dos debates em torno do direito ao esquecimento se funda no conflito entre a liberdade de expressão, imprensa e informação, e o direito à personalidade. Contudo, o reconhecimento do direito ao esquecimento enquanto direito da personalidade vem ampliando as discussões, que alcançam também o direito do indivíduo que se submeteu a cirurgia de redesignação sexual de ter preservada a sua intimidade e vida privada, por exemplo.

Mendes e Branco¹⁸, ao analisarem a questão, ressaltam que a proteção à vida privada é “[...] uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre de personalidade”.

Enfatizam, ainda, os autores que uma demasiada exposição da vida privada, “dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda a tentativa de autossuperação”.¹⁹

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 280.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 280-281.

No que tange o direito ao esquecimento, propriamente dito, que objetiva resguardar os direitos da personalidade, ressalta Canário²⁰ que a sua razão de ser é exatamente o direito que “as pessoas têm [...] de serem esquecidas pela opinião pública e até pela imprensa. Os atos que praticaram no passado distante não podem ecoar para sempre, como se fossem punições eternas”.

O direito ao esquecimento surgiu exatamente para assegurar aos indivíduos o direito de não serem eternamente expostos, por exemplo, pela prática de um delito, o que acaba por eternizar o sofrimento.

Sobre a origem do direito ao esquecimento, Portela,²¹ que preconiza a existência de um “direito fundamental ao esquecimento”, ressalta:

O debate acerca deste tema iniciou na Alemanha quando um dos condenados por crime de homicídio contra quatro soldados do Exército daquele País, prestes a ser libertado após cumprimento da pena que lhe foi aplicada, ajuizou ação para impedir a veiculação de documentário sobre o delito e o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento que ficou conhecido como caso Lebach, conferiu-lhe a proteção pretendida com base no referido direito.

Sobre o caso Lebach, cumpre trazer os ensinamentos de Cabral e Rosa,²²:

O caso teve início no ano de 1969, quando houve homicídios de soldados alemães na cidade de Lebach/Alemanha. Após o processo, um dos condenados cumpriu integralmente sua pena e, dias antes de deixar a prisão, ficou sabendo que uma emissora de TV iria

²⁰ CANÁRIO, Pedro. **Garantias da personalidade: STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez.** Consultor Jurídico, 05 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²¹ PORTELA, Airton. **Direito ao esquecimento: possibilidades e ponderações.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3989, 3 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29211>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²² CABRAL, Bruno Fontenele; ROSA, Raissa Viana. **“The right to be let alone”: o direito ao esquecimento.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28362>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

exibir um programa especial sobre o crime no qual seriam mostradas fotos dos condenados e a insinuação de que eram homossexuais. Diante disso, o condenado ingressou com uma ação inibitória para impedir a exibição do programa (evitar o dano). Posteriormente, o caso chegou ao conhecimento do Tribunal Constitucional Alemão. Discutia-se, em síntese, se deveria prevalecer a liberdade de imprensa ou a proteção constitucional do direito de personalidade e privacidade. Ao decidir o mérito do caso Lebach, o Tribunal Constitucional Alemão asseverou que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada. Dessa maneira, firmou-se o entendimento de que o princípio da proteção da personalidade deveria prevalecer, nesse caso, em relação à liberdade de informação e a liberdade de imprensa. Assim, decidiu-se que a divulgação da reportagem iria causar grandes prejuízos ao condenado e a emissora foi proibida de exibir o documentário.

Cabral e Rosa²³ afirmam que o direito ao esquecimento, também chamado de “direito de ser deixado em paz” ou de “direito de estar só”, nada mais é que o “direito que um determinado indivíduo possui de não permitir que um fato, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos”.

Rodrigues Júnior²⁴ observa que, no Brasil, o debate acerca do direito ao esquecimento evidenciou-se na década de 1990, apontando como pioneiras na conceituação do instituto Edson Ferreira da Silva e Luís Alberto David Araújo. Acrescenta o autor que os estudos propostos levaram a relacionar o direito ao esquecimento com o conceito de vida privada, “ao lado de identidade; lembranças pessoais; intimidade do lar; saúde; vida conjugal; aventuras amorosas; lazeres; vida profissional e segredo dos negócios”.

Saliba,²⁵ por sua vez, enfatiza que o direito de ser esquecido é

²³ CABRAL, Bruno Fontenele; ROSA, Raissa Viana. **“The right to be let alone”: o direito ao esquecimento.**

²⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Brasil debate direito esquecimento 1990.** Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ SALIBA, José Carlos Maia. **Direito ao esquecimento: Brasil e Europa.** Revista

“novidade jurídica originada no Século XXI, decorrente da ideia de limitar a ‘eternização’ do acesso a algumas informações pessoais existentes na internet, [...] protegendo melhor a imagem da pessoa humana e a sua dignidade”.

Por força do Regulamento Geral, agora, cabe aos órgãos e empresas o “deletar” dos dados armazenados em seus sistemas eletrônicos, incluindo a aplicação de medidas técnicas, para informar aos responsáveis desses dados, de que seus titulares solicitaram a supressão de quaisquer ligações, dados, cópias ou reproduções.

Outras novidades também são extraídas do Regulamento Geral, a exemplo do direito de transferir os dados para outra entidade, desde que apresentadas garantias adequadas, o que se aplica à iniciativa privada e também à seara pública; o direito do indivíduo de opor-se ao processamento de dados; o direito de pedir para adicionar ou corrigir dados incorretos, incompletos ou inexatos, dentre outras questões.

De fato, como lecionam Corrêa e Loureiro,²⁶ o novo Regulamento é instrumento capaz de reforçar a tutela dos dados pessoais, nos seguintes termos:

O Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), que entrou em vigor em maio, registra, expressamente, a importância fundamental da circulação de dados nas sociedades atuais, para as empresas, associações e entes públicos. Alerta, também, para o aumento exponencial do tratamento de dados pessoais, associado ao desenvolvimento das tecnologias de informação. E aponta para a necessidade de harmonizar a crescente

Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4223, 23 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31705>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁶ CORRÊA, Adriana Espíndola; LOUREIRO, Maria Fernanda Barraglin. **Novo Regulamento europeu é reforço na proteção dos dados pessoais?** (Parte 1). Consultor Jurídico, 09 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/direito-civil-atual-regulamento-europeu-ereforco-protECAo-dados-pessoais?imprimir=1>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

utilidade e conveniência de tratamento desses dados com as liberdades e direitos fundamentais.

Isso se deve porque o Regulamento tem como principal objetivo reforçar a proteção dos dados pessoais nos limites territoriais da União Europeia, já que se aplica ao tratamento dos dados realizado por estabelecimentos situados no bloco; ao tratamento de dados de titular residente no território europeu; e, ainda, ao tratamento dos dados num local em que o direito de qualquer um dos países membros seja aplicável, o que evidencia a sua amplitude.

O Brasil, ao contrário da União Europeia, apenas recentemente passou a contar com um diploma legal voltado à tutela dos dados pessoais, buscando assim tutelar a privacidade, a autodeterminação informativa, a liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, a livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor, e, ainda, os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania. Trata-se da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Como a referida Lei entrará em vigor apenas 18 (dezoito) meses após a sua publicação e fora publicada em 14 de agosto de 2018, as empresas e setores públicos terão até o ano de 2020 para se adequar e, assim, proporcionar a efetiva tutela dos dados pessoais, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, assim como ocorre na União Europeia.

Evidente, portanto, que a tutela dos dados pessoais é uma preocupação mundial, e que os legisladores vem editando diplomas legais buscando adequação à evolução tecnológica e, assim, tutelar a privacidade, importante direito fundamental do cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender, ao longo deste estudo, os impactos causados

na União Europeia e no Brasil, pelo advento do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, diploma que veio substituir a Diretiva em vigor desde a década de 1990 e influenciou fortemente a edição da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, no Brasil.

Verificou-se que a velocidade com que as tecnologias avançam exige que estes institutos se renovem e se fortaleçam continuamente. Este é um desafio bastante grande, pois é inegável que ao mesmo tempo em que se exige celeridade nas ações estatais, dentre elas as legislativas, não se pode diminuir o debate em um período razoável, para que se “tomem boas decisões” acerca das ameaças e barreiras que a vida em comunidade internacional nos impõe.

O exemplo trazido do caso da agência de segurança nacional do Reino Unido comprova que os países, ainda que desenvolvidos, não estão livres das ações de terceiros, que podem interceptar e fazer uso de suas armas cibernéticas. É importante frisar que, ao se falar no mau uso por terceiros, não está se afastando a possibilidade do mau uso ocorrer pelo próprio Estado, detentor da tecnologia.

O resultado dessa pesquisa se alinha, também, com o entendimento do Tribunal da União Europeia. Embora o julgado não tenha sido discutido de forma mais aprofundada, até pela brevidade deste estudo, evidente fica seu posicionamento no sentido de que um Estado não pode se insurgir contra direitos de particulares, organizações ou outros Estados, indiscriminadamente, sob a escusa de garantir a segurança nacional e o seu melhor interesse.

Em meio a esse cenário, e preocupado com a tutela dos dados pessoais, é que veio a lume, em 2016, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que entrou em vigor no primeiro semestre desse ano, e no Brasil a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, diploma recém aprovado, mas que merece especial atenção, por ser pioneiro na tutela dos dados pessoais, na legislação pátria brasileira.

Por fim, não há como negar que a preocupação mundial refletiu no direito brasileiro, que de forma inédita editou diploma legal voltado especificamente ao tratamento de dados pessoais, indo ao encontro da normativa geral, mormente do bloco europeu, configurando importante mecanismo de proteção dos direitos fundamentais diante da inovação tecnológica.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CABRAL, Bruno Fontenele; ROSA, Raissa Viana. "The right to be let alone": o direito ao esquecimento. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28362>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CANÁRIO, Pedro. **Garantias da personalidade: STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez**. Consultor Jurídico, 05 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CIBERATAQUE faz sistema do Tribunal de Justiça de SP cair; sites do MP e do TRT também saem do ar. G1, São Paulo, 12 maio 2017. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/sites-do-governo-de-sp-do-tj-e-do-mp-saem-do-ar-apos-ciberataques-em-larga-escala.ghtml> >. Acesso em: 20 ago. 2018.

CORRÊA, Adriana Espíndola; LOUREIRO, Maria Fernanda Barraglin. **Novo Regulamento europeu é reforço na proteção dos dados pessoais?** (Parte 1). Consultor Jurídico, 09 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/direito-civil-atual-regulamento-europeu-ereforco-protecao-dados-pessoais?imprimir=1>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

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

PAYÃO, Felipe. **Acompanhe a linha do tempo do ataque hacker: MPSP, INSS e TJSP fora do ar.** TECMUNDO, 12 maio 2017. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/ataque-hacker/116639-mp-tribunal-justica-sp-desligam-maquinas-ataque-hacker.htm?utm_source=tecmundo.com.br&utm_medium=internas&utm_campaign=saibamais>. Acesso em: 20 ago. 2018.

PORTELA, Airton. **Direito ao esquecimento: possibilidades e ponderações.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3989, 3 jun. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29211>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Brasil debate direito esquecimento 1990.** Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SALIBA, José Carlos Maia. **Direito ao esquecimento: Brasil e Europa.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4223, 23 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31705>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SILVA, Letícia Brum da; SILVA, Rosane Leal da. **A proteção jurídica de dados pessoais na internet: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil.** Direito e Novas Tecnologias, 2016. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=122>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SWARTZ, Jon. **NSA says it was not origin of ransomware that hit Microsoft's Windows.** USA TODAY, 15 maio 2018. Disponível em: <<https://www.usatoday.com/story/tech/news/2017/05/15/nsa-says-not-origin-ransomware-hit-microsofts-windows/101731644/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Processo nº C-698/15, 21 dez. 2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C->

203/15&language=PT>. Acesso em: 20 ago. 2018.

OS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: AVANÇOS E RETROCESSOS EM MATÉRIA AMBIENTAL

Ana Carolina da Veiga Dias²⁷

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza²⁸

INTRODUÇÃO

Após a elaboração e vigor de sete diferentes constituições, desde o Brasil Imperial até o atual Estado Democrático de Direito, foi apenas em sua edição de 1988, que a Carta Magna brasileira estabeleceu artigos contemplando direitos e deveres dos homens para com o meio ambiente, de

²⁷ Acadêmica do 5º período do curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Bolsista PIBIC e do grupo de estudo "Observatório de Direito Ambiental e Sustentabilidade", coordenado pela Professora Doutora Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. E-mail: anaveigadiaz@gmail.com.

²⁸ Doutora e Mestre em "Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad" pela Universidade de Alicante - Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Brasil, Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - Brasil. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Direito e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa: "Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade", cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPQ intitulado: "Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária" (2013/2015). Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado através do Edital MCTI/CNPQ/UNIVERSAL 14/2014, intitulado "Análise comparada dos limites e das possibilidades da Avaliação Ambiental Estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor gestão ambiental da atividade portuária no Brasil e na Espanha" (2015/2017). Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado através da FAPESC - EDITAL 09/2015- intitulado "Limites e possibilidades da Avaliação Ambiental Estratégica e sua efetivação com vistas a contribuir para uma melhor Gestão Ambiental da Atividade Portuária Catarinense". (2016/2018). Membro vitalício à Cadeira n. 11 da Academia Catarinense de Letras Jurídicas (ACALEJ). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão de Direito Ambiental do IAB (2016/2018). Advogada e Consultora Jurídica. E-mail: mclaudia@univali.br.

forma a tutela-lo, com amparo na teoria biocêntricas, para as presentes como para futuras gerações.

Apesar de visível progresso em matéria legislativa ambiental, ainda ocorrem elaborações e votações de projetos tendentes a certo retrocesso, contrários aos direitos estabelecidos pelo artigo 225, o qual garante tanto às presentes como às futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado, um bem coletivo essencial para a sadia qualidade de vida dos seres humanos e não humano²⁹.

Assim, o projeto é oportuno, pois avalia, no ano de comemoração de 30 anos da Constituição brasileira, os avanços e retrocessos do ordenamento jurídico brasileiro em matéria ambiental, sendo a constatação desses retrocessos o grande **problema** em questão.

Logo, **objetiva-se** expor a evolução das normas constitucionais brasileiras, que até 1988, por exemplo, contemplavam somente a natureza como bem patrimonial do homem; avaliar os avanços da nova e atual Constituição Verde; bem como demonstrar como inconstitucionalmente, os defensores do crescimento econômico ilimitado ainda tentam, à custa do meio ambiente e da saúde da população, positivar normas contrárias a esse artigo e a todo o avanço já conquistado.

Assim, a pesquisa se **justifica**, pois, constata-se que atualmente já existem posturas e projetos de lei em votação que comprovam a regressão quanto às normas de direito ambiental e sua inconstitucionalidade. A Constituição Verde deu um grande passo, há 30 anos, ao tutelar e impor deveres e direitos aos brasileiros quanto à tutela do meio ambiente. Entretanto, agora, o interesse econômico parece mais uma vez central, o que é extremamente danoso aos sistemas biológicos e a população.

Sendo que para isso, adotou-se o **método** lógico-indutivo, com

²⁹ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

pesquisas bibliográficas na presente e anteriores constituições brasileiras, bem como artigos de juristas e pesquisadores em matéria ambiental, dentre eles Michel Prieur, Édis Milaré e Klaus Bosselmann.

1. A paulatina mudança de paradigma na Constituição brasileira

Durante muitas décadas, o antropocentrismo declarado, modelo no qual o homem se encontra no centro do universo, como figura principal e autônoma, necessariamente independente do meio ambiente³⁰ foi o orientador das condutas e valores dos homens. Naquela época, o sistema oposto era considerado totalmente impensável. “insustentável” para a economia. O biocentrismo era assim concedido, pois este:

[...] tem a pretensão de obstaculizar a usurpação dos recursos naturais opondo a formação de juízos de reconhecimento e proteção de uma posição de autonomia do patrimônio natural, concebe valor intrínseco à natureza, impondo um comportamento de prudência ao homem.³¹

Esse, no entanto, foi o pensamento norteador da primeira Constituição brasileira. Promulgada em 1824, apenas dois anos após a Proclamação da Independência³², uma época em que o Brasil já era grande exportador de matéria primária proveniente da natureza. Entretanto, o Estado em nenhum momento abordou o tema ambiental, prezando por não disciplinar

³⁰ MALGARIM, Emmanuelle de Araujo. **Sustentabilidade, perspectivas e desafios para a inserção do sujeito com consciência ecológica**. XXIV Congresso nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA. Direito Ambiental e socioambientalismo II. Belo Horizonte, 2015. p. 284. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/t12qkiQeNpmBhm13.pdf>>. Acesso em: 20/02/2017.

³¹ MALGARIM, Emmanuelle de Araujo. **Sustentabilidade, perspectivas e desafios para a inserção do sujeito com consciência ecológica**. XXIV Congresso nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA. Direito Ambiental e socioambientalismo II. Belo Horizonte, 2015. P. 291. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/t12qkiQeNpmBhm13.pdf>>. Acesso em: 20/02/ 2017.

³² LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. **O direito ambiental nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea**. Ambito Jurídico. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14555>. Acesso em: 09 set 2018.

constitucionalmente matérias econômicas, seguindo, no entanto, apenas a lógica dos direitos fundamentais da época, que após séculos de um Estado Absolutista propunha respostas liberais, com o mínimo de intervenção estatal nas liberdades do homem.

Em 1891 nasce os Estados Unidos do Brasil. A constituição, porém apenas "foi tímida a introdução da questão ambiental, que se resumiu em atribuir competência legislativa à União para legislar sobre suas Minas e Terras"³³, estabelecendo em seu artigo 64 que as minas e terras devolutas situadas nos territórios dos Estados pertencem a eles, "cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais"³⁴. Contudo, os direitos concernentes à liberdade, segurança individual e à propriedade mantinham-se, via de regra, plenos.

Com a Revolução de 1930, a Primeira República se instaura e com ela vigora a Constituição de 1934, influenciada pelas mudanças causadas pela Revolução Industrial, exige-se do Estado uma maior tutela das relações, principalmente na dimensão social. A constituição expandiu as competências dos entes federados para legislar sobre os recursos, que continuavam sendo considerados meramente econômicos. Como pode-se constatar pela redação do artigo 5º ao estabelecer a competência privativa da União para legislar "os bens do domínio federal, riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração"³⁵.

³³ LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. O direito ambiental nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea. *Ambito Jurídico*. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14555>. Acesso em: 09 set 2018

³⁴ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

³⁵ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

Em seguida, com premissas semelhantes, é outorgada a Constituição de 1937, também chamada “A polaca”, durante a ditadura de Getúlio Vargas. É nela que pela primeira vez o termo “natureza” aparece como sinônimo de um ambiente ecológico, natural, porém encontrado na seção “da educação e da cultura”, em que equiparavam-se os atentados a paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza aos cometidos contra o patrimônio nacional³⁶.

Já sob o regime democrático, a Constituição de 1946 manteve e expandiu as competências da União para legislar e fiscalizar matérias como saúde, riquezas do subsolo, águas, caça, pesca e florestas³⁷. Permanecendo “os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do Poder Público”.³⁸

Promulgada durante o regime militar, a Constituição de 1967, não criou leis distintas das anteriores, nem em retrocesso nem em avanço à tutela ambiental. A Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, por exemplo, promulgada posteriormente a esta Constituição, tem sua primeira edição fundamentada apenas no artigo 8º da Constituição Brasileira de 1967 que versa sobre a competência da União de legislar sobre normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário; jazidas, minas e outros recursos minerais; metalurgia; florestas, caça e pesca; e águas, energia elétrica e telecomunicações.

³⁶ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.
Acesso em: 14 ago. 2018. Art. 134.

³⁷ LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. **O direito ambiental nas constituições do Brasil: um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea**. Ambito Jurídico. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14555>. Acesso em: 09 set 2018

³⁸ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018. Art. 175.

Foi então em 1969, que a Emenda Constitucional nº 1 outorgou a nova Constituição intitulada Constituição da República Federativa do Brasil. Apesar de ainda não trazer em seu texto o termo meio-ambiente, houve grande inovação legislativa com a inserção do vocábulo “ecológico” em seu artigo 172 dispondo que “a lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo”³⁹. O prévio levantamento ecológico, no entanto, não era regulamentado por lei infraconstitucional, não se pode associar então à aparentemente homônima “licença prévia”, a primeira etapa do Licenciamento Ambiental, regulada pela Política Nacional do Meio Ambiente e que consiste, resumidamente, na avaliação dos riscos ambientais da construção de qualquer empreendimento.

Paulatinamente, no entanto, a partir da década de oitenta, “principalmente em razão da influência que os resultados da Conferência de Estocolmo exerceu em todo o mundo, novas leis de proteção foram editadas assim como foram instituídos órgãos e entidades com a finalidade exclusiva de proteção ao meio ambiente”⁴⁰. E também da criação da terceira dimensão de direito fundamentais, os relativos aos princípios de fraternidade e solidariedade, atentos aos interesses difusos e coletivos, das presentes e futuras gerações, dentre eles, o meio-ambiente.

A Constituição contemporânea a todas essas, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, positivou de forma explícita a preservação da natureza, não mais como um patrimônio humano, mas como

³⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1**, de 17 de outubro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

⁴⁰ LEUZINGER, Márcia Dieguez; VARELLA, Marcelo Dias. **O Meio Ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional: avanços ou retrocessos** (1988 a 2014)? Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 34.2, jul./dez. 2014. p. 300. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Downloads/1225-2187-2-PB.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2018.

organismo essencial para a vida, que merece ser cuidado e respeitado. A Constituição Cidadã, também chamada de Constituição Verde, “teve o mérito de conferir *status* constitucional à proteção do meio ambiente”⁴¹, notadamente em seu artigo 225, que ratificou o direito de todos “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”⁴², sendo imposto ao Poder Público e também à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo tanto para as presentes como para as futuras gerações.

2. Avanços sustentáveis

A definição de meio ambiente como “um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”⁴³ de Paulo de Bessa Antunes é análoga a esta visão solidária da terceira dimensão, herança dos ideais da Revolução Francesa, e vai ao encontro do objetivo do legislador da Constituição Federal de 1988. Sendo que Édis Milaré ainda ressalta “o recurso ao Direito como elemento essencial para coibir, com regras coercitivas, penalidades e imposições oficiais, a desordem e a prepotência dos poderosos.”⁴⁴

Fator determinante em um momento de transição de um sistema antropocêntrico para o biocêntrico, pois é imprescindível a coerção de objetivos contrários à tutela ambiental, que vejam o meio ambiente como um

⁴¹ LEUZINGER, Márcia Dieguez; VARELLA, Marcelo Dias. **O Meio Ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional: avanços ou retrocessos (1988 a 2014)?** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 34.2, jul./dez. 2014. p. 300. Disponível em: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/1225-2187-2-PB.pdf>. Acesso em: 13 ago 2018.

⁴² BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017. Art. 225.

⁴³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p.229.

⁴⁴ MILARÉ, Édis. **Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para o delineamento de um microsistema de responsabilidade.** PUC-SP. São Paulo, 2016. p. 79. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>>. Acesso em: 22 fev 2017.

simples provedor das necessidades econômicas e consumistas do homem criado pela Revolução Industrial e pelo capitalismo. Sendo que este novo *status* do meio ambiente na legislação brasileira, também ampliou os princípios ambientais, possibilitando que juristas possam fundamentar e julgar casos com maior embasamento legal a favor do meio ambiente, da vida.

Como no caso do princípio da responsabilidade trazido no 3º parágrafo do artigo 225 que atribui responsabilidade, em três esferas jurídicas, sem necessidade de comprovação de culpa por parte do agente causador do dano⁴⁵. Na letra da lei: "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados"⁴⁶.

Tem-se ainda o princípio do poluidor-pagador, para casos em que o dano ao meio ambiente foi causado ilicitamente com fins econômicos⁴⁷.

[...] o causador da poluição arcará com os custos necessários à diminuição, eliminação ou neutralização do dano ambiental. Vale ressaltar, porém, que este princípio não se limita a tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita a compensar os danos causados, mas sim e principalmente, evitar o dano ambiental. [...] A correta interpretação dos princípios do poluidor-pagador deverá ser: "poluiu, então deve suportar os danos", e não "pagou, então tem o direito de poluir."⁴⁸

⁴⁵ SILVA, Mateus Maciel César. Direito Ambiental à luz da Constituição Federal. Jus.com.br. Fev 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36240/direito-ambiental-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 17 ago 2018.

⁴⁶ BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017. Art. 225, parágrafo 3º.

⁴⁷ SILVA, Mateus Maciel César. **Direito Ambiental à luz da Constituição Federal**. Jus.com.br. Fev 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36240/direito-ambiental-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 17 ago 2018.

⁴⁸ Leonardo de Medeiros Garcia e Romeu Thomé *apud* SILVA, Mateus Maciel César. **Direito Ambiental à luz da Constituição Federal. Jus.com.br. Fev 2015**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36240/direito-ambiental-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 17 ago 2018.

Essa e outras decisões baseadas na defesa do meio ambiente são convergentes também a outro princípio presente na Constituição de 1988, o princípio do Desenvolvimento Sustentável, encontrado tanto no artigo 225 como no artigo 170⁴⁹, este último preceituando que: a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente.

Desenvolvimento Sustentável pode ser definido, segundo o Relatório de Brundtland, como aquele que “respeita as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das novas gerações de atingir suas próprias necessidades”.⁵⁰ Para Mohan Munasinghe e Lutz Ernst, economistas do Banco Mundial, esse tipo de Desenvolvimento “permite a melhoria contínua da qualidade de vida, com menor intensidade de utilização dos recursos, deixando para as gerações futuras um inalterado, ou mesmo aumentado estoque de recursos naturais e outros bens”.⁵¹ Assim, é irrefutável que:

Faz-se necessário um desenvolvimento sustentável que controle a utilização inconsequente dos recursos naturais não renováveis, utilizando-se dos avanços científicos e tecnológicos para substituí-los, criando outras formas de energia e minimizando a contaminação. É possível um desenvolvimento sustentável sem comprometimento do entorno ambiental.⁵²

Logo, além da preocupação para com o meio ambiente, a Sustentabilidade e o Desenvolvimento Sustentável visam igualmente à qualidade de vida de todos.

⁴⁹ BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

⁵⁰ BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 17.

⁵¹ BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. p. 55.

⁵² SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **20 anos de Sustentabilidade: Reflexões sobre avanços e desafios**. Revista da Unifebe (Online) 2012. p. 239-252. p. 246.

Sendo que a redação da Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003, complementando mais ainda a legislação, acrescentou à defesa do meio ambiente “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

3. Retrocessos em matéria ambiental: o caso dos agrotóxicos

No entanto, apesar dos princípios e normas apresentados, apenas uma parte das muitas encontradas somente na Constituição Verde, que engendram inumeráveis elementos e argumentos para a proteção do meio ambiente, como o célebre artigo 225, o legislador e muitos juristas encontram lacunas e muitas vezes desrespeitam os dispositivos e princípios derivados da Constituição, o mais poderoso conjunto de leis encontradas na hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro.

O mais atual projeto legislativo e também disforme ao progresso rumo ao efetivo biocentrismo é o Projeto de Lei 6.299, de 2002, o popularmente nominado: pacote do veneno. A mudança é justificada pelo defasamento e incompatibilidade ao ordenamento jurídico brasileiro e aos tratados e acordos internacionais ratificados pelo Brasil, da lei que rege e regulamenta os agrotóxicos no Brasil, a Lei nº 7.802 de 1989. O projeto, já foi aprovado em 25 de junho de 2018 pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados, porém, ainda passará por votação no Plenário da Câmara.

A primeira e, aparentemente mais supérflua alteração, que o projeto de lei propõe é a mudança da denominação de agrotóxicos para “defensivos agrícolas” e “produtos fitossanitários”. Esse eufemismo visa a incutir no leitor, na população, que são instrumentos de reduzido grau de nocividade, que não prejudiquem seu direito e das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida. Suprimindo o termo tóxico por um substantivo derivado da palavra defesa, e adicionando o prefixo fito, referente à vegetação, ao lado do termo sanitário, que remete o homem médio geralmente a uma ideia de saúde pública, higiene, cuidados.

Jarbas Barbosa, diretor-presidente da Anvisa, afirmou que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária “vai continuar mantendo sua posição de mostrar os prejuízos e riscos que esse PL, caso aprovado, trará para a saúde da população, até a última instância possível”⁵³. Para o órgão, o Projeto de Lei:

[...] não contribui com a melhoria, disponibilidade de alimentos mais seguros ou novas tecnologias para o agricultor e nem mesmo com o fortalecimento do sistema regulatório de agrotóxicos, não atendendo, dessa forma, a quem deveria ser o foco da legislação: a população brasileira.⁵⁴

Assim, vê-se que, este Projeto de Lei, que além de mudar a denominação jurídica dos agrotóxicos, pretende permitir produtos que, após análise de risco, tenham essa classificação de “riscos aceitáveis”, sendo proibidos apenas aqueles cujos riscos sejam considerados “inaceitáveis”⁵⁵.

Ora, para assegurar a efetividade do direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, o parágrafo primeiro, inciso V, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 preceitua que “incumbe ao Poder Público: controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.⁵⁶ Desse modo, qualquer produção, técnica, métodos e substâncias que acarretem o mínimo risco à vida, a sua qualidade e ao meio ambiente devem ser restritos.

⁵³ ANVISA. PL 6299/02: **Anvisa continuará a denunciar riscos**. Publicado: 26/06/2018. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/4585879>. Acesso em: 15 ago 2018.

⁵⁴ ANVISA. PL 6299/02: **Anvisa continuará a denunciar riscos**. Publicado: 26/06/2018. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/4585879>. Acesso em: 15 ago 2018.

⁵⁵ DANTAS, Carolina. **Projeto de lei quer mudar legislação dos agrotóxicos no Brasil; entenda**. Portal G1. 26/06/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/projeto-de-lei-quer-mudar-legislacao-dos-agrotoxicos-no-brasil-entenda.ghtml>>. Acesso em: 15 ago 2018.

⁵⁶ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Édis Milaré traz uma noção de um dano ambiental provável ou futuro como um:

[...] Evento possível mas imperceptível ao senso comum -, o qual, diante de sua incerteza, indeterminação, invisibilidade, além de sua probabilidade e magnitude desconhecidas, é marca e preocupação de uma nova fase da sociedade moderna, hoje conhecida como "sociedade de risco" ou "sociedade de incertezas".⁵⁷

Essa sociedade de risco assemelha-se a atual realidade. Vê-se que muito dessa sociedade de incertezas fundamenta-se na ambição econômica e progressista. A precaução exige estudos para os casos de incertezas científicas, o que implica investimento de capital. Diante da lógica econômica atual, a dúvida que implicasse a interdição de uma atividade, na grande maioria das vezes produtiva, seria um desperdício monetário.

É, pois, com o objetivo de evitar danos ambientais e, dessa maneira, garantir o direito das futuras gerações à sadia qualidade de vida bem como à continuidade da natureza do planeta⁵⁸, que o princípio da precaução preconiza que em caso de dúvida ou de incerteza sobre qualquer dano ambiental deve-se agir de forma preventiva. O caráter preventivo é semelhante ao princípio da prevenção, mas a grande inovação da precaução está na dúvida científica que "expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção."⁵⁹

O provável dano futuro, o RISCO, "muitas vezes, não pode ser provado de plano, vindo a materializar-se, somente, com o decorrer do tempo".⁶⁰ Assim, postergar as medidas preventivas seria deixar a encargo das futuras gerações cuidar e arcar com as consequências dessa negligência. O que

⁵⁷ MILARÉ, Édis. **Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para o delineamento de um microsistema de responsabilidade.** PUC-SP. São Paulo, 2016. p. 02. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>>. Acesso em: 22 fev 2017.

⁵⁸ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** p. 56.

⁵⁹ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** p. 65.

⁶⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental.** p.205.

contraria outro princípio ambiental, o princípio da equidade intergeracional que assegura dever o acesso aos recursos naturais, aos bens que integram o ambiente planetário, satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra, inclusive as futuras gerações.⁶¹

Dessa forma, o Projeto de Lei 6.299, de 2002, um exemplo de retrocesso, que violará se está Lei for realmente aprovada e promulgada, além do artigo 225 da Constituição Federal, o princípio do não retrocesso em matéria ambiental. Mostrando como o biocentrismo ideal ainda não foi atingido e o ser humano parece, com edição de textos assim, estar caminhando para trás, mesmo com todos os avanços constitucionais trazidos em 1988.

Se o cuidado ao meio ambiente se fundamenta na vida com qualidade de vida ambiental como sendo um legado às gerações futuras, qualquer retrocesso nesses princípios que são atemporais fere de morte a tutela constitucional expressa no artigo 225 da CRFB/88.⁶²

Assim, por mais um motivo e dever, faz-se necessário o cuidado com o meio ambiente. Cuidar do planeta Terra, de seus recursos e bens naturais, para possibilitar às futuras gerações viver em um meio ambiente saudável.⁶³ É a ética da solidariedade, que não permite que a ganância econômica deixe às futuras gerações “apenas os ossos do banquete da vida”.⁶⁴ É preciso que

⁶¹ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade e seus reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica: o ciclo do equilíbrio do bem-estar.** p. 5. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>>. Acesso em: 21 fev 2017.

⁶² SOARES, Seline Nicole Martins; CANFIEL, Felipe Valdiere Soares. **Analisando Michel Prieur em o novo Princípio da Não Regressão no Direito Ambiental. UFSC.** Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_nao_regressao_no_direito_ambiental._michel_prieur.pdf>. Acesso em: 15 jul 2018.

⁶³ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade e seus reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica: o ciclo do equilíbrio do bem-estar.** p. 5. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>>. Acesso em: 21 fev 2017.

⁶⁴ MILARÉ, Édis. **Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para o delineamento de um microsistema de responsabilidade.** PUC-SP. São Paulo,

o homem se liberte das ideias platônicas de crescimento ilimitado a custo de sua própria espécie e de seu planeta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se preciso prezar pela evolução humana, evolução das leis do ordenamento jurídico, não o retrocesso em detrimento do meio ambiente e conseqüentemente de todas as espécies de vida, dentre elas a espécie humana. A literatura, jurídica, filosófica, médica e ambiental, já possuem as provas, princípios e instrumentos para barrar qualquer desrespeito aos dispositivos constitucionais de proteção à natureza e aos seres vivos.

Os direitos e garantias individuais não podem ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente à abolição⁶⁵. Dentre esses direitos e garantias, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à qualidade de vida que aparece positivado há trinta anos na Constituição brasileira.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ANVISA. **PL 6299/02**: Anvisa continuará a denunciar riscos. Publicado: 26/06/2018. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/rss/-/asset_publisher/Zk4q6UQCj9Pn/content/id/4585879>. Acesso em: 15 ago 2018.

BOSELNANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

2016. p. 77. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>>. Acesso em: 22 fev 2017.

⁶⁵ BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1967. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm >.
Acesso em: 15 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1891.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.
Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >.
Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm >.
Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.
Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Brasília, 1969. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 14 ago. 2018.

DANTAS, Carolina. **Projeto de lei quer mudar legislação dos agrotóxicos no Brasil; entenda.** Portal G1. 26/06/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/projeto-de-lei-quer-mudar-legislacao-dos-agrotoxicos-no-brasil-entenda.ghtml>>. Acesso em: 15 ago 2018.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; VARELLA, Marcelo Dias. **O Meio Ambiente na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional: avanços ou retrocessos (1988 a 2014)?** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. v. 34.2, jul./dez. 2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/Admin/Downloads/1225-2187-2-PB.pdf>>. Acesso em: 13 ago 2018.

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues de. **O direito ambiental nas constituições do Brasil:** um breve relato de sua construção histórica e a tese do artigo 225 CF/88 como cláusula pétrea. Ambito Jurídico. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14555>. Acesso em: 09 set 2018

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MALGARIM, Emmanuelle de Araujo. **Sustentabilidade, perspectivas e desafios para a inserção do sujeito com consciência ecológica.** XXIV Congresso nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA. **Direito Ambiental e socioambientalismo II.** Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/t12qkiQeNpmBhm13.pdf>>. Acesso em: 20/02/2017.

MILARÉ, Édis. **Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade.** PUC-SP. São Paulo, 2016. Disponível em: <

<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/18874/2/%C3%89dis%20Milar%C3%A9.pdf>>. Acesso em: 22 fev 2017.

SILVA, Mateus Maciel César. **Direito Ambiental à luz da Constituição Federal.** Jus.com.br. Fev 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36240/direito-ambiental-a-luz-da-constituicao-federal>>. Acesso em: 17 ago 2018.

SOARES, Seline Nicole Martins; CANFIEL, Felipe Valdiere Soares. **Analisando Michel Prieur em o novo Princípio da Não Regressão no Direito Ambiental.** UFSC. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_ao_regressao_no_direito_ambiental._michel_prieur.pdf>. Acesso em: 15 jul 2018.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. **20 anos de Sustentabilidade: Reflexões sobre avanços e desafios.** Revista da Unifebe (Online) 2012. p. 239-252.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes; MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade e seus reflexos dimensionais na avaliação ambiental estratégica: o ciclo do equilíbrio do bem-estar.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>>. Acesso em: 21 fev 2017.

**30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO
BRASIL DE 1988: as contribuições e os desafios para a
implementação de uma política urbana sustentável**

Priscilla Linhares Albino¹

Zenildo Bodnar²

INTRODUÇÃO

Após 21 anos de ditadura militar, e intensas mobilizações sociais pela redemocratização do País, o Estado brasileiro ganhou, em 1988, uma Constituição democrática. O longo período de ditadura militar deixou uma herança indesejada na vida da Sociedade brasileira, posto que haviam sido substituídos os princípios constitucionais, até então vigentes, por constrangimentos, limitações, temores, prisões e até tortura.

Em nítido contraponto a isso, o novo documento contemplou inúmeros direitos e garantias individuais, assim como instrumentos jurisdicionais. Ficou conhecido não só como Constituição Cidadã, mas, também, como Constituição Verde, à medida que somente a partir dele o meio ambiente passou a ser um bem juridicamente tutelado, conforme disposto em seu artigo 225.

Em meio a um cenário de transição, onde a democracia e a liberdade voltaram a fazer parte do dia a dia do povo brasileiro, diversos foram os

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre em Saúde e Meio Ambiente pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: priscillalbino@gmail.com

² Doutor em Direito e Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor nos programas de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). E-mail: zenildo@univali.br

avanços trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), especialmente no que se refere aos direitos sociais e fundamentais. Dentre eles, foi escrito, pela primeira vez na história constitucional brasileira, um capítulo específico sobre política urbana, **tema central deste artigo**, localizado nos artigos 182 e 183 da Carta Magna, os quais contêm o princípio da função social da cidade e da propriedade urbana.

Considerando o cenário mencionado, o **objetivo** deste artigo é analisar as contribuições agregadas ao cenário ambiental pela CRFB/88 nestes últimos trinta anos, especificamente no que se refere à política urbana. Também serão considerados os desafios existentes atualmente para implementá-la em sua íntegra, a fim de consolidar um ambiente urbano sustentável, harmônico e equilibrado, no qual a Sociedade tenha acesso aos direitos fundamentais e ao exercício irrestrito à cidadania.

Por este motivo, o **problema da pesquisa** é: como equalizar os avanços advindos ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do texto constitucional com os desafios ambientais relacionados à implementação efetiva da política urbana, em consonância com possibilidades ecológicas sustentáveis.

Nesse cenário, a **justificativa desta pesquisa** reside na constatação das dificuldades enfrentadas para a implementação e o cumprimento dos regramentos referentes à política urbana, fato que gerou um descompasso significativo entre a cidade projetada e a real, tornando visível aos olhos de muitos a exclusão social, a violação de direitos e princípios fundamentais, como moradia, dignidade e cidadania.

Para tanto, o estudo está dividido em dois momentos: **no primeiro**, que aborda a CRFB/88 e a proteção dos recursos naturais, analisando especificamente as conquistas para o meio ambiente depois da promulgação da Carta Constitucional no País. **No segundo** momento, a pesquisa busca elucidar quais desafios ainda se afiguram para a concretização da política ambiental urbana, decorridos 30 anos de Constituição Verde.

Quanto à **metodologia**, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica a ser utilizada no desenvolvimento da pesquisa, compreende o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais da pesquisa bibliográfica e do fichamento.³

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PROTEÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS: as conquistas para o meio ambiente após a promulgação da Carta Constitucional no país

Depois de atravessar um longo período ditatorial, o Brasil busca se estabelecer rumo a um futuro mais democrático com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Valiosos foram os avanços trazidos pelo referido documento não só para o ambiente natural, mas também para o artificial, o cultural e o do trabalho. Especificamente para este estudo, há que ser ressaltado o disposto no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social⁴, que contemplou o

³ PASOLD, Cezar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015, p. 97-99.

⁴ VI - DO MEIO AMBIENTE
Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

meio ambiente, e no Capítulo II do Título VII, referente à Ordem Econômica e Financeira, que concebeu a Política Urbana⁵.

Em que pese José Afonso da Silva⁶ frisar que todo o capítulo do meio

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (NR)

⁵ **Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros.1994, p. 717

ambiente se traduz em um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988, fato é que a dimensão constitucional conferida ao tema não se cingiu somente ao nele existente, mas também a inúmeros outros dispositivos insertos ao longo do texto de outros Títulos e Capítulos, em razão do conteúdo interdisciplinar da matéria.

Sob forte influência e linguagem da Declaração de Estocolmo de 1972, o documento constitucional se distanciou de modelos anteriores e introduziu no ordenamento verdadeira política ambiental, abraçando uma concepção holística – que parte da biosfera - e juridicamente autônoma do meio ambiente⁷. Para além de argumentos explicitamente antropocêntricos, esse novo modelo imprimiu no texto constitucional uma perspectiva sistêmica e se baseou, também, mesmo que timidamente, em fundamentos biocêntricos e ecocêntricos, traduzindo-se, segundo Édis Milaré, em “um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente.”⁸

Ao comentarem as inovações constitucionais, José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite salientam que, da autonomia jurídica do meio ambiente decorre um regime próprio de tutela, já não centrado nos componentes do meio ambiente como coisas, mas, sim, tratando-se de um conjunto aberto de direitos e deveres, de caráter relacional, que é verdadeira ordem pública ambiental, nascida em berço constitucional.⁹

O legislador constituinte, nesse contexto, além de reprisar a tutela de direitos individuais que já ocorria anteriormente, autorizou a tutela de direitos coletivos, compreendendo o bem ambiental como uma nova espécie, consagrando-o não como um bem público ou particular, mas como de uso comum do povo¹⁰. Assim, entregou à Sociedade o exercício da

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (org.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p.84.

⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 211.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (org.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**, p. 85-86.

¹⁰ Compreendido, neste termo, brasileiros e estrangeiros residentes no País, conforme FIORILLO (2018, p. 53)

titularidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob nova e atualizada perspectiva, perpassando pela ética, a equidade e a solidariedade intergeracional.

Certo é que as transformações erigidas ao ordenamento não se restringiram aos aspectos puramente jurídicos, à medida que conexos com a dimensão ética, biológica e econômica dos problemas ambientais, mas também a uma compreensão mais ampla da Terra e da natureza.¹¹

Nesse sentido, ao consagrar a existência de um bem de uso comum do povo, o documento trouxe à realidade brasileira os chamados direitos difusos¹², porquanto referiu-se a titulares indeterminados para o bem ambiental, sem, contudo, ser possível precisar quais os indivíduos afetados e expostos aos danos por ventura advindos.

Ademais, o novo instrumento constitucional estabeleceu competências sobre assuntos relacionados à área ambiental, dividindo-as em material e legislativa. A primeira delas se refere àquela adstrita às normas que conferem deveres aos entes da Federação e não somente faculdades, restando estabelecido, assim, competências tanto à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Por sua vez, a competência legislativa é que atribui à União pisos mínimos de proteção ao meio ambiente, fixando regras gerais, enquanto os Estados e Municípios poderão legislar de forma a atender aos seus interesses regionais e locais, não sendo possível a eles, de maneira alguma, oferecer menos proteção do que a ofertada pela União.¹³

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (org.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**, p. 109.

¹² Somente com o advento da Lei 8.078/90, posterior à CRFB/88, restou definido o conceito legal de Direitos Difusos. Segundo o texto legal, em seu art. 81. "A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...]"

¹³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva 2018, p. 192-195

Aos Estados e Municípios, neste cenário, cumpre função de importante relevo em virtude de sua maior proximidade com a Sociedade, “encontrando-se mais atentos e próximos aos interesses e peculiaridades de uma determinada região, estando mais aptos a efetivar a proteção ambiental reclamada pelo Texto Constitucional.”¹⁴

Nesse aspecto, o Município assume papel ainda mais primordial quando se refere às cidades e, respectivamente, às políticas urbanas, posto que, além de ser o ente responsável por atender de maneira imediata as demandas locais, recebeu autonomia, passando a deter organização política própria¹⁵ e competências exclusivas¹⁶.

Ao reconhecer o direito de propriedade já existente no ordenamento, o texto de 1988 inovou ao impor limites constitucionais à questão quando o aliou à exigibilidade do cumprimento de uma função social, de maneira positiva e não somente negativa; e, ainda, quando estabeleceu o cumprimento obrigatório de função social ecológica autônoma¹⁷. Consolidou-se, assim, um direito funcionalizado e axiologicamente comprometido com a Sustentabilidade.

Os artigos 182¹⁸ e 183¹⁹ do texto constitucional corroboram este olhar, haja vista que, pela primeira vez no cenário nacional, a política urbana foi positivada, impondo ênfase ao interesse e ao bem-estar da coletividade. Ao direcionar o Poder Público ao planejamento das suas atividades com a finalidade de alcançar de maneira eficaz o seu fim primordial, a Carta Magna

¹⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, 2018, p. 194.

¹⁵ Art. 29 da CRFB/88.

¹⁶ Art. 30 da CRFB/88.

¹⁷ Art. 186, II, CRFB/88.

¹⁸ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

¹⁹ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

reafirmou o bem comum como inerente ao Estado Social Democrático de Direito.

Daí restar bem posicionada a percepção de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, quando expõe que:

[...] na execução da política urbana, torna-se verdadeiro afirmar que o meio ambiente artificial passa a receber uma tutela mediata (revelada pelo art. 225 da CF, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente como tutela da vida em todas as suas formas, centrada na dignidade da pessoa humana) e uma tutela imediata (que passa a receber tratamento jurídico aprofundado em decorrência da regulamentação dos arts. 182 e 183 da CF), relacionando-se diretamente às cidades harmonizadas com o conceito normativo de Município, sendo, portanto, impossível desvincular da execução da política urbana o conceito de direito à sadia qualidade de vida, assim como do direito à satisfação dos valores da dignidade da pessoa humana e da própria vida.²⁰

A fim de regulamentar os artigos acima mencionados, foi editada legislação infraconstitucional²¹, autodenominada Estatuto da Cidade, que estabeleceu normas gerais para a política urbana, possibilitando a essa, nos dizeres de Georges Humbert, eficácia, concreção e maior efetividade aos seus fins, especialmente no que diz respeito à promoção da moradia/habitação, entre outras funções sociais da cidade.²²

Para tanto, o direito à cidade, conforme Zenildo Bodnar, “tem como fonte de origem os princípios constitucionais das funções sociais da cidade e da propriedade, norteadores da política urbana.” Prossegue o autor salientando que o referido direito pertence ao rol dos direitos difusos, assim como o direito ao meio-ambiente, “o direito a cidades sustentáveis preconiza

²⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, 2018, p. 203.

²¹ BRASIL. **Lei n. 10.257/01**.

²² HUMBERT, Georges Louis Hage. **Curso de direito urbanístico e das cidades**. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 148.

a meta fundamental da República Brasileira para o desenvolvimento urbano: tornar as cidades brasileiras mais justas, humanas, democráticas e sustentáveis.”²³

No que se refere à Sustentabilidade das cidades, sua força exsurge, mormente, do princípio da responsabilidade intergeracional, normatizado no artigo 225 da CRFB/88, quando determina que seja perseguido, sempre, o desenvolvimento sustentável. O mencionado dispositivo constitucional, endereçado ao Poder Público e à Sociedade, traduz a preocupação do legislador constituinte com a geração contemporânea e, também, com as futuras, determinando, assim, a incidência de solidariedade entre as presentes e vindouras gerações no que toca à obrigação de preservar o ambiente e mantê-lo ecologicamente equilibrado.

Diversos foram os princípios constitucionais vinculados à seara ambiental, além do mencionado anteriormente, especificamente vinculados à política urbana. Dentre eles, o da exploração limitada e da função ecológica, a fim de reforçar a ideia de que ordem pública e interesse social, no que se refere ao uso da propriedade nos espaços urbanos, passam a ser ordenados em prol do bem comum, da segurança e do bem-estar coletivo, e, ainda, do equilíbrio ambiental.

Outro acréscimo constitucional ambiental significativo, no contexto deste estudo, guarda relação com a ordem econômica²⁴, que caminha em conexão com a defesa do meio ambiente, fortalecendo a incolumidade desse frente aos interesses empresariais e a sua dependência de fatores meramente econômicos.

Demais disso, inúmeros foram os instrumentos jurisdicionais ambientais previstos na CRFB/88, em razão da fundamentalidade do ambiente natural e sua conexão com o direito à vida, tais como a Ação Civil

²³ BODNAR, Zenildo. **A regularização fundiária e os seus reflexos na cidade sustentável**. 2017. 200 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2017, p. 75.

²⁴ BRASIL. CRFB/88, art. 170, VI.

Pública e o Controle de Constitucionalidade, que engloba a Ação de inconstitucionalidade por omissão, a Ação direta de inconstitucionalidade, a Ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e, ainda, o Mandado de segurança coletivo.

Logo, perpassada por apontamentos relacionados à ética, à cidadania, à equidade e à solidariedade intergeracional, a CRFB/88 entregou aos brasileiros um texto com possibilidades e inovações incontáveis para a construção de uma nova versão do cenário ambiental brasileiro.

Ao estatuir um dever fundamental compartilhado, a Constituição conclama para um afazer coletivo. É imprescindível o empenho de todos - Poder Público, entidades privadas, Organizações Não-Governamentais e Sociedade - para o cumprimento dos ditames constitucionais. A missão primária do Estado social contemporâneo não pode ser somente a elaboração e a promulgação de uma Constituição, mas, sim, o estabelecimento de condições para o seu cumprimento.

2. OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA POLÍTICA AMBIENTAL URBANA DEPOIS DE 30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO VERDE

A população brasileira, depois de um crescimento vertiginoso ocorrido nas últimas décadas, hoje se aproxima da marca dos 210 milhões de pessoas²⁵, sendo 85% moradores de áreas urbanas, fato que corrobora uma das maiores ondas de urbanização da história da humanidade.

Centro da civilização contemporânea e da Sociedade civil, as cidades se traduzem em um ambiente coeso, integrado em algumas dimensões. A primeira delas, a dimensão física, une as soluções urbanas às características de sua base ambiental. Outra dimensão, a econômica, constrói vocações a partir de seu patrimônio material e imaterial, enquanto a dimensão social é forjada na celebração da diversidade e no acolhimento das diferenças,

²⁵ BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> Acesso em: 7 set. 2018.

matérias primas da criatividade e inovação. Por fim, a dimensão simbólica, que faz da cidade o palco dos concertos, o cenário do encontro, o refúgio da solidariedade e da expressão da identidade. Unidos, esses fatores refletem a qualidade de vida que a cidade propicia aos seus habitantes, atestando o seu sucesso ou fracasso.²⁶

Ao enfatizar ao Poder Público a necessidade do planejamento das suas atividades com o fito de buscar de maneira eficaz seu fim primordial, a Carta Magna afirmou o bem comum como inerente ao Estado Social Democrático de Direito, reafirmando, com a redação dada ao texto referente à política urbana, positivada nos artigos 182²⁷ e 183²⁸, o interesse e o bem-estar da coletividade.

Em que pese a cidade sustentável encontrar amparo tanto na CRFB/88 (BRASIL, 1988), quanto no Estatuto das Cidades (BRASIL, 2001), o advento desses regramentos – e até mesmo de textos legais anteriores – não impediu que o processo de urbanização no Brasil transcorresse para além do controle das autoridades e o direito social de moradia, assim como o da cidade sustentável, não fossem assegurados.²⁹

Em verdade, a definição do termo cidade sustentável não possui consenso entre os doutrinadores nacionais e internacionais e, tampouco, na jurisprudência pátria.

Para alguns autores, traduz-se naquela que atende aos objetivos sociais, ambientais, políticos e culturais, bem como aos objetivos econômicos

²⁶ LERNER, Jaime. *In*: **Brasil: o futuro que queremos**. PINSKY, Jaime *et al* (coord.). São Paulo: Contexto, 2018, p. 46.

²⁷ **Art. 182.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

²⁸ **Art. 183.** Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

²⁹ RECH, Adir Ubaldio; RECH, Adivandro. **Cidade sustentável, direito urbanístico e ambiental**: instrumentos de planejamento. Caxias do Sul, RS: Educus, 2016, p. 13.

e físicos de seus cidadãos³⁰; enquanto, para outros, a cidade sustentável se perfectibiliza quando obtém equilíbrio entre saneamento ambiental com moradia, trabalho, infraestrutura urbana, lazer, qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, além de um planejamento jurídico que garanta que todos os empreendimentos do homem assegurem esse padrão de qualidade e Sustentabilidade, com definição adequada para a destinação final dos resíduos sólidos e líquidos, decorrentes do consumo e da industrialização.³¹

Para Adir Rech e Adivandro Rech, as cidades no Brasil não prescindiram totalmente da inexistência de projeto urbanístico em sua construção, mas sempre foram um projeto sem planejamento jurídico com normas cogentes de Direito Público, tratando-se de uma cópia do modelo clássico, construído por particulares, sem a intervenção do Estado, para abrigar a classe dominante.³²

Em razão disso, o fenômeno é um desafio nacional e requer a atuação conjunta do Poder Público, por meio de políticas públicas regulatórias, estruturadoras e/ou indutoras, assim como o empenho e comprometimento dos setores privados, Organizações Não-Governamentais e Sociedade.

Nem mesmo com os diversos instrumentos legais encarregados de dar direcionamento à política urbana, dentre eles o Estatuto da Cidade³³, o Estatuto da MetrÓpole³⁴, as diretrizes para os Sistemas de Habitação³⁵ e para

³⁰ LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare Marques. **Cidades sustentáveis, cidades inteligentes:** desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 135

³¹ RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. **Cidade sustentável, direito urbanístico e ambiental:** instrumentos de planejamento, p. 13.

³² RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. **Cidade sustentável, direito urbanístico e ambiental:** instrumentos de planejamento, p. 34.

³³BRASIL. **Lei 10.257/2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm Acesso em: 7 set. 2018.

³⁴ BRASIL. **Lei 13.089/ 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm Acesso em: 7 set. 2018.

³⁵ BRASIL. **Lei 11.124.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11124.htm Acesso

a Mobilidade Urbana³⁶, os consequentes passivos ambientais deixaram de existir.

Fato é que a crise ambiental urbana contemporânea decorre do uso exacerbado e ineficiente dos recursos naturais, da poluição do ar e da água, além da matriz energética baseada em fontes não renováveis, na diminuição dos espaços verdes e problemas decorrentes do tráfego demasiado de automóveis.

Os dados trazidos à lume por Jaime Lerner, ainda são capazes de surpreender quando informam que cerca de 42% dos esgotos urbanos não são sequer coletados e as capitais brasileiras lançaram, sozinhas, 1,2 bilhão de m³ de esgotos na natureza em 2013. Somado a isso, tem-se que 11 milhões de pessoas vivem em aglomerados subnormais³⁷, dos quais 80% estão em cidades com mais de 2 milhões de habitantes. No mesmo sentido são os dados divulgados pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (Firjan), divulgados em 2014, que informam que apenas em 2013 os congestionamentos de trânsito registrados nas regiões metropolitanas do Rio de Janeiro e de São Paulo geraram um custo econômico de 98 bilhões.³⁸

Certo é que o uso da propriedade está diretamente relacionado ao meio ambiente natural e artificial, sendo a Sustentabilidade, em todas as suas dimensões – ambiental, social e econômica – um dos grandes desafios em nosso País.

em: 7 set. 2018.

³⁶BRASIL. **Lei 12.587/2012.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm Acesso em: 7 set. 2018.

³⁷ Pela definição do IBGE, é o conjunto constituído de, no mínimo, 51 unidades habitacionais (barracos, casas, etc.) carentes, em sua maioria de serviços públicos essenciais, ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular) e estando dispostas, em geral, de forma desordenada e/ou densa. Disponível em
https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/552/cd_2010_agrn_if.pdf
Acesso em: 14 set. 2018.

³⁸ LERNER, Jaime. *In*: Brasil: o futuro que queremos. PINSKY, Jaime *et al* (coord.). São Paulo: Contexto, 2018, p. 44.

As enormes desigualdades sociais que caracterizam as cidades brasileiras deixam antever a ineficácia e a ineficiência do Poder Público e da Sociedade ante a política urbana delineada pelo legislador constitucional. Atualmente, 52 milhões de brasileiros³⁹ – um quarto da população – vivem abaixo da linha da pobreza e o País ocupa o 2º lugar no topo das desigualdades sociais do mundo. A pobreza extrema⁴⁰, da mesma forma, avançou no Brasil, aumentando de 13,34 milhões de pessoas atingidas em 2016 para 14,83 milhões em 2017, o que significou um aumento de 11,2%.⁴¹

Nesse compasso, o ordenamento contribuiu de maneira decisiva para a produção e perpetuação das desigualdades sociais, incluindo-se, aí, o padrão excludente e concentrador de riqueza da urbanização no País, “cujos efeitos gerais são bem conhecidos: segregação socioespacial, exclusão territorial e degradação urbanístico-ambiental, punindo em especial as camadas empobrecidas da sociedade.”⁴²

Necessário enfatizar, ainda, que o consumo exacerbado de recursos naturais está diretamente relacionado aos fatores econômicos, sendo uma das características do século XXI a entrada dos limites ecológicos do desenvolvimento capitalista para a agenda global. Em meio a esse cenário, o desafio tem sido superar o modelo de desenvolvimento hoje em vigor,

³⁹ Esse é o total de brasileiros que vive com menos de US\$ 5,50 por dia por pessoa, equivalente a uma renda mensal de R\$ 387,07 por pessoa, em valores de 2016. Os dados, da Síntese de Indicadores Sociais 2017, foram divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf> Acesso em: 18 agosto 2018.

⁴⁰ Para chegar aos números, adotou-se a linha de corte do Banco Mundial para países de nível médio-alto de desenvolvimento, como os da América Latina, de US\$ 1,90 de renda domiciliar *per capita* por dia (corrigido pela paridade de poder de compra). Isso equivalia a R\$ 133,72 mensais em 2016, segundo cálculos do IBGE, tendo sido atualizada essa linha pelo IPCA, para R\$ 136 em 2017. Disponível em: <http://controversia.com.br/7778> Acesso em: 29 agosto 2018.

⁴¹ Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf> Acesso em: 29 agosto 2018.

⁴² TRINDADE, Thiago Aparecido. **Direito e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade.** Lua Nova [on line]. 2012, n. 87, pp. 139-165, p. 143-144.

pautado na maximização dos lucros, a fim de que impere a lógica da distribuição ética e equitativa dos valores gerados pelo desenvolvimento, sem olvidar a preservação e/ou recuperação do ambiente.

É preciso remontar a fórmula utilizada, que une ausência de controle rigoroso do uso da propriedade e do solo, com permissão de liberdade em larga escala ao mercado. Disso resulta uma expressiva degradação dos recursos naturais, haja vista que grande parte das moradias informais das camadas urbanas desfavorecidas "é edificada em beiras de córregos, margens de mananciais de abastecimento público e encostas de morros, contribuindo para a ocorrência de desastres que ceifam centenas ou até milhares de vidas periodicamente."⁴³

Para tanto, Fábio Feldmann⁴⁴ defende, dentre algumas alternativas para o cenário, o estabelecimento de uma agenda de desenvolvimento sustentável:

[...] com ênfase em atividades econômicas que associem políticas de inclusão social, geração de renda e estimulem o desenvolvimento regional. Mais especificamente, o Brasil precisa repensar o modelo de gestão de UCs, estimulando o turismo sustentável no qual as mesmas se tornem ativos estratégicos. Vale ressaltar que as UCs podem gerar receitas econômicas, postos de trabalho e estimular o desenvolvimento regional. Estimativas mostram que o Brasil poderia gerar uma receita de R\$ 168 bilhões em 10 anos, o equivalente ao PIB de Santa Catarina, caso criasse uma estruturação mínima de acesso aos seus parques. (FELDEMANN, 2018, p. 230-231)

Imperioso, portanto, que sejam utilizados adequadamente os instrumentos ofertados pelo Estatuto da Cidade para o contorno desta realidade, como o parcelamento e edificação compulsórios; o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo; e a desapropriação do

⁴³ TRINDADE, Thiago Aparecido. **Direito e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade**, p. 148.

⁴⁴ FELDEMANN, Fábio. Meio Ambiente. *In: Brasil: o futuro que queremos*. PINSKY, Jaime *et al* (coord.). São Paulo: Contexto, 2018, p. 230-231

imóvel que não se cinge à sua função social. Referidos dispositivos legais possuem a atribuição fundamental de coibir a especulação imobiliária e as áreas urbanas despovoadas, além de ampliar o acesso da população carente às áreas urbanizadas, contribuindo, assim, para que o fim primordial da política urbana constitucional seja efetivado de maneira realmente eficaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso trilhado ao longo destes 30 anos fez com que o Direito Ambiental constitucional se consolidasse no Brasil e aprimorasse questões até então sequer debatidas, instigando um constante repensar da função e do próprio conteúdo dos direitos fundamentais.

A CRFB/88 trouxe diversas inovações para a seara ambiental, com novos princípios, instrumentos jurídicos e institutos. O meio ambiente foi alçado a um patamar por muitos não imaginado e a política urbana ocupou pela primeira vez o cenário constitucional brasileiro.

Os avanços foram muitos e significativos no palco nacional. Entretanto, a política urbana sustentável ainda não ocupou adequadamente o âmago das discussões políticas dos sistemas, das instituições e de toda a Sociedade brasileira. Apesar do reconhecimento teórico, há ainda muito a ser feito para que a sua idealização também repercuta com mais intensidade na prática e na realidade de vida das pessoas.

É preciso evoluir e continuar a avançar a fim de vencer a segregação socioespacial e implementar com êxito a função social da propriedade, compreendendo que não é possível dissociar a implementação do ambiente urbano sustentável da erradicação da pobreza.

Desta longa caminhada ficam valiosas lições e, acima de tudo, permanece o ideal de que seja atingido o patamar de desenvolvimento, bem-estar e igualdade necessários ao povo brasileiro, ainda ressentido pela ausência de um ambiente plenamente sustentável em todas as suas dimensões.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BODNAR, Zenildo. **A regularização fundiária e os seus reflexos na cidade sustentável**. 2017. 200 f. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto consolidado até a EC n. 99/2017. Disponível em: Acesso em 12 set. 2018.

_____. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm Acesso em 11 set. 2018.

_____. **Lei 10.257**, de 10 de julho de 2001, que regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabeleceu diretrizes gerais da política urbana e deu outras providências.

_____. **Lei 11.124**, de 16 de junho de 2015, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Lei/L11124.htm Acesso em 7 set. 2018.

_____. **Lei 12.587**, de 3 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2012/Lei/L12587.htm Acesso em 7 set. 2018.

_____. **Lei 13.089**, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da Metrópole. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2015-2018/2015/lei/l13089.htm Acesso em 7 set. 2018.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> Acesso em 15 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (org.)
Direito constitucional ambiental brasileiro. 2. ed. rev. São Paulo:
Saraiva, 2008.

FELDEMANN, Fabio. Meio Ambiente. *In: Brasil: o futuro que queremos.*
PINSKY, Jaime *et al* (coord.). São Paulo: Contexto, 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.**
18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

HUMBERT, Georges Louis Hage. **Curso de direito urbanístico e das
cidades.** 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

LERNER, Jaime. *In: Brasil: o futuro que queremos.* PINSKY, Jaime *et al*
(coord.). São Paulo: Contexto, 2018.

LEITE, Carlos; AWAD, Juliana di Cesare Marques. **Cidades sustentáveis,
cidades inteligentes:** desenvolvimento sustentável num planeta urbano.
Porto Alegre: Bookman, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASOLD, Cezar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática.
13. Ed. Florianópolis: Conceito, 2015.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. **Cidade sustentável, direito
urbanístico e ambiental:** instrumentos de planejamento. Caxias do Sul,
RS: Educs, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9. ed.
São Paulo: Malheiros.

TRINDADE, Thiago Aparecido. **Direito e cidadania: reflexões sobre
o direito à cidade.** Lua Nova [on line]. 2012, n. 87, pp. 139-165.

O COMÉRCIO JUSTO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

João Henrique Pickcius Celant¹

INTRODUÇÃO

Na atual época de globalização e transnacionalidade, diversos são os problemas que surgem perante a sociedade, a Política e o Direito. Diferente de épocas passadas, o Estado por si só se torna fraco perante tantas questões que funcionam em uma lógica transnacional, sendo a mais forte delas, a Economia, que passa cada vez mais a ditar a lógica da Política e do Direito.

Havendo essa submissão dos outros institutos perante a Economia, os direitos fundamentais, tão arduamente conquistados historicamente, são enfraquecidos, suas garantias são relativizadas ou até mesmo excluídas de alguns ordenamentos jurídicos estatais.

O comércio internacional, estando dentro desse contexto, acaba frequentemente sendo um comércio injusto, dominado por alguns atores de maior poder em âmbito transnacional, e muitos direitos fundamentais acabam afetados por práticas injustas. Com o objetivo de mudar tal situação, algumas propostas surgem, como aquela que é objeto desse texto, o Comércio Justo ou *Fair Trade*.

Assim, o objetivo do presente trabalho é investigar como o *Fair Trade* pode auxiliar em uma maior garantia dos direitos fundamentais no comércio internacional. Para isso, o método utilizado foi o indutivo.

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica e Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direito Público pela Universidade de Caldas, Colômbia. Professor universitário. jcelant@gmail.com.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, ou direitos humanos², são presença obrigatória em qualquer discussão da atualidade em âmbito político e jurídico, nacional ou internacional. Por isso, é necessário esclarecer o que são para depois demonstrar, em qualquer proposta de mudança que se faça, como podem ser protegidos de forma substancial.

Como destaca Peces-Barba, falar em direitos humanos significa falar de uma pretensão moral justificada sobre traços importantes derivados da ideia de dignidade humana necessários para o desenvolvimento integral do homem e a sua recepção no Direito positivo para que se possa realizar eficazmente sua finalidade³.

Moralidade e juridicidade, ou moralidade legalizada, formam o âmbito de estudo necessário para a compreensão dos direitos fundamentais. Por um lado, não faz sentido falar da fundamentação de um direito que não seja suscetível em nenhum caso de se integrar ao Direito positivo. Por outro, tampouco faz sentido falar do conceito de um direito que não se possa encontrar uma raiz ética vinculada às dimensões centrais da dignidade humana⁴.

² Como esclarece Marcos Leite Garcia, diversas foram as expressões utilizadas para designar o fenômeno dos direitos humanos. Três são as expressões corretas para serem usadas atualmente: direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais. Direitos humanos e direitos do homem se utilizam quando fazemos referências àqueles direitos positivados nas declarações e convenções internacionais e direitos fundamentais para aqueles direitos que aparecem positivados ou garantidos no ordenamento jurídico de um Estado. Porém, quando se trata da história ou da filosofia dos direitos humanos (caso desse artigo), usam-se indistintamente os aludidos termos. GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In*: VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar (Org.). Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 190-191.

³ PECES-BARBA Martínez, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 102.

⁴ PECES-BARBA Martínez, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 104.

No âmbito dos direitos fundamentais, o espírito e a força, a moral e o Direito estão entrelaçados e a separação os mutila, os faz incompreensíveis. No mundo moderno, uma determinada concepção de moralidade, uma moral humanista de liberdade e de dignidade, e uma concepção política - também própria do mundo moderno, que assume esses valores morais e os converte em valores políticos, os próprios de uma democracia pluralista, de um Estado social e democrático de Direito - coincidem em um ordenamento cujos valores jurídicos são os direitos fundamentais, mas que não se desvinculam dos valores morais e políticos que os justificam. São moralidade legalizada⁵.

A partir dessa ideia, Peces-Barba destaca três pontos acerca do que consistem os direitos fundamentais. Primeiramente, são uma pretensão moral justificada tendente a facilitar a autonomia e a independência pessoal, enraizada nas ideias de liberdade e igualdade, com nuances que aportam conceitos como solidariedade e segurança jurídica, e construída pela reflexão racional na história do mundo moderno⁶.

O segundo ponto é que são um subsistema dentro do sistema jurídico, o Direito dos direitos fundamentais, o que pressupõe que a pretensão moral justificada seja tecnicamente incorporável a uma norma, que possa obrigar aos destinatários das obrigações jurídicas que se desprendem para que o direito seja efetivo, que seja suscetível de garantia ou proteção judicial e que se possa atribuir como direito subjetivo, liberdade, poder ou imunidade a titulares concretos⁷.

Assim, os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos, devem ser uma norma positivada acompanhada dos respectivos meios, instrumentos ou procedimentos, mecanismos conhecidos como garantias. As garantias não são fins em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito fundamental. Partindo-se dessa concepção, pode-se averiguar que todos os

⁵ PECES-BARBA Martínez, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 104-105.

⁶ PECES-BARBA Martínez, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 109.

⁷ PECES-BARBA Martínez, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 109-110.

direitos fundamentais encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são todas pretensões morais justificadas positivadas seguidas por suas respectivas garantias⁸.

Em terceiro lugar, os direitos fundamentais são uma realidade social, ou seja, atuantes na vida social, e, portanto, condicionados em sua existência por fatores extrajurídicos de caráter social, econômico ou cultural que favorecer, dificultam ou impedem sua efetividade⁹.

Como esclarece Garcia, a realidade social, o meio no qual serão aplicados esses direitos, é fundamental para sua eficácia ou não. Essa realidade depende de uma série de fatores como a conscientização da sociedade em relação aos seus direitos fundamentais e às suas prerrogativas como cidadãos, da vontade política da sociedade e de suas autoridades; das políticas públicas a serem incrementadas e que sejam verdadeiramente favoráveis aos menos favorecidos e aos direitos fundamentais de todos, a existência de uma real educação para a cidadania que preze por uma visão integral do conceito dos direitos fundamentais, ou seja, que leve em consideração os direitos fundamentais como direitos inclusivos, de todos, entre outros fatores¹⁰.

Mas quais são esses direitos fundamentais? Luigi Ferrajoli afirma haverem três respostas distintas para essa pergunta. A primeira é oferecida pela Teoria do Direito que os identifica com os direitos que estão adscritos universalmente a todos enquanto pessoas ou enquanto cidadãos ou pessoas com capacidade de agir e que são, portanto, inalienáveis e indisponíveis. Na verdade, essa definição não diz quais são os direitos fundamentais, mas somente o que são¹¹.

⁸ GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba**. p. 200.

⁹ PECES-BARBA Martínez, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 112.

¹⁰ GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba**. p. 201-202.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008. p. 42.

Ferrajoli destaca que essa é uma definição formal ou estrutural, no sentido de que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tutelados mediante seu reconhecimento como direitos fundamentais e se baseia unicamente no caráter universal de sua imputação¹².

A segunda resposta é dada pelo direito positivo, pela dogmática constitucional ou internacional. São direitos fundamentais em um determinado ordenamento nacional os direitos universais e indisponíveis estabelecidos no direito daquele Estado. São direitos fundamentais no ordenamento internacional os direitos universais e indisponíveis estabelecidos na *Declaração universal dos direitos humanos* de 1948 e demais convenções internacionais sobre os direitos humanos¹³.

A terceira resposta oferece a filosofia política e que trata de que direitos devem ser garantidos como fundamentais. Para responder a essa pergunta, deve-se formular critérios meta-éticos e meta-políticos idôneos para identifica-los. Ferrajoli estabelece três critérios¹⁴.

O primeiro desses critérios é o nexos entre direitos humanos e a paz instituído no preâmbulo da *Declaração universal* de 1948¹⁵. Devem estar garantidos como direitos fundamentais todos os direitos vitais cuja garantia é condição necessário para a paz: o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, os direitos de liberdade e os direitos sociais¹⁶.

O segundo critério é o nexos entre direitos e igualdade. A igualdade, em primeiro lugar, é a igualdade nos direitos de liberdade, que garantem igual valor para todas as diferenças pessoais: nacionalidade, sexo, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais, que fazem cada pessoa um

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 38.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 42-43.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 43.

¹⁵ "Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; [...]". grifo nosso.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 43.

indivíduo diferente a todos os demais e cada indivíduo uma pessoa igual a todos as outras; e é, em segundo lugar, igualdade nos direitos sociais, que garantem a redução de desigualdades econômicas e sociais¹⁷.

O terceiro critério é o papel dos direitos fundamentais como leis dos mais débeis. Todos os direitos fundamentais são leis dos mais débeis como alternativa à lei do mais forte: em primeiro lugar, o direito à vida contra a lei de quem é mais forte fisicamente; em segundo lugar, os direitos de imunidade e de liberdade contra o arbítrio de quem é mais forte politicamente; e, em terceiro lugar, os direitos sociais contra a lei de quem é mais forte social e economicamente¹⁸.

Ferrajoli destaca ainda quatro teses que permitem complementar o significado dos direitos fundamentais. A primeira é a radical diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, os primeiros são concedidos a classes inteiras de sujeitos enquanto os segundos pertencem somente aos seus titulares com exclusão dos demais¹⁹.

A segunda é que os direitos fundamentais, ao corresponderem a interesses e expectativas de todos, formam o fundamento e o parâmetro da legalidade jurídica e, por isso, da dimensão substancial da democracia. A terceira tese se refere à atual natureza supranacional de grande parte dos direitos fundamentais. Os direitos de cidadania são apenas uma subclasse deles. As próprias constituições estatais conferem muitos desses direitos com independência da cidadania²⁰.

A quarta tese consiste no fato de que os direitos fundamentais, como os demais direitos, consistem em expectativas negativas ou positivas que correspondem a obrigações (de prestação) ou proibições (de lesão)²¹.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 43.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 43-44.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. p. 42.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. p. 42.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**. p. 43.

Assim, percebe-se a importância dos direitos fundamentais que: possuem uma raiz ética vinculada à dignidade da pessoa humana; são universais, inalienáveis e indisponíveis; são (ou deveriam ser) positivados com as devidas garantias para sua observação, são necessários para a obtenção da paz, da igualdade e da liberdade; representam uma proteção dos mais débeis perante os mais fortes; e, com tudo isso, são imprescindíveis para que se tenha uma democracia substancial.

Porém, apesar da consolidação da importância desses direitos nas teorias, constituições e tratados internacionais, não existe de fato uma proteção integral conferida a esses direitos em todas as partes do globo. Alguns países, principalmente de nível democrático menos desenvolvido, não garantem da mesma forma que outros, com uma democracia substancial mais consolidada. Mas independente do Estado, o que tem acontecido na prática é que mesmo os Estados democráticos de Direito ocidentais mais avançados em termos de proteção de direitos não têm garantido os direitos fundamentais de forma integral, muitas vezes resultando inclusive em regressões nesse âmbito, devido a uma lógica econômica que tem dominado qualquer outro âmbito político, jurídico ou social.

2 A PROBLEMÁTICA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

O atual sistema internacional de comércio surge no período pós-guerra, quando inicia a globalização econômica que modifica radicalmente a realidade mundial e desarticula o sistema internacional da época devido a fatos como a emergência da informática aliada à tecnologia, a intensificação das relações comerciais, a reorganização dos padrões de gestão, a dinamicidade das finanças, o incremento de investimentos estrangeiros, o modo de produção desterritorializado e o desconhecimento das fronteiras nacionais²².

²² STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira. *In*: FERREIRA, Keila Pacheco; KNOER, Viviane Coêlho de Séllos; STELZER, Joana (Coord.). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 183.

Nesse contexto, o surgimento de grandes corporações transnacionais faz cada vez mais a economia se sobrepor a qualquer outro instituto. A Política e o Direito acabam sendo inseridos dentro de um contexto econômico de extremo desequilíbrio. A partir disso, o alcance de um sistema social equânime resta, quando não obstruído, de penosa realização²³.

Como destaca Ferrajoli, a crise econômica que ocorre em todos os países do ocidente capitalista gerada pela desregulamentação financeira é o principal fator moderno da crise da democracia. O que tem ocorrido é uma submissão da política à economia²⁴.

De um lado, o papel de governo da política nas formas de representação democrática e o papel normativo do Direito estatal são esvaziados pela perda da soberania dos Estados, pela crise de representatividade dos partidos, pelos conflitos de interesses e pela sobreposição, aos poderes públicos, dos poderes econômicos e financeiros de caráter transnacional²⁵.

Não há mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política. Não são mais os Estados com as suas políticas que controlam os mercados e o mundo dos negócios, mas são os mercados financeiros que controlam e governam os Estados. Não são mais os governos e os parlamentos democraticamente eleitos que regulam a vida econômica e social em função de interesses públicos gerais, mas são as potências invisíveis e politicamente irresponsáveis do capital financeiro que impõem aos Estados políticas antidemocráticas e antissociais em benefício de interesses privados e especulativos. Uma das razões dessa inversão é a

²³ STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira**. p. 185.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 148.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. p. 148.

assimetria entre o caráter ainda substancialmente local dos poderes estatais e o caráter global dos poderes econômicos e financeiros²⁶.

De acordo com Giddens, na nova economia eletrônica global, os administradores de bancos, empresas, fundos, etc., assim como milhões de investidores, podem transferir vastas quantidades de capitais de um lado para outro no mundo ao clique de um *mouse*, e, ao fazer isso, podem até mesmo desestabilizar economias que pareciam inabaláveis²⁷.

Como destaca Rafael Padilha dos Santos, o poder do Estado foi diminuído com o crescimento do mercado capitalista global. Dependendo da forma que o Estado regula o capital, o capital irá deslocar-se para outro lugar e, considerando que o Estado precisa de capital para criar benefícios como o aumento de capacidade de produção, aperfeiçoamento dos métodos de produção e outras inovações que impulsionam o crescimento, é forçado a atender as demandas do capital ao invés de coordená-lo²⁸.

De outro lado, está se desenvolvendo um processo desconstituente dos ordenamentos que se manifesta no progressivo desmantelamento do Estado social, na redução dos serviços sociais e das garantias da educação e da saúde, no crescimento da pobreza, da precariedade do trabalho e do desemprego, na diminuição dos salários, das pensões, e na restrição dos direitos dos trabalhadores²⁹.

O comércio internacional tradicional se desenvolve sob relações de troca em um modelo que gera injustiça, desigualdade e marginalidade. No âmbito agrícola, os países do Norte importam produtos que não se

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 149.

²⁷ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós.** 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 20.

²⁸ SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional: uma proposta de economia humanista.** 568 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, 2015. p. 343.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 148.

desenvolvem nos climas dessas regiões. Da mesma forma, importam produtos que demandariam altos custos de mão-de-obra caso fossem produzidos localmente se comparados aos baixos preços pagos nos países do Sul. Além disso, os países do Norte subsidiam sua agricultura e até mesmo a indústria, mas fazem todo o possível para que os países do Sul assim não procedam³⁰.

Nações dominantes fazem com que outros países adotem determinadas estruturas jurídicas para não serem expulsos dos mercados internacionais. É uma prática atualmente usada pelo Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional – FMI, Organização Mundial do Comércio – OMC e outras agências ocidentais de desenvolvimento como a Agência Norte-Americana para o Desenvolvimento Internacional – Usaid, o Banco Europeu para a Reconstrução e Desenvolvimento, etc., nos países em desenvolvimento e no ex-mundo socialista³¹.

Os acordos internacionais sobre comércio, realizados em âmbito da OMC, estipularam que os países industrializados reduzissem os impostos sobre as importações agrícolas em 36%, em um prazo de seis anos, e que os países em desenvolvimento chegassem a 24%, em dez anos. Na prática, os países desenvolvidos mantêm subvenções agrícolas muito elevadas, enquanto os países em desenvolvimento não podem fazê-lo devido aos condicionamentos principalmente do sistema financeiro internacional, gerando, assim, um verdadeiro *dumping* e tornando os produtores do Sul menos competitivos³².

Essa situação tem como consequência a continuidade da exportação de produtos agrícolas e matérias-primas por parte de países e regiões cujas

³⁰ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. Comércio Justo. In: CATTANI, Antonio David *et al.* (Org.). **Dicionário Internacional da Outra Economia**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 60.

³¹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem: Quando o Estado de Direito é ilegal**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 32-33.

³² COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 60-61.

populações padecem de fome a outros países com superprodução alimentícia³³.

Como é possível constatar, esse sistema comercial transnacional acaba por ser dominado pelos atores mais fortes política e economicamente, impondo uma lógica econômica que se sobrepõe a Política e o Direito e coloca as nações e atores mais fracos à mercê da hegemonia de uma busca por lucro sem preocupações com os direitos fundamentais.

3 FAIR TRADE COMO FORMA DE GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

O Comércio Justo, ou *Fair Trade*, representa um movimento transnacional preocupado com a promoção de condições de mercado mais justas entre países consumidores e produtores de países em desenvolvimento³⁴.

Busca-se obter condições mais justas aos produtores, especialmente os mais marginalizados, através da evolução das práticas e regras do comércio internacional em direção a critérios de justiça e equidade, havendo, para tanto, apoio dos consumidores³⁵.

A proposta originária de um comércio justo consistia em substituírem-se as relações de assistência Norte/Sul por relações de solidariedade no nível de trocas econômicas. Após essa iniciativa, verificou-se, em diversos países da Europa e da América do Norte, diversas experiências nacionais de certificação mediante o selo de comércio justo e certificação orgânica e de qualidade. Esses agentes também importam e promovem produtos das cooperativas, associações e pequenos produtores dos países do Sul³⁶.

³³ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 61.

³⁴ STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Transnacionalidade e Redes de Colaboração Solidária: sua importância na consolidação do Comércio Justo**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 53-64, jan./abr. 2017. p. 56.

³⁵ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 60.

³⁶ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 61.

Em 1997, todas essas iniciativas uniram-se sob a *Fair-trade Labelling Organizations* – FLO-Internacional, para munirem-se de um selo de Comércio Justo internacional. A partir desse momento, esses agentes passam a trabalhar juntos para facilitar a exportação dos produtos das organizações de pequenos produtores e promovê-los, com o intuito de reduzir a distribuição desigual entre o Norte e o Sul³⁷.

O movimento do comércio justo pôs em andamento mercados alternativos nos países do Norte, com normas precisas para cada produto. O número desses produtos é cada vez maior, sua produção mais diversificada, sendo oferecidos em lojas solidárias e em alguns supermercados. Esses mercados propiciam uma relação mais direta com os produtores dos países do Sul, oferecendo-lhes melhores condições comerciais. Essa relação direta dá-se não tanto pela redução física, mas pela aproximação ética, o que pode ser denominado uma “economia da proximidade”, apesar das grandes distâncias geográficas³⁸.

Na América Latina há movimentos de apoio a produtores desfavorecidos desde a década de 50, sendo que foi na América Central e no México que surgiram as primeiras iniciativas concretas de um comércio internacional alternativo que levaria à criação do modelo de Comércio Justo que se conhece hoje³⁹.

A partir do final da década de 80 começaram a surgir as primeiras iniciativas mais concretas para a comercialização dos produtos de pequenos produtores visando também o próprio mercado interno, tendência que cresceu no final dos anos 90⁴⁰ e no início do séc. XXI avançou a possibilidade de se criarem certificadoras solidárias nos próprios continentes do Sul. Em 2006, a rede latino-americana de comércio justo propôs a criação de um selo

³⁷ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 61.

³⁸ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 61.

³⁹ SCHNEIDER, Johann. **Relatório da pesquisa mundial de comércio justo: parte 2**. Brasília: SEBRAE, 2012. p. 9.

⁴⁰ SCHNEIDER, Johann. **Relatório da pesquisa mundial de comércio justo: parte 2**. p. 9.

no subcontinente contemplando inclusive uma certificação cruzada para que a entidade de um país possa, cumprindo os padrões e com legitimidade, certificar os produtos de outro país⁴¹.

Nos últimos anos surgiram várias iniciativas de redes de trocas de informação em toda a região da América Latina, como a Coordinadora Latinoamericana y del Caribe de Pequeños Productores de Comercio Justo – CLAC, Rede Latino-Americana de Comercialização Comunitária – RELACC, Rede de Socioeconomia Solidária do Sul – REDESSOLES, entre outras⁴².

Também são diversos os atores no Brasil, como o Fórum de Articulação do Comércio Ético e Solidário – FACES, a Articulação Brasileira de Empreendimentos do Comércio Justo e Solidário – ECOJUS e a Secretaria Nacional de Economia Solidária – SENAES. Além disso, há ainda o Sistema Nacional de Comércio Justo e Solidário – SNCJS que é um conjunto ordenado de parâmetros que delimitam as relações comerciais, agentes e normas no âmbito do Comércio Justo e Solidário do Brasil⁴³.

O Comércio Justo não se configura apenas como uma relação comercial, ele procura estabelecer um vínculo de cooperação e parceria entre os produtores do Sul e importadores do Norte, baseado na igualdade e respeito mútuo. O consumidor consciente não adquire somente produtos, mas também assume relações de compromisso com os produtores ao estar informado sobre a origem do produto (nos aspectos éticos e ambientais)⁴⁴.

O *Fair Trade* busca promover o reconhecimento ao trabalho dos produtores do Sul mediante o pagamento de um preço justo a seus produtos e sensibilizando os consumidores do Norte sobre o conhecimento dessa

⁴¹ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 61.

⁴² SCHNEIDER, Johann. **Relatório da pesquisa mundial de comércio justo: parte 2**. p. 9-11.

⁴³ SCHNEIDER, Johann. **Relatório da pesquisa mundial de comércio justo: parte 2**. p. 25-27.

⁴⁴ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 60.

realidade, o consumo saudável e seu verdadeiro poder de compra, não só econômico, mas principalmente ético⁴⁵.

Como destacam Cotera e Ortiz:

Comércio justo é o processo de intercâmbio de produção-distribuição-consumo, visando a um desenvolvimento solidário e sustentável. Esse desenvolvimento procura beneficiar sobretudo os produtores excluídos ou empobrecidos, possibilitando melhores condições econômicas, sociais, políticas, culturais, ambientais e éticas em todos os níveis desse processo, tais como o preço justo para os produtores, educação para os consumidores e desenvolvimento humano para todos e todas, respeitando os direitos humanos e o meio ambiente de forma integral. O comércio justo traduz-se no encontro fundamental entre produtores responsáveis e consumidores éticos⁴⁶.

Esse conceito destaca a amplitude dos objetivos do Comércio Justo que, além de buscar uma maior regulamentação do comércio para garantir que as práticas sejam justas, também objetiva garantir o desenvolvimento sustentável (em seu sentido amplo, ou seja, na área econômica, ambiental, social, cultural, política e ética), passando assim não somente por questões de preço e condições de mercado em geral, mas também pela educação dos consumidores, ponto fundamental para a aplicação de tal instituto, que somente por regras não conseguirá consolidar-se.

O Comércio Justo não é somente regulamentação, é conscientização, é um elo entre produtores responsáveis e consumidores éticos. É uma prática que visa educar os indivíduos acerca de todos os benefícios que ele adquire ao apoiar o Comércio Justo, algo que visa não somente a sobrevivência do pequeno produtor, mas uma maior qualidade de vida, desenvolvimento humano para todos, respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente de forma integral.

⁴⁵ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 61.

⁴⁶ COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. **Comércio Justo**. p. 60.

Como destacam Stelzer e Gonçalves, o *Fair Trade* busca uma ação conjunta, reflexiva e orientada para um mundo transnacional fraterno e de busca das melhores condições econômico-sociais por intermédio da prática comercial. Com isso, emergiram princípios e regras de certificação, além de códigos de conduta que se ocupam em estruturar juridicamente as regras do comércio justo. A consecução de uma justiça comercial geral e defensora dos interesses das presentes e futuras gerações é possível, especialmente quando se torna um ato político de inclusão social: produtores, organizações de apoio e consumidores em rede⁴⁷.

O *Fair Trade* envolve os consumidores por valores de cunho não exclusivamente monetário. O consumo passa a categoria de opção política e o consumidor torna-se sujeito de transformação social. Claro que esse é um contexto que precisa ser aperfeiçoado, no Brasil e no mundo, para que seja possível a efetivação de um comércio sadio e um consumo responsável⁴⁸.

Um fato interessante do Brasil é que diferente de outros países, que adotaram as Certificadoras como referência, especialmente a da FLO, o Brasil preferiu a certificação que trabalha por reciprocidade. Nesse caso, os empreendimentos que se submetem à certificação podem ser eles mesmos os participantes do SNCJS. Com isso, além de poderem ser certificados, podem também identificar, registrar e oferecer uma base de dados sobre o assunto⁴⁹.

Tal fato pode ser um auxílio para a consolidação do *Fair Trade*, que como destacado não depende somente de regulamentação, mas de cultura, de conscientização. Ao integrarem o SNCJS, além de receberem o benefício

⁴⁷ STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Transnacionalidade e Redes de Colaboração Solidária: sua importância na consolidação do Comércio Justo.** p. 63.

⁴⁸ STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira.** p. 181.

⁴⁹ STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira.** p. 181.

da certificação, os atores desse comércio podem contribuir para o fortalecimento da cultura do Comércio Justo.

A Organização Mundial de Comércio Justo (*World Fair Trade Organization – WFTO*) estabeleceu os dez princípios do Comércio Justo, os quais seriam:

- 1 Criação de oportunidades para produtores economicamente desfavorecidos;
- 2 Transparência e responsabilidade na troca de informação e na tomada de decisões;
- 3 Práticas comerciais justas, estáveis, duradouras, em respeito pelo bem estar social, ambiental e econômico dos pequenos produtores;
- 4 Pagamento de um preço justo pelo trabalho dos produtores, sem desigualdades entre gêneros;
- 5 Renúncia total ao trabalho infantil ou forçado;
- 6 Compromisso de não discriminação, igualdade de gêneros e liberdade de associação;
- 7 Boas condições de trabalho, saudáveis e seguras;
- 8 Incentivo à capacitação dos produtores e desenvolvimento das suas competências;
- 9 Promoção dos princípios do Comércio Justo aos consumidores;
- 10 Respeito pelo ambiente⁵⁰.

Esses princípios permitem perceber como o *Fair Trade* contribui com a consolidação de direitos fundamentais. Existe uma busca pela *igualdade*, ou seja, criar condições para que as nações e empreendimentos mais fracos possam competir de forma justa com as nações dominantes e multinacionais, nessa mesma linha é também uma tentativa de proteger o mais débil perante o mais forte. A igualdade também está presente na busca pela não discriminação de qualquer tipo.

Busca-se a consolidação dos direitos sociais de maneira geral, por práticas de comércio justas pode-se ter um maior bem estar para a população, maior renda, produtos de melhor qualidade, desenvolvimento local, condições de trabalho adequada, etc. Além disso, valoriza-se um comércio mais comprometido com o ambiente.

⁵⁰ STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira.** p. 191.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais representam o núcleo dos Estados Democráticos de Direito. É o nível de suas garantias que demonstra o nível de democracia de um Estado. Somente garantindo efetivamente os direitos fundamentais uma democracia pode ser chamada de substancial e não meramente formal.

Porém, com a globalização econômica e o fenômeno da transnacionalidade, a soberania dos Estados se torna enfraquecida. Atores transnacionais de grande poder político-econômico, sejam nações mais fortes ou multinacionais, acabam ditando regras que devem ser aceitas pelos atores mais fracos em nome do capital, ou simplesmente os mais fracos não conseguem competir no comércio internacional tendo em vista a desigualdade de força. O custo disso é, frequentemente, a diminuição ou eliminação de muitas garantias de direitos fundamentais ou a simples dificuldade de mantê-los quando não se consegue manter a economia em nível competitivo.

Apesar da grande dificuldade de se mudar tal cenário, o Comércio Justo e as organizações que o representam tem demonstrado algumas práticas nacionais e transnacionais que tem gerado alguns resultados, por enquanto ainda tímidos, mas promissores. Para sua consolidação, é fundamental a consciência dos consumidores e das pessoas em geral. Por isso, o presente trabalho procurou demonstrar como os objetivos e as práticas do *Fair Trade* estão em consonância com os direitos fundamentais, gerando benefícios para os pequenos empreendedores, para os consumidores e para a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

COTERA, Alfonso; ORTIZ, Humberto. Comércio Justo. *In*: CATTANI, Antonio David *et al.* (Org.). **Dicionário Internacional da Outra Economia**. Coimbra: Almedina, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia Através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Derechos y garantías:** La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Democracia y garantismo.** Madrid: Trotta, 2008.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In:* VALE, Juliano Keller do; MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar (Org.). **Reflexões da Pós-Modernidade:** Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 190-191.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole:** o que a globalização está fazendo de nós. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** Quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

PECES-BARBA Martínez, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales.** Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

SANTOS, Rafael Padilha dos. **O princípio da dignidade da pessoa humana como regulador da economia no espaço transnacional:** uma proposta de economia humanista. 568 f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais e Jurídicas, Universidade do Vale do Itajaí, 2015.

SCHNEIDER, Johann. **Relatório da pesquisa mundial de comércio justo:** parte 2. Brasília: SEBRAE, 2012.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Comércio Justo e Consumo Responsável: avanços normativos para a certificação brasileira. *In: FERREIRA, Keila Pacheco; KNOER, Viviane Coêlho de Séllos; STELZER, Joana (Coord.). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo.*** Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____. Transnacionalidade e Redes de Colaboração Solidária: sua importância na consolidação do Comércio Justo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 9, n. 1, p. 53-64, jan./abr. 2017.

**REFLEXÕES SOBRE OS DESAFIOS DA GOVERNANÇA
INTERNACIONAL DIANTE DOS MIGRANTES INTERNACIONAIS
FORÇADOS**

Angelo Ricardo Christoffoli¹

Rafael Padilha dos Santos²

INTRODUÇÃO

As movimentações humanas atuais compõem a agenda do debate político de muitos governos, visto que milhões de pessoas se colocaram em trânsito, o que vem se dando numa espiral crescente e de forma ininterrupta. Isto ocorre porque as pessoas deixam seus países, seja por razões forçadas: econômicas, políticas, naturais (porque foram forçados a deixar suas casas), ou mesmo porque o fazem de forma voluntária, sempre em busca de um lugar melhor.

Alguns problemas que também afligem aos poderes institucionais receptores das migrações forçadas, e que não podem ser resolvidos internamente, estão relacionados com a causa dessas migrações e com a dinâmica de funcionamento desses fluxos migratórios. Além disso é preciso ter em conta que, para muitos países, são diferentes os tipos de migração, gerando um sem-número de dificuldades para seus governos, sendo que

¹ O autor é Doutor em Administração e Turismo (UNIVALI, 2012), Mestre em Turismo e Hotelaria (2000) e graduado em História, e Professor nas Disciplinas de Antropologia Jurídica, Sociologia Jurídica e Ciência Política no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí, SC). E-mail: a.christoffoli@univali.br.

² O autor é Doutor em dupla titulação pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) e pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da UNIVALI, e advogado. E-mail: padilha@univali.br.

essas dificuldades podem não existir num Estado vizinho. Assim, se entende que a gestão da mobilidade humana forçada deve ser colocada como o maior de todos os desafios para todos os países de migração, sejam eles da origem dessas migrações (normalmente países em desenvolvimento), sejam eles o destino dos migrantes (normalmente países desenvolvidos normalmente).

A migração forçada é uma necessidade dos indivíduos ou grupos a deixarem seu país de origem por motivos alheios à sua vontade, por exemplo, por força econômica, social, desastres naturais, dentre outros. O tema das migrações impele a um diagnóstico de eficácia das democracias constitucionais contemporâneas na realização universal dos direitos humanos, especialmente na atualidade em que a urgência humanitária gerada pelos fluxos de migração forçada vem gerando crises diversas (na Síria, no Iraque, no Haiti, em países africanos, etc.).

Porém, ao se deslocarem, também acabam sofrendo uma situação de vulnerabilidade social no país de chegada, enfrentando dificuldades para superar as barreiras linguísticas, culturais, econômicas, políticas e sociais, mas também barreiras jurídicas, pois, muitas vezes esses migrantes são tratados a partir da órbita criminal. Vale destacar situações de Estados que, diante do fenômeno migratório forçado, constroem centros de detenção de imigrantes irregulares ou expulsam imigrantes considerados ilegais, agravando a crise humanitária.

Este artigo tem como objetivo geral estudar os desafios contemporâneos à criação de uma agenda comum de cooperação internacional no tema das migrações forçadas que integre o âmbito local, regional e internacional para a criação de uma governança migratória mais eficaz na proteção dos direitos humanos.

O ensaio caracteriza-se por ser um estudo de cunho teórico, sendo que o fenômeno aqui analisado é a presença dos migrantes internacionais forçados, e suas dificuldades no processo de inserção nas sociedades que os recebem.

O método utilizado foi o Indutivo visto que se pretendeu “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”³, através da Pesquisa Bibliográfica que consistiu em um levantamento da produção acadêmico-científica, para se entender o tratamento dado aos migrantes forçados, e, em uma Pesquisa Documental ao se analisar os dados disponíveis na internet (ONU, WEF, etc.), sobre essas migrações.

1. O desafio da efetivação dos direitos humanos em relação aos migrantes forçados

O contexto internacional mostra uma grande complexidade na construção histórica dos conceitos como Imigração, Refúgio, Asilo, Migrante, etc., conceitos que ainda hoje estão ativos em diversas partes do mundo. Barreto⁴ indica que esse processo começou em nível mundial ainda com a Liga das Nações, e que, apesar desses esforços, a proteção internacional era insuficiente frente aos desafios que o tema “refugiado” exigia. No campo das definições a Conferência de Bermudas, realizada em abril de 1943, definiu refugiado como:

[...] todas as pessoas de qualquer procedência que, como resultado de acontecimentos na Europa, tiveram que abandonar seus países de resistência por terem em perigo suas vidas ou liberdade, devido a sua raça, religião ou crença política. Construção que, mais tarde, se tornou a definição de refúgio assentada na Convenção de Genebra, de 1951.⁵

Aquele contexto amplo e diversificado do fim da Segunda Guerra

³ PASOLD, C. L. **Prática da Pesquisa Jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. 8a. ed. Rev. Florianópolis: OAB, 2003.

⁴ BARRETO, L. P. T. F. (org.) **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 14.

⁵ BARRETO, L. P. T. F. **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**, p. 14.

mundial também viu nascer a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶, que no seu artigo 25, I prescreve alguns dos elementos que estão presentes na força que leva milhões de pessoas a abandonarem seus locais tradicionais de habitação, pois que,

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Desde então, diversas outras Declarações, Convenções e Protocolos internacionais que tratam de temas relacionados às movimentações humanas ocorreram, como por exemplo⁷:

- Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado (1951)
- Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954)
- Convenção sobre Asilo Territorial (1954)
- Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961)
- Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966)
- Declaração de Cartagena (1984)

⁶ ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

⁷ CHRISTOFFOLI, A. R.; DALMOLIN, E. D.; PONTES, N. A presença haitiana no Brasil: proposta de interpretação do instituto do Refúgio a partir dos pressupostos da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito Cosmopolita de Kant. In: CHRISTOFFOLI, A. R.; DALMOLIN, E. D.; MORELLA JUNIOR, J. H.; DIAS, M. A. H. **Imigrante Haitiano na Região da AMFRI: Aspectos Socioeconômicos, Indicadores de Vulnerabilidade Social e Políticas Públicas.** 2017, p. 100-129. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 17 jul. 2018, p. 109.

- Declaração e Programa de Ação de Viena (1993)
- Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas (1994)
- Declaração do Plano de Ação do México (2004)

Apesar desse grande número de acordos realizados ao longo das últimas sete décadas (aproximadamente 1950-2010), nos quais houve a participação de um sem-número de poderes jurisdicionais, entidades e órgãos internacionais, não ocorreu a efetividade necessária do sistema de governança para a busca de soluções locais, regionais e globais nos diferentes temas relacionados aos migrantes forçados. Em todos esses Acordos as palavras-chave que os regem são os valores Humanistas, como a Dignidade Humana e o Direito à Vida.

É consenso que a migração é um antigo fenômeno humano, e que as pessoas sempre se movimentaram pelas comunidades, Estados e continentes. Mas, “dados os desequilíbrios políticos, sociais e econômicos nas sociedades, bem como as mudanças climáticas, isso provavelmente continuará ao longo do tempo”, indica o Fórum Econômico Mundial (WEF)⁸.

Diante dessas condições negativas, e dada a importância que os poderes institucionais devem dar a elas, surge a questão: como os movimentos migratórios internacionais se caracterizam atualmente? Massey⁹ aponta cinco características: (1) as forças estruturais de nações criadoras de uma população móvel propensa à migração; (2) as forças estruturais nas nações receptoras enquanto geradoras de uma demanda de trabalhadores migrantes; (3) as motivações das pessoas ao responderem a essas forças

⁸ WEF. **Migration and its Impact on Cities**. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/Migration_Impact_Cities_report_2017_HR.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018, p. 116.

⁹ MASSEY, D. S. **A Missing Element in Migration Theories**. *Migration Letters*. London, v. 12, n. 3, p. 279-299, sept. 2015. Disponível em: <<http://www.tplondon.com/journal/index.php/ml/article/view/568>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

estruturais transcendendo fronteiras; (4) as estruturas e organizações sociais originadas pela globalização, que perpetuam os fluxos de pessoas ao longo do tempo e do espaço e; (5) as políticas implementadas pelos governos em resposta a essas forças, criadas para moldar os números e as características dos migrantes que entram e saem de um país.

Essas condições das migrações resultam de processos políticos formados por interesses conflitantes, feitos para gerar políticas de imigração permissivas mediante a necessidade de expansão econômica, e políticas restritivas nos períodos de contração. Massey¹⁰ indica que as políticas de imigração também estão associadas a correntes ideológicas mais amplas, tendendo a restrições durante períodos de conformidade social e conservadorismo, e inclinando-se para a expansão nos períodos de abertura e liberalismo.

Com um pensamento concordante com Massey, mas usando outras categorias de análise sobre a sociedade liberal em que se estabeleceu o domínio do mercado sobre os indivíduos, Zigmund Bauman¹¹ indica essas políticas 'permissivas' ou 'restritivas' de Massey, quando a globalização acentuou as diferenças entre a "classe alta" (Primeiro Mundo, chamada de "turistas"), capazes de transpor distâncias e se eximir dos problemas enfrentados pela "classe baixa" (Segundo Mundo, classificada como "vagabundos"), que vive no espaço repleto de problemas e desigualdades, presos a um tempo vazio, que se arrasta lentamente.

Outros migrantes são expostos às consequências de conflitos, desastres ambientais e crises econômicas, quando muitos são forçados a se deslocar nesse movimento global e, quando o fazem, se deparam com barreiras, algumas intransponíveis. Nesse contexto o conhecimento tecnológico e científico,

¹⁰ MASSEY, D. S. **A Missing Element in Migration Theories**, p. 284.

¹¹ BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

[...] em vez de homogeneizar a condição humana, a anulação tecnológica das distâncias temporais/espaciais tende a polarizá-la. Ela emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade - ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade.¹²

Ao perceber esses muros imaginários (os territórios e as identidades), construídos para “proteger” o “eu” do “outro”, Bauman¹³ escreve também sobre aqueles “estranhos” que batem à porta – imigrantes e refugiados que chegam aos portões europeus pedindo passagem, sem se importarem com os territórios e as identidades dos que os recebem:

Refugiados das bestialidades da guerra, dos despotismos e da brutalidade de uma existência vazia e sem perspectivas têm batido à porta de outras pessoas desde o início dos tempos modernos. Para quem está por trás dessas portas, eles sempre foram - como o são agora – estranhos. Estranhos tendem a causar ansiedade por serem ‘diferentes’ [...].¹⁴

O aparecimento desses “estranhos” nas ruas não foi causado por “nós” e nem está em “nosso controle” e, para Bauman, são recebidos com ressentimento e vistos como o colapso de uma ordem que perdeu força impositiva, imagem a qual a mídia “acostumou” seus espectadores. Para o autor, esse quadro demonstra uma tragédia humana, nascida da indiferença e da cegueira moral resultante dos sinais de que a opinião pública, em conluio com uma mídia ávida por audiência, criou “[...] uma espécie de codinome politicamente correto para a fase atual da eterna batalha dos formadores de opinião pela conquista e subordinação das mentes e dos sentimentos humanos” – e assim temos o que se convencionou chamar de “crise migratória”.¹⁵

Nessa primeira seção do ensaio se percebeu que os valores universais

¹² BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**, p. 25.

¹³ BAUMAN, Z. **Estranhos à Nossa Porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

¹⁴ BAUMAN, Z. **Estranhos à Nossa Porta**, p. 13.

¹⁵ BAUMAN, Z. **Estranhos à Nossa Porta**, p. 7.

que compõem os Princípios assumidos pela ONU e pelos poderes institucionalizados dos Países, são ultrapassados pelos interesses econômicos decorrentes da Globalização, bem como muitas vezes as movimentações humanas são decorrentes desse processo de mundialização da economia.

2. Os desafios do acesso a dados sobre as migrações e as ações de governança dos poderes institucionalizados

O contexto mundial das movimentações humanas forçadas teve um imenso incremento ao longo das últimas décadas, em face dos problemas tradicionais já identificados no passado (guerras locais e regionais, problemas econômicos, etc.), bem como com o surgimento de novos motivos para isso (questões ambientais, étnicas e religiosas, por exemplo).

Independente das motivações que levam a essas movimentações, outro aspecto bastante comum a quase todos os países, é a ausência generalizada de estatísticas sobre o número de pessoas que se movimentam (emigrantes ou imigrantes), seja entre as cidades de um mesmo país, seja entre países, seja entre continentes. Os dados são sempre limitados, particularmente nos países que mais enviam migrantes e ainda em desenvolvimento. A existência e o uso de tais informações pelos poderes poderiam melhor preparar o gerenciamento dessas migrações, tanto interna como externamente.

O uso dessas informações em nível global colaboraria com as ações dos poderes institucionais, em suas estratégias de gestão dos problemas decorrentes dessas imensas movimentações. Nesse sentido, as Nações Unidas¹⁶ publicaram um folder com diferentes infográficos, que apresentam os dados sobre as migrações mundiais no período de 2000 a 2017. Tal forma de organização dos dados facilita o entendimento sobre a frieza dos números, que, analisados isoladamente (país a país), pouco representam. Um desses

¹⁶ UN. **International Migration 2017**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/wallchart/docs/MigrationWallChart2017.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018

infográficos apresenta as movimentações da população mundial ocorridas no ano de 2010, e nele se afirma que é uma distribuição quase desconhecida “do grande público em relação às movimentações regionais. Tome-se como exemplo os 63 milhões de migrantes no interior da Ásia, os 41 milhões na Europa, os 26 milhões da América Latina para os Estados Unidos, bem como os 20 milhões da Ásia para a Europa”¹⁷.

A seguir são apresentados dados atualizados sobre as regiões indicadas em 2010, onde os números das movimentações humanas em 2017 estão em contínuo aumento, e são os seguintes:

[...], o número de migrantes internacionais em todo o mundo foi de quase 258 milhões, de 220 milhões em 2010 e 173 milhões em 2000. Cerca de dois terços de todos os migrantes internacionais vivem na Ásia (79,5 milhões) ou na Europa (77,8 milhões). A América do Norte abriga o terceiro maior número de migrantes internacionais (57,6 milhões), seguido por África (24,6 milhões), América Latina e Caribe (9,5 milhões) e Oceania (8,4 milhões).

Ainda, conforme o infográfico, no ano de 2017, 67% dos os migrantes internacionais viviam em 20 países. Sendo que, a

Arábia Saudita, a Alemanha e a Federação Russa abrigaram, cada uma, cerca de 12 milhões de migrantes internacionais, seguidos do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte (quase 9 milhões) e dos Emirados Árabes Unidos (8 milhões). Dos 20 principais países de destino dos migrantes internacionais em todo o mundo, 9 estão na Ásia, 7 na Europa, 2 na América do Norte e um na África e Oceania, respectivamente.¹⁸

Para Laura Thompson¹⁹, apesar da grande atenção dada à migração

¹⁷ UN. International Migration 2017.

¹⁸ UN. **International Migration 2017.**

¹⁹ THOMPSON, L. **Is global migration governance finally here?**. In: FRIENDS FOR EUROPA. Global Flows Migration and Security: discussion paper. 2017, p. 57-

pelos governos, estes carecem da capacidade de gerenciar a migração de forma holística abrangente, respeitando e promovendo os direitos humanos. Além disso, a falta de precisão dos dados, erros, mitos, alarmismo e oportunismo político, não facilitam a tarefa. Esses problemas que ocorrem

nos níveis regional e internacional certas dimensões não podem ser ignoradas, pois, não existe paradoxalmente, nenhum quadro institucional que regulamenta de forma coerente a migração internacional. Nem existe uma organização internacional com o mandato para criar tais padrões. Na ausência de um *top-down*²⁰ formalmente estabelecido no sistema de governança global de migração, surgiu uma abordagem ascendente, compostas de regras ad hoc e cooperação informal, mecanismos aos quais os estados aderem seletivamente.

No sentido de demonstrar o funcionamento e a interação entre os órgãos do governo dos Estados Unidos que atuam no universo dos estrangeiros (não-imigrantes, imigrantes, asilados, refugiados), Wasen²¹ estudou o funcionamento dos diferentes setores. Segundo o autor, “mesmo com governança fragmentada e recursos limitados, o sistema de imigração dos EUA obteve sucesso. A cada ano, aproximadamente um milhão de estrangeiros legalmente, se tornam residentes permanentes nos Estados Unidos”. Apresenta estatísticas que demonstram a amplitude de atuação do poder jurisdicional norte-americano sobre as migrações, bem como mostra a complexidade desse universo.

Em 2015 e 2016 emitiu mais de 10 milhões de vistos por ano para estrangeiros que chegam aos Estados Unidos como não-imigrantes (isto é, para um propósito temporário). Admitiu quase 77 milhões de estrangeiros como não-imigrantes nos Estados Unidos no ano fiscal

60. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Migration_DP_web.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2018, p.58.

²⁰ *Top-down*: o uso do termo denota a existência de um sistema de governo ou gestão no qual as ações e políticas são iniciadas no mais alto nível hierárquico.

²¹ WASEN, R. E. **Immigration Governance for the Twenty-First Century. Journal on Migration and Human Security.** Vol. 6, N. 1 (2018): 97-120. Disponível em: <<http://jmhs.cmsny.org/index.php/jmhs/article/view/114>>. Acesso em 15 jul. 2018, p. 116.

de 2015. Naquele ano, processou 711.820 pedidos de empregadores para 1.580.778 posições para candidaturas de trabalho temporárias e permanentes. No ano fiscal de 2015, houve 730.259 pessoas que se tornaram cidadãos dos EUA. Nesse mesmo ano, os Estados Unidos admitiram 69.920 refugiados e aprovaram 26.124 asilados.²²

Na continuidade apresenta hierarquicamente a construção dos blocos de funcionamento da estrutura norte-americana da governança de imigração, afirmando que,

auge da governança de imigração bem-sucedida apresenta procedimentos diretos de naturalização para os imigrantes que optam por se tornar cidadãos dos EUA. Desde a sua fundação, os Estados Unidos mantiveram o princípio de que os residentes permanentes legais têm a oportunidade de se tornar cidadãos dos EUA. A naturalização é uma política inclusiva - não coercitiva. Barreiras ao processo e atrasos em petições de naturalização não servem ao imigrante nem à nação.²³

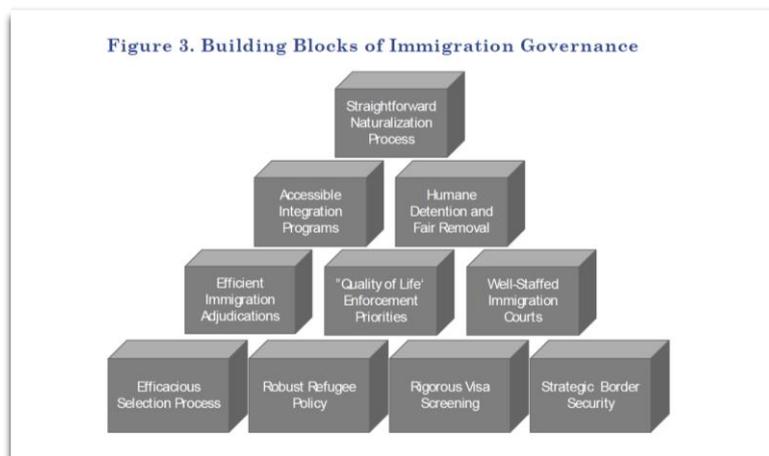
Afirma que com isso surgiram "políticas para uma efetiva governança da imigração. Como na hierarquia de necessidades de Maslow e na pirâmide alimentar do Departamento de Agricultura dos EUA"²⁴. Para o autor²⁵ os blocos centrais "são prioridades administrativas fundamentais sobre as políticas fundamentais. Esses blocos centrais são julgamentos de imigração eficientes, tribunais de imigração bem qualificados e prioridades de aplicação da qualidade de vida", elementos apresentados nos blocos de construção na Figura a seguir.

²² WASEN, R. E. **Immigration Governance for the Twenty-First Century**, p. 117.

²³ WASEN, R. E. **Immigration Governance for the Twenty-First Century**, p. 114.

²⁴ WASEN, R. E. **Immigration Governance for the Twenty-First Century**, p. 112.

²⁵ WASEN, R. E. **Immigration Governance for the Twenty-First Century**, p. 113.



Fonte: Wasen (2018, p. 112)

Reforça a descrição das ações dos elementos hierárquicos na entrada de estrangeiros, e distingue a importância dessas ações de governança, lembrando que isso só "é possível por meio de recursos adequados comprometidos com programas educacionais e de serviços humanos existentes, com a garantia de que esses programas estejam abertos a todos os residentes legais dos Estados Unidos. [...]".²⁶

3. O desafio de uma governança e criação de uma agenda comum em relação aos migrantes forçados

Como se viu no item anterior, no contexto mundial vem aumentando o número de migrantes que se distribuem por todos os continentes. Também se percebe que nos níveis dos poderes institucionais, ocorre uma defasagem entre as previsões dos princípios internacionais e as ações locais. Por isso, a Organização das Nações Unidas (ONU), através de uma Resolução aprovada pela Assembleia Geral em 19 de setembro de 2016, emitiu a Declaração de Nova Iorque para refugiados e migrantes.²⁷

²⁶ WASEN, R. E. **Immigration Governance for the Twenty-First Century**, p.114.

²⁷ ONU. **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**. 2016. Disponível em: <https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ODG/GCM/NY_Declaration_SP.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

Na sua Introdução da Declaração de Nova Iorque consta:

1. Este ano iniciaremos um processo de negociações intergovernamentais que culminará com a aprovação de um pacto global para a migração segura, ordeira e regular. 2. Este acordo global estabelecerá uma série de princípios, compromissos e entendimentos entre os Estados membros sobre migração internacional em todas as suas dimensões. Seria uma contribuição importante para a governança global e melhoraria a coordenação em relação à migração internacional. Ofereceria uma estrutura para uma ampla cooperação internacional em relação à migração de migrantes e humanos.

Para Thompson

[...], a Declaração de Nova York, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 19 de setembro de 2016, na qual 193 chefes de Estado e governo reiteraram seu compromisso com os direitos e proteção de migrantes e refugiados, reconheceram sua responsabilidade compartilhada gerir grandes movimentos de refugiados e migrantes de uma forma humana, sensível e centrada nas pessoas, empenhada em combater as causas profundas de grandes movimentos populacionais, condenou fortemente o racismo e a discriminação contra refugiados e migrantes e reforçou a governança global das migrações, IOM no sistema das Nações Unidas.²⁸

No sentido de efetivar a Declaração de Nova Iorque a ONU²⁹ reforçou o papel da Organização Internacional para as Migrações (OIM), que se dedica a promover a humanidade e a migração ordenada para o benefício de todos, fornecendo conselhos, assistência e serviços a governos e migrantes, trabalhando em estreita colaboração com outras organizações intergovernamentais e ONGs parceiras. Isso porque “[...] a migração não pode ser vista somente de uma perspectiva nacional e governada exclusivamente com medidas nacionais; isso requer cooperação

²⁸ THOMPSON, L. **Is global migration governance finally here?**, p.58.

²⁹ THOMPSON, L. **Is global migration governance finally here?**, p.58.

internacional.”³⁰ Ou seja, ao longo desses anos todos o que se viu foi uma participação eventual dos poderes institucionais locais, os quais agiram determinados por interesses difusos, que não àqueles colocados nos princípios que deveriam reger o processo comum entre eles, e isso se deu em vários níveis de atendimento aos migrantes forçados.

Aliado ao comportamento dos governos locais em seus papéis limitados, e, em face dos acontecimentos relacionados às tragédias humanas ocorridas recentemente nas movimentações mundiais, em que o destino de “milhares que morrem condenados nos esforços ao cruzar oceanos e desertos não é apenas uma tragédia humana. Também representa a mais aguda falência política: movimentos de massa sem regulação em circunstâncias desesperadoras dão a noção de que as fronteiras estão sob ameaça e os governos não têm controle.”³¹

Diante disso, a ONU organizou em dezembro de 2017 um novo Evento, no Marrocos, reforçando todos os Objetivos da Conferência ocorrida em Nova Iorque. Compõem a Declaração um conjunto de 23 Objetivos que devem ser atingidos pelo conjunto de países signatários, os quais são:

Objetivos para uma Migração Segura, Ordenada e Regular

- (1) Coletar e utilizar dados precisos e desagregados como base para políticas baseadas em evidências;
- (2) Minimizar os fatores adversos e os fatores estruturais que obrigam as pessoas a deixar seu país de origem;
- (3) Fornecer informações precisas e oportunas em todas as etapas da migração;
- (4) Assegurar que todos os migrantes tenham prova de identidade legal e

³⁰ THOMPSON, L. **Is global migration governance finally here?**, p.58.

³¹ GUTERRES, A. ARTIGO. **RUMO A UM NOVO PACTO GLOBAL PARA MIGRAÇÃO**. 2018. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://NACOESUNIDAS.ORG/ARTIGO-RUMO-A-UM-NOVO-PACTO-GLOBAL-PARA-MIGRACAO/](https://nacoesunidas.org/artigo-rumo-a-um-novo-pacto-global-para-migracao/)>. ACESSO EM 15 JUL. 2018.

documentação adequada;

(5) Aumentar a disponibilidade e a flexibilidade dos caminhos para a migração regular;

(6) Facilitar o recrutamento justo e ético e salvaguardar condições que garantam um trabalho digno;

(7) Abordar e reduzir vulnerabilidades na migração;

(8) Salvar vidas e estabelecer esforços internacionais coordenados sobre migrantes desaparecidos;

(9) Fortalecer a resposta transnacional ao contrabando de migrantes;

(10) Prevenir, combater e erradicar o tráfico de pessoas no contexto da migração internacional.

(11) gerir as fronteiras de forma integrada, segura e coordenada;

(12) Reforçar a certeza e a previsibilidade nos procedimentos de migração para um rastreio adequado, avaliação e encaminhamento;

(13) Usar a detenção de migração apenas como medida de último recurso e trabalhar para alternativas;

(14) Reforçar a proteção, assistência e cooperação consulares ao longo do ciclo de migração;

(15) Fornecer acesso a serviços básicos para migrantes;

(16) Capacitar os migrantes e as sociedades para a plena inclusão e coesão social;

(17) Eliminar todas as formas de discriminação e promover o discurso público baseado em evidências para

percepções de migração;

(18) Investir no desenvolvimento de competências e facilitar o reconhecimento mútuo de competências, e qualificações

(19) Criar condições para os migrantes e diásporas contribuírem plenamente para o desenvolvimento sustentável em todos os países;

(20) Promover uma transferência de remessas mais rápida, segura e mais barata e promover a inclusão financeira de migrantes;

(21) Cooperar para facilitar o regresso e a readmissão seguros e dignos, bem como a sustentabilidade na reintegração;

(22) Estabelecer mecanismos para a portabilidade de direitos previdenciários e benefícios auferidos;

(23) Reforçar a cooperação internacional e as parcerias globais para uma segurança, ordem e regularidade da migração.

Os Objetivos identificados pelo evento buscam alinhar as ações dos órgãos internacionais com as ações esperadas dos poderes governamentais, através do estabelecimento de um relacionamento efetivo nas situações comuns, que se reproduzam em todos os locais de migração. Buscam primeiro construir globalmente um conjunto de procedimentos para a satisfação das condições de inserção dos migrantes nos locais de recepção, mas também preconizam ações no intuito de melhorar as condições nos países de origem.

No sentido de se buscar esse relacionamento para a inserção dos migrantes sugerido pela ONU, o Fórum Econômico Mundial (WEF) identificou algumas estratégias a serem assumidas pelos poderes governamentais, na busca de uma agenda de governança local e internacional. Preparando-se para essas migrações internacionais o WEF entende que são as cidades que

devem se estruturar, (pois, é onde vão parar os migrantes), afirmando que, “as políticas que as cidades adotam para gerenciar a migração terão um enorme impacto no seu crescimento econômico global e o desenvolvimento.”³² Isso porque,

as possibilidades de alcançar uma governança aprimorada estão longe de ser sombrias. De fato, várias abordagens alternativas melhorariam muito a governança, e algumas podem não ser tão difíceis de realizar. Os três conjuntos amplos de opções propostas neste documento são: 1) expansão da governança; 2) consolidar a governança; ou 3) aumentar os recursos para *o status quo*. Cada uma dessas opções apresenta desafios únicos e obstáculos políticos.³³

Percebe-se que as discussões organizadas pelos órgãos internacionais conseguem identificar situações e ações, que precisam ser efetivadas, não somente nas esferas internacionais, mas sim e imediatamente nas esferas locais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema da migração forçada tem grande atualidade e exige discussão para criações de soluções inovadoras, originais e relevantes, já que os governos contemporâneos são desafiados pelos fluxos migratórios a pensar e criar políticas públicas para lidar com tais migrantes (forçados ou voluntários).

Ainda existem grandes desafios para uma governança global do fenômeno migratório forçado que assegure soluções efetivas às diversas problemáticas envolvidas, a exemplo da realização de inclusão social, promover acesso ao mercado formal de trabalho, geração de oportunidade de rendas, acesso a serviços públicos como saúde, educação, cultura e assistência social, qualificação de técnicos nos países capazes de fornecer

³² WEF. **Migration and Its Impact on Cities**, p. 12.

³³ **WASEN, R. E. Immigration Governance for the Twenty-First Century, p. 114**

assistência social ao migrante, ensino da língua aos migrantes e sua adaptação, na integração e aproveitamento do capital de conhecimento e potencial humano dos migrantes, a desburocratização no processo de legalização, orientação para transferência de valores ao exterior.

Entende-se que há uma série de problemas suscitados pelas migrações e que exigem soluções originais e relevantes por parte dos poderes locais, nacionais, regionais e internacionais, através de ações planejadas conjuntamente.

Impelidos pelo presente estudo, pode-se suscitar questionamentos para uma leitura crítica do fenômeno e como estímulo à continuidade dessas análises: a governança dos fluxos migratórios atualmente deve ser tratada pelos Estados de modo supranacional ou apenas dentro do paradigma nacional? É possível uma governança compartilhada entre os países para originar uma perspectiva comum no tratamento jurídico do fenômeno da migração forçada? Quais instrumentos são usados ou devem ser criados para concretizar essa governança? Como está sendo gerida a crise de migrantes forçados, e tal gestão vem respeitando o princípio da dignidade humana?

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Z. **Estranhos à Nossa Porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

_____. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BARRETO, L. P. T. F. (org.) **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010, p. 14.

CHRISTOFFOLI, A. R.; DALMOLIN, E. D.; PONTES, N. A presença haitiana no Brasil: proposta de interpretação do instituto do Refúgio a partir dos pressupostos da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito Cosmopolita de Kant. In: CHRISTOFFOLI, A. R.; DALMOLIN, E. D.; MORELLA JUNIOR, J. H.;

DIAS, M. A. H. **Imigrante Haitiano na Região da AMFRI**: Aspectos Socioeconômicos, Indicadores de Vulnerabilidade Social e Políticas Públicas. 2017, p. 100-129. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

DORAN, A. A. Where Should Haitians Go - Why Environmental Refugees are up the Creek without a Paddle. **Villanova Environmental Law Journal**, Vol. 22, Iss. 1 [2011], Art. 5, p. 116-140. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/vilenvlj22&div=8&id=&page=.>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

GUTERRES, ANTÓNIO. ARTIGO. **RUMO A UM NOVO PACTO GLOBAL PARA MIGRAÇÃO**. 2018. DISPONÍVEL EM: <<HTTPS://NACOEUNIDAS.ORG/ARTIGO-RUMO-A-UM-NOVO-PACTO-GLOBAL-PARA-MIGRACAO/>>. ACESSO EM 15 JUL. 2018.

MASSEY, D. S. A Missing Element in Migration Theories. **Migration Letters**. London, v. 12, n. 3, p. 279-299, sept. 2015. Disponível em: <<http://www.tplondon.com/journal/index.php/ml/article/view/568>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

MCNAMARA, K. E. CONCEPTUALIZING DISCOURSES ON ENVIRONMENTAL REFUGEES AT THE UNITED NATIONS. **POPUL ENVIRON** (2007) 29:12-24. DISPONÍVEL EM: <HTTPS://WWW.JSTOR.ORG/STABLE/40212341?SEQ=1#PAGE_SCAN_TAB_CONTENTS>. ACESSO EM 15 JUL. 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

ONU. **Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes**. 2016. Disponível em:

<https://www.iom.int/sites/default/files/our_work/ODG/GCM/NY_Declaration_SP.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 8a. ed. Rev. Florianópolis: OAB, 2003.

THOMPSON, L. Is global migration governance finally here?. In: FRIENDS FOR EUROPA. **Global Flows Migration and Security**: discussion paper. 2017, p. 57-60. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Migration_DP_web.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2018.

UN. **Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration**: final draft. Disponível em: <<https://www.un.org/pga/72/wp-content/uploads/sites/51/2018/07/migration.pdf>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. **International Migration 2017**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/wallchart/docs/MigrationWallChart2017.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2018.

WASEN, R. E. Immigration Governance for the Twenty-First Century. **Journal on Migration and Human Security**. Vol. 6, N. 1 (2018): 97-120. Disponível em: <<http://jmhs.cmsny.org/index.php/jmhs/article/view/114>>. Acesso em 15 jul. 2018.

WEF. **Migration and Its Impact on Cities**. Disponível em: <http://www3.weforum.org/docs/Migration_Impact_Cities_report_2017_HR.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018.

IL DIRITTO COMUNE: SISTEMA E SISTEMI

Gregorio Cestini¹

INTRODUZIONE

Lo studio dell'esperienza giuridica che è stata il sistema di diritto comune – i cui tratti caratteristici seppur per *summa capita*, intendo qui analizzare – allude a quella mentalità giuridica premoderna che affonda le sue radici nel Medioevo, soprattutto l'XI secolo, momento nel quale il diritto comune sviluppa i suoi connotati caratteristici. Uno sviluppo che ha il suo moto propulsivo nella ripresa e nello studio di testi, quelli della compilazione giustiniana, caduti in uno stato di quasi oblio – soprattutto il Digesto, condensato dell'esperienza della giurisprudenza romana.

Come esperienza giuridica conclusa, il diritto comune conserva ancora importanza, dettata dalla capacità di porsi come contraltare "negativo" rispetto alle esperienze giuridiche frutto della modernità. Abituati come siamo oggi ad accentrare *verticalmente* il pensiero giuridico, il diritto comune offre un esempio di ordinamento *pre-moderno*, precedente cioè all'ingresso nella scena giuridica dello Stato quale criterio strutturante.

Come rileva Paolo Grossi:

"[...] «Stato» ha avuto ed ha nella nostra coscienza un significato preciso, è diventato – per tutta l'età moderna e sino ad oggi – lo schema ordinante di una precisa realtà storico politica, è diventato una categoria storica dall'intenso valore interpretativo si è caricato di una storicità intensissima, una storicità che la stessa discontinuità terminologica sposandosi con la

¹ Dottorando in Storia del diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia.

discontinuità di significato e di contenuto accentuava in modo fortissimo².

L'organizzazione verticale pretenderà di ricomprendere a sé l'interezza del momento giuridico, esercitando una coatta *vis attractiva* onnicomprensiva e assoluta³.

I criteri di formazione dei precetti seguono, nel sistema del diritto comune, coerenti criteri *orizzontali*⁴, caratterizzandosi per una sostanziale indifferenza nei riguardi della complessità del giuridico. La capacità di regolarsi, dandosi precetti giuridici⁵ strutturati non gerarchicamente, era frutto del tentativo di regolare vicende della vita non regolate.

Sebbene paesi come il Brasile e l'America Latina tutta non abbiano vissuto il periodo storico del Medioevo, le vicende della colonizzazione europea hanno dettato l'applicazione del diritto comune anche in quelle terre, assieme ai *consilia* dei più grandi giuristi medievali (Bartolo da Sassoferrato

² P. Grossi, **Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)**, in Quaderni fiorentini, 25 (1996), p. 270: "Sono da leggere anche le riflessioni di V. Crescenzi, **Esiste un problema storico della statualità medievale?**, in Diritto romano attuale, 19/2008, pp. 173-188.

³ È da leggere su tali aspetti il saggio di G. Tarello, **Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto**, Bologna 1976. Vedi anche P. Grossi, anche **Epicedio dell'assolutismo giuridico**, in Quaderni fiorentini 17(1988), pp. 517-532.

⁴ Vedi P. Grossi, **Un diritto senza stato**, p. 268: "[...] la inutilizzabilità di nozioni e schemi ordinanti quali «Stato» e «sovranità». E al contrario, la sostanziale congenialità della nozione di «autonomia» per mettere a fuoco la costituzione giuridica medievale". In conseguenza di ciò, con verticalità si intende descrivere l'accentramento gerarchico nell'unica fonte del diritto, cioè la legge. Ancora P. Grossi, **Un diritto senza stato**, p. 272: "[...] lo stato crea il diritto o conferisce ad altri enti la legittimazione a produrlo; ne ha, insomma, il monopolio o tende ad averlo. Prima del diritto c'è lo Stato [...] il diritto è un prodotto che viene interamente generato dal ventre dello Stato [...] Il diritto, tutto il diritto, è espressione e voce del potere; sotto questo profilo il diritto si particularizza, perché resta profondamente segnato dalle forze particolari e specifiche e di cui il potere è portatore [...]".

⁵ P. Grossi, **Un diritto senza stato**, p. 277: "[...] il principe medievale limita infatti i propri interessi a quelle zone del diritto immediatamente coinvolte nell'esercizio del governo, a quanto oggi ci verrebbe di chiamare diritto 'costituzionale', 'amministrativo' e anche 'penale', lasciando per lo più ad altre forze l'onere di produrre le regole organizzative della vita quotidiana, che affiorano e si definiscono e si sistemano attraverso una complessa cooperazione tra fatti spontanei consuetudinari, *interpretatio* di *doctores* e di *iudices*". Su tali aspetti è da leggere anche P. Grossi, **L'ordine giuridico medievale**, Bari 1997.

e Baldo degli Ubaldi⁶, ad esempio). Un sistema migrante dunque, i cui criteri erano utilizzati per la costruzione di uno "spazio giuridico comune"⁷.

1. IL SISTEMA DEL DIRITTO COMUNE:

L'espressione "sistema del diritto comune" intende far riferimento, dunque, a due aspetti: da un lato, un'esperienza storico-giuridica, il fatto storico del diritto comune, che è dato prescrittivo. Dall'altro, sistema del diritto comune sottintende un approccio metodologico, una caratteristica descrittiva.

Come fatto storico il diritto comune identifica l'organizzazione⁸ dell'esperienza giuridica che è tratto caratteristico del Medioevo.

⁶ Su Bartolo e su Baldo la bibliografia è sterminata, ma vedi almeno F. Calasso, **L'eredità di Bartolo, in Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario**, vol. I, Milano 1962, pp. 3-21 e F. Calasso, **Bartolo da Sassoferrato**, in Dizionario biografico degli italiani, VI, pp. 640-669, poi in Annali di storia del diritto, IX (1965), pp. 472-520. È da vedere anche S. Caprioli, **La sorte di Bartolo, in Bartolo da Sassoferrato nel VII centenario della nascita: diritto, politica, società**, Spoleto 2014, pp. 1-32. Vedi anche, all'interno di aspetti più vasti, F. Treggiari, **Le ossa di Bartolo. Contributo alla storia della tradizione giuridica perugina**, Perugia 2009. Su Baldo vedi almeno C. Frova, M.G. Nico Ottaviani, S. Zucchini (a cura di), **VI Centenario della morte di Baldo degli Ubaldi 1400-2000**, Perugia 2005.

⁷ Vedi le riflessioni di F. Treggiari, **Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune**, in «Diritto e processo. Annuario giuridico dell'Università degli studi di Perugia», 4, aa. 2006-2009, pp. 1-12. Sulla diffusione del diritto comune vedi F. Calasso, «**In orbem terrarum**», in **Introduzione al diritto comune**, Milano 1970, pp. 305-340.

⁸ Intendo qui "organizzazione" sulla scia di quanto scriveva S. Romano, **L'ordinamento giuridico**, Firenze 1977. Citando alcuni *obiter dicta* di Vittorio Scialoja quale Giudice delle Appellazioni (12 agosto 1924, cause 69/1921 e 6/1922), così rendeva esplicito S. Caprioli, in **Varianti e costante del diritto comune**, in Rivista di diritto civile, 1993, II, p. 639: "[...] esso [il diritto comune] non è il diritto romano giustiniano, ma quel diritto che si venne formando e svolgendo sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della consuetudine negli Stati [...] del continente europeo e in particolar modo in Italia". E sarà lo stesso Vittorio Scialoja, nel suo discorso camerte del 1880, **Del diritto positivo e dell'equità**, p. 193, ora reperibile anche in http://afg.unicam.it/sites/d7.unicam.it.afg/files/Scialoja_ok.pdf, a dire: "Questo diritto, o Signori, durò come diritto comune fino al principio del nostro secolo e dura ancora in Germania. Ma chi può ripetere in breve a quante modificazioni andò soggetto, le quali tutte vi furono portate in nome dell'equità? Chi può dire quanta influenza vi ebbe il diritto canonico, il quale, più che mutarne apparentemente le istituzioni, vi insufflò il nuovo spirito medievale? E da una parte dalla costituzione politica sorge il diritto feudale; dall'altra parte dai comuni si redigono in legge le consuetudini, si formano innumerevoli Statuti. E nasce in questo tempo quel diritto a cui svolgimento oggi ancora alacramente si lavora, e che, opposto da principio al

Organizzazione, però, che vede la sua validità fino a quell'esplicita conclusione, circostanza dettata da quel programma che è costituzione formale e codificazione⁹.

Come insieme di fonti, diritto comune identifica la vigenza dello *ius ciuile*, condensato in quei *libri legales* redatti a Bisanzio nel VI secolo d.C. ad opera di Giustiniano, valida all'interno dei territori su cui si esercitava l'autorità dell'imperatore.

I testi che costituivano la compilazione giustiniana circoleranno tra i giuristi altomedievali con una conoscenza indiretta e frammentaria¹⁰, fino alla maturazione della necessità di uno studio diretto per ragioni di certezza del diritto provenienti direttamente dalle vicende dell'esperienza¹¹.

Dirà a tal proposito Francesco Calasso:

diritto che si considerava come universale, oggi, da tutti riconosciuto, è quello che maggiormente tende all'universalità: voi intendete ch'io palo del diritto commerciale. Qual meraviglia dunque se gli scrittori di quei tempi pur tenendo dietro al diritto romano e commentandone i testi, per renderlo applicabile spesso lo travisano? Questo, che a noi, troppo avvezzi a spezzarne le opere, sembra un vizio intollerabile, era forse, come giuristi, la loro maggiore virtù, ed è forse a questa virtù che si deve la gran fama di Bartolo e il vederne in parecchie Università spiegate le opere accanto al testo del *Corpus iuris*".

⁹ Sotto il profilo delle partizioni storico-giuridiche, si può parlare di "lungo Medioevo", su cui è da leggere J. Le Goff, **Un lungo Medioevo**, in **Il tempo continuo della storia**, Roma-Bari 2014, p. 111: "Agli storici si presenta dunque questo interrogativo: in questo estendersi del 1492, cos'è più importante, quello che muore o quello che prosegue?" Così risponde, p. 125: "[...] il vero cambiamento, la fine del lungo Medioevo, si colloca a metà del XVIII secolo. Esso corrisponde ai progressi dell'economia rurale evidenziati e teorizzati dai fisiocratici, all'invenzione della macchina a vapore, immaginata dal francese Denis Papin nel 1687 e realizzata dall'inglese James Watt nel 1769, alla nascita dell'industria moderna, che dall'Inghilterra si diffonderà in tutto il continente. In campo filosofico e religioso, il lungo Medioevo giunge a conclusione con l'opera che introduce il pensiero razionale e non credente, la scienza e la tecnologia moderne, l'*Encyclopédie*, i cui più brillanti animatori sono Voltaire e Diderot. Infine, la conclusione del XVIII secolo corrisponde, in campo politico, al decisivo movimento antimonarchico della Rivoluzione francese".

¹⁰ Vedine le vicende in F. Calasso, **Medioevo del diritto, I. Le fonti**, Milano 1954, parte I.

¹¹ È da vedere la vicenda del placito di Marturi del 1076, nel quale viene citato un passo del Digesto (D. 4.6.26.4). Sulla vicenda del placito di Marturi è da vedere E. Cortese, **Il Rinascimento giuridico medievale**, Roma 1996, p. 10-11.

L'età magnifica della reviviscenza del diritto romano per opera della scuola di Bologna suole appunto denominarsi, nel linguaggio consueto, come l'età del diritto comune, poiché il diritto delle compilazioni giustinianee, studiato dalle gloriose università italiane come diritto vigente, ed elaborato in armonia coi bisogni nuovi della vita, divenne, come appunto si esprime la glossa, il diritto *per excellentiam*, vale a dire la legge generale: *ius commune*¹²

Questo della conoscenza dei testi¹³, della loro circolazione e dell'organizzazione che ne ha promosso gli studi, cioè *l'universitas studiorum*, è uno dei temi in cui emergono alcuni dei tratti caratteristici dell'età di mezzo¹⁴ e della sua mentalità. L'estrema socievolezza riscontrabile dal rapporto con i testi, per via dell'assenza di un rigido rapporto autoriale, è un aspetto che permette di comprendere parte delle coordinate delle

¹² Così, a tal proposito, F. Calasso, **Il concetto di «diritto comune»**, in Archivio giuridico, CXI (1934), pp. 59-97, poi in **Introduzione al diritto comune**, p. 34 di cui vedine anche **Il problema storico del diritto comune**, in **Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta**, vol. II, Milano 1939, pp. 459-513, poi in **Introduzione al diritto comune**, pp. 77-136.

¹³ S. Caprioli, **Satura lanx 16. Fine dello stemmatizzare. Struttura, fondamento, funzione degli stemmi**, in Studi senesi, XCIII (III serie, XXX) (1981), pp. 403-416, poi in **Satura lanx. Studi di storia del diritto italiano**, Spoleto 2015, pp. 182-183: "Quando una scrittura non è chiusa non è accollabile ad un autore determinato. Viene tramandata come/con una sorta di procedimento scandito in atti sì discernibili, ma formanti una serie ininterrotta (tradizione unitaria). Questi atti possono immaginarsi come strati della tradizione testuale, ovvero del testo senz'altro. Tradizione testuale e testo, in quest'ipotesi, non si distinguono".

¹⁴ Il rifermento è alle peculiarità della circolazione dei testi nel contesto medievale, su cui vedi per tutti S. Caprioli, **Per uno schedario di glosse preaccursiane. Struttura e tradizione della prima esegesi giuridica bolognese**, in **Per Francesco Calasso. Studi degli allievi**, Roma 1978, poi in **Satura lanx**, pp. 295-386. Vedi anche le coordinate tracciate da S. Caprioli, **La sorte di Bartolo**. È da leggere anche E. Menestò, **Problemi di edizione degli statuti comunali**, in **Gli statuti comunali umbri. Atti del convegno in occasione del VII Centenario della promulgazione dello Statuto Comunale di Spoleto (1296-1996)**, a cura di Enrico Menestò, Spoleto 1997 (Quaderni del "centro per il collegamento degli studi medievali e umanistici nell'Umbria", 39), pp. 370-381. Sulla proposta metodologica di Caprioli è da leggere P. Mari, **Testo, interpretazione e filologia nell'opera di Severino Caprioli**, in G. Diurni, P. Mari, F. Treggiari (a cura di), **Per saturam. Studi per Severino Caprioli**, Spoleto 2008, pp. 563-585, oltre che F. Alunno Rossetti, **Severino Caprioli e le Conversazioni bartoliane dell'86**, in Studi medievali, Serie terza, Anno LVIII-fasc. II, Spoleto 2017, pp. 843-861. Sulle edizioni a stampa degli scritti di Bartolo da Sassoferrato e sui problemi che ne derivano vedi F. Treggiari, **Sulle edizioni dei Consilia, quaestiones e tractatus di Bartolo da Sassoferrato**, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 27 (2016), pp. 159-184.

complesse vicende della prassi emerse soprattutto tra XI e XII secolo, oltre che quella vivacità che ha dato luogo alla metafora della Rinascita culturale¹⁵.

Un lavoro di operosa e sostanzialmente creativa attività quello della riscoperta dei *libri legales*, la cui struttura "musiva"¹⁶ veicolava la formazione di una mentalità che ha organizzato e strutturato il pensiero giuridico attorno un consolidato approccio sistematico¹⁷. Un approccio nel quale può

¹⁵ Il riferimento è a F. Calasso, **Medioevo del diritto**, pp. 345 e ss e allo studio di E. Cortese, **Il Rinascimento giuridico medievale**. La categoria del Rinascimento applicata alla "rinascita culturale" del XII secolo si deve a C.H. Haskins, **Il Rinascimento del XII secolo**, Bologna 1998. Sull'utilizzo di tale categoria scriveva Calasso, **Medioevo del diritto**, p. 346, nota 1, riflessioni che vale la pena riportare: "Non turbi, nella designazione di questo momento storico che cade nel cuore dell'età medievale, l'uso della parola «rinascimento», che è tecnicizzata invece nel comune linguaggio per designare il fatto storico dei secoli XV e XVI. Non si tratta né di un'anticipazione, né, tanto meno, di una esaltazione per ragion di contrato: il dissolvimento critico della concezione ottocentesca di un rinascimento umanistico e artistico come frattura e antitesi di fronte al medioevo, dove confluiva a sua volta una concezione del medioevo come età negatrice dei valori dell'antichità classica [...], ha rivelato insospettabili legami tra i due momenti storici e si è parlato addirittura di origini romaniche del rinascimento umanistico e artistico. Questa opinione può dirsi che oggi prevalga; ma qualcuno dubita che una tale continuità, che verrebbe oggi a profilarsi tra medioevo e rinascimento, possa accettarsi senza riserve: prima fra tutte quella sulla profonda diversità del clima spirituale in cui i due rinascimenti avrebbero operato. [...] tolta ormai definitivamente di mezzo l'antitesi fra medioevo ed età moderna, che provocava il fraintendimento di due epoche, non può non riconoscersi come i due momenti storici che c'interessano abbiano in comune questo carattere fondamentale: e cioè l'esplosione di forze che erano o apparivano spente, alla quale seguì, nell'uno e nell'altro, per strade e forme e spiriti diversissimi, un rinnovamento della concezione del mondo e della vita. È questo carattere che ha ispirato anche nei confronti del mondo che sboccia dalla crisi del secolo XI l'idea della rinascita: non nel senso proprio, della resurrezione dopo la morte, che è fenomeno sconosciuto al mondo fisico come a quello dello spirito, ma in quello figurato, che è il solo concepibile dalla coscienza storica [...]".

¹⁶ "Musiva", cioè a mosaico, è metafora che non dispiaceva a V. Scialoja, **Corso di istituzioni di diritto romano**, Roma 1934, p. 56.

¹⁷ V. Piano Mortari, **Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana**, in **Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali**, Napoli 1976, p. 99 ricorda come tale circostanza veniva favorita dallo stesso contenuto dei libri giustinianeî - D. 1, 3, 26, "*non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur*"; D. 1, 3, 27, "*ideo, quia antiqui ores trahius itatum est, semper quasi hoc legibus in esse credi oportet, ut eas quoque persona set ad eas res pertinent, quae quandoque similes erunt*"; D. 1, 3, 28, "*Sede posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatori*".

riassumersi tutta la metafora del *corpus*, cioè dell'organizzazione sottostante alla cultura giuridica¹⁸.

Un lavoro, dunque, che vedeva la centralità¹⁹ dei testi giustiniani, "luogo a cui ricondurre ogni asserto"²⁰, che non esauriva il compito del giurista, cioè quello di dare disciplina alle vicende della vita.

¹⁸ Per i tratti caratteristici di queste vicende vedi F. Calasso, **Medioevo del diritto**, p. 81 ss. Sulla metafora del *Corpus* vedi F. Calasso, **Gli Ordinamenti giuridici nel Rinascimento medievale**, Milano 1949, p. 25: "In un celebre passo dell'**Apologeticum** [cap. 39], Tertulliano, disegnando lo schema della Chiesa delle catacombe, identifica e separa ben nettamente i due elementi essenziali; quello per così dire organizzativo e strutturale - «*corpus sumus*» - e quello normativo - «*disciplina praeceptorum inculcationibus densamus*»".

¹⁹ F. Wieacker, **Storia del diritto privato moderno**, vol. I, Milano 1967, p. 61: "Il Medioevo recepì il patrimonio culturale dell'Antichità facendone lo schema vincolante e metastorico della propria vita: per questo i testi antichi apparivano intangibili nella loro validità, pur se nella loro utilizzazione (e, se ne era il caso, la loro applicazione) nel nuovo contesto storico rimase un compito che richiese incessantemente il più alto sforzo dell'intelletto interpretante.

²⁰ S. Caprioli, **Introduzione a Modi arguendi. Testi per lo studio della retorica nel sistema del diritto comune**, Spoleto 2006, p. 3: "Quando il sapere abbia il suo fondamento in un testo d'autorità, visto come onnicomprensivo, si impone a tutti l'obbligo di trovare nelle pagine di questo il luogo a cui ricondurre ogni asserto". Vedi anche S. Caprioli, **Introduzione**, nota 1. Per i maestri medievali, è da leggere la lezione di Accursio, gl. *Notitia* ad D. 1.1.10, *de iustitia ed de iure*, l. *iustitia*: "*Sed nunquid [...] oportet quod quicumque uult iuris prudens uel irisconcultus esse debet theologiam legere responde non iam omnia in coprire iuris inueniuntur*". Su tale aspetto, così S. Caprioli, **Per uno schedario**, p. 321-322: "[...] il testo è fondamento d'ogni possibile sapere, non altro che il testo; ed acquisizione, così come trasmissione, del sapere è lettura del testo. Tutto il mondo dunque è già scritto, e null'altro resta da fare per acquistarne o trasmetterne la conoscenza se non leggere; e la sola scrittura possibile, dopo la Scrittura che è il testo, è una apra quella *littera* alla mente del lettore o dell'ascoltatore: la chiosa, appunto". Meditate riflessioni su queste lucide righe sono quelle di M. Bellomo, **Una nuova figura di intellettuale: il giurista**, in C. Violante, J. Fried (a cura di), **Il secolo XI, una svolta?**, Bologna 1993, p. 247. Esempio di notaio che argomenta poetando è in F. Calasso, **Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano**, Milano 1967, p. 96, da leggere con quanto scrive M. Bellomo, **Una nuova figura di intellettuale**, p. 241: "Talvolta avveniva, e certo più frequentemente fra il secolo X e il secolo XI, che qualcuno di loro citava una 'legge' del passato o del presente (un capitolo edittale, un capitolare, o un canone o altra norma della Chiesa): ma per il *iudex* come per il *notarius* era indifferente porre una 'norma' accanto ad un brano delle Sacre Scritture, o ad un fondamento della prosa dei Padri della Chiesa, latino o greco: tanto lo era che ancora verso la fine del secolo XII un giovane provenzale (destinato a diventare grande giurista), Bernardo Dorna, appena arrivato a Bologna, nella scuola del celebre Azzone si avventurava a citare versi di Ovidio al posto delle leggi di Giustiniano, trovando la cosa del tutto naturale certamente per abitudini della sua patria d'origine, ma per questo si attirava i più aspri rimproveri e la più severa riprovazione dell'autorevole maestro". Per i rimproveri azzoniani M. Bellomo, **Una nuova figura di intellettuale**,

I testi giustinianeî, nella concreta quotidianità dell'attività giuridica, potevano direttamente contenere la soluzione ai problemi pratici; la cultura giuridica, in questo caso, parlava di *casus legis*. Parla, invece, di *quaestio*, quando la ricerca della disciplina richiederà "determinazione di precetti dati altri precetti"²¹, cioè l'*interpretatio*²².

L'*interpretatio*, si configurava quale facoltà, non come un dovere. Non mera cognizione degli enunciati normativi – *expositio* –, ma constatazione della presenza dell'assenza di disciplina all'interno dei *libri legales*. E non era, dunque, dovere coerentemente attribuito ai pubblici funzionari degli organi competenti, a differenza di come verrà inquadrata l'attività ermeneutica dai moderni stati di diritto²³.

È grazie all'attività del giurista, alle discipline costruite per mezzo di quell'attività *nomopoietica* che era l'*interpretatio*, che il sistema del diritto comune può vedere e vide due versanti: lo *ius civile*, contenuto appunto nei

p. 241, nota 8. Diverso approccio manifesta J. Le Goff, **Gli intellettuali nel Medioevo**, Milano 2008, dove, tuttavia, non è evidenziata la portata della *scientia iuris* a partire dalla scuola di Bologna, in relazione soprattutto al panorama culturale coevo.

²¹ S. Caprioli, voce **Interpretazione nel diritto medievale e moderno**, Digesto IV edizione X civile, Torino 1993, pp. 13-25, poi **Lineamenti dell'interpretazione**, Perugia 2002; in seguito, col medesimo titolo, ma con l'aggiunta di "Un'avvertenza" – pp. 7-28 – San Marino 2008, p. 31.

²² La particolarità e la peculiarità dell'attività del giurista, cui *interpretatio* ne riassume i motivi, vede necessaria una netta linea di demarcazione con "interpretazione". Demarcazione che è poi delimitazione di campi semantici nei quali si riverbera tutta la differenza tra sistema del diritto comune e quel programma fatto di costituzione formale e codici. È circostanza sulla quale insiste anche V. Crescenzi, **Problemi dell'interpretatio nel sistema del diritto comune classico**, in **El dret comú i Catalunya. Actes del II.ºn Simposi Internacional, Barcelona 31 maig-1 juny 1991**, Barcelona 1992, pp. 168-206, soprattutto (p. 206): "[...] si dovrebbe poter partire, per ricostruire, in termini storiograficamente più ricchi e competenti una funzione così strettamente connessa con l'essenza stessa della scienza giuridica, anche se una accezione di *interpretatio* [...] non si esaurisce nella scuola, nell'ambito del pensiero giuridico, ma trova il suo terreno altrettanto pertinente in tutte le manifestazioni dell'esperienza giuridica di diritto comune".

²³ Il riferimento è al codice di Napoleone – seguo la traslitterazione dell'edizione del *Codice di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia* (1806), rist. anast. Padova 1989 –, all'articolo 4 – "se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro di lui come colpevole di negata giustizia" – ed al successivo art. 5 – "è proibito ai giudici di pronunciare in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza".

libri giustinianeî, inteso come disciplina *in omne aeuum seruanda*²⁴ o *in perpetuum ualitura*²⁵, i cui criteri verranno utilizzati per dare disciplina alle vicende della vita non disciplinate. Secondariamente e conseguentemente, l'insieme di *iura propria* che vigevano "nei singoli territori in cui venisse esercitato un potere sovrano, analogo a quello imperiale, il *ius ciuile* trovava deroga nelle norme poste dall'organo legislativo del particolare ordinamento"²⁶.

Erano *ius proprium* gli Statuti comunali; le discipline che si coagulavano attorno al "diritto dei mercanti"²⁷ – la *lex mercatoria* – e alle corporazioni; gli ordinamenti monarchici; gli ordinamenti universitari, per via di quell'*Authentica Habita* di Federico Barbarossa (1158)²⁸.

Come disciplina giuridica particolare, gli *iura propria* sospendevano l'efficacia dello *ius ciuile*, senza abrogarlo. L'insieme dei rapporti in cui può registrarsi la deroga allo *ius ciuile* aumentava o diminuiva da ordinamento ad ordinamento, in relazione all'ampiezza della deroga posta dal singolo *ius proprium*.

Il rapporto tra lo *ius ciuile*, visto come generale, e gli *iura propria*, cioè i diritti particolari, deve essere inquadrato nel sistema, cioè all'interno di una

²⁴ *Const. Omnem* 11; *const. Tanta* 23 e C. 1.17.2.23.

²⁵ C. 3.1.14.1.

²⁶ S. Caprioli, **Varianti e costante**, p. 639.

²⁷ Vedi le analisi di U. Santarelli, **Mercanti e società tra mercanti**, Torino 1992, pp. 27-39.

²⁸ Sui riflessi sociali dell'università è da leggere F. Treggiari, «**Doctoratus est dignitas**»: **la lezione di Bartolo**, in F. Treggiari (a cura di), **Per la storia dell'università di Perugia**, Bologna 2014, pp. 35-45.

sostanziale *unità*²⁹. Non dunque una antitesi, una contrapposizione, ma parti di un tutto³⁰.

2. "SISTEMI" A DIRITTO COMUNE: PER UNA CONCRETA DETERMINAZIONE DELLA DEROGA

L'approccio storiografico che viene strutturato attorno al sistema del diritto comune vede questa espressione usata in senso euristico, mostrando un fatto storico, quello della vigenza del diritto giustiniano. Quest'ultima circostanza rendeva possibile ai giuristi medievali di disciplinare le singole vicende della vita bisognose di disciplina. Come criterio euristico perciò ha funzione ordinante. Si parla di "sistema del diritto comune", al singolare, mostrando l'effetto espansivo o restrittivo che, di volta in volta, assumeva la deroga allo *ius civile*³¹.

²⁹ Vedi F. Calasso, **Medioevo del diritto**, p. 470: "[...] *ius commune* e *ius proprium* debbano essere concepiti quali elementi di un unico sistema normativo: intesi, lo *ius commune*, come il connubio indissolubile e tipico delle due leggi universali, civile e canonica; lo *ius proprium*, come il diritto degli ordinamenti particolari, comprendente quindi anche i diritti speciali ivi vigenti, sia come diritti personali per così dire territorializzati – anomalia di cui danno esempio, coi diritti longobardo e franco, larghe zone dell'Italia meridionale – sia come diritti regolatori di particolari materie *praeter legem*, vale a dire non previste dai diritti universali – così per eccellenza il diritto feudale".

³⁰ Su tale aspetto è da leggere S. Caprioli, **Varianti e costante**, p. 642: "Sistema è l'insieme di norme composte nell'unità giustiniana del *ius civile* [...]. E sistema è l'insieme composto, in ciascun ordinamento, dalle norme proprie di questo e dalle *leges*, dal *ius proprium* appunto e dal *ius commune*". Così F. Treggiari, **Il diritto migrante**, pp. 8-9: "Il diritto comune era diritto sussidiario. Esso era sempre in vigore in tutti gli ordinamenti particolari, ma veniva applicato solo ove non vi fossero norme ad hoc dell'ordinamento particolare. L'applicazione del diritto comune era dunque un'applicazione di secondo grado, giacché l'esistenza di una norma di diritto particolare che disciplinasse il caso concreto aveva la forza di derogare alla norma di diritto comune contrastante (ma non anche la forza di abrogarla implicitamente). Da qui due vantaggi. Il primo era che un conflitto tra *ius commune* e *iura propria* non poteva verificarsi. L'altro era che il sistema non conosceva lacune".

³¹ In tal senso, come si è visto, uno dei maggiori contributi storiografici e metodologici all'inquadramento del sistema del diritto comune, è stato dato da Francesco Calasso. Su Calasso, senza pretesa di completezza, è da leggere B. Paradisi, **Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso**, in **Il diritto comune e la tradizione giuridica europea. Atti del convegno in onore di Giuseppe Ermini**, Perugia 1980, pp. 167-300, oltre che V. Crescenzi, **Diritto comune: Analisi di un concetto, struttura di un'esperienza**, in **El dret comú**, pp. 103-172.

Tale ultimo aspetto rende necessario calare il diritto comune nel tessuto concreto delle deroghe, nella particolare vivacità giuridica del pluralismo medievale. Non più di sistema occorrerà parlare, guardando alla vita concreta di questa esperienza giuridica, ma di "sistemi a diritto comune".

Così Caprioli:

Il senso pregnante di sistema si incontra in questa seconda accezione (sistema, e piuttosto sistemi a diritto comune); ma nessuna ragione impedisce un prudente impiego storiografico nella prima accezione (sistema del diritto comune) – che pure si rifà all'accezione storica –. I due sensi non soltanto non si contraddicono, ma si impongono anzi simultaneamente, giacché riflettono la bipolarità del fenomeno³².

E continuava:

[...] non si può dare alle parole diritto comune un significato – nell'accezione di *denotatum* – unico, fissato una volta per tutte e riscontrabile in ogni luogo. Dire questo vale quanto dire che il diritto comune, se fu il tratto costante in quei mutevoli sistemi di norme che reggevano i singoli ordinamenti, in ciascun ordinamento però trovava determinazione *di volta in volta* [corsivo mio]. La paradossale variabilità della costante diritto comune perde il suo carattere di ossimoro, quando la si consideri nel sistema [...]; cioè quando si riguardino nella loro struttura quegli ordinamenti che si incentravano sul diritto comune [...] Di là da una tradizione storiografica, conclusa nella vana ricerca di essenze, non si può ragionare il diritto comune che sotto la figura relazionale del sistema; e neppure di questo si attinge l'assenza, se non si delinea la sua struttura, caratterizzata dalla *costante n* [corsivo mio], che è il nesso invariabile da cui venivano composte nel singolo ordinamento e nei vari tempi di questo i precetti emanati da istanze normative distinte³³.

³² **Varianti e costante**, p. 642.

³³ S. Caprioli, **Varianti e costante**, p. 640. Vedi sul punto F. Treggiari, **Escursioni sul Titano: l'esperienza sammarinese di Severino Caprioli**, in http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/treggiari_11_atti.pdf, p. 6.

Queste brevi riflessioni, come si è cercato di mettere in luce, vedono la presenza di coordinate metodologiche che tentano di mettere in risalto la struttura di un'esperienza giuridica. Implicitamente, inoltre, cercano di mostrare come protagonista di questa esperienza era l'attività il giurista con la sua attività, *l'interpretatio*.

Un prodotto, dunque, della scienza:

Lo *ius commune* è diritto scientifico. Anche se vi sono coinvolti i giudici con le loro sentenze e i notai con i loro formulari, i protagonisti sono uomini di scienza, certamente non disdegnanti lavori di consulenza per i poteri costituiti, per i giudici, per i privati ma, innanzi tutto, maestri di diritto, *doctores*, demiurghi grandi e piccoli della nuova *scientia iuris* che trovava nella folta diaspora universitaria il suo luogo d'elezione [...] Alla scienza è confidato il compito di ordinare giuridicamente il tesuto socio-politico del proprio tempo³⁴.

Come accennato in apertura a queste brevi riflessioni, il sistema del diritto comune è un'organizzazione che, per i criteri orizzontali sopra descritti, non può sovrapporsi alle tendenze del mondo contemporaneo. Nonostante il recente passato abbia coniato espressioni come "*new medievalism*"³⁵, i criteri ordinanti del sistema del diritto comune non sono in grado di sovrapporsi alla verticalità con cui anche le tendenze contemporanee, volente o nolente, sono costrette a rapportarsi.

BIBLIOGRAFIA (Si riportano in bibliografia i testi consultati di sola storiografia, preferendo citare le fonti, sia quelle relative al *corpus iuris*, che quelle dei giuristi medievali, di volta in volta nel testo dell'elaborato):

³⁴ P. Grossi, **Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?**, in Quaderni fiorentini, 31 (2002), p. 56.

³⁵ A. Wolfers, *Discord and Collaboration: Essays on International politics*, Baltimore 1962, pp. 241-242, in D. D'Andrea, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo tra post-moderno e nuovo medioevo*, in Quaderni fiorentini, 31 (2002), p. 77, laddove: "Nel 1962, in piena Guerra Fredda, un realista americano classico coniava l'espressione "New Medievalism" per indicare la direzione verso cui sembrava convergere una serie di trasformazioni della politica internazionale: la perdita di distinzione fra dimensione interna ed arena internazionale, l'affermarsi di lealtà multiple e l'esistenza di livelli sovrapposti e confliggenti di potere/autorità".

- F. Alunno Rossetti, **Severino Caprioli e le Conversazioni bartoliane dell'86**, in *Studi medievali*, Serie terza, Anno LVIII-fasc. II, Spoleto 2017, pp. 843-861
- M. Bellomo, **Una nuova figura di intellettuale: il giurista**, in C. Violante, J. Fried (a cura di), **Il secolo XI, una svolta?**, Bologna 1993.
- F. Calasso, **Gli Ordinamenti giuridici nel Rinascimento medievale**, Milano 1949.
- F. Calasso, **Medioevo del diritto, I. Le fonti**, Milano 1954.
- F. Calasso, **L'eredità di Bartolo, in Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario**, vol. I, Milano 1962, pp. 3-21.
- F. Calasso, **Bartolo da Sassoferrato**, in *Dizionario biografico degli italiani*, VI, pp. 640-669, poi in *Annali di storia del diritto*, IX (1965), pp. 472-520.
- F. Calasso, **Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano**, Milano 1967.
- F. Calasso, **Il concetto di «diritto comune»**, in *Archivio giuridico*, CXI (1934), pp. 59-97, poi in **Introduzione al diritto comune**, Milano 1970.
- S. Caprioli, **Per uno schedario di glosse preaccursiane. Struttura e tradizione della prima esegesi giuridica bolognese**, in **Per Francesco Calasso. Studi degli allievi**, Roma 1978.
- S. Caprioli, voce **Interpretazione nel diritto medievale e moderno**, *Digesto* IV edizione X civile, Torino 1993, pp. 13-25.
- S. Caprioli, in **Varianti e costante del diritto comune**, in *Rivista di diritto civile*, 1993, II, p. 639 ss.
- S. Caprioli, **Modi arguendi**. Testi per lo studio della retorica nel sistema del diritto comune, Spoleto 2006.
- S. Caprioli, **Lineamenti dell'interpretazione**, San Marino 2008.

S. Caprioli, **La sorte di Bartolo**, in **Bartolo da Sassoferrato nel VII centenario della nascita: diritto, politica, società**, Spoleto 2014, pp. 1-32.

S. Caprioli, **Satura lanx 16. Fine dello stemmatizzare. Struttura, fondamento, funzione degli stemmi**, in Studi senesi, XCIII (III serie, XXX) (1981), pp. 403-416, poi in **Satura lanx. Studi di storia del diritto italiano**, Spoleto 2015.

V. Crescenzi, **Diritto comune: Analisi di un concetto, struttura di un'esperienza, El dret comú i Catalunya**. Actes del II.^{on} Simposi Internacional, Barcelona 31 maig-1 juny 1991, Barcelona 1992, pp. 103-172.

V. Crescenzi, **Esiste un problema storico della statualità medievale?**, in Diritto romano attuale, 19/2008, pp. 173-188.

C. Frova, M.G. Nico Ottaviani, S. Zucchini (a cura di), **VI Centenario della morte di Baldo degli Ubaldi 1400-2000**, Perugia 2005.

P. Grossi, **Epicedio dell'assolutismo giuridico**, in Quaderni fiorentini 17(1988), pp. 517-532.

P. Grossi, **Un diritto senza stato** (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale), in Quaderni fiorentini, 25 (1996), pp. 267-284.

P. Grossi, **L'ordine giuridico medievale**, Bari 1997

P. Grossi, **Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?**, in Quaderni fiorentini, 31 (2002), pp. 39-57.

J. Le Goff, **Gli intellettuali nel Medioevo**, Milano 2008.

J. Le Goff, **Il tempo continuo della storia**, Roma-Bari 2014.

C.H. Haskins, **Il Rinascimento del XII secolo**, Bologna 1998.

E. Menestò, **Problemi di edizione degli statuti comunali**, in **Gli statuti comunali umbri. Atti del convegno in occasione del VII Centenario della promulgazione dello Statuto Comunale di Spoleto (1296-1996)**, a cura di Enrico Menestò, Spoleto 1997 (Quaderni del "centro per il collegamento degli studi medievali e umanistici nell'Umbria", 39), pp. 370-381.

P. Mari, **Testo, interpretazione e filologia nell'opera di Severino Caprioli**, in G. Diurni, P. Mari, F. Treggiari (a cura di), **Per saturam. Studi per Severino Caprioli**, Spoleto 2008, pp. 563-585.

B. Paradisi, **Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso**, in **Il diritto comune e la tradizione giuridica europea**. Atti del convegno in onore di Giuseppe Ermini, Perugia 1980, pp. 167-300.

V. Piano Mortari, **Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana**, in **Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali**, Napoli 1976.

U. Santarelli, **Mercanti e società tra mercanti**, Torino 1992, pp. 27-39.

V. Scialoja, **Corso di istituzioni di diritto romano**, Roma 1934.

V. Scialoja, nel suo discorso camerte del 1880, **Del diritto positivo e dell'equità**, in http://afg.unicam.it/sites/d7.unicam.it.afg/files/Scialoja_ok.pdf.

G. Tarello, **Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto**, Bologna 1976.

F. Treggiari, **Le ossa di Bartolo. Contributo alla storia della tradizione giuridica perugina**, Perugia 2009.

F. Treggiari, «**Doctoratus est dignitas**»: **la lezione di Bartolo**, in F. Treggiari (a cura di), **Per la storia dell'università di Perugia**, Bologna 2014, pp. 35-45.

F. Treggiari, **Sulle edizioni dei Consilia, quaestiones e tractatus di Bartolo da Sassoferrato**, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 27 (2016), pp. 159-184.

F. Treggiari, **Escursioni sul Titano: l'esperienza sammarinese di Severino Caprioli**, in http://www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/treggiari_11_atti.pdf

F. Wieacker, **Storia del diritto privato moderno**, vol. I, Milano 1967.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO E A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE

Clovis Demarchi⁴⁸³

Elson Roberto de Souza Júnior⁴⁸⁴

INTRODUÇÃO

La presencia del hombre sobre la tierra, como la de cualquier otra especie, supone inexcusablemente sua **interacción con la naturaleza**. En directa relación con sus capacidades y con el número de sus individuos, todas las especies alteran su entorno para atender a sus necesidades vitales. La singularidad de hombre, en este aspecto, se constriñe a sus portentosas capacidades, físicas e intelectuales, y a su exclusiva facultad de **generar nuevas necesidades** que van mucho más de las derivadas de su subsistencia.⁴⁸⁵

O artigo tem por finalidade a elucidação do princípio Constitucional do Mínimo Existencial Ecológico, esculpido no art. 225, insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob o enfoque da dimensão social do princípio da Sustentabilidade.

Inicialmente, se verificará o contexto histórico do Princípio da Sustentabilidade, bem com seus principais vértices, percorrendo, posteriormente, acerca da sua dimensão social e do mínimo existencial

⁴⁸³ Doutor e mestre em Ciência Jurídica. Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina. E-mail: demarchi@univali.br. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-0853-0818>

⁴⁸⁴ Mestrando em Ciência Jurídica, pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogado. Endereço eletrônico: elsonroberto.adv@gmail.com

⁴⁸⁵ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho Ambiental, in: Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 18, n 3. set-dez 2013. p. 347-368. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>. Acesso em 20 jun. 2018..

ecológico, a fim de se verificar a dependência entre ambos e sua relação com a dignidade da pessoa humana.

O problema desta pesquisa pode ser descrito na seguinte indagação: Qual o caminho percorrido pelo Princípio da Sustentabilidade e o Direito Ambiental? O Mínimo Existencial Ecológico está inserido na Dimensão Social da Sustentabilidade?

A hipótese para esse problema surge, inicialmente, de uma maneira positiva, notadamente porque o respeito à dimensão social da sustentabilidade depende da observância do mínimo existencial ecológico, sendo um pressuposto da existência do outro.

O Objetivo Geral deste estudo é investigar as principais particularidades do mínimo existencial ecológico, sob a ótica da dimensão social da sustentabilidade. Os Objetivos Específicos podem ser descritos como: a) Definir a categoria Princípio da Sustentabilidade, com a exposição do contexto histórico do seu surgimento, bem como das suas principais dimensões; b) Discorrer sobre a dimensão Social da Sustentabilidade; c) Discorrer sobre o princípio do Mínimo Existencial Ecológico.

O critério metodológico utilizado para essa investigação foi a base indutiva com a técnica da Pesquisa Bibliográfica.

1 O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE E O DIREITO AMBIENTAL: CONTEXTO HISTÓRICO E PRINCIPAIS DIMENSÕES

O princípio da sustentabilidade surgiu quando se tomou consciência de que as alterações produzidas no meio ambiente natural, de forma irresponsável, ou até mesmo irracional, poderia influenciar diretamente na existência do ser humano na Terra.

Nesse assunto, Ferrer⁴⁸⁶, que explica:

⁴⁸⁶ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho Ambiental, in: Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 18, n 3. set-dez 2013. p. 347-368. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>. Acesso em 20 jun. 2018..

En efecto, pronto se entendió que contaminar um río o arrasar un bosque podía producir más desventajas que beneficio, por lo que, en cuanto la madurez de la organización social así lo permitió, surgieron las primeras normas para evitar que las intervenciones sobre el entorno más próximo pudieran imposibilitar o dificultar la satisfacción, acutal o futura, de necesidades esenciales para la coletividad.

Compreender o princípio da sustentabilidade consiste no fato de perceber a Natureza e todo meio ambiente natural como um ser próprio, digno de seus próprios direitos, ou seja, reconhecendo-se seu valor intrínseco e não somente sob a ótica dos benefícios que ela traz à sobrevivência humana.

Melhor dizendo, para compreender o conceito de Natureza em sentido próprio, dentro do princípio da sustentabilidade, ela deve ser vista como um fim em si mesmo, ou seja, totalmente independente, e não como um instrumento dos seres humanos, visão claramente antropocentrista, conforme diria Bosselman⁴⁸⁷.

Esta evolução do pensamento humano, ou seja, abandonando a visão antropocêntrica para uma visão ecocentrista, é uma mudança atual e histórica, pois a visão do ser humano no centro do universo encontra-se profundamente enraizada em nosso ser.

Pois, a formulação Kantiana coloca a ideia de que o ser humano não pode ser empregado como simples meio (ou seja, objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomada como fim em si mesmo (ou seja, sujeito) em qualquer relação, seja em face do Estado, seja em face de particulares, ou até mesmo quanto a natureza.⁴⁸⁸

Nesse contexto, o princípio da sustentabilidade consiste, além disso, no uso moderado dos recursos naturais, de forma totalmente equilibrada, pensando na geração atual e também nas futuras, que irão herdar nosso

⁴⁸⁷ BOSSELMANN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 145

⁴⁸⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008. p. 31

planeta e também vão precisar se valer dos mesmos recursos que dispomos hoje em dia.

Então, de forma sintética, o princípio da sustentabilidade consistiria na preservação de um meio ambiental saudável e equilibrado, com uso racional de suas riquezas, pensando nas gerações atuais e futuras.

Nesse sentido, conforme leciona o professor Gabriel, os primeiros estudos com mais profundidade sobre o assunto foram encapados pelo Clube de Roma, cujo qual explicava os problemas de crescimento que prejudicavam o planeta.

Embora tenham existido outros estudos sobre o assunto, foram os estudos do Clube de Roma que tiveram maiores repercussões globais. Inclusive, deram início para a criação do Direito Ambiental, na Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, ocorrida em Estocolmo, em 1972⁴⁸⁹.

Registra-se que a Conferência Internacional para o Meio Ambiente em Estocolmo, na Suécia, foi e ainda é um marco histórico-político de uma série de iniciativas de ações nacionais e internacionais que passam a dar um novo tratamento a temas como sustentabilidade.⁴⁹⁰

De modo inclusive ao trazido até agora, não poderíamos deixar de incluir, também, o apoio Carson, que "*contou a 'Fabula para o amanhã' em sua obra Primavera Silenciosa e lançou a semente do que se tornaria mais tarde uma revolução social e cultural.*"⁴⁹¹

⁴⁸⁹ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho Ambiental, in: Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 18, n 3. set-dez 2013. p. 347-368. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>. Acesso em 20 jun. 2018..

⁴⁹⁰ GUIMARÃES, Roberto P. A assimetria dos interesses compartilhados: América Latina e a agenda global do meio ambiente. in: LEIS, H. R. (org.). Ecologia e política mundial. Rio de Janeiro, Vozes/FASE, 1991.

⁴⁹¹ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O caminho para sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (org.) Debates Sustentáveis: Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 9. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202015%20DEBATES%20SUSTENT%20C3%81VEIS%20AN%20C3%81LISE%20MULTIDIMENSIONAL%20E%20GOVERNAN%20C3%87A%20AMBIENTAL.pdf>. Acesso 20 jul. 2018.

Assim, com o desenvolvimento de estudos e dos pronunciamentos científicos, "la legislación ambiental prolifera y surgen las primeras construcciones dogmáticas y doctrinales."⁴⁹²

Consequentemente, a "primeira onda", ou também conhecida como "primeiro impulso" do Direito Ambiental, ou seja, a constitucionalização do Direito ambiental ao redor do globo terrestre, aliado a necessidade de estabelecer limites ao crescimento.

Já a denominada segunda onda ocorre com o surgimento dos de entidades não governamentais, tais como ONG's e outros inúmeros movimentos da sociedade organizada (terceiro setor) preocupados com os caminhos que o planeta estava seguindo⁴⁹³.

A terceira onda ocorreu na Terceira Conferência Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em 2002, em Johannesburgo, na África do Sul e foi nessa apresentação que "houve a integração entre os três grandes componentes da sustentabilidade: o econômico, o ambiental e o social."⁴⁹⁴

⁴⁹² FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho Ambiental, in: Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 18, n 3. set-dez 2013. p. 347-368. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>. Acesso em 20 jun. 2018.

⁴⁹³ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho Ambiental, in: Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 18, n 3. set-dez 2013. p. 347-368. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>. Acesso em 20 jun. 2018.

⁴⁹⁴ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O caminho para sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (org.) Debates Sustentáveis: Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 18. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202015%20DEBATES%20SUSTENT%3%81VEIS%20AN%3%81LISE%20MULTIDIMENSIONAL%20E%20GOVERNAN%3%87A%20AMBIENTAL.pdf>. Acesso 20 jul. 2018.

Embora se tenha conhecimento de outras ondas e dimensões, tais como quarta onda, exposta por Ferrer⁴⁹⁵, e dimensão tecnológica⁴⁹⁶, que começam a ser levantadas e estudadas pela doutrina especializada.

A partir de agora, de forma didática, as três dimensões supracitadas, ou seja, a ambiental, a econômica e a social da sustentabilidade, serão apresentadas em itens separados, para obter melhor compreensão da matéria.

2 DIMENSÕES DA SUSTENTABILIDADE

2.1 DA DIMENSÃO ECOLÓGICA

Há tempos a sociedade de consumo vem exigindo cada vez que cadeias produtivas utilizem de modo irresponsável, ou, até mesmo, irracional, os recursos naturais existentes em nosso planeta. Então, buscando compreender tais efeitos negativos, começa a busca pela diminuição de tais atos.

Segundo bem explica Cruz e Ferrer⁴⁹⁷, ela é a primeira dimensão da sustentabilidade, e, também, a mais conhecida. A primeira, porque o motor das preocupações de alcance global, que movimentaram a comunidade internacional para propor ações comuns foi, precisamente, a tomada de consciência de que o ecossistema planetário não seria capaz de resistir às agressões do modelo de vida recente e isso colocava em questão a nossa própria sobrevivência

⁴⁹⁵ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía juntos el futuro? Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012, disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em 18 jul. 2018.

⁴⁹⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade. Itajaí: Univali, 2012. p. 112.

⁴⁹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. Revista Sequência, Florianópolis, v. 36, n. 71, 2015. p. 6. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239>. Acesso em 20 jul. 2018.

Nesse contexto, a irresponsabilidade do ser humano em relação à utilização insensata dos recursos naturais do planeta, conseqüentemente, até praticamente levar ao seu esgotamento, começou a colocar em risco não só a fauna, a flora e outras espécies, mas a própria raça humana.

Assim, a dimensão ecológica, ou também denominada dimensão ambiental, está relacionada à importância da proteção do meio ambiente natural e do direito ambiental e tem como finalidade precípua garantir a sobrevivência do planeta através da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos, considerando sempre o alcance da melhor qualidade de vida do homem na terra.⁴⁹⁸

Dessa forma, ela prevê, basicamente, a consideração do direito das gerações atuais e futuras ao ambiente limpo em todos os seus aspectos. Esta dimensão trata de abarcar, principalmente, a ideia de que não poderá haver qualidade de vida e longevidade digna em um ambiente degradado ou no limite, não podendo haver a manutenção da vida humana com qualidade.

2.2 DA DIMENSÃO ECONÔMICA

Já a dimensão econômica, foca-se no desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida às pessoas, com o máximo respeito ao meio ambiente possível.

Tal dimensão ganhou maior importância com a queda das barreiras internacionais e, conseqüentemente, livre comercialização de mercadorias e serviços. Conforme Freitas, "A natureza não pode mais ser vista como simples capital e a regulação homeostática se faz impositiva, sem o desvio caracterizado dos aspectos do fundamentalismo do livre mercado, que ignoram a complexidade do mundo natural."⁴⁹⁹

⁴⁹⁸ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O caminho para sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (org.). Debates Sustentáveis: Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 26. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202015%20DEBATES%20SUSTENT%3%81VEIS%20AN%3%81LISE%20MULTIDIMENSIONAL%20E%20GOVERNAN%3%87A%20AMBIENTAL.pdf>. Acesso 20 jul. 2018.

⁴⁹⁹ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum,

Neste viés, Almeida estabelece que a "A sustentabilidade é usualmente vista como o equilíbrio entre a sociedade, o ambiente e a economia. [...] mas é claro que o meio ambiente continuará a existir com ou sem a sociedade e sua economia."⁵⁰⁰

Ou seja, a partir da dimensão econômica da sustentabilidade, tanto a cadeia de consumo, como a própria cadeia de produção, precisam ser completamente readequadas, no sentido de que sejam realizadas respeitando o meio ambiente e todo o ecossistema.

Nesse contexto, conforme explica Albuquerque⁵⁰¹, os custos pela degradação ambiental devem ser inseridos nas contas dos países, pois a exaustão dos recursos naturais acarretada pela atividade econômica precisa ser levada em consideração quando do cômputo de perdas e ganhos da sociedade.

2.3 DA DIMENSÃO SOCIAL

A dimensão social consiste no aspecto relacionado às qualidades dos seres humanos e está baseada na melhoria da qualidade de vida da sociedade através da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria⁵⁰².

A dimensão social do princípio da sustentabilidade pode ser entendida como "[...] o abrigo dos direitos fundamentais, trazendo a ideia de que não se admite um modelo de desenvolvimento excludente e iníquo [...]"⁵⁰³.

2009. p. 65

⁵⁰⁰ ALMEIDA, Fernando. Desenvolvimento Sustentável 2012-2050: visão, rumos e contradições. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 37.

⁵⁰¹ ALBUQUERQUE, José de Lima. Gestão ambiental e responsabilidade social: conceitos, ferramentas e aplicações. São Paulo: Atlas, 2009. p. 209

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O caminho para sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (org.). Debates Sustentáveis: Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 26. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202015%20DEBATES%20SUSTENT%3%81VEIS%20AN%3%81LISE%20MULTIDIMENSIONAL%20E%20GOVERNAN%3%87A%20AMBIENTAL.pdf>. Acesso 20 jul. 2018..

⁵⁰³ GARCIA, Heloíse Siqueira; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. A democracia participativa como instrumento de alcance do princípio da sustentabilidade. Revista

Conforme explica Ferrer⁵⁰⁴, ela atua “desde la protección de la diversidad cultural a La garantía real del ejercicio de los derechos humanos, pasando por acabar com cualquier tipo de discriminación o el acceso a La educación, todo cae bajo esta rúbrica”.

Faria⁵⁰⁵, ao designar a sustentabilidade social, considera que seja a “[...] melhoria da qualidade de vida da população, equidade na distribuição de renda e de diminuição das diferenças sociais, com participação e organização popular”.

O problema da má distribuição de renda como forte vilã da preservação ambiental, porquanto gera descompasso no desenvolvimento social⁵⁰⁶:

Tem-se, pois, que a dimensão social da Sustentabilidade é fundamental para os conceitos de pacificação social e distribuição equitativa de oportunidades, uma vez que seu principal objetivo é diminuir a evidente desigualdade social.

Nesse sentido, o combate da pobreza é reconhecido como o maior desafio da sociedade internacional, sendo um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável⁵⁰⁷.

Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.10, n.1, 2015. p. 504. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7179/4078>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁵⁰⁴ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía juntos el futuro?. p. 322. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012, disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em 18 jul. 2018.

⁵⁰⁵ NEVES, Lafaiete Santos (org). Sustentabilidade. Anais de textos selecionados do V seminário sobre Sustentabilidade. Curitiba: Juruá, 2011, p. 17.

⁵⁰⁶ BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 6, n. 2, 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

⁵⁰⁷ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O caminho para sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (org.). Debates Sustentáveis: Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 19. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202015%20DEBATES%20SUSTENT%20C3%81VEIS%20AN%20C3%81LISE%2>

Assim, a dimensão social compreende o abrigo dos direitos fundamentais sociais, trazendo a ideia de que não se admite um modelo de desenvolvimento excludente e iníquo, lidando, deste modo, com a garantia da equidade intra e intergeracional, com a criação de condições para a potencialização das qualidades humanas através, principalmente, da garantia de educação de qualidade; e com o desenvolvimento do garantismo à dignidade de todos os seres presentes no planeta. Em sendo assim, é impossível a proteção do meio ambiente se a proteção aos direitos sociais não se apresentar equilibrada⁵⁰⁸.

Portanto, a dimensão social busca trazer aqueles excluídos do sistema ordinário, com intuito de lhe proporcionar o mínimo necessário para uma boa vivência.

Destaca-se que no Brasil, os direitos sociais estão garantidos no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, estando eles diretamente relacionados a Sustentabilidade, em especial à sua dimensão social, porquanto visam garantir uma igualdade social e melhor condição de vida.

Como se vê, o aspecto social da sustentabilidade remete à necessidade de desenvolvimento social, até porque sem isso ele não existe, em observância e respeito aos direitos fundamentais que garantem uma existência digna, de modo que vai além de uma mera conservação da vida, ou seja, de sobrevivência. O que se busca é uma vida com dignidade e qualidade.

3 DO MÍNIMO EXISTENCIAL ECOLÓGICO

O Mínimo Existencial Ecológico consiste na identificação entre os

OMULTIDIMENSIONAL%20E%20GOVERNAN%C3%87A%20AMBIENTAL.pdf.

Acesso 20 jul. 2018.

⁵⁰⁸ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável. *Jurídicas*. n.1, v. 10, p. 31-46. Manizales (Colômbia): Universidade de Caldas. Disponível em: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas10\(1\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas10(1)_3.pdf). Acesso em: 12 jan. 2018.

aspectos sociais e ecológicos imprescindíveis para desenvolver e manter a vida em condições dignas. O direito ao saneamento básico demonstra que a articulação entre direitos sociais e ambientais converge para uma tutela mais efetiva do direito à vida digna em condições saudáveis, porque sem o mínimo de infraestrutura a vida se torna indigna e excludente.⁵⁰⁹

A Constituição da República Brasileira de 1988⁵¹⁰, mais precisamente, no título VIII, denominado "Da Ordem Social", capítulo VI, denominado "Do meio Ambiente", no seu artigo 225, dispõe que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Desta forma, o mínimo existencial pode ser compreendido como “[...] conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade [...]”, desta forma, entende-se que [...] não pode ser restringido à noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais⁵¹¹.

À medida que Estado pronuncia a proteção da vida e dignidade humana, a desigualdade social é desconcertante, com um imenso número de pessoas subjugadas à situação de extrema pobreza, marginalizadas em condições insustentáveis, e neste contexto, é importante entender que a exclusão social e a sociedade de risco estão intimamente relacionadas porque o estado de fragilidade se estende por todo projeto de vida.⁵¹²

⁵⁰⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008. p. 274.

⁵¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 2018.

⁵¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental. Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

⁵¹² GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O caminho para sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (org.). Debates Sustentáveis: Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 37. Disponível

Embora exista texto expresso insculpido em nossa maior Carta Jurídica, é flagrante que esse mínimo existencial ecológico não é respeitado, pois milhões de pessoas vivem em situação extrema de pobreza, conseqüentemente, não usufruindo qualquer meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou, sequer, infraestrutura básica.

A exclusão social envolve o sentimento de fraqueza e abandono pela precariedade da cidadania, pela injusta distribuição de recursos, pela falta de sentimento de pertencimento, e se reverbera em cadeia, na dimensão econômica/financeira, jurídica, social, cultural, política, ambiental, impedindo a denominação de Estado, efetivamente, democrático.⁵¹³

Conseqüentemente, os danos ambientais são evidentes, em razão das pessoas terem inúmeros outros problemas a serem resolvidos e, colocando-os numa lista de prioridades, infelizmente, a proteção ambiental ficará por último.

Assim, existe meridiana necessidade de fazer uma conciliação entre uma boa qualidade de vida, ou seja, respeitando a dimensão social, com um crescimento econômico da população - dimensão econômica - para somente assim, buscar-se a tão almejada dimensão ambiental, que visa a proteção do meio ambiente, conseqüentemente, a fruição de um mínimo existencial ecológico, conforme disposto no artigo 225 da Constituição Federal.

Para além dos direitos já identificados pela doutrina como "possíveis" integrantes, tais como moradia digna, renda mínima, educação etc., deve-se enquadrar, também, em tal rol uma qualidade de vida ambiental, objetivando a concretização de uma *existência humana digna e saudável* ajustada aos novos valores e direitos constitucionais de matriz ecológica. Trata-se, em verdade, de construir a ideia de um bem-estar existencial que tome em conta

em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202015%20DEBATES%20SUSTENT%3%81VEIS%20AN%3%81LISE%20MULTIDIMENSIONAL%20E%20GOVERNAN%3%87A%20AMBIENTAL.pdf>. Acesso 20 ago. 2018.

⁵¹³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade. Itajaí: Univali, 2012. p. 28.

também a qualidade ambiental.⁵¹⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da pesquisa é possível evidenciar que o desenvolvimento sustentável somente poderá ocorrer com o equilíbrio harmônico das dimensões ambiental, econômica e social do princípio da sustentabilidade.

A busca pela compreensão do Direito Ambiental atual, bem como da Sustentabilidade estão totalmente vinculados, em especial no que toca à observância do mínimo existencial ecológico que, dessa pesquisa, pode-se constatar que se trata de elemento mínimo e essencial à eficácia da dimensão social da sustentabilidade.

O Princípio do Mínimo Existencial Ecológico, conforme encontra-se esculpido no artigo 225, da Constituição Federal, consiste no fato do ser humano ter direito à utilização de um meio ambiente saudável e equilibrado, cujo qual lhe permita ter uma vida digna com fruição de todos os seus direitos. Ou seja, deve-se enquadrar também em tal rol fundamental a qualidade ambiental, com intuito de construir a ideia de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade ambiental.

Nesse enquadramento de ideais, registra-se que a dimensão social da sustentabilidade é de suma importância para concretização do mínimo existencial ecológico, uma vez que a redução da desigualdade social está proporcionalmente relacionada a proteção do meio ambiente, conseqüentemente, sua fruição e melhora para as gerações presentes e futuras.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

⁵¹⁴ FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008. p. 264.

ALBUQUERQUE, José de Lima. **Gestão ambiental e responsabilidade social: conceitos, ferramentas e aplicações**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALMEIDA, **Fernando**. **Desenvolvimento Sustentável 2012-2050: visão, rumos e contradições**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 6, n. 2, 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

BOSELMMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2018.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. Revista Sequência, Florianópolis, v. 36, n. 71, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239>. Acesso em 20 jul. 2018.

FENSTERSEIFER, Tijul. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008.

FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía juntos el futuro?** Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012, disponível em:

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em 18 jul. 2018.

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho Ambiental**, in: Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 18, n 3. set-dez 2013. p. 347-368. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5128>. Acesso em 20 jun. 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. São Paulo: Editora Fórum, 2009.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **O caminho para sustentabilidade**. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (org.) Debates Sustentáveis: Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 26. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202015%20DEBATES%20SUSTENT%20C3%81VEIS%20AN%20C3%81LISE%20MULTIDIMENSIONAL%20E%20GOVERNAN%20C3%87A%20AMBIENTAL.pdf>. Acesso 20 jul. 2018..

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Mínimo existencial ecológico: a garantia constitucional a um patamar mínimo de qualidade ambiental para uma vida humana digna e saudável**. Jurídicas. n.1, v. 10, p. 31-46. Manizales (Colômbia): Universidade de Caldas. Disponível em: [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas10\(1\)_3.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas10(1)_3.pdf). Acesso em: 12 jan. 2018.

GARCIA, Heloise Siqueira; BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. **A democracia participativa como instrumento de alcance do princípio da sustentabilidade**. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.10, n.1, 2015. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7179/4078>. Acesso em: 03 jul. 2018.

GUIMARÃES, Roberto P. **A assimetria dos interesses compartilhados:**

América Latina e a agenda global do meio ambiente. in: LEIS, H. R. (org.).

Ecologia e política mundial. Rio de Janeiro, Vozes/FASE, 1991.

NEVES, Lafaiete Santos (org). **Sustentabilidade. Anais de textos**

selecionados do V seminário sobre Sustentabilidade. Curitiba: Juruá,

2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tijul. **Direito constitucional**

ambiental. Estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a

proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.