ORGANIZADORES

Paulo Márcio Cruz
Bárbara Guasque
Heloise Siqueira Garcia

2016

O ESTADO NO MUNDO GLOBALIZADO: SOBERANIA, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

AUTORES

Fabrício Wloch
Juliete Ruana Mafra Granado
Emerson Rodrigo Araújo Granado
Consuelo Guasque
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni
Adriane Guasque
Bárbara Guasque
Inês Moreira da Costa
Guilherme Ribeiro Baldan
Daniela Lopes de Faria
Christian Norimitsu Ito
James R. May
Erin Daly
Jorge Luiz dos Santos Leal
Jaqueline Moretti Quintero
Paulo Márcio Cruz
Heloise Siqueira Garcia
Levi Hülse
Henrique da Rosa Ziesemer
Rafaela Borgo Koch Schlickmann
Patrícia S. Rodrigues
Ana Carolina Couto Lima de Carvalho
Dhieimy Quelem Waltrich
David N. Cassuto
Drew Levinson
Marcos Vinicius Viana da Silva
Cheila da Silva dos Passos Carneiro
Benedito Antônio Alves
Wilber Carlos dos Santos Coimbra
Claudio Melim
Maximiliano Losso Bunn
Jonathan Cardoso Régis
Patrícia Pasqualini Philippi

EMERON
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA
UNIVALI
ADISU
AGENZIA PER IL DIRITTO ALLO STUDIO UNIVERSITARIO DELL'UMBRIA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Paulo Márcio Cruz
Bárbara Guasque
Heloise Siqueira Garcia
ORGANIZADORES

O ESTADO NO MUNDO GLOBALIZADO: SOBERANIA, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE

AUTORES

Fabrício Wloch
Juliete Ruana Mafra Granado
Emerson Rodrigo Araújo Granado
Consuelo Guasque
Natammy Luana De Aguiar Bonissoni
Adriane Guasque
Bárbara Guasque
Inês Moreira Da Costa
Guilherme Ribeiro Baldan
Daniela Lopes De Faria
Christian Norimitsu Ito
James R. May
Erin Daly
Jorge Luiz Dos Santos Leal
Jaqueline Moretti Quintero
Paulo Márcio Cruz
Heloise Siqueira Garcia
Levi Hülse
Henrique Da Rosa Ziesemer
Rafaela Borgo Koch Schlickmann
Patrícia S. Rodrigues
Ana Carolina Couto Lima De Carvalho
Dhieimy Quelem Waltrich
David N. Cassuto
Drew Levinson
Marcos Vinicius Viana da Silva
Cheila Da Silva Dos Passos Carneiro
Benedito Antônio Alves
Wilber Carlos Dos Santos Coimbra
Claudio Melim
Maximiliano Losso Bunn
Jonathan Cardoso Régis
Patrícia Pasqualini Philippi

ISBN: 978-85-93418-00-6

EMERON
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

ADISU
AGENZIA PER IL DIRITTO ALLO STUDIO UNIVERSITARIO DELL'UMBRIA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

UNIVALI

2016

Diretor da Emeron
Des. Paulo Kiyochi Mori

Vice-Diretor da Emeron
Juiz Guilherme Ribeiro Baldan

Secretário Geral da Emeron
Alberto Ney Vieira Silva

Organizadores
Paulo Márcio Cruz
Bárbara Guasque
Heloise Siqueira Garcia

Autores
Fabrício Wloch
Juliete Ruana Mafra Granado
Emerson Rodrigo Araújo Granado
Consuelo Guasque
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni
Adriane Guasque
Bárbara Guasque
Inês Moreira da Costa
Guilherme Ribeiro Baldan
Daniela Lopes de Faria
Christian Norimitsu Ito
James R. May
Erin Daly
Jorge Luiz dos Santos Leal
Jaqueline Moretti Quintero
Paulo Márcio Cruz
Heloise Siqueira Garcia
Levi Hülse
Henrique da Rosa Ziesemer
Rafaela Borgo Koch Schlickmann
Patrícia S. Rodrigues
Ana Carolina Couto Lima de Carvalho
Dhieimy Quelem Waltrich
David N. Cassuto
Drew Levinson
Marcos Vinicius Viana da Silva
Cheila da Silva dos Passos Carneiro
Benedito Antônio Alves
Wilber Carlos dos Santos Coimbra
Claudio Melim
Maximiliano Losso Bunn
Jonathan Cardoso Régis
Patrícia Pasqualini Philippi

Diagramação/Revisão
Heloise Siqueira Garcia

Capa
Alexandre Zarske de Mello
Heloise Siqueira Garcia

Créditos
Este e-book foi possível por conta da articulação acadêmica para propagação do conhecimento científico entre o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI e a Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON.

Projeto de Fomento
Obra resultado de Convênio de fomento formulado com a Agenzia per il Diritto allo Studio Universitario per l'Umbria – ADISU e com a Escola da Magistraturo do Estado de Rondônia – EMERON.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-93418-00-6
9 788593 418006

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO VII
Dr. Paulo Márcio Cruz XI
MSc. Heloise Siqueira Garcia XI
MSc. Bárbara Guasque XI
GLOBALIZAÇÃO E SUPERAÇÃO DA SOBERANIA MODERNA 12
Fabrício Wloch 12
O CONSTITUCIONALISMO E OS DESAFIOS DO ESTADO NO SÉCULO XXI: OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO, DA TECNOLOGIA E DA SOCIEDADE DE RAPIDEZ 30
Juliete Ruana Mafra Granado 30
Emerson Rodrigo Araújo Granado 30
CAPITALISMO E LIBERALISMO 49
Consuelo Guasque 49
THE DICHOTOMY BETWEEN THE SECULAR STATE AND THE CONFESSIONAL STATE: AN APPROACH ON THE PREVELENCE OF THE SECULARITY IN FAVOUR OF RELIGIOUS FREEDOM 63
Juliete Ruana Mafra 63
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni 63
O COMMON LAW NO DIREITO INGLÊS 80
Adriane Guasque 80
Bárbara Guasque 80
DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO: A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE 103
Inês Moreira da Costa 103
Guilherme Ribeiro Baldan 103
A NECESSÁRIA EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO SOCIAL TEORIZADO POR HERMANN HELLER AO ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL NO BRASIL DIANTE DA CRISE AMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCOS 130
Daniela Lopes de Faria 130
Christian Norimitsu Ito 130
TEN GOOD PRACTICES IN ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM: STRUCTURE, TEXT AND JUSTICIABILITY 153
James R. May 153
Erin Daly 153
SOBERANIA: UM CONCEITO EM TRANSFORMAÇÃO 176
Jorge Luiz dos Santos Leal 176
O ESTADO E A PERSPECTIVA DA TRANSNACIONALIDADE 197
Jaqueline Moretti Quintero 197

A SUSTENTABILIDADE NUMA (NECESSÁRIA) VISÃO TRANSNACIONAL 213
Paulo Márcio Cruz 213
Heloise Siqueira Garcia 213
A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA GOVERNANÇA PARA A SUSTENTABILIDADE 233
Levi Hülse 233
Henrique da Rosa Ziesemer 233
A EMERGÊNCIA DE UMA GOVERNANÇA TRANSNACIONAL PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE 244
Rafaela Borgo Koch Schlickmann 244
GAIA E O MEIO AMBIENTE CONTEMPORÂNEO 257
Patrícia S. Rodrigues 257
A GESTÃO HÍDRICA COMO INDUTORA DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE RIO BRANCO – ACRE 273
Ana Carolina Couto Lima de Carvalho 273
RAÍZES DO BRASIL: AS RESERVAS EXTRATIVISTAS E A FALÊNCIA DA SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA INDIVIDUALISTA DE TOCQUEVILLE 297
Dhieimy Quelem Waltrich 297
CAUTION, PRECAUTION & COMMON SENSE: SOME THOUGHTS ON GMOS, ECOSYSTEMS, AND REGULATING THE UNKNOWN 315
David N. Cassuto 315
Drew Levinson 315
A NECESSIDADE DE ADOÇÃO TRANSNACIONAL DE MEDIDAS PARA PROMOÇÃO DAS PATENTES VERDES: UMA PARTICIPAÇÃO MAIS EFETIVA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL 340
Marcos Vinicius Viana da Silva 340
ASPECTOS ESSENCIAIS ACERCA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA (AAE) 360
Cheila da Silva dos Passos Carneiro 360
AUDITORIA COORDENADA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS, COM FOCO NA SUSTENTABILIDADE DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA AMAZÔNIA BRASILEIRA 379
Benedito Antônio Alves 379
Wilber Carlos dos Santos Coimbra 379
O DESAFIO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA TRANSNACIONAL: UMA BREVE REFLEXÃO A PARTIR DA OBRA DE LENIO STRECK 405
Paulo Márcio Cruz 405
Claudio Melim 405
TRANSNACIONALIDADE E JURISDIÇÃO 422
Maximiliano Losso Bunn 422

DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AO DIREITO TRANSNACIONAL.....435
Jonathan Cardoso Régis 435
O CARÁTER TRANSNACIONAL DAS PROPOSIÇÕES DE JUSTIÇA RESTAURATIVA.....461
Patrícia Pasqualini Philippi 461

APRESENTAÇÃO

Os Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí possuem como característica intrínseca a produção científica de qualidade corroborada sempre que possível com a internacionalização, de modo que a troca de conhecimento entre as teorias estudadas no Programa possam também ser ventiladas em programas de instituições não só do Brasil como Internacionais. Acredita-se que isso possibilita o engrandecimento e melhor disseminação do conhecimento.

Nesse mesmo condão que apresentamos com grande satisfação a apresente obra, que reflete essas características intrínsecas buscadas pelo Programa e transporta para o alcance do público interessado importantes estudos sobre os temas de Soberania, Transnacionalidade e Sustentabilidade.

A obra é composta por artigos de discentes do Curso de Doutorado do Curso em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí, além de importantes contribuições de duas das maiores instituições mundiais que trabalham com o Direito Ambiental, a Widener University, de Chester, Pennsylvania (EUA); e a Pace Law School, White Plains, New York (EUA).

Importante ressaltar, ainda, que esta obra só teve sua realização possível devido aos fomentos e apoios garantidos pela Agenzia per il Diritto allo Studio Universitario per l'Umbria – ADISU (Perugia), pela Academia Judicial do TJSC e pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.

A obra busca seguir uma lógica para a construção do tema proposto e exarado no título “O ESTADO NO MUNDO GLOBALIZADO: SOBERANIA, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE”, de modo que se inicia com capítulo escrito por Fabrício Wloch, intitulado “Globalização e Superação da Soberania Moderna”, que busca investigar a desconstrução e a alternativa ao Estado Moderno diante do fenômeno da Globalização e sua interferência na Soberania.

Na sequência, Juliete Ruana Mafra Granado e Emerson Rodrigo Araújo Granado trabalham com O Constitucionalismo e os desafios do Estado no Século XXI, enfatizando nos efeitos da globalização, da tecnologia e da sociedade de rapidez.

O terceiro capítulo, escrito por Consuelo Guasque, trabalha com as ideias de Capitalismo e Liberalismo, discutindo e refletindo sobre as mudanças ocorridas em razão do pensamento liberal e capitalista na sociedade e, com isso, a necessidade de evolução da forma e sistema de governo.

Novamente Juliete Ruana Mafra Granado, agora em coautoria com Natammy Luana de Aguiar Bonissoni, escrevem o quarto capítulo, em inglês, analisando a dicotomia entre o Estado Laico e o Estado Confessional, realizando uma abordagem sobre a prevalência da laicidade a favor de liberdade religiosa.

Na sequência Adriane Guasque e Bárbara Guasque trabalham com o *common law* no Direito Inglês a partir da análise deste como um direito possuidor de um caráter contencioso e dominado essencialmente pelo processo, em especial o exame da sua origem e evolução, bem como da sua estrutura, incluindo a organização judiciária, o processo e as suas fontes.

O sexto capítulo, de autoria de Inês Moreira da Costa e Guilherme Ribeiro Baldan, enfatiza na transição do Estado Liberal ao Estado Socioambiental de Direito, enfatizando na análise da dimensão social da sustentabilidade.

Em íntima relação com o anterior, Daniela Lopes de Faria e Christian Norimitsu Ito escrevem o sétimo capítulo, que estudo a necessária evolução do Estado de Direito Social teorizado por Hermann Heller ao Estado de Direito Socioambiental no Brasil diante da crise ambiental na sociedade de riscos.

O oitavo capítulo é resultado da contribuição estrangeira de James R. May e Erin Daly, professores da Widener University. No estudo os autores buscam realizar uma análise bastante objetiva do constitucionalismo ambiental, apresentando 10 boas práticas que englobam estrutura, texto e justiça do tema principal proposto.

Jorge Luiz dos Santos Leal enfoca em outro tema principal do livro, a Soberania, buscando fazer uma análise, ainda que sucinta, do conceito de soberania, como ela foi entendida no seu surgimento, sua evolução e apresentar o seu panorama atual, tentando levantar hipóteses de seus destinos possíveis.

O capítulo seguinte vem complementá-lo, tendo em vista que Jaqueline Moretti Quintero busca trabalhar com o Estado a partir da perspectiva da transnacionalidade, direcionando o estudo ao enfrentamento do Estado com as rupturas ocorridas em função de sua evolução histórica, econômica e social e as implicações em sua hegemonia.

O décimo primeiro capítulo, escrito por Paulo Márcio Cruz e Heloise Siqueira Garcia, continua na temática da transnacionalidade, ligando-a ao outro pilar do presente livro, que é a sustentabilidade, de modo que os autores buscam compreender a sustentabilidade a partir de uma visão transnacional.

Em seguida Levi Hülse e Henrique da Rosa Ziesemer continuam com a análise da sustentabilidade, focando o estudo na atuação da sociedade civil na governança para o alcance da sustentabilidade.

Englobando o contexto de discussão entre transnacionalidade, sustentabilidade e governança, Rafaela Borgo Koch Schlickmann busca destacar a necessária evolução do Estado Nacional para uma perspectiva transnacional, criando espaços transnacionais e uma governança que supra as lacunas hoje existentes, de modo a alcançar a sustentabilidade e manter sua prerrogativa como princípio basilar do Direito Ambiental, a fim de que se possa realizar a proteção ambiental adequada e eficazmente.

Patrícia S. Rodrigues continua na vertente do Direito Ambiental e da Sustentabilidade, de modo que analisa a categoria Meio Ambiente à luz da Teoria de Gaia, idealizada por James Lovelock, tendo como pano de fundo o fenômeno da transnacionalidade, fruto da globalização, bem como o papel do princípio da solidariedade e do valor empatia na construção de uma via adequada para fazer frente ao colapso ambiental característico da sociedade líquida contemporânea.

Ainda na mesma temática Ana Carolina Couto Lima de Carvalho trabalha com a gestão hídrica como indutora da sustentabilidade ambiental no município de Rio Branco, no Acre, abordando a importância da sustentabilidade no que toca ao desenvolvimento e ao meio ambiente.

O décimo sexto artigo, escrito por Dhieimy Quelem Waltrich, também trabalha com a sustentabilidade, tecendo algumas considerações acerca da situação atual das reservas extrativistas face à falência do critério da sustentabilidade e o império do lucro, maximizado pela pecuária de corte, principalmente na região da fronteira, com a consequente falência da borracha.

Na sequência é apresentada a outra contribuição estrangeira, de David N. Cassuto e Drew Levinson, ambos da Pace Law School. No artigo os professores trabalham com alguns pensamentos sobre os organismos geneticamente modificados, os ecossistemas e a respectiva

regulamentação do então desconhecido.

Marcos Vinicius Viana da Silva escreve o décimo oitavo capítulo, abordando a necessidade de adoção de medidas transnacionais para promoção das patentes verdes, enfocando o estudo para participação mais efetiva da Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

Cheila da Silva dos Passos Carneiro trabalhada, no capítulo seguinte, enfaticamente sobre um dos temas de extrema importância para o Direito Ambiental, que é Avaliação Ambiental Estratégica, destacando alguns de seus aspectos essenciais.

O capítulo seguinte, escrito por Benedito Antônio Alves e Wilber Carlos dos Santos Coimbra, tem como tema a auditoria coordenada pelos Tribunais de Contas com foco na sustentabilidade das unidades de conservação da Amazônia brasileira.

Os capítulos finais desdobram estudos específicos sobre a transnacionalidade, de modo que o capítulo vinte e um, escrito por Paulo Márcio Cruz e Claudio Melim, trabalha com o desafio de uma hermenêutica jurídica transnacional a partir de uma breve reflexão decorrente da obra de Lenio Streck.

Na sequência Maximiliano Losso Bunn trabalha com a Transnacionalidade e a Jurisdição, buscando demonstrar que o modelo de Jurisdição contemporâneo, construído segundo as diretrizes do Estado Moderno clássico, e justamente por isso, não consegue recepcionar as lides decorrentes dos fatos e dos negócios jurídicos existentes nas relações transnacionais, porque apresentam origens, características e desdobramentos diversos dos negócios jurídicos comuns até então tratados segundo as normas jurídicas.

Jonathan Cardoso Régis trabalha com as decisões do poder judiciário frente ao Direito Transnacional, traçando uma reflexão acerca dos aspectos conceituais das transformações geradas na sociedade, bem como no Estado através da transnacionalidade e dos fenômenos ocorridos diante do processo de globalização.

E, por fim, mas não menos importante, Patrícia Pasqualini Philippi trabalha com o caráter transnacional das proposições de justiça restaurativa, analisando a implementação e das proposições teóricas e práticas da Justiça Restaurativa como um novo modelo de solução de conflitos em ambientes e temas transnacionais, matizado na ideia de um Direito mais humano e democrático.

Pelo brevemente exposto nesta apresentação já se pode perceber que o conteúdo do

presente livro possui uma discussão valiosíssima, relacionando os temas de maior importância na área do direito atualmente, o que nos deixa extremamente felizes e honrados pela organização desta produção, que ela repercuta no mundo acadêmico da mesma maneira.

Itajaí, outubro de 2016.

Dr. Paulo Márcio Cruz

MSc. Heloise Siqueira Garcia

MSc. Bárbara Guasque

ORGANIZADORES

GLOBALIZAÇÃO E SUPERAÇÃO DA SOBERANIA MODERNA

Fabrício Wloch[1]

INTRODUÇÃO

Diante da flexibilização da Soberania, elementos externos passam a influir diretamente nas decisões internas dos países e, consequentemente, na vida do povo.

Parte-se da hipótese de que os processos econômicos e sociais do progresso civilizatório levam à crise do Direito Nacional e da Democracia com a consequente desconstrução do Estado Moderno. Daí surge a necessidade de uma tutela de bens jurídicos acima de fronteiras e desvinculada da delimitação precisa do âmbito territorial.

Então, o presente artigo tem como objeto a Soberania do Estado Moderno à luz do fenômeno da Globalização. Tem como objetivo específico investigar a desconstrução e a alternativa ao Estado Moderno diante do fenômeno da Globalização e sua interferência na Soberania.

Na primeira fase de pesquisa, a decisão, operou-se com o Referente[2] de descrever o Estado Moderno e seus elementos, notadamente a Soberania e sua flexibilização frente ao fenômeno da Globalização. Na segunda fase da investigação, realizou-se a busca de dados, especificamente fundamentos doutrinários. Na terceira fase de pesquisa, de tratamento de dados recolhidos, foram correlacionadas sob o método cartesiano as formulações doutrinárias em função do Referente eleito. A quarta fase da pesquisa culminou neste relatório de pesquisa, que aponta as conclusões obtidas.

Inicialmente traz-se aspecto histórico e de formação do Estado Moderno; depois, discute-se a Soberania nacional; em seguida, analisa-se a Globalização; e, finalmente, a superação da Soberania moderna e as crises que ela ocasiona, com a proposta do Direito Transnacional.

[1] Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Brasil. E-mail: fwloch@edu.univali.br

[2] A perspectiva conceitual da Técnica do Referente foi extraída de: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 57-66.

No que se refere à metodologia [3], este trabalho concentrou-se na área de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, foi desenvolvido sob o método indutivo e operacionalizado com as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional mediante pesquisa bibliográfica e documental.

1. ESTADO MODERNO E SOBERANIA

O Estado pode ser entendido a partir de vários contextos, segundo a teoria que o definiu ou lhe deu atribuição. Mais ainda: o Estado seria o resultado da forma de organização da Sociedade, seria a "Sociedade política"[4]. "Não é produto da natureza, mas sim fruto do trabalho do homem"[5].

Dallari[6] defende que "a denominação Estado, significando situação permanente de convivência e ligada à Sociedade política aparece pela primeira vez em 'o Príncipe' de Maquiavel, escrito em 1513". Nessa mesma linha, Bobbio[7] diz: "É fora de discussão que a palavra 'Estado' se impôs através da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel". E Heller[8] quando declara: "'o Príncipe' introduz na literatura o termo Estado para designar um novo *status* político".

Cronologicamente, Jellinek[9] apresenta a seguinte tipologia: oriental, grego, romano, medieval e Moderno. Já Dallari[10] apresenta a seguinte sequência histórica: Antigo, Grego, Romano, Medieval e Moderno. Pasold[11] acrescenta um sexto tipo que é o Estado Contemporâneo.

O Estado Moderno, que é o que interessa para a presente pesquisa, surge diante do inconformismo dos senhores feudais com as exigências dos monarcas, que impunham tributação indiscriminada e espírito de guerra constante, o que só causava prejuízo à vida econômica e social do Estado medieval[12]. Na afirmação de Grillo[13]: "É o Estado absoluto, que surge como estágio

[3] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa**: teoria e prática, p. 85.

[4] CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1963. p.109.

[5] BLUNTSHLI, J. Johann Kaspar. **The theory of the State**. Oxford: Clarendon Press, 1898. p. 19.

[6] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 43.

[7] BOBBIO, Norberto. **Estado governo e Sociedade.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4.Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 65.

[8] HELLER, Hermann **Teoría del Estado**. 2.Ed. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 170. Título original: *Staatslehre*.

[9] JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatroz,1978. p. 215-220. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

[10] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**, p.59.

[11] PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, p. 29.

[12] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**, p. 60.

[13] GRILLO, Vera de Araújo. **A separação dos poderes no Brasil**: Legislativo versus Executivo. Blumenau/ Itajaí: Editora Edifurb e Editora Univali, 2000. p. 16

inicial do Estado Moderno e é ele que aparece analisado nas obras de Maquiavel, Bodin e Hobbes, bem como de Filmer".

Para Soares[14]: "O marco teórico para compreensão do Estado absoluto advém, pois, da leitura dos clássicos, como Maquiavel, Hobbes e Bodin, que justificaram jurídica e ideologicamente o absolutismo, ao captarem o triunfo do Estado sobre os poderes intermediários."

Na busca de modificar essa situação, e baseadas em princípios liberais, democráticos e nacionalistas, a classe burguesa iniciou a primeira das revoluções modernas, os revolucionários passaram a defender o princípio da Soberania popular e igualdade de direitos. Estas revoluções foram o ponto de partida para o Estado Moderno[15]. Essa busca pela unidade do Estado foi corroborada com a assinatura do tratado de paz de Westfália[16].

No mesmo sentido, Rifkin[17] pondera:

> El reconocimiento formal del derecho soberano de los Estados territoriales en el derecho internacional se dio en la forma de un acuerdo de paz en 1648 que puso fin a la Guerra de los Treinta Años entre luteranos, calvinistas y católicos. La Paz de Westfalia reconocía las diferencias irreconciliables entre las diversas sectas del cristianismo, otorgaba a las autoridades territoriales potestad sobre las cuestiones religiosas dentro de su jurisdicción y limitaba el derecho de otros países a intervenir en lo que a partir de entonces se consideraría un asunto interno de cada país. Aunque los puntos esenciales de la Paz de Westfalia fueron modificados en los tres siglos posteriores, siguieron siendo prácticamente los mismos hasta el final de la Segunda Guerra Mundial.

Gradativamente o Estado foi assumindo as feições que possui hoje. Na definição de

[14] SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da Globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

[15] CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis, Diploma Legal. 2001. p. 61.

[16] A Paz de Vestefália, ou acordo de Vestefália foi o acordo feito entre os países europeus envolvidos na Guerra dos Trinta Anos. Engloba uma série de acordos entre países europeus - o conflito envolveu desde Alemanha, países escandinavos até a Espanha, e o modelo de acordos e tratados entre essas nações é considerado por muitos um dos marcos da diplomacia e do direito internacional moderno. O tratado foi negociado durante três anos pelos representantes dos católicos e protestantes, que eram basicamente as duas partes envolvidas na Guerra dos Trinta Anos, reunidos em Münster (onde tinha precedência a França católica) e em Osnabrück (onde tinha precedência a Suécia protestante). As conversações de paz, iniciadas em 1644 em Münster e Osnabrück, envolviam também o fim da guerra de oitenta anos entre Espanha e Países Baixos. O tratado de paz entre Espanha e Países Baixos foi assinado em 30 de janeiro de 1648; em 24 de outubro do mesmo ano foi assinado o tratado de paz entre Sacro Império Romano-Germânico, os outros príncipes alemães, a França e a Suécia. Os tratados foram concluídos nessas duas cidades da Westefália. "O processo de criação dos Estados europeus culminou nos tratados de Westefália (1648) que selam a ruptura religiosa da Europa, o fim da supremacia política do Papa (mesmo nos países católicos) e a divisão da Europa em diversos Estados independentes, cada qual compreendido dentro de fronteiras precisas. À república *Chrisitana* sucede, assim, a um sistema de Estados soberanos e iguais" MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 25.

[17] "O reconhecimento formal do direito soberano dos Estados territoriais no direito internacional se deu na forma de um acordo de paz em 1648, que pôs fim à Guerra dos Trinta Anos entre luteranos, calvinistas e católicos. A Paz de Westphalia reconhecia as diferenças irreconciliáveis entre as várias seitas do cristianismo, outorgava às autoridades a respeito de assuntos religiosos dentro da sua jurisdição e limitava o direito de outros países intervir no que então se consideraria um assunto interno de cada país. Embora o essencial da Paz de Westfália tenha sido modificado nos três séculos seguintes, menteve-se-se praticamente o mesmo até o final da Segunda Guerra Mundial" (tradução livre) Barry Hindess, Neo-Liberalism and the National Economy, en M. Dean y B. Hindess (comps.), Governing Australia: Studies in Contemporary Rationalities of Government, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, págs. 210-226; *in* RIFKIN, Jeremy. **La Civilización Empática**, p. 287.

Kelsen[18]: "Uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência soberana ou imediata relativamente ao Direito Internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz".

1.1 Elementos do Estado Moderno

Comumente se apresenta como elementos do Estado: o povo, o território e o poder político (Soberania). Elementos estes que caracterizam o "Estado Nacional soberano que surgiu na Europa e espalhou-se como modelo pelo mundo"[19] acompanhando os processos de colonização.

O território[20] é a delimitação do espaço físico do Estado. Logo, não existe um Estado sem território; o território delimita a ação soberana do Estado, é o espaço físico ocupado, a zona espacial. Na concepção Kelseniana, "o território se torna limite ou esfera de validade espacial da ordem jurídica nacional e o povo o limite ou esfera pessoal da validade da ordem jurídica nacional"[21].

O povo[22] é o elemento pessoal para a constituição e a existência do Estado. É o indivíduo reconhecido como pessoa, elemento vivo do Estado. Povo é o conjunto de pessoas que vivem sob a tutela do Estado em certo lugar. População é quantitativo, e povo é qualitativo. Os direitos são para o povo que é membro partícipe da Sociedade e do Estado. Oliviero destaca o conceito ultrapassado de povo por causa da atual mobilidade das pessoas bem como a superação do conceito de território em razão do "geodireito"[23].

Por fim, a Soberania, para Dallari[24], é o centro unificador da ordem, o núcleo de vontade e controle do Estado, que dirige a Sociedade aos seus fins comuns dentro da ordem. Como ao Estado não se devem sobrepor outros poderes ou centros de comando, diz-se que a Soberania é o poder incontrastável do Estado. Caetano[25] utiliza a ideia de que Soberania é o "poder político

[18] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 321.

[19] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 32

[20] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado,** p. 81-84.

[21] SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**, p. 89.

[22] CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional.** 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora,1963. p. 103.

[23] OLIVIERO, Maurizio. Anotações de aula da disciplina **Teoria do Estado e da Constituição**, ministrada em 21 de setembro de 2015, no auditório da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, no auditório do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica, para o Curso de Doutoramento em Ciência Jurídica.

[24] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado,** p. 68-69.

[25] CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, p. 108-109.

supremo independente". A Soberania seria para ele a "plenitude do poder político" por entender que pode existir Estado não soberano. Isso se passa, segundo ele, com os "Estados federados e os Estados protegidos".

Já Sassen escreve: "State sovereignty is usually understood as the State's monopoly of authority over a particular territory, demarcated by reasonably established geographic borders"[26].

A Soberania traz como elemento essencial a identificação de uma autoridade suprema. Suas alterações estão no modo de exercício da autoridade, adaptado às diferentes formas de organização de poder[27].

Rifkin[28] pondera:

> Como todas las personas autónomas que reclamaban soberanía sobre su propiedad personal, el Estado nacional se arrogaba un derecho similar de soberanía sobre el territorio del que formaban parte todos los agentes libres. Y, al igual que sus ciudadanos, el Estado nacional exigía autonomía e igualdad en relación con los otros países y defendía su derecho a proteger las propiedades que estaban bajo su control, así como el de competir con otros Estados nacionales —mediante el comercio o la guerra— por territorios en disputa.

Cruz traz que "Soberania se configura como um conjunto de poderes historicamente exercidos pelo Estado e que, em princípio, só a ele correspondem"[29]. E cita Sieyès, que concebeu, racionalmente, o princípio da Soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição do Estado Constitucional[30].

Só que atualmente os movimentos ligados à regionalização abriram fendas significativas no âmbito do Estado. "Essas questões se, de um lado, testam a ordem constitucional, produzem, de outro, a necessidade de desenvolvimento de uma nova compreensão para essas entidades de integração política supranacional"[31].

---

[26] "Soberania do Estado é geralmente entendida como o monopólio de autoridade do Estado sobre um determinado território, demarcado por fronteiras geográficas razoavelmente estabelecidas" (tradução livre) SASSEN, Saskia. Bordering Capabilities versus Borders: Implications for National Borders. **30 Michigan Journal of International Law** (2008-2009). p. 567-597.

[27] MATTEUCCI, Nicola. (Comentários ao verbete "Soberania") In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: Dizionário di Politica. v. 2. p. 1179-1188.

[28] "Como todas as pessoas livres que reivindicaram Soberania sobre seus bens pessoais, o Estado nacional também reivindicou um direito de Soberania sobre o território a que pertenciam os agentes livres que o criaram. E, tal como os seus cidadãos, o Estado exigia a autonomia e igualdade em relação a outros países e defendia o seu direito de proteger a propriedade sob seu controle, assim como para competir com outros estados – com comércio ou com guerra em territórios disputados" (tradução livre) RIFKIN, Jeremy. **La Civilización Empática**, p. 287.

[29] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 54.

[30] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**, p. 67.

[31] NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 245.

A abertura das economias e das respectivas fronteiras para crescimento das trocas internacionais de mercadorias, dos movimentos de capitais, da circulação de pessoas, de conhecimento e de informação é o que se chama de Globalização e é objeto do próximo tópico.

2. GLOBALIZAÇÃO

Não é novidade que a ideia de Globalização esteja associada à expansão cultural ocidental, bem como com a Sociedade capitalista. Independentemente de quem elabora o conceito, não se pensa fora deste contexto.

Como afirma Waters[32] "a Globalização é a consequência direta da expansão da cultura europeia através do planeta, por via de estabelecimento da colonização e do mimetismo cultural". Visto desta forma, a conceituação da categoria passa a ter maior importância no seu aspecto econômico, político e cultural.

Para Santos[33], "a Globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista". Assim, entende-se que a Globalização é econômica e, como suas raízes sugerem, envolve conexões que abrangem o mundo.

Faria afirma que Globalização se entende como:

> A integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente aplicação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial atuando cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional[34].

Giddens[35] pondera que a Globalização é "a intensificação de relações sociais em escala mundial que ligam localidades distantes de tal maneira, que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa". Desta forma, não se pode entendê-la como uníssona, mas como "uma complexa variedade de processos, movidos por uma mistura de influências políticas e econômicas" [36].

---

[32] WATERS, Malcolm. **Globalização.** Tradução de Magnólia Costa e Ana Bela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta, 1999. p. 03. Título Original: *Globalization*.

[33] SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**. Do pensamento único à consciência universal. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 22.

[34] FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**, p. 52

[35] GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução de Maria Luiza X. De A. Borges. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 38.

[36] GIDDENS, Antony. **As Consequências da Modernidade**, p. 45.

Já Boaventura Santos[37] admite que o processo de Globalização é "um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo". Trata-se de um processo complexo e por ser complexo perpassa as mais diversas áreas da vida social. Está sedimentado na realidade concreta como resultado de ações econômicas, políticas, e em um determinado espaço e tempo.

Para Gibbons[38] a Globalização pode ser descrita como "a imitação, adaptação e difusão das inovações tecnológicas, à medida que o processo de industrialização se alastra de um país para outro".

Entendem Teixeira e Diz[39] que a Globalização é o "resultado de um processo de internacionalização que passa de uma estratégia multidoméstica diversificada para uma estratégia única para todos os países, os quais são vistos como constituindo um único mercado".

Para Habermas[40] a Globalização encontra-se caracterizada como um processo em que se intensificam as relações para além das fronteiras nacionais. Estas relações se dão em nível de comunicação, de trânsito e de transações econômicas. Isto provoca reflexos que se manifestam na forma de se ver o Estado nacional clássico, o entendimento sobre a ideia de Soberania e a legitimidade.

Vê-se, pois, que o conceito de Globalização não é consensual. Como diz Santos, "possui vasto campo de conflitos" [41]. Nesse contexto "pode-se recorrer ao conceito de Globalização, para aludir a indícios de uma 'Globalização' do direito, na qual a relação entre os problemas jurídicas globais e locais, passando pelos estatais, levam a tensões entre ordem jurídicas"[42].

Cabem as ideias de Castells[43] quando afirma que, ao se tratar de Globalização, a sua ideia estará associada, principalmente, à economia[44] nas mais diversas relações e inter-relações. Isto porque a base econômica é responsável pelas transformações nas decisões políticas, nas relações

[37] SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002. p. 26.

[38] GIBBONS, Michael. Globalização, competitividade e o futuro da Educação superior. In: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN. **Globalização, ciencia, cultura e religiões**. Lisboa: Dom Quixote, 2003. p. 241.

[39] TEIXEIRA, Sebastião. DIZ, Henrique. **Estratégias de internacionalização**. Lisboa: Publisher team, 2005. p. 91.

[40] HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**, p. 87.

[41] SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**, p. 27.

[42] NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas, p. 2.

[43] CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio.** A era da informação: economia, sociedade e cultura. 5 ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e terra, 2009. v.3.

[44] "A dimensão principal do processo de Globalização diz respeito aos mercados financeiros e mercados monetários" CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio.** A era da informação: economia, sociedade e cultura. v.3. p. 393.

comerciais entre as empresas criando mais competitividade assim como alterando níveis de comportamento do comércio regional e internacional.

Santos ao discutir sobre Globalização, apresenta-a no contexto do "o que nos fazem crer", "como é" e "como pode ser". Com estas três situações, figurativamente, Santos apresenta como sendo a "fábula, a perversidade e a possibilidade"[45].

É de opinião unívoca que a Globalização é um fenômeno que envolve o ser humano em todos os contextos de sua vida, intensificando as relações e encurtando as distâncias, de forma criar uma nova dinâmica econômica e política entre os Estados e diminuindo as distâncias entre as pessoas, o que interfere diretamente na Soberania do Estado.

3. SUPERAÇÃO DA SOBERANIA

As características da Globalização vêm flexibilizando a Soberania, pois, apesar de o território continuar existindo sob a regência de normas públicas da alçada nacional, as forças mais ativas do seu dinamismo atual têm origem externa.

Santos apresenta a ideia dos sistemas transgressores que são, sobretudo, a informação e a finança:

> A fluidez se multiplica graças às maravilhas da técnica contemporânea. Mas é um equívoco pensar que a informação e a finança exercem sempre sua força sem encontrar contrapartida interna. Esta depende de uma vontade política interior, capaz de evitar que a influência dos ditos fatores seja absoluta[46].

Modernamente Saskia Sassen escreve que: "Today, it is becoming evident that even as national territories remain bound by traditional geographic borderlines, globalization is causing novel types of 'borderings' to multiply"[47].

Ainda Saskia Sassen[48]:

---

[45] SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**, p. 22.

[46] SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**, p. 77.

[47] "Hoje, torna-se evidente que, mesmo com territórios nacionais vinculadas por fronteiras geográficas tradicionais, a Globalização está causando novos tipos de fronteiras" (tradução livre) SASSEN, Saskia. Bordering Capabilities versus Borders: Implications for National Borders. In: **30 Michigan Journal of International Law** (2008-2009). p. 567.

[48] "[O] Estado desempenha um papel ativo nesta desnacionalização, mas isso só fica evidente quando desagregamos "o" Estado e examinamos o trabalho de partes específicas do Estado: agências particulares, decisões judiciais específicas, condições específicas de executivos. Isso também significa que esta desnacionalização pode coexistir com as fronteiras tradicionais e com o papel do Estado em curso em novos regimes globais" (tradução livre) SASSEN, Saskia. **Bordering Capabilities versus Borders**: Implications for National Borders, p. 569.

> [The] State plays an active role in this denationalizing, but this only becomes evident when we disaggregate 'the' State and examine the work of particular parts of the State: particular agencies, particular court decisions, particular executive conditions. It also means that this denationalizing can coexist with traditional borders and with the ongoing role of the State in new global regimes.

Todavia, essa flexibilização da Soberania não é algo natural e automático, porque depende da forma como o governo de cada país decide adequar sua ordem jurídica e se inserir no mundo globalizado.

É claramente perceptível atualmente a crise do paradigma do Estado Moderno, pautado pelas fronteiras nacionais, que determinou o modo de ser e agir do ser humano, nos séculos XIX e XX. Parafraseando Cruz e Bodnar, o fim do contraponto socialista e a hegemonização do capitalismo liberal erodiram sua principal característica, ou seja, a Soberania herdada da paz da Westfália[49].

Não se olvide:

> A crise da liberdade como paradigma do direito moderno se iniciou com as lutas pelo Estado Social, no final do século XIX e no começo do século XX. Foram as ideias e as ações socialistas que pressionaram as sociedades europeias a admitir a flexibilização dos paradigmas do Estado Liberal e do direito moderno (Wolkmer, 1996, p. 26). As sociedades ocidentais passaram a conferir um evidente equilíbrio entre os dois conceitos: Estado de Liberdade e Estado de Igualdade[50].

Nesse contexto que reconhece o enfraquecimento dos Estados nacionais Modernos e o fenecimento das fronteiras, a Globalização[51] fica fortalecida nas organizações internacionais de cooperação e integração regional com a superação da Soberania tida por moderna.

A diminuição da Soberania estatal acarreta uma série de crises em outros institutos e instituições. Estuda-se crise do Direito Nacional, a superação da Democracia e a crise mesmo do modelo de Estado. Cruz e Oliviero sintetizam essas crises assim:

> A brecha jurisdicional, que não é mais que a discrepância entre um mundo globalizado e as unidades nacionais relativas à formulação de normas; a brecha da participação de novos atores e cidadãos nos espaços de governança transnacional, ou seja, na extensão transnacional da democracia; e a brecha dos incentivos, entendidos como mecanismos de ajuda aos países em desenvolvimento para fazer efetiva a cooperação internacional[52].

Para a crise do Direito, Cruz e Oliviero propõe o Direito Transnacional. Isso porque Direito

[49] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. Porto Alegre. RECHTD/UNISINOS. RECHTD. **Revista de Estudos Constitucionais**, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011. p. 76.

[50] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade**, p. 78.

[51] ANJOS FILHO, Robério Nunes dos.(ORG.). **Globalização, justiça e segurança humana**. Brasília: ESMPU, 264p.

[52] CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica - Porto Alegre - RECHTD - UNISINOS. RECHTD. **Revista de Estudos Constitucionais**. p. 107.

Moderno (nacional e internacional) não tem gerado mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. "Também o Direito Comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais"[53].

É que, "atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes"[54].

Da mesma forma, Cruz e Ferrer vão além e dizem que, em razão da Globalização e flexibilização da Soberania, atualmente, o que está em jogo é a própria Democracia. Isso porque:

> A Globalização rompe seu habitat natural – um território delimitado por fronteiras, dentro das quais vivem determinados cidadãos – e, ao mesmo tempo, gera exclusão social, indo contra a raiz de toda ordem democrática, negando a cidadania. Não se deve perder de vista que o processo de Globalização em curso não só tem caráter econômico, mas muito fundamentalmente caráter político, ainda que formalmente não se apresente assim (Oller I Sala, 2002). Por trás de um viés economicista se esconde uma orientação política muito concreta, ou melhor, dizendo uma forma de dominação que, disfarçada de apolítica, expulsa os cidadãos para um mundo de redes anônimas que escapam de todo controle e a toda lógica democrática. Este mundo das redes está dominado pelas grandes empresas transnacionais, administradoras de uma economia global que tende ao oligopólio na maioria dos setores. Estas empresas estão, além disso, abertamente aliadas ao poder estatal na sua tarefa de socialização do risco e do custo, assim como na repressão àquilo que não seja politicamente correto[55].

A transnacionalização da Democracia exigirá uma limitação da Soberania dos estados, mas essa limitação não deve ser exercida por outros estados. Nenhum Estado está autorizado a condicionar a Soberania dos demais estados, tal como acontece agora com muita frequência. Então, "este emergente poder político transnacional deve, por outro lado, facilitar o surgimento de espaços públicos de governança transnacionais articulados em torno de bens mundiais"[56].

Hodiernamente, verifica-se como a capacidade dos sistemas jurídicos estatais de produzir o próprio direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica da Soberania nacional na direção de uma definição conceitual ainda de

[53] CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. Itajaí/Perugia. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 17, 2012. p. 5.

[54] CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional**, p. 5.

[55] CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**, p. 101.

[56] CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**, p. 107.

híbrida caracterização, de modo a vergar o conceito de Democracia.

Isso ocorre porque as próprias opções políticas abertas às maiorias parlamentares encontram-se sempre mais circunscritas à constante cessão de Soberania à comunidade internacional ou transnacional, principalmente por meio de instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização das Nações Unidas (ONU) e as suas agências e mesmo as grandes corporações transnacionais privadas que antes eram denominadas multinacionais. Com isso, algumas opções políticas se tornam impraticáveis,

> a não ser forçando as barreiras de uma espécie de "estado de necessidade econômica" produzido pela influência irresistível desses grandes grupos econômicos de significância mundial transnacional que, como sabemos, são muito mais poderosos que muitos Estados e capazes de modificar as características estruturais das próprias democracias contemporâneas. Tais grupos, efetivamente, não apenas dominam quase toda a cena política mundial, mas também capturam as suas legislações, condicionando-as, em nome das exigências de mercado e de desenvolvimento[57].

Daí que surge o Direito Transnacional, que seria desterritorializado e destinado a limitar poderes transnacionais sem uma base física definida, o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além-fronteira.

No sentido mais estreito

> [...] a mesma expressão refere-se a ordens jurídicas transnacionais no sentido proposto por Teubner, que aponta para ordens normativas privadas que surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do Estado e de suas fronteiras quando de ordens construídas com base em Estados, ou seja, supranacionais e internacionais[58].

Não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele ou entre eles. "Está para todos eles ao mesmo tempo, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Direito Nacional tenta exercer Soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis"[59].

Jessup[60] diz que o Estado não é o único grupo que nos interessa:

> Os problemas a examinar, são em grande parte, os comumente chamados internacionais, e o direito a se aplicar consiste nas normas a eles aplicáveis. Mas o termo "internacional" é enganador, já que sugere que nos preocupamos apenas com as relações de uma Nação (ou Estado) com outras Nações (ou Estados). [...]

[57] CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**, p. 2.

[58] NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas, p. 2

[59] CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**, p. 7.

[60] JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 11-12.

> Em lugar de "direito internacional" a expressão "direito transnacional", para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias clássicas.

Logo, vê-se que o caminho que se abre para a Democracia no século XXI é bem estreito e longo. Isso porque:

> A Globalização obriga a recuperar a reflexão sobre a Democracia dos Estados modernos e a se perguntar pelas questões de seus fundamentos, as instituições que garantem seu exercício e seus limites em contextos sociais diferentes"[61].

Nessa via contextual, pode-se fazer um paralelo com o hoje chamado Geodireito que, segundo Luiz Antonio Ugeda Sanches, surge em razão do desenvolvimento tecnológico, econômico e ambiental que tem como palco comum o espaço, que, por sua vez, encontra na Geografia a base científica para estudar suas dimensões. Daí surge a necessidade de sistematização da interdisciplinaridade jurídica por meio dos recortes do território (superfície, subterrâneo, marítimo, aéreo e espacial), com vistas a harmonizar a escala geográfica (internacional, nacional, regional e local) com a jurídica (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) por intermédio das técnicas geotecnológicas. O autor exemplifica que o solo em que pisamos, edificamos, onde empregamos as técnicas, as trocas econômicas, que nos conserva enquanto humanidade, enfim, é no espaço que as relações humanas ocorrem, de forma que se torna secundário indagar se a repercussão em determinado espaço é tecnológica, econômica, social ou ambiental. Logo, o estudo do espaço dentro do Direito passa a ser uma técnica de análise jurídica necessária e factível[62].

Não se pode perder de vista que

> A existência do capitalismo transnacional e suas crises é uma realidade muito difícil de ser questionada, assim como é difícil negar a existência de uma nova produção integrada e de um novo sistema financeiro global. Como escreve Michel Bachelet, a menos que a sociedade mundial aperfeiçoe e, sobretudo, aplique as normas de uma solidariedade multissetorial à escala de todos os habitantes do planeta, populações inteiras desaparecerão pura e simplesmente pelos efeitos conjugados das doenças ligadas à desnutrição e dos jogos da economia mundial. Ou de uma "irresponsabilidade organizada", expressão utilizada por Urich Beck"[63].

Oliviero também tratou do tema quando discutiu a crise da Democracia em relação à

[61] CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica**, p. 99.

[62] SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **O que é o Geodireito?** Disponível em: <http://operariododireito.blogspot.com.br/2010/03/o-que-e-o-geodireito-por-luiz-antonio.html>. Acesso em: 24 set. 2015

[63] CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional**, p. 9.

legislação aplicável a, por exemplo, os refugiados que tem imigrado para a Europa. A dúvida que surgirá daqui a alguns anos é qual lei aplicar aos filhos nascidos nos países ocupados. O Geodireito seria assim aquele Direito que se cria em vários locais do mundo, fora do território de determinado Estado, mas o influencia, o que demonstra a superação do conceito de território[64], flexibilização da Soberania e embrenhamento do campo da Transnacionalidade.

No mesmo sentido, Ferrer nomeia o fenômeno relatado de Direito Esférico. Isso porque as novas tecnologias aumentam a velocidades das sinapses da sociedade e provocam mudanças no comportamento e no andamento das instituições, porém o mecanismo legislativo de regulação não acompanha tais mudanças. Assim, teria havido uma nítida transformação da pirâmide de Kelsen, e o Direito passaria a não ser mais hierarquizado ou compartimentalizado, mas, sim, Esférico, na medida em que deve conviver com a ampliação dos limites espaciais e temporais, a confusão de planos nacional e internacional, a queda do princípio da hierarquia normativa, forte dependência do conhecimento científico e multiplicação de fontes e a variação de fundamentos de legitimidade do ordenamento jurídico[65].

O paralelismo existente entre a possibilidade de se identificar tendências globais que admitem a democracia transnacional e a ausência de uma teoria plausível sobre as condições de sua criação permeiam o ambiente transnacional. Nas palavras de Held[66]:

> This involves consideration of two issues: the extent to which it is possible to identify immanent tendencies in global politics which provide the conditions for its potential realization; and theextent to which any of the theories of transnational democracy provide a plausible or persuasiv e account of the conditions of its possibility (Hutchings 1 999). These are necessarily issues which are likely to generate radically divergent conclusions for they invite speculative judgments and are inseparable from prior ethical convictions.

[64] OLIVIERO, Maurizio. Anotações de aula da disciplina **Teoria do Estado e da Constituição**, ministrada em 15 de setembro de 2015, no auditório do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica, para o Curso de Doutoramento em Ciência Jurídica, da Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

[65] FERRER, Gabriel Real. Anotações de aula da disciplina **Governança Transnacional E Sustentabilidade**, ministrada em 23 de setembro de 2015, no auditório da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, no auditório do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica, para o Curso de Doutoramento em Ciência Jurídica. Também na publicação do artigo entitulado *Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho*. **Revista de Derecho Ambiental**, AbeledoPerrot, Buenos Aires, n. 32, outubro-dezembro 2012, p. 65-82; e em Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Denise Schmitt Siqueira Garcia (Orgs.), Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade, E-Book, Univali editora, Itajaí, 2013.

[66] "Isso envolve a consideração de duas questões: na medida em que é possível identificar tendências imanentes em políticas globais que fornecem as condições para a sua realização potencial; e na medida em que nenhuma das teorias da democracia transnacional fornece um relato plausível ou persuasivo das condições de sua possibilidade (Hutchings, 1999). Estas são necessariamente questões que são suscetíveis de gerar conclusões radicalmente divergentes e convidam a julgamentos especulativos, inseparáveis de convicções éticas anteriores" (tradução livre) HELD, David. MCGREW, Tony. Transnational Democracy: Theories and Prospects. **Global Transformations**. Disponível em: <https://www.polity.co.uk/global/transnational-democracy-theories-and-prospects.asp#economic >. Acesso em: 2 fev. 2016.

Não é outro o viés apresentado por Cassese, segundo o qual:

> Da un lato, c'è il problema della legittimazione democratica dei poteri pubblici globali. Dall'altro, c'è la questione dei poteri pubblici globali come veicolo della democratizzazione dei poteri pubblici nazionali. Anche sotto questo profilo, insomma, non si può isolare un 'livello globale', staccandolo dai poteri pubblici nazionali[67].

Ainda há muito a ser debatido sobre as formas e condições inéditas de ocupação do espaço público e do ativismo político transnacional diante da superação da Soberania.

Os novos debates sobre a construção de uma esfera pública não estatal impõem a discussão sobre a crise do Direito Moderno e da democracia diante da Globalização e da superação da Soberania com a desconstrução da ideia de Estado nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado, que havia sido erigido sobre os conceitos de povo território e Soberania, passa agora a sofrer a concorrência de outras universalidades (o mercado, as empresas, o governo, os grupos, os sistemas de informação, as tecnologias etc.).

A Soberania, definida inicialmente como um conjunto de poderes exercidos com exclusividade pelo Estado, não encontra guarida no mundo contemporâneo diante da Globalização.

A Sociedade como um todo encontra-se envolvida no processo de Globalização e cada vez com mais intensidade. O grande embate passa a ser politizar a Globalização para que seus espontâneos processos econômicos e sociais constituam um progresso civilizatório, de modo a superar crises do Direito Nacional, da Democracia e mesmo do modelo de Estado Moderno.

Diante da inevitável Globalização e da inescondível crise, a Soberania estatal verga-se a ponto de fazer surgir o Direito Transnacional, que tutela bens jurídicos acima de fronteiras e é desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial.

É necessário manter o mundo em ordem, no qual Estados e instituições, em maior ou menor grau, continuem a cooperar e competir dentro de um espaço mundialmente normatizado.

[67] "Por um lado, há o problema da legitimidade democrática dos poderes públicos globais. Por outro, há a questão dos poderes públicos como meio de democratização mundial dos governos nacionais. Também a este respeito, em suma, não é possível isolar um 'global', soltando-a dos governos nacionais" (tradução livre) CASSESE, Sabino. Globalizzazione del diritto. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione-del-diritto_(XXI-Secolo)/ Acesso em: 2 fev. 2016.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. (ORG.). **Globalização, justiça e segurança humana**. Brasília: ESMPU.

BLUNTSHLI, J. Johann Kaspar. **The theory of the State**. Oxford: Clarendon Press, 1898.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo e Sociedade**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4.Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BRANCO. Elcir Castello. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 4 ed. Lisboa: Coimbra Editora,1963.

CASSESE, Sabino. **Globalizzazione del diritto**. Disponível em: http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione-del-diritto_(XXI-Secolo)/ Acesso em: 2/2/2016.

CASTELLS, Manuel. **Fim do milênio**. A era da informação: economia, sociedade e cultura. 5 ed. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e terra, 2009. v.3.

CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis, Diploma Legal. 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade**. Porto Alegre. RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 75-83, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, G. R. **Os novos cenários transnacionais e a democracia assimétrica** - Porto Alegre - RECHTD - UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 2, p. 96-111, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões Sobre o Direito Transnacional**. Itajaí/Perugia. Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 17, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria geral do Estado**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004

FERRER, Gabriel Real. Anotações de aula da disciplina **Governança Transnacional E Sustentabilidade**, ministrada em 23 de setembro de 2015, no auditório da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, no auditório do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica, para o Curso de Doutoramento em Ciência Jurídica.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del Derecho. **Revista de Derecho Ambiental**, AbeledoPerrot, Buenos Aires, n. 32, outubro-dezembro 2012, p. 65-82; e em Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e Denise Schmitt Siqueira Garcia (Orgs.), Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade, E-Book, Univali editora, Itajaí, 2013.

GIBBONS, Michael. **Globalização, competitividade e o futuro da Educação superior**. In: FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN. Globalização, ciencia, cultura e religiões. Lisboa: Dom Quixote, 2003.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução de Maria Luiza X. De A. Borges. 3. Tiragem. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 2 ed. Tradução de Fernando Luís Machado e Maria Manuela Rocha. Oeiras, Portugal: Celta Editora,1995. Título original: The consequences of modernity.

GRILLO, Vera de Araújo. **A separação dos poderes no Brasil**: Legislativo versus Executivo. Blumenau/ Itajaí: Editora Edifurb e Editora Univali, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: Ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. 2. Ed. Tradução de Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. Título original: *Staatslehre*.

JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado**. Tradução de Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatroz, 1978. Título original: *Allgemeine Staatslehre*.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MATTEUCCI, Nicola. (Comentários ao verbete “Soberania”) In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varrialle et alli. 8. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. Título original: *Dizionário di Politica*. v. 2. p. 1179-1188

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

OLIVIERO, Maurizio. Anotações de aula da disciplina **Teoria do Estado e da Constituição**, ministrada em 21 de setembro de 2015, no auditório da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, no auditório do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica, para o Curso de Doutoramento em Ciência Jurídica.

RIFKIN, Jeremy. **La Civilización Empática**. Tradução de Vanessa Casanova e Genis Sanchez Barberan. Barcelona: Ediciones Paidós, 2014.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda. **O que é o Geodireito?** Disponível em: <http://operariododireito.blogspot.com.br/2010/03/o-que-e-o-geodireito-por-luiz-antonio.html>. Acesso em: 24 set. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós- modernidade. 9. e. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**. Do pensamento único à consciência universal. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SASSEN, Saskia. **Bordering Capabilities versus Borders**: Implications for National Borders. 30 Michigan Journal of International Law (2008-2009), p. 567-597.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da Globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TEIXEIRA, Sebastião, DIZ, Henrique. **Estratégias de internacionalização**. Lisboa: Publisher team, 2005.

WATERS, Malcolm. **Globalização**. Tradução de Magnólia Costa e Ana Bela Rocha. Oeiras, Portugal:

Celta, 1999. Título Original: *Globalization*.

O CONSTITUCIONALISMO E OS DESAFIOS DO ESTADO NO SÉCULO XXI: OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO, DA TECNOLOGIA E DA SOCIEDADE DE RAPIDEZ

Juliete Ruana Mafra Granado[1]

Emerson Rodrigo Araújo Granado[2]

INTRODUÇÃO

Segundo Aristóteles[3], "[...] 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 ele[4].

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 Canotilho[5], 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 liberal[6] se formou. No séc. XIX estava consolidada a transposição do Estado Absoluto para o

[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] Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Advogado. Especialista em Direito Notarial e Registral. Taxista do PROSUP – CAPES. Bacharel pelo Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: emersonrodrigo@granado.adv.br

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

[4] BOBBIO, Noberto. Società (verbete) *Dizionario di filosofia apud* BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61.

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

[6] 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 unpunto de vista histórico, por tanto, el constitucionalimo, y en general el constitucionalismo moderno, es un produto de la ideologia liberal. Enla moderna sociedade de masas, el único médio praticable para hacer participar a los destinatários del poder em el processo

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 mútuo estabelecido pelo princípio da legalidade. Logo, o Estado de Direito é "uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales", comenta Gustavo Zagrebelsky[7].

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 Bodnar[8].

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 competição[9].

Denota-se que os movimentos sociais são operantes por natureza, 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 as novas fronteiras da Teoria

---

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.

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

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

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

Política. 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 os desafios do Estado do Séc. XXI, tais como a busca pelo capital, a globalização, a tecnologia, o pluralismo jurídico, os processos migratórios e a celeridade pela qual a sociedade atual se relaciona.

O artigo está dividido em três 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 trouxe as reflexões pragmáticas sobre o processo dialético de conceituação do termo constitucionalismo. A terceira etapa apresenta de maneira sintética os fatores externos que influenciam a Teoria Política e o constitucionalismo no séc. XXI.

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.

1. ASPECTOS PRÁTICOS SOBRE O SURGIMENTO E A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS ESTADO 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.

Os primórdios do constitucionalismo antigo têm pauta na cultura grega, através dos pensamentos reflexivos sobre política e constituição de Platão[10] e Aristóteles[11], e pelas argumentações filosóficas sobre virtude, equidade e justiça. Adiante, o governo grego causou efeitos diretos no tipo de organização de poderes estabelecido em Roma[12].

No ínterim da Antiguidade, também é possível verificar os primeiros percursos do

[10] PLATÃO, **O político**. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008. Tradução de Carmen Isabel Leal Soares.

[11] ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes,1998.

[12] FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antiguedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martinez Nieira. p. 38.

constitucionalismo na história através das formas de governo e estruturas político-sociais encontradas nos reinados do povo hebreu. O povo hebreu organizava o poder e autoridade através da lei do Senhor, ou seja, configurando um Estado Teocrático, governado pela casta sacerdotal[13].

A Bíblia Sagrada descreve que o povo hebreu vivia segundo os 12 (doze) mandamentos, estando muito firme a necessidade de obediência às leis, o que fazia com que o exercício de poder já apresentasse organização estrutural e princípios de bem-estar e compaixão entre si[14].

A Idade Média é marcada pela época do despotismo, pelo poder centralizador e absolutista, em que a figura do governante se equiparava a Deus. No medievo, o constitucionalismo deixa de se preocupar com a ordem política ideal, com a reflexão sobre a moral e o político, e com a participação social para inaugurar um discurso que trouxe vínculo a noção de prática social, ou seja, firmando regras, limites, pactos e contratos de equilíbrio. O constitucionalismo medieval se destinou a disciplinar, prioritariamente, a legitimação do poder[15].

Ainda na Idade Média, diante de tanta opressão estatal, já despontava anseios pela luta para a conquista de liberdades e garantias individuais, todavia nada foi alcançado. O principal legado do constitucionalismo medieval foi a percepção de que o poder político precisa de limites previstos em lei para ser exercido de forma justa, no entanto, não se estabeleceu meios legítimos de controle do poder, e observância dos limites previstos, o que impedia a aplicação concreta e eficaz deste ideal[16].

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 absolutismo[17].

Segundo José Joaquim Canotilho[18], o constitucionalismo se perfaz em dois: antigo e

[13] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.3

[14] **A Bíblia Sagrada**: Antigo e Novo Testamento. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil. 2007.

[15] FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antiguedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martinez Nieira. p. 38.

[16] MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.p. 240-248.

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

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

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" [19].

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 atividades[20].

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 Cruz[21].

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 estrutura.[22]

A partir do séc. XIX, com as reivindicações da classe operária por direitos efetivos da

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

[20] 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. p. 96.

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

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

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 constitucionalismo[23].

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 Wolkmer[24]. As ditas mudanças "[...] possibilitaram a complexa experiência 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 autor[25].

Sob a égide do *Welfare State*[26], 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 sociais[27].

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 social[28].

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

[23] 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

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

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

[26] "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.

[27] 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 InvestigacionesJuridicas de la UNAM. Disponível em < http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf >. Acesso em julho de 2015.

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

fundamentais”[29].

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”[30].

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 maiorias), 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”[31].

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.[32]

2. REFLEXÕES PRAGMÁTICAS SOBRE O PROCESSO DIALÉTICO DE CONCEITUAÇÃO DO TERMO CONSTITUCIONALISMO: COMPREENDENDO O SENTIDO DA PALAVRA

Constitucionalismo se trata num daqueles conceitos persuasivo e evocativo 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 político[33].

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 particular[34].

Denota-se que, diante de conflitualidade em se esclarecer o instituto, é difícil encontrar

---

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

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

[31] 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.

[32] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de laConstituición**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p. 150.

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

[34] MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.p. 248.

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 política[35].

Acontece que nas últimas décadas do século XX, as concepções do Direito aparentam ter iniciado sua crise com a consequência do surgimento do paradigma do constitucionalismo (o que para alguns erroneamente consistiria na figura do neoconstitucionalismo), orienta Manuel Atienza[36].

Assim, compreender o processo dialético enfrentado pelo fenômeno do constitucionalismo ajuda, juntamente com o processo histórico-político, a desmistificar as complexidades e conflitualidade de sua alusão, permitindo chegar a seu verdadeiro sentido com clarividência.

Bobbio relaciona o termo Constituição, conforme o ideal de constitucionalismo moderno, dando significado a Constituição que seria "a própria estrutura de uma comunidade política organizada, a ordem necessária que deriva da designação de um poder soberano e dos órgãos que o exercem"[37].

Não é de se surpreender que o fenômeno do constitucionalismo é difundido de forma correlata a figura da Constituição. No entanto, não se considera que o constitucionalismo venha se reduzir a ideia da Constituição escrita. Isto por que o texto constitucional pode não vincular os princípios e preceitos que sirvam por base ao movimento do constitucionalismo[38]. Ora, percebe-se que este é considerado o processo e aquele consiste na instrumentalização do fim almejado.

Pelo processo dialético do fenômeno, Santi Romano assinala que constitucionalismo designa “as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz constitucional”[39].

Canotilho anuncia que o constitucionalismo consiste na “[...] teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão

---

[35] SCHOCHET, Gordon J. Introduction: constitucionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitucionalism**, Nomos XX. Nem York: New York University Press. 1979. p. 9.

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

[37] BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 247.

[38] HENKIN, Louis. A new birthofconstitucionalism: geneticinfluences and geneticdefects. In: ROSENFELD, Michael (org.). **Constitucionalism**, **Identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives.**Durham: Duke University Press. 1994. p. 40-41.

[39] ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 42. Tradução de Maria Helena Diniz.

estruturante da organização político-social de uma comunidade"[40].

Em ênfase jurídica, o constitucionalismo é termo que significa complexo de instituições e princípios que, necessariamente, discorre teoricamente sobre a separação de poderes e a garantia dos Direitos Fundamentais do homem em contraposição ao ultrapassado absolutismo[41].

Segundo Manoel Atienza, constitucionalismo compreende duas coisas distintas: a primeira é que se trata dum fenômeno, a constitucionalização de nossos direitos depois da Segunda Guerra Mundial como consequência da existência de Constituições rígidas densamente povoadas de direitos e capazes de condicionar a legislação, a jurisprudência, a ação dos atores políticos ou as relações sociais; ou bem a conceituação, a teorização desse fenômeno. A segunda consiste na relação do fenômeno para com o pós-positivismo, pois muitos juristas parecem aproximar-se hoje ao Direito com ferramentas de outro tempo, isto é, sem serem conscientes das grandes mudanças que se tem produzido nas últimas décadas. Outros consideram que o positivismo jurídico metodológico (dos normativistas ou dos realistas) segue sendo uma concepção adequada, sempre que se introduza nele mesmo alguma mudança de, relativamente, pouca importância. Outros, enfim, pensam que necessita dum novo tipo de positivismo (positivismo crítico, positivismo includente, etc.) E, finalmente, os autores aos quais, em sentido estrito, caberia qualificar de constitucionalistas ou, quiçá melhor, de pós-positivistas (como Dworkin, Nino ou Alexy) são aqueles que consideram que o positivismo jurídico não é uma concepção adequada do Direito, sem cair por isso (ainda que esta seja uma objeção usual que lhes dirigem seus críticos) em formas de jusnaturalismo[42].

Segundo Maurizio Oliviero[43], 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.

Portanto, reputa-se o constitucionalismo como o movimento de ideais, instituições, preceitos e princípios regentes da maioria dos Estados, que permite a cada Estado se estruturar internamente, pelas acepções das teorias do Direito e da Política. Trata-se de fenômeno que hoje

[40] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.p. 51.

[41] STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, Constituição e Juizados Especiais Federais**. 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 91.

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

[43] OLIVIEIRO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesiarabi**. Le constituzionidelMaghrebtraduzione dei testi vigente, prefazionedi Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003, p. 01

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 em cada Estado.

3. ASPECTOS SINTÉTICOS SOBRE OS DESAFIOS DO ESTADO DO SÉC. XXI: O CAPITAL, A TECNOLOGIA, O CONSUMO, A GLOBALIZAÇÃO E O PLURALISMO JURÍDICO

Pela percepção de Edgar Morin[44], "tudo, neste mundo, está em crise. Dizer crise é dizer – já o vimos anteriormente – progressão das incertezas. [...] O planeta vive, cambaleia, gira, arrota, soluça, geme sem contar com o amanhã. Tudo é feito, vivido, a curto prazo".

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 globais[45].

Segundo Milton Santos[46], "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 cambientes) "o mundo ideal é um mundo sem Estados, ou pelo menos com pequenos e não grandes Estados", orienta Eric Hobsbawm[47].

"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 Faralli[48].

A tecnologia revolucionou a informação a ponto que as notícias passaram a ser divulgadas em tempo real, os comportamentos típicos de cada Nação, que formavam as diferenças culturais de cada povo passaram a ser importados dos países desenvolvidos aos subdesenvolvidos.

---

[44] MORIN, Edgar. **Para onde vai o mundo?** 1921.Tradução: Francisco Morás. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010. Título original: Òu va Le monde? p. 34.

[45] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 231.

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

[47] HOBSBAWM, Eric. **The nation and globalization**. *Apud* BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p 239.

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

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 globalizado[49].

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 desafios[50].

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"[51].

"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 [52].

A globalização, sugerida pela competitividade de produção e o consumo é a origem da morte do Estado enquanto força atuante passível de reduzir as mazelas sociais, assim como reflete ser a causa determinante para o aumento contínuo da pobreza, fome, educação desqualificada, desemprego, etc[53].

Habermas orienta que "<Globalización> significa por outra parte, un ulterior grado de abstracción que representa uma amenaza para la ya frágil cohesión social de las sociedades nacionales"[54]

O rumo dos eventos no mundo globalizado provou que o capitalismo avançado, visto na modernidade de liquidez[55], é caracterizado por variados fluxos a todo tempo, percebido pela

---

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

[50] 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.

[51] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 239.

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

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

[54] <Globalização> significa, por outra mão, mais um grau de abstração que representa ameaça à coesão social já frágil das sociedades nacionais (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.

[55] 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 responsabilidade 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

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 circulação[56].

Assim, o fenômeno do "multiculturalismo" designa certo tipo de sociedade, caracterizada pela presença e pela convivência de grupos culturais diferentes, ou, em sentido normativo, para indicar um ideal jurídico-político para cuja realização o Estado é chamado a colaborar, principalmente através dos instrumentos do direito e da educação[57].

Neste percepção, Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero ressaltam que há, atualmente,

> a sobrecarga do Estado a partir de concepções pluralistas da sociedade, que se compõe de múltiplos grupos, cujos interesses são objeto de negociação e compromisso com o poder. Estes grupos trabalham com uma expectativa cada vez mais elevada para o seu nível de vida. O sistema de disputa entre os grupos de pressão e as agremiações políticas obriga o governo a assumir vários compromissos, mesmo que contraditórios, para se manter no Poder. Assim, os governos não possuem autoridade suficiente para impor o que se poderia denominar de um adequado ajuste econômico. As tentativas feitas pelos governos para ter maioria nos parlamentos implicaram ampliar ao extremo o exercício da negociação, deturpando a concepção de Democracia. O resultado desta falta de "correções periódicas de rumo" acaba por formar um círculo vicioso do qual o Estado de Bem-Estar, após determinado período, torna-se refém"[58].

Ora, os grandes fluxos migratórios dos países mais pobres para os países industrializados mudaram a fisionomia dos velhos Estados nacionais, determinando a situação de marcado pluralismo jurídico e abalando conceitos consolidados como os de soberania, cidadania e instituições caracterizadoras do Estado[59].

A globalização, as novas tecnologias, o pluralismo jurídico, a sociedade líquida, enfim, os fatores externos do séc. XXI, "todos esses fenômenos abriram novas fronteiras para os estudiosos e também para os filósofos do direito" [60], visto que as consequências crescentes destes fenômenos influenciam no cenário social, o que implica na estrutura dos Estados, na Teoria Política e o Constitucionalismo.

---

políticos, éticos e culturais. In: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 9-11.

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

[57] FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 78-79.

[58] 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.

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

[60] FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 78-79.

Nestas 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 do dever de motivação das decisões[61].

Harbermas orienta que: "El vaciamento de la soberania del Estado nacional seguira ahondándose y, por tanto, resulta imprescindibile proseguir com la ampliación de las facultades de acción política a nivel supranacional"[62].

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 mundializada[63].

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 humanidade[64].

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

---

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

[62] 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.

[63] 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.

[64] 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.

a mais provável[65].

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 irreversível[66].

A falta do quadro institucional de estruturas organizacionais que o Estado desempenha pode gerar o retrocesso da sociedade para suas manifestações explosivas. Segundo teoria do filósofo René Girard, o indivíduo possui um impulso violento que está sempre em ebulição e não havendo bases de apoio é que ocorrerá a instabilidade endêmica que resultará em comunidades explosivas, ferozes, sangrentas, expondo os indivíduos à progressão da violência sem punição[67].

Pierre Bourdieu aponta que o futuro lhe parece incerto, pois a precariedade é o novo domínio e produzirá a degradação do mundo. Todo o universo da produção está num processo de precarização, inclusive com a desterritorialização das empresas, antes ligadas a um Estado-nação ou lugar, agora dissociadas por empresa-redes, articuladas em segmentos em cada continente, facilitando a mobilidade do capital e a escolha da mão de obra barata, o que leva a insegurança em todos os níveis. Apesar de se aparentar com o capitalismo selvagem, o domínio da precariedade alcança patamares maiores de exploração, vai além do regime econômico para ser instaurar através de um regime político, somente a luta veemente contra o regime político da precariedade em resistência a desestruturação poderá impedir a quebra do Estado[68].

Segundo o sociológo Bauman, longe de haver uma cura para a desordem social, para a modernidade líquida, os sintomas dos fatores externos que hoje já influenciam o Constitucionalismo levam a crer que a futura figura que transpassará a criação do Estado será o

---

[65] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 240.

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

[67] GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra editora.2008.p. 1-10.

[68] A precariedade está por toda parte, tanto no setor privado quanto no setor público, nas empresas e nas instituições de produção e difusão cultural, de educação e de comunicação. A concorrência pelo trabalho, a desestabilidade dos cargos, a impossibilidade de projetar o futuro, tudo isto é reflexo da precariedade generalizada que produz insegurança e obriga os trabalhadores à submissão. In: BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos**: tática para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1998. Tradução de Lucy Magalhães. p. 72-77.

efeito das *cloakroom communities*[69] que impedirão a condensação das comunidades genuínas duradouras e compreensivas, espalham a sociabilidade e perpetuando a solidão[70].

Frente às especulações sociológicas, filosóficas ou dos pesquisadores da Ciência Política, não se nega que os fatores externos do sec. XXI repercutirão determinantemente nas bases institucionais e organizacionais do Estado.

O Constitucionalismo continuará em movimento pelo processo de pensamento que repercuta 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

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 de 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 não é mais de todo hábil para proteger a sociedade vigente, isto porque o ente estatal não é rápido como as medidas que lhe são solicitadas. Ora, o método de Estado democrático como ora utilizado não é capaz de suprir as necessidades do capital, da globalização, da sociedade tecnológica, da modernidade de liquidez, enfim, de todos os fatores do

[69] Literalmente são "comunidades de guarda-casacos", em alusão aos locais onde em museus e teatros, deixam-se capas e casacos que são retirados na saída. Trata-se das novas comunidades sociais, que mais agressivas e desapegadas após o desmantelamento estatal, representam a falta de nacionalismo e de identidade cultural pelos indivíduos, que fora dos limites de tempo/espaço vão ser unidos por interesses de grupos, repentinos e rápidos. Logo, a idéia de *cloakroom communities* é a de que assim como os casos se reúnem numa mesma sala para um curto espetáculo, e depois deste se dispersam pelo mundo afora, as novas comunidades, sem mais ligação com o Estado, precisaram de um 'espetáculo' (que serviria como causa comum) que apele a interesses semelhantes em indivíduos diferentes e que os reúna durante certo tempo em que outros interesses - que os separam em vez de uni-los – são temporariamente postos de lado, deixados de fogo brando ou inteiramente silenciados.

[70] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 248-250.

séc. XXI.

Analisando os elementos constitutivos do Estado: povo, território e soberania. Observa-se que os três elementos sofreram mudanças: o povo, que constitui uma nação com identidade cultural, hoje enfrenta os fluxos migratórios, o multiculturalismo, o pluralismo jurídico, a indigência cultural; o território, que constitui o limite geográfico atuante do Estado, hoje reflete uma 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 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 determinantemente 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 que consigam ir além das fronteiras do Estado, sem deslegitimar as Instituições Estatais já constituídas e vigentes.

A solução não é permitir o retrocesso sócio-político, não compete esperar a sociedade retornar até ser comunidade de violências explosivas; ou permitir que a sociedade alcance o domínio da precariedade; ou que a sociedade se reduza as comunidades formadas por interesses

de grupos passageiros. A solução está na manutenção do Estado para as questões internas e na criação artificial de outro ente para a solução das questões externas, ou supranacionais, ou globais, ou transnacionais, como denominam os especialistas da Ciência Política.

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 que alcancemos a organização em cenário global, supranacional ou transnacional, que imponha limites sobrepujante a força econômica.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil. 2007.

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

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, Noberto. 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 InvestigacionesJuridicas 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: <httpp://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 laantiguedad a nuestros dias. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martinez Nieira.

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

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

HABERMAS, Jurgen. **Mas Allá del Estado nacional**. 4.ed. Madrid: Trotta. 2008. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Título Original: Die Normalitat 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 birthofconstitucionalism: geneticinfluences and geneticdefects. In: ROSENFELD, Michael (org.). **Constitucionalism**, **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.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

p. 42. Tradução de Maria Helena Diniz.

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, Noberto; 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 paesiarabi**. Le constituzionidelMaghrebtraduzione dei testi vigente, prefazionedi Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003.

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

PLATÃO, **O político**. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008. Tradução de Carmen Isabel Leal Soares.

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: constitucionalism, liberalism, and the study of politics. In: PENNOCK, J. Roland; CHAPMAN, John W. (org.). **Constitucionalism**, Nomos XX. Nem 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.

CAPITALISMO E LIBERALISMO

Consuelo Guasque[1]

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa envolveu estudos e investigações que compuseram a revisão bibliográfica do tema. Para isso, foi imprescindível a leitura de alguns pensadores como Cruz[2], Karl[3], Smith[4], dentre outros voltados ao estudo do capitalismo e o liberalismo.

Na análise dos objetivos propostos para à realização desse trabalho, optou-se por uma pesquisa bibliográfica, em razão de a origem para o embasamento serem fontes encontradas nas publicações em livros que versam acerca do tema.

A abordagem da pesquisa atém-se a significados fenomênicos, análise documental e demais motivações que estruturam a orientação qualitativa. “Neste tipo de investigação os interesses estão mais no conteúdo do que no procedimento”. [5]

Outro método inserido no hall científico desse trabalho é o método indutivo que, com a observação de premissas fundamenta um raciocínio. “A partir da observação de alguns fatos, a mente humana tende a tirar conclusões gerais. O argumento indutivo fundamenta-se em premissas”.[6]

Também será utilizado como aspecto metodológico a pesquisa descritiva, que torna possível criar relações variáveis em determinadas populações documentais. “Tem como objetivo principal a descrição das características de determinada população ou fenômeno, estabelecendo relações entre as variáveis”.[7]

---

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil). Pós-graduado em Direito Tributário e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (Brasil). E-mail: consuelo@guasque.adv.br.

[2] CRUZ, Paulo Marcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3º ed. Curitiba, 2003.

[3] MARX, Karl; *O Capital*. **O Processo de Produção de Capital**. 33º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

[4] SMITH, Adam; **Riqueza das Nações**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

[5] PACHECO, José Augusto. **O Pensamento e a Ação do Professor**. Porto: Porto Editora, 1995. p.41

[6] SILVA, Antonio Carlos Ribeiro. **Metodologia Pesquisa Aplicada à Contabilidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.33

[7] SILVA, Antonio Carlos Ribeiro. **Metodologia Pesquisa Aplicada à Contabilidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.58

A presente pesquisa foi organizada em duas seções, de forma a discutir e refletir sobre as mudanças ocorridas em razão do pensamento liberal e capitalista na sociedade e, com isso, a necessidade de evolução da forma e sistema de governo.

Dessa forma conclui-se o certame metodológico que será utilizado nessa pesquisa e conduzirá a argumentação dessa problemática.

Primeiramente têm-se a contextualização, a justificativa, o problema, os objetivos e a metodologia utilizada nessa pesquisa. Na sequência aborda-se questões referentes ao liberalismo, a partir dos quais suscita-se o aspecto histórico e conceitual para depois adentrar no núcleo do pensamento liberal, que trata a separação da Igreja e o Estado.

Por fim adentra-se ao capitalismo, e traz importantes aspectos técnicos de funcionamento, e a relação do trabalhador e o capitalista para finalmente tecer as considerações finais que evidenciam as prerrogativas contidas nas correntes de pensamento capitalista e liberal.

1. A HISTÓRIA DO PENSAMENTO LIBERAL

O século XVIII foi marcado pela consolidação da corrente de pensamento chamada de Liberalismo. Essa corrente[8], essencialmente defendeu a liberdade individual do ser humano, frente ao poder do Estado. Todavia, também narra um aspecto filosófico acerca da vida como modelo social, que supera regimes anteriores, e também acerca de dogmas, que alicerçaram o fundamento jurídico e político de constituições forjadas pela democracia.

Uma das principais razões do surgimento do liberalismo, que ocorre de forma lenta na Europa, é o manifesto aos regimes econômicos de mercado, instituídos pelas monarquias absolutistas, conhecido também como mercantilismo.

"Esse formato de mercado assenta-se na ideia de que é necessária a presença de um Estado, seja representado por um rei, ou um governo de república, que tenha poder de intervenção direta na economia com ímpeto de promover a igualdade social."[9]

É importante lembrar que, ainda no século XVIII toda produção mercantil, tinha total dependência do rei. Era o monarca quem determinava o que seria produzido, quando, e quais

[8] CRUZ, Paulo Marcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba, 2003. p.89.

[9] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.19.

regiões os produtores poderiam comercializar suas produções. Dessa forma, ele mesmo, determinava áreas para si próprio, a exploração, ou participação nos empreendimentos da época.

Portanto a participação do Estado, em razão do absolutismo, norteava as regras de comércio, e tinha como resultado a opressão às classes desfavorecidas, e a concessão de diversos privilégios aos amigos do rei.

Segundo Stewart, não haviam critérios, que garantissem a promoção da igualdade social.

> Pode-se dizer com inteira propriedade que naquela época o mercado interno era um património nacional ou seja, um patrocínio do rei, que dele dispunha ao seu alvitre, concedendo privilégios aos seus "amigos". [10]

Tratando do aspecto conceitual do mercantilismo, sua origem discorre no entendimento de que, a criação de uma riqueza ocorre em razão de uma pobreza. Essa corrente aponta que um país, fortalecerá sua economia, com o enfraquecimento da economia de outro país. Ou que, uma empresa tem seu resultado ascendente, enquanto outra, tem retração de sua liquidez. Dessa mesma forma, uma pessoa só enriquece, se outra empobrecer. Portanto significa que, quando alguém ganha, necessariamente outro perde.

> O mercantilismo se baseia no conceito de que, quando alguém ganha, alguém perde. Está implícita nessa noção a ideia de que a riqueza é uma grandeza definida, de que a maior riqueza de uma nação só poderia existir como fruto da pobreza de outras nações.[11]

Esse modelo foi perdendo força ao longo do tempo, evidenciando que a intervenção excessiva do Estado, apenas produziu impactos econômicos negativos, e resultou na plena insatisfação popular.

> É ilustrativo relembrar que quando Luís XIV, preocupado com a má performance económica de seu reinado, perguntou ao seu ministro da Fazenda que medidas deveriam adotar para conter a crescente insatisfação popular, ouviu como resposta: *laissez faire laissez passer*.[12]

Em razão de a economia daquele momento ter uma conotação de enriquecimento equivocada, pois era balizada por um duelo mortal entre concorrentes, esse pensamento, foi superado posteriormente, pela evolução da ciência econômica. Nesse período transitório foi fundamental para demonstrar à sociedade que a liberdade nas operações comerciais gerava saldo positivo entre as partes, pois se estavam livremente negociando a compra e venda é por que as partes estavam ganhando, do contrário não concretizariam.

[10] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.20.

[11] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.20.

[12] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.20.

> A economia era, portanto, considerada como um jogo de soma zero. A evolução do conhecimento económico viria a demonstrar à sociedade que a economia de mercado é um jogo de soma positiva. Numa troca livremente pactuada, ambas as partes saem ganhando porque ambas preferem o *stato quo post ao stato quo ante*, ou então não teriam efetuado a troca[13].

A humanidade não seria mais o que era, ao passo que, dos avanços verificados no Liberalismo, é que ecoava a liberdade política e econômica. A partir de então, iniciam a queda das monarquias absolutas; a separação da Igreja e o Estado, e os primeiros regimes constitucionais, que garantiriam os aspectos dogmáticos à liberdade e à livre iniciativa.

Com o efeito da ascensão do movimento liberalista, grupos se reuniam em manifesto a favor de normas diretas à economia. Houve nesse momento na Inglaterra a abolição das *Corn Laws*[14], que eram leis que garantiam reserva de mercado de cereais aos produtores ingleses.

Para Donald[15], todo o esforço da época para a manutenção do liberalismo rendeu diversos aspectos positivos. A principal conquista foi ter possibilitado perspectivas e a conquista material em razão da geração de empregos, e também o crescimento populacional, com a diminuição da mortalidade por pobreza e doenças.

1.1 O Núcleo do Pensamento Liberal

Ao longo do tempo a relação do homem com seus meios de sobrevivência tem sido desenvolvida, através de guerras, revoluções, e meios e sistemas de governo que discipline a relação do homem em sociedade.

O modelo econômico das sociedades anteriores ao nosso tempo tem suas orientações surgidas de diversas vertentes. A participação da Igreja no Estado por exemplo, durante um longo período determinou o comportamento das pessoas, e também sobre o produto de seu trabalho. Assim, o que elas precisavam dividir de sua manufatura com o Estado. Esse período, qualquer ato praticado por um indivíduo, não se relacionava à ideia de cumprimento dos deveres e das

[13] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.20.

[14] Conjunto de leis protecionistas que regulamentavam a importação e exportação de cereais na Grã-Bretanha. Iniciam-se por volta do século XIV e extinguem-se no século XIX. Esta preocupação pela estabilidade dos preços revelou-se principalmente em finais do século XVIII e princípios do século XIX, quando foram todas uma série de medidas protecionistas. Contudo, os preços continuaram a subir devido à especulação dos produtores e terra tenentes que se aproveitaram de uma conjuntura de guerra. (in Língua Portuguesa com Acordo Ortográfico [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2016. [consult. 2016-04-04 19:25:19]. Disponível na Internet: (**http://www.infopedia.pt/$corn-laws).** Acesso em 06.04.2016.

[15] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.21.

obrigações. O Estado operava como mandatário.

A lei do Estado era a lei da Igreja e vice e versa. As monarquias absolutistas se fundamentavam na hereditariedade, portanto os reis tomavam suas decisões facultados na irresponsabilidade dos atos. Em regra, sem sofrer quaisquer sanções, em atitudes que fossem prejudiciais às pessoas.

Essa característica de governo, onde não há consequências, além da impopularidade, trouxe resultados negativos acerca dos aspectos econômicos da sociedade. Frente ao fato de que o rei instituía e majorava tributos por meio de decretos, e a população nada poderia fazer, as ações do rei poderiam ser desaprovadas meramente por indignação popular, que era imediatamente suprimida pela coação do então Estado Absoluto.

Ao longo do tempo, o olhar às monarquias, foi sedimentando um ambiente despropositado acerca das suas diretrizes. Onde era para haver equilíbrio e justiça ocorria o contrário. Também era visto o declínio patrimonial das pessoas, pois ao longo dos anos não havia a prosperidade individual.

Esse modelo de governo foi enfraquecendo, verificando o fato de que, o monarca atribuía diversos privilégios àqueles que eram seus pupilos. Diversas classes eram apontadas como subalternas, pela simples razão de ser apontada como tal. Também, os atos da coroa não contemplavam o desenvolvimento econômico da população, nem intelectual. Havia severa supressão de direitos fundamentais de dignidade, justiça e liberdade.

O Liberalismo se concentra basicamente na legitimidade da liberdade[16]. A formação dessa corrente de pensamento, contém fragmentos dos principais momentos na história, onde a humanidade se organizou, em prol de um modelo social mais justo.

A base dessa liberdade não surge em decorrência de natureza religiosa ou mística. Donald[17], assinala que decorre do fato que um sistema baseado na liberdade assegura uma maior produtividade de trabalho humano, sendo, portanto, do interesse de todos os habitantes do mundo.

Esse sistema, defende além da manufatura, a propriedade privada. A tratativa a esses fatos, mais uma vez não decorre de intolerância apenas a Forma de Estado, mas ao fato de uma maior

[16] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.72.

[17] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.73.

produtividade - e dessa forma, maior criação de riqueza.

Essa justiça, certamente se fundamenta, devido a insatisfação do homem de poucas posses, em relação a outros, cuja seu patrimônio é constituído de grande valor econômico. A índole do Liberalismo propõe a melhoria das condições materiais[18] do ser humano. O seu propósito é reduzir a pobreza e a miséria, e o meio proposto para que esse objetivo seja atingido, é a liberdade.

Em análise ao Liberalismo revela-se uma ideologia, que surge em resistência a essas intervenções do Estado, na livre iniciativa. Propõe uma condição política para o Estado, e também, absoluta garantia de que não haverá um indivíduo exercendo coercibilidade sobre outro. Também, que a ninguém cabe recorrer à força para obrigar, ou se valer de meios fraudulentos para indução àquilo que outro não deseja.

Um sistema que propõem um lastro à liberdade, expressa necessariamente que não há restrições a propriedade privada, e que a qualquer momento uma pessoa pode incluir sua capacidade de produção no ambiente de livre iniciativa, onde prevaleça aquele com condições de se diferenciar, por meio de melhor qualidade, e precificação adequada no ambiente competitivo.

Dessa forma, não será mais privilegiada alguma classe social, ou a ocorrência de desfavores, a qualquer indivíduo frente ao Estado por seu posicionamento político ou religioso.

É válido esse pensamento, tendo em vista a análise de Joan Antón[19], que assinalou a existência de uma ligação ideologia política, desde o início, a uma classe, a burguesia, e a um modelo específico, o capitalismo.

Segundo a crítica de Harold Laski[20], o Liberalismo como um modelo social construído ao longo do tempo, absorveu de diversas aspirações políticas, econômicas, morais e culturais da burguesia, que mais tarde, se converteria na filosofia do capitalismo.

Isso expresso, faz-se importante analisar que o pensamento liberal, é originado também por elementos ideológicos e filosóficos, cuja sua formação se deu lentamente ao longo da história.

A história contemporânea, em todo o mundo, certamente está forjada por elementos

[18] [18] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.71.

[19] ANTÓN, Joan et alii. **El liberalismo**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 187.

[20] HAROLD JOSEPH LASKI, político socialista britânico, nascido em Manchester, em 1893 e morto em Londres, em 1950, foi um dos principais membros da Fabian Society e depois do Partido Trabalhista. Suas obras influenciaram profundamente o socialismo britânico.

advindos do Liberalismo. Laski[21] afirma que o Liberalismo, se trata de uma corrente política, criadora de uma mentalidade, sendo a principal política da civilização ocidental.

O período em que houve concretização das premissas liberais, e também a discussão com aqueles que se opunham; foi marcado pela unilateralidade de convicções. Portanto, havia total resistência, a qualquer manifestação, contra a liberdade como condição natural do homem.

Os alicerces doutrinários, conforme assevera o texto de Antón[22], apontam como síntese política e ideológica três razões pelas quais o Liberalismo se dissemina: o naturalismo hedonista – que aponta a felicidade está para a posse, acumulo e desfrute dos bens materiais; o racionalismo cartesiano – que concerne em eliminar o obscurantismo e conquistar uma atuação eficiente aos seus propósitos; e finalmente o individualismo, que é pressuposto à liberdade.

Finalmente, o ponto mais alto da evolução do Liberalismo, ocorre na Europa, precisamente na Inglaterra, tendo em vista questões de cunho cultural e teórico, até normas jurídicas e instituições políticas. Esse período se entrelaça numa sociedade na qual a burguesia entraria em processos políticos e resultaria no enfraquecimento gradativo da burguesia.

Nesse cenário[23], surge um momento importante, a partir da gestão de Henrique VIII, que decreta o rompimento com a Igreja Católica. Dessa forma foi criado um mercado mundial. Eram comercializados produtos manufaturados, e também a extração de matéria prima a baixo custo.

2. O CAPITALISMO

O capitalismo assenta-se na ideia de um sistema produtivo que divide a sociedade em duas classes – de um lado os proprietários de terras, matérias-primas, máquinas e equipamentos, que desempenham sua produção, através da força de trabalho, que são o proletário. Esses, vendem sua manufatura, aos detentores do capital[24].

Necessariamente o capitalismo se desenvolve quando reunida essas duas classes. São características para um processo intermitente de existência, um polo detentor dos meios de

[21] Sobre isto ver LASKI, Harold. **El liberalismo europeu**, Madrid: Fondo de Cultura Econômica, 1961. p. 116.

[22] ANTÓN, Joan et alii. **El liberalismo**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 89-90.

[23] CRUZ, Paulo Marcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3º ed. Curitiba, 2003. p.94

[24] Assim, o capital compreende, especificamente, o conjunto formado pelo capital imobiliário (imóveis, casas) utilizado para moradia, e pelo capital financeiro e profissional (edifícios, e infraestrutura, equipamentos, maquinas e patentes etc.), usado pelas empresas e pela administração pública. PIKKET, Thomas; **O Capital no Século XXI**. 1º ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p.53

produção, em favor dos proprietários privados. E, a existência de outro polo, que oferta a força de trabalho.

Para Marx[25] a força de trabalho está restrita ao aspecto conceitual, dessa forma, não remete a uma ação de fato, pois permanecendo ela meramente disponível, não está em uso. Assim afirma que *"O comprador da força de trabalho consome-a, fazendo o vendedor dela trabalhar"*.

A exposição dessa afirmativa, permite compreender a estrutura do modelo capitalista, no que remete a relação umbilical entre o uso da força de trabalho, que percebida sua venda, é transformada no objeto, que é o trabalho. E a compra desse objeto pelo capitalista, que será utiliza, à produção de mercadoria.

Marx entende que o consumo desse trabalho é passível de transformação em mercadorias, uma vez que haja; os "valores de uso". Nesse sentido, afirma que; *"para o trabalho reaparecer em mercadorias tem de ser empregado em valores de uso, em coisas que sirvam para satisfazer necessidades de qualquer natureza".*

A criação do "valor" nasce da combinação de fatores entre os dois polos. A matéria prima é submetida ao processo de transformação, onde tem agregado nesse momento, o conhecimento técnico que permite transformar. Remetendo a um processo de operacionalização, que transforma de fato a matéria prima, numa mercadoria, cuja o resultado satisfaça a necessidade humana, que é a manufatura.

Um bem, só pode ter seu valor expresso, em razão de nele, estar materializado o trabalho humano abstrato. A forma que é estabelecida para fixação desses dados, e que expressa a medida para o valor; surge em decorrência da quantidade da "substância criadora de valor" contido nesse bem; conforme assevera Marx[26].

Também é preciso um olhar à medição da quantidade de trabalho empregado no desenvolvimento do bem, que é feito pelo tempo de duração, e o tempo de trabalho, por frações do tempo, como hora, dia, etc. Assim, conclui: *"Se prescindirmos do valor de uso da mercadoria, só lhe resta ainda uma propriedade, a de ser produto do trabalho."* [27]

[25] MARX, Karl; **O Capital. O Processo de Produção de Capital**. 33º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p.211.
[26] MARX, Karl; **O Capital. O Processo de Produção de Capital**. 33º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p.60.
[27] MARX, Karl; **O Capital**. **O Processo de Produção de Capital**. 33º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p.60.

Considerando, portanto, que o valor gerado da mercadoria emana da mão-de-obra agregada ao bem, e que esse trabalho, portanto é medido pela quantidade de tempo; logicamente que tal formato caíra em descrédito, se Marx não incluísse as seguintes considerações: *"O trabalho que constituí a substancia dos valores é o trabalho humano homogêneo, dispêndio de idêntica força de trabalho."* [28]

Nessa corrente de pensamento, é notório o entendimento de que um bem tem seu valor incorporado, a medida do esforço aplicado no processo em que o transformou em mercadoria. E não, somente ao fato de ser exposto a manufatura. Portanto pode-se concluir que o valor está relacionado com o refino que é aplicado na mão-de-obra.

Para fixar melhor essa ideia, foi que Adam Smith[29], em uma de suas principais obras apontou que: "*o trabalho constitui, pois, a verdadeira medida do valor de troca de todos os bens".*

O comércio que se dá a essa mercadoria, irá se desenvolver, num cenário cuja fórmula básica consiste em: o valor do produto do salário é maior que o salário pago ao trabalhador. A diferença entre essas duas importâncias consiste no lucro. Dessa forma, o lucro assume um caráter relevante no aspecto cíclico da geração de riquezas, pois tanto ele poderá reorientar-se na formulação de um novo capital, somando-se ao mesmo que o gerou – ou transformar-se-á em bens de consumo àquele que retém o capital.

Conforme apontado em capítulo anterior, no ambiente de uma sociedade capitalista, coexiste dois grandes interesses econômicos: os proprietários do capital, e os trabalhadores. Esse encontro, em primeiro instante, emana um efeito centrípeto. Pois haverá de fato a produção do lucro, quando o operador se disponibiliza ao processo produtivo, em contrapartida de sua subsistência. Dessa forma, uma classe torna-se frontalmente ligada a outra.

Entretanto numa segunda análise, essas duas classes opõem-se uma à outra, em razão de os que são proprietário dos recursos, só poderão prosperar, se houver exploração do trabalhador – indispensável e protagonista à produção do capital. Assim, estabelece-se uma relação com efeito centrífugo, onde uma classe existe à custa de outra. Para Karl Marx[30], essa ideia é bastante clara, tendo em face sua narrativa apontada numa crítica severa, segundo o exposto;

[28] MARX, Karl; **O Capital. O Processo de Produção de Capital**. 33º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p.60,61.

[29] SMITH, Adam; **Riqueza das Nações**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1987. p.51.

[30] MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. RocketEditon, 1999. p.7.

> A história de todas as sociedades existentes até hoje é a história da luta de classes. Homens livres e escravos, patrícios e plebeus, lorde e servo, mestre de corporação e jornaleiro, em uma palavra, opressor e oprimido, um mantendo-se em constante oposição ao outro. [...] A moderna sociedade burguesa que germinou das ruínas da sociedade feudal não se livrou do antagonismo de classes. Não fez mais que criar novas classes, novas condições de opressão, novas formas de luta no lugar das antigas.

Segundo apontou Marx[31], as relações econômicas, são o cerne em qualquer sociedade. Todavia no capitalismo, as pessoas são motivadas unicamente por seus interesses econômicos próprios, e refletindo acerca do comportamento do homem, também assinala que o modo de produção da vida material condiciona o caráter geral do processo social, político, e espiritual da vida.

A exploração da classe trabalhadora é apenas um efeito do capitalismo. É muito provável que exista também um efeito psicológico. Pois há um furor incessante, em busca da realização material. Todavia, essa caça ao tesouro, que por um lado fixou metas individuais, e as pessoas não mais viveriam sem pensar o amanhã, por outro dificultou o relacionamento em sociedade, pois a ambição foi ganhando margem, e o espirito fraternal, perdendo.

O produto desses elementos criou formas de alienação do indivíduo perante as relações sociais. Num cenário competitivo, o homem posicionou-se tão somente à fórmulas e cálculos, visando rentabilidade e lucro. Dessa forma, ocorreu que a identidade das pessoas foi se perdendo, ao passo que o trabalho desumanizava as relações.

No entendimento de Fusfeld[32], no capitalismo o trabalhador em razão de separar-se dos frutos do trabalho, bem como das ferramentas de produção, é impedido que sua personalidade desenvolva resultando em alienação, e tendo uma vida sem sentido. Acredita também, que dessa situação, irá decorrer uma série de patologias sociais e psicológicas.

Na obra desse mesmo autor[33], aponta a crença de Marx condenando o capitalismo – em primeiro lugar, uma análise ao aspecto moral: as injustiças provenientes do capitalismo, levarão em última análise, a condições econômicas sociais que não poderão ser sustentadas. Em segundo, uma visão sociológica: um conflito de classes entre um número decrescente de capitalistas cada vez mais ricos, e a classe trabalhadora em crescimento juntamente com a miséria – que causará uma revolução social. Finalmente em terceiro lugar, sobre a égide econômica: acumulo de capital

[31] Prefácio de: **Uma Contribuição para a Crítica Econômica Política**, 1859.

[32] FUSFELD, Daniel R. **A Era do Economista**. Saraiva, 2001. p.84.

[33] FUSFELD, Daniel R. **A Era do Economista**. Saraiva, 2001. p.85.

em mãos privadas ocasiona a abundância econômica, entretanto, também resulta em crise, desemprego, e um possível grande colapso econômico do capitalismo.

Vale lembrar, que em meados da década de 30, ocorreu nos Estados Unidos, o primeiro grande colapso econômico, quando em Wall Street[34], as ações das empresas despencaram, e do dia para noite, as pessoas perderam tudo o que tinham. O efeito disso[35] foi uma série de suicídios e o fim de grandes empresas com milhares de funcionários. O mundo conhecia nesse momento a severidade dos efeitos do capitalismo desenfreado.

> O principal impacto da Grande Depressão no pensamento americano foi a aceitação universal de que a culpa era do "capitalismo liberal". A opinião comum – tanto entre economistas quanto entre leigos – sustenta que durante a década de 1920 prevaleceu um "capitalismo sem freios", e que a trágica depressão mostra que o velho *laissez-faire* já não funciona mais. [36]

Também chamada de grande depressão econômica, essa crise foi o período da economia americana, em que houveram as piores altas de desemprego, queda do PIB de diversos países, queda industrial, preço das ações, assim toda à economia estaria atingida.

O dia 24 de outubro[37] foi marcado como início da grande depressão, diferente do que muitos acreditam, teria sido em julho do mesmo ano, que a indústria já apresentava sinais de queda e ocasionando um período de recessão que se estendeu até o dia 29, quando as ações da bolsa de Nova York, a *New York Stock Exchange*; caíra terrivelmente, o que desencadeou a quinta-feira negra.

Porém, o fato marcante não foi simplesmente a ruptura do desenvolvimento dos títulos, mas o período que entrou para história, como maior colapso econômico de um país, e as consequências desastrosas de uma contabilidade duvidosa, e de uma política inexperiente de um governo.

Mas o capitalismo também incorpora outras facetas. Não se trata somente, de impregnação de moléstias psicológicas, ou do caos econômico. Há também, com a exploração da mão de obra, a geração de grandes riquezas, bens, e o acumulo de capital. Dessa forma passa a existir uma produção para as massas.

Uma operação fabril, quando ocorre em larga escala, permite uma sensível economia de

[34] Wall Street é o lar da Bolsa de Valores de Nova YorK.

[35] ROTHBARD, Murray N. **A Grande Depressão Americana**, 1º ed. São Paulo: Mises Brasil, 2012. p.19.

[36] ROTHBARD, Murray N. **A Grande Depressão Americana**, 1º ed. São Paulo: Mises Brasil, 2012. p.38.

[37] ROTHBARD, Murray N. **A Grande Depressão Americana**, 1º ed. São Paulo: Mises Brasil, 2012, p.17.

recursos financeiros. Vale apontar que antes do advento do capitalismo, apenas haviam produções para as elites[38].

Há também os defensores[39] que apontam o capitalismo elevou não somente os padrões de vida de uma classe, mas de crescimento nas nações modernas. Entre alguns efeitos evidenciados pode-se constar o crescimento dos sindicatos, maior aproveitamento da classe trabalhadora aos efeitos da geração de riquezas, da renda, e ainda de demais benefícios econômicos distribuídos a todas as classes sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente esse trabalho foi proposto a fim de examinar o advento do capitalismo e do liberalismo. Mais especificamente, debruçando-se sobre os principais eventos, o leitor pode, de maneira analítica e sistêmica, adentrar aos pormenores da historicidade social e jurídica dessas correntes, que influenciaram toda a economia mundial, até os dias de hoje.

Para tanto, foi percorrido historicamente os eventos que deram desenvolvimento ao liberalismo, iniciando pelo aspecto conceitual, em seguida as razões de seu surgimento, e uma narrativa dos principais fatos. Esse olhar para o passado tratou os diversos modelos econômicos da sociedade em seu avanço. Verificou também, o núcleo do pensamento liberal, e concomitantemente, a separação do Estado para com a Igreja Católica.

Esse momento de separação, faz-se um marco histórico tendo em vista a irretroatividade contida nesse caminho tomado pela sociedade daquele tempo. Novas conquistas sociais e políticas também surgiram com o fim do absolutismo, que revelou a supressão de direitos fundamentais das pessoas - e os negativos na economia.

Em segundo momento essa pesquisa trata o aspecto conceitual do capitalismo. As razões de seu surgimento, os efeitos econômicos e sociais na vida dos indivíduos, e também revela o pensamento dos principais autores dessa corrente, e críticos que ajudaram a fundamentar esse momento na história.

No capitalismo, foi possível verificar que inicialmente sua essência era derivada do confronto entre classes. Os trabalhadores frente aos capitalistas. No entanto, foi visto que nesse

[38] STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995. p.61.

[39] FUSFELD, Daniel R. **A Era do Economista**. Saraiva, 2001. p.89.

período houveram diversos desenvolvimentos em detrimento da coexistência dessas classes, assim; o trabalhador tem a dependência do proprietário do capital, e o contrário é proporcionalmente igual.

Foi possível identificar o valor agregado ao bem, conceito esse, aplicado até os dias de hoje. Um objeto tem seu valor não meramente pelo material utilizado, mas também pelo refino que se aplica na manufatura. O que gera valor e transforma em mercadoria.

Finalmente esse trabalho evidenciou também, a relação do Estado com o homem, e a livre iniciativa. Assim o desenvolvimento de culturas, aspectos sociológicos tendo em vista o zelo à individualidade. Aspectos políticos, com a constatação dos efeitos das monarquias absolutistas, e jurídicos que trouxeram garantias aos indivíduos. E dessa forma, esses modelos vistos ao longo dessa pesquisa, trouxeram sustentação ao meio que forjaram as economias em diversas partes do mundo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ANTÓN, Joan et alii. **El liberalismo**. Madrid: Tecnos, 1996.

CRUZ, Paulo Marcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3º ed. Curitiba, 2003.

FUSFELD, Daniel R. **A Era do Economista**. Saraiva, 2001.

LASKI, Harold. **El liberalismo europeu**. Ciudad de México: FCE, 1969.

MARX, Karl; **O Capital**. 33º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

MARX, Karl; **Prefácio à Crítica da Economia Política de 1859.** Disponível em: <http://www.consultapopular.org.br/biblioteca/pref%C3%A1cio-%C3%A0-cr%C3%ADtica-da-economia-pol%C3%ADtica-de-1859>. Acessado em 13/04/2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. RocketEditon, 1999.

PIKKET, Thomas; **O Capital no Século XXI**. 1º ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SMITH, Adam; **Riqueza das Nações**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

SILVA, Antonio Carlos Ribeiro. **Metodologia Pesquisa Aplicada à Contabilidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

STEWART JR, Donald. **O que é Liberalismo.** 5.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

PACHECO, José Augusto. **O Pensamento e a Ação do Professor**. Porto: Porto Editora, 1995.

ROTHBARD, Murray N. **A Grande Depressão Americana**. São Paulo: Mises Brasil, 2012.

THE DICHOTOMY BETWEEN THE SECULAR STATE AND THE CONFESSIONAL STATE: AN APPROACH ON THE PREVELENCE OF THE SECULARITY IN FAVOUR OF RELIGIOUS FREEDOM

"Now the Lord is the Spirit, and where the Spirit of the Lord is, there is freedom."[1]

2 Corinthians 3:17

Juliete Ruana Mafra Granado[2]

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni[3]

INTRODUCTION

The religious freedom most relevant themes nowadays in our society, thus, the theoretical basis of plenty constitutional documents that involves fundamental rights are based on the Universal Declaration of Human Rights, in order to achieve the religious tolerance among all the beliefs.

This research aims to investigate the structural difference between the Secular State and the Confessional State and analyze the principle of secularity as an instrument to reach religious freedom. Therefore, it will be analyzed the Brazilian constitutional historical evolution with the purpose to highlight the advances of religious freedom until today and its recognition as a fundamental human right.

It is specified as general objectives the analysis of the secularity inside the Brazilian legal system, and, as general notions, on global stage, comprehend the guarantee of religious freedom as a Human Right. On specific goals, it is indicated to investigate, on general notions, the difference between the Secular State and Confessional State; understand the importance of the

[1] BÍBLIA. Inglês. **Bíblia Sagrada.** New International Version. Available at: https://www.bibliaonline.com.br/acf/2co/3. Accessed: april 2016.

[2] Student in the Doctor of Juridical Science Program at the University of Vale do Itajaí. Lawyer. Assisted by CAPES Scholarship Program. E-mail: julietemafra@univali.br.

[3] Student in the Doctor of Juridical Science Program at the University of Vale do Itajaí. Assisted by CAPES Scholarship Program. E-mail: natammy@hotmail.com.

principle of secularity for the right to religious freedom; identify the secularity in the Brazilian legal system; understand some practical cases of current global stage in the Confessional State, with the subjugation of religious freedom; and lastly, learn about the religious freedom as a Human Right.

To achieve these focus, the research will be divided into three stages, trying to develop the general and specific objectives, which were directed by the research problems, which are: "General notions on dichotomy between the Secular and Confessional State"; "The importance of secularity to the religious freedom right inside the Brazilian legal system" and "The religious freedom as an achievement to the guarantee of the fundamental rights".

This study, developed in the fields of Constitutional Law, had its methodology guided by the following methods: at the research stage, the inductive method was used, and at different stages of the research were driven techniques of referent, category, operational concept and bibliographic research. It is important to note that this article presents introductory concepts on the subject and do not intend to exhaust the research sources related to the theme.

1. GENERAL NOTIONS ON DICHOTOMY BETWEEN THE SECULAR AND CONFESSIONAL STATE

For a greater understanding about this subject and with the aim of presenting the differences and specifities of each type of State, the research will approach the fundamentals characteristics of the two main models of State: Secular State and Confessional State.

The fact of that Brazil's Constitution declares the nation as a secular State, the few studies that exists in nation territory covers this topic, thus, the most researches that involve the confessional State are foreign studies.

The Canadians for Justice and Peace in the Middle East[4] presents the confessional State as a consociationalism, which is presented by political scientists as a State that works besides its internal divisions.

For the CJPME, "confessionalism is a system of consociational government which distributes political and institutional power proportionally among religious sub-communities". In addition, also presents some current examples of the consociational states, including Belgium,

[4] Canadians for Justice and Peace in the Middle East.

Switzerland, India, Spain, Lebanon and Netherlands.[5]

Therefore, the confessional State, according to Paulo Roberto Iotti Vecchiatti[6], is that which "embora não se confunda com determinada religião, possui uma religião oficial que pode influir nos rumos políticos e jurídicos da nação, além de possuir privilégios não concedidos às demais". He also adds that "foi o caso do Brasil Imperial, cuja Constituição definiu a religião católica apostólica romana como religião oficial do país".

On the other hand, it is considered as a secular State the non confessional State, which is, the one that did not adopted any religion as the official; the regime that approves the separation between the State and the religious institutions, allowing to its people the choice of their own religion or even having no religion.[7] In the same way, the religious freedom is respected and protected. However, the State cannot manifest in a way that could induce population.

Joaquim José Gomes Canotilho[8], using the example of the Portuguese Constitution, highlights:

> O laicismo, produto ainda de uma visão individualista e racionalista, desdobrava-se em vários postulados republicanos: separação do Estado e da Igreja, igualdade de cultos, liberdade de culto, laicização do ensino, manutenção da legislação referente à extinção das ordens religiosas.

Thereafter, the Secular State cannot be mistaken as one that the person who lives in it cannot manifest, have an opinion or wish have rulers that make laws according the values and principles that the believes, acting in accordance with the will of the majority but also respecting minorities.[9]

Ives Gandra da Silva Martins[10] argues that:

---

[5] CJPME. Canadians for Justice and Peace in the Middle East. **Understanding Lebanese Confessionalism**. Available at: http://www.cjpmo.org/DisplayDocument.aspx?DocumentID=47. Accessed: april 2016.

[6] VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico - Página 2/3. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Available at: <http://jus.com.br/artigos/11457. Accessed: april 2016.

[7] NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available at: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016.

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 2003. p.165.

[9] MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé – constitucionalidade do artigo 11, § 1º, do decreto nº 7107/010 em face do artigo 210, § 1º, da constituição federal e do artigo 33 da lei de diretrizes e bases da educação**.** Liberdade de expressão – inteligência dos incisos IV, VI, VII E IX do artigo 5º da Constituição Federal – a correta exegese de repúdio ao "discurso do ódio". **Parecer.** p. 12. Available at: http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index. Accessed: april 2016.

[10] MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé – constitucionalidade do artigo 11, § 1º, do decreto nº 7107/010 em face do artigo 210, § 1º, da constituição federal e do artigo 33 da lei de diretrizes e bases da educação**.** Liberdade de expressão – inteligência dos incisos IV, VI, VII E IX do artigo 5º da Constituição Federal – a correta exegese de repúdio ao "discurso do ódio". **Parecer.** p. 18-19. Available at: http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index. Accessed: april 2016.

> O certo, todavia, é que se faz necessário, de uma vez por todas, deixar claro uma coisa: "Estado laico" não significa que aquele que não acredita em Deus tenha direito a impor sua maneira de ser, de opinar e de defender a democracia. Não significa, também, que a democracia só possa ser constituída por cidadãos agnósticos ou ateus. Não podem, ateus e agnósticos, defender a tese de que a verdade está com eles e, sempre que qualquer cidadão, que acredita em Deus, se manifeste sobre temas essenciais – como por exemplo, direito à vida, eutanásia, família etc.- sustentar que sua opinião não deve ser levada em conta, porque inspirada por motivos religiosos. Por tal lógica conveniente e convivente, e desqualificada opinião de agentes ateus e agnósticos, precisamente porque seus argumentos são inspirados em sentimentos "anti-Deus". Numa democracia, todos têm o direito de opinar, os que acreditam em Deus e os que não acreditam.

In a Democratic State, the Secular State is constituted by elected men by the people which represented the will of the society, as well as the legal system and the public order in its country. Therefore, in this kind of State, it is the society that establish the rules and the government , not the religious leaders that must respect the popular will.[11]

In the words of Paulo Bessa, "o Estado laico pode ser definido como a instituição política legitimada pela soberania popular em que o poder e a autoridade das instituições do Estado vêm do povo." In this way, the conceptualization is closely linked to democracy and the protection of fundamental rights.

It is interesting that the grounds of secularity are shared in two principles: the first is related to the autonomy of the religious communities before the State, preventing the State's interference in religious issues, as well as the embarrassment of any religion with the State. The second principle is connected to the freedom of belief. Indeed, the Secular State is not unfavorable to any religion, which enables the coexistence of several creeds in its territory.[12]

In the same direction is positioned Gustavo Gonet Branco[13]:

> A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas, para o interesse público (CF, art. 19, I). A sistemática constitucional acolhe, mesmo, expressamente, medidas de ação conjunta dos Poderes Públicos com denominações religiosas e reconhece como oficiais certos atos praticados no âmbito de cultos religiosos, como é o caso da extensão de efeitos civis ao casamento religioso.

Guilherme Bessa Neto[14] describes that:

---

[11] MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé – constitucionalidade do artigo 11, § 1º, do decreto nº 7107/010 em face do artigo 210, § 1º, da constituição federal e do artigo 33 da lei de diretrizes e bases da educação**.** Liberdade de expressão – inteligência dos incisos IV, VI, VII E IX do artigo 5º da Constituição Federal – a correta exegese de repúdio ao "discurso do ódio". **Parecer.** p. 12. Available at: http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index. Accessed: april 2016.

[12] NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available at: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016.

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

> O Estado laico não deve ser entendido como uma instituição antirreligiosa ou anticlerical. Na realidade o Estado laico é a primeira organização política que garantiu a liberdade religiosa. A liberdade de crença, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado laico e não como oposição a este.

In general lines, Ives Gandra Martins[15] affirms that the Secular State it is not atheist or agnostic. Unlike that, it is a State characterized by the expression of its conscience and belief and do not presents connection with the decisions or has direct influence on religious institutions.

In fact, the State that allows its inhabitants the right to keep practicing their beliefs independently of any influence of the State guarantees the right to religious freedom guarded by the Universal Declaration of Human Rights and, in the case of the Brazilian State, protect the religious freedom presented on the list of Fundamental Rights and Guarantees; topic that will be discussed in the next section.

2. THE IMPORTANCE OF SECULARITY TO THE RELIGIOUS FREEDOM RIGHT INSIDE THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

The project of the Universal Declaration of Human Rights was ratified by the General Assembly of the United Nations in 1948 and continued the process initiated by the Declaration of the rights of Man and of the Citizen passed by France's National Constituent Assembly, which stablished the equality between all citizens regardless of their origins, race, color, sex, language, religion, opinion or other condition. [16] Since then, the independence of the State against any religion has already been marked presence.

The Universal Declaration of Human Rights has many mentions about this issue: since the beginning, in the preamble, the Declaration proclaims the arrival of a new world where the freedom of belief can be enjoyable; and next the Article 2 affirms that the rights and the liberties must be enjoyed without religion's distinction.[17]

---

[14] NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available at: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016.

[15] MARTINS, Ives Gandra. **Estado laico não é ateu ou agnóstico**. Available at: http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/estado-laico-nao-ateu-ou-agnostico-ives-gandra-martins. Accessed: april 2016.

[16] BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. (Org.). **Teoria Jurídica e Transnacionalidade.**1ed.Itajaí: Univali, 2014, v. 1, p. 20-36. Available at: http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4. Accessed april 2016.

[17] OLÉ. Observatório da laicidade na educação. A laicidade do Estado e os Direitos Humanos. Available at: http://www.edulaica.net.br/71/posicoes/a-laicidade-do-estado-e-os-direitos-humanos/. **Jus Navigandi.** Accessed: april 2016.

Later the Article 18[18] mentions, specifically, the religious' freedom issue:

> Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.

Currently, the secularity in the Brazilian State is recognized by the Federal Constitution. The actual Carta established in the Article 19, I, the following provision:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

Based on this disposition, the Brazilian State was characterized as Secular. However, it was not always so. Even in the period of the Empire, the first Constitution of Brazil, published in 1824, invoked the Holy Trinity, because at that time, the State had the religion Catholic and Apostolic Roman as the official of the Empire, what already had happened in the period of "Brasil Colônia".[19]

Therefore, it was a model of Confessional State. Other religions could manifest, but should attend some requirements, which are: the performance of the religious encounters must happen in places without exterior form of temple, the respect to the official religion of the State and the no offense to public morals should be observed. An interesting fact was related to the passive electoral capacity where only could be elected the deputies who followed the religion of the State.[20]

In 1890, one year after the proclamation of the Republic, the church was separated from the State, inaugurating a new period on the Brazilian history. The Constitution broke up the relationship between the State and the Church, and through the Constitution of 1891 launched the Secular State – almost a forced *laïcité* - without any official religion or mention about God in its text.

After the Revolution of 1930 have proposed the adoption of a social democracy, the Constitution of 1934 features the theism state-owned when recognized that "God is worthy of all trust". Come back the Secularity and the religious freedom is welcomed to the "State-church"

[18] UNITED NATIONS. Universal Declaration of Human Rights. Available at: http:portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Accessed: april 2016.

[19] SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi.** Available at: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Accessed: april 2016.

[20] SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi.** Available at: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Accessed: april 2016.

collaboration in favor of the collective interest.[21]

Enacted by Getúlio Vargas, the Constitution of 1937 (also known as the Polish Constitution) imposed the "Estado Novo" regime, with fascist inspiration. Nevertheless, the name of God was banned of the Constitution, but the religious freedom was kept. The manifestations could be public and was forbidden to the State the embarrassment or financing of the religious services. The Constitution of Poland was the first of the Constitutions to expressly predict the staff of the employees of religious holidays.[22]

In 1945, right after the restauration of the liberal democracy, the deposition of Getúlio Vargas and the Constituint Assembly installation, it is enacted the Constitution of 1946 with the return of the expression "under God's protection" in the preamble. Published during the mandate of Eurico Gaspar Dutra, it was the first Carta that indicated the tax collection impediment on temples of any denomination.

Using the example of the Constitutions of 1934 and 1946, Celso Ribeiro de Bastos[23], in comments with Ives Gandra Martins, defends the separation between the freedom of conscience and the freedom of belief alleging the following reasoning:

> Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui, pois, da liberdade de consciência, uma proteção jurídica que os próprios ateus e agnósticos. De outra parte, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disso são os movimentos pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento de guerra, não implicam uma fé religiosa.

Published after the Military Coup of 1964, the Constitution of 1967 preserved the religious freedom and invoked the protection of God instead of declare it, as it happened in the previous Constitution. Two years later, the Constitutional Amendment nº 1 of 1969, introduced by the Institutional Act nº 5, brought innovations in relation to the Constitution of 1967 in two aspects: expressed prohibition of parliamentary pronouncement and publicity related do religious prejudice.[24]

---

[21] SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi.** Available at: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Accessed: april 2016.

[22] SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi.** Available at: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Accessed: april 2016.

[23] WEINGARTNER NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade religiosa na constituição:** fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 85-86.

[24] SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi.** Available at: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado. Accessed: april 2016.

Finally, the Constitution of 1988 returned to declare the protection of God and announce the "inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias"[25], including this liberty in the newly opened list of Fundamental Rights and Guarantees.

As mentioned, it is perceptible the development of the Brazilian State since the colonial period until the Democratic Rule of Law, departing from a Confessional State until the current stage: the Secular State. Over this development, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti[26] declares that:

> A doutrina laica surgiu ou se fortaleceu em virtude dos abusos estatais cometidos em nome de crenças religiosas, como ocorrido na Idade Média, quando a Igreja Católica Apostólica Romana impunha seus dogmas a todos, sob pena inclusive de fogueira em casos que julgasse mais graves (através de julgamentos canônicos realizados pelo Tribunal da "Santa" Inquisição, o que fez com que se denomine este período histórico como "Idade das Trevas").
>
> Deve-se ter em mente, contudo, que o Estado Laico não é um Estado Ateu, pois este proíbe toda e qualquer crença teísta, exigindo que todos sejam descrentes (que não acreditem em nenhuma crença teísta), ao passo que aquele permite que as pessoas escolham a crença teísta que lhes faça melhor sentido ou então que não adotem crença teísta nenhuma, sendo, portanto, descrentes, ateus.

In this way, the Constitution protects the religious freedom in order to help people to exercise their faith. In the Brazilian territory, the respect to the religious freedom prevents certain issues of being resolved by the judiciary. Moreover, cannot be mistaken with business decision, much less the religious ministry be confounded with labor activity.[27]

In this way, the Constitution guarantees the religious freedom in order to facilitate people to enjoy their faith.[28] Another relevant aspect is the issue of equality without religious distinction of creed. José Afonso da Silva[29] remembers that all people must receive equal treatment “nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada”.

So, there are no doubts that the religious freedom is a right completely related to the Secular State. Consequently, is the Principle of Secularity that allows citizens to enjoy their worship services, deciding with freedom, as a real act of faith; and not by political imposition for

---

[25] BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. Available at: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Accessed: april 2016.

[26] VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico - Página 2/3. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Available at: //jus.com.br/artigos/11457/tomemos-a-serio-o-principio-do-estado-laico. Accessed: april 2016.

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

[28] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.**ed. 9. São Paulo: Saraiva, 2014. p.319

[29] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 225.

their belief or nonbelief.

3. THE RELIGIOUS FREEDOM AS AN ACHIEVEMENT TO THE GUARANTEE OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS

It is obvious the existence of fundamental rights and nowadays, is commonplace the discussion about the protection of the rights considered fundamental. “Hoje em dia, há direitos fundamentais para todos os gostos. Todo mundo acha que seu direito é sempre fundamental”, comments George Marmelstein[30].

Paulo Bonavides[31] teaches that “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo [...]”.

Over the theme, Pisarello[32] connects the relevance of the fundamental rights to the importance of the Constitution when predicts that the fundamental rights are the interests or needs which assumes greater relevance within a particular legal system, that is why, if it were not relevant, there would be no inclusion in the highest standards within a system, as are the Constitutions.

Beyond the trivialization with the expression “fundamental rights”, without having sure about its meaning, there is also a confusion between this term with others. Note that “as expressões mais usuais são ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’ e normalmente são utilizadas como sinônimas”, declare Luiza Gomes da Silva and Júlio Cezar da Silva Castro[33].

Unfortunately, the topic of human rights or fundamental rights has been trivialized and, beyond it, there is also a confusion about these terms. According to José Joaquim Gomes Canotilho[34] can be noted that the expressions “human rights” and “fundamental rights” are been used as synonyms. However, the criterion and the meaning can be distinguished like this way: human rights are those rights of the man valid to all people in all fields and in all history (the

[30] MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 14.

[31] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

[32] PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantias**. Elementos para uns reconstrución. 2007, p. 80.

[33] SILVA, Luiza Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil**: passeio histórico-político. São Paulo: Baraúna. 2011. p. 219.

[34] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 393.

natural law – universalism dimension). There are rights that came right from the human essence and, thenceforth, appears inviolable and imprescriptible. On the other hand, the fundamental rights are the rights of the man guaranteed and limited into a space, which means that they are rights that exists in a particular legal order.

About this, Ingo Wolfgang Sarlet[35] encompasses the differentiation with a succinct defense: human rights (positive in international area), and fundamental rights (rights recognized and protected but the constitutional right of each Nation). It is possible that the rights can be humans and fundamentals at the same time, in view of this case, they correspond to the rights recognized as legal constitutional position inside an internal legal system as the same time that is protected by international law.

Like this is the right to religious freedom, since is a right declared as human and fundamental. This right dawned as human right in the Universal Declaration of Human Rights of 1948, which recognized its connection with the freedom of belief, conscience and thought which is manifested through religion or belief[36].

Along the fundamental rights sense, it is necessary indicate the characteristic of fundamentality that results from two distinct directions: one from the formal prevision in the constitutional text and another one in reason of its material content. In other words, can be appointed a special protection of the rights that could come from a formal or material aspect[37].

The Constitution of the Federative Republic of Brazil declares in its Title II an exemplary list of rights and fundamental guarantees, systemized in five chapters and identified as formals. The formals are those in which consists the protection presented by the Constitution, for been written on the Carta, the formality is the characteristic that comes from the fact that some rights has been elected by the Original Constituint Power as fundamentals and, so, have been written in the Constitution, receiving a special juridical status with an own legal regime[38].

On the material aspect, only the analysis of the right content will allow the verification of the material fundamentality existence. “A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da

[35] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 30.

[36] NETO, Guilherme Bessa. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available art: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016.

[37] CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992. p. 509.

[38] MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. **Manual de direitos constitucional**. Tomo IV. 3º edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 137.

circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade", guides Ingo Wolfgang Sarlet[39].

In this case, the fundamental right to religious freedom is a juridical position with a formal fundamentality (article 5, VI), but also presents a material character, once the content defended by the religious freedom is conducted by the principle of secularity, that includes ideological contribution with relevant ethical criteria and, even related with the principle of human dignity.

Nevertheless, the current Constitution did not limited itself in only proclaim the religious freedom as a fundamental right. "Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas" [40].

In the words of Jônatas Machado Eduardo Mendes Machado[41]:

> A titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas colectivas reveste-se de particular importância no caso do fenômeno religioso. A história demonstra a existência e influência de inúmeros grupos que surgem da dinâmica social do homem e da religião. No caso particular do Cristianismo, por exemplo, a ideia de assembleia (ecclesiae), marcou tão profundamente os hábitos sociais que se torna hoje difícil conceber a religião desligada de sua dimensão associativa. Acresce que um dos actos mais significativos através dos quais o indivíduo exerce sua liberdade religiosa consiste, justamente, na adesão de uma comunidade moral de natureza religiosa. Assim, dado o caráter eminentemente social do fenómeno religioso, o reconhecimento do direito à liberdade religiosa individual tem como corolário o respeito pela autonomia das formações sociais a que aquele naturalmente dá lugar.

All human being has the freedom of thought, conscience and religion; this right includes the freedom to change religion or belief and the freedom to manifest this religion or belief by teaching, practice, by worship and compliance, public or private.[42]

Moreover, the fundamental rights are indivisible, unavailable, inalienable and, even imprescriptible, which means, they are not lost from lack of use. Thus, for example, it is not because someone never enjoyed the right to change religion that will lose this right.

---

[39] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 61.

[40] SARMENTO, Daniel. **Diferentes, mas iguais. Estudos de Direito Constitucional**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, pp. 115-118.

[41] MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva:** dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 208.

[42] BESSA NETO, Guilherme. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available at: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016..

In this way guides Ramón Soriano[43]:

> La libertad religiosa – se dice – es el principio jurídico fundamental que regula las relaciones entre el Estado y la Iglesia en consonancia con el derecho fundamental de los individuos y de los grupos a sostener, defender y propagar sus creencias religiosas. De manera que el resto de los principios, derechos y libertades en materia religiosa son coadyuvantes e solidarios del principio básico de la libertad religiosa.

It is worthy highlights that the recognition of the freedom of thought, belief and religion as one of the fundamental rights of men proves that this right is not coming from human convention, yet, shows that its origin is stablished on natural law. Guilherme Bessa Neto[44] also defends that "o Estado, para visar ao bem pessoal e ao bem comum, deve respeitar os direitos inerentes ao homem pela sua própria natureza de homem, sob pena de ofensa à sua dignidade."

The Constitution of 1988 stablished the fundamental right to religious freedom, also constituting the principle of the Secular State. Profesor Jónatas E. M. Machado[45] points out that the norm still deals about "a radical hostilidade constitucional para com a coerção e discriminação em matéria religiosa, ao tempo em que afirma o princípio da igual dignidade e liberdade de todos os cidadãos".

The religious freedom, regarded by Ruy Barbosa as the most important of the social freedoms[46], has as consequence the right to manifest this belief, also including the responsibility of spreading this faith, as the example of Christianity, whose its founder, Jesus Christ, commanded: "Go into all the world and preach the gospel to all creation".[47]

Note that "[...] a democracia, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana são os fundamentos do direito à liberdade religiosa. Dessa maneira, afastar-se da religião não é a tarefa que se exige do Estado constitucional contemporâneo", declares Felipe Germano Cacicedo Cidad[48], adding that: "ao contrário, reconhecê-la como uma manifestação cultural e basilar para a

[43] SORIANO, Ramón. **Las liberdades públicas**. Madri: Tecnos, 1990. p. 61.

[44] BESSA NETO, Guilherme. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available at: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016.

[45] MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva:** dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 347.

[46] LUZ, Samuel. Liberdade religiosa como fato social no século XXI. **O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no mundo –** Aspectos teóricos e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral. São Paulo: ANAJURE, 2014. p. 193.

[47] BESSA NETO, Guilherme. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available art: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016.

[48] CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Considerações acerca da liberdade religiosa e do Estado laico. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 3972, 17 maio 2014. Available at: https://jus.com.br/artigos/47749/a-liberdade-religiosa-no-estado-laico. Accessed: april 2016.

vida em sociedade é um imperativo, e o respeito e adequação de situações anômalas deve ser sua bandeira capital".

It is extraordinarily important observe that the religious freedom is closely linked to the conscience freedom. The right to public exercise a worship it is not an absolute right; thus, it is conditional to the rights of others or conditioned to the public order.[49]

Furthermore, the right to the free practice of religion covers two aspects: the first is related to the fact that no one can be legally bound to practice a religion contrary to its own conscience, even if is declared true; on the other hand, nobody can be bound to realize acts that are averse to a certain religion, or acts driven against to a religious community that this person belongs for its own conscience decision.[50] Likewise, the right to atheism is also guaranteed by the actual Constitution. In view of the freedom of belief comprehend the freedom to choose any religion as the freedom to change it, the Constitution also protects the freedom of having no religion, "bem como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo."[51]

Alexandre de Moraes also highlights that "[...] a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo"[52]

The right to religious freedom as a guarantee of the Fundamental rights aims to protect the *forum internum,* in a way to avoid any kind of pressure to the options of faith. Thus, a new "juridical-objective sphere" is created around the individual which "perímetro os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar".[53] Even though the noun "freedom" is accompanied by the adjective "religious", the expression "religious freedom" does not refers to doctrinal issues of a specific religious pattern, "mas sim ao direito que cada ser humano tem de escolher livremente sua posição em relação à religião, conforme os ditames da sua consciência."[54]

---

[49] BESSA NETO, Guilherme. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available at: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016.

[50] BESSA NETO, Guilherme. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available at: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia. Accessed: april 2016.

[51] RACHEL, Andrea Russar**. Brasil:** a laicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988. Available at: http://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988/1. Accessed: april 2016.

[52] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 47.

[53] WEINGARTNER NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade religiosa na constituição:** fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113

[54] LUZ, Samuel. Liberdade religiosa como fato social no século XXI. **O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no mundo –** Aspectos teóricos e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral. São Paulo: ANAJURE, 2014. p. 194.

Insomuch, is totally clear the primacy of Secularity in the structuring of the Religious Freedom as a Fundamental Right, consenting that this legal institute, in the quality of human rights, fundamental right and a constitutional principled basis is interlaced with the contemporary legal scenario, not allowing the possibility to think in another way, once it gives an obsolete ideal for this time.

FINAL CONSIDERATIONS

Through the development of the research, it was possible comprehend the Religious Freedom as one of the main characteristics of a Secular State. As well as demonstrated by national and international studies, it was able to confirm, in general aspects, the analysis of the Secular Principle as a prerequisite to the achievement of Religious Freedom.

Comprehend the differences between the Confessional State and the Secular State allows advance in a comparison of advantages and disadvantages, possibly arising from the structural types of these States

While the Confessional State is shown as a State that adopts an official religion which influences in policy guidelines, the Secular State is no confessional, what presupposes the absence of an official religion and the protection of the freedom of belief and choice for all of society.

It is evident that in the Brazilian legal historicity occurred an evolution from the Confessional State to the Secular State, failing in admit the Roman Catholic Church as the official religion to advance to the meeting of the religious freedom and respect for all faiths and supporting the individual's right disbelief.

It is unacceptable consider the idea of a Confessional structure inside of a Democratic State in reason of the religious conception is part of the inner conviction of each individual, being incongruous that this could be signed by an imposing and inquisitive act, seen that this flees from the idea of faith and belief.

Even if all the inhabitants from the same nation are adepts of the same belief, with unanimously, it is not conceivable that this belief becomes the official religion, since that the pure faith is enough to firm the human behavior and the moral patterns, and so, reaffirm the guidelines of the religious conception in its internal legislation.

Even though is coherent that each citizen finds the freedom to confirm or change the belief through the knowledge of their inner truth, being safe, at all time, of acting according your own spirituality and no by the imposition of the State. Whereas when the State inhibits the human free will to choose a deity or no God, ends up hurting their human dignity.

Sometimes the fundamental rights are conceived as synonyms of the human rights, what is not truth, in reason that the human rights are the rights of men positivized by the International Law, with an inviolable, timeless and universal character; different of the rights positivized in a Constitutional Law of a certain State with a space-time limit.

Thus, the fundamental rights are presented as needs or interests that assume a bigger relevance inside a legal system, the reason why they have a special protection idea.

Lastly, it is undeniable that the right to religious freedom consists in a type of human rights, beyond a fundamental right, as also the essence related to the principle of secularity; legal factors that affirm the rights of faith and freedom that must compose a State.

REFERENCES

BÍBLIA. Inglês. **Bíblia Sagrada.** New International Version. Available at: https://www.bibliaonline.com.br/acf/2co/3. Accessed: april 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. (Org.). **Teoria Jurídica e Transnacionalidade.**1ed.Itajaí: Univali, 2014, v. 1, p. 20-36. Available at: http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988. Available at: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

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

CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 1992.

CIDAD, Felipe Germano Cacicedo. Considerações acerca da liberdade religiosa e do Estado laico. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 19, n. 3972, 17 maio 2014. Available at: https://jus.com.br/artigos/47749/a-liberdade-religiosa-no-estado-laico.

CJPME. Canadians for Justice and Peace in the Middle East. **Understanding Lebanese Confessionalism**. Available at: http://www.cjpmo.org/DisplayDocument.aspx?DocumentID=47.

SILVA JUNIOR, Antonio Carlos da Rosa. Laicidade do Estado: Uma interpretação a partir do preâmbulo constitucional. **Jus Navigandi.** Available at: jus.com.br/artigos/18975/laicidade-do-estado.

LUZ, Samuel. Liberdade religiosa como fato social no século XXI. **O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no mundo –** Aspectos teóricos e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral. São Paulo: ANAJURE, 2014.

MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes. **Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva:** dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Ives Gandra. Do parecer no tocante ao Tratado Brasil-Santa Sé – constitucionalidade do artigo 11, § 1º, do decreto nº 7107/010 em face do artigo 210, § 1º, da constituição federal e do artigo 33 da lei de diretrizes e bases da educação**.** Liberdade de expressão – inteligência dos incisos IV, VI, VII E IX do artigo 5º da Constituição Federal – a correta exegese de repúdio ao "discurso do ódio". **Parecer**. Available at: http://www.gandramartins.adv.br/parecer/index.

MARTINS, Ives Gandra. **Estado laico não é ateu ou agnóstico**. Available at: http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/estado-laico-nao-ateu-ou-agnostico-ives-gandra-martins.

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

MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. **Manual de direitos constitucional**. Tomo IV. 3º edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

BESSA NETO, Guilherme. Estado laico, liberdade de expressão e democracia. **Jus Navigandi.** Available at: https://jus.com.br/artigos/20527/estado-laico-liberdade-de-expressao-e-democracia.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na constituição:** fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLÉ. Observatório da laicidade na educação. A laicidade do Estado e os Direitos Humanos. Available at: http://www.edulaica.net.br/71/posicoes/a-laicidade-do-estado-e-os-direitos-humanos/. **Jus Navigandi.**

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantias**. Elementos para uns reconstrución. 2007.

RACHEL, Andrea Russar**. Brasil:** a laicidade e a liberdade religiosa desde a Constituição da República Federativa de 1988. Available at: http://jus.com.br/artigos/22219/brasil-a-laicidade-e-a-liberdade-religiosa-desde-a-constituicao-da-republica-federativa-de-1988/1.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

SARMENTO, Daniel. **Diferentes, mas iguais. Estudos de Direito Constitucional**. 1ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Luiza Gomes da; CASTRO, Júlio Cezar da Silva. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais no Brasil**: passeio histórico-político. São Paulo: Baraúna. 2011.

SORIANO, Ramón. **Las liberdades públicas**. Madri: Tecnos, 1990.

UNITED NATIONS. Universal Declaration of Human Rights. Available at: http:portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico - Página 2/3. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1830, 5 jul. 2008. Available at: <http://jus.com.br/artigos/11457.

O COMMON LAW NO DIREITO INGLÊS

Adriane Guasque[1]

Bárbara Guasque[2]

INTRODUÇÃO

Já de início é importante esclarecer que o direito inglês não é o direito dos países de língua inglesa e tampouco da ilha da Europa que abriga a Inglaterra, a Escócia e o País de Gales (Grã-Bretanha) ou do agrupamento político que congrega os países da Grã-Bretanha e a Irlanda do Norte, denominado Reino Unido. O direito inglês é o direito vigente na Inglaterra e no País de Gales, "tão-somente". Todavia, este estrito limite territorial de aplicabilidade do direito inglês não retrata o seu valor, motivo pelo qual este critério deve ser descartado quando se analisa a importância ou o interesse que o direito inglês desperta.

Comparável ao que representa o direito romano para os países do continente europeu, o direito inglês está na origem e inspirou o direito dos países que, em alguma época da sua história, sofreram dominação britânica. O sistema desenvolvido na Inglaterra fundamentou substancialmente o direito elaborado nos Estados Unidos da América, na Índia, em Israel, na Austrália, e em tantas outras colônias britânicas ou nações que voluntariamente absorveram o sistema inglês.

O desenvolvimento da *Common Law* e, principalmente, a autoridade reconhecida aos precedentes justificam o estudo do direito inglês no Brasil que, embora descendente do Direito romano-germânico do *Civil Law*, está aproximando-se cada vez mais do *Common Law*, notadamente com a adoção, pelo novo Código de Processo Civil, do sistema de precedentes na atividade jurisdicional.

[1]Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Pós-Graduada em Direito Contemporâneo e suas Instituições Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos – IBEJ e em Direito Processual pelo Centro Avançado de Especialização e Desenvolvimento de Recursos Humanos Assessorias Técnica e Jurídica – CAEDRHS e pelo Instituto Superior do Litoral do Paraná – ISULPAR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Advogada. Florianópolis – SC – Brasil. E-mail: adriane@guasque.adv.br

[2] Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Advogada. Balneário Camboriú – SC – Brasil. E-mail: barbaraguasque@hotmail.com

Portanto, considerando que o advento do novo Código de Processo Civil traz consigo uma reformulação do sistema processual brasileiro com a descaracterização do *Civil Law* e a aproximação ao sistema do *Common Law*, o estudo do direito inglês se mostra imprescindível.

Para tanto, inicialmente destaca-se o alerta feito por René David[3]:

> Para aprender o direito inglês e os conceitos que formam sua base, é necessário abandonar as ideias francesas, resultantes de séculos de refinamento do pensamento jurídico nas Universidades, voltar a certas ideias básicas, mais concretas, e recordar o papel primordial que a jurisprudência desempenhou no desenvolvimento do direito inglês.

Assim, o que se pretende no presente ensaio é a análise do direito inglês – um direito possuidor de um caráter contencioso e dominado essencialmente pelo processo, em especial o exame da sua origem e evolução, bem como da sua estrutura, incluindo a organização judiciária, o processo e as suas fontes. Nesta tarefa, será utilizada a modalidade de pesquisa bibliográfica e o método de abordagem indutivo.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO DIREITO INGLÊS

Além do caráter jurisprudencial e processualístico, o *common law* tem uma dimensão histórica, por isso é interessante analisar os quatro períodos principais da história do direito inglês.

O primeiro, denominado período anglo-saxônico, antecede a invasão normanda que ocorreu em 1066 e é caracterizado pela escassez de leis. Neste período coexistiam normas de origem germânicas e normas de direito romano e canônico, introduzidas quando da cristianização da Inglaterra. As leis, além de poucas, eram muito limitadas e foram elaboradas após a conversão ao Cristianismo. Portanto, o direito, neste período, não era muito conhecido aos povos ingleses, as relações sociais eram reguladas pelos costumes locais e a lei era aplicada pelos senhores feudais em tribunais regionais chamados *County Court* ou *Hundred Court*; o rei participava somente em casos especiais ou quando a paz do reino estava ameaçada.

O segundo período, iniciado com a ocupação normanda em 1066, terminou somente em 1485, com a dinastia dos Tudors, e é caracterizado pela formação da *Common Law*. É bem verdade que, inicialmente, nada mudou com a conquista da Inglaterra pelos normandos, já que o rei Guilherme I proclamou que o direito existente, ainda que mínimo, não seria alterado. Somente em

[3] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 91/92.

1154, quando assumiu o rei Henrique II, é que se fez a substituição dos costumes locais por um direito novo. O que o rei mencionado pretendeu foi dar novos significados aos costumes já existentes e criar um sistema jurídico que aplicasse o direito "comum" – baseado no senso comum e aplicado à toda a Inglaterra, sem exceções, por isso foi chamado *comune ley* ou *common law* – e, assim, tomou forma o núcleo originário do *common law*.

Henrique II também foi responsável pela criação dos Tribunais Reais de Justiça (*Royal Courts of Justice*) ou Tribunais de Westminster, os quais acabaram por produzir os fundamentos e as mais importantes regras da *common law*.

Ao criar um direito comum para toda a Inglaterra, conforme mencionado, houve uma difusão do conhecimento jurídico e os particulares abandonaram as jurisdições locais, que julgavam seus processos de acordo com os costumes, e dirigiam-se aos Tribunais Reais, que julgavam as causas de acordo com regras processuais modernas e garantiam a execução de suas decisões; ou seja, a justiça real acabou popularizando-se e se fez necessária a criação de novos Tribunais Reais, que passaram, então, a contar com juízes itinerantes e especializados.

O rei Henrique II também criou os *writs*, que eram mandados reais que autorizavam a tramitação de uma demanda perante o Tribunal Real. Isto porque era sempre necessário convencer a Corte de que a lide a ela submetida era uma causa que a Corte podia julgar – a decisão desta questão cabia aos Chanceleres. Essa dificuldade de ordem processual e o formalismo exacerbado do *writ* deram origem à expressão *remedies precede rights*[4] – o reconhecimento do direito de ação era anterior ao reconhecimento do direito material. Enfim, nas palavras de Ana Beatriz Ximenes de Queiroga[5], "o rei Henrique II ficou conhecido como aquele que conseguiu unificar as leis da Inglaterra e criar o sistema da *common law,* deixando várias consequências importantes para a forma atual do direito inglês".

O terceiro período que deve ser destacado na evolução do direito inglês ocorreu entre os anos de 1485 e 1832. Neste período percebeu-se que o formalismo exagerado do processo acabou impedindo que o sistema da *common law* se desenvolvesse de acordo com as necessidades sociais e a concepção de justiça que surgiam no decorrer do tempo.

Na realidade, nesta época os litigantes que não conseguissem acesso ao Tribunal Real

[4] O processo é mais importante que o direito.

[5] QUEIROGA, Ana Beatriz Ximenes de. **O Direito Inglês**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49678>. Acesso em: 22 abr. 2016.

podiam dirigir-se, através de uma petição, ao rei. O mesmo ocorria quando alguma injustiça era praticada pelo Tribunal Real de Justiça durante um julgamento; assim, a parte vencida podia não só apelar ao Tribunal de Westminster (então denominada Câmara dos Lordes), como também dirigir-se, através de uma petição, ao rei, ou melhor, dirigir-se ao Chanceler e pedir que o mesmo levasse seu caso ao rei, o qual, juntamente com o Conselho, iria decidir. Com o passar do tempo, estas petições tornaram-se muito numerosas e, por esta razão, passaram a ser julgadas fora do Conselho, por um alto funcionário da Coroa – o Chanceler, que acabou por ganhar mais autoridade e autonomia. A jurisdição exercida pelo rei ou pelo chanceler tinha por fundamento o caráter absoluto dos poderes do monarca.

Os Chanceleres decidiam com base na equidade e no seu senso pessoal de justiça e inspiravam-se no direito canônico. Com o passar do tempo, os Chanceleres, em vez de procurarem em cada caso o que a equidade exigia, acabaram definindo "regras de equidade" (*rules of equity*) de acordo com as quais examinariam as petições que lhes eram dirigidas e julgariam os casos a eles submetidos. O método processual da Chancelaria, sistema denominado *equity*, era muito diferente do das Cortes de *common law*: não havia os *writs*, os pedidos eram feitos oralmente e os julgamentos eram proferidos com base na consciência, equidade e bom senso dos julgadores. Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior[6] explica que "dada a excepcionalidade de que se pretendia revestir o instituto, não se cogitava da aplicação do direito consuetudinário a que estavam vinculados os tribunais recorridos, constituindo o próprio poder real motivação suficiente para a validade da decisão prolatada". Por outro lado, Mário G. Losano[7] destaca que "o lado negativo dessa flexibilidade da *equity* foi a incerteza que ela podia gerar, por estar ligada não a normas jurídicas, mas aos critérios morais do Lorde Chanceler". Além desta incerteza, o fato da *equity* ser desvinculada das normas jurídicas acabou por permitir a ocorrência de sentenças conflitantes para casos análogos.

Por estas razões, houve um tempo em que se pensou que a *common law* seria substituída pela *equity*, isto porque este sistema, apoiado pelo rei e pela população, estava colocando em xeque a utilidade prática das regras estáticas da *common law*. Todavia, a resistência dos juristas e do Parlamento, que apoiavam a *common law* contra o rei, não permitiu tal substituição. Na

[6] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

[7] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*, p. 331.

realidade, os Tribunais de *common law* conseguiram sustar o avanço da *equity* aprovando uma espécie de acordo tácito entre ambos sobre as atribuições de um e de outro, de modo que a *equity* acabou sendo vista, ao final, como um complemento do *common law*. Os Chanceleres passaram, então, a julgar de forma mais técnica, deixaram de deliberar "em equidade" para aplicar verdadeiras regras de direito, e passaram a utilizar-se de precedentes, e os tribunais de *common law*, por sua vez, continuaram a aceitar as intervenções da *equity*.

Essa dualidade que surgiu é explicada por René David[8] nos seguintes termos:

> Desse modo, o direito inglês teve, desde o século XV, uma estrutura dualista que o opõe aos direitos do continente europeu. Ele é composto, de um lado, da *common law*, constituída *stricto sensu* pelas Cortes Reais de Westminster (Cortes de *common law*), e, de outro, pela *equity* (*rules of equity*), que consiste nos "remédios" admitidos e aplicados por uma Corte Real específica, a Corte de Chancelaria. [...] A *equity* correspondia, no século XVII, a uma necessidade; ela era necessária para completar uma *common law* demasiado formalista e esclerosada, que o Parlamento era incapaz de reformar.

Também se explica a referida dualidade com as seguintes observações de Cláudio Ricardo Silva Lima Junior[9]:

> O direito inglês, pois, desde então, e até os dias atuais, passou a ostentar um caráter nitidamente dualista: a par das regras da *common law*, de base consuetudinária, produto da construção e consolidação jurisprudencial dos Tribunais Reais do século XIII, subsistem numerosas doutrinas de *equity*, fruto da jurisdição pessoal do monarca ou chanceler, nos séculos XV e XVI, que se destinaram, precipuamente, a corrigir ou acrescentar institutos jurídicos à *common law*. A equity, por seu amadurecimento - resultante, inicialmente, da pesada influência do direito romano e do direito canônico, e, posteriormente, da formação histórica de um específico quadro político e social (pressão do Parlamento pela objetivação dos julgamentos, com vista à contenção das arbitrariedades do monarca) -, deixou de constituir mero acervo de decisões fundadas no senso pessoal de justiça do julgador para representar repertório vasto de regras objetivas e técnicas, tão estritas e jurídicas quanto as da *common law*. O próprio termo *equity*, nos dias atuais, não mais designa, na Inglaterra, aquilo que, em outros idiomas, é compreendido por "equidade", valendo-se os ingleses, para referir-se a este último instituto, da expressão natural justice. É a *equity*, assim, uma realidade jurídica estritamente inglesa, um peculiar sistema de direito criado em função da *common law*, e a ela atualmente integrado.

Por último, o quarto período iniciado em 1832, é marcado por uma profunda evolução do direito inglês. Foram grandes as transformações processuais, diminuindo o formalismo exagerado e permitindo, assim, o desenvolvimento do direito material. Entre 1873 e 1875, uma importante

---

[8] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 9.

[9] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

reforma, ocasionada pelo *Judicature Act* de 1873, consistiu em fundir as Cortes de *common law* e Corte de *equity*, de modo que a *Supreme Court of Judicature*, criada em 1875, pode aplicar tanto as regras da *common law* quanto as regras da *equity* desde então. Todavia, de fato, a distinção tradicional não deixou de existir, já que, embora as jurisdições da *common law* e da *equity* tenham se fundido, foi mantida a distinção dos remédios de ambas, de modo que subsistem no seio da Corte dois tipos de ritos processuais: certos casos, levados a certos juízes, são tratados de acordo com um rito herdado das antigas Cortes de *common law* (julgados de acordo com o direito consuetudinário e com os precedentes legais), enquanto outros são examinados de acordo com um rito herdado da antiga Corte da Chancelaria (julgados de acordo com as regras de equidade).

Lenio Streck[10] destaca um fato importante deste período nos seguintes termos: "É de frisar, ainda, que outra contribuição importante dos *Judicature Acts* para o direito inglês foi a edição de um código procedimental: *Rules of the Supreme Court*, denominado *The White Book*, emendado de tempos em tempos".

Ocorreu, também, no direito inglês um fenômeno típico do século XX: a convivência da *common law* com elevada quantidade de lei em sentido estrito, a qual é produzida e utilizada em volume nunca antes visto no direito inglês. Por óbvio que esse novo papel representado pela legislação (*statute law*) não se caracteriza como uma codificação no sentido francês, mas sim como um norte para o trabalho dos tribunais.

Por fim, ainda uma última observação se faz necessária: o desenvolvimento das atribuições do "Estado Social" (*Welfare State*) acabou por dar origem a uma "verdadeira crise à *common law*, vez que sua elaboração casuística e jurisprudencial parecia incompatível com o anseio por um Estado ativista e encarregado de promover rápidas transformações"[11]. Por esta razão, vários decretos, regulamentos e outros atos administrativos, bem como comissões, departamentos, tribunais e organismos diversos foram criados para resolver o contencioso administrativo e o causado pela aplicação de leis diversas. René David salienta o seguinte a esse respeito:

> Os organismos em questão, a que são confiadas funções "quase judiciárias", são múltiplos, e sua variedade se presta mal a uma sistematização ou, mesmo, a uma classificação. As leis que foram criadas variam em cada caso, tendo-se na Inglaterra, tanto a justiça delegada quanto a justiça exclusiva, comissões compostas de administradores, ou de juristas ou mesmo incluindo juízes das Cortes superiores, um grau simples ou duplo de jurisdição, regras processuais mais ou menos

[10] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 352.

[11] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

> elaboradas e bastante diversas. Acima de toda essa diversidade, observemos apenas um princípio fundamental: os organismos do contencioso administrativo não constituem na Inglaterra, como na França, uma hierarquia de jurisdições autônomas, mas permanecem submetidos ao controle da *High Court*.[12]

Estrutura-se assim, atualmente, segundo Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior[13] "um movimento de aproximação entre o direito inglês e o do continente europeu, intensificado pelas necessidades do comércio internacional".

2. CARACTERÍSTICAS ESTRUTURAIS

O fato de a *common law* representar um conjunto de rigorosas regras processuais, e não de normas materiais, fez inexistir a distinção entre direito público e direito privado, própria da tradição romanista. O que ocorre é que a organização judiciária da Inglaterra tem como base uma distinção fundamental entre dois tipos de jurisdições: Cortes superiores e Cortes inferiores. René David[14] esclarece que "as Cortes inferiores são encarregadas de resolver os litígios, sendo essa sua única função", já as Cortes superiores "têm, além e independentemente dessa tarefa, outra função e outra dignidade, eminente: estão encarregadas de dizer o que é o direito e representam, na Inglaterra, o *poder judiciário*".

2.1 Cortes superiores

As Cortes superiores do direito inglês, cuja importância não se faz pelo seu número e tampouco pela quantidade de assuntos que conhecem, mas sim porque é de onde efetivamente se originam os precedentes judiciais, ou seja, de onde emana o direito jurisprudencial inglês, possuem a seguinte estrutura:

1. *Supreme Court of the United Kingdom* – a Suprema Corte do Reino Unido sucedeu, em 2009, a Câmara dos Lordes (que manteve sua posição apenas como uma das casas do Legislativo) e é composto por doze magistrados indicados pela Rainha. É o tribunal mais elevado na hierarquia judiciária da Inglaterra. Na realidade, este é o tribunal de última instância para os julgados dos

[12] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 31.

[13] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

[14] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 17.

tribunais superiores da Inglaterra, do País de Gales e, igualmente, da Escócia e da Irlanda do Norte.

2. *Supreme Court of Judicature* – o Supremo Tribunal da Judicatura está no grau hierárquico imediatamente inferior à Suprema Corte do Reino Unido e comporta órgãos em dois níveis. Em primeira instância, no cível, há a Suprema Corte da Justiça (*High Court of Justice*) e, no crime, a Corte da Coroa (*Crown Court*); em segunda instância há o Tribunal de Apelação (*Court of Appeal*).

a) - A *High Court of Justice* também centrada em Londres, por sua vez, compreende três divisões:

I - a do Banco da Rainha (*Queen's Bench Division*), com competência cível e, excepcionalmente, penal, é composta pela *Comercial Court* e pela *Admiralty Court*;

II - a da Chancelaria (*Chancery Division*): presidida pelo Chanceler da Corte Suprema e competente para os casos relacionados a finanças, hipotecas, contratos, etc. Compreende o Tribunal de Sociedades (*Companies Court*) e o Tribunal de Falência (*Bankuptcy Court*); e

III - a da Família (*Family Division*). Competente para assuntos relacionados ao matrimônio, adoção, tutela e outros assuntos ligados à família.

Considerando que a *High Court of Justice* tem, paralelamente, competência originária e competência recursal, ela é, como base neste último paradigma, dividida em *Divisional Courts* e a *Ordinary High Court*. Assim, a *Divisional Courts*, composta por no mínimo dois juízes das divisões da *High Court of Justice*, tem competência para julgar os recursos advindos das *County Courts*, *Magistrates Courts* e *Crown Court* (mencionadas na sequência) e da *Ordinary High Court*.

b) - A *Crown Court* é subordinada à *High Court* e é encarregada de administrar a justiça em matéria criminal no caso de infrações graves ou capazes de acarretar prisão perpétua, com competência tanto originária quanto recursal. Esta Corte não possui membros próprios; a justiça aqui é ministrada por "juízes de circuito" (magistrado profissional que exerce suas atividades em tempo integral e que também participam das jurisdições inferiores), ou por *recorders* (advogados temporariamente nomeados para exercerem esta função).

c) - A *Court of Appeal* é a Corte que julga as apelações dos Tribunais de primeira instância do Supremo Tribunal da Judicatura, tanto em matéria cível como penal, por isso é dividida em *Criminal Division* e *Civil Division*. Deste modo, a *Court of Appeal* recebe os recursos, no âmbito do direito penal, das decisões da *Crown Court* (note-se que as decisões em matéria penal proferidas

pela *High Court of Justice* são julgadas diretamente pela Suprema Corte do Reino Unido), e no âmbito do direito civil, das decisões da *High Court of Justice* e também da *Country Courts*.

Conforme mencionado, é neste grau hierárquico onde ocorre a construção do direito jurisprudencial inglês com a formação dos precedentes judiciais, ou seja, as bases do *common law* surgem aqui "das decisões inglesas os séculos XVII, XVIII e primeira metade do XIX, criando verdadeiro corpo jurisprudencial, cristalizado (axiomas fixos, inquestionáveis), pelo qual as bases fundamentais da ordem jurídica eram deduzidas em um sistema racional e lógico, incidindo a metodologia da observação, análise e classificação do material" [15].

2.2 Cortes inferiores

As Cortes inferiores são consideradas jurisdições de exceção, vez que "a Suprema Corte de Justiça profere, tanto em primeira quanto em segunda instância, acórdãos em matéria cível e penal, como em matéria administrativa, para toda a Inglaterra e para todas as causas de que possa conhecer, uma jurisdição inglesa"[16]. Todavia, é importante mencionar que a Suprema Corte de Justiça pode recusar-se a exercer os poderes que lhe são atribuídos, e o faz com grande frequência, de modo que as partes acabam sendo remetidas às Cortes Inferiores e, nestas hipóteses, a função desempenhada pela Suprema Corte é a de controlar o modo como a justiça está sendo ministrada pelas Cortes inferiores.

No âmbito do direito civil, a peça essencial na organização judicial inglesa é a denominada Corte de Condado (*County Court*), embora nada tenha a ver com a circunscrição administrativa do condado. Os juízes que julgam nas *County Courts* são recrutados entre os advogados e, na sua grande maioria, são itinerantes, ou seja, realizam as audiências e proferem julgamentos em diferentes Cortes de Condado. Estes juízes são "por formação, *common lawyers* e só com muita hesitação exercem as competências que lhes foram atribuídas nas matérias de *equity*"[17]. Cada Corte de Condado tem, ao lado do juiz, um *Registrar*, responsável pela preparação das audiências e pelo julgamento das causas de importância mínima.

[15] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 169.

[16] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 23.

[17] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 27.

As causas cíveis relacionadas às questões de alimentos, bem como as de valor inferior a cinquenta mil libras[18] não são de competência das Cortes de Condado, mas sim das *Magistrates Courts*, mencionadas a seguir.

No âmbito do direito penal, as infrações são classificadas em duas categorias: infrações menores (*petty offences, non-indictable offences*) e infrações maiores (*indictables offences*). As infrações menores são de competência das *Magistrates Courts*, as quais são compostas por *Justices of the Peace* (homens e mulheres a quem o governo conferiu esse encargo), e não por magistrados. Nos locais onde há grande número de infrações a serem julgadas, os *Justices of the Peace* são substituídos por juízes, denominados *metropolita magistrate* em Londres, *stipendiary magistrate* no interior.

As infrações maiores e as capazes de acarretar prisão perpétua, são inicialmente submetidas às *Magistrates Courts*, que analisará se deve ou não remeter o réu à *Crown Court* – Corte que, conforme já mencionado, tem competência nestas hipóteses. René David explica que é possível, nas hipóteses de infrações maiores, o réu optar pelo julgamento perante as *Magistrates' Courts* e afirma que, embora provavelmente seja condenado, "o réu vê aí uma dupla vantagem: a de saber mais depressa sua sorte e, sobretudo, a de comparecer diante de uma jurisdição que, limitada em seus poderes, não o pode condenar a uma pena tão grave quanto poderia fazê-lo a *Crown Court*"[19].

Estas Cortes inferiores são obrigadas a seguir os precedentes das Cortes superiores – essa é a essência do direito inglês.

2.3 O processo civil e penal

O processo civil é regido por um regimento processual (*Rules of the Supreme Court*) e não por um código. É iniciado com a expedição de um mandado de citação do réu (*writ of summons*). Este *wirt* contém um convite para que o réu compareça perante a justiça para satisfazer a pretensão do autor ou explicar porque não deve fazê-lo.

Se o réu permanecer inerte, é considerado revel e, na Inglaterra, o autor, nesta hipótese,

[18] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

[19] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 30.

obtém automaticamente uma sentença que reconhece seu direito. René David afirma que "a maioria dos processos termina dessa maneira, salvo em matéria de anulações de casamento e de divórcio"[20]. Esta sentença também poderá ser obtida pelo autor quando o réu, embora compareça perante a Justiça, apresenta apenas defesas protelatórias.

Na hipótese de comparecimento do réu, com justificativas plausíveis para a não satisfação do direito do autor, o processo é encaminhado a um *Master*[21] – auxiliar do juiz que irá processar a ação até o dia da audiência pública ou, caso seja a vontade de ambas as partes, até o julgamento final.

O processo é dirigido pelas partes através dos *solicitors*. René David detalha o desenrolar do processo nos seguintes termos:

> O desenrolar do processo, por outro lado, supõe o estabelecimento de certo número de peças, os *pleadings*, atos postulatórios que devem ser notificados ora pelo autor ao réu, ora pelo réu ao autor. Essas peças devem ser realizadas e notificadas dentro de certos prazos, que nos impressionam por sua brevidade. Se tais prazos não forem cumpridos e se sua duração não for prolongada por acordo entre as partes ou por decisão do *Master*, considera-se facilmente na Inglaterra que uma das partes nada tem a opor às afirmações da outra, com a consequência possível, segundo os casos, de que o autor será autorizado a obter sentença contra o réu, ou, inversamente, que se poderá considera ter ele desistido.[22]

Os atos praticados na audiência pública são eminentemente orais. A oralidade ganha estatuto privilegiado, conforme ensina Alexandre Morais da Rosa[23], "diante das contingências de ausência de letrados e da inexistência de corpo apropriado, como tinha a Inquisição, para conduzir os julgamentos". Assim, são ouvidos o autor e suas testemunhas e, na sequência, o réu e respectivas testemunhas e, na conclusão dos debates, o advogado do réu pronuncia um *closing speech* (espécie de breve sustentação oral), que é seguido do *closing speech* do advogado do autor e, finalmente, é proferida a sentença, a qual pode se resumir em um simples dispositivo, já que o juiz inglês não é obrigado a justificar sua decisão. Todavia, René David ensina que a maioria dos juízes expõem os motivos (*reasons*) que os levaram a decidir em determinado sentido e destaca a importância dessa fundamentação: "esses motivos não fazem, tecnicamente, parte da sentença.

---

[20] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 38.

[21] Denominado *District Registrar* no interior.

[22] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 40.

[23] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 169.

No entanto, ainda assim representam um papel essencial, pois fora deles não seria possível levar em conta, na Inglaterra, os precedentes, como exige a natureza jurisprudencial da *common law*"[24].

No processo penal, o princípio que vigora é o da acusação popular, ou seja, todo e qualquer cidadão pode mover uma ação pública para pedir a punição de uma infração que teve conhecimento, todavia, na prática a função de desencadear uma ação penal é atribuída aos policiais. Não há, na Inglaterra, nada que se assemelhe ao Ministério Público, vez que o processo penal se desenrola entre particulares, como ocorre no processo civil.

Como já mencionado, tem-se na Inglaterra uma dupla distinção entre infrações maiores e infrações menores. Quando se tratar de infrações maiores, o processo penal se desenrola em duas fases: na primeira a polícia (ou qualquer cidadão) oferece uma queixa à Magistrates' Court, a qual decidirá sobre a admissão da acusação. Perante a Magistrates' Court, então, a acusação expõe suas alegações e interroga suas testemunhas e, na sequência, o acusado é convidado a apresentar sua defesa e ouvir suas testemunhas, se houver, para, finalmente, a Magistrates' Court proferir sua sentença de admissibilidade da acusação contra o acusado.

Na instância de julgamento diante da Crown Court, pergunta-se ao acusado se ele se declara "culpado" ou "inocente". Se o mesmo se declarar inocente, constitui-se um júri que irá, após ouvir acusação, defesa e respectivas testemunhas, emitir um veredicto sobre a questão da culpabilidade.

2.4 Profissionais do Direito

Na Inglaterra os profissionais do direito são agrupados em duas categorias: os *barristers* e os *solicitors*.

Os primeiros, também chamados *counsel*, são os advogados, os quais obrigatoriamente devem ser membros da Ordem dos Advogados e membro de um dos quatro clubes de advogados (*Inns of Court*) situados em Londres, a saber: *Inner Temple, Middle Temple, Gray's Inn, Lindoln's Inn*. Os *Inns* são as instituições em que o bacharel em direito (que tenha concluído a *Law School*) é iniciado na profissão forense e os torna aptos a exercer a advocacia perante os Tribunais ingleses.

Os advogados atuam em grupos fixos (*chambers*) ou como autônomos, e seus escritórios

[24] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 45.

ficam nas sedes dos *Inns*. Assim, os advogados pertencem ao meio muito restrito que, por um lado, gera certas atitudes e um sentimento de confiança que permite garantir um melhor funcionamento da justiça e, por outro, faz com que qualquer infração disciplinar seja severamente julgada.

Fora do Tribunal, a assistência jurídica é feita pelos *solicitors*, que são auxiliares da justiça aprovados no *Law Society* (associação encarregada da seleção dos *solicitors*); são eles que, em realidade, entram em contato com os clientes, com as testemunhas e que cuidam do andamento do processo; todavia, grande parte das suas atribuições dizem respeito ao não contencioso.

O que se busca, na Inglaterra, é obter uma classe de juristas a mais homogênea possível do ponto de vista sociocultural.

Enfim, por força da sua formação histórica e do sentimento que permeia os profissionais do *common law*, de valorização do direito processual, o direito inglês, como visto, estrutura-se sobre institutos, categorias e respectivos conceitos distintos, alguns deles, inclusive, sem correspondência na Europa continental e nos demais países do sistema romanista.

3. CARACTERÍSTICAS PRINCIPIOLÓGICAS E AS FONTES DO DIREITO INGLÊS

A particularidade do direito inglês, todavia, é mais profunda, atingindo os princípios e os paradigmas que estruturam o direito na Inglaterra. René David[25] explica este fato nos seguintes termos:

> A diferença estrutural se explica historicamente pela origem das famílias jurídicas: enquanto os sistemas romanistas foram construídos de forma racional e lógica, considerando as regras de fundo do direito, graças à obra das universidades e do legislador, o direito inglês foi ordenado, longe de qualquer preocupação lógica, nos quadros que lhe eram impostos pelo processo, conservando-se, de forma geral, as classificações às quais se estava habituado devido a uma longa tradição.

O direito inglês consiste essencialmente em ações na justiça, possui, como já mencionado, um caráter essencialmente formal e é constituído majoritariamente por regras processuais. Diante da ausência de um ordenamento jurídico codificado, ele foi sendo construído, nas Cortes superiores, pela aplicação de normas consuetudinárias (*common law*) ou de equidade (*rules of equity*) e recorrer aos precedentes tornou-se inevitável, visto que estes eram, em inúmeras

[25] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*, p. 357.

situações, os únicos documentos jurídicos que poderiam trazer uma solução para o conflito capaz de garantir os ideais de justiça e igualdade e manter a coerência do sistema. "Por motivo de coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial"[26].

Por esta razão é que o direito inglês, ao contrário do francês que se constitui por regras gerais e abstratas, assenta-se sobre regras de menor amplitude, aplicabilidade e generalidade, já que vinculadas às circunstâncias do conflito de interesses, cujo julgamento deu origem ao precedente. Deste modo, o direito inglês acaba se estruturando sob os casos concretos julgados (*case law*), ou seja, reveste-se de uma natureza eminentemente casuísta. A lei (*statute law*) exerce uma função secundária e complementar e os ditames legais somente são plenamente reconhecidos quando aplicados pela jurisprudência, momento em que acabam por integrar o sistema do *common law*.

Essa valorização da jurisprudência é a responsável pelo hiato existente entre os sistemas *civil law* e *common law*. O direito inglês se caracteriza por ser um sistema aberto, em contraposição aos de origem romano-germânica que se dizem fechados e completos, e sua construção se dá em caráter permanente através do trabalho desenvolvido pelas Cortes superiores. Este trabalho se traduz na identificação da *ratio decidendi* jurisprudencial que deverá ser aplicada no caso concreto a ser julgado, ou seja, a função do juiz não é interpretar a lei existente e aplicá-la no caso concreto para solucioná-lo, como ocorre no *civil law*, mas sim buscar na base jurisprudencial se há e qual é o precedente que deve ser aplicado, assim é que "na perspectiva inglesa, a cada nova situação deve corresponder uma nova regra, sendo a função do juiz administrar a justiça e não formular, em termos gerais, regras que ultrapassem o alcance do litígio"[27].

Em função destas características, são enumeradas as seguintes fontes do direito inglês.

3.1 Precedente jurisprudencial

A doutrina dos precedentes obrigatórios (*doctrine of binding precedent*), também chamada

[26]STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 351.

[27] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*, p. 381.

stare decisis, *case law*, está estreitamente ligada ao sistema denominado de *Law Reports*.[28]

As decisões da denominada alta justiça, decisões das Cortes superiores (*Supreme Court of the United Kingdom* e *Supreme Court of Judicature*), após a metade do século XIX, quando a regra do precedente (*rule of precedent*) ou *stare decisis* foi estabelecida, devem ser seguidas pelos demais tribunais, sob pena de comprometer a certeza, a coesão e a própria existência do direito inglês. Os precedentes jurisprudenciais de um tribunal superior vinculam os tribunais inferiores na escala hierárquica, e, em determinadas situações, vinculam a si mesmo. Vale mencionar, como destacado por Lenio L. Streck[29] que "o juiz não se remete às decisões precedentes como simples orientação ou guia, mas sim que está obrigado a aplicar as regras legais contidas em tais decisões".

René David[30] elenca três regras da doutrina dos precedentes judiciais: a) as decisões do Tribunal de Westminster (anteriormente denominado Câmara dos Lordes) constituem precedentes obrigatórios a serem seguidos por todas as jurisdições, salvo excepcionalmente por ele próprio; b) as decisões tomadas pela *Court of Appeal* constituem precedentes obrigatórios para todas as jurisdições hierarquicamente inferiores e, salvo em matéria criminal, para a própria *Court of Appeal*; c) as decisões da *High Court of Justice* impõem-se às jurisdições inferiores e, ainda que não sejam rigorosamente obrigatórias, têm um grande poder de persuasão e são geralmente seguidas pelas divisões da própria *High Court of Justice* e pela *Crown Court*.

As decisões das Cortes inferiores têm caráter persuasivo, tão-somente; ou seja, o tribunal superior pode decidir não se ater à decisão do tribunal inferior e o precedente será *overruled* e substituído pela decisão judicial do tribunal superior.

Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior[31] salienta que "o fato de a *common law* não representar, de início, um conjunto de normas de direito material, mas de rigorosas regras de processo, foi determinante para a imposição histórica da jurisprudência como a principal fonte do direito inglês".

---

[28] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 358.

[29] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 358.

[30] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*, p. 343.

[31] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

Os precedentes jurisprudenciais contêm, nas palavras de Mário Losano[32], "o direito vigente em forma não-codificada". Assim, quando um juiz vai solucionar um caso concreto ele deve, inicialmente, verificar a existência de casos análogos ao caso em julgamento e, caso exista, deve buscar a obrigatoriedade do precedente na *ratio decidendi* (motivo que levou o juiz a decidir em determinado sentido) do caso análogo, isto porque os precedentes devem ser aplicados aos casos presentes quando as questões de direito (e não as de fato) estão interligadas, ou seja, quando os casos são similares (*precisely similar*). É evocando a *ratio decidendi* de determinado precedente que o juiz do tribunal inferior decidirá se o referido precedente deve ou não ser aplicado na solução do caso concreto subsequente. O autor antes mencionado afirma que normalmente há um precedente jurisprudencial a ser aplicado na solução de cada caso concreto nos seguintes termos:

> A situação mais frequente é aquela em que já existe um estável núcleo de sentenças que identificam com clareza a decisão a ser tomada; atendendo-se a elas, o juiz promulgará então uma sentença que passará a fazer parte do Common Law na qualidade de "declaratory precedent", ou seja, como precedente que continua uma certa tradição jurisprudencial. Não é raro, todavia, que o juiz não encontre (ou afirme não encontrar) precedentes para uma situação nova: decidirá, então, segundo os princípios gerais de direito [...] e sua sentença tornar-se-á um "original precedent", ao qual deverão remontar os juízes sucessivos. Dessa forma, um direito declaradamente conservador consegue adaptar-se a cada nova situação social e econômica.[33]

Pode também ocorrer a hipótese do juiz desvincula-se do precedente existente, desde que demonstre que a sua aplicação levaria a resultados injustos ou discrimine as diferenças existentes entre o caso concreto a ser solucionado e o caso objeto do precedente jurisprudencial.

Sobre a atuação do juiz, Lenio Luiz Streck[34] faz a seguinte observação:

> Não é novidade afirmar que o direito inglês tem sido historicamente o resultado da atividade dos tribunais reais de justiça desde o início do segundo milênio, quando os normandos invadem a Inglaterra. O direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios – é um direito de processualistas e de práticos. Isso significa dizer, correndo o risco da simplificação, que o grande jurista na Inglaterra é o juiz, saído da fileira dos práticos, e não o professor da universidade, isso porque, outrora, somente uma minoria de juristas estudou nas universidades – nenhum dos grandes juízes do século XX possuía título universitário.

---

[32] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*, p. 336.

[33] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*, p. 336.

[34] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 351.

Assim é que o direito britânico é, essencialmente, um direito feito pelos juízes das Cortes superiores; a *common law* é o produto do trabalho de séculos desenvolvido pelos juízes.

3.2 Lei

Considerando que a doutrina dos precedentes tem força obrigatória na sistemática do direito inglês e, assim, a autoridade das decisões das Cortes superiores substitui à dos textos legais, a lei é tida como a segunda fonte do direito inglês.

A lei positivada (*Statute Law*) foi ganhando importância até assumir, a partir do século XIX, um caráter fundamental. Porém, limita-se ao máximo a incidência da legislação, a qual é sempre interpretada de forma restritiva pelos juízes, aplicando-se tão somente o que está realmente expresso no texto legal, visto que o precedente judicial é a principal fonte no direito inglês. Em consequência, o legislador inglês e a técnica de redação das leis são diferentes. Mário Losano[35] faz a seguinte afirmação acerca deste tema:

> O órgão legislativo inglês deve especificar até nos mínimos detalhes os casos e as modalidades que pretende regular, sabendo bem que a falta de indicação de um caso em especial não será suprida pelo juiz mediante o recurso ao mais amplo *genus* regulado pela mesma lei. O juiz, ao contrário, verá nesse silêncio legislativo o elemento técnico que lhe permite desaplicar a disposição legislativa e continuar a aplicação dos precedentes judiciário àquele caso concreto em especial.

Um assunto deve ser abordado neste tópico: o fato de que, embora não exista uma Constituição formal e escrita na Inglaterra e tampouco a previsão de hierarquia entre as leis ou de controle de constitucionalidade, há uma história constitucional inglesa que, inclusive, foi de fundamental importância no desenvolvimento do constitucionalismo moderno. Para que seja possível o entendimento desta afirmação, é preciso salientar que, quando se menciona *história constitucional inglesa*, não se pretende a existência de uma constituição no sentido atual do conceito, mas sim a uma constante tentativa de limitação do poder político do rei pelo parlamento e à existência da *Magna Carta* (documento de natureza constitucionalista que impôs limites ao poder absoluto do rei, vez que representou a concessão real que garantia certos direitos aos barões detentores de terra), que adquiriu maior significado, passando ser considerada um *statute* que afirma o direito antigo, após sua celebração em 1215 pelo Rei João Sem Terra. Raphael

[35] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*, p. 334.

Peixoto de Paula Marques[36] acrescenta o seguinte sobre a *Magna Carta*:

> Esse documento passa a ser considerado um *statute* que afirma o direito antigo e que tem força obrigatória em todo o reino. Depois da confirmação de 1301, não foram feitas mais adições à *Magna Carta* e passou a ser costume a sua confirmação no começo de cada novo parlamento até pelo menos meados do século XV. Isso é o mais próximo de um *fundamental law* que as concepções medievais inglesas puderam alcançar.

Esta luta pela limitação do poder do parlamento foi travada por Sir Edward Coke, grande teórico que, como salientado por Lenio L. Streck[37], "defendia a prevalência da *common law* sobre o parlamento". Roberto L. Blanco Valdés[38] relata o pensamento de Coke, a saber: "*Resulta de nuestros textos que en muchos casos, el common law cotrolará las leys del parlamento, y algunas veces las declarará totalmente nulas; porque cuando una ley del parlamento es contraria al derecho y a la razón, o incompatible, o imposible de ejecutar, el common law la controlará y procederá a declarar su nulidad*".

Todavia, com a Revolução Gloriosa de 1688, a doutrina de Coke perdeu sua prevalência quando passou a vigorar na Inglaterra a supremacia do Parlamento e, assim, nas palavras do autor mencionado, "é possível dizer que, *stricto sensu*, comparando com os diversos sistemas de controle estabelecidos nos diversos países do mundo, não há controle de constitucionalidade na Inglaterra". Toda lei está, na *common law*, sujeita a alterações feitas pelos juízes ou pelo Parlamento e "em *ultima ratio*, o que vai valer é a palavra do Parlamento. É assim que funciona o "controle de constitucionalidade" do direito inglês. Afinal, como se costuma dizer, o parlamento tudo pode, menos transformar homem em mulher. A Constituição inglesa descansa, pois, a partir de 1688, sobre a soberania (ilimitada) do Parlamento".

Luiz Inácio Vigil Neto e Tassiane Andressa Wiprich[39] afirmam que o "constitucionalismo inglês foi construído ao longo dos anos por um processo lento e contínuo de transformação das instituições de Estado em instituições voltadas ao bem-estar e proteção aos direitos do cidadão" e explicam a ausência de um texto legal nos seguintes termos: as "conquistas afirmadas de forma

---

[36] MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito. A influência inglesa do século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como *Paramount law*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-357-Raphael_Peixoto_de_Paula_Marques.pdf> Acesso em: 24 abr. 2016.

[37] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 365.

[38] VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El valor de la constitución**. Madri, Alianza Editorial, 2010, p. 138.

[39] VIGIL, Luiz Inácio Neto. WIPRICH, Tassiane Andresa. *De legibus et de consuetubinibus*. Estudos sobre a história do direito na Inglaterra. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre. n. 70. set/dez. 2011. p. 241/287. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166980.pdf> Acesso em: 24 abr. 2016.

tão clara que dispensam a existência de um documento escrito cuja função seria apenas descrever o que para os cidadãos(ãs) ingleses seriam os termos de um acordo que aos olhos de todos apresenta-se como óbvio".

Em resumo, os ingleses têm uma Constituição, o que eles não têm é uma Constituição formal e escrita e isso, segundo destaca René David, "não é um acaso; eles não querem ter, eles consideram as Constituições escritas uma coisa ruim, na medida em que tendem a introduzir o rigor do direito numa matéria em que tudo deve ser resolvido por métodos flexíveis"[40]. Esse autor ensina, também, que "não há, na Inglaterra, Constituição que proclame os direitos e as liberdades dos indivíduos, existem apenas regras, ritos processuais que assegurem esses direitos e essas liberdades, e são essas regras, estes ritos, que formam a Constituição da Inglaterra"[41].

Modernamente, todavia, a lei não representa mais somente uma fonte secundária do direito inglês; a sua função acabou se igualando a desempenhada pela lei no sistema *civil law*. Todavia, o papel da jurisprudência permanece intacto, vez que uma lei somente é admitida e incorporada ao direito inglês, após ter sido interpretada e aplicada pelas Cortes superiores.

3.3 Costume

Após a jurisprudência e a lei, o costume é tido como a terceira fonte do direito inglês. Mário Losano[42] afirma que os costumes apresentam dois elementos: "o objetivo, que consiste na repetição de um certo comportamento e um subjetivo, que consiste em acreditar que seja bom adotar aquele comportamento"; todavia, além destes elementos, é necessário que o costume tenha sido exercido por "tempo imemorável" para que seja considerado uma fonte do direito e, por "tempo imemorável" entende-se os costumes exercidos antes de 1189.

Importante que se diga que, antes do *common law* o direito na Inglaterra era, realmente, fundado nos costumes, todavia, o direito inglês não é consuetudinário. René David ensina que o "costume geral imemorial do reino, sobre o qual teoricamente está fundada a *common law*, nunca foi senão uma simples ficção destinada a afastar dos juízes a desconfiança de julgarem de modo

[40] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 74.

[41] DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*, p. 76.

[42] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*, p. 319.

arbitrário"[43].

O costume é dito como uma das fontes do direito inglês porque os *costumes antigos do reino* passaram a se identificar com a própria noção de direito comum, ou seja, o *common law*, mesmo com a intenção de substituir o direito da época baseado no costume, acabou absorvendo algumas regras dos costumes locais que vigiam, sem, todavia, minimizar a busca por um direito jurisprudencial.

Para o estudo do direito inglês, costume deve ser entendido como o conjunto de princípios que se pode extrair das decisões proferidas pela justiça real desde sua instituição, no século XIII; portanto, pode-se afirmar que a *common law* é um direito consuetudinário, "mas num sentido especial: *o costume que é fonte desse direito não nasce do comportamento popular, e sim do comportamento dos juízes*"[44]. Quando o costume é consagrado pela jurisprudência, ele perde seu caráter consuetudinário e torna-se uma norma jurisprudencial submetida à regra do precedente, por esta razão é que se diz que o costume como fone do direito foi sendo substituído pelo precedente jurisprudencial.

Sobre este tema, são os seguintes os ensinamentos de Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior[45]:

> Acerca da aplicação dos costumes locais, ainda vige na Inglaterra uma lei do ano de 1265 que exige, para fins de obrigatoriedade de observância da norma costumeira, deva a regra ostentar a condição de "costume imemorial", o qual, segundo a lei, é entendido como aquele que já existia no ano de 1189. O caso ilustra o quão restrita é a utilização do costume enquanto fonte direta do moderno direito inglês, já que a maioria das regras costumeiras já foi absorvida pela legislação ou jurisprudência, não mais podendo ser elencadas como efetivos exemplos de norma consuetudinária.

Portanto, embora a obrigatoriedade dos costumes esteja restrita aos costumes anteriores ao ano de 1189, não se pode negar o caráter subsidiário do direito consuetudinário em relação ao direito jurisprudencial elaborado pelas Cortes superiores.

3.4 Razão

Devidamente entendido o papel desempenhado pelos costumes na formação do direito

---

[43] DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*, p. 405.

[44] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*, p. 325.

[45] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

inglês, é possível entender que a *common law* foi construída sobre a razão e que esta razão continua a ser uma fonte inesgotável à qual as Cortes superiores recorrem e recorrerão sempre que necessário, tanto para preencher as lacunas do sistema aberto do direito inglês, quanto para nortear a evolução do mesmo, revelando novas regras, conforme dito acima.

Sempre que inexistir um precedente, um texto legal ou um costume obrigatório a ser aplicado na solução de um litígio, é dever do juiz da *common law* socorrer-se da razão. Trata-se do seguinte, nas palavras de Cláudio Ricardo Silva Lima Júnior [46]:

> Uma tentativa de conformação do caso novo às regras de direito já existentes, ante a busca por uma alternativa judiciária que esteja em maior harmonia com o espírito essencial das *legal rules* anteriormente pronunciadas. Trata-se da identificação e aplicação dos princípios gerais que se destacam das regras vigentes, o que se pode alcançar, nos países de *common law*, pela análise das obras de doutrina, da fundamentação acessória e não vinculante das decisões judiciais (*obiter dictum*), e do conteúdo de precedentes não obrigatórios, a exemplo das decisões proferidas por órgãos judiciários sem autoridade vinculante ou por outros Estados nacionais integrantes da família de direitos anglo-saxônica.

Deste modo, a razão se traduz no raciocínio a ser desenvolvido pelo juiz, tendo como fundamento as normas e princípio então existentes, na busca de uma solução para o litígio sob julgamento, sempre com a preocupação consciente e a intenção de edificar um sistema coerente de direito, ou seja, a razão acaba por balizar a discricionariedade judiciária quando da fixação da norma a ser aplicada em cada caso concreto que se apresente ao Judiciário inglês.

Assim, pode-se concluir que o direito inglês, em realidade, não é um direito consuetudinário, mas sim jurisprudencial que se revela pela prática forense, vez que criado pelas Cortes superiores com base na razão.

Esta coerência e esta razão são fundamentais porque a Magistratura é a promotora do direito inglês, vez que suas decisões não se limitam ao caso solucionado, mas seus efeitos normativos podem estender-se aos casos futuros, desde que estes venham a se enquadrar nos mesmos limites da causa julgada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito inglês desenvolveu-se a partir do direito romano, mas, também, contrapondo-se

[46] LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

ao mesmo, o que o diferencia dos sistemas jurídicos latino-germânicos. Sua característica fundamental concentra-se no fato de ser um direito jurisprudencial, produzido pelos juízes das Cortes Superiores, e constituído majoritariamente por regras processuais.

Os litígios são solucionados, na Inglaterra e no País de Gales, pela aplicação de normas e regras não-escritas, mas sancionadas pela jurisprudência, as quais foram sendo construídas pela aplicação de normas consuetudinárias (*common law*) ou de equidade (*rules of equity*).

Diante da ausência de um ordenamento jurídico codificado, a doutrina dos precedentes tornou-se inevitável. No *common law*, parte-se do pressuposto de que casos semelhantes devem ser solucionados dentro dos mesmos parâmetros, já que os casos concretos devem ser resolvidos tomando-se como base sentenças judiciais anteriores, e não preceitos legais fixados antecipadamente como ocorre no sistema *civil law* – e essa é a distinção fundamental entre os dois sistemas jurídicos.

A diferença entre os sistemas *common law* e *civil law* vem se descaracterizando na realidade brasileira, notadamente com a inovação provocada pelo atual Código de Processo Civil, mediante a adoção do sistema de precedentes na atividade jurisdicional e a consequente aproximação do sistema processual brasileiro ao sistema do *Common Law*.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Le droit anglais*.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*.

LIMA JÚNIOR, Cláudio Ricardo Silva. Common Law: história e características. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4080, 2 set. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29419>. Acesso em: 21 abr. 2016.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *I grandi sistemi giuridici: introduzione al diritti europei ed extraeuropei*.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. História semântica de um conceito. A influência inglesa do

século XVII e norte-americana do século XVIII na construção do sentido de Constituição como *Paramount law*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 10, dez. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-357-Raphael_Peixoto_de_Paula_Marques.pdf> Acesso em: 24 abr. 2016.

QUEIROGA, Ana Beatriz Ximenes de. **O Direito Inglês**. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49678>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VALDÉS, Roberto L. Blanco. **El valor de la constitución**. Madri, Alianza Editorial, 2010.

VIGIL, Luiz Inácio Neto. WIPRICH, Tassiane Andresa. *De legibus et de consuetubinibus*. Estudos sobre a história do direito na Inglaterra. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre. n. 70. set/dez. 2011. p. 241/287. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166980.pdf> Acesso em: 24 abr. 2016.

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO: A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE

Inês Moreira da Costa[1]

Guilherme Ribeiro Baldan[2]

INTRODUÇÃO

> Prosseguimos, no século passado, o ideal de duas revoluções, ambas igualitárias: o povo retoma os seus direitos políticos, devolvidos porque roubados. Do mesmo modo os proletários recuperam o benefício de certos frutos materiais e sociais do seu trabalho: tentativas de equilíbrio e de equidade no seio do contrato exclusivamente social, antes injusto ou leonino e tendendo sempre para tornar a sê-lo. Mas a nossa animalidade esforça-se de tal modo por restabelecer a hierarquia, que nunca mais acaba essa procura. Enquanto nela prosseguimos, começa uma outra que caracterizará a nossa história futura como a anterior marcou o século passado com o seu traço distintivo: a mesma procura de equilíbrio e de justiça, mas entre novos parceiros, o colectivo global e o mundo tal e qual.[3] (Michel Serres)

O Estado, como instituição e organização político-social, tem sido objeto de muitas transformações. Como se verá no decorrer do presente trabalho, passamos de um modelo totalmente individualista, onde a liberdade era consagrada acima de tudo, para um modelo comunitário, no qual a solidariedade apresenta-se como diretriz, tendo em vista que cada vez mais vivemos problemas que não podem ser compreendidos apenas localmente, principalmente aqueles que dizem respeito ao meio ambiente, do qual o exemplo do rompimento da barragem de Mariana ocorrido em novembro de 2015, no Estado do Espírito Santo, é um dos mais recentes e preocupantes.

Nesse sentido, será feita, num primeiro momento, uma apresentação da perspectiva

[1]Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - Direito/Rio. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho, Rondônia - Brasil. e-mail: ines@tjro.jus.br.

[2] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - Direito/Rio. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho, Rondônia - Brasil. e-mail: baldan@tjro.jus.br.

[3] SERRES, Michel. **O contrato natural**, tradução Serafim Ferreira, Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 66

histórica da evolução do Estado, para se chegar ao momento de criação do Estado, chamado Moderno ou Liberal, no qual se insere a liberdade como dimensão mais importante. Em seguida, passa-se à análise do Estado Social, que surgiu como resposta às ações dos operários que necessitavam regular suas atividades para garantir mínimas condições de dignidade no trabalho, e estendeu-se para outras áreas, onde havia necessidade de intervenção tanto econômica quanto social. E finalmente, chega-se à abordagem do Estado Socioambiental, acrescendo-se a dimensão social à ambiental, o que se evidencia como necessário ante as crises econômicas, sociais e ambientais vividas na atualidade.

A esse novo modelo de Estado compete aliar o desenvolvimento sustentável com valores sociais, econômicos e ambientais, buscando a correção do quadro alarmante de desigualdade social e o bem-estar das presentes e futuras gerações.

A relevância do estudo deste tema reside na necessidade de compreensão do novo papel do Estado Socioambiental na salvaguarda de um meio ambiente social e ecologicamente equilibrado. O método de estudo é o bibliográfico, consistente na análise de doutrina sobre Teoria do Estado, Direito Ambiental e Direito Constitucional. O tratamento da matéria será realizado pelos métodos dedutivo e argumentativo.

1. DA ANTIGUIDADE AO ESTADO LIBERAL

A noção de Estado, como um fenômeno sociocultural, surgiu numa fase bastante avançada do desenvolvimento da Humanidade, conforme esclarece José Afonso da Silva[4]:

> Houve por largos séculos uma organização meramente social, sem que se pudesse vislumbrar nela o poder político, fenômeno cultural caracterizador das sociedades politicamente organizadas. Pesquisas de Morgan mostram que a evolução humana passou por três estágios: o do selvagerismo, o da barbárie e o civilizado. Fundamenta essa diferenciação nos modos de produção material, no domínio do homem sobre a natureza e no grau de superioridade.

Embora alguns autores apresentem uma evolução do conceito de Estado, tal como ocorre com Streck e Bolzan de Morais[5], segundo os quais constituíram formas estatais pré-modernas, o Estado Antigo (Oriental ou Teocrático), o Estado Grego, o Estado Romano e o Estado Medieval, conforme se verá a seguir, essas organizações não apresentavam todos os caracteres que

[4] SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional** – São Paulo: Malheiros, 2014, p. 51.

[5] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3ª edição – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 20-21.

constituem um verdadeiro Estado, quais sejam, além do povo, o território e a soberania, como bem assenta Ivo Dantas[6], ao fazer citação de Pallieri:

> A palavra Estado pode ser entendida num sentido vago e genérico, de modo a compreender qualquer forma de convivência política dos homens, desde as hordas barbáricas à polis grega, ao império romano e às actuais comunidades estaduais. Mas em tal hipótese perde-se toda a determinação do conceito: cai-se no abstrato e no impreciso; cobrem-se com a mesma denominação formas de convivência tão diferentes, orientadas por princípios tão diversos e às vezes até antitéticos, com finalidades e com meios para atingir os seus escopos tão diferentes que se tornaria totalmente impossível qualquer profícua investigação científica a tal respeito. Na realidade, quando falamos em Estado, referimo-nos a qualquer coisa muito mais concreta: ao Estado em que vivemos actualmente e, em que, de há alguns séculos para cá, vive o mundo ocidental, ao Estado provido de certos caracteres, como a territorialidade, a soberania, etc., e que, de um modo particular resolva o problema político.

Miguel Reale[7] em sua teoria tridimensional sustenta que em todo Estado há sempre três elementos conjugados ou co-implicados, nenhum deles podendo ser compreendido plenamente sem os outros dois: o *fato* de existir uma relação permanente e de Poder, com uma discriminação entre governantes e governados; um *valor* ou um complexo de *valores*, em virtude do qual o Poder se exerce; e um complexo de *normas* que expressa a mediação do Poder na atualização dos valores de convivência. E embora cada um desses aspectos possa ser identificado individualmente, somente a unidade desses três fatores é suficiente para caracterizar o Estado.

Abordando um outro aspecto, Fleiner-Gerster[8], define o Estado como uma ordem estabelecida pelos homens e dirigida a eles. Ele pressupõe a razão, a capacidade de comunicar-se por meio de uma língua e o poder de tomar decisões.

Esses fatores, como se verá a seguir, inexistiam nessas formas "pré-modernas" de organização estatal. No entanto, em razão da necessidade de trazer uma perspectiva histórica para melhor compreensão do surgimento e evolução do Estado, elas serão abordadas.

Na Antiguidade Clássica e Oriental, que se estendeu pelo Egito, Mesopotâmia, Pérsia e Palestina, no período entre 3500 a.C, desde a união de aldeias egípcias e 70 d.C, até a destruição de Jerusalém e a diáspora dos hebreus, havia o predomínio da classe sacerdotal e de uma verdadeira teocracia, ou seja, os homens eram governados por monarcas, que acreditavam estar revestidos de um poder divino.

---

[6] DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo**; 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 42.

[7] REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**, 5ª edição – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 374-375.

[8] FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**; com a colaboração de Peter Hänni; tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33

Nessa organização, os traços mais marcantes, conforme Jorge Miranda[9], eram a teocracia (poder político reconduzido ao poder religioso); a sociedade era constituída de forma desigual, as garantias dos indivíduos eram reduzidas, o território, apesar de vasto, não era unificado, e aspirava-se construir um império universal. Esse cenário leva Heller[10] a afirmar que para antiguidade clássica o Estado era um grupo ao mesmo tempo político e religioso, o que gerou o principal problema do pensamento político medieval, qual seja, a questão das relações entre o poder espiritual e o secular, entre o Pontificado e o Império.

Na Grécia, no período entre 1500 a.C e 338 a.C, a organização política era representada por pequenas Cidades-Estado, as *polis*, detentoras de soberania e autonomia administrativa e legislativa.

Nessa época, a comunidade religiosa encontrava-se unida no culto dos antepassados, tendo em vista que os mortos eram considerados criaturas sagradas, até mesmo um deus, a quem lhes era devido um banquete fúnebre (com sacrifício e oferenda de alimentos) em determinados períodos, o qual era realizado apenas pela família, excluindo-se qualquer estranho. Toda casa devia possuir um altar, onde permanecia aceso o fogo sagrado, em torno do qual se realizavam o culto doméstico e cada família tinha independência para estabelecer as regras dessa religião doméstica.

Assim, cada família tinha suas regras, e o grande interesse da vida humana consistia em continuar a descendência para com esta dar sequência ao culto. Este era realizado exclusivamente pelos varões (de onde se origina o direito à primogenitura), e o homem não pertencia a si mesmo, mas sim à família, conforme informa Coulanges[11].

A religião doméstica proibia a união de duas famílias, mas era possível que várias famílias, sem sacrificar sua religião particular, se unissem pelo menos para a celebração de outro culto de um antepassado em comum. E assim surgiram alguns grupos, que no grego foram chamados "*fratria*" e no latim "*cúria*". A sociedade cresceu e muitas cúrias ou "*fratria*" agruparam-se formando as tribos. A tribo transformou-se em cidade, contudo as tribos não se dissolveram e cada uma passou a formar um corpo separado como se a cidade não existisse, e cada cidade, por exigência da própria religião, devia ser absolutamente independente. "A cidade não é um

[9] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 25.

[10] HELLER, Herman. **Teoria do Estado**; tradução Lycurgo Gomes da Mota – São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p.33

[11] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma; tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: REMUS, 1975, p. 41.

agregado de indivíduos, mas uma confederação de muitos grupos já anteriormente constituídos e que a cidade deixa subsistir"[12].

Assim, não se pode falar em um "Estado" único nessa época, nem em democracia. Darcy Azambuja[13] diz que os gregos não conheceram a verdadeira liberdade política porque o Estado os absorvia inteiramente. A condenação de Sócrates, acusado de negar o deus de Atenas, é um exemplo disso.

Em Roma, no período de 753 a.C (desde a fusão de aldeias às margens do Rio Tigre e a fundação de Roma) a 395 d.c (até a divisão do império Romano em do Ocidente e do Oriente) teve início com um pequeno agrupamento humano constituído pela cidade, a *civitas*, formadas por famílias e tribos, posteriormente ampliada para incluir as assembleias formadas por *pater familias*.

Esclarece Sahid Maluf[14] que o "estado" romano teve sua origem na ampliação da família, a qual era constituída pelo *pater*, seus parentes, os parentes destes, os escravos e mais os estranhos que se associavam ao grupo. A autoridade do *pater familia* era absoluta, a tal ponto que tinha o poder de vida e morte sobre todos os componentes do grupo. Posteriormente, a família assim constituída dividiu-se em família propriamente dita, conservada sobre o poder soberano do *pater*, e gentes (*gens*), colocada sob o poder público, e que foi o núcleo inicial do Estado.

Verifica-se assim, que essa forma de organização política de Roma apresentou muitas semelhanças com a da Grécia: Roma constitui-se pelo agrupamento das famílias e das *gentes*, e continua a ser um Estado de base municipal. O homem possui direitos na medida em que faz parte de uma comunidade religiosa e política. Há a consciência da separação entre o poder público (do Estado) e o poder privado (do *pater familias*) e a distinção entre Direito público e Direito privado.

> A cidade havia sido fundada como uma religião e constituída como uma Igreja. Daí sua força; daí também a sua onipotência e império absoluto que exercia sobre seus membros. Em sociedade estabelecida sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão estava, em tudo, submetido à cidade, sem reserva alguma; pertencia-lhe inteiramente. A religião, que dera origem ao Estado, e o Estado, que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente e formavam um só corpo.
>
> [...]
>
> Nada no homem havia de independência. Seu corpo pertencia ao Estado e destinava-se à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos, e em Esparta e Atenas por

[12] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga,** p. 101.

[13] AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**, 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 165.

[14] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 101

> toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade precisasse de dinheiro, podia ordenar às mulheres que lhe entregasse suas joias, aos credores que se privassem de seus créditos, aos proprietários de olivais que lhe cedessem gratuitamente o óleo que tinham fabricado.[15]

De acordo com Jorge Miranda[16], foi durante o domínio romano da Palestina que surgiu o Cristianismo, e com ele passou-se a reconhecer à pessoa uma nova posição dentro da comunidade política, ao contestar o caráter sagrado do Imperador. A pessoa agora torna-se um valor em si, por ter sido criada à imagem e semelhança de Deus, e todos os homens são pessoas com igual dignidade.

O período conhecido como Idade Média ou Estado Medieval é compreendido entre o século V ou 476 d.C, marcado pela tomada de Roma e pela quebra do Império Romano do Ocidente, e o século XIV, quando ocorreu a queda do império bizantino (Império Romano do Oriente), com a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, em 1453.

Nesse ínterim desenvolveu-se na Europa o feudalismo, no qual predominava a autoridade da nobreza e da Igreja, a primeira por meio do controle dos feudos, enquanto a igreja exercia um poder que se irradiava por toda a Europa, de sorte que o Poder do rei era simbólico, exercendo-o apenas sobre o seu feudo.

O feudalismo foi um sistema que exerceu grande poder no estado medieval, tendo em vista que o senhor feudal detinha o poder econômico, o político, o militar e o jurídico sobre seus servos, chegando ao ponto de ter o direito de possuir as plebeias na primeira noite de casadas.

José Afonso da Silva[17] afirma que essa relação entre o senhor feudal e seus servos era unicamente de poder, e se havia alguma relação de direito ela seria de natureza privada e civil; logo, o poder não era político e, via de consequência, não há que se falar em Estado. Nem mesmo quando surgiram os impérios germânicos e carolíngeos, na Idade Média, pode-se falar em uma organização constitucional e, via de consequência, em Estado, porquanto a relação era basicamente de poder, já que o poder imperial era uma mescla de poderes difusos por tribos e províncias.

> Contudo, foi na Idade Média que surgiram os elementos básicos de uma constituição, não mais como simples modo de ser do Estado, mas como garantia de direitos fundamentais: as ideias de igualdade e de liberdade, que são produtos da História e só poderiam desenvolver-se em virtude de

[15] COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**, p. 182.

[16] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**, p. 27-29.

[17] SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**, p. 61.

> certas condições históricas. Essas condições começaram a surgir na Idade Média. Do processo antitético constituído pela contradição do senhor feudal e servo da gleba foram se formando, à margem dos feudos, aglomerados urbanos, os burgos, onde nova classe se formava, constituída das corporações de ofício, embrião da economia industrial, e dos comerciantes. Aí estava o início da burguesia, a sociedade que se formou a partir dos burgos de homens desprovidos de terra e que viviam à margem de uma sociedade em que só a terra garantia a existência[18].

O feudalismo dissolveu a ideia de Estado, tendo em vista que a ordem hierárquica da sociedade se traduzia numa hierarquia de titularidade e exercício do poder político, numa cadeia de soberanos e vassalos, ligados por vínculos contratuais. A realeza tinha sua prerrogativa reduzida, tendo a seu favor apenas o título ou a extensão do domínio, enquanto os direitos eram conferidos aos súditos não enquanto indivíduos, mas enquanto membros dos grupos que se integravam.

O império medieval foi dividido em uma multiplicidade de Estados independentes, e esclarece Heller[19] que o moderno Estado soberano nasce da luta dos príncipes territoriais para a consecução do poder absoluto dentro de seu território, contra o Imperador e a Igreja, no exterior, e com os poderes feudais organizados em estamentos, no interior. Há, assim, uma "poliarquia", de modo que as funções que o Estado moderno reclama para si estavam repartidas entre diversos depositários: a Igreja, o nobre proprietário de terras, os cavalheiros, as cidades e outros privilegiados, de modo que ao soberano monárquico restavam apenas poucos direitos imediatos de domínio.

E em razão dessa forma de fragmentação dos poderes em reinos e feudos pode-se concluir que não existiu Estado no decorrer do período medieval.

Mas, a partir de quando se pode falar em Estado?

De acordo com Bobbio[20], a palavra "Estado" foi imposta por meio da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel.

Conforme se observa nessa obra, Maquiavel afirma que "todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados"[21]e após esclarecer o que se entende por

[18] SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**, P. 62

[19]HELLER, Herman. Teoria do Estado; p. 34-35 e 158. Ao falar sobre estamentos profissionais, Heller cita como exemplos o estamento dos cavalheiros, que surge dos feudatários não livres e que recolhe partes da antiga nobreza, e a burguesia das cidades que ganha poder devido ao aparecimento da economia monetária e creditícia [p. 160].

[20] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**; tradução Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 65.

[21] MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**; tradução de Pietro Nasseti – São Paulo: Martins Claret, 2004, Capítulo I

república e principado, fala do modo de governar as cidades e as atitudes que os governantes devem ter para serem bem-sucedidos.

No entanto, Bobbio esclarece que o nascimento do Estado, entendido como ordenamento político de uma coletividade, decorre da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares, em razão da necessidade de sobrevivência interna (o sustento) e externa (a defesa)[22].

Streck e Bolzan de Morais indicam que não há uma data precisa delimitando a passagem do feudalismo (ou da forma estatal medieval) para o capitalismo, onde começa a surgir o Estado moderno em sua primeira versão, a absolutista. Destaca-se:

> A unificação política da Espanha pelos reis católicos é, ainda que com predomínio de relações de poder feudal, uma inovação política, isto porque os reis católicos subordinam à Coroa o poder militar da nobreza, além de criar a primeira polícia estatal do mundo moderno (a Santa Irmandade), unificando geográfica e ideologicamente seus reinos (liquidando o reino de Granada e expulsando os judeus de Sepharad em 1492), e implantando um Tribunal especial para manter a unidade ideológica (a Santa Inquisição). É isto, em termos gerais, que se chamou de *Época do renascimento*.[23]

Com a consequente diminuição da autoridade da Igreja (que segundo Heller[24] foi consequência do enfraquecimento do sentimento de pecado, tendo em vista que a Igreja cristã, ao fazer a fusão da doutrina da obediência livre e igual de todos a Deus conforme o dogma do Paraíso com o Direito Natural, fez com que se considerasse a desigualdade social como pena e remédio do pecado, e o Direito positivo veio a contrariar essa ideia) e o enfraquecimento do poder político feudal, surge o Estado moderno, monárquico e absolutista, concentrando os poderes do Estado na pessoa do soberano.

No entanto, a supremacia do Papado sobre os monarcas atingiu as raias do absolutismo, provocando, segundo Sahid Maluf[25], a reação violenta do poder temporal, fazendo com que, inclusive no seio da própria cristandade, se formasse uma corrente reacionária, de fundo liberal-religioso, cristalizada na Reforma, sob inspiração e liderança de Luthero e Calvino. Tal reação levou os titulares coroados dos grandes impérios a concentrar todos os poderes, de modo absoluto, nas mãos do monarca. Terminada, assim, a Idade Média, instituiu-se o monarquismo absolutista, que

[22] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**, p. 73.

[23] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, p. 23.

[24] HELLER, Herman. **Teoria do Estado**; p. 149-150.

[25] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**, p. 119.

correspondeu a uma época de transição para os tempos modernos.

Para Heller[26], a unidade jurídica e de poder do Estado foi, no continente europeu, obra da monarquia absoluta.

Assim, o poder absoluto da Igreja passou para as mãos do monarca, que se fortaleceu consideravelmente com argumentos ético-religiosos. As monarquias absolutistas apropriaram-se dos Estados como senhores absolutos, tal qual o faziam os senhores feudais na era medieval, na qual se sustentava que o poder dos reis tinha origem divina, o que lhes garantiam o exercício de uma autoridade absoluta. A dominação feudal transformou-se em outro tipo de dominação: a dos monarcas.

No entanto, esclarece Heller[27], na Idade Moderna emancipa-se o Direito Natural da Teologia, que já não é considerado um mandato divino, mas como interna necessidade da razão. O dogmatismo religioso da Idade Média cede lugar, assim, ao livre exame.

Para Jorge Miranda[28], no Estado moderno, todo o poder concentra-se no Rei e toda a autoridade pública passa a emanar dele; ele atinge todos os indivíduos, o território adquire limites precisos e a lei chega a todos, e o Estado passa a contar com as características do Estado nacional, onde o Estado tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura, deixando-se de lado a unificação em razão da religião ou da raça, ocorrendo a secularização ou laicidade (a comunidade já não tem por base a religião, o poder político não prossegue fins religiosos e os sacerdotes deixam de ser agentes do seu exercício) e o surgimento da soberania, dando poder ao Estado para vencer as resistências internas e para afirmar sua independência em relação aos outros Estados.

Conforme Chevallier, esse modelo estatal constituído progressivamente no final do feudalismo, é fruto das mutações econômicas (o desenvolvimento das relações de mercado), sociais (a recomposição das estruturas feudais), políticas (a vontade de dominação dos príncipes) e ideológicas (individualismo, a secularização, o racionalismo)[29].

Sahid Maluf[30] esclarece que as pregações racionalistas, porém, incutiram no espírito das

[26] HELLER, Herman. **Teoria do Estado**; p. 169.

[27] HELLER, Herman. **Teoria do Estado**; p. 35

[28] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado**, p. 32 e 33

[29] CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 25.

[30] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**, p. 121.

populações sofredoras e escravizadas uma consciência da noção de liberdade e dos seus direitos, o que veio a abalar profundamente a estrutura do monarquismo absolutista. Na formação dessa nova mentalidade destacou-se John Locke, que prega a limitação da autoridade real pela soberania do povo, a distinção entre os poderes Legislativo e Executivo e a insurreição dos súditos.

A obra de Locke (Segundo Tratado do Governo Civil) serve de justificação para a Revolução Gloriosa, de 1688 (em que o Parlamento substituiu o Rei James II por sua filha Mary e seu genro William d'Orange, que vem da Holanda para assumir o trono), e vira alicerce do sistema parlamentarista implantado na Inglaterra em 1695. Surge, assim, o liberalismo[31]. O Estado liberal é uma segunda versão do Estado Moderno.

A liberdade, nessa época, significava a proteção contra a tirania, conforme alega Stuart Mill, e para quem a única finalidade que justificava a interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de outrem, é a autoproteção. Assevera o autor que "o único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra sua vontade é impedir dano a outrem"[32].

Assim, no Estado Liberal, o papel do Estado resume-se à proteção das liberdades civis e pessoais e a assegurar a liberdade econômica dos indivíduos (atuação negativa). O Estado não intervinha na vida econômica e social, de modo que recebeu a denominação de Estado Mínimo.

Na trajetória descrita por Hespanha[33], os cem anos que transcorreram entre 1750 e 1850 correspondem ao liberalismo, que traz uma nova ordem jurídica e política. No plano do direito, instala-se um novo paradigma de organização política (o Estado liberal-representativo) e de organização social ("liberalismo proprietário", *i.e.*, identificação da propriedade como condição de liberdade e, logo, de cidadania ativa).

No plano dos grandes princípios, o novo direito estabelece a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei como valores fundamentais. Surgem os direitos políticos e cívicos. Garantia-se, depois, a liberdade de trabalho e indústria. No direito das coisas, a propriedade foi considerada direito ilimitado e inviolável (como extensão da garantia da liberdade). No direito dos

[31] Sahid Maluf, *in* **Teoria do Estado**, p. 123 esclarece que o termo liberalismo tem origem no Bill of Rights que o Parlamento impôs à Coroa, em 1689, em um de seus treze artigos que estabeleciam os princípios de liberdade individual, especialmente de ordem religiosa, e autorizava o porte de armas pelos cidadãos ingleses que professavam a religião protestante, para que pudessem defender suas franquias constitucionais.

[32] MILL, Stuart. **Sobre a liberdade**; tradução e prefácio Alberto da Rocha Barros - 2ª. Edição – Petrópolis: Vozes, 1991, p. 45 e 53.

[33] HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 370.

contratos, foram extintas as limitações éticas e comunitárias ao poder de conformação da vontade sobre os conteúdos contratuais, e por conta da possibilidade de livre negociação, permitiu-se a usura, a desproporção das prestações contratuais e a livre fixação dos preços e dos salários.

Bobbio afirma que o dogma da separação de poderes foi o esteio sagrado do liberalismo[34]. Forma-se assim, uma contraposição entre Estado e não Estado:

> Através da concepção liberal do estado tornam-se finalmente conhecidas e constitucionalizadas, isto é, fixadas em regras fundamentais, a contraposição e a linha de demarcação entre o estado e o não-estado, por não-estado entendendo-se a sociedade religiosa e em geral a vida intelectual e moral dos indivíduos e dos grupos, bem como a sociedade civil (ou das relações econômicas no sentido marxiano da palavra). O duplo processo de formação do estado liberal pode ser descrito, de um lado, como emancipação do poder político do poder religioso (estado laico) e, de outro, como emancipação do poder econômico do poder político (estado do livre mercado). Através do primeiro processo de emancipação, o estado deixa de ser o braço secular da igreja; através do segundo, torna-se o braço secular da burguesia mercantil e empresarial. O estado liberal é o estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do estado de direito[35].

Dentre as aquisições trazidas pelo liberalismo Jorge Miranda[36] aponta como benefícios diretos a abolição da escravatura, a transformação do Direito e do processo penal, a progressiva supressão de privilégios de nascimento e a liberdade de imprensa. Entre os benefícios indiretos relaciona a prescrição de princípios que, ainda quando não postos logo em prática, viriam, pela sua própria lógica, numa espécie de auto-regência do Direito, a servir a todas as classes e não apenas à classe burguesa. Com efeito, foram as Constituições que saíram desses movimentos políticos dos séculos XVIII e XIX que, pela primeira vez na história, introduziram a liberdade política, simultaneamente como liberdade-autonomia e liberdade-participação, a acrescer à liberdade civil.

Mas o liberalismo também trouxe problemas. Conforme esclarece Gester[37], a industrialização dos séculos XVIII e XIX fortaleceu a divisão de trabalho na economia, diminuindo

[34] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, p. 63.

[35] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**; tradução de Marco Aurélio Nogueira – Rio de Janeiro: paz e Terra, 1986, p. 115

[36] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado**, p. 48-49.

[37] FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**, p. 45-46

ainda mais a autonomia da família, o que acentuou a dependência do indivíduo em relação à comunidade e aos empregadores. Os camponeses, cujos rendimentos eram ínfimos, e que dependiam de seus senhores protetores, ou de sua grande família, sentiam-se atraídos pela cidade e sua liberdade. Nas cidades, tinham de viver amontoados em casas miseráveis e ganhar duramente o pão, trabalhando em uma indústria.

Como os rendimentos do pai eram insuficientes, a mulher e os filhos também tinham que trabalhar e assim que as crianças alcançavam a adolescência tinham de sair da casa dos pais e trabalhar para ganhar seu próprio sustento, já que a família mal podia reunir dinheiro para manter todos os membros. Foi assim que nasceu gradualmente a pequena família, que somente subsiste se o pai e a mãe são capazes de trabalhar.

Assinala Bonavides[38] que o Estado liberal humanizou a ideia estatal, democratizando-a teoricamente, pela primeira vez, na Idade Moderna. Estado de uma classe – a burguesia – viu-se ele, porém, condenado à morte, desde que começou o declínio do capitalismo.

> Exprime a Revolução Francesa o triunfo de uma classe e de uma nova ordem social. A ordem política, no entanto, saía daquele embate envolta no caos e na contradição das doutrinas que derrubaram o ancien regime.
>
> Antes da Revolução, tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalismo, fruto da contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo.

Bobbio[39] faz uma síntese precisa desses momentos que foram fundamentais para a constituição do Estado Moderno. O primeiro foi o período das guerras religiosas, especialmente na França, no final do século XVI; o segundo foi a guerra civil (em 1640) e a chamada revolução pacífica na Inglaterra, e o terceiro a Revolução Francesa.

Para José Afonso da Silva[40], a Revolução Francesa foi o marco universal que, entre a força da burguesia e a resistência do poder absoluto da nobreza, iniciou um novo sistema de vida social e política com a tomada do poder pela burguesia, que instituiu o Estado Burguês de Direito, também conhecido como Terceiro Estado.

---

[38] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, 11ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 23 e 54-55

[39] BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**, 2ª ed. Tradução Alfredo Fait – São Paulo: Mandarim, 2000, p. 38

[40] SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**, p. 64-65.

Essa mesma Revolução, para Bobbio[41], representou o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra, esclarecendo que duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevadas a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do regime feudal e 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era.

> A Revolução Francesa foi exaltada e execrada, julgada ora como uma obra divina, ora como uma obra diabólica. Foi justificada ou não justificada de diferentes modos: justificada porque, apesar da violência que a acompanhou, teria transformado profundamente a sociedade europeia; não justificada porque um fim, mesmo bom, não santifica todos os meios, ou pior ainda, porque o próprio fim não era bom, ou finalmente, porque o fim teria sido bom, mas não foi alcançado. Mas, qualquer que seja o juízo sobre aqueles eventos, a Declaração dos Direitos continua a ser um marco fundamental.[42]

A crescente industrialização, com a criação de novos empregos e a evolução científica e tecnológica vieram a aumentar a concentração de riquezas nas mãos de poucos e o número de miseráveis. Em meados do século XIX, com o fim da escravidão, o aumento da tolerância religiosa e a inauguração da liberdade de imprensa, bem como da universalização do sufrágio (começando a surgirem os partidos políticos) e a instituição da escolarização gratuita e obrigatória, percebe-se uma mudança no papel do Estado, passando este a assumir, ao lado das tarefas negativas (de proteção), tarefas positivas, de prestações públicas.

No final do século XIX, o individualismo, a liberdade e a igualdade absoluta que levara o mais forte a oprimir o mais fraco, geraram muitas injustiças. As reinvindicações por igualdade cresceram e foram impulsionadas por movimentos operários, que lutavam pela regulação das relações produtivas. O Estado passou a desempenhar um papel interventivo (principalmente em relação à exploração dos trabalhadores), ao lado do promocional (de prestações públicas). Foi instituída, assim, a seguridade social, crescendo o papel do Estado:

> O chamado Estado liberal, exatamente por ser um regime popular, em que a vontade do povo ditava a lei, absorveu o indivíduo e o povo. Porque o indivíduo e o povo, diante dos novos problemas e das novas necessidades que iam surgindo, incapazes de resolver aqueles e de suprir estas, mesmo de compreender uns e outros, imploravam e exigiam do Estado a solução e o remédio para todas as suas dificuldades e males. Assim o Estado se hipertrofiou exatamente para atender os reclamos dos que mais tenazmente pretendiam defender os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A

[41] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. - Nova ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 7ª reimp., p. 103.

[42] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 117-118.

> cada necessidade, um novo serviço público; para cada problema, uma lei ou um código; cada inovação e cada progresso da técnica determinam uma regulamentação[43].

Ante todas essas pressões sociais, o Estado Liberal transformou-se em Estado Social.

2. DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO SOCIOAMBIENTAL: A DIMENSÃO SOCIAL DA SUSTENTABILIDADE

A dinâmica social e os progressos tecnológicos surgidos no final do século XIX, induziram grandes mudanças, que o direito teve de ir acompanhando, garantindo algumas das suas condições materiais, conforme Hespanha[44]: as enormes tensões sociais causadas pela fase de instauração do capitalismo (questão social) necessitaram ser arbitradas pelo Estado; o qual também precisou criar as condições para enormes transformações tecnológicas necessárias ao desenvolvimento do sistema econômico. De um governo leve ou mínimo sucede-se um outro em que o Estado é convidado a governar pesadamente, para garantir condições que já não podiam ser realizadas pela "mão invisível". A teoria política e a teoria do direito mudam, de forma correspondente, surgindo construções dogmáticas que legitimavam as prerrogativas do governo e da máquina administrativa. O princípio democrático de que o poder tem origem no povo e deve ser por ele exercido é uma consequência muito clara da ideia de contrato social.

O século XX, marcado por conflitos bélicos, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e também pelo progresso técnico sem precedentes é definido por Jorge Miranda[45] como a era das ideologias e das revoluções, em que o Direito sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do Estado constitucional vai seguir-se uma fase social. E apresenta as quatro linhas de força dominantes, na sequência imediata das duas guerras mundiais: as transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao *laissez faire* liberal; o aparecimento e, depois, o desaparecimento de regimes autoritários e totalitários de diversas inspirações; a emancipação dos povos coloniais, com a distribuição de toda a Humanidade por Estados e a organização da comunidade internacional e a proteção internacional dos direitos do homem.

[43] AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**, p. 171.

[44] HESPANHA, António Manuel**. A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**, p. 372.

[45] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado**, p. 49-50.

Para Miranda o Estado social de Direito não é senão uma segunda fase do Estado constitucional, por dois motivos: 1º) porque a liberdade – pública ou privada – das pessoas continua a ser o valor básico da vida coletiva e a limitação do poder político um objetivo permanente; 2º) porque continua a ser (ou vem a ser) o povo como unidade e totalidade dos cidadãos:

> Do que se trata é de articular, *direitos, liberdades e garantias* (direitos cuja função imediata é a protecção da autonomia da pessoa) com direitos *sociais* (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade *jurídica* (à partida) com igualdade *social* (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa" [46]

As Constituições que seguem essa diretriz são a mexicana de 1917, a alemã de 1919, a italiana de 1947, a alemã de 1949, a venezuelana de 1961, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de 1988.

Dentre estas, a Constituição de Weimar é considerada uma espécie de marco do constitucionalismo social, por ter incorporado em seu texto direitos sociais e econômicos, fortalecendo o Estado e permitindo-lhe intervir no domínio socioeconômico.

Paulo Cruz[47] assevera que num primeiro momento, a evolução nas discussões doutrinárias sobre as relações entre Estado de Direito e Estado Social pode ser observada em autores que procuraram justificar a intervenção do Estado como uma forma de atualização do Estado Liberal. Esse Estado passou a regular e intervir nas atividades econômicas para dar conta dos novos serviços sociais que lhe foram exigidos. A preocupação, considerando que o indivíduo ficaria dependente das prestações do Estado, seria garantir que o Estado não passasse para uma posição arbitrária na gestão dos serviços públicos sociais e na sua intervenção na economia. Foi assim que as teses da reserva legal e do regime democrático passaram a ser essenciais ao controle da atividade estatal.

> *O Estado abstencionista liberal tinha por objetivo proteger* três princípios essenciais: a igualdade perante a lei, a livre concorrência e o direito de propriedade.
>
> Com as revoluções sociais na Europa, principalmente a soviética de 1917, a italiana de 1923 e a alemã de 1933, este Estado sofre mudanças em sua concepção. Além disso, o colapso econômico norte-americano de 1929 e a Segunda Guerra Mundial atingem a todos os países do Ocidente. Nessa

[46] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado**, p. 53.

[47] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**, 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2003, p. 223.

> época surgem as primeiras constituições que preveem a intervenção do Estado na economia, cujo emblema é a Constituição de Weimar de 1919. Nasce na Alemanha, como já foi visto, o Estado Social e, derivado de sua evolução, o Estado Social de Direito.

Bonavides[48] acentua que o Estado social teve apogeu nos países chamados do Primeiro Mundo, logo após a segunda grande guerra, servido de uma doutrina constitucional, cuja inspiração maior se cifrava na justiça, na igualdade, no estabelecimento da paz social, na cessação dos conflitos de classe e na mudança do princípio da legalidade para o princípio da legitimidade.

E apresenta a distinção entre as duas modalidades principais de Estado social: o Estado social do marxismo, onde o dirigismo é imposto e se forma de cima para baixo, com a supressão da infraestrutura capitalista, e a consequente apropriação social dos meios de produção, e o Estado social das democracias, que admite a mesma ideia de dirigismo, com a diferença apenas de que aqui se trata de um dirigismo consentido, de baixo para cima, que conserva intactas as bases do capitalismo[49]. Assim, o Estado social distingue-se do socialismo porque conserva sua adesão à ordem capitalista.

Com o moderno Estado social cresceram, porém, os fins do Estado:

> Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertencia, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social[50].

Mas o início do século XXI apresenta grandes transformações e instabilidade no panorama político institucional conforme acentua Jorge Miranda[51]: desaparecem ou entram em queda irreversível quase todos os regimes totalitários e autoritários (o fascismo italiano em 1943; o nacional-socialismo alemão de 1945, o marxismo-leninismo soviético de 1985-1991, os regimes autoritários português, grego e espanhol nos anos 70, as ditaduras militares latino-americanas nos anos 80 e os regimes africanos de partido único nos anos 90).

---

[48] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, p. 8.

[49] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, p. 25.

[50] BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**, p. 186.

[51] MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado**, p. 54-55.

Ocorre também a chamada crise do Estado-providência, derivada principalmente de causas financeiras, onde se percebe custos de serviços cada vez mais extensos para a população, de causas administrativas, dentre elas o peso da corrupção (que é muito significativo no Brasil em razão dos vários escândalos envolvendo a mais alta cúpula do poder) e de causas comerciais, dentre as quais se registra a quebra da competitividade, eis que numa economia globalizante poucos países têm o mesmo grau de proteção social. Pode-se incluir também nesta relação a degradação da natureza e do ambiente, as desigualdades econômicas entre países industrializados e não-industrializados, as situações de exclusão social mesmo nos países mais ricos, a manipulação das comunicações, com o incentivo à a cultura consumista de massas e a erosão de certos valores éticos, familiares e políticos e até os próprios valores de culturas locais.

Essa mesma constatação é feita por Chevallier:

> O movimento de expansão estatal foi superado em meados dos anos 1970, sob a pressão de um conjunto de fatores. Fatores ideológicos: tripla denúncia do Estado totalitário, das disfunções do Estado-providência e do desvio estatal nos países em desenvolvimento. Fatores econômicos: a crise que atinge o conjunto das economias, a partir de dois choques petrolíferos, revela de maneira tangível a redução de capacidade de ação do Estado, consecutiva ao processo de internacionalização. Fatores políticos: assiste-se ao retorno do liberalismo e à decadência dos regimes de partido único. Todos esses fatores vão se conjugar e se catalisar, provocando um movimento de retração estatal, que tomou diferentes formas – crise do Estado-Providência no Oeste (por ineficiência econômica/social), implosão do socialismo no Leste, ajuste estrutural no Sul[52].

Porém o Estado, segundo Bobbio, não desapareceu, mas, ao contrário, se engrandeceu e se alargou a ponto de suscitar a imagem do polvo de mil tentáculos[53].

E é nesse cenário de crise que nos encontramos atualmente. Crises econômicas, crises políticas, crises do direito (ocasionando a judicialização dos problemas, principalmente os sociais). E, merecendo grande destaque, a crise ambiental, levando autores a denominar a sociedade atual como uma 'sociedade de risco" (Ulrick Beck) ou até mesmo como "sociedade do desaparecimento" (Breuer)[54]. A crise ambiental assume uma dimensão planetária, da qual o aquecimento global é o exemplo mais corrente.

Corroborando a ideia de Bonavides, de que sem "Estado social e sem Constituição, não há como criar a ordem econômica e social de uma democracia pluralista, mormente na sociedade de

[52] CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**, p. 29.

[53] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**, p. 129.

[54] Conforme informa Sarlet*, in* SARLET, Ingo Wolfganf; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, 4ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 46.

massa do século XX", Paulo Cruz[55] traz o conceito de Estado defendido por Canotilho, que alia bem-estar e democracia como fundamento para a tese da intervenção estatal:

> Aponta-se para um equilíbrio entre os dois conceitos – Estado de Direito e Estado Social –, pois a liberdade é inconcebível sem um elevado grau de solidariedade e de igualdade social, e, por outro lado, o progresso social, o desenvolvimento econômico e a proteção das classes mais desfavorecidas devem fundar-se no respeito pelo Estado de direito constitucional.

A noção de bem-estar, atrelada à de solidariedade e igualdade social é um dos aspectos da dimensão social da sustentabilidade.

O Relatório Brundtland, publicado em 1987, trouxe o conceito de sustentabilidade, como aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades. A ECO 92 ou Rio 92 introduziu o conceito de desenvolvimento sustentável no âmbito do direito internacional, e em um dos documentos aprovados, a Agenda 21, estabeleceu diretrizes para combate à pobreza, à cooperação entre nações para chegar ao desenvolvimento sustentável, à proteção da atmosfera, à preservação dos ecossistemas do planeta, ao desenvolvimento rural com sustentabilidade, à educação como forma de conscientização para as questões de proteção ao meio ambiente, dentre outros.

Esse documento não foi integralmente implementado, e vinte anos depois, na Rio+20 aprovou-se novo relatório, denominado "O futuro que queremos"[56], no qual se dispõe que erradicar a pobreza é o maior desafio global que o mundo enfrenta hoje e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, afirmando a necessidade de uma melhor integração dos aspectos econômicos, sociais e ambientais.

Para Sarlet[57], a abordagem ecológica do Direito Constitucional justifica-se em razão da importância que a qualidade, o equilíbrio e a segurança ambiental têm para o desfrute, a tutela e a promoção dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) e cita algumas "pegadas humanas" que contribuem para a degradação ambiental: contaminação química pelo uso de agrotóxicos, destruição incessante das florestas tropicais, poluição dos rios e oceanos, poluição atmosférica que aumenta o aquecimento global e perda da biodiversidade.

---

[55] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**, p. 206.

[56] Versão em português disponível em http://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/2012_Declaracao_Rio.pdf; acesso em 30 de junho de 2015.

[57] SARLET, Ingo Wolfganf; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, p. 34-36.

A sociedade de risco, conforme Beck[58] ocorre no contexto em que a natureza não pode mais ser concebida sem a sociedade, e a sociedade não mais sem a natureza. As teorias do século XIX, e suas modificações no século XX, conceberam a natureza como algo a ser subjugado, porém no final do século XX, a natureza nem é predeterminada nem designada, tendo-se transformado em produto social. Porém essa socialização da natureza tem um preço: a socialização das destruições, de modo que os danos às condições naturais da vida convertem-se em ameaças globais para as pessoas, em termos medicinais, sociais e econômicos – com desafios inteiramente novos para as instituições sociais e políticas da altamente industrializada sociedade global.

Cristiane Derani[59] sustenta que aquilo que chamamos de crise ambiental não se reduz a ameaça aos sistemas ecológicos como água, ar, florestas. Trata-se de uma concomitante, e também daquelas decorrente, ameaça às condições sociais de existência. "A expressão "crise ambiental" remete ao perigo às bases de sustentação do sistema produtivo vigente".

Leff[60], por sua vez, traz uma outra visão dessa crise. Sustenta que a crise ambiental é uma crise civilizatória, pois chegamos ao ponto de colocar em risco não apenas a biodiversidade do planeta, mas a vida humana e o sentido da vida, e também é uma crise do conhecimento com o qual temos construído e destruído o mundo. "Todos os entes e coisas do mundo foram traduzidos em valores econômicos, e essa virada é talvez a fonte mais profunda da crise ambiental".

Essas transformações pelas quais têm passado a sociedade, e que desencadearam essas crises, impõem um repensar no Estado de direito: de um estado liberal, que estava alicerçado na liberdade, passou-se para um estado social, tendo por base a igualdade. Agora devemos evoluir para o estado socioambiental, tendo a solidariedade como pressuposto. Assim, passamos da perspectiva individualista (que tinha por objetivo a proteção do indivíduo) e esperamos atingir a perspectiva comunitária (tendo por objetivo, na atualidade, a preservação da espécie humana), quiçá planetária, onde os direitos, especialmente os relacionados ao meio ambiente têm natureza transindividual e universal.

Será necessária uma remodelação do Estado para atingir esse objetivo? Certamente, principalmente quando se fala em transidivindualidade, universalidade, onde os danos sociais e ambientais não respeitam fronteiras. Fala-se hoje em Estado Transnacional, em direitos

[58]BECH, Ulrick. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**; tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 98-99.

[59] DERANI, Cristiane**. Direito ambiental econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 62.

[60] LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010, p. 82-84.

metaindividuais, em transjudicialismo. Mas esses temas deverão ser objeto de um estudo mais aprofundado, o que não pode ser feito neste momento, dada a limitação do tema do presente trabalho.

Essa evolução do homem e do Estado é bem sintetizada por Ferreira Filho:

> A doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os direitos de solidariedade[61].

A ideia das gerações dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos da primeira geração são os direitos de liberdade (civis e políticos), os de segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos, e os de terceira geração são aqueles de natureza universal (dentre os quais os principais são o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente), deve ser entendida de forma complementar, no sentido de que não existe primazia ou superioridade de uma geração sobre a outra, e sim de que todos os direitos são necessários para uma tutela integral e efetiva da dignidade da pessoa humana.

Assim, busca-se no Estado Socioambiental de Direito a conciliação dos direitos liberais, dos direitos sociais, e dos direitos ambientais (ou ecológicos). Evidentemente, essa coexistência passa, necessariamente, pelo reconhecimento e consequente garantia dos direitos fundamentais e sociais. O direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição Federal Brasileira pode ser caracterizado como um direito fundamental, embora não elencado entre aqueles previstos no art. 5º, e está ligado à garantia dos direitos sociais a um nível de vida minimamente digna.

Tiago Fensterseifer[62] sustenta que o Estado Socioambiental aponta para a compatibilidade da atividade econômica com a ideia do desenvolvimento (e não apenas crescimento) sustentável, de modo que a "mão invisível" do mercado é substituída pela "mão visível" do Direito e que o conceito de desenvolvimento sustentável vai mais além de uma mera harmonia entre ecologia e economia, incluindo valores morais relacionados à solidariedade.

Essa solidariedade torna-se necessária porque os problemas ambientais não podem ser

[61] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 15

[62] 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. 100 e 102.

resolvidos isoladamente: eles só podem ser contornados por meio de esforços conjuntos, tanto do Estado, quanto da sociedade. E atinge também o aspecto temporal: a responsabilidade aplica-se a todas as gerações, presentes e futuras. E eles independem de classe social, embora os menos favorecidos sejam, em muitas vezes os mais atingidos, principalmente nos casos de deficiência ou omissão de prestação de serviços básicos essenciais (saúde, saneamento básico). Em razão disso, Sarlet defende um conceito alargado de solidariedade:

> O objetivo da Modernidade teria sido conceber o ser humano como indivíduo numa sociedade livre, democrática e social. No entanto, conforme alerta Bosselmann, "o tempo passou", e agora, não obstante os seres humanos continuarem a ser uma ameaça para seus "companheiros" de espécie humana, eles, além disso, passaram a representar uma ameaça para as condições naturais da vida, o que demanda um conceito alargado de solidariedade, incorporando uma dimensão ecológica à já existente dimensão social, de modo a alcançar uma adequada compreensão dos direitos humanos e fundamentais[63].

Derani, por sua vez, trazendo a visão econômica da sustentabilidade, apresenta duas espécies de proporcionalidade: a econômica e a axiológica:

> A realização do desenvolvimento sustentável assenta-se sobre dois pilares, um relativo à composição de valores materiais e outro voltado à coordenação de valores de ordem moral e ética: uma justa distribuição de riquezas nos países e entre os países, e uma interação dos valores sociais, onde se relacionam interesses particulares de lucro e interesses de bem-estar. A primeira condição seria chamada de proporcionalidade econômica, e a segunda seria uma condição voltada à proporcionalidade axiológica (referente aos diversos valores ou princípios existentes na sociedade)[64].

Essa visão de que o desenvolvimento sustentável passa pela necessidade de interação de valores sociais, aos econômicos e ambientais, corrobora a afirmativa de Tiago Fensterseifer[65], de que o enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passam por duas situações: a correção do quadro alarmante de desigualdade social e da falta de acesso da população sobre seus direitos sociais básicos.

Gabriel Ferrer[66], por sua vez, esclarece que a exclusão social opera em três âmbitos: a *privação econômica*, que resulta de recursos insuficientes, emprego inseguro e falta de acesso aos recursos, a *privação social*, que consiste na ruptura dos laços sociais ou familiares (que são fontes de capital social) e de mecanismos de solidariedade comunitária, bem como na alteração dos comportamentos sociais, marginalidade da comunidade e incapacidade de participar das

[63] SARLET, Ingo Wolfganf; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, p. 49.

[64] DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**, p. 111-112.

[65] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**, p. 93.

[66] FERRER, Gabriel. **Del Derecho Ambiental al Derecho de la sostenibilidade**, p. 12.

atividades sociais, além dos prejuízos à saúde, e o âmbito da *privação política*, pela incapacidade de participar das decisões que afetam suas vidas:

> Estas tres formas de privación se refieren a tres áreas principales de incidencia, que son los *recursos* (materiales y no, pues se incluye el capital humano, como la formación, o el capital social), las *relaciones sociales* y los *derechos legales*. En cada una de esas áreas la exclusión social puede plasmarse en diferentes elementos.

Superar esses problemas que levam à exclusão social deve ser o desafio do novo Estado Socioambiental e Democrático de Direito. Atribuir uma dimensão social à dignidade humana significa ter um olhar permanente para o outro, considerando que integramos a mesma realidade econômico-político-social, e acrescentar a dimensão ambiental amplia esse horizonte, para entender como necessária a qualidade de vida, assegurando que a geração presente e as gerações futuras possam desfrutar de um meio ambiente equilibrado.

Tiago Fensterseifer[67] defende que, sob o marco do Estado Socioambiental, surge a ideia de uma cidadania ambiental, que tem como marca característica o protagonismo da sociedade civil na proteção do ambiente, e para tanto destaca quatro subprincípios essenciais para chegarmos a essa cidadania: o princípio da participação popular, o princípio do acesso à informação ambiental, o princípio da educação ambiental e o princípio do consumo sustentável.

Os três primeiros princípios estão interligados, tendo em vista que não é possível participação popular sem a necessária educação, tanto política quanto ambiental, e que para isso o acesso à informação ambiental deve ser levado a sério[68]. O consumo sustentável impõe, por sua vez, uma nova visão de valores da sociedade, onde se valorize o "ser" em detrimento do "ter" e onde as necessidades sejam reconsideradas.

Canotilho[69] sustenta que o Estado Socioambiental apresenta a juridicidade, a democracia, a sociabilidade e a sustentabilidade ambiental como dimensões, e que a qualificação de um Estado Socioambiental traduz-se em, pelo menos, duas dimensões jurídico-políticas relevantes:

> a) a obrigação do Estado, em cooperação com outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, de promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica; e b) o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente, dando expressão concreta à assunção da responsabilidade dos

[67] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**, p. 121.

[68] Considerando que uma das formas mais comuns de informação ambiental são as audiências públicas que, no entanto, na maioria das vezes, se revestem apenas de formalidade, sem qualquer alcance material de seus objetivos.

[69] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Cadernos Democráticos, n. 7, Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998, p. 23, *in* SARLET, Ingo Wolfganf; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, p. 122-123.

> poderes públicos perante as gerações futuras, mas sem descurar da necessária partilha de responsabilidade entre o Estado e os atores privados na consecução do objetivo constitucional de tutela do ambiente.

A essas duas dimensões Sarlet[70] acrescenta uma terceira: o dever do Estado de promover políticas sociais que assegurem, igualmente de modo sustentável, mas progressivo, a toda população, as condições para uma vida condigna, na perspectiva de garantia de um mínimo existencial não apenas fisiológico (vital), mas sociocultural e ambiental.

Ricardo Stanziola faz uma síntese desse nosso paradigma:

> A adoção do socioambientalismo como paradigma para o Direito Ambiental tem a pretensão de que a configuração de seus elementos internos, além da influência técnico-científica, seja permeada por outros conceitos, de natureza social, política e econômica, tais como exclusão, distribuição de poder, fragilidades socioeconômicas e informacionais, dentre outros que podem ter um peso significativo na configuração e no tratamento das questões ambientais e nas possibilidades de que a coletividade promova a defesa e a proteção dos seus direitos [71].

Assim, o novo Estado Constitucional Democrático de Direito, ou Estado Sociambiental de Direito, apresenta-se como uma nova concepção na abordagem da questão ambiental, competindo-lhe regular a atividade econômica para ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, integrando a perspectiva ambiental à social, com o objetivo de corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana e ambiental, possibilitando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável e colocando o Estado de Direito como instrumento de Justiça e Progresso:

> A ideia segundo a qual os indivíduos são titulares de direitos face ao poder constitui um elemento fundamental da modernidade jurídica: ela desemboca sobre a crença na benemerência de um direito percebido como um dispositivo de proteção, um meio de liberação, mas também como um instrumento de Justiça e de Progresso; ainda que ele seja concebido como destinado a preservar a igualdade dos indivíduos em suas relações recíprocas (justiça comutativa) ou em suas relações com o grupo (justiça distributiva), o direito seria em todas as hipóteses dominado por um "ideal de justiça" (J. RAWLS, 1971)[72].

---

[70] SARLET, Ingo Wolfganf; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**, p. 123.

[71] VIEIRA, Ricardo Stanziola. **A construção do direito ambiental e da sustentabilidade: reflexões a partir da conjuntura da conferência das Nações Unidas sobre o desenvolvimento sustentável (Rio+20)**, *in* PRIEUR, Michel; TIETZMANN E SILVA, José Antônio (Org.). **Instrumentos jurídicos para a implantação do desenvolvimento sustentáve**l. Goiânia: Editora da PUC de Goiás, 2012.

[72] CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**, p. 119.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perspectiva histórica apresentada permite concluir que o Estado, como organização institucionalizada, detentora de território, povo e soberania, somente surgiu no final da Idade Média, com a extinção do feudalismo. Nascia, então, o Estado chamado de Moderno ou Liberal, que defendia a propriedade e a liberdade de todos, mas não foi suficiente para resolver as contradições que causaram a desigualdade social da população.

Abandona-se, então, o dogma de que o mercado deve funcionar livremente, sem interferência, e opta-se por um Estado intervencionista, denominado Estado Social, que tinha por função primeira permitir a garantia do pleno emprego, e posteriormente teve suas atribuições ampliadas para assegurar direitos sociais, econômicos e culturais.

Porém, mais uma vez a realidade surgida a partir de 1970 e início do século XXI, que assiste à queda de regimes totalitários e socialistas, à sobrecarga cada vez maior do Estado em prestar serviços e as desigualdades sociais e econômicas entre os chamados países industrializados e não industrializados leva a repensar o Estado de Direito para atribuir-lhe mais uma dimensão: a ambiental. Assim, passa o Estado Social a ser o Estado Socioambiental.

Com efeito, as populações não mais suportaram os regimes totalitários e socialistas e reagiram a ele, o Estado não tem mais condições de sustentar todos os custos dos serviços que presta e a demanda dos países industrializados, que concentram o desenvolvimento tecnológico, geram crises ambientais cada vez mais graves, muitas vezes produzidas por países não industrializados, que detêm grande parte dos recursos naturais, crises essas que comprometem não mais apenas parcela da população, mas pode levar ao declínio de todo o planeta.

De qualquer forma, o Estado continua com sua função interventiva, de modo a regular a atividade econômica, porém integrando a perspectiva social à ambiental, com a finalidade de corrigir o quadro de desigualdade social atualmente existente e assegurar um meio ambiente equilibrado e sustentavelmente desenvolvido.

Os desafios são grandes, porquanto os interesses econômicos nem sempre são convergentes para a responsabilidade social e ambiental. Mas devemos apostar nessa possibilidade, pois, como já dizia Bobbio[73], quem aposta tem confiança na vitória e para ter confiança na vitória são necessários três requisitos: conceitos justos, uma grande experiência e,

[73] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 211-212.

sobretudo, muito boa vontade.

Os conceitos justos de Bobbio estão bem delineados, pois a ameaça ocasionada pelas crises ambientais e sociais já são mais do que conhecidas e preocupantes; a experiência só se aprende com a prática e a perspectiva histórica apresentada possibilita antevermos os problemas que já ocorreram; e a boa vontade, não utópica, mas amparada em objetivos concretos para alcançarmos os princípios já defendidos em nossa Carta Magna, deve ser implementada tanto pelo Estado quanto pela sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BECH, Ulrick. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **O futuro da democracia:** uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: paz e Terra, 1986.

_____. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** 2.ed. tradução Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Cadernos Democráticos, n. 7, Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998, p. 23, *in* SARLET, Ingo Wolfganf; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga:** estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Rom. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: REMUS, 1975.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo.** 3. ed. Curitiba: Juruá,

2003.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado.** Com a colaboração de Peter Hänni. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado.** Tradução Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ONU. **Relatório da Conferência Rio + 20**. O Futuro que queremos. Versão em português disponível em:
<http://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/2012_Declaracao_Rio.pdf>. Acesso em 30 de junho de 2015.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfganf; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SERRES, Michel. **O contrato natural.** Tradução Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. A construção do direito ambiental e da sustentabilidade: reflexões a partir da conjuntura da conferência das Nações Unidas sobre o desenvolvimento sustentável (Rio+20), *in* PRIEUR, Michel; TIETZMANN E SILVA, José Antônio (Org.). I**nstrumentos jurídicos para a implantação do desenvolvimento sustentável.** Goiânia: Editora da PUC de Goiás, 2012.

A NECESSÁRIA EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO SOCIAL TEORIZADO POR HERMANN HELLER AO ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL NO BRASIL DIANTE DA CRISE AMBIENTAL NA SOCIEDADE DE RISCOS

Daniela Lopes de Faria[1]

Christian Norimitsu Ito[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a evolução do Estado de Direito Social teorizado por Herman Heller ao novo modelo de Estado que eleva a preocupação com o meio ambiente à categoria de norma constitucional, o Estado Socioambiental de Direito.

O problema que a pesquisa pretende responder é se o Estado de Direito no Brasil atual pode ser caracterizado como um Estado de Direito Socioambiental, com vistas a gerenciar os riscos existentes na sociedade de risco contemporânea.

Para tanto examina-se, em um primeiro momento, a Teoria do Estado formulada por Hermann Heller, onde se destaca o Estado de Direito Social, concebido pela indissociável relação entre o Estado e a Sociedade, entre o "ser" e o "dever-ser", através de uma releitura dos ensinamentos de sua obra "*Staatslehre"* (Teoria Geral do Estado), datada de 1934.

O artigo tem relevância acadêmica e social, uma vez que o nascimento do Estado Socioambiental de Direito se dá em meio a diversas crises de âmbito planetário, desde a crise econômica, ética, política, de direitos humanos até a crise ambiental, objeto do presente estudo.

A noção de progresso e bem-estar difundida pela sociedade industrial não se concretizou. O mito do progresso se exauriu. Os avanços da ciência e da tecnologia se confrontam com os riscos e danos ambientais que geram. Sistemas de controle são gerados para lidar com estes

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. Porto Velho, Rondônia - Brasil. e-mail: danielalopesdefaria@hotmail.com

[2] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Administração pela Universidade Federal de Rondônia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Analista do Ministério Público do Estado de Rondônia, atualmente ocupando o cargo de Diretor Administrativo. Porto Velho, Rondônia - Brasil. e-mail: christian_ito@hotmail.com

riscos, contudo, esta capacidade de manejá-los chega a seu limite. A sociedade produz riscos, mas não é capaz de controlá-los.

Como objetivo, a pesquisa pretende demonstrar que o Estado Socioambiental de Direito representa uma mudança de paradigma com o fim de gerenciar a sociedade de risco. O artigo foi produzido por meio de levantamento bibliográfico e operacionalizado pelas técnicas do referente, das categorias básicas, dos conceitos operacionais e do fichamento[3].

2. A TEORIA DO ESTADO EM HERMANN HELLER

Hermann Heller foi um jus filósofo e teórico político alemão, porém, não apenas teorizou, mas também fez parte da frente de batalha na Primeira Grande Guerra, tendoatuado combativamente junto ao Partido Social Democrata na Alemanha na defesa da República de Weimar, estabelecida após a Primeira Guerra Mundial, em 1919, e que durou até ao início do regime nazista, em 1933, tendo como sistema de governo uma democracia representativa semi-presidencial.

As circunstâncias em que foi criada a República de Weimar foram muito especiais. Prestes a perder a Primeira Guerra Mundial, a liderança militar alemã, altamente autocrática e conservadora, atirou o poder para as mãos dos democratas, em particular o Partido Social Democrata, que acabou por ter de negociar a paz, ou seja, a derrota na guerra.Face a essa situação política, que alguns compararam a um presente envenenado à democracia, acabou por lançar os fundamentos que permitiram mais tarde a Adolf Hitler posicionar-se como o arauto de um regresso ao passado imperial e antidemocrático da Alemanha e implantar o nazismo[4].

Na sua principal obra, Teoria do Estado, 1934, Heller teorizou sobre as dimensões do Estado, propondo a integração de suas dimensões normativas, sociais e políticas, formulando um conceito unitário de Constituição (Totalidade) que pode ser também chamado de total ou estrutural. Para Heller a Constituição é ao mesmo tempo norma e realidade social, ou seja, o Estado existe porque há sociedade, tal visão é claramente influenciada pela Constituição de Weimar, que já destacava a necessidade de o Estado possuir uma função social, em um trabalho prescritivo ao fenômeno da “questão social” que dominou a Europa após o fim da II Guerra

[3] PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. Ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennnium, 2008.

[4] DYMETMAN, A. **Uma Arquitetura da Indiferença**: a República de Weimar. São Paulo: Perspectiva, 2002.

Mundial[5].

Hermann Heller promoveu um notório debate acadêmico com Carl Schmitt, o qual defendia que a Constituição restringia-se a uma decisão política fundamental realizada pelo poder constituinte originário, o que não correspondia à totalidade da Constituição de Weimar, mas somente à sua primeira parte. Schmitt argumentava que a disposição constitucional referente aos direitos fundamentais, e as normas relativas à intervenção na economia e na sociedade poderiam ser suspensas. Essas afirmações entravam em choque frontal com a posição de Heller, comprometido com os ideais do Partido Social Democrata Alemão e de sua teoria Total de Constituição[6].

Heller defendia que a interação cooperativa entre os cidadãos era possível, diminuindo os conflitos das posições divergentes existentes no processo democrático. Afirmava que nas deliberações acerca do bem comum os participantes devem observar que apesar das diferenças, todos têm interesse na manutenção da democracia. Em razão disso criticava veementemente a posição de Carl Schmitt que afirmava que a política era a relação "amigo-inimigo", pois acreditava na existência de um fundamento comum para a discussão pública.

Uma visão interessante de Heller refere-se ao poder do Estado, onde afirma que o governante tem o poder NO Estado, mas nunca possuirá o poder DO Estado. Afinal, o Estado é resultado de todas as forças atuantes, ou seja, há um núcleo de poder que realiza positivamente o poder do Estado, há os que os apoiam e também aqueles que se opõem negativamente às suas ações, uma vez que em sua visão, nunca existirá uma homogeneidade de ideias e vontades[7], demonstrando que o Estado se insere numa “multiplicidade de centros de ação reais e autônomos, quer individuais, quer coletivos”, ocupando ali a condição de “centro real e unitário de ação”. Nesta via de concepção, ele não admite seja o Estado uma ordem normativa, e adverte que a sua composição não se faz por um conjunto de homens, mas sim de atividades humanas[8].

Por sua vez, Schmitt, ao estudar o “elemento característico do Estado de Direito na Constituição Moderna”, propõe que a expressão “Estado de Direito” designe aquele que respeita

[5] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

[6] BERCOVICI, Gilberto. **Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, p. 75-150, n. 1, 2003.

[7] BUZANELLO, José Carlos. **Constituição política em Hermann Heller**. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 129, p. 259-265, jan./março 1996.

[8] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

sem condições o direito objetivo vigente e os direitos subjetivos existentes. Onde este Estado se submete a uma "conformação judicial geral", e contrasta com o "Estado de força", com o "Estado de polícia", com o "de bem estar" ou com qualquer outro que não se proponha exclusivamente a manter a ordem jurídica.[9]

Heller afirma ser possível distinguir a constituição em normada e não-normada e, em relação à primeira espécie, tem-se ainda a divisão entre normada extra-juridicamente e normada juridicamente[10].A constituição normada é a constituição organizada, ou seja, aquela que fora concebida conscientemente, e assim, torna-se estabelecida e assegurada. Pensando desta maneira, o conceito de constituição comporta tantoa normalidade e a normatividade, como também o ser e o dever-ser, afinal, a constituição de um Estado se caracteriza não só pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas também pela conduta que não é normada, embora seja normatizada.

Uma originalidade exposta por Heller é o seu conceito de normalidade traduzindo uma peça fundamental de sua teorização:

> A normalidade de uma conduta consiste na sua concordância com uma regra de previsão baseada sobre a observação do que acontece por termo médio em determinados períodos de tempo. [...] sem que seja preciso que os membros tenham consciência disso, as motivações naturais comuns como a terra, o sangue, o contágio psíquico coletivo, a imitação, além da comunidade de história e cultura, originam de modo constante e regularmente, uma normalidade puramente empírica da conduta que constitui a infra-estrutura não-normada da Constituição do Estado.[11]

Uma consequência disso é que a normalidade acaba sendo reforçada e complementada pela normatividade, pois aquela aumenta consideravelmente a probabilidade de que os membros atuais e futuros da sociedade atuem de maneira conforme à constituição. Afinal, a constituição normada é uma expressão jurídica da normalidade, assim como a moral, o costume, a religião e outras expressões sociais traduzem o agir de uma sociedade. Contudo, por um processo de valoração positivada, somente será convertida em normatividade aquela normalidade que se considerar regra empírica da existência real, ou condição da existência da humanidade ou de um determinado grupo social.[12]

---

[9] SCHMITT, Carl. **O conceito do político.** Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

[10] BUZANELLO, José Carlos. **Constituição política em Hermann Heller.** Revista de informação legislativa. Brasília, n. 129, p. 263, jan./março 1996.

[11] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 297-298, 1968.

[12] BUZANELLO, José Carlos. **Constituição política em Hermann Heller.** Revista de informação legislativa. Brasília, n. 129, p. 264, jan./março 1996.

Também se constata um aumento da normalidade pelo aumento da normatividade autoritária originada na necessidade de se produzir uma normalidade e previsibilidade cada vez mais ampla nas relações sociais, seja em razão da crescente divisão do trabalho como também do aumento da dependência recíproca entre grupos sociais, que mesmo que espacialmente separados, se vêem dentro de estreitas relações sociais, assim,

> O resultado final, no momento, deste processo formal de racionalização social é o Estado atual, que organizou de maneira unitária a administração de justiça e a execução coativa graças ao seu corpo de funcionários, e que centralizou a legislação especialmente por meio das constituições escritas assim como pelas grandes codificações.[13]

A constituição jurídica precisa, além das normas positivadas, também, de um complemento advindo dos elementos constitucionais não normados, e de outros, que apesar de normados, não são jurídicos. Como exemplo dos elementos constitucionais não normados, Heller cita o ambiente, o meio cultural, natural, as normalidades antropológicas, geográficas, etnográficas, econômicas e sociais; já entre as normatividades não jurídicas,o autor cita o que chama de princípios éticos do direito, que não devem ser confundidos com os princípios lógicos do direito, pois àqueles não há invariabilidade decorrente do tempo ou da dinâmica social, sendo assim historicamente variáveis e dependentes do círculo de cultura em que estão compreendidos.[14]

Desta forma, a teoria de Heller é aponta pela necessária objetivação de regras de previsão e valoração que se denominam jurídicas a fim de assegurar uma continuidade histórica da constituição real, uma vez que pode ser transmudada a aparência estática e perene da constituição e do Estado, por meio da utilização de princípios genéricos e abstratos (princípios éticos do direito), que permitirão uma flexibilidade na sua interpretação e aplicação sem que seja necessário operar grandes mudanças estruturais, servindo inclusive para a tomada de decisões judiciais.

Em síntese, pode-se afirmar que, para Heller, a constituição de um país é a interação do normal (“ser”) com a normatividade(“dever ser”), ou seja, as relações reais de poder revestidas de um caráter que em uma primeira análise pode parecer relativamente estático, porém, traduz-se em um instrumento normativo que apresentará a necessária flexibilidade interpretativa conforme o período histórico ou cultural exigido.

É possível perceber claras distinções existentes entre as teorias de Carl Schmitt e Herman

[13] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.**Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 300, 1968.

[14]HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.**Trad. deLycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 302, 1968.

Heller, podendo ser apontados vários contrapontos entre os dois jusfilósofos. Aliás, os embates teóricos foram travados durante a República de Weimar (1918-1933), e hoje emergem para fins de compreensão de vários dilemas da democracia no Estado constitucional.

Como divergência principal, temos que Carl Schmitt destaca a importância da força para a gênese de uma constituição. Tanto é verdade que sua concepção de validade de uma constituição deriva diretamente do reconhecimento, pelo destinatário desta, da força que a impôs. Schmitt afirma que é um absurdo esperar que a legitimidade da constituição advenha da sua elaboração com base nas leis anteriormente vigentes, apontando que uma constituição somente será legítima quando a força e a autoridade do Poder constituinte que lhe deu origem forem reconhecidas.[15]

Neste ponto, Heller se opõe e define a necessidade do reconhecimento da função social do Estado, elencando-a como a característica marcante do processo histórico, da organização e ativação da cooperação social-territorial, fundada na necessidade em se harmonizar as oposições de interesses. Surge assim a totalidade enquanto conceito fundamental da organização do Estado, compreendida:

> em sentido literal, porque o poder do Estado não é nem a soma nem a mera multiplicação das forças particulares compreendidas, mas a resultante de todas as ações e reações politicamente relevantes, internas e externas. Em linhas gerais distinguem-se nesta cooperação três grupos que, naturalmente, não se conceberão como magnitudes estáticas, mas como dinamicamente mutáveis: o núcleo de poder que realiza positivamente o poder do Estado, os que os apoiam e os partícipes negativos que a ele se opõem. De maneira alguma deve admitir-se que o poder do Estado, como unidade de ação objetiva, coincida com o do núcleo de poder nem com o deste junto com o dos seus aderentes. É possível que na época em que o termo *lo stato* apareceu, na Renascença italiana, se designasse assim 'aos dominadores e seus sequazes'. [16]

Para assegurar a garantia jurídica por meio da organização estatal, a sociedade designa tal competência a órgãos especiais:

> primeiro a jurisdição, depois a execução das suas sentenças, e finalmente a legislação, cujas funções, desde a Renascença, se integram unitariamente, em medida crescente, na organização estatal – desde esse momento parece perfeitamente justificado atribuir caráter estatal ao direito. A partir de então, o Estado vem realmente a ser a fonte de validez formal do direito, porquanto ele estabelece e assegura o direito legal mediante os seus órgãos e indica as condições para a validez do direito consuetudinário.[17]

A Constituição do Estado deve traduzir "não a estrutura de um status político total, mas

[15] BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição** - Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

[16] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 285, 1968.

[17] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 226, 1968.

unicamente o conteúdo normativo jurídico destacado desta realidade; não uma estrutura social formada por normas, mas uma estrutura normativa de sentido; não um ser, porém um dever-ser."[18]Assim, para a Teoria do Estado ser explicada e compreendida, necessita descobrir a conexão real da Constituição enquanto "ser" com a Constituição jurídica normativa e o método dogmático-jurídico a ela correspondente.

Outro conceito importante é o de Sociedade Civil que, para Heller, exerce uma verdadeira reciprocidade com o Estado, identificando-se como um elemento da irredutível dicotomia "Sociedade Civil/Estado"[19]. Pontua ainda que a origem da Sociedade Civil surgiu com a unificação do poder político e do poder jurídico que na Europa foi obra das monarquias absolutas, decorrente da sua função do Estado como um mediador entre a nobreza e a burguesia.

O amadurecimento da Sociedade Civil é alcançado com o pleno desenvolvimento do capitalismo, criando a chamada "Sociedade Civil Real", que em um sentido positivo tratava-se de uma sociedade de classes cuja união se mantém mediante o predomínio de uma delas e para cuja subsistência é, sem dúvida, necessária a manutenção da ideologia da liberdade e da igualdade, desta feita, e em sentido negativo não existe nenhum livre mercado de troca, nem competência livre, nem autoresponsabilidade e autodeterminação livres e, sobretudo, não se conhece a formação não autoritária do jogo social mediante o jogo livre e igual das forças.[20]

Para Heller, é falsa a ideia de que a Sociedade Civil não deseja a intervenção do Estado, afinal, a igualdade jurídica apesar de ser um pressuposto da Sociedade Civil, tem na desigualdade econômica a sua base, trata-se de uma "*ideologia encobridora*", visto que o verdadeiro lema da sociedade civil não é a ausência de intervenção, mas sim a mobilização privada do poder estatal para uma poderosa intervenção no campo econômico[21].

Assumindo tal postura, Heller estabelece uma crítica aos jusnaturalistas, pois afirma que é impossível propor um modelo de Estado tal como "deveria ser" para a realização de seus fins, já que a Teoria do Estado é uma Teoria da Realidade, onde não se admite explicar os fenômenos políticos através de causas sobre-humanas, assim como não se reconhece a existência de direitos e regras eternos e fundamentais.

[18] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 306, 1968.
[19] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 139, 1968.
[20] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 143, 1968.
[21] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 154, 1968.

Partindo dessa premissa, não há compatibilidade entre a democracia e o capitalismo, a fim de que se reduza ao mínimo a intervenção e os encargos do Estado, para Heller, a falácia neoliberal, ou como ele próprio denomina, a sua “ideologia encobridora” cai por terra, pois o capitalismo, não pode se manter sem que haja uma forte e permanente intervenção estatal, sendo que o preço para aplicação dos preceitos neoliberais seria a eliminação dos encargos sociais do Estado, a fim de desviar-se os recursos para os fomentos de interesses privados, o que, em última análise, significaria na completa asfixia da democracia social

3. A PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL

Primeiramente deve-se destacar, conforme o faz Lenio Streck, que o" Estado negativo - com um intervencionismo zero - nunca foi experimentado"[22], já que desde a origem do Estado houve em maior ou menor grau uma atuação estatal, contudo, algum nível de intervencionismo sempre existiu, até mesmo porque se inexistisse haveria a própria supressão do Estado como ente artificial que deve atender aos ditames estabelecidos pelo contrato social.Ou seja a simples existência do Estado já significa algum grau de intervenção, de modo que o grau zero de intervenção é meramente ideal e não foi atingido no Estado Liberal, que realizava intervenção, ainda que de forma restrita.

A transição do papel do Estado do absenteísmo ao intervencionismo teve inúmeras causas privilegiadas, segundo Streck, como:

a) a Revolução Industrial e as necessidades que surgiram com os fenômenos de proletarização e urbanização como o saneamento, transporte, previdência, melhores condições de trabalho, etc.

b) a Primeira Guerra Mundial e a exigência de controle dos alimentos e armamentos demonstra a necessidade um maior controle na economia.

c) a crise de 1929 trouxe a importância da ação governamental na economia, que ocasionou a política social de Roosvelt e o New Deal americano, com regulamentação de créditos, apoio a obras públicas, controle sobre a produção agrícola, sistema abrangente de seguros sociais, regulamentação trabalhista, entre outros.

[22]STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 68

d) a Segunda Guerra Mundial, que impõe um papel controlador da economia.

e) as crises cíclicas que apontavam para os malefícios dos monopólios e o exacerbamento das desigualdade sociais.

f) os movimentos sociais rejeitam o dogma do livre mercado em detrimento do interesse social.

g) a incorporação das liberdades positivas.[23]

No campo político há as experiências nazifacistas da Europa e do socialismo real da antiga URSS. Destaca-se ainda a participação da Igreja Católica que formulou a doutrina social da igreja na encíclica "*Rerum Novarum*".[24]

Nesse contexto surgem novos institutos no direito como os direitos sociais, a função social da propriedade, a função social do contrato, o dirigismo contratual, a legislação econômica pelo Poder Executivo (capacidade normativa de conjuntura).[25]

O Estado de Bem-Estar, consoante Paulo Cruz,

> caracteriza-se pela união da tradicional garantia das liberdades individuais com o reconhecimento, como direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção, aos cidadãos de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos.[26]

Segundo ensinamento de Paulo Cruz o Estado de Direito Social caracteriza-se por:

> a) A intervenção do Estado na economia com o objetivo de manter o pleno emprego. Por sua vez, essa intervenção é produzida através da criação de um setor público econômico; b) A prestação pública de um conjunto de serviços de caráter universal (preferencialmente em setores como a educação, a saúde, previdência e habitação), que pretendem garantir um nível mínimo de serviços à população. A isso se pode acrescentar, como sustenta, por exemplo, Ramesh Mishra, que a responsabilidade estatal na manutenção desse nível mínimo deve ser entendido como um direito e não como uma caridade pública para uma minoria. Precisamente, a seguridade social é uma das instituições mais representativas do Estado de Bem-Estar.[27]

No mesmo sentido Streck afirma que o grande diferencial do modelo do Estado Socialem relação ao Estado Liberal é que, neste último, "a assistência ou os benefícios eram encarados sob uma perspectiva de caridade, enquanto no modelo de Bem-Estar as prestações públicas são

[23] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 70/71

[24] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 73

[25] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 76

[26] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba, Juruá, 2002. p. 163

[27] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 165

construídas como uma conquista da cidadania.[28]

Nesse contexto um grande teórico da intervenção do Estado na economia e no social foi Herman Heller, que entendia que a superação do Estado de Direito Formal pelo Estado Social seria a única forma de evitar a ditadura.[29]

> O pensamento de Heller esteve pautado por objetivos sempre muito bem definidos, destinados a evitar o colapso que podia resultar do Fascismo e do desenvolvimento do Capitalismo, sem precisar renunciar ao Estado de Direito, através da incorporação de conteúdos econômicos e sociais a este Estado, que possibilitariam avançar até uma nova ordem. Para Heller, o Estado de Direito Social seria o único caminho capaz de evitar a ditadura. Este tipo de Estado, segundo Heller, implicaria que a Sociedade passasse a ter autonomia para auto-regular-se em matéria trabalhista através de negociação entre empresários e sindicatos. A auto-regulamentação provocaria uma melhoria social graças, entre outros motivos, à redução do Estado policial e de classe então existente. A posição em defesa da intervenção estatal de Heller é a que permite afirmar que o Estado Social de Direito tornou-se uma alternativa diante do auge do fascismo e do capitalismo do entreguerras. [30]

Uma das grandes causas privilegiadas[31] do surgimento do Estado Social de Direito foi a ascensão do socialismo real na antiga URSS, o que fortaleceu os movimentos obreiros em prol de melhorias nos direitos trabalhistas.

> As mudanças produzidas no âmbito da intervenção do Estado aconteceram por conta da tentativa dos governos de evitar conflitos sociais intensos. A preocupação diante do aumento desenfreado do desemprego provocado pela passagem de uma economia de guerra para outra de paz, as conseqüências internacionais da Revolução Russa – especialmente entre as classes trabalhadoras –, as revoltas sociais causadas pelos vários conflitos armados e de classes, e o acesso ao Poder da esquerda representaram algumas das causas que explicam os temores de muitos governos europeus no período entre guerras e que condicionaram as políticas implantadas pós a Segunda Guerra Mundial.[32]

Nesse sentido, a ideia que prevaleceu foi no sentido de preservar o modelo capitalista com temperamentos. Acerca disso Lênio Streck aduz:

> na tentativa de realizar este equilíbrio, estabelece-se, segundo Bobbio, um novo contrato social, que nomina de socialismo liberal, no qual, partindo-se da mesma concepção individualista da sociedade e adotando os mesmos instrumentos liberais, se incluem princípios de justiça distributiva, na qual o governo das leis – em contraposição ao governo de homens – busque a implementação da democracia.[33]

---

[28]STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 78

[29]CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. p. 179

[30]CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** p. 179/180

[31]expressão utilizada por STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado.** p. 70

[32]CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** p. 185

[33]STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. p. 69

Assim, o Estado Social de Direito surgiu como uma resposta naquele momento histórico para assegurar direitos sociais aos cidadãos, e concretizar o ideal de igualdade material.

4. A CRISE ECOLÓGICA E A SOCIEDADE DE RISCO

No século XX, mais precisamente a partir da década de 70, começa a se esboçar uma consciência ecológica planetária.[34] Isso se dá em razão dos desequilíbrios ecológicos que restam evidentes, criando uma verdadeira crise ecológica, bem enunciada por François Ost:

> [...] é que o balanço da saúde do planeta revela-se de tal modo catastrófico, que não é mais possível esconder o facto à população. De todos os lados aparecem os sintomas da maleita: sintoma de febrilidade pelo aquecimento do clima, na sequência do aumento vertiginoso da produção de gases com efeito estufa, como o famoso CO2, síndroma de imunodeficiência da atmosfera, atacada pelos CFC e outros compostos clorados, doenças cutâneas sob a forma de desflorestação e desertificação, empobrecimento genético devido à redução vertiginosa da biodiversidade, envenenamento do ar, da água e da terra pelos resíduos tóxicos, e sufocação sob as montanhas de lixo... A que se juntam os sintomas mais físicos, vivamente sentidos pelas populações e afectando o quadro de vida, como o aumento dos danos acústicos, o desfeamento das cidades sacrificadas aos automóveis e às promoções imobiliárias, a uniformização das culturas e a banalização das paisagens.[35]

O modo de produção capitalista, que tem como objetivo a busca desenfreada pelo lucro, desconsidera a capacidade dos sistemas naturais se recuperarem das degradações sofridas (resiliência), inclusive Fritjof Capra atesta que "a destruição ambiental não é somente um efeito colateral, mas um elemento essencial da concepção do capitalismo global".[36] A Gaia[37] encontra-se em agonia, e ela responde a estes ataques com as catástrofes cada vez mais crescentes (furacões, tsunamis, erupções de vulcões, enchentes, deslizamentos, etc.), com o aquecimento global e as mudanças climáticas abruptas.[38]

Dentro deste contexto a sociedade industrial evolui para uma sociedade de riscos, teorizada por Ulrich Beck, na qual os riscos são imprevisíveis, incalculáveis, incontroláveis,

---

[34] MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 36

[35] OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 121/122

[36] CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 159

[37] Gaia, na mitologia grega, é a Mãe-Terra. Inspirado por esta noção James Lovelock, cientista americano, apresentou nos anos 1980 a Teoria Gaia, que "a considera um sistema autorregulador constituído pela totalidade de organismos, rochas de superfície, o oceano e a atmosfera, firmemente acoplados como um sistema em evolução. A teoria considera que tal sistema tem um objetivo - a regulação das condições de superfície de maneira a ser sempre o máximo possível favorável à vida contemporânea.". In: LOVELOCK, James. **Gaia:** alerta final. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010. p. 244.

[38] HARDING, Stephan. **Terra viva**: ciência, intuição e a evolução de Gaia – para uma nova compreensão da vida em nosso planeta. São Paulo: Cultrix, 2008. p. 225

invisíveis, difusos, globais, e muitas vezes irreparáveis[39]. Os riscos, que são decorrentes de decisões humanas, geram uma incerteza e insegurança na sociedade e paradoxalmente, quanto mais medidas de segurança se implementam para contê-los mais riscos surgem. Assim, "na sociedade contemporânea, reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade".[40] A sociedade de risco nasce, portanto, das conseqüências e falhas advindas da sociedade industrial de controlar os riscos intrínsecos ao modo de produção capitalista. Assim, para Rafaelle de Giorgi "a condição normal da sociedade moderna seria então a condição de normal iminência da catástrofe".[41]

Beck, analisando a evolução da sociedade, as divide em três fases. A sociedade pré-industrial ou pré-moderna; a sociedade industrial, ou primeira modernidade e a sociedade de risco ou modernidade avançada, cada qual com características próprias e mecanismos próprios de lidar com os perigos e riscos.[42] Segundo ele, nas sociedades pré-modernas estamos diante de perigos, que nada mais eram do que golpes do destino, atribuídos a deuses, demônios ou à natureza. As mais diversas catástrofes, como pragas, fome, enchentes e secas eram atribuíveis ao outro, seja ele deus, demônio ou natureza na sua mitologia, não decorriam de decisões humanas.[43] Por sua vez, riscos, característicos das sociedades modernas, pressupõem decisões racionais tomadas com base em interesses e vantagens tecnoeconômicas e são de responsabilidade das empresas ou instituições. Para a sociedade moderna os riscos nada mais são do que o lado escuro do progresso.[44]

Mas o que são riscos? Riscos são "representações de acontecimentos prováveis e incertos que se projetam no futuro através de determinações presentes"[45]. Assim, o risco tem algumas características que o definem. A primeira delas é a possibilidade de se alcançar um determinado resultado, possibilidade esta que exclui qualquer noção de predeterminação. O segundo elemento é a incerteza. "O risco pressupõe não apenas a possibilidade de que um evento ou resultado possa acontecer, mas também a negação de que ocorrerá com uma certeza previamente

[39]BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 75-141

[40] DE GIORGI, Rafaelle. O risco na sociedade contemporânea. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 28, ano XV, p. 45-54, jun. 1994.

[41]DE GIORGI, Rafaelle. O risco na sociedade contemporânea. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 28, ano XV, p. 45-54, jun. 1994.

[42] FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 17

[43] FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 17

[44] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 75-78

[45] FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 17

estabelecida".[46] A terceira característica do risco, que inclusive o diferencia do perigo, é que ele advém de uma tomada de decisão humana no presente. Por fim, a última característica do risco é seu impacto na realidade humana e sua vinculação com o futuro. "O futuro passa a ser percebido através da probabilidade".[47] Contudo, este risco, que é característico das sociedades modernas, adquire características distintas na sociedade industrial e na sociedade de risco

"A sociedade de risco residual se converteu em uma sociedade sem segurança, sendo que o paradoxo consiste no fato de que quanto maior o perigo menor a proteção contra ele.[48]

> O processo de modernização típico da sociedade industrial não seria mais capaz de controlar a si mesmo. Isto teria impelido a racionalidade para um patamar tão alto a ponto de não se poder mais detê-la. O processo, então, seria aplicado a si mesmo: a sociedade vive sob o domínio absoluto da modernização da indústria. Esta modernização, contudo, em virtude de sua autonomização, subtrai a si mesma os próprios fundamentos. Nasce assim uma segunda modernidade que é a sociedade de risco. Esta sociedade começa ali onde falham os sistemas de normas sociais que haviam prometido segurança. Estes sistemas falham pela sua incapacidade de controlar as ameaças que provêm das decisões. Tais ameaças são de natureza ecológica, tecnológica, política, e as decisões são resultado de coações que derivam da racionalidade econômica que impõe o modelo de racionalidade universal.[49]

Não há nenhuma sociedade preparada para o pior acidente possível, porém existem especialistas em negar os perigos, sob o dogma da infalibilidade tecnológica. Os perigos nucleares, químicos, genéticos, ambientais, contudo, invalidam os pilares dos cálculos dos riscos: 1) o dano muitas vezes é irreparável, logo não há que se falar em indenização monetária; 2) em caso do pior acidente possível as medidas paliativas são insuficientes, portanto, é falho o controle antecipado dos resultados; 3) o acidente perde sua delimitação no espaço e tempo, tendo um início, mas não fim, o que implica a abolição dos padrões de normalidade, procedimentos de evacuação e conseqüentemente da base de cálculo do perigo.[50]

Assim, na sociedade de riscos, na qual os riscos ambientais são de especial importância, a preocupação com o meio ambiente bem como a prevenção e precaução de riscos assume caráter central da regulação ambiental pelo Estado por meio do Direito, podendo se falar em um

---

[46] FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 13

[47] FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010.p. 14

[48] No original: "*La sociedad del riesgo residual se ha convertido em una sociedad no asegurada*". BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 83

[49] DE GIORGI, Rafaelle. O risco na sociedade contemporânea. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 28, ano XV, p. 45-54, jun. 1994.

[50] BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 75–141

verdadeiro Estado de Direito Ambiental, ou melhor, em um Estado de Direito Socioambiental.[51] O ordenamento jurídico, como disse François Ost[52], deve ser ecologizado, ou seja, deve ser adaptado às peculiaridades dos danos ambientais, fazendo com que a proteção do meio ambiente e do ser humano seja efetiva.

5. RUMO AO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO NO BRASIL

O Estado de Direito não é uma obra acabada, ele está em constante processo de evolução, acompanhando as necessidades da população e incorporando novos valores, de modo a adaptar sua estrutura e racionalidade.[53]

Assim, percorrendo uma evolução histórica do Estado de Direito, o Estado Liberal propugnava a liberdade e a luta contra os privilégios do clero e da nobreza. As liberdades são os chamados direitos de primeira geração e constituem um direito em face do Estado, exigem uma não intervenção estatal na esfera do indivíduo. Contudo, com o passar do tempo, notou-se que a liberdade econômica deu azo a uma nova forma de subjugação dos trabalhadores, causando injustiças. Com isso, surge o Estado de Bem-Estar Social, cujo grande lema é a igualdade material, não meramente formal, na lei. Ganha relevância neste contexto os direitos de segunda geração, os direitos sociais, que exigem uma prestação estatal, e consistem nos direitos dos trabalhadores, direito à saúde, à educação, ao saneamento básico, etc. No estágio atual, com a complexidade da questão ambiental e a necessidade de se dar uma resposta adequada a ela, fala-se em um Estado Socioambiental de Direito, que se funda nos direitos difusos de terceira geração, cujo marco axiológico é a solidariedade, são eles, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, o desenvolvimento, etc.[54] Portanto, pode-se afirmar que cada forma de estruturação do Estado de Direito corresponde a um lema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade e fraternidade”.[55]

Importa destacar que os direitos fundamentais são indivisíveis e interdependentes, consoante esclarece a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, reconhecendo-se

[51] A opção pelo termo Estado de Direito Socioambiental será explicada adiante.

[52] OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 118

[53] FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Mudanças climáticas e biocombustíveis: considerações sobre a sustentabilidade forte no Estado de Direito Ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 59, n. 200, jul./set. 2010.

[54] Apesar de renomados doutrinadores como Paulo Bonavides falarem em até cinco gerações de Direitos Fundamentais, optou-se nessa pesquisa pela divisão clássica de três gerações.

[55] PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney Barros. (orgs.) **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004. p. 621-642

assim que as gerações de direitos fundamentais refletem aspectos que compõem a dignidade da pessoa humana, formando um sistema integrado, sem prevalência de alguns direitos sobre outros.[56] Por tal razão se faz a opção pelo termo Estado Socioambiental de Direito ao invés de puramente Estado Ambiental de Direito, constatando-se que a função do Estado Social não se esgotou, havendo ainda um número grande da população mundial que vive em miséria, sem ter assegurado um mínimo existencial dos direitos sociais.[57]

> O adjetivo socioambiental, tenciona superar a dicotomia público/privado, qualifica as políticas públicas ambientais com os movimentos sociais, estabelece uma metodologia da ação social e ambiental, via um juízo crítico informado pelas políticas ambientais, promovendo uma pedagogia ambiental explícita, afirma o ambiente como "um lugar de encontro", onde se dá a totalidade das relações, vale dizer um espaço físico apropriado para o exercício das ações socioambientais, promovendo um conjunto complexo de condições sociais, morais, naturais e culturais que cercam os seres vivos e neles podem influir decisivamente.[58]

O Estado Socioambiental "não abandona as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito em termos de salvaguarda da dignidade humana, mas agrega a elas uma dimensão ecológica, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação socioambientais".[59] A questão ambiental não pode ser dissociada da social, pois "existem problemas novos convivendo com antigos – a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas [...] e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social".[60] Na mesma linha de pensamento, Luís Roberto Barroso, analisando o Brasil especificamente, declara que "no país da malária, da seca, da miséria absoluta, dos menores de rua, do drama fundiário, dos sem-terra, há por certo espaço para mais uma preocupação moderna: a degradação do planeta".[61] Por conseguinte, falar em um Estado Socioambiental é ter uma visão holística dos problemas da sociedade atual e do ordenamento jurídico, o qual visa proteger tanto a biodiversidade quanto a

[56] 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. 45/46

[57] FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**. n. 2, p. 132-157, Porto Alegre, n. 2, jan./mar. 2008.

[58] MOLINARO, Carlos Alerto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. p. 144.

[59] 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, 2008. p. 27

[60] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 9

[61] BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 1, v. 115, out./dez. 1992.

sociodiversidade.[62]

5.1 Características do Estado de Direito Socioambiental

O Estado de Direito Socioambiental pode, então, "ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente".[63]

> Trata-se de um Estado em cuja ordem constitucional a proteção ambiental ocupa lugar e hierarquia fundamental, resultando que, na promoção dos direitos prestacionais, a preservação das condições ambientais passa a balizar as ações estatais e as políticas públicas, vez que permitirão a existência digna das gerações futuras.[64]

O Estado de Direito Socioambiental surge como uma reposta à crise ambiental desencadeada na sociedade de risco pela irresponsabilidade organizada, e trata-se da reformulação de um dos pilares do Estado de forma a inserir o direito das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento sustentável na pauta política.[65]

> O Estado Socioambiental de Direito, portanto, deve pontuar uma atuação de respeito, solidariedade, prudência e precaução do homem para com a natureza. Nesse sentido, impulsionando a sociedade para uma mudança de paradigma em dois níveis: no nível social, permitindo a consolidação da participação popular na decisão de assuntos de caráter ambiental; e, no nível ambiental, consolidando uma atuação mais solidária e sustentável. [66]

Canotilho ao falar do Estado Constitucional Ecológico e da Democracia Sustentada afirma serem necessários três requisitos que permitem falar em um Estado de Direito Ambiental e Ecológico. O primeiro requisito é que haja uma concepção integrada ou integrativa do meio ambiente. O meio ambiente deve ser compreendido de forma holística[67] e não reducionista aos

---

[62] SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 91/92

[63] FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 161

[64] WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a Governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, v. 18, n. 2, p. 256-268/mai-ago 2013. p. 259-260

[65] FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 160

[66] ARMADA, Charles Alexandre Souza Armada; SILVA, Carlos Roberto da. O Estado Socioambiental de Direito. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. (Org.). **Transnacionalidade, direito ambiental e sustentabilidade**: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

[67] O novo paradigma é a visão holística ou ecológica do mundo, a qual "concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas". Esta percepção "reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última

bens ambientais naturais. O meio ambiente deve ser compreendido como o "conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e as suas relações, e dos factores econômicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem" [68]. Adotando-se esta concepção sistemática do meio ambiente, os instrumentos jurídicos devem ser adaptados de forma a englobar todo o meio ambiente, passando de uma visão monotemática a uma compreensão multitemática.

Em segundo lugar, Canotilho aduz que deve haver uma institucionalização dos deveres fundamentais ecológicos. Esta institucionalização não precisa necessariamente ser feita através de positivação constitucional, pois o dever de proteger o meio ambiente se fundamenta na noção de responsabilidade-projeto ou responsabilidade-conduta, cujo pressuposto é um imperativo categórico ambiental nos seguintes termos: "age de forma a que os resultados da tua acção que usufrui dos bens ambientais não sejam destruidores destes bens por parte de outras pessoas da tua ou das gerações futuras"[69].

Por último, estabelece que deve haver um agir integrativo da administração na proteção do meio ambiente, sendo que o Estado não deve agir só, de modo que é essencial a participação da sociedade civil na defesa do meio ambiente.[70] Segundo ele, "O Estado de Direito, hoje, só é Estado de Direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente".[71]

Após discorrer acerca do que constitui um Estado de Direito Socioambiental, passa-se a analisar o *caput* do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil que dispõe: "*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."[72] Da leitura deste dispositivo nota-

---

análise, somos dependentes desses processos)". CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 25

[68] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (orgs.) **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 36

[69] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (orgs.) **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 36

[70] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (orgs.) **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 36

[71] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25

[72] BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Disponível em:

se que se adotou tanto a dimensão subjetiva do direito ao meio ambiente que é o direito, quanto a sua dimensão objetiva que se traduz no dever. Esta formulação subjetiva-objetiva é moderna e "harmoniza duas dimensões necessariamente complementares".[73] Além disso, são facilmente vislumbrados no dispositivo em apreço os requisitos elencados por Canotilho conformadores de um Estado Constitucional Ecológico. Pois bem, ao não limitar o meio ambiente a alguns de seus componentes pode-se dizer que a Constituição brasileira adotou uma concepção integrada ou integrativa do meio ambiente, ampliando o alcance da norma constitucional. Ainda, quando a Constituição determina que é dever do Poder Público e da coletividade proteger o meio ambiente está-se claramente diante do agir integrativo enunciado por Canotilho, com responsabilidades compartilhadas e incentivando a cidadania ambiental e a democracia participativa. Assim, pode-se concluir que o conteúdo do *caput* do art. 225 da Constituição Federal preenche as exigências de um Estado de Direito Socioambiental, devendo ser um de seus fins primordiais a tutela do meio ambiente saudável.[74]

Além destas reflexões, não se pode deixar de considerar que a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, prevista no art. 1º, III da Constituição brasileira, possui uma dimensão ecológica ou socioambiental como enuncia Ingo Sarlet. A noção de dignidade da pessoa humana se origina da formulação de Kant 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 tomado como fim em si mesmo (ou seja, sujeito) em qualquer relação"[75]. Segundo Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como

> A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20.10.15

[73] LEITE, José Rubens Morato FERREIRA, Heline Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (orgs.) **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 20

[74] LEITE, José Rubens Morato FERREIRA, Heline Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (orgs.) **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 20-26

[75] 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. 57

> responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.[76]

Pois bem, definida a dignidade da pessoa humana, cabe aqui fazer uma análise integrativa e multidimensional deste princípio jurídico de modo a compreender uma dimensão ecológica ou socioambiental, que não se restringe ao seu aspecto físico ou biológico, mas engloba o bem-estar e a qualidade de vida como um todo, assegurando um padrão de qualidade e segurança ambiental.[77] Sarlet aduz que "hoje também os direitos de solidariedade, como é o caso especialmente do direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro, passaram a conformar o seu conteúdo, ampliando o seu âmbito de proteção"[78].

Apesar dos fundamentos constitucionais ora analisados "o Estado de Direito do Ambiente é uma construção teórica que se projeta no mundo real ainda como devir".[79] Trata-se de um modelo, que apesar de seu caráter abstrato, tem importância como paradigma para compreender melhor a crise ambiental na sociedade de risco. É uma utopia, mas uma utopia necessária, pois traz esperança e alternativas para visualizar um futuro em que os riscos são gerenciados em uma sociedade reflexiva e participativa.[80]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para compreender de que maneira se dá a evolução do Estado de Direito até a sua faceta Socioambiental, é fundamental conhecer a teoria que fundamenta o Estado de Direito Social de Herman Heller. Através de seus ensinamentos, é possível verificar a existência da relação direta entre Estado e Sociedade, uma vez que a constituição do Estado não se contenta apenas com o "dever-ser", mas principalmente com o "ser", afinal, trata-se de uma Teoria da Realidade, objeto de todas as vontades e não uma mera imposição da vontade de uma única autoridade, deixando evidente que a efetividade real do Estado somente será alcançada mediante uma Constituição política que esteja em consonância com os valores da sociedade, afinal, a "Constituição do Estado

[76]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70

[77]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. 60

[78]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. 60/61

[79]LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 169

[80]FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010. p. 160

não é, por isso, em primeiro lugar, processo, mas produto".[81]

Ao analisar o atual estágio em que se encontram os Estados e suas cartas constitucionais, averiguam-se inúmeros exemplos que conduzem à tal conclusão, e conforme demonstrado, não seria possível evoluir até o Estado de Direito Socioambiental sem que houvesse a influência direta da normalidade (Sociedade) sobre a normatividade. É por isso que num conceito de Constituição Total, tal como apresentado por Heller[82], não há meios para dissociar das magna cartas a existência de normas jurídicas que tutelem pela preservação ao meio ambiente bem como de suas interações sociais e econômicas.

Vale ressaltar que ao atingir o Estado de Direito Socioambiental, houve toda uma construção história da comunidade político-jurídica estatal, que desde a edificação do Estado Liberal, vem continuamente encaminhando-se para tal desiderato, sendo de extrema importância todas as formulações jurídico-políticas de organização societária que o antecederam.

É por isso que diante de uma "Sociedade de riscos", onde os riscos ambientais assumem vital importância, o Estado deve assumir o protagonismo necessário para promover a ideal regulação ambiental por meio do Direito, preocupando-se com o meio ambiente bem como com a prevenção e precaução aos efeitos maléficos advindos das agressões aos recursos naturais, assumindo-se assim como um Estado de Direito Socioambiental, desnudando-se da chamada "ideologia encobridora", como já denominava Heller, e efetivando a proteção e tutela exigida pela Sociedade.

Assim, conforme ensina Ost[83], o Direito deve ser ecologizado, ou seja, deve se adaptar às características dos danos ambientais que visa evitar ou reparar. Em um Estado de Direito Socioambiental Brasileiro, a preocupação com o meio ambiente efetivo, aplicando-se os princípios da prevenção, precaução e reparação integral, é primordial. Assim, devem-se utilizar de mecanismos jurídicos adequados para que se proteja, de fato, o meio ambiente e a saúde humana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

[81]HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 296, 1968.

[82] HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**.Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, p. 296, 1968. p. 285.

[83]OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 118

ARMADA, Charles Alexandre Souza Armada; SILVA, Carlos Roberto da. O Estado Socioambiental de Direito. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. (Org.). **Transnacionalidade, direito ambiental e sustentabilidade:** contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 1, v. 115, out./dez. 1992.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição - Para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, p. 75-150, n. 1, 2003.

BUZANELLO, José Carlos. **Constituição política em Hermann Heller**. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 129, p. 259-265, jan./março 1996.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20.10.15

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (orgs.) **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2004.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Curitiba, Juruá, 2002.

DYMETMAN, A. **Uma Arquitetura da Indiferença: a República de Weimar**. São Paulo: Perspectiva, 2002.

DE GIORGI, Rafaelle. O risco na sociedade contemporânea. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 28, ano XV, p. 45-54, jun. 1994.

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, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**. n. 2, p. 132-157, Porto Alegre, n. 2, jan./mar. 2008.

FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2010.

FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Mudanças climáticas e biocombustíveis: considerações sobre a sustentabilidade forte no Estado de Direito Ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 59, n. 200, jul./set. 2010.

GALEANO, Eduardo. **Patas arriba**: la escuela del mundo al revés. Siglo XXI, 2004.

HARDING, Stephan. **Terra viva**: ciência, intuição e a evolução de Gaia – para uma nova compreensão da vida em nosso planeta. São Paulo: Cultrix, 2008.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (orgs.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, José Rubens Morato FERREIRA, Heline Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. (orgs.) **Estado de Direito Ambiental**: tendências. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

LOVELOCK, James. **Gaia:** alerta final. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010.

MOLINARO, Carlos Alerto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do Direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**. Ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennnium, 2008.

PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e meio ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney Barros. (orgs.) **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004. p. 621-642

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

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

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.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Trad. Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a Governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, v. 18, n. 2, p. 256-268/mai-ago 2013.

TEN GOOD PRACTICES IN ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM: STRUCTURE, TEXT AND JUSTICIABILITY

James R. May[1]

Erin Daly[2]

INTRODUCTION

Environmental constitutionalism is a relatively recent phenomenon at the confluence of constitutional law, international law, human rights, and environmental law. It embodies the recognition that the environment is a proper subject for protection in constitutional texts and for vindication by constitutional courts worldwide.[3] This chapter posits ten "good practices" – those attributes that make effective outcomes more likely, but not assured – in environmental constitutionalism for advancing positive environmental outcomes considering energy, and governance and sustainability.

Good practices in environmental constitutionalism can serve as a useful construct for considering the relationship between sustainability, energy and governance. Accordingly, Section A examines the ten practices that are consequential for effectuating environmental constitutionalism and positive environmental outcomes. Section B then explains how the *Robinson Township* decision out of the Commonwealth of Pennsylvania in the United States provides a recent example just how good practices can have a positive impact on environmental outcomes in practice.

---

[1] Professor of Law at Widener University

[2] Interim Dean and Professor of Law at Widener University.

[3] *See generally:* MAY, James R.; DALY, Erin. 'Global Constitutional Environmental Rights.' *In:* ALAM, Shawkat; BHUIYAN, Jahid Hossain; CHOWDHURY, Tareq M.R.; TECHERA, Erika J. **Routledge Handbook of International Environmental Law**. Routledge, 2012; MAY, James R.; DALY, Erin. 'Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide.' **Ore. Rev. Intl. L.** v. 11, p. 365-440, 2010; MAY, James R.; DALY, Erin. 'New Directors in Earth Rights, Environmental Rights and Human Rights: Six Facets of Constitutionally Embedded Environmental Rights Worldwide.' **IUCN Academy of Environmental Law E-Journal.** v. 1, 2011; MAY, James R.; DALY, Erin. 'Constitutional Environmental Rights Worldwide.' *In:* MAY, James R. **Principles of Constitutional Environmental Law**. ABA Publishing, Environmental Law Institute, 2011; MAY, James R. 'Constituting Fundamental Environmental Rights Worldwide.' **Pace Envtl. L. Rev.** v. 23, p. 113, 2006.

1. TEN GOOD PRACTICES IN ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM

The following lists ten 'good practices' in environmental constitutionalism. We do not mean to suggest that adherence to any particular approach or combination of practices assures a particular outcome, including the effective deployment of environmental constitutionalism. To be sure, any attempt at identifying good practices involves a tincture of magical thinking, and is certain to invite, at least, good criticism. The rest approximates a sort of social scientific method involving hypothesis, experiment, and reflection. The same caveat applies to our assignations – we simply suggest that bearing in mind these ten correlative but not causative considerations increases the likelihood of positive environmental outcomes.

1.1 Situate environmental constitutionalism in amenable systems, that is, those amenable to social, economic and cultural rights, and those with civil law traditions.

The first good practice in environmental constitutionalism is finding a suitable fit, that is, a constitutional and governance structure that is amenable to environmental constitutionalism. Countries that demonstrate a constitutional commitment to social, economic, and cultural rights (SECs) seems to be those most amenable to environmental constitutionalism. SECs are designed to protect human well-being and quality of life, aiming to foster minimum standards of or access to economic and social well being. They include rights to work, to form or join a trade union, to strike, to social security, to child protection, to food and housing, to healthcare, and to education. Because rights to a quality sustainable environment, to land, and to water have social, economic and cultural implications, they are more likely to be found in constitutions that recognize other SEC rights.[4]

A sweeping recent report from the Toronto Initiative for Economic and Social Rights (TIESR) dataset supports the observation that national acceptance of SECs correlates with good practices in environmental constitutionalism. The TIESR study measured the presence, absence, and justiciability of seventeen SECs[5] including a right to a healthy environment among constitutions worldwide.[6] Importantly, the TIESR study shows a strong correlation between SECs in general and

[4] JUNG, Courtney; ROSEVEAR, Evan. Economic and Social Rights Across Time, Regions, and Legal Traditions: A Preliminary Analysis of the TIESR Dataset. **30 Nordic Jrnl. Hum. Rights**, 2012, p. 372; 376.

[5] The TIESR report refers to these as "Economic and Social Rights," or "ESRs."

[6] The TIESR dataset is available online at http://www.tiesr.org.

environmental rights in particular. It shows that countries with multiple SECs are more apt to enshrine a right to a quality environment. The TIESR study concludes that 73 countries (or about 53.7 percent of the survey field) of those countries with SECs also constitutionally enshrine a right to a quality environment.[7]

Moreover, Gellers concludes that external normative influences tend to have the most profound effect on a country's predilection toward recognizing social and economic rights, including environmental rights.[8] Indeed, the external normative pressures may be culturally, historically, and geographically contingent: the common values shared by many Latin American countries -- many of which are committed to a deep form of environmental constitutionalism -- may be distinct from those shared by middle eastern countries, or Asian countries, thus accounting for regional differences in approaches to constitutionalism and to environmentalism.

Moreover, environmental constitutionalism tends to enjoy more success in constitutional systems grounded in civil law traditions than those that operate under other legal traditions. This is significant considering that governance structures worldwide predominantly reflect civil law traditions.[9] Common law systems are less likely to embody environmental constitutionalism, although more likely than Muslim or customary law-based systems, which are least likely to reflect environmental constitutionalism.[10]

1.2 Clearly articulate a positive individual or collective right, such as "everyone has an enforceable right to a quality environment."

Textually, the simplest good practice in environmental constitutionalism is to guarantee individuated (or collective) environmental rights clearly and directly, such as by recognizing a 'that everyone' has the right to an 'adequate,' 'clean,' 'healthy,' 'productive,' 'harmonious,' or 'sustainable' environment.

---

[7] JUNG, Courtney; ROSEVEAR, Evan. Economic and Social Rights Across Time, Regions, and Legal Traditions: A Preliminary Analysis of the TIESR Dataset. **30 Nordic Jrnl. Hum. Rights**, 2012, p. 381.

[8] GELLERS, Joshua. **Survival of the Greenest:** A Statistical Analysis of Constitutional Environmental Rights, 2012. Available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2103960>

[9] The TIESR study distinguished constitutions as follows: Civil Law, n=112 Common Law, n=35 Customary Law, n=57 Muslim Law, n=34. JUNG, Courtney; ROSEVEAR, Evan. Economic and Social Rights Across Time, Regions, and Legal Traditions: A Preliminary Analysis of the TIESR Dataset. **30 Nordic Jrnl. Hum. Rights**, 2012, p. 388.

[10] JUNG, Courtney; ROSEVEAR, Evan. Economic and Social Rights Across Time, Regions, and Legal Traditions: A Preliminary Analysis of the TIESR Dataset. **30 Nordic Jrnl. Hum. Rights**, 2012, p. 394.

Where the constitution is not explicit on the question of environmental protection, courts in some countries -- particularly in India and its neighbours[11] -- have inferred it from other constitutional rights such as the right to life, to health, or to dignity.[12] While these innovations are welcome from the standpoint of environmental protection, they may not be as durable as judicial vindication of clear constitutional mandates: in environmental constitutionalism as elsewhere, the more grounded in constitutional text judicial consecration, the less susceptible it is to criticism, repudiation, or reversal.

A related good practice is to provide constitutional history, which can assist with interpretive questions. Environmental provisions are often enacted with little if any guidance on threshold questions. Save some exceptions, there is little evidence of the intent of the drafters of these provisions that would provide guidance to their interpreters.[13] A good practice, which is seen far more often in the breach, is to include some explanation or interpretive guidance about the environmental provisions in the constitutional drafting history. Where this is done -- as it was in the adoption of the rights of nature provision in Ecuador -- it can be of enormous utility and persuasive authority for a court seeking to interpret the constitutional text.[14]

1.3 Make provisions self-executing by placement in "Bill" or "Declaration" of rights, making them on par with traditional first order rights

The most effective substantive environmental rights are those that are self-executing. Self-executing provisions may be enforced without the need for interceding legislative action. Indeed, the whole point of entrenching a right is to ensure that the value remains protected even if (and especially when) a political majority does not support it.

Self-execution can be exhibited either structurally or syntactically. Substantive

[11] JUNG, Courtney; ROSEVEAR, Evan. Economic and Social Rights Across Time, Regions, and Legal Traditions: A Preliminary Analysis of the TIESR Dataset. **30 Nordic Jrnl. Hum. Rights**, 2012, p. 167–70. *See generally*, SRIPATI, Vijayashri. **Human Rights in India – Fifty Years after Independence**. 26 Denv. J. Int'l L. & Pol'y, 1997, p. 93-100.

[12] BRUCH, Carl; COKER, Wole; VANARSDALE, Chris. 'Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa.' **Colum. J. Envtl. L**, v. 26, p. 166-176, 2001 (discussing constitutional interpretation in Tanzania, India, Pakistan, Bangladesh, Nepal, Columbia, Ecuador, Costa Rica, and some countries in Africa).

[13] The lower court in the Ecuadorian rights of nature case constitutes one exception, as it quotes at length from the speech of Alberto Acosta, President of the Constituent Assembly, to understand more fully the purpose of constitutionalizing the rights of nature. *See* **WHEELER c. Director de la Procuraduria General Del Estado de Loja Juicio**, No. 11121-2011-0010 ('Wheeler'). Available at <http://blogs.law.widener.edu/envirolawblog/2011/07/12/ecuadorian-courtrecognizes-constitutional-right-to-nature/>.

[14] Wheeler, quoting the chair of the constitutional drafting commission Acosta on the importance of the rights of nature.

environmental rights provisions that appear structurally in a constitution alongside first generation constitutional rights are those most likely to be self-executing.[15] Some nations place substantive environmental rights among other first generation civil and political rights by designating them as an express “Right,” or as a “Major,” “Human,” “Fundamental,” “Basic,” or “Guaranteed” right.

The constitutions of the majority of nations that have adopted substantive environmental rights seem to classify them as self-executing rights. Such structural placement makes it more likely that such provisions are self-executing and enforceable.

Structural placement or syntax can also suggest that some substantive environmental rights provisions may not be self-executing and enforceable. Moreover, placing substantive environmental rights within preambles, among general provisions, or in statements of general policy may suggest something other than a self-executing right. On the other hand, when the Pennsylvania Supreme Court finally came to take seriously that state's constitutional environmental right, it noted that the placement of the provision within the Declaration of Rights of the Pennsylvania Constitution gives the rights protected therein the same degree of protection as any other individual right: "The right delineated in the first clause of Section 27 presumptively is on par with, and enforceable to the same extent as, any other right reserved to the people in Article I. See PA. CONST. art. I, § 25 (“everything” in Article I is excepted from government’s general powers and is to remain inviolate)."[16]

Whatever constitution drafters can do to reinforce the importance, if not the primacy, of constitutional rights will promote their efficacy. Some constitutions allow the government to elevate environmental values over others. Some allow the government to restrict private property rights in favor of environmental policies, including Mongolia’s (“The State shall have the right to … confiscate the land if it is used in a manner adverse to the health of the population, the interests of environmental protection and national security”). Chile’s constitution even contains a ‘trump’ card over all other rights in favor of the environment: “The law can establish specific restrictions on the exercise of certain rights or freedoms in order to protect the environment.”

1.4 Align environmental constitutionalism

[15] *See* Hayward, *supra* note 3, at 93–128 (examining challenges of judicial enforcement of fundamental environmental rights); Bruckerhoff, *supra* note 35, at 627–28 (footnotes omitted)).

[16] Robinson Township v. Commonwealth of Pennsylvania (Pa. 2013) at 78.

Substantive environmental rights provisions can be made even stronger when they are supported by allied substantive rights, including rights to water. Another good practice about textual instantiation of environmental values is that the more detailed the provision, the better. Many constitutions contain elaborate articulations of the rights, values, processes, and justifications for environmental protections. South Africa's environmental provision (from 1996) embraces both an individual right and a set of directive principles aimed at preventing pollution, promoting conservation, and securing sustainable development. Argentina's 1994 constitution protects the interests of present and future generations, and requires the government to repair environmental damage, use natural resources "rational[ly],"preserve Argentina's natural and cultural heritage and biological diversity, and requires environmental information and education.[17] Likewise, France's constitution requires environmental education and training ("Education and training on the environment shall contribute to the exercise of the rights and obligations defined by this Charter").

Some environmental provisions specifically address certain types of activities that may be especially harmful to the local environment. For example, several countries prohibit the disposal of nuclear or hazardous wastes or substances that are imported from another country, including Niger ("The transit, importation, storage, landfill, [and] dumping on the national territory of foreign pollutants or toxic wastes, as well as any agreement relating [to it] constitute a crime against the Nation, punished by the law").

Some constitutions identify governmental responsibilities toward specific objects of the environment, including the climate. The Dominican Republic's constitution, for example, provides that: "The formulation and execution, through the law, of a plan of territorial ordering that assures the efficient and sustainable use of the natural resources or the Nation, in accordance with the need of adaption to climate change, is [a] priority of the State."

The constitutions of other countries expressly restrain or restrict energy-related activities that could adversely affect the environment, including Ecuador's ("The State shall promote, in the public and private sectors, the use of environmentally clean technologies and nonpolluting and low-impact alternative sources of energy. Energy sovereignty shall not be achieved to the detriment of food sovereignty nor shall it affect the right to water").

[17] ARGENTINA. **Argentina Constitution**. 1994, Art. 42.

Addressing rights to water is another common good practice. Indeed, about 30 constitutions provide for rights to water as a human or environmental right, including at least one dozen countries that instantiate a human right to a fair distribution of clean, safe, or potable water.[18] For example, South Africa's constitution makes a strong commitment to acknowledging water as a fundamental human right by asserting an enforceable individual right to access to drinking water.[19]

Ecuador's protection for the rights of nature[20] is another example of the alliance between substantive environmental rights and other constitutional guarantees whose combined effect is to strengthen the hand of courts when they attempt to vindicate environmental rights. The Ecuadorian provision further confirms that this right is not merely hortatory in that it empowers each "person, community, people, or nationality"[21] to exercise public authority to enforce the right, according to normal constitutional processes.[22]

1.5 Recognize emerging areas of environmental constitutionalism including sustainability, public trust, climate, and biocentrism

Another good practice is to reflect emerging areas in environmental constitutionalism, including sustainability, rights of nature, public trust, and climate change.

1.5.1 Deploy Sustainability

Environmental sustainability is an amorphous concept that stands for the proposition that present generations should use resources so as to preserve opportunities for future generations. Nearly 20 countries expressly recognize a constitutional goal of 'sustainability' or 'sustainable development' though most of these are in sections of the constitutions or written in language that indicates that they are not amenable to judicial enforcement. For example, Switzerland's

[18] These are: Bolivia (Art. 16(I)), Colombia (Art. 366), the Democratic Republic of Congo (Art. 48), Ecuador (Art. 12), Ethiopia (Art. 90(1)), Gambia (Art. 216(4)), the Maldives (Art. 23), Panama (Arts. 110 and 118), Swaziland (Art. 215), Switzerland (Art. 76), Uganda (Arts. XIV(b) and XXI), Uruguay (Art. 47), Venezuela (Arts. 127 and 304), and Zambia (Art. 112(d)). *See* Boyd, *supra* note 4, at 85.

[19] South Africa Const., ch. 2, art. 27 (1)(b): 'Everyone has the right to have access to— (b) sufficient food and water…'

[20] Constitucion Politica de la Republica del Ecuador, title II, ch. 7, art. 71 and arts. 72–74.

[21] Constitucion Politica de la Republica del Ecuador, title II, ch. 7, art. 71.

[22] Constitucion Politica de la Republica del Ecuador, title II, ch. 7, art. 71.

constitution contains a specific section entitled “Sustainable Development,” which provides that “The Confederation and the Cantons shall endeavor to achieve a balanced and sustainable relationship between nature and its capacity to renew itself and the demands placed on it by the population.”

Sustainability recognizes responsibilities owed to those who follow. The constitutions from about a dozen countries give at least a passing nod to ‘future generations.’ For example, Papua New Guinea’s constitution requires the state to hold environmental resources “in trust for future generations” and “for the benefit of future generations.”

The strongest embodiment of environmental sustainability would seem to stem from those constitutions that promote sustainable development *for the purpose of* protecting the interests of future generations. The constitutions from about a dozen and one-half countries contain this sort of hybrid pronouncement. For example, Mozambique’s constitution requires the state, “[w]ith a view to guaranteeing the right to the environment within the framework of sustainable development … shall adopt policies aimed at … guaranteeing the rational utilisation of natural resources and the safeguarding of their capacity to regenerate, ecological stability and the rights of future generations.”

The constitutions of some countries require that specific resources be developed with future generations in mind. For example, the Dominican Republic provides that “nonrenewable natural resources, can only be explored and exploited by individuals, under sustainable environmental criteria …” and provides for the protection of the environment “for the benefit of the present and future generations..”

1.5.2 Public Trust

Environmental constitutionalism often reflects public trust notions. The constitutions of about one-half dozen countries reference holding or protecting resources for the ‘public trust’ or some variation of that terminology. These tend to impose a trust responsibility upon policy makers, rulers, or citizens to hold resources in trust for current or future generations. Some specify trust responsibilities as a general governing norm. For example, the Ugandan Constitution provides that “the Government or a local government as determined by Parliament by law, shall hold in trust for the people and protect, natural lakes, rivers, wetlands, forest reserves, game

reserves, national parks and any land to be reserved for ecological and touristic purposes for the common good of all citizens." Reflecting traditional views of sovereignty, some constitutions invest public trust in a supreme leader. For example, Ghana's constitution provides that "All public lands in Ghana shall be vested in the President on behalf of, and in trust for, the people of Ghana," and "every mineral in its natural state in, under or upon any land in Ghana, rivers, streams, water courses throughout Ghana, the exclusive economic zone and any area covered by the territorial sea or continental shelf is the property of the Republic of Ghana and shall be vested in the President on behalf of, and in trust for the people of Ghana."

Some constitutional provisions hold citizens accountable to hold resources in trust for future generations. For example, Tanzania's constitution provides "that all citizens together possess all the natural resources of the country in trust for their descendants."

1.5.3 Climate Change

Shortcomings in international and domestic responses to climate change create opportunities for tactical deployment of environmental constitutionalism. Thus far, however, very few countries have seen fit to address climate change constitutionally. The Dominican Republic's constitution is explicit on the point, with a provision under "The Organization of the Territory" that provides for a "plan of territorial ordering that assures the efficient and sustainable use of the natural resources of the Nation, in accordance with the need of adaptation to climate change …"

Environmental constitutionalism might play an important if limited role in local approaches to climate change. Constitutions can, for one, direct governments to enact and implement policies to address the effects of climate change in ways not accomplished through existing international and national laws. And once absorbed into constitutional texts, courts can impel action by enforcing these provisions even through progressive realization.

1.5.4 Biocentric Rights

Environmental constitutionalism advancing the right of nature is emergent and insistent, but still uncommon. The constitutionalization of the rights of nature is part of a growing global movement highlighting the importance of the natural environment for its own sake and as a whole, rather than as an aggregation of resources to be harnessed by humans for various

purposes.[23]

Environmental constitutionalism addressing nature appears as either governmental duties or substantive rights of nature. First, the constitutions of some countries require all branches of government to protect nature. Germany's constitution, for instance, requires the government to protect "the natural bases of life and the animals within the framework of the constitutional order by legislation, and in accordance with law and justice, by executive and judicial power."

Second, biocentric environmental constitutionalism—recognizing the *right of nature*—has been pushed most emphatically so far by a couple of countries in South America. In 2008, Ecuador amended its constitution to recognize the right of nature, providing that: "Nature, or Pachamama, where life is reproduced and created, has the right to integral respect for her existence, her maintenance, and for the regeneration of her vital cycles, structure, functions, and evolutionary processes."[24] Bolivia also has a framework law recognizing the rights of nature,[25] and discussions of constitutional reforms to recognize them have taken place in Turkey.[26] Moreover, rights of nature have recently found traction at the super-subnational level, including in various municipalities in the United States.[27]

Even without explicit protection for the rights of nature, courts might be encouraged to interpret constitutional environmental provisions as protecting natural resources, the natural environment, or the biodiversity within it. For instance, in vindicating the Chilean constitution's right to a healthy environment, the Chilean Constitutional Court held that the right extended to cases involving environmental degradation *per se*, regardless of its effect on humans. This would include cases requiring the clean-up of beaches of Chañaral, Chile, for instance, where copper tailing wastes had been deposited for 50 years, destroying marine life.[28] Where this is the

---

[23] DALY, Erin. "The Ecuadorian Exemplar: The First Ever Vindications Of Constitutional Rights Of Nature." **RECIEL 21 (1) 2012**. Available at: <http://celdf.live2.radicaldesigns.org/downloads/The_Ecuadorian_Exemplar_The_First_Ever_Vindications_of_Constitutional_Rights_of_Nature.pdf>.; *Global Alliance for the Rights of Nature*. rightsofnature.org; *Community Environmental Legal Defense Fund*. http://www.celdf.org/rights-of-nature.

[24] Constitución Política de la República del Ecuador. title II, ch. seven, arts. 71–74. For an additional review of the judicial progressiveness in securing environmental rights in Ecuador, see Radden Patrick Keefe. "Reversal of Fortune; A crusading lawyer helped Ecuadorans secure a huge environmental judgment against Chevron. But did he go too far?," *The New Yorker*, January 9, 2012.

[25] *See* VIDAL, John. **Bolivia enshrines natural world's rights with equal status for Mother Earth**. Avaiable at: <http://www.guardian.co.uk/environment/2011/apr/10/bolivia-enshrines-natural-worlds-rights>.

[26] *See* GLOBAL ALLIANCE FOR THE RIGHTS OF NATURE. **Turkey calling for ecological constitution**. Avaiable at: <http://therightsofnature.org/rights-of-nature-laws/turkey-ecological-constitution/>.

[27] *The Community Legal Defense Fund*. http://www.celdf.org/-1-27.

[28] *Pedro Flores y Otros v. Corporacion Del Cobre, Codelco, Division Salvador.* Rol. 12.753 FS. 641 (Supreme Court of Chile, 1988).

standard, the case would center on whether the environment itself is healthy, not on whether the environmental degradation induced any harm to human beings. This is especially important with respect to water-related rights, where ecological concerns may be inconsistent with the human right to adequate water for personal and commercial uses.

1.6 Scaffold additional statutory and regulatory means to implement constitutional prerogatives

The impact of constitutional provisions, whether elaborate or sparse, can also be enhanced by extra-constitutional scaffolding. In the Philippines and Argentina, elaborate statutory schemes promote and facilitate vindication of environmental constitutional rights. In the Philippines, the Supreme Court has developed a set of "**Rules Of Procedure For Environmental Cases" that** encourage the vindication of constitutional and other environmental rights in extraordinary ways.[29]

Importantly for environmental rights, the Philippine Rules provide for consideration of cases brought on behalf of nature, known as the "writ of Kalikasan." Such a writ can be pursued on behalf "of persons whose constitutional right to a balanced and healthful ecology is violated, or threatened" by a public official or private entity, "involving environmental damage of such magnitude as to prejudice the life, health or property of inhabitants in two or more cities or provinces." [30]

Provisions making environmental information available, as well as requirements relating to standing, proof of injury and the allocation of fees and costs can also promote or deter invocation of constitutional environmental rights provisions. These issues can be defined constitutionally or statutorily and can be articulated explicitly and exclusively for enforcement of constitutional rights or without any explicit reference to environmental rights at all. Here too, the more work done by the text, the less need for judicial interpretation and interpolation. All of this assumes what is perhaps the most significant determinant of the efficacy of constitutional environmental provisions: that they exist within a legal and political framework in which an independent and adequately funded judiciary has the authority, legitimacy, and expertise necessary to meaningfully implement not only environmental rights but other constitutional guarantees as well.

[29] For a discussion of the potential for environmental courts, including in thwarting strategic lawsuits against public participation ("SLAPP" suits), see Rock Pring, [Cite]

[30] (Rule 7, s. 1).

Constitutions in countries where rule of law can be assumed to be entrenched and respected are unlikely to be effectively implemented steadily over time. And environmental rights in particular require persistent application in order for the benefits to be realized.

1.7 Liberalize access to the judicial vindication by permitting open standing, special procedural Rules and Fee-Shifting for PIL

Before a court reaches the merits of a constitutional claim, it will often consider the preliminary question of standing: whether the party who brought the suit has the right to invoke the court's jurisdiction. Most constitutional traditions have a standing doctrine, although they vary widely from country to country. Some constitutional systems limit who can challenge government action to certain members of the government or to an ombudsman, while others encourage anyone to seek judicial protection. Although sometimes seen as a fringe question, standing rules can have a dramatic effect on a nation's legal culture: where standing rules are broad and inviting, more people are encouraged to bring more cases to enforce more laws not only for their own private benefit but for the public good. Conversely, where courts restrict access to judicial fora, compliance with existing laws, as well as the progressive realization of constitutional promises, may be seen more as a matter of political discretion than of constitutional obligation.

Environmental cases in particular challenge conventional standing practices. Even where constitutional review is open to members of the public, standing has traditionally been limited to those who can assert well-recognized claims, including claims for harms recognized at common law (such as violations of property rights) or interests specifically identified in statutory provisions. In either case, the claims are personal, and standing rules tend to reflect the principle that only individuals who are personally and particularly injured may assert their interests against defendants and lay claim to scarce judicial resources.

Environmental harms, however, tend to affect groups of people generally and similarly. They may affect a whole community or culture or, in the case of climate change, all of humanity. Even where an individual can claim a particular harm—such as, for example, where a toxic leak proves carcinogenic—it is most likely that the plaintiff is not the only person so affected but that a whole community is affected by a greater incidence of cancer; indeed, the plaintiff is more likely to be able to show causation where the defendant's wrongful actions caused a broad-based injury rather than just her own illness. In even more difficult cases, the claim is based on the health not of an individual but of the environment in the abstract and may raise questions about

environmental aesthetics or the health of a particular animal population that do not directly affect most people at all.

Consequently, the good practice is to relax or defray standing requirements to vindicate constitutional environmental rights. Some constitutions make the decision for the court, clearly delineating who may sue and who may not, either for all claims or specifically in environmental cases. In Spain, constitutional environmental rights are protected, but they are enforceable only when an ombudsman initiates litigation. This contrasts markedly with the rest of the Spanish-speaking world, which tends to be receptive to constitutional environmental claims. The constitutions of Argentina and Ecuador, for instance, invite any citizen to vindicate such rights, the latter even allowing claims on behalf of nature itself.[31] The Constitution of South Africa, too, adopts an open attitude toward standing, which is buttressed by legislation that reinforces the right of any person to approach the court to assert his or her own interest, the interest of another, or the public interest. The statutory authority to sue extends to suits on behalf of the environment.[32]

In Latin America, constitutional and statutory provisions have encouraged courts to expand standing for environmental cases even to those who cannot show a direct and individual injury; in India and its neighbors, courts have had to infer broad standing from legal and cultural norms. But in both of these regions, as well as in some other countries around the world, the commitment to opening the courthouse doors to environmental claimants is well established.

Even where the positive law is not as clear, some courts have opened their doors to environmental activists, often seeing these non-traditional stakeholders not only as litigants but as partners in an ongoing campaign in which the courts are equally invested.

1.8 Develop jurisprudence in environmental constitutionalism

The final good practice delineated here is to develop the jurisprudence of environmental constitutionalism. Courts asked to apply constitutional environmental rights provisions face numerous difficult choices and have significant discretion in terms of interpretation, vindication,

[31] Arg. Const. pt. I, ch. II, art. 41–43; Constitución Política de la República del Ecuador. title II, ch. seven, art. 71–74.

[32] *See* PLESSIS, Louis J. Kotze; Anél du. 'Some Brief Observations on Fifteen Years of Environmental Rights Jurisprudence in South Africa.' **Journal of Court Innovations**. v. 3, 2010, p. 157, 163-164. (discussing South Africa Const. art. 20 and the National Environmental Management Act 107 of 1998 (NEMA), art. 32).

and remediation. There are no generally accepted standards for identifying or vindicating these interests *as rights* in part because, in straddling every familiar category of rights, environmental constitutionalism defies easy classification:[33]

Environmental rights partake of human rights as well as non-human rights, protecting such values as biodiversity and nature itself. As a human right, the environment can be protected through civil and political rights of participation and access to information, but it can also be protected as a social, economic, and even cultural right. Environmental rights can be collective or individual and they can apply to the majority or to a discrete, insular, and politically powerless minority. They can be treated as immediately enforceable or realized progressively over time, according to a legislative plan and limited by the availability of fiscal resources. They can be implicit or explicit, procedural or substantive, and they can be amenable to judicial review or immune to it. They can be positive or negative or both (sometimes in the same case). They can be remedied injunctively or through compensation or declaration, for violations occurring in the past, as well as for harms as yet unknown and to people as yet unborn. In some ways, remedying environmental harms is long overdue, and yet, the primary beneficiaries of environmental rights are those in the next generations. Environmental rights define the relationship between people and the world we live in, though invariably in broad and amorphous terms without clear foci or boundaries.

So how do courts give content to the concept of environmental rights without allowing them to swallow up every other right? One approach, which borrows from the discourse at the international level, is to limit the reach of environmental rights to already accepted human rights.[34] Environmental constitutionalism has pushed the conventional limits of this approach in two directions. Even where constitutions do not specifically enumerate particular rights, courts have expanded the scope of interests that constitute violations of familiar human rights by

[33] *See* HAYWARD, Tim. **Constitutional Environmental Rights**, 25–58. Oxford University Press, 2005. (making a case for a human right to an "adequate environment"); HILL, Barry E.; WOLFSON, Steve; TARG, Nicholas. "Human Rights and the Environment: A Synopsis and Some Predications." **Geo. Int'l Envtl. L. Rev**. v. 16, 2004, p. 361 "[W]hile there appears to be a growing trend favoring a human right to a clean and healthy environment—involving the balancing of social, economic, health, and environmental factors—international bodies, nations, and states have yet to articulate a sufficiently clear legal test or framework so as to ensure consistent, protective application and enforcement of such a right."

[34] Abate, *supra* note 27, at 10 ("Existing sources of domestic and international law embrace a human-centered approach to environmental protection and recognize the connection between human rights and environmental protection. These mechanisms can serve as a viable foundation upon which to build a new system to recognize and protect international environmental human rights."); Onzivu, *supra* note 39, at 667 ("An emerging right to a healthy environment favors the protection of public health. This is because such a right is viewed as anthropocentric and ecocentric, supporting environmental protection for both public health and intrinsic or aesthetic reasons.").

recognizing, for instance, that environmental degradation can constitute a violation of privacy and family life or that esthetic and recreational environmental interests are essential to enjoying a dignified existence.

A slightly less anthropocentric option is explicitly to recognize environmental rights *as* a human right, so that environmental harms do not have to fit neatly into the other human rights boxes.[35] This view reflects an international environmental law approach and has been incorporated into constitutions throughout the world. This also ensures that environmental values are given at least as much weight as other constitutional values, and perhaps more than some[36] and more than non-constitutional values such as development or some property interests.

An even less anthropocentric approach involves a class of rights somewhere between human rights and rights of nature that permit humans to commence constitutional environmental claims to protect nature or wildlife. A final approach would entirely reject anthropocentrism and recognize instead the rights of nature.

There is no "best" practice here; the beauty of constitutionalism is that it takes a global problem and allows each nation to define for itself the particular balance of competing values that will produce the greatest benefit for each particular society. One country may be most concerned with protecting biodiversity, while the principal focus may be to ensure adequate water resources for everyone, while a third may be most concerned with promoting participatory environmental decision-making. Environmental constitutionalism permits each country to address its own priorities. The "good practice" here is that each country's constitutional environmental framework should reflect those priorities in a robust and enduring way.

However, good practices require that as many aspects of litigation be made express and comprehensive in advance, particularly where environmental rights confound ordinary expectations and assumptions generally applicable outside of environmental constitutionalism. For instance, while the beneficiaries of other constitutional rights are the putative litigants -- think, for instance, of those who would claim the right to free speech, or for protection of property. The

[35] SHELTON, Dinah. "Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?" **Denv. J. Int'l L. & Pol'y**. v. 35, 2006, p. 129, 163 [hereinafter Shelton II] ("Moreover, recognizing a right to environment could encompass elements of nature protection and ecological balance, substantive areas not generally protected under human rights law because of its anthropocentric focus."); Bruckerhoff, *supra* note 70, at 646 ("A less anthropocentric interpretation of constitutional environmental rights could be one, albeit small, component of national and international efforts to protect the wonders of nature for us and for the benefit of our children.").

[36] See *Wheeler* case noting that environmental rights should prevail over other constitutional rights.

putative beneficiaries of environmental constitutionalism, however, are often not obvious. For example, under a directive principle of state policy, the Indian Constitution requires the state to "endeavour to protect and improve the environment and to safeguard the forests and wild life of the country."[37] This protection seems to be as much for the benefit of the citizens as for the wildlife and even the forests themselves. But who can sue if the wildlife is not safeguarded? This is not only a question of standing but of the nature of the right and purpose of judicial intervention into the policy-making authority of the state. Is the court empowered to protect the flora and fauna or only to protect the people of the nation? Is a government constitutionally obligated to legislate for the benefit of the rivers, or may it limit its portfolio to helping the citizens directly? Can a constitution protect non-human interests?

These difficult questions of public policy may, in some instances, even require recalibrating the boundaries between the public and private spheres. While some governments are held responsible for the environmental degradation caused by their licensees, some corporations are required to take on public goods like environmental clean-up. Environmental litigation may often in fact invert the normal expectations relating to the roles of public and private parties. Whereas traditional constitutional rights litigation pits the private individual against the public authority, environmental litigation often pits members of the public against a private entity (thus invoking the principle of the horizontal application of constitutional rights and obligations). Moreover, in many of these cases, private individuals are asserting public rights, whereas the government is facilitating private gain.[38] This does not mean just that courts should consider standing questions expansively; rather, environmental litigation is increasingly forcing courts to adjust long-held views about the proper allocation of public and private power. It is therefore a good practice to be explicit about the putative beneficiary of the right either in the constitution itself or in early decisions from the interpreting court.

Indeed, it seems evident that no constitution will address every issue, or even every major issue, that is likely to arise. Interpreting courts, therefore, have a significant and ongoing responsibility to decide these important questions and to use their opinions to explicate them; this would typically include not only explaining the interpretive choices, but setting out the constitutional values and principles that underlie the decision.

[37] India Const. art. 48A. 1976. Forty-second Amendment.

[38] *See, e.g.*, *id.*; Minors Oposa, *supra* note 1, at 173 (involving government-issued timber licenses); Kravchenko & Bonine, *supra* note 5, at 79 (referring to Hungary helping to sell off forests to private interests).

1.9 Install complimentary national and subnational environmental constitutionalism

Complimentary national and subnational constitutional enactments are another good practice in environmental constitutionalism. Led by states in the Americas in general, and Brazil in particular, subnational governments around the globe have seen fit to constitutionalize substantive and procedural environmental rights, environmental duties, and sustainable development for present and future generations, often with much more specificity and enforceability than provided in national constitutions.

Subnational environmental constitutionalism can complement national efforts in several ways. First, subnational constitutions can reflect local environmental concerns that can be ignored or underserved by the national constitution, even when those concerns may address global challenges. Second, subnational constitutions can fill gaps often left open in national constitutions. Remarkable examples of this are found in Brazil, whose state constitutions delineate extensive governmental functions in the service of substantive environmental rights, including promoting biodiversity and sustainability, protecting species and water quality, advancing conservation and environmental education, and enforcing environmental requirements. Complementarity like this reinforces the tenet that environmental protection is a shared obligation between the central and peripheral governments and relevant to both to national identity and local control. Germany provides another example of rich state constitutional environmental protection that supports federal environmental constitutionalism. On the other hand, whatever environmental constitutionalism exists in the United States is more developed at the state level than at the federal level.

1.10 Bundle with constitutional recognition of rights to information, participation and access to justice

Constitutional provisions that protect procedural rights, including principally rights to information on environmental matters, rights of participation in environmental decisionmaking, and access to environmental justice can also materially advance the vindication of substantive environmental rights.

The constitutions of about three dozen countries specifically recognize procedural rights in

environmental matters, primarily to advance a human right to a quality environment. Such rights to information, participation, and access to justice in environmental matters are a modern constitutional innovation. These sorts of provisions appear to serve both human and environmental interests, and can advance democratic values.[39]

Most of these constitutional procedural environmental rights provisions seem to be designed to help implement substantive environmental rights. For example, Ukraine's constitution from 2004 creates an individual right to an environment that is "safe for life and health" and further provides for damages when the right has been violated. It further provides for the right of access to and dissemination of information about the environment as well as the quality of food and consumer goods.[40] Where such provisions expressly denote environmental concerns they are more likely to be invoked by litigants and recognized by courts in environmental cases in part because the language itself suggests that they are designed to complement substantive environmental rights. But they can still be indispensable to the vindication of constitutional environmental rights even where they are where they are of general applicability.

2. ROBINSON TOWNSHIP V. COMMONWEALTH OF PENNSYLVANIA: GOOD PRACTICES IN PRACTICE

The *Robinson Township* opinion from the Pennsylvania Supreme Court reflects good practices in constitutional environmental opinion-writing at the juncture of sustainability, governance and sustainability.

In *Robinson Township*, the Pennsylvania Supreme Court gave life to the state's constitutional environmental rights provision which had been adopted more than 30 years previously. It struck as unconstitutional major parts of “Act 13” – a state oil and gas law designed to promote “horizontal hydraulic fracturing,” or “hydrofracking.” The Environmental Rights

[39] *See* ONZIVU, William. ‘International Environmental Law, The Public’s Health, and Domestic Environmental Governance in Developing Countries.’ **Am. U. Int’l. L. Rev**. v. 21, 2006, p. 672 (‘International human rights law and national constitutions provide for procedural rights that are instrumental in the protection of human health and the environment. These rights include freedom of association, freedom of information, public participation in decisionmaking processes, and access to justice and judicial review.’); Cramer, *supra* note 31, at 74 (‘The push for a fundamental human right to environmental protection is in turn inspiring demands for access to government documents and meetings that deal with environmental matters.’); BANDI, Gyula. ‘The Right to Environment in Theory and Practice: The Hungarian Experience.’ **Conn. J. Int’l. L**. v. 8, 1993, p. 450–65 (discussing the Hungarian Constitution’s public participation provisions); Hayward, *supra* note 3, at 200–03 (discussing procedural environmental rights in Africa and elsewhere).

[40] Ukraine Const. (2004), Ch. II, Art. 50.

Amendment affords rights and imposes public trust duties that are commensurate with other constitutional prerogatives: "It is not a historical accident that the Pennsylvania Constitution now places citizens' environmental rights on par with their political rights."[41] Act 27 was enacted based on "the mischief to be remedied and the object to be attained," namely, to address environmental degradation in the state by promoting individual environmental rights and requiring governmental authorities to hold natural resources in public trust.[42] Horizontal hydrofracking, on the other hand, is a relatively new engineering technique that can be used to gain access to the natural gas and petroleum embedded in deep shale "plays" a mile or deeper under the surface of the earth. The Pennsylvania legislature enacted Act 13 in 2012 to promote the development of the state's extensive "Marcellus Shale" play.

A plurality of the court determined that Act 13 contravenes Section 27's remonstration that the state holds natural resources "in the public trust": "we agree with the citizens that, as an exercise of the police power, [Act 13 is] incompatible with the Commonwealth's duty as trustee of Pennsylvania's public natural resources." It observed: "As the citizens illustrate, development of the natural gas industry in the Commonwealth unquestionably has and will have a lasting, and undeniably detrimental, impact on the quality … of Pennsylvania's environment, which are part of the public trust."[43]

The plurality's opinion in *Robinson Township* reinforces environmental constitutionalism insofar as it represents an authentic attempt to engage the text of the Environmental Rights Amendment. First, it noted that Article 27 – much like many provisions that provide such rights – vests two rights in the people of the state. The first is a right to clean air, pure water, and to the preservation of the natural, scenic, historic and esthetic values of the environment. The second is "a limitation on the state's power to act contrary to this right." Importantly, it held that these rights are equal in status and enforceability to any other rights included in the state constitution, including property rights.

Second, it enforces the "public trust" provisions, that is, the obligations of the state to hold resources in the public trust for all people. Because the state is the trustee of these resources, it

[41] Robinson Township et al. v. Commonwealth of Pennsylvania, Pa. Sup. Ct., No. J-127A-D-2012 (decided Dec. 19, 2013) (plurality opinion), available at: http://blogs.law.widener.edu/envirolawcenter/files/2013/12/J-127A-D-2012oajc1.pdf.

[42] Robinson Township et al. v. Commonwealth of Pennsylvania, Pa. Sup. Ct., No. J-127A-D-2012 (decided Dec. 19, 2013) (plurality opinion), available at: http://blogs.law.widener.edu/envirolawcenter/files/2013/12/J-127A-D-2012oajc1.pdf.

[43] Robinson Township et al. v. Commonwealth of Pennsylvania, Pa. Sup. Ct., No. J-127A-D-2012 (decided Dec. 19, 2013) (plurality opinion), available at: http://blogs.law.widener.edu/envirolawcenter/files/2013/12/J-127A-D-2012oajc1.pdf.

has a fiduciary duty to “conserve and maintain” them: “The plain meaning of the terms conserve and maintain implicates a duty to prevent and remedy the degradation, diminution, or depletion of our public natural resources.”

The plurality in *Robinson Township* also made a point to note that the Environmental Rights Amendment serves both present and future generations. Echoing sentiments from the majority opinion in *Minors Oposa*, it observed: “By any responsible account, the exploitation of the Marcellus Shale Formation will produce a detrimental effect on the environment, on the people, their children, and future generations, and potentially on the public purse, perhaps rivaling the environmental effects of coal extraction.” In so doing, the plurality opinion in particular advances the purpose of constitutional-enshrinement of environmental rights and public trust duties in the first place – to promote environmental protection and advance individual rights to a quality environment.

In some ways, *Robinson Township* is a more modern embodiment of good practices in environmental jurisprudence reflected in the in *Minors Oposa*, in which the Philiippine Supreme Court laid the foundation for recognizing the rights of future generations to bring environmental claims:

> "Petitioners minors assert that they represent their generation as well as generations yet unborn. We find no difficulty in ruling that they can, for themselves, for others of their generation and for the succeeding generations, file a class suit. Their personality to sue in behalf of the succeeding generations can only be based on the concept of intergenerational responsibility insofar as the right to a balanced and healthful ecology is concerned.

But the court went further and elucidated the meaning of the constitutional mandate to protect the "rhythm and harmony of nature."

> Nature means the created world in its entirety. Such rhythm and harmony indispensably include, inter alia, the judicious disposition, utilization, management, renewal and conservation of the country's forest, mineral, land, waters, fisheries, wildlife, off-shore areas and other natural resources to the end that their exploration, development and utilization be equitably accessible to the present as well as future generations.

With this expansive and fundamental conception of nature, the court was able to justify its holding that children and future generations had legitimate and cognizable legal claim.

> Needless to say, every generation has a responsibility to the next to preserve that rhythm and harmony for the full enjoyment of a balanced and healthful ecology. Put a little differently, the

> minors' assertion of their right to a sound environment constitutes, at the same time, the performance of their obligation to ensure the protection of that right for the generations to come."[44]

Robinson Township well reflects the good practices outlined in the prior section. The underlying provisions were adopted in governance structure that already recognized social, economic and cultural rights. The underlying rights were explicit and self-enforcing, and placed within an appropriate constitutional constellation. The rights were also coupled with evolving notions of environmental constitutionalism concerning sustainability, future generations, public trust, and energy use, and afforded participatory rights in a scaffolded legislative and regulatory setting with complimentary municipal and local considerations.

CONCLUSION

The experience that courts have had in trying to make sense of and take seriously constitutional environmental rights reveals a lesson which, when learned, may significantly enrich the praxis of constitutional law generally. At bottom, adoption of good practices in constitutional incorporation of environmental rights, protections, and procedures is multi-faceted and serves as a proxy for social compacts with present and future generations.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

ARGENTINA. **Argentina Constitution**. 1994.

BANDI, Gyula. 'The Right to Environment in Theory and Practice: The Hungarian Experience.' **Conn. J. Int'l. L**. v. 8, 1993.

BRUCH, Carl; COKER, Wole; VANARSDALE, Chris. 'Constitutional Environmental Law: Giving Force to Fundamental Principles in Africa.' **Colum. J. Envtl. L**, v. 26, p. 166-176, 2001.

DALY, Erin. "The Ecuadorian Exemplar: The First Ever Vindications Of Constitutional Rights Of Nature." **RECIEL**, v. 21, n. 1, 2012. Available at: <http://celdf.live2.radicaldesigns.org/downloads/The_Ecuadorian_Exemplar_The_First_Ever_Vindications_of_Constitutional_Rights_of_Nature.pdf>.

GELLERS, Joshua. **Survival of the Greenest**: A Statistical Analysis of Constitutional Environmental

[44] Minors Oposa, text at nn. 9-10.

Rights, 2012. Available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2103960>.

GLOBAL ALLIANCE FOR THE RIGHTS OF NATURE. **Turkey calling for ecological constitution**. Avaiable at: <http://therightsofnature.org/rights-of-nature-laws/turkey-ecological-constitution/>.

Hayward, Tim. Constitutional Environmental Rights, 25–58. Oxford University Press, 2005.

HILL, Barry E.; WOLFSON, Steve; TARG, Nicholas. "Human Rights and the Environment: A Synopsis and Some Predications." **Geo. Int'l Envtl. L. Rev**. v. 16, 2004.

JUNG, Courtney; ROSEVEAR, Evan. **Economic and Social Rights Across Time, Regions, and Legal Traditions:** A Preliminary Analysis of the TIESR Dataset. 30 Nordic Jrnl. Hum. Rights, 2012.

MAY, James R. 'Constituting Fundamental Environmental Rights Worldwide.' **Pace Envtl. L. Rev.** v. 23, p. 113, 2006.

MAY, James R.; Daly, Erin. 'Constitutional Environmental Rights Worldwide.' *In:* May, James R. **Principles of Constitutional Environmental Law**. ABA Publishing, Environmental Law Institute, 2011.

MAY, James R.; DALY, Erin. 'Global Constitutional Environmental Rights.' *In:* ALAM, Shawkat; BHUIYAN, Jahid Hossain; CHOWDHURY, Tareq M.R.; TECHERA, Erika J. **Routledge Handbook of International Environmental Law**. Routledge, 2012.

MAY, James R.; DALY, Erin. 'New Directors in Earth Rights, Environmental Rights and Human Rights: Six Facets of Constitutionally Embedded Environmental Rights Worldwide.' **IUCN Academy of Environmental Law E-Journal**. v. 1, 2011.

MAY, James R.; DALY, Erin. 'Vindicating Fundamental Environmental Rights Worldwide.' **Ore. Rev. Intl. L.** v. 11, p. 365-440, 2010.

ONZIVU, William. 'International Environmental Law, The Public's Health, and Domestic Environmental Governance in Developing Countries.' **Am. U. Int'l. L. Rev**. v. 21, 2006.

PLESSIS, Louis J. Kotze; Anél du. 'Some Brief Observations on Fifteen Years of Environmental Rights Jurisprudence in South Africa.' **Journal of Court Innovations**. v. 3, 2010.

SHELTON, Dinah. "Human Rights and the Environment: What Specific Environmental Rights Have Been Recognized?" **Denv. J. Int'l L. & Pol'y.** v. 35, 2006.

SRIPATI, Vijayashri. Human Rights in India – Fifty Years after Independence. **26 Denv. J. Int'l L. &**

Pol'y, 1997.

WHEELER c. Director de la Procuraduria General Del Estado de Loja Juicio, No. 11121-2011-0010 ('Wheeler'). Available at <http://blogs.law.widener.edu/envirolawblog/2011/07/12/ecuadorian-courtrecognizes-constitutional-right-to-nature/>.

VIDAL, John. **Bolivia enshrines natural world's rights with equal status for Mother Earth.** Avaiable at: <http://www.guardian.co.uk/environment/2011/apr/10/bolivia-enshrines-natural-worlds-rights>.

SOBERANIA: UM CONCEITO EM TRANSFORMAÇÃO

Jorge Luiz dos Santos Leal[1]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise, ainda que sucinta, do conceito de soberania, como ela foi entendida no seu surgimento, sua evolução e apresentar o seu panorama atual, tentando levantar hipóteses de seus destinos possíveis. A ideia de soberania está intrinsecamente ligada à de Estado, mais precisamente do Estado moderno, sendo um dos seus atributos e elemento caracterizador. O estudo averigua a situação da soberania estatal no período atual, chamado de pós-modernidade, um período da história em que a complexidade, a desordem, a indeterminação e a incerteza que caracterizam a sociedade devem conduzir à construção de um novo modelo de organização social (Chevallier[2]). Seria isso a construção de uma nova forma de Estado?

O conceito de soberania traz a ideia de poder, de capacidade de uso da força, de exclusividade. Em um mundo globalizado, onde a interdependência entre os Estados nacionais é indispensável, ainda há espaço para a soberania clássica? Ainda são aceitos Estados com poder absoluto dentro de seu território e que não admitem qualquer tipo de sujeição ou limitação de entes externos? Eventuais relações diplomáticas ou comerciais com outros Estados afetariam a soberania de um Estado, diminuindo-o ou enfraquecendo a sua condição de Estado?

O método de estudo é o bibliográfico, consistente na análise de doutrina sobre o Estado e direito internacional público, além de notícias obtidas na internet. O tratamento da matéria será feito pelos métodos dedutivo e argumentativo. Está apresentado em um capítulo com o título soberania, com um escorço histórico sobre o conceito, sua evolução e as teorias sobre a sua origem, chegando aos problemas atuais de relativização. A finalidade é fornecer conceitos simples sobre os motivos que levaram à situação atual. Nas considerações finais busca responder se o conceito de soberania está mudando, seu conteúdo atual e qual a tendência para o futuro.

---

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - Direito/Rio. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho, Rondônia - Brasil. e-mail: leal@tjro.jus.br

[2] CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 20.

1. SOBERANIA

Segundo a lição de Sahid Maluf[3]: "Etimologicamente, o termo soberania provém de *superanus, supremitas*, ou *super omnia*, configurando-se definitivamente através da formação francesa *souveraineté*, que expressava, no conceito de Bodin, "o poder absoluto e perpétuo de uma República"". Impossível falar do conceito de soberania sem começar por essa clássica definição, dada por Jean Bodin, na obra Os seis livros da República publicada em 1576. Segundo o doutrinador francês, soberania era o poder absoluto, perpétuo e exclusivo do rei sobre todos os que viviam no seu território.

Seus antecedentes vêm desde a antiguidade e, na lição de Sahid Maluf, era conhecida no Estado Grego antigo como *autarquia*, significando um poder moral e econômico, de autossuficiência do Estado; entre os Romanos, como poder de *imperium,* considerado como poder político transcendente da majestade imperial incontrastável; nas monarquias medievais era a *suserania*, de fundamento carismático e intocável; no absolutismo monárquico era o poder pessoal e exclusivo dos monarcas, sob a crença da origem divina do poder de Estado; no Estado moderno, após a Revolução Francesa, a soberania firmou-se como conceito de poder político e jurídico emanado da vontade geral da nação.[4]

Como a soberania trazia consigo a ideia de poder absoluto, necessário esclarecer, a par da sua origem, também a questão da titularidade do seu exercício.

Este trabalho tratará apenas da questão da soberania a partir da formação do Estado moderno, pois é o Estado como conhecemos hoje, exprime a configuração dos estados existentes e rege as relações internacionais entre os diversos atores no direito das gentes.

Pode-se pensar que o conceito de soberania veio a lume como consequência da chamada Paz de Westphalia, decorrente de tratado assinado em Munster na Alemanha em 1648. Nele foi reconhecida a soberania dos Estados. Contudo, ao apurar as datas em que isso aconteceu observa-se que a obra de Bodin foi publicada em 1576, o que demonstra que a ideia, o conceito de soberania, já existia anteriormente entre os pensadores e foi aceita amplamente com o tratado de Westphalia[5]. Esse tratado teve imensa importância para a formação do Estado moderno porque

[3] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.30.

[4] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. P.30.

[5] Na verdade, foram dois tratados, assinados em Munster e Osnabruck (região da Westphalia) entre o Imperador Ferdinando III e a França e entre o Imperador e a Suécia.

rompeu com o modelo feudal medieval baseado no poder temporal da Igreja, bem como do Sacro Império Romano-Germânico, pôs fim à Guerra dos trinta anos e mudou a face da Europa[6].

Quanto à origem, deve-se dizer que há várias teorias sobre a fonte do poder soberano. Maluf[7] refere-se às teorias carismáticas do direito divino (a soberania vem de Deus); às teorias democráticas (a soberania provém da vontade do povo ou da nação); A teoria da soberania do Estado (segundo as escolas alemã e vienense). Há ainda a teoria negativista e a teoria realista ou institucionalista. Dallari[8], ao tratar da justificação do poder soberano, faz referência a dois grandes grupos de teorias, as teocráticas e as democráticas, não havendo divergência significativa.

Faz-se um pequeno resumo de cada uma delas, segundo a visão de Maluf[9]:

As teorias carismáticas têm como base o direito divino dos reis, em que os monarcas eram considerados como representantes de Deus na terra, concentrando todos os poderes, que não podiam ser limitados. No dizer de Bodin[10]: "a soberania do rei é originária, ilimitada, absoluta, perpétua e irresponsável em face de qualquer outro poder temporal ou espiritual."

As teorias democráticas do poder (chamadas de teoria da soberania popular e teoria da soberania nacional) modificam o entendimento da origem do poder. Deslocando-o de Deus para o povo (a primeira) ou para a nação (a segunda). Uma diferença marcante entre essas duas teorias é de que na primeira todos os habitantes de um país, mesmo os não nacionais, podem influenciar no resultado. Na segunda delas, apenas aos nacionais é reconhecida a legitimidade para definir os seus destinos. Apenas aos componentes do povo nacional (nação em sentido estrito) se reconhece o direito de atribuir o poder soberano a alguém. Também é chamada de escola clássica francesa.

Na teoria da soberania do Estado, onde estão situadas as escolas alemãs e austríacas, vê-se uma outra abordagem para a fonte do poder soberano. Elas o colocam no próprio Estado, seguindo a lição de Jellinek[11]. Entendem que o Estado tem a capacidade de autodeterminar-se, sendo a soberania apenas uma qualidade do poder do Estado. Para ele o Estado é anterior ao

---

[6] Para saber mais: A paz de Vestfália – um marco na história da Europa. Biblioteca on-line da Torre de Vigia. http://wol.jw.org/pt/wol/d/r5/lp-t/2004205?q=a+paz+de+vestf%C3%A1lia&p=par acesso em

[7] MALUF, Sahid, **Teoria Geral do Estado**. Ps. 31/37.

[8] DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17ª. ed. - São Paulo: Saraiva, 1993. p. 70.

[9] MALUF, Sahid, **Teoria Geral do Estado**. Ps. 31/37.

[10] *Apud* MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. p. 31.

[11] Para Jelinek, a soberania é a capacidade de autodeterminação do Estado por direito próprio e exclusivo. *Apud* MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. p. 33.

direito, sendo a sua fonte[12]. A soberania seria um poder de direito, criado pelo Estado, justificando-se na vontade do Estado que o criou. Por isso teria caráter absoluto e ilimitado. Essa fundamentação teórica foi usada para justificar os estados nazista e fascista e todos os totalitarismos porque não há limites para os direitos que o Estado pode outorgar-se.

Além dessas, há uma outra corrente teórica que trata da soberania, para negar-lhe existência. A teoria negativista, formulada e defendida por León Duguit entende que a soberania é uma crença, uma ideia abstrata, indemonstrada, indemonstrável e inútil[13] porque não haveria fonte de direito fora do próprio Estado, sendo este "a organização da força a serviço do direito"[14]. Essa teoria sofreu forte crítica, defendendo Sahid Maluf que é, em última análise, a lei e, lembra as palavras dos constituintes argentinos de 1853: "os homens se dignificam prostrando-se perante a lei, porque assim se livram de ajoelhar-se perante tiranos."[15]

Por fim, a teoria realista ou institucionalista, que admite a origem da soberania na nação, mas fixa o seu exercício no Estado, ao estabelecer o seu ordenamento jurídico. É consequência do exercício do poder de auto-organização nacional e autodeterminação estatal. Segundo Maluf[16], essa teoria "Conduz à conceituação da soberania como poder relativo, sujeito a limitações como a seguir se ressalta". Na sequência fala das limitações da soberania, que serão tratadas mais adiante.

1.1 Características

São características da soberania, segundo a escola clássica:[17] A unidade, a indivisibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade. Ela é una porque exige exclusividade dentro de um território. É impossível conceber-se dois poderes soberanos sobre um mesmo território. Daí que apenas um poder será admitido como soberano em um local determinado.

INDIVISÍVEL porque não permite seja entregue, repartida, compartilhada ou dividida. O poder absoluto pode delegar o exercício de certas faculdades suas, mas sempre permanecerá consigo o poder de revogar essas delegações, transferi-la a outrem ou exercer diretamente o

[12] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. p. 34.

[13] *Apud* MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. p. 35.

[14] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. p. 35.

[15] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. P. 36.

[16] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. P. 37.

[17] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. P. 33.

poder.

INALIENÁVEL porque decorrente de concessão da nação, constituída pela soma das vontades dos cidadãos. Os ocupantes do poder devem exercer a soberania de acordo com a vontade da nação.

IMPRESCRITÍVEL porque a sua natureza é de perpetuidade, não sofrendo limitação de tempo. O caráter do Estado soberano é de definitividade e eternidade, não existindo soberania temporária ou com prazo determinado.

Dallari fornece a seguinte explicação, extremamente didática[18]:

> 35. Quanto às características da soberania, praticamente a totalidade dos estudiosos a reconhece como una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela é una porque não se admite num mesmo Estado a convivência de duas soberanias. Seja ela poder incontrastável, ou poder de decisão em última instância sobre a atributividade das normas, é sempre poder superior a todos os demais que existam no Estado, não sendo concebível a convivência de mais de um poder superior no mesmo âmbito. É indivisível porque, além das razões que impõem sua unidade, ela se aplica à universalidade dos fatos ocorridos no Estado, sendo inadmissível, por isso mesmo, a existência de várias partes separadas da mesma soberania. Não se deve confundir a teoria da divisão do poder, de que mais adiante se tratará pormenorizadamente, com uma forma de divisão da soberania, pois a chamada divisão do poder é, na verdade, uma distribuição de funções. A soberania é inalienável, pois aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, a nação, ou o Estado. Finalmente, é imprescritível porque jamais seria verdadeiramente superior se tivesse prazo certo de duração. Todo poder soberano aspira a existir permanentemente e só desaparece quando forçado por uma vontade superior.

1.2 Limitações

Assentadas essas noções iniciais, o passo seguinte é descobrir se haverá algum limite ao poder soberano do Estado.

Como visto acima, a própria noção de soberania dá a ideia de poder ilimitado e absoluto, insuscetível de qualquer limitação, entendendo poder absoluto no sentido de não estar sujeito a nenhum outro poder (Darcy Azambuja[19]). Porém, deve ser recordado que o Estado não existe sozinho no mundo. Ele convive com outros Estados soberanos, convive na comunidade das nações e, como tal, para permitir a paz e afastar o fantasma das grandes guerras, há limitações ao poder de cada um. Além disso, os princípios de direito natural também são limitadores do poder

[18] DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 69.

[19] AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005. p. 81.

soberano. Como terceiro elemento, tem-se que os direitos do próprio povo e dos grupos sociais que compõe o Estado são limitadores do exercício do poder soberano. Daí poder-se dizer que há limites à soberania de um Estado.

Darcy Azambuja[20] esclarece a existência de limites à atuação do Estado. Afirma que o poder soberano do Estado, absoluto e supremo no seu domínio, não é e nem poderia ser arbitrário e sem limites. Faz referência a limitações necessárias e contingentes. Entre as necessárias inclui os limites impostos pela própria natureza das coisas, pela natureza da soberania e dos objetivos do Estado. Para cumprir o bem comum, que é o seu fim, o Estado deve respeitar os princípios do Direito e da Moral. Chega a afirmar que "nenhuma autoridade é legítima se não conforma sua atividade às normas universais de justiça, equidade e dever moral, que existem porque o homem é um ser inteligente e racional." [21] Ensina também que os direitos naturais da pessoa humana são limitadores do Estado e que a existência de outros Estados serve de limites à sua soberania, pois uns limitam os outros. Nas limitações contingenciais inclui aquelas exigências decorrentes do consenso comum em que o Estado se encarrega de realizar certas atividades e evitar outras e afirma que elas nascem de circunstâncias variáveis no tempo e no espaço.

Maluf[22] esclarece:

> A soberania é limitada pelos princípios de direito natural, pelo direito grupal, isto é, pelos direitos dos grupos particulares que compõem o Estado (grupos biológicos, pedagógicos, econômicos, políticos, espirituais etc.), bem como pelos imperativos da coexistência pacífica dos povos na órbita internacional.

Além disso, a soberania tem duas frentes de atuação. Na verdade, ela se exterioriza de duas formas diferentes: a interna e a externa. Na primeira a sua expressão é o poder cogente de fazer cumprir a lei pelos ocupantes do seu espaço territorial, sendo exercitada como o poder do uso regular ou legal da força. Externamente a soberania representa a independência que tem o Estado em relação aos demais Estados na ordem internacional.

Dallari[23] leciona que a soberania continua a ser concebida de duas maneiras distintas, como sinônimo de poder jurídico mais alto, entendido como o poder de decisão de última instância dentro do seu território, e sinônimo de independência, pela não submissão a qualquer potência

[20] AZAMBUJA, Darcy**. Teoria Geral do Estado**. p. 84.

[21] AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. p.84.

[22] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 37.

[23] DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. P. 72.

estrangeira.

A discussão teórica sobre a titularidade da soberania evoluiu ao longo dos séculos e apresenta visões diferentes. No dizer de Azambuja[24] "é sem dúvida o ponto mais controvertido da doutrina do Estado o que trata do titular do poder político, ou da soberania, pois, como temos frisado, os autores denominam geralmente soberania o poder político."

Na fase da monarquia absoluta, o titular da soberania era o rei, não devendo qualquer explicação a qualquer pessoa, pois exercia o seu direito divino de governar.

Os seguidores da Escola Clássica Francesa entendem que o titular da soberania é a nação, identificando nação e Estado. Para os seguidores das escolas alemãs e austríacas, o titular da soberania e do poder político é o Estado, não a nação ou o povo. Seguiram essa corrente Rousseau, Esmein, Hauriou, Paul duez, Villey e Berthélemy.[25]

Darcy Azambuja[26] faz uma explicação muito lógica e convincente sobre essa questão. Diz que somente o elemento humano tem vontade e pode agir (povo ou nação). Porém, juridicamente, o poder é exercido pelo Estado (a nação juridicamente organizada). Diz que o "Estado é a expressão jurídica, a fisionomia legal da nação."

Por isso, vê-se que o titular da soberania é a nação, o povo nacional, que a exerce através do Estado politicamente organizado. A Constituição da República Brasileira esclarece essa questão:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> *...omissis...*
>
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Daí a extrema importância da representação política organizada, já que exerce a soberania (o poder) em nome do povo (ou da nação), quando o povo não o faz diretamente, o que ocorre somente em casos especiais, como referendos e plebiscitos.

---

[24] AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. P. 84.

[25] MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. p. 32.

[26] AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. P. 86.

1.3 A ONU

Inicialmente poder-se-ia pensar que o poder soberano de um Estado não encontraria limites e que poderiam assenhorar-se de outros estados mais fracos, gerando tentativas de conquista territorial e aquilo que Maluf[27], citando Hobbes, chamou de guerra de todos contra todos. Esse doutrinador fez referência à necessidade de limitação da soberania dos Estados a fim de evitar ie repetissem guerras de conquista e afirmou: "A humanidade sentiu na pele as consequências da inexistência de limites, como foi a corrida imperialista que provocou a I Guerra Mundial."

Com a finalidade de atender esse objetivo (imposição de limites à soberania dos Estados) surgiu a Liga das Nações ou Sociedade das Nações em 1919 (Maluf[28]). Entretanto, a sua atuação não foi suficiente para evitar o desastre que foi a II Guerra Mundial, vindo a extinguir-se em 1946.

Após o flagelo do nazismo e do fascismo a comunidade internacional convenceu-se da necessidade de criar um organismo com autoridade e peso visando a defesa da paz mundial[29]. Por isso que foi criada, em 1945, a Organização das Nações Unidas, com o fim claro de impor limitações às soberanias dos Estados como justificação ética e política visando ao desenvolvimento das nações e promover a paz mundial.

O preâmbulo da Carta da ONU[30], o tratado que estabeleceu as Nações Unidas, é esclarecedor:

> NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS
>
> a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.
>
> E PARA TAIS FINS,

[27] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. P. 41.

[28] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. P. 41.

[29] MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Ps. 41/42.

[30] Página web da ONU no Brasil. Endereço: https://nacoesunidas.org/carta/ acesso em 22.4.16.

praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos.

RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.

Dentre os inúmeros itens relevantes na Carta das Nações, destaca-se neste momento o artigo 2º[31]:

ARTIGO 2 – A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:
1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.
2. Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta.
3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.
4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.
5. Todos os Membros darão às Nações toda assistência em qualquer ação a que elas recorrerem de acordo com a presente Carta e se absterão de dar auxílio a qual Estado contra o qual as Nações Unidas agirem de modo preventivo ou coercitivo.
6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.
7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; esse princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capitulo VII.

Nele se observa a proibição da guerra de conquista, a grande causa das duas grandes guerras do século XX.

Nos dias atuais, a nossa Constituição fornece as diretrizes para atuação do Estado Brasileiro nas suas relações internacionais, impondo-se limites:

[31] Fonte: Página da ONU no Brasil Endereço eletrônico: https://nacoesunidas.org/carta/cap1/ acesso em 23.4.16.

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
>
> I - independência nacional;
>
> II - prevalência dos direitos humanos;
>
> III - autodeterminação dos povos;
>
> IV - não-intervenção;
>
> V - igualdade entre os Estados;
>
> VI - defesa da paz;
>
> VII - solução pacífica dos conflitos;
>
> VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
>
> IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
>
> X - concessão de asilo político.

Extrai-se da Carta da ONU, instituída por tratado, e da Constituição da República que o Brasil, citados acima, e mais de 190 Estados soberanos abrem mão de parte de sua soberania visando um bem maior, próprio e da humanidade.

Isso não quer dizer que esses países abrem mão de exercer o poder que têm legitimamente como Estados-nação. Quer dizer que eles estabelecem limites para si mesmos, sempre visando o bem maior de toda a humanidade. Com certeza a Carta das Nações e a massiva adesão dos países aos seus conceitos é um salto civilizatório necessário para buscar evitar as tragédias que mostram a história.

1.4 A violação à soberania dos Estados fracos

Varella expõe uma visão mais firme no sentido da relativização do conceito de soberania, tanto externa quanto internamente. Afirma[32]:

> Mesmo entre os juristas mais tradicionais, a soberania de hoje não é mais concebida como um poder absoluto e incondicional; é um conjunto de competências exercidas no interesse geral da população nacional, mas também, ainda que em menor medida, de acordo com os interesses gerais da comunidade internacional como um todo. O conjunto de limitações consolida-se sobre as duas faces da soberania interna e externa.

Explica que a soberania vem sofrendo enfraquecimento internamente pela perda da capacidade dos Estados de uso exclusivo da violência, citando e existência de "zonas cinza", áreas

[32] VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 265.

em que o controle estatal sobre a segurança é inexistente. No plano externo, o processo de internacionalização dos direitos vem atribuindo competências e capacidades soberanas dos Estados para instâncias internacionais ou supranacionais, dando como exemplo as questões relativas à integração regional, direito internacional ambiental, humanitário e econômico[33].

Até aqui vê-se que a evolução foi longa e contou com a participação voluntária dos países, dependendo de sua aceitação às limitações impostas pelos tratados e convenções.

Jacques Chevallier deixa clara a existência de um problema quanto à soberania nos dias atuais. Afirma a existência de Estados-Nação em momentos distintos da história, tendo significados diferentes para cada um deles. Faz referência a um modo de classificação dos Estados, citando R. COOPER[34]:

> Assim, os Estados contemporâneos deveriam, para alguns (R. COOPER, 2003), ser classificados em três grupos: os Estados "pré-modernos" (tais como o Afeganistão, a Somália, a Libéria e, mais generalizadamente, a maioria dos Estados africanos), muito frágeis e fracos para apresentar todos os atributos de Estados autênticos; os Estados "modernos" (Índia, China, Brasil…), vinculados à noção tradicional de Estado como detentor do monopólio da força; os Estados "pós-modernos", nos quais a soberania tende a dar lugar a uma nova lógica de interdependência e de cooperação, apagando a separação entre assuntos interiores e exteriores.

No final do século XX houve a modificação no modo de enxergar a soberania dos Estados-nação. Passaram a existir violações à soberania de certos países contra a sua vontade. Esse é o ponto mais importante, contra a sua vontade. Isso ocorreu naqueles Estados fracos, incapazes de garantir a vida ou a paz em seus territórios, sendo reconhecido pela ONU a necessidade de intervenção externa.[35] Aqueles onde isso aconteceu são chamados de Estados fracos (Fukuyama) ou arruinados / falidos (Chevallier)[36].

Fukuyama[37]-[38] afirma que as bases para a erosão da soberania dos chamados fracos foram lançadas nos anos 90 do século XX, quando das intervenções humanitárias. Afirmou:

> Nos debates sobre intervenção humanitária, foi dito que o sistema de Westfália não era mais uma estrutura adequada para as relações internacionais. O sistema de Westfália foi construído em torno

[33] VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional público**. p. 265.

[34] Chevallier, Jacques. **O Estado pós-moderno**. p. 21.

[35] Informação extraída do site da ONU. Sanções do Conselho de Segurança da ONU. Para saber mais: http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsId=49449#.Vxf50tRsMdW acesso em 22.4.16.

[36] Chevallier, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Ps. 23 e 46.

[37] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados: governo e organização mundial no século XXI.** Tradução de Nivaldo Montingelli Jr.- Rio de Janeiro: Rocco, 2005. P. 128.

[38] Estados fracos são aqueles sem força, em que falta capacidade institucional para implementar políticas e forçar o seu respeito.

> de um agnosticismo deliberado sobre a questão da legitimidade. Foi dito que o fim da guerra Fria havia gerado na comunidade mundial um consenso muito maior a respeito dos princípios de legitimidade, não podiam mais ser automaticamente conferidas ao detentor do poder de fato em um país. A soberania do Estado era uma ficção ou brincadeira de mau gosto, no caso de países como Somália ou Afeganistão, que eram governados por chefes guerreiros. Ditadores que desrespeitavam os direitos humanos, como Milosevic, na Sérvia, não poderiam se esconder atrás do princípio da soberania para se proteger enquanto cometiam crimes contra a humanidade, particularmente em Estados de múltiplas etnias, como a antiga Iugoslávia, onde as fronteiras do Estado soberano em questão foram contestadas. Nessas circunstâncias, as potências externas, agindo em nome dos direitos humanos e da legitimidade democrática, tinham não apenas o direito, mas também a obrigação de intervir.

Ele afirma que se criou um "poder imperial internacional de fato sobre os "Estados falidos" do mundo"[39].

E ainda defende que a violação da soberania de países para atender a questões humanitárias da Somália, Haiti, Camboja, região dos Bálcãs, Afeganistão, Sérvia, Kosovo e Timor Leste foram justificadas e as suas ações foram bem intencionadas e baseadas nos direitos humanos e na democracia, mas estabeleceu aquilo que chamou de precedente para a capitulação da soberania à governança por mecanismos internacionais[40].

Ocorre, porém, que a partir da aceitação dos Estados e da comunidade internacional como um todo da violação do princípio da soberania para atender a questões humanitárias, surgiu uma outra questão: a possibilidade de violar o princípio da soberania de Estados fracos ou falidos que possam criar ameaças à segurança de outros estados. Deve ser lembrado que não há notícia na história recente da violação da soberania de algum Estado com poder bélico forte.

O mesmo Fukuyama faz a defesa da aceitação desse tipo de violação por entender que a legítima defesa própria é tão válida quanto a defesa de terceiro. Diz textualmente que a autodefesa não é menos legítima que a defesa de terceiro[41].

É inquestionável que a existência de armas de destruição em massa nas mãos de países não alinhados com a política mundial de segurança recíproca e que por serem atores regulares no concerto das nações, estão sujeitos às formas tradicionais de pressão para que se adequem aos acordos e tratados internacionais, ou mesmo nas mãos de agentes não estatais, é assunto que não pode ser deixado de lado. A busca da paz envolve a tomada de medidas que evitem agressões de

[39] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. p. 129.

[40] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. p. 129.

[41] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. p. 130.

outrem. Por isso a aceitação da ONU para as medidas tomadas contra o Iraque e outros países.

Na visão de Fukuyama, a possibilidade de violar a soberania de um país já está superada. A questão que surge é quem decide que soberania violar, e por qual motivo[42]. Nesse ponto o autor defende a existência de duas posições divergentes sobre a questão da legitimidade internacional. A Americana e a Europeia. Enquanto que na visão Europeia, a legitimidade democrática vem da vontade da própria comunidade internacional, que é muito maior do que qualquer Estado-nação isolado. A conjugação dessas forças são "expressões morais da vontade e das normas da comunidade internacional"[43]; na visão americana não existe outra fonte de legitimidade mais alta que o Estado-nação democrático constitucional. Para eles, a ONU e os organismos internacionais têm legitimidade porque a receberam dos Estados-nação através de negociações e pontua que essa legitimidade pode ser retirada a qualquer momento. Esclarece: "As leis e organizações internacionais não têm existência fora deste tipo de acordo voluntário entre Estados-nação soberanos"[44].

Por isso, pode-se concluir que apenas a ONU tem legitimidade para admitir violações à soberania de algum país, nos casos de graves violações aos direitos humanos, perigo à segurança de algum outro país ou ameaça terrorista. Admitir ações como a dos Estados Unidos inicialmente contra o Iraque, sem a chancela da ONU, seria aceitar sejam feitas guerras sob subterfúgios, apenas para atender a interesses momentâneos e pontuais de alguma grande potência. Na verdade, essa visão é uma limitação à ação dos Estados Unidos que, vez ou outra, assume posição tendente ao imperialismo.

Até este momento a evolução do conceito de soberania não apresenta grandes dificuldades. É certo que houve uma evolução e melhor interpretação do seu conceito, pois exigências práticas fizeram mudar a ideia de poder absoluto e perpétuo de uma república, reduzindo-o inicialmente para efetividade dentro de seus limites territoriais. Posteriormente estabeleceu-se a existência de limites também em relação aos Estados vizinhos, criando-se mecanismos de autorregulação, como tratados e convenções, pela necessidade de preservar a paz. Num outro passo, como consequência principal das duas grandes guerras mundiais, admitiu-se a limitação explícita da soberania – voluntariamente aceita – dos Estados-nação com a criação

[42] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. p. 137.

[43] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. p. 143.

[44] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. p. 143.

da ONU e, principalmente, a proibição da guerra de conquista. Em passo mais recente, chegou-se à aceitação da violação do princípio da soberania para admitir-se intervenções das Nações Unidas com caráter humanitário (anos 80 e 90 do século XX)[45]. Mais recentemente tem-se admitido a violação do princípio da soberania dos Estados fracos (na expressão de Fukuyama) que sejam representantes de risco para outros países, tendo como exemplo o Iraque, que descumpria as recomendações da ONU e era uma ameaça séria à paz no Oriente Médio.

1.5 O terrorismo

Ocorre, porém, que nos dias atuais há um complicador que apresenta extrema dificuldade de encontrar uma solução.

Trata-se do terrorismo. Praga que não existe como Estado-nação e não está sujeito a qualquer tipo de sanção tradicional da ONU. Os que fazem parte do Boko Haran, da Al-Quaeda e do Estado Islâmico não veem fronteiras e Estados. Veem possíveis vítimas, inimigos e consideram ser sua missão sagrada destruí-los.

Da observação das notícias dos jornais, vê-se que atentados terroristas têm atingido vários países sem distinção de religião principal. Os atentados às Torres Gêmeas em Nova York, ao metrô de Madri, ao Charlie Hebdo em Paris, ao Bataclã na mesma cidade, em Bali, no Afeganistão, a derrubada do avião russo em Israel, explosão na Turquia são exemplos que os agentes do terror não têm limites, não tem fronteiras. Estão dispostos a fazer qualquer coisa para atingir seus objetivos, que são incompatíveis com a liberdade dos outros povos e com tudo aquilo que está na Carta das Nações da ONU.

O que está acontecendo na Síria e no Iraque com o avanço do Estado Islâmico é uma verdadeira afronta à civilização e à paz mundial. As levas de refugiados que têm chegado à Europa e a sua epopeia para buscar um mundo melhor são notícias constantes nos jornais a exigir da comunidade internacional a tomada de medidas urgentes para solucionar o problema.

Considerando isso, parece claro que nenhum país do mundo vai falar contra a atuação dos Estados Unidos, da França e da Rússia em bombardear as posições do Estado Islâmico na Síria e no Iraque, o que está acontecendo hoje e foi fortemente influenciado pelos atentados terroristas

[45] O primeiro regime de sanção aplicado pela ONU ocorreu em 1966 em relação à Rodésia. Foram implementados 25 regimes de sanção até hoje e há 15 ainda em vigor. Fonte: http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsId=49449#.Vxf50tRsMdW acesso em 22.4.16.

praticados em Paris em novembro de 2015[46]. É evidente que isso é uma clara violação ao princípio da soberania do Iraque e da Síria, que são incapazes de tomar medidas que evitem o trânsito dos terroristas desse e de outros grupos. Ocorre, porém, que esses grupos terroristas têm bases instaladas em outros países. Aceitarão eles a realização de invasão de seu território?

Esse assunto é melindroso e vai causar graves consequências para os países interessados. A Turquia abateu dois caças russos porque entraram no seu espaço aéreo sem autorização quando bombardeavam posições do EI na Síria[47]. Aguarda-se que os países utilizem-se da política e da ONU para mediar seus conflitos e buscar, conjuntamente, soluções que sejam satisfatórias para todos.

Mas, qual o passo seguinte: há ainda outros motivos para admitir a violação do princípio da soberania? Seria suficiente alegar pouca democracia? Contrariar os interesses econômicos dos países poderosos? Possuir ativos estratégicos mundiais (petróleo/água/minerais/biodiversidade)? Nacionalizar fábricas de empresas multinacionais? Oprimir o próprio povo? Não se tem respostas para tais perguntas, mas espera-se que elas sejam feitas e as possíveis soluções sejam discutidas abertamente com toda a sociedade das nações, evitando-se ações individuais. E o momento em que isso irá acontecer não está longe. A Coreia do Norte já possui armas nucleares e demonstra claramente não estar contente com as sanções que lhe foram impostas pela ONU.

1.6 A mudança das esferas de poder ou a crise de legitimidade

Ponto que merece ser lembrado é que a globalização tem trazido graves problemas, pois as esferas de poder têm sido deslocadas do Estado-nação tradicional, para entidades transnacionais, organismos internacionais, para organizações não governamentais e ao Mercado que não devem obediência a qualquer país específico e têm uma lógica própria de preservação de seus interesses, notadamente econômicos.

Fukuyama[48] defende que há necessidade dos Estados soberanos como única forma de exercer a força, o poder político, legitimamente:

---

[46] Reportagem da Folha de São Paulo: **Ataques coordenados aterrorizam Paris e deixam 129 mortos**. Fonte: http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/11/1706236-policia-francesa-registra-tiroteio-e-explosao-em-paris.shtml

[47] Reportagem do site Estadão: **Turquia abate caça russo e Putin diz que é 'punhalada nas costas'**. Endereço: http://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,turquia-derruba-um-um-caca-russo-perto-da-fronteira-com-a-siria,1801098 acesso em 23.4.16.

[48] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. Ps. 156/157.

> Embora não desejemos retornar a um mundo de grandes potências em choque, precisamos estar atentos para a necessidade de poder. Aquilo que somente os Estados são capazes de fazer é agregar e distribuir poder legítimo. Este poder é necessário, em termos nacionais, para fazer com que as leis sejam cumpridas e, no plano internacional, para preservar a ordem mundial. Aqueles que se manifestaram a favor do "crepúsculo da soberania" - quer sejam partidários do livre mercado, à direita, ou multilateralistas comprometidos à esquerda – precisam explicar o que irá substituir o poder dos Estados-nação soberanos no mundo contemporâneo (veja Evans, 1997). O que preenche de fato este vazio é uma mistura heterogênea de corporações multinacionais, organizações não-governamentais, organizações internacionais, sindicatos do crime, grupos terroristas e assim por diante, que podem ter algum grau de poder ou legitimidade, mas raramente ambos ao mesmo tempo. Na ausência de uma resposta clara, não temos escolha a não ser retornar ao Estado-nação soberano e tentar mais uma vez aprender como torná-lo forte e eficaz.

Além disso, vem surgindo uma outra situação que tem repercussão relevante na forma como os Estados devem agir. Numa era de *whatsapp, facebook, Twiter*, celular global, videoconferência, facilidade de trânsito de pessoas e coisas por vários países, de companhia aéreas de baixo custo, de universalização do mercado como senhor e possuidor de nossas almas, não há como pensar em fronteiras e soberania como conhecidas até os anos 70 do século passado.

O mundo ficou menor e é comum grupos de pessoas que se comunicam em tempo real estando em locais diferentes de um mesmo país, até do globo. A internet e o *whatsapp* permitem ligar pessoas que estão em Rondônia, em Santa Catarina, Na Itália, nos Estados Unidos e outros lugares todos ao mesmo tempo. Além disso, percebe-se claramente a dominação do mercado consumidor mundial por uma pequena gama de marcas representativas desses avanços tecnológicos, quase como se fosse uma nova colonização. Aparelhos celulares, computadores pessoais, vestimentas, bebidas, carros, entre outros itens, são quase que os mesmos em grande parte do mundo. Remédios são exatamente os mesmos, pois os grandes laboratórios farmacêuticos são mundiais. Isso demonstra que existe uma verdadeira universalização dos mesmos produtos, tornando as populações dos Estados quase que dependentes das empresas que os produzem.

O que pode ser extraído dessa realidade é que houve uma mudança do foco de poder dos Estados-Nação para as grandes empresas – para o mercado produtor de bens e serviços como um todo como consequência de globalização. Com essa mudança de foco, o poder tradicional do Estado está passando por um processo de esvaziamento, já que o mercado e as grandes empresas têm direcionado o consumo para aquilo que eles desejam vender, passando por cima de eventuais interesses dos Estados. A sua lógica é sempre a do lucro e ele não conhece fronteiras. O problema

é que as novas fontes de poder da sociedade mundial passaram a ser as grandes corporações. E elas não são controladas ou controláveis de acordo com as regras da ONU.

CRUZ e BODNAR[49] defendem a necessidade de surgimento de um estado transnacional, libertando-se da questão da territorialidade e da soberania moderna, aqui entendida como típica do Estado moderno. Afirmam que está correndo a progressiva "desterritorialização" e "desestatização" nos processos de tomada de decisão do mundo contemporâneo. Defendem ser uma possibilidade do Estado transnacional ser um "não Estado nacional moderno" e um "não Estado territorial"[50]:

> Assim, ter-se-ia um conceito de Estado que: a) (re) conheceria a globalidade em sua dimensão plural como elemento fundamental irreversível e b) transformaria a norma e a organização do Direito Transnacional na chave de uma redefinição e revitalização do político, não apenas como Estado, mas também enquanto Sociedade Civil.
>
> …
>
> O Estado Constitucional Moderno continuaria existindo, mas como um modelo de colaboração e solidariedade transnacionais, compartilhando as funções para as quais tem se mostrado insuficiente. A diferença fundamental estaria radicada no fato de que, no interior da teoria dos Estados Transnacionais (termo expresso no plural, segundo autores da mesma linha de Ulrich Beck34), o sistema de coordenadas políticas já não seria resultado da delimitação e do contraponto nacional, mas fluiriam ao longo dos eixos estabelecidos por pauta axiológica comum, naquelas questões que superem a capacidade operativa do Estado Constitucional Moderno.

Vê-se que aparentemente há dois caminhos possíveis. O primeiro é o fortalecimento da soberania dos Estados como forma de vencer os gravíssimos problemas do terrorismo e dos Estados fracos ou falidos que, de alguma forma, oferecem perigo à humanidade. O segundo é o da superação total da própria ideia de território exclusivo e assunção plena de um regime jurídico que surta efeitos em todos os lugares, não ligando para fronteiras nacionais ou zonas de atuação exclusiva de um País.

É evidente que a junção de esforços e a comunhão de interesses em prol da humanidade e do desenvolvimento de todo o planeta são metas inquestionáveis e aceitas por todos. Como se vai chegar lá ainda é uma incógnita. Há passos que já foram dados na direção da transnacionalização

[49] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**, [S.l.], mai. 2010. ISSN 1981-8386. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/view/15054>. Acesso em: 23 Jan. 2016. doi:10.5380/cejur.v1i4.15054. P. 19.

[50] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**, [S.l.], mai. 2010. ISSN 1981-8386. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/view/15054>. Acesso em: 23 Jan. 2016. doi:10.5380/cejur.v1i4.15054. Ps. 18/19.

no âmbito da ONU (Organização Mundial do Comércio e Organização Internacional do Trabalho). O passo que está em andamento é a luta conjunta de muitos países pelos direitos humanos e contra o terrorismo. O próximo passo deverá ser a preservação da vida no planeta como um todo, universalizando-se o princípio da sustentabilidade.

A continuidade da vida depende da conjugação de esforços dos Estados - que trazem a legitimidade democrática tradicional - organismos internacionais, agentes não governamentais, o mercado e a opinião pública mundial para agir hoje visando preservar o planeta para as futuras gerações. A lógica que deve permear a transnacionalidade é a do bem da humanidade. Isso não afasta o Estado-nação, pois ele é necessário porque ainda é a melhor forma de controlar o uso da força e evitar abusos. Há necessidade de preservação dos Estados por conta da eventual necessidade do uso da força (guerras) e, mais ainda, porque somente através da política, com representantes democraticamente eleitos pelo povo de cada nação, haveria legitimidade para o seu uso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o conceito de soberania mudou ao longo dos anos. Seu conteúdo atual é de conceito jurídico e político. Na ordem interna é o poder mais alto, é o monopólio do uso da força para fazer valer a lei e a ordem. No plano externo é sinônimo de independência no sentido de não existir poder superior ao seu. Sua acepção mais recente é a que admite limitações autoimpostas ao poder soberano do Estado através de tratados, acordos e convenções internacionais, no âmbito da comunidade das nações, onde todos os países são capazes de direitos e deveres. Porém, há outros elementos limitadores da soberania dos Estados. Ações contra os direitos humanos (interna ou externamente) e à segurança dos demais países tem permitido a violação de soberanias, sempre que obtido o apoio das Nações Unidas. O problema atual é o surgimento do terrorismo, que permeia espaços de vários Países e não existir consenso sobre como agir. Evidentemente um Estado nação não irá permitir que seu espaço seja invadido por outro para destruir uma célula terrorista sem prévio aviso e sem controle de danos.

Francis Fukuyama defende nova tentativa do Estado-nação soberano forte e eficaz[51]. Cruz e

[51] FUKUYAMA, Francis. **Construção de estados**. p. 157.

Bodnar[52] defendem o surgimento do Estado e do direito transnacionais que, sem negar o Estado nacional, supere suas fronteiras e a ideia de soberania no sentido de exclusividade, compartilhando as funções para as quais tem-se mostrado insuficiente. A Europa vem seguindo nessa direção. Chevallier[53] defende que a crise econômica mundial de 2008, ao invés de reforçar a figura do Estado como chave de abóboda da evolução da sociedade, veio reforçar a consolidação de uma ordem transnacional ao perceber-se a imprescindibilidade da atuação conjunta dos Estados. Afirma que a ideia de uma resposta global para a crise foi rapidamente aceita e executada, demonstrando a interdependência dos Estados no estágio atual da humanidade. Conclui[54]:

> Então, a hipótese de surgimento de um Estado pós-moderno não é minimamente invalidada, antes é reforçada pela crise mundial: mesmo que o mito da uma "mundialização feliz" tenha sido fortemente abalado, o processo deve ter seguimento, conduzindo a uma interdependência cada vez maior dos Estados; e se esses são conduzidos a intervir mais ativamente na Economia para remediar os efeitos deletérios da crise, essa intervenção não significa minimamente que eles sejam isoladamente capazes de a ela responder. O Estado pós-moderno permanece, então, um conceito pertinente para evidenciar a medida das mudanças que afetam a consistência e a forma dos Estados contemporâneos.

Segue-se na direção de uma federação da terra ou sociedade das nações onde a soberania não mais exista? Será que na busca de segurança e apoio mútuos os países estão no caminho de abrir mão de sua soberania como fizeram os cidadãos no que diz respeito à sua liberdade para receber, em retorno, a proteção do Estado?

A União Europeia está muitos passos à frente nessa direção. Devemos segui-la?

Sobre o assunto, uma passagem de Fukuyama[55]:

> Robert Kagan fez a seguinte colocação sobre o assunto: os europeus são os que acreditam que estão vivendo no fim da história – isto é, em um mundo em grande parte pacífico que, cada vez mais, pode ser governado por leis, normas e acordos internacionais. Nesse mundo, as políticas de poder e a *realpolitik* clássica se tornaram obsoletas. Os americanos, em contraste, acham que ainda estão vivendo a história e precisam usar meios tradicionais de políticas de poder para lidar com as ameaças do Iraque, da al-Quaida, da Coreia do Norte e outras forças malignas. De acordo com Kagan, os europeus estão parcialmente certos, eles de fato criaram um mundo de fim da história para si mesmos na União Europeia, onde **a soberania deu lugar à organização supranacional**.

[52] Notas 43 e 44 acima.

[53] CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. p. 279 e seguintes.

[54] CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. p. 284.

[55] FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. ps. 151/152.

> Porém, o que eles não compreendem é que a paz e a segurança da sua bolha européia são garantidas pelo poder militar americano. (negritei).

Como visto, para o escritor americano, a soberania já não mais existe na Europa, pois deu lugar a uma nova lógica de organização supranacional. Por outro lado, no exemplo dos Estados Unidos da América, continuam aferrados ao critério clássico de soberania, como o uso da força para proteger os seus interesses, dentro e fora do seu território. Repisamos a citação contida à fl. 12. Há estados pré-modernos, modernos e pós-modernos. Aparentemente apenas a Europa e os países que fazem parte da União Europeia conseguiram avançar para essa nova fase de exercício da sua soberania comunitária. E o fazem porque perceberam que unidos são mais fortes e menos dependentes de fatores externos.

Contudo, ainda há necessidade do controle do uso da força, quando for o caso. Daí que os Estados, como entidades organizadas, ainda são necessários, a fim de evitar o arbítrio. Como Estados, servem para a organização do exercício do poder do povo, representando os interesses do cidadão, cada dia mais, cidadão do mundo.

Desse modo, observa-se que a soberania hoje não é igual àquela dos primeiros séculos. Do mesmo modo, não é mais aquela do início do Século XX. Seu conceito hoje é mais volátil e, enquanto ainda há Estados apegados à noção tradicional de poder absoluto e uso exclusivo da força dentro do seu território, outros há que não conseguem sequer chegar a esse ponto, como os chamados Estados Falidos. Alguns poucos já ultrapassaram essas questões e chegam a dividir a proteção mútua com seus vizinhos, cedendo parte da sua soberania para um objetivo comum, deixando claro que o bem de uns também é o bem dos outros. A direção que esses Estados estão seguindo é da modificação da própria função do Estado, passando a ser um centralizador do poder político, não exclusivo, convivendo com outras esferas de poder (mercado, ONG's, corporações, sociedade civil organizada) servindo mais como facilitador, regulador, mediador e garantidor, gerando o que Chevallier[56] afirma ter como um de seus papéis ser a “nova governança econômica transnacional”.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

[56] CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. p. 283.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10. ed. São Paulo: Malheiro, 2015.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. - Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. **Revista Eletrônica do CEJUR**, [S.l.], mai. 2010. ISSN 1981-8386. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/view/15054>. Acesso em: 23 Jan. 2016. doi:10.5380/cejur.v1i4.15054.

DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DE CICCO, Cláudio. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados:** governo e organização mundial no século XXI. Tradução de Nivaldo Montingelli Jr.- Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30. ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. Curso elementar. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O ESTADO E A PERSPECTIVA DA TRANSNACIONALIDADE

Jaqueline Moretti Quintero[1]

INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo realizar pesquisa no âmbito da Ciência Política, direcionado ao enfrentamento do Estado com as rupturas ocorridas em função de sua evolução histórica, econômica e social e as implicações em sua hegemonia. O método utilizado foi o indutivo e as técnicas de pesquisa empregadas foram a do fichamento, categorias e conceitos operacionais.

Primeiramente, tratou-se de apresentar alguns entendimentos de elementos da Ciência Política e sua influência evolutiva na organização e governabilidade estatal, em função do desenvolvimento político e econômico do Estado. Em seguida, passou-se a tratar dos questionamentos da soberania do Estado em razão da perda do controle estatal sobre suas fronteiras, e a necessidade de criação de um órgão supranacional, que possa atender às necessidades supranacionais já evidentes.

Dando sequência, buscou-se observar a influência da globalização e os aspectos da mobilidade social, como também a verificação de uma transnacionalização econômica como consequência da globalização. Ao final, apresentaram-se alguns aspectos da pós-modernidade e das mudanças trazidas no contexto mundial, como a redução do poder do Estado e a perspectiva da transnacionalidade, envolvendo o que é comum a vários países com um objetivo de bem-estar da sociedade contemporânea e futura.

1. O ESTADO E ALGUNS ELEMENTOS DE CIÊNCIA POLÍTICA

Não se entende possível isolar o Estado da análise e desenvolvimento da Ciência Política, já que sua organização política e jurídica seriam fontes da pesquisa dessa ciência, não se embasando somente nas relações entre os cidadãos e a formação e desenvolvimento da Sociedade, mas, sim, no predomínio do Estado sobre seus representados para poder, empossado do poder político a ele

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. E-mail: jaquemoretti@hotmail.com

inerente, ser capaz de propor e exigir a observância de normas e adotar medidas de resolução de conflitos existentes na Sociedade. Além de tais investiduras, propor políticas públicas para atender as diversas demandas sociais de seu povo. De tal forma, nos ensina Paulo Márcio Cruz que:

> A Ciência Política podia esquecer o Estado para se aprofundar na análise do sistema político, no estudo comparado e das relações internacionais, numa atividade que, conforme ainda leciona Fernandes, é entendida como observação, análise e explicação dos fenômenos políticos, não se limitando ao estudo do Estado e das suas relações com os grupos humanos, pois estuda também todas as forças internas que lutam pela aquisição e exercício do Poder ou que procuram influenciá-lo para a satisfação de seus interesses, e as for-ças internacionais que influenciam ou tentam influenciar o compor-tamento do conjunto dos órgãos que, numa Sociedade, têm capaci-dade para obrigar os outros a adotarem certo comportamento.[2]

A crise atual pela qual a Europa está passando, é muito mais que econômica, mas também de identidade social. Mesmo na busca da solução para a imigração asiática e africana, pauta do dia dos governantes de alguns Estados europeus que estão recebendo essas pessoas refugiadas, a constatação de violação de direitos fundamentais e o próprio xenofobismo existente no continente europeu, são motivos de preocupação internacional, pois as questões envolvidas vão além da recepção e abastecimento para as necessidades básicas dessas pessoas. É necessário tratar de resoluções de convívio social e proposição de normas para regulamentar essas imigrações que afetam a rotina do cidadão europeu. Para Paulo Márcio Cruz[3] o desenvolvimento político da Europa é uma jornada cheia de entraves, desde fortes ligações com o passado que atrapalham a superação de nacionalismos estatais, até ambientes econômicos interdependentes porém pulverizados e com interesses contraditórios, passando por instabilidades sociais e embates étnicos que enfraquecem a projeção de uma identidade européia.

As mudanças ocorridas, após a unificação europeia, primeiramente com objetivos econômicos, buscando estabelecer uma moeda forte e fortalecendo a economia interna, demonstrou o desequilíbrio entre os países da Comunidade Europeia, com políticas econômicas internas mal estruturadas, levando a crises que estão afetando seu nacionalismo e questionamento sobre a manutenção da vinculação de alguns Estados a esta Comunidade. Cada país possui problemas políticos, sociais e econômicos diferentes, além da falta de homogeneidade cultural entre países, o que dificulta tal unificação para fortalecimento da Comunidade. A falta de isonomia entre os Estados comunitários demonstra a cautela necessária a ser utilizada pelos

[2] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003. p. 50.

[3] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** p. 53

gerenciadores da Comunidade Europeia para sua manutenção e integração dos povos. A respeito da peculiaridade do entendimento da supranacionalidade da Comunidade Europeia, nos ensina Gilberto Bercovici[4] que:

> A recente rejeição popular da chamada "Constituição Europeia" em alguns países, como a França e a Holanda, traz à tona novamente o debate sobre as possibilidades da democracia e da manifestação de poder constituinte do povo para além da esfera estatal. Portanto, o próprio processo de integração supranacional que corre na Europa ainda não permite, de certa forma, afirmar a superação da estatalidade. O que se poder afirmar, sim, é que é um processo de integração pautado pelos mercados, o que torna ainda mais cruciar buscar compreender o Estado.

A Sociedade Brasileira também, em crise política e econômica, pelos infindáveis processos de investigação sobre corrupção política, ganhou novos ares quando descobriu sua capacidade de organização e manifestação, para usar sua força política de sociedade organizada na tentativa de influenciar, nas decisões urgentes e necessárias para a consolidação de ações políticas que possam garantir seus direitos fundamentais e reestabelecer uma ordem política menos fraudulento aos interesses da sociedade. Trata-se de uma fase inicial de mudança democrática para questionar os modelos tradicionais de representação política e de administração pública, que não satisfazem mais a população e não respondem pelas suas necessidades sociais. Para Paulo Márcio Cruz[5]:

> Com o processo incontestável, mesmo que lento e gradual, de desenvolvimento global da Sociedade brasileira, a Ciência Política nacional também ganha suas "especificidades", representadas pela crise do Estado burocrático, do presidencialismo copiado do modelo norte-americano, a estabilização econômica a qualquer custo, os conflitos sociais no campo e nas cidades e a falência progressiva do atual modelo político.

A nação soberana e livre ansiada por Sieyès [6] torna-se uma proposta para o desenvolvimento da cidadania e para garantia de seus direitos fundamentais, buscando na Constituição, o alicerce para assegurar os direitos alcançados pelo homem no desenvolvimento da Sociedade. A representatividade democrática como forma de demonstração de organização para delegar a um ou mais representantes seus interesses e vontades, reforçando a igualdade para

[4] BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. In LIMA, Martonio Mont ' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (organizadores). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006. p. 343.

[5] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** p. 55.

[6] O abade Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), então um simples padre da periferia de Paris, Chartres, em 1789 será eleito deputado pelo Terceiro Estado[7] pelos parisienses, e a partir de sua famosa obra e atuação como parlamentar desempenhará um papel decisivo em junho de 1789, na transformação dos Estados Gerais em Assembléia Nacional e na resistência ao Rei absolutista. A atual doutrina do Direito Constitucional enfatiza que é do vigário de Chartres a teoria do Poder Constituinte, que até hoje preside os processos de constitucionalizações democráticas, expresso na sua obra Qu'est-ce que le tiers état? ou A Constituinte Burguesa em sua versão em português. GARCIA, Marcos Leite. **As origens do Poder Constituinte na Revolução Francesa: dos Estados Gerais ao estabelecimento da Assembléia Nacional Constituinte em 1789**. *In:* Âmbito Jurídico. v. 10/08, p. 1-15, 2008.

escolha desses representantes para todos e não somente para alguns, reforçando a importância da liberdade de escolha e legitimando sua autoridade política.

Com as mudanças dos valores sociais e o surgimento do Liberalismo, o indivíduo ganha força assim como suas conquistas como o direito à propriedade privada, a livre iniciativa como forma do progresso e desenvolvimento para a si e para a comunidade, liberdade para agir e comercializar seu produto e sua força de trabalho e igualdade perante os demais cidadãos. Essa força obtida com a conquista da liberdade, reduziu o poder político do Estado frente à Sociedade em relação ao modelo conhecido anteriormente. De todo modo, o Estado manteve o domínio e poder político a ele investido, mesmo sendo agora representante de uma classe que legitimaria tal poder.

O Liberalismo obteve força social gradualmente na medida em que as localidades mais desenvolvidas da Europa Ocidental e suas colônias voltaram suas táticas econômicas em direção à economia de mercado e a perceber a necessidade de uma nova visão do mundo para substituir a tradicional e não apresentasse obstáculos à nova realidade socioeconômica em desenvolvimento.[7] O liberalismo clássico surgiu com base no que pensavam os capitalistas sobre a natureza do homem e seus anseios de liberdade com relação às limitações econômicas, bem como a filosofia do individualismo. O crescimento do pensamento de individualidade e crescimento econômico permitiu a passagem do Liberalismo Político para o Liberalismo Econômico.

O crescimento econômico atingiu a toda população de um Estado, mas não de maneira igualitária. Apenas uma pequena parcela da população dos países que optaram pelo liberalismo econômico aumentou seu poder aquisitivo e garantiram melhoria na qualidade de vida, enquanto que uma grande parcela, não alcançou tal avanço. Além disso, aumentaram as discrepâncias econômicas fazendo crescer as populações que vivem na miséria e sem condições de se auto sustentar, interferindo dessa forma na garantia de igualdade tão difundida pela renovação política e econômica das últimas décadas. Sobre o pensamento neoliberal, nos ensina Paulo Marcio Cruz[8], que:

> O pensamento neoliberal é econômico, mas também propõe um sistema político que, de modo paradoxal, nega o político, sustentando que as condicionantes econômicas internacionais determinam o caminho a seguir, independente da orientação política governante, com a retirada

[7] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** p. 92.

[8] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** p. 229.

> progressiva do Estado das funções de Bem-Estar, excessivamente expandido e ineficiente, levando-o para uma posição de não-intervenção relativa, já que o Neoliberalismo, diferente do Liberalismo, admite fazer algumas concessões às pro-postas de providência.

Alguns problemas associados à globalização como a injustiça social e a degradação ecológica, existem porque o capitalismo, independente de sua amplitude, é movido pela concorrência, pela maximização dos lucros e pela acumulação. Mesmo desconhecendo a origem do capital, pois hoje ele pode estar concentrado em qualquer ponto do planeta, pois ele está além das fronteiras nacionais, o Estado nação está afastando-se cada vez mais de seu poder de dominação político sobre o comércio internacional, permitindo que o poder econômico estabeleça suas próprias regras e atravesse as fronteiras territoriais sem problemas jurídico-políticos de maior magnitude.

2. O ESTADO E AS FRONTEIRAS GEOGRÁFICAS

A globalização, enquanto fenômeno econômico, interferiu diretamente nas questões de ordem política, social e cultural, a partir do momento em que invadiu fronteiras, modificando os costumes regionais e expandindo novas tecnologias, reduzindo, dessa forma, o controle estatal sobre suas fronteiras, perdendo parte de sua identidade, em função das grandes influências sofridas por instituições multinacionais. Corroborando com esse enfraquecimento do Estado, nos elucida Jürgen Habermas:

> O Estado nacional defendeu seus limites territoriais e sociais de forma inteiramente neurótica. Hoje esse Estado se vê desafiado por tendências globais que transcendem as fronteiras dos Estados nacionais e que há muito tempo tem escapado dos controles que o Estado nacional poderia exercer. Esses contatos físicos, sociais ou simbólicos, que tem por sistema de referência o mundo todo, se estabelecem através de conexões aceleradas no tempo e que cobrem imensos espaços, e sobretudo, através dos meios eletrônicos de comunicação. Estas comunicações discorrem através das línguas naturais ou através de códigos especiais como, por exemplo, o dinheiro.[9]

O processo de integração entre os Estados faz-se necessário para propor uma alternativa supranacional que possa, observando a vontade política dos Estados e mútuos consentimentos, apresentar um ideal comum com uma finalidade mais ampla para o desenvolvimento integrado, não somente com características econômicas, mas ainda sociais, culturais e ambientais. Nos alerta, assim Jürgen Habermas que "A falta de instâncias com capacidade supranacional de atuar,

[9] HABERMAS, Jürgen. **Mas allá del Estado Nacional**. Trad. e introdução de Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2008. p. 181.

que pudessem operar sobre o sistema global conforme critérios de uma política "interior" mundial coordenada, se faz sentir também na própria casa."[10]

O conceito de soberania como um exercício da autoridade ilimitada sem estar subordinado a outro superior, realizando suas atividades de governo por meio seus órgãos constitucionais representativos, vem sendo questionada pela necessidade da criação de uma forma de soberania partilhada, participativa, através da supranacionalidade, para a possibilidade de desenvolvimento de uma governança multinível. Para tanto, adverte Jürgen Habermas[11]:

> As funções do Estado Social evidentemente só poderão continuar a ser preenchidas no mesmo nível de até agora se passarem do Estado nacional para organismos políticos que assumam de algum modo uma economia transnacionalizada. [...] Daí a atenção voltar-se sobretudo para a construção de instituições supranacionais. Isso explica as alianças econômicas continentais como o NAFTA ou a APEC, que permitem realizar entre os governos acordo que estabelecem obrigações, ainda que dotadas de sanções brandas. Os ganhos da cooperação são maiores em projetos mais ambiciosos como a União Europeia.

Desde 1989, com a queda do muro de Berlim, deixa de existir um sistema de poder internacional, centralizado em duas grandes potências. Com isto, houve uma mudança radical no cenário mundial, proporcionando a discussão sobre o poder exercido pelos Estados soberanos.

Para Eric Hobsbawn[12], uma única superpotência não pode compensar a insuficiência de autoridades globais, especialmente dada a falta de convenções – relativas, por exemplo, ao desarmamento ou ao controle de armamentos -, com força necessária para serem espontaneamente recebidas como obrigatórias pelos países principais. Existem alguns exemplos de autoridade desse tipo, como as Nações Unidas, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio, e certos tribunais internacionais. Mas nenhum desses órgãos tem algum poder eficaz para além daquele que lhe é aferido espontaneamente pelos Estados, ou por pactos e convenções entre eles, ou graças ao apoio de países poderosos. Por mais que pareça lastimosa, essa situação não deve ser revertida brevemente, em perspectivas futuras para o que temos hoje em desenvolvimento nesse plano.

Torna-se necessário a busca na criação de métodos de solução regulares para estabelecer normas coercitivas às personalidades internacionais, através de um órgão que consiga impor a

[10] HABERMAS, Jürgen. **Mas allá del Estado Nacional.** p. 183.

[11] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional - Ensaios Políticos**. Tradução de Marcio SELIGMANN-SILVA. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 69.

[12] HOBSBAWN, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 29.

obrigatoriedade do cumprimento de normas pacificadoras e de preocupação como bens comuns, como é o caso do meio ambiente. Para Eric Hobsbawn[13]:

> A ausência de um intermediário internacional considerado genuinamente neutro e capaz de agir sem autorização prévia do Conselho de Segurança (da ONU – inclusão nossa) constitui a carência mais óbvia do sistema solução de controvérsias.

Tem-se como motivador para a criação de um órgão supranacional que detenham o poder legítimo de supervisionar e exigir a obediência de normas supranacionais, a premente preocupação com o bem estar do homem e de sua convivência pacífica, para garantir o desenvolvimento da humanidade centrada em uma consciência coletiva, objetivando um futuro de paz e harmonia entre os homens, independente de suas origens e culturas.

3. A INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO

A informação e sua rápida disseminação, assim como o aumento da circulação de pessoas pelo planeta, conhecendo novos países, suas culturas, idiomas e técnicas, possibilitam a maior interação entre os povos e permitem a troca de conhecimentos empíricos e técnicos que podem facilitar a moldura de uma globalização voltada também para o aspecto social, quando observadas as desigualdades existentes entre os povos e a necessidade de integração e crescimento mútuo das civilizações contemporâneas. Para Zygmunt Bauman[14]

> As distâncias já não importam, ao passo que a ideia de uma fronteira geográfica é cada vez mais difícil de sustentar no "mundo real". Parece claro de repente que as divisões do continente e do globo como um todo foram função das distâncias, outrora impositivamente reais devido aos transportes primitivos e às dificuldades de viagem. [...] a distância" é um produto social; sua extensão varia dependendo da velocidade com a qual pode ser vencida (e, numa economia monetária, do custo envolvido na produção dessa velocidade).

O transporte da informação como o tipo de comunicação que não exige necessariamente a mobilidade de pessoas permitiu o acesso à informações que antes eram desconhecidas em determinadas localidades do planeta. A velocidade com que o movimento da informação age atingindo um número cada vez maior de interlocutores, permite que a informação se torne imediatamente disponível em todo o planeta, possibilitando a interação e participação mais ativa de diversos grupos e indivíduos nas diversas discussões sobre o desenvolvimento mundial e suas

[13] HOBSBAWN, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. p. 33.

[14] BAUMAN, ZYGMUNT. **Globalização:** as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 19.

consequências. Como destaca Zygmunt Bauman[15]

> Com o tempo de comunicação implodindo e encolhendo para a insignificância do instante, o espaço e os delimitadores do espaço deixam de importar, pelo menos para aqueles cujas ações podem se mover na velocidade da mensagem eletrônica.

Os atores desse novo tempo real somos todos nós, construindo a história que está modificando gerações. A técnica hoje produzida em escala mundial é capaz de realizar transformações em nosso cotidiano, mudando nosso estilo de vida, através das escolhas de nosso consumo e motivos que nos levem a mudar o estilo de vida. Mas, todas essas mudanças tem um preço e consequências que não conseguimos ainda dimensionar a longo prazo, já que as técnicas evoluem velozmente e o consumo tenta acompanhar essa velocidade, porém, a busca pelo conhecimento e disseminação deste não ocorrem de forma tão rápida e eficaz para poder levar às pessoas uma visão crítica do que está acontecendo a nossa volta e de que forma interfere efetivamente em nossas vidas e em nosso convívio coletivo. É necessário criar-se um amplo espaço de discussão sobre a influência da globalização nos diversos e divergentes cotidianos dos países na tentativa de realizar uma conscientização sobre uma globalização mais horizontal, para que a técnica e conhecimento possam atingir a todos, sem que sejam criadas mais discrepâncias dos que as já existentes. Para Milton Santos[16], é possível pensar em uma globalização mais humana, como preceitua:

> Todavia, podemos pensar na construção de um outro mundo, mediante uma globalização mais humana. As bases materiais do período atual são, entre outras, a unicidade da técnica, a convergência dos momentos e o conhecimento do planeta. É nessas bases técnicas que o grande capital se apoia para construir a globalização perversa [...]. Mas, essas mesmas bases técnicas poderão servir a outros objetivos, se forem postas a serviço de outros fundamentos sociais e políticos. Parece que as condições históricas do fim do século XX apontam para esta última possibilidade. Tais novas condições tanto se dão no plano empírico quanto no plano teórico.

O que vemos hoje nas grandes transformações de comportamento social é a busca pelo hedonismo e pelo imediatismo, proporcionado, em grande escala, também, pelas redes sociais e internet de um modo geral. Há uma busca incessante por expor sua própria vida, anseios e críticas sem se preocupar sua privacidade. Há mais prazer um utilizar um equipamento acessado à rede internet do que estar em família e realizar coisas em conjunto com outras pessoas. A perda da identidade e da ideologia do homem é algo que poderá ser questionado futuramente em detrimento de uma vida calcada apenas na exibição e estética constantemente exigida pela

[15] BAUMAN, ZYGMUNT. **Globalização:** as consequências humanas. p. 20.

[16] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. 24. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 20.

sociedade, ao invés de seus verdadeiros valores pessoais como a dignidade e a preservação de seu espaço na sociedade como cidadão, numa sociedade que hoje estipula que o ter é mais importante que o ser.

Na esfera social, têm-se no utilitarismo uma regra de vida através da intensificação do consumo, dos narcisismos, da instantaneidade, do egoísmo, da abdicação da solidariedade, com a implantação feroz de uma ética pragmática egocêntrica. É dessa forma que a sociedade e os indivíduos aceitam dar adeus ao ser generoso e solidário, com enaltecimento do reino do cálculo econômico e da concorrência e rivalidade.[17]

A observação sobre a predominância do poder econômico nos ajustes governamentais, em detrimento dos interesses sociais é uma discussão antiga, mas não ultrapassada. A globalização trouxe apenas o "afinamento" do discurso para ampliar a perspectiva de maior obtenção de ganho, atingindo um espaço territorial mais abrangente. A expansão de certas tecnologias e produtos para uma grande parte do planeta, permitiu que grandes empresas pudessem atingir uma grande parcela de países, formando conglomerados internacionais e concentrando riquezas. Os grandes blocos político-econômicos (como a Comunidade Europeia e a proposta do novo Tratado de Livre Comércio Trans-Pacífico (TPP)) ampliam a possibilidade de regulamentação e facilitação de comércio entre grupos fechados, estabelecendo novas regras de mercado e, consequentemente, novas condutas pela manutenção da riqueza e prioridade da utilização de avanços tecnológicos para esses grupos. Os países mais pobres e com menos recursos e poder político, acabam ficam apartados desse processo de evolução e integração, o que afeta sua população e seu desenvolvimento para a competitividade internacional. Como assevera Milton Santos[18] sobre o discurso da globalização:

> Todavia, mediante o discurso oficial, tais empresas são apresentadas como salvadoras dos lugares e são apontdas como credoras de reconhecimento pelos seus aportes de emprego e modernidade. Daí a crença de sua indispensabilidade, fator da presente guerra entre lugares e, em muitos casos, de sua atitude de chantagem distante do poder público, ameaçando ir embora quando são atendidas em seus reclamos. Assim, o poder público passa a ser subordinado, compelido, arrastado. À medida que se impõe esse nexo das grandes empresas, instala-se a semente da ingovernabilidade, já fortemente implantada no Brasil, ainda que sua dimensão não tenha sido adequadamente avaliada. À medida que os institutos encarregados de cuidar do interesse geral são enfrequecidos, com o abandono da noção e da prática da solidariedade, estamos, pelo menos a médio prazo, produzindo

[17] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização.** p. 54.

[18] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. p. 68-69.

> as precondições da fragmentação e da desordem, claramente visíveis no país, por meio do comportamente dos territórios, isto é, da crise praticamente geral dos estados e dos municípios.

Mesmo havendo uma transnacionalização econômica e, em alguns aspectos até normativa, como é o caso da Organização Mundial do Comércio – OMC, que estabelece regras para o comércio mundial em não sendo cumpridas, traz duras sanções à empresa que as desrespeita, existe ainda, uma forte vinculação das empresas às normas internas dos países às quais estão estabelecidas. Ainda assim, existem países, como o Brasil, que concedem subsídios para a fixação de empresas estrangeiras, com o intuito de desenvolver a região na qual a empresa pretende se instalar. Além da geração de empregos locais, há a possibilidade de aumento de circulação de mercadorias e tributos, que trazem benefícios à região, mas trazem consigo também, técnicas e normas para instalação que fazem com que o governo tenha que fazer ainda mais concessões.

A superação das barreiras territoriais e os avanços da economia exigem também uma amplitude de rigores para a que esses benefícios possam ser alcançados também pela sociedade ali estabelecida, com a melhoria de sua qualidade de vida não só com o oferecimento de empregos, mas de apoios à educação e saúde, permitindo um crescimento não só econômico da região, mas também de bem estar social. Volta-se ao questionamento sobre a soberania e a supranacionalidade do Estados sob o impacto da globalização[19]:

> Sem dúvida, a noção de soberania teve de ser revista, em face dos sistemas transgressores de âmbito planetário, cujo exercício violento acentua a porosidade das fronteiras. Estes são, sobretudo, a informação e a finança, cuja fluidez se multiplica graças às maravilhas da técnica contemporânea. Mas é um equívoco pensar que a informação e a finança exercem sempre sua força sem encontrar contrapartida interna. Esta depende de uma vonta de política interior, capaz de evitar que a influência dos ditos fatores seja absoluta.[...] nem as empresas transnacionais, nem as instituições supranacionais dispõem de força normativa para impor, sozinhas, dentro de cada território, sua vontade política ou econômica.

A união das nações é parte importante da sustentação do Estado, pois está imbricada no fortalecimento de sua cultura, suas crenças e preservação de sua história, assim como de sua sobrevivência. A cultura das massas não consegue ser interrompida de imediato e drasticamente, pois se trata de um movimento histórico, cotidiano e com fortes laços com a história do seu Estado. Torna-se, assim, motivo de orgulho de seu povo e pelo qual se propõem a defender seu País.

A globalização permitiu que diversas culturas se conhecessem e, assim, se avizinhassem,

[19] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. p. 77.

trocando conhecimento e experiências, abrindo a porta para o lado desconhecido de uma nova possibilidade de vida, o que fez, muitos povos perceberem que estavam vivendo num estado de pobreza e indiferença por parte de seus governantes. Essa percepção fez gerar crises políticas e guerras internas (como na Síria) com o clamor por mais igualdade e justiça para seu povo. As crises nos países de domínio ditatoriais ainda subsistem fortemente e expandem essa crise para fora de seus domínios com a fuga de refugiados para países melhor estruturados e a interferência de outros países com a proposta oficial de expulsão de governos e garantia de paz aos povos, escondidos em outros interesses econômicos. A aproximação dos povos e o conhecimento gera a perspectiva de possibilidade de uma nova vida, com mais igualdade e liberdade, motivo de busca incessante do homem contemporâneo.

Utilizando a necessidade de organização como parâmetro para o crescimento de desenvolvimento de um Estado, submete-se tal organização a um complexo normativo que direciona a conduta e soluciona eventuais conflitos, tornando a convivência mais pacífica dessa organização estabelecida nesse Estado. Tal ordenamento serve tanto para as questões políticas e de civilidade quanto para as questões econômicas.

De todo modo, mesmo com composições normativas claras e de proteção ao bem público e ao bem estar social, as regras, de sobrevivência acabam permitindo que aqueles detentores de maior poder econômico e também político, possam se sobrepor e alcançar seus objetivos, esquivando-se da preocupação com o bem estar da sociedade, estabelecendo critérios de utilização de espaços políticos e sociais que lhe sejam mais favoráveis, ignorando o aspecto de observância da conservação do bem maior, do bem público ou da preservação das necessidades primordiais para a sociedade. Estabelece-se assim, a interferência do poderio econômico na vida da sociedade. Como tal, é necessário pensar na importância do bem comum meio ambiente, como forma de preservação da vida do homem na Terra. De tal forma, Milton Santos[20] assevera a respeito da falsa tentativa de preservação ambiental, afirmando:

> Pensamos ousadamente as soluções mais fantasiosas e em seguida buscamos instrumentos adequados à sua realização. Na era da ecologia triunfante, é o homem quem fabrica a natureza, ou lhe atribui valor e sentido, por meio de suas ações já realizadas, em cursou ou meramente imaginadas. Por isso, tudo o que existe constitui uma perspectiva de valor. Todos os lugares fazem parte da história. As pretensões e a cobiça povoam e valorizam territórios desertos.

Os recursos naturais hoje são vistos como produtos que podem ser explorados facilmente e

[20] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**. p. 172.

comercializados rapidamente, com retorno imediato, graças à imensidão de recursos existentes no planeta. A proliferação da ideia de que esses recursos seriam inesgotáveis está trazendo ao planeta e consequentemente ao seu habitante mais desenvolvido, ao homem, transtornos de ordem ambiental com resoluções que necessitam cada vez mais de investimentos científicos e tecnológicos para serem contidos. O problema da falta de água em alguns locais e de desastres naturais causados pelo excesso de chuvas em outros, mostra o desequilíbrio ecológico causado pelos excessos do homem e de sua incompetência em conseguir solucioná-los.

A menos que sejam tomadas medidas drásticas e de proporções mundiais, esses fenômenos, cada vez mais frequentes, irão crescer ainda mais e causarão grandes desastres e transtornos à vida de várias pessoas e diversas partes do planeta. Somente uma séria discussão em nível mundial com a participação de países de todo o mundo poderão iniciar um processo de conscientização e de prevenção para poder inibir os males causados pela exploração exagerada do homem aos recursos naturais do planeta em busca de mais riquezas.

4. A PÓS-MODERNIDADE E A MODERNIDADE

A pós-modernidade é um conceito da sociologia histórica que designa a condição sócio-cultural e estética prevalente no capitalismo após a queda do Muro de Berlim (1989), o colapso da União Soviética e a crise das ideologias nas sociedades ocidentais no final do século XX, com a dissolução da referência à razão como uma garantia de possibilidade de compreensão do mundo através de esquemas totalizantes.

Em A Condição Pós-Moderna, François Lyotard caracteriza a pós-modernidade como uma decorrência da morte das "grandes narrativas" totalizantes, fundadas na crença no progresso e nos ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade. Em sua obra, o Pós-moderno, inicia esclarecendo:

> Este estudo tem por objeto a posição do saber nas sociedades mais desenvolvidas. Decidiu-se chama-la de “pós-moderna”. A palavra é usada, no continente americano, por sociológos e críticos. Designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX.[21]

Para Lyotard, a pós-modernidade recusa de narrativas longas sobre as coisas (teorias

[21] LYOTARD, Jean-François. **O Pós-Moderno**. Tradução de Ricardo Correia Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986. 123. p. introdução, XV. (original de 1979)

complexas) e percebe a ciência como verdade absoluta, o que não é, pois não existe verdade absoluta mesmo para a ciência, em função de sua constante evolução.

O advento da pós-modernidade trouxe algumas mudanças no contexto mundial como o aumento na circulação de mercadorias, de pessoas, de informação e o avanço da tecnologia. Para Zygmunt Bauman[22] a consciência pós-moderna nos traz alguns pontos de reflexão sobre a ruptura com a modernidade, como a consciência do fracasso da modernidade nas utopias que ela construiu. Chama este fracasso de despertar maldito de um sonho colorido. Cria-se, então, um momento de esperança com a perspectiva diante da vida e o habitat pós-moderno. O homem pós-moderno não acredita em nada, não enxerga nada além do vazio.

Na comparação entre a modernidade e a pós-modernidade, tínhamos na modernidade um Estado organizado, produtor de justiça no mundo, garantidor da qualidade de vida das pessoas e controlador do capitalismo civilizado (o capital é capaz de produzir riquezas e esta será para todos). Já, na pós-modernidade, o Estado tem seu poder cada vez mais reduzido (quanto maior for mais atrapalhará a vida do indivíduo) e é comparado a uma empresa ineficiente, abrindo a oportunidade para a iniciativa privada, para suprir as atividades que o Estado não alcança mais.

Para Boaventura de Sousa Santos[23]

> [...] nos últimos dez anos assistimos a uma dramática intensificação das práticas transnacionais, da internacionalização da economia à translocalização maciça de pessoas como migrantes ou turistas, das redes planetárias de informação e de comunicação à transnacionalização da lógica do consumismo destas transformações. A marginalização do Estado-nacional, a perda da sua autonomia e da sua capacidade de regulação social tem sido considerada como principal consequência.
>
> [...] a intensificação da interdependência transnacional e das interações globais, [...], faz com que as relações sociais pareçam hoje cada vez mais desterritorializadas, ultrapassando as fronteiras até agora policiadas pelos costumes, o nacionalismo, a língua, a ideologia e, muitas vezes, por tudo isso ao mesmo tempo.

Esta transição paradigmática da modernidade para a pós-modernidade nos apresenta um pós-modernismo inquietante ou de oposição, pois exibe uma crise de regulação social e, também uma crise de emancipação social. Ainda, Boaventura de Sousa Santos[24] oferece uma outra possibilidade ao Pós-modernismo, que seria o pós-modernismo reconfortante ou de celebração, para os que pensam que o que está em crise final é a ideia moderna de que há promessas,

[22] BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. 145 p.

[23] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. 542 p. (1. Ed. 1994). p. 31 e 34.

[24] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. p. 52

objetivos trans-históricos a cumprir e, ainda a ideia de que o capitalismo pode ser um obstáculo à realização de algo que transcende.

Os fenômenos mais importantes são simultaneamente econômicos, políticos e culturais. Nas últimas duas décadas surgiram poderosas frações de classes sem uma base nacional determinada, classes transnacionais. O capital está hoje, mais do que nunca, unido a nível mundial. As trocas de bens materiais e de bens simbólicos a nível mundial intensificaram-se muito nos últimos vinte anos devido a três fatores: a) a transnacionalização dos sistemas produtivos (um dado produto final pode ser constituído por "n" partes produzidas em "n" países; b) a disseminação planetária de informações e imagens; c) a translocalização maciça de pessoas enquanto turistas, trabalhadores, migrantes ou refugiados. É o que Boaventura de Sousa Santos denomina de Desterritorialização e Retorritorialização. As movimentações urbanas estão ocorrendo de forma que novos territórios estão ficando mais populosos em detrimento de outros que estão ficando com populações menores.

Surgem, então, novos estágios de mobilidade social, os novos movimentos sociais dirigidos pela pretensão pós-materialista como os movimentos pela ecologia, o anti-nuclear e o pacifismo); e, ao simultanemanete, a descoberta realizada pelas diferenças existentes como as diferenças sexuais, raciais, etc.[25]

"Sabemos hoje que as identidades culturais não são rígidas, nem muito menos, imutáveis. São resultados sempre transitórios e fugazes de processo de identificação. Identidades são, pois, identificações em curso."[26]

Tais identidades se encontram em constante transformações, em função das interferências interculturais sobrevindas das mobilidades sociais ocorridas que, acabam por modificando a forma de agir e pensar do homem em processo de aculturamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande objetivo da convivência humana solidária e justa é a de buscar atingir objetivos que sejam comuns a maioria, respeitando a individualidade e liberdade dos membros integrantes dessa comunidade.

[25] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. p. 167.

[26] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. p. 167.

A Pós-modernidade surge como intensificador dos questionamentos do homem contemporâneo sobre seus objetivos e conquistas de garantias jurídicas que possam trazer segurança a sua sobrevivência enquanto cidadão global.

O Estado já não aparece mais como garantidor da segurança nacional e mantenedor nas necessidades mais prementes de seus cidadãos e percebe a imperatividade de participar de questões não somente de ordem nacional, mas de domínios globais.

A perspectiva para uma governança transnacional se pauta no desenvolvimento de programas que convencionem atender de forma solidária e global, o bem-estar da população e o comprometimento com o esse bem estar, criando alternativas para uma evolução compelida à preservação das conquistas para a garantia de igualdade e liberdade dos indivíduos, para um futuro seguro e benéfico à população.

Esta percepção deve ocorrer em efeito global para que os governantes preocupem-se em dimensioná-la na sua administração e em comum acordo com administrações de outros Estados. Somente com a coesão de interesses para o bem estar global é que a sustentabilidade poderá tornar-se transnacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. 145 p.

BERCOVICI, Gilberto. As possibilidades de uma Teoria do Estado. *In* LIMA, Martonio Mont ' Alverne et ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. (org.). **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller. Florianópolis: Fundação Boiteux/Conceito Editorial, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCIA, Marcos Leite. As origens do Poder Constituinte na Revolução Francesa: dos Estados Gerais ao estabelecimento da Assembléia Nacional Constituinte em 1789. **Âmbito Jurídico**. v. 10, n. 08, p. 1-15, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional** - Ensaios Políticos. Tradução de Marcio

SELIGMANN-SILVA. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220 p.

HABERMAS, Jürgen. **Mas allá del Estado Nacional.** Trad. e introdução de Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2008.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo.** Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. 182 p.

LYOTARD, Jean-François. **O Pós-Moderno**. Tradução de Ricardo Correia Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986. 123. p. (original de 1979)

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013. 542 p. (1. Ed. 1994)

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização.** 24. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015. 174 p.

A SUSTENTABILIDADE NUMA (NECESSÁRIA) VISÃO TRANSNACIONAL

Paulo Márcio Cruz[1]

Heloise Siqueira Garcia[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema central a análise da Sustentabilidade a partir de uma visão transnacional, que pela consequência dos estudos mostra-se necessária.

O desenvolvimento do artigo dá primordialmente no âmbito do Direito Ambiental, abrangendo-se um pouco na Teoria Política quando do estudo da Transnacionalidade, visando relacionar as temáticas principais do trabalho. Buscaram-se fundamentos em doutrinas nacionais e estrangeiras acerca do tema, bem como reflexões objetivas sobre sua a relação.

Por tudo isso, este artigo tem como objetivo geral compreender a sustentabilidade a partir de uma visão transnacional. E como objetivos específicos traçar as concepções basilares da sustentabilidade e as suas dimensões correlatas; e estudar o Direito Transnacional a partir de uma realidade de sustentabilidade.

Para tanto o artigo foi dividido em duas partes: Concepções basilares da Sustentabilidade e suas dimensões e o Direito Transnacional numa realidade de Sustentabilidade.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente[3], da categoria[4], dos conceitos

[1] Bolsistas de Estágio Sênior no Exterior CAPES/MEC/Brasil, 2014-2015. 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 cursos 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).

[2] Doutoranda do PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Mestre em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidad de Alicante – Espanha. Pós graduanda em Direito Previdenciário e do Trabalho pela UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Advogada. Email: helo_sg@hotmail.com.

[3] "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241).

[4] "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e**

operacionais[5], da pesquisa bibliográfica[6] e do fichamento[7].

1. CONCEPÇÕES BASILARES DA SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES

Sabe-se que todas as discussões concernentes ao direito ambiental a nível mundial tiveram início nos anos 60, o que, na concepção de Gabriel Real Ferrer[8], ensejou a "primeira onda" numa visão de progresso cronológico e impulsos políticos. Apresentando seu ápice na primeira conferência mundial sobre meio ambiente ocorrida em 1972 em Estocolmo, a qual permitiu a proliferação da legislação ambiental e a sua constitucionalização em diversos países.

A "segunda onda" se desenvolveu com a segunda conferência mundial sobre meio ambiente ocorrida em 1992, sediada na cidade do Rio de Janeiro, onde começou a haver articulações de movimentos com surgimento de organizações não governamentais (ONG's) e o aumento do número de novos agentes sociais implicados com a proteção ambiental, ademais, todos os países participantes passaram a se dotar de abundante e moderna legislação ambiental, dando lugar a uma onda de normas e possibilitando o surgimento do que Gabriel Real Ferrer chamou da "geração da fotocópia"[9]. O grande destaque que se pode dar foram as discussões surgidas acerca das dimensões da sustentabilidade.

A terceira onda surgiu com a conferência mundial sobre o meio ambiente de 2002, ocorrida em Johannesburg, também conhecida como Rio +10, essa sim com um enfoque muito forte no desenvolvimento sustentável. Sendo que foi nessa conferência que finalmente houve a integração das três dimensões da sustentabilidade mais doutrinariamente consideradas: a ambiental, a social

---

metodologia da pesquisa jurídica, p. 229).

[5] "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

[6] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240).

[7] "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233).

[8] REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.6, n.2, p. 472-505, agosto de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 18 de abril de 2016; REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 310-326, dezembro de 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

[9] O que aconteceu foi a grande reprodução das normas umas às outras, sem se considerar qualquer realidade social, econômica, jurídica e ambiental sobre que se projetavam. Sobre o tema ver: REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de derecho ambiental**, Pamplona – España, n. 1, p. 73-93, 2002.

e a econômica.

Entretanto, apesar de se reconhecer os avanços que propôs a Conferência, a sensação foi de fracasso e indiferença, pois se acordaram diversas metas e medidas, porém não se instauraram meios efetivos para controlar sua implementação e eficácia, não se dando nenhum passo à institucionalização de uma eficaz governança ambiental planetária, sentimento este que se estendeu até a Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente ocorrida no ano de 2012, novamente na cidade do Rio de Janeiro, conhecida como Rio +20, tratada como a quarta onda[10].

A referida Conferência, última ocorrida, teve como objetivo reforçar o compromisso político dos Estados em relação ao desenvolvimento sustentável, identificando os progressos nos compromissos já firmados no âmbito da ONU, assim como desafios emergentes ainda não trabalhados.[11] Seu foco, conforme explana Ricardo Stanziola Vieira[12], ateve-se a dois temas centrais: "[...] a transição para a economia verde e a governança global do desenvolvimento sustentável."

Destacando Paulo Cruz e Zenildo Bodnar[13] que foram basicamente três as propostas da conferência:

> A primeira foi a de criar um novo organismo na ONU específico para a área ambiental. A segunda foi de dar ao PNUMA (Programa das Nações Unidas Para o Meio Ambiente) um novo *status*, igualando-o a organismos como a OMC (Organização Mundial do Comércio). A terceira proposta foi a de se promover a elevação do poder da Comissão de Desenvolvimento Sustentável da ONU.

Comenta Édis Milaré[14] que o que aconteceu durante a Rio +20 foi que esta enfrentou a frieza do cenário internacional, sendo que o principal elemento da sua preparação foi o ceticismo da Cúpula dos Governos e, também, da Cúpula dos Povos. O Brasil era mais uma vez o anfitrião da grande conferência mundial, mas ainda possuía a condição de "emergente", deixando visíveis as dificuldades internas na preparação da Assembleia.

---

[10] REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. p. 318.

[11] VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo "direito da sustentabilidade". **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 48-69, abril de 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3638>. Acesso em: 18 de abril de 2016. p. 50.

[12] VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo "direito da sustentabilidade". **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, p. 50.

[13] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 169.

[14] MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 8. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 1572.

Desse modo, assim como a última Conferência, a sensação obtida após o término desta foi de fracasso em termo de avanços visíveis.

De todo exposto salienta-se que já na segunda conferência mundial se iniciaram as discussões sobre o princípio da sustentabilidade, tema primordial do presente artigo científico.

Nos dizeres de Denise Schmitt Siqueira Garcia[15], o termo sustentabilidade traz diversas conotações e "[...] decorre do conceito de sustentação, o qual, por sua vez, é aparentado à manutenção, conservação, permanência, continuidade e assim por diante."

Juarez Freitas[16] conceitua o Princípio da Sustentabilidade como sendo um

> [...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Resumindo, o mesmo autor mais adiante em sua obra, trata que a sustentabilidade suportaria, então, 10 elementos básicos: 1. É princípio constitucional de aplicação direta e imediata; 2. Reclama por resultados justos e não apenas efeitos jurídicos, ou seja, reclama por eficácia; 3. Em ligação à eficácia demanda eficiência; 4. Tem como objetivo tornar o ambiente limpo; 5. Pressupõe probidade nas relações públicas e privadas; 6. 7. 8. Implica prevenção, precaução e solidariedade intergeracional; 9. Implica no reconhecimento da responsabilidade solidária do Estado e da sociedade; e 10. Todos os demais elementos devem convergir para ideia de garantir um bem-estar duradouro e multidimensional.[17]

Correlaciona-se por este viés, também, os ditames de Ramón Martín Mateo[18], que tendo por base o Princípio da Sustentabilidade, considera que não se trata de instaurar uma espécie de utopia, senão bases pragmáticas, que fará compatível o desenvolvimento econômico necessário para que nossos congêneres e seus descendentes possam viver dignamente com o respeito de um entorno biofísico adequado.

Deve-se ainda ter em mente que, na realidade, a sustentabilidade é uma dimensão ética,

---

[15] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul./dez. 2012. p. 389.

[16] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

[17] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. p. 50.

[18] MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental.** 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998. p. 41.

trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionada à natureza, mas a toda uma relação entre indivíduo e todo o ambiente a sua volta. "Há uma relação complementar entre ambos. Aperfeiçoando o ambiente o homem aperfeiçoa a si mesmo."[19]

Sendo nesse sentido que também comenta Gabriel Real Ferrer[20] afirmando que a sustentabilidade comporta uma noção positiva e altamente proativa, que supõe a introdução das mudanças necessárias para que sociedade planetária, constituída pela humanidade, seja capaz de se perpetuas indefinidamente no tempo.

Dito isto, deve-se considerar o caráter pluridimensional da Sustentabilidade, devendo aqui ser salientada a divergência presente na doutrina quanto à quantidade de dimensões que suportam a sustentabilidade, destacando-se, contudo, que majoritariamente considera-se a existência de três dimensões, chamadas de tripé da Sustentabilidade, que seriam: a dimensão ambiental, econômica e social.

Pela doutrina tradicional a sustentabilidade é tratada sob o viés destas três dimensões, todas integralmente correlatas e dependentes para a construção real da sustentabilidade.

Juarez Freitas[21] trabalha com a ideia de cinco dimensões, além das três tradicionais ainda existiriam a compreender a ética[22] e a jurídico-política[23]. Todas as cinco, em conjunto, tornam-se altamente correlatas e possibilitam a construção real da sustentabilidade.

Ademais, ainda salienta-se mais uma dimensão que aos poucos a doutrina está passando a aceitar a existência, chamada por Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar e Gabriel Real Ferrer de dimensão tecnológica, a qual surge num contexto de evolução do homem ante os avanços da

[19] SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 401-418, dezembro de 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>. Acesso em 18 de abril de 2016. p. 412.

[20] REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Trasformaciones del Derecho. *In:* SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade.** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Acesso em 18 de abril de 2016. p. 13.

[21] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro.

[22] A *dimensão ética* traz a ideia de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, da qual segue a concepção da solidariedade como dever universalizável. A cooperação surgiria, então, como um dever evolutivo da espécie, favorável à continuidade da vida no sistema ambiental, sua busca primordial seria o da produção do bem-estar duradouro, com o reconhecimento da dignidade intrínseca de todos os seres vivos, acima, assim, do antropocentrismo estrito, criando uma ética universal concretizável.

[23] A *dimensão jurídico-política* estabelece que a sustentabilidade determina, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro, apresentando-se como dever constitucional. A sustentabilidade é vista como princípio jurídico constitucional, imediata e diretamente vinculante, que altera a visão global do Direito, para o qual todos os esforços devem convergir, determinando a eficácia dos direitos fundamentais de todas as dimensões, fazendo com que seja tido como desproporcional e antijurídica toda e qualquer omissão causadora de injustos danos intra e intergeracionais.

globalização, conforme destacam:

> A sustentabilidade foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro sustentável. Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos humanos e fundamentais (meio ambiente, desenvolvimento, direitos prestacionais sociais, dentre outros), cada qual com as suas peculiaridades e riscos.[24]

Tal dimensão, conforme comenta Gabriel Real Ferrer[25] é a que marcará as ações que possamos colocar em marchar para corrigir, se chegarmos a tempo, o rumo atual marcado pela catástrofe. Sem contar que a técnica também define e já definiu nossos modelos sociais, como a roda, as técnicas de navegação, a máquina a vapor, a eletricidade, o automóvel e a televisão, e nesse sentido, a internet, as nanotecnologias e o que se está por chegar também definirá.

Em artigo recente Gabriel Real Ferrer e Paulo Márcio Cruz[26] trabalham com os fundamentos da premissa tecnológica na sustentabilidade em todas as suas dimensões, destacando que na análise das dimensões clássicas da sustentabilidade o fator tecnológico não é considerado, apesar de ser fundamental, tanto para alcançar o sucesso em cada uma das áreas como para garantir a própria viabilidade da Sustentabilidade.

Feito este adendo, destaca-se algumas das características principais de cada uma das dimensões tradicionalmente consideradas pela doutrina, para que, então, possa-se passar à análise do foco principal do presente trabalho exposto no próximo item.

A *dimensão ambiental* do Princípio da Sustentabilidade diz respeito à importância da proteção do meio ambiente e do Direito Ambiental, tendo como finalidade precípua garantir a sobrevivência do planeta através da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos que a fazem possível, considerando sempre o alcance da melhor qualidade de vida do homem na terra.[27]

Ela prevê, basicamente, a consideração do direito das gerações atuais e futuras ao

[24] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 112.

[25] REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, p. 319.

[26] CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como ampliação de seus Fundamentos. **Sequência**. Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

[27] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In:* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Acesso em: 18 de abril de 2016, p. 44.

ambiente limpo em todos os seus aspectos. Nesse aspecto essa dimensão trata de abarcar, principalmente, as ideias de que não poderá haver qualidade de vida e longevidade digna em um ambiente degradado ou no limite, não se podendo ter, quiçá, a manutenção da vida humana, do que resulta o pensamento de que ou se protege a qualidade ambiental ou não se terá futuro para a espécie humana.

A *dimensão econômica* foca-se no desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida às pessoas. Ele passou a ser considerada no contexto da sustentabilidade por dois motivos: 1. Não haveria a possibilidade de retroceder nas conquistas econômicas de desenvolvimento alcançadas pela sociedade mundial; e 2. O desenvolvimento econômico estaria interligado com a dimensão social do Princípio da Sustentabilidade, pois ele é necessário para a diminuição da pobreza alarmante.[28]

Ela evoca o sopesamento entre a eficiência e a equidade, o que leva ao consequente equilíbrio dos benefícios e custos diretos e indiretos (externalidades) dos empreendimentos públicos e privados, estando tudo isso intimamente ligado à ideia de medição das consequências a longo prazo. Desse modo, a sustentabilidade geraria uma nova economia, visada à reformulação de categorias e comportamentos que busquem o planejamento de longo prazo, a ultrapassagem do culto excessivo dos bens posicionais e um sistema competente de incentivos. [29]

A *dimensão social* consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, sendo também conhecida como capital humano. Ela está baseada num processo de melhoria na qualidade de vida da sociedade através da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria com o nivelamento do padrão de renda, o acesso à educação, à moradia, à alimentação. Estando, então, intimamente ligada à garantia dos Direitos Sociais, previstos no artigo 6º da Carta Política Nacional, e da Dignidade da Pessoa Humana, princípio basilar da República Federativa do Brasil.[30]

Basicamente ela 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

[28] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In:* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**, p. 44.

[29] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro, p. 65/67.

[30] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In:* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**, p. 44/45.

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.

A partir da caracterização de cada uma dessas dimensões, deve-se sempre ter em mente que todas elas estão intimamente entrelaçadas de modo a proporcionar a visão da sustentabilidade como princípio-síntese que determina a proteção da própria vida humana na Terra.

Todo esse aporte teórico trabalhado corrobora com a ideia central de que o destino da espécie humana, e aqui ressalta-se o contexto global e transnacional desse entendimento, remanesce em suas próprias mãos, sendo, então, o motivo principal para escolher a sustentabilidade antes de tudo como oportunidade de assegurar para todas as gerações o direito fundamental ao futuro.

2. O DIREITO TRANSNACIONAL NUMA REALIDADE DE SUSTENTABILIDADE

O debate sobre o Direito Transnacional justifica-se principalmente no fato de que o Direito Nacional e o Direito Internacional – mesmo considerando a criação de novas estruturas e organizações interestatais – não geraram mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais. Também o Direito Comunitário, que regula uma das manifestações da nova ordem mundial, caracterizada por novas relações e novas manifestações de atores e instituições, não apresenta bases teóricas suficientes para a caracterização de um ou mais espaços públicos transnacionais.

Com base nos elementos de discussão política sobre a necessidade de se ter o Direito Transnacional como instrumento de limitação dos poderes transnacionais, é possível se especular que serão intensificados os processos de abdicação das competências soberanas dos estados constitucionais modernos.

A constatação de que o mundo se caracteriza por uma multiplicidade de ordens normativas e poderes não sujeitos a qualquer direito e que o Estado é só uma forma de ordenamento entre outras, ainda que muito importante, é o ponto de partida para se poder entender porque emergiu a necessidade de âmbitos de governança e como estaria estruturada.

As estruturas transnacionais poderão operar dentro de um amplo espectro de Estados

articulados juridicamente, e a maioria dos conflitos sociais que enfrentam é processada através da adesão ao direito estatal ou através da compatibilidade com ele.[31] Mesmo assim, o direito estatal se caracteriza por profundas diferenças de concepções, filosofias regulatórias e tradições jurídicas. Para as organizações internacionais públicas e privadas o problema de garantir que as ações legais possam se plasmar de forma precisa nos ordenamentos jurídicos nacionais continua sendo um grande desafio.

Fenômenos como os da exclusão social e da insustentabilidade do desenvolvimento põem em xeque ações e o próprio papel do Estado na sua obrigação histórica de zelar pela segurança humana, pela educação e pelos direitos da cidadania. Nesta reflexão, ações como essas transpassam caminhos atípicos: somatório dialógico entre valores como a ética, a justiça e a questão ambiental, amarrando possibilidades para um presente sustentável. Isto significa navegar em busca de riquezas explicativas novas, não apenas necessárias à exegese da fenomenologia dos porquês da desordem social e da desordem ecológica, mas também para saber o como as coisas acontecem dentro e fora da globalização.[32]

Nas nações da periferia mundial, amarradas pelas burocracias que deixam de incrementar as conhecidas alternativas de sustentabilidade, o risco é ainda maior. No caso de alguns países, os privilégios de suas elites, a generalizada corrupção e a perversa distribuição da renda sob o patrocínio do próprio Estado, proporcionalmente tinge de sangue, mais que noutros países, a natureza e o tecido social da nação. Daí a degradação ambiental associada à baixíssima qualidade de vida do povo. Daí também a violência. Tudo isso significa ameaça à democracia e à paz, porque fragiliza a unidade nacional, notadamente na região amazônica. Fere a histórica força simbólica desta região por causa da monumental negligência para com o social que, por toda parte, mina as estruturas na qual estão assentadas as bases do Estado Constitucional Moderno.[33]

Não faz sentido o ser humano insistir que pode simplesmente continuar sua evolução enclausurada nos dogmas do Direito Moderno. Todos sabem que a modernidade, apesar de ter representado significativo avanço para a humanidade, acabou sendo todo um sistema teórico de justificação de desigualdades.

As desigualdades em seu sentido mais amplo: social, econômica, cultural e tecnológica,

[31] BAUMAN, Zigmund. **44 Cartas do Mundo Líquido Moderno**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001, p.132.

[32] PROCÓPIO FILHO, Argemiro. **Subdesenvolvimento Sustentável.** 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011. p.67.

[33] CRUZ, Paulo Márcio. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno. **Juridicas**, Universidade de Caldas – Colômbia, v. 4, p. 17-40, 2007.

constituem um dos fatores de maior agressão ao ambiente. Estima-se que a miséria e a pobreza respondam por um terço de toda degradação ambiental no planeta.

Neste contexto de crise multidimensional, surge um cenário extremamente receptivo para a emergência de novas instituições políticas e jurídicas que sejam capazes de agregar e articular atitudes solidárias e cooperativas. Com a capacidade de envolver as pessoas, instituições e estados na luta pela proteção de bens e valores imprescindíveis para assegurar a vida plena e duradoura no planeta.

É importante refletir seriamente sobre o câmbio valorativo produzido pelo ambiente criado com o fim da bipolarização ideológica propiciado pelo fim do mundo soviético, pela globalização e, principalmente, pelos sintomas evidentes de crise ecológica presentes no atual cenário mundial. Pela primeira vez o homem deu-se conta que pode, efetivamente, por termo à vida na terra.

A evolução da sociedade e o crescimento exponencial da complexidade, em todas as dimensões, conduzem à inexorável certeza de que não é mais suficiente assegurar amplamente a liberdade, a igualdade material, dentre outros direitos de tipo apropriativo, próprios do capitalismo. Não se o mundo estiver à beira do colapso pelo esgotamento dos recursos naturais.[34]

O monopólio do Estado Constitucional Moderno, como única fonte legítima de lealdade política para seus cidadãos, começa a ceder seu lugar a um conjunto de identidades políticas mais pluralistas e múltiplas. As pessoas começam a se definir como membros de uma comunidade local, de uma nação ou uma federação multinacional, de uma região ou subcontinente, e como cidadãos do mundo. Esta evolução será o motor propulsor para a construção dos novos parâmetros de justiça[35]. Os seus impulsos universalistas e seus princípios orientarão seus seguidores para além de qualquer compromisso com um só nível de proposição jurídica e para além do Estado Constitucional Moderno na direção da construção de princípios de uma necessária teoria para a justiça transnacional numa globalização democrática. Um bom exemplo é o que ocorre no mundo árabe, enquanto esse artigo é escrito está ocorrendo uma espécie de transnacionalização da informação que abala as estruturas de regimes ditatoriais.

Em síntese, a compreensão da sustentabilidade, enquanto novo paradigma do direito deve

[34] REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad e transformaciones del Derecho. **Revista de Derecho Ambiental – Doctrina, Jurisprudencia, Legislación práctica**, Buenos Aires, p. 65-82, octubre/diciembre 2012.

[35] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, São Paulo, v. 5, p. 269-286, 2011.

resultar do aporte cognitivo fornecido pela sociologia, economia e também pela filosofia. Resta à Ciência Jurídica, a importante função de se adequar a esta pauta axiológica comum humanitária, captar as realidades sociais, os seus desvios e riscos e promover estratégias objetivando mitigá-los e controlá-los para a realização plena do bem comum.

Pode-se dizer que a sustentabilidade não é mais do que a materialização do instinto de sobrevivência social. Segundo Gabriel Real[36], para alcançar uma sociedade sustentável supõe-se que:

> a) a sociedade que consideramos seja planetária, nosso destino é comum e não cabe a sustentabilidade parcial de uma comunidade nacional ou regional a margem do que pode ocorrer no resto do planeta. Construir uma comunidade global de cidadãos ativos é indispensável para o progresso da sustentabilidade. Esta exigência exige, entre outras coisas, superar a visão "ocidental" – e, anglo-saxônica que temos o mundo;
>
> b) alcançarmos um pacto com a terra de modo que nos comprometemos com a possibilidade de manter os ecossistemas essenciais que fazem possíveis a nossa subsistência como espécie em uma condição ambiental aceitável. É imprescindível reduzir drasticamente nossas demandas de consumo de capital natural para alcançar níveis razoáveis de reposição;
>
> c) sejamos capazes de alimentar e, mas ainda, oferecer uma vida digna ao conjunto de habitantes do planeta, acabando com injustificáveis desigualdades. Para isso será preciso reconsiderar e reformular os modos de produção e distribuição de riquezas. A fome e a pobreza não são sustentáveis;
>
> d) Recompormos a arquitetura social de modo que acabemos com o modelo opressor que esta baseando o conforto e o progresso de apenas algumas "castas" (classes) sociais em exclusão sistemática de legiões de indivíduos desfavorecidos, órfãos de qualquer oportunidade. Alcançar um mínimo limiar de justiça social é uma condição inevitável para caminhar para a sustentabilidade;
>
> e) construirmos novos modelos de governança (objeto de estudo no próximo item) que assegurem a prevalência dos interesses gerais sobre os individuais seja esses de indivíduos, corporações ou Estado. Trata-se de politizar a globalização, pondo-a a serviço das pessoas e estendendo mecanismo de governo baseados em novas formas de democracia com arquitetura assimétrica e baseada na responsabilidade dos cidadãos;
>
> d) Será preciso colocar a ciência e a técnica a serviço de objetivos comuns. Não só os novos conhecimentos devem ajudar a corrigir erros passados, ou apontar soluções eficazes aos problemas que surgem em uma civilização energético-dependente, mas a tecnologia deverá inevitavelmente determinar quais serão os modelos sociais que iremos nos desenvolver.

Esse conjunto de proposições tornam os desafios do nosso tempo ainda maiores. Sobretudo, porque a sustentabilidade emerge como grande potencial axiológico pós-moderno, e que precisa coabitar com os paradigmas da liberdade (indutor do direito moderno), fraternidade e

[36] REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**.

igualdade (indutores das relações sociais), bem como, fomentar o exercício da cidadania, bem como, um sentir e agir solidário na dimensão transnacional.

Portanto, para que a sustentabilidade possa consolidar-se como paradigma dominante, ela deverá ser construída a partir de múltiplas dimensões, que incluem as variáveis ecológicas, sociais, econômicas e tecnológicas. Sem esquecer-se da jurídica, num contexto de comunicação sistêmica e comunhão dos sistemas que possibilitem o agir democrático, portanto, cidadão e solidário transnacional.

A Sustentabilidade como um imperativo ético tridimensional deve ser implementada em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e dos elementos abióticos que lhe dão sustentação.

Há um claro sentimento de carência, nesse começo de Século XXI, de um "passo adiante" civilizatório. As últimas gerações humanas são devedoras de um efetivo novo avanço na questão do que se pode chamar de um mundo solidário e humanizado.[37] A modernidade caracterizou um significativo avanço, apesar de um avanço baseado no individualismo. O mundo atual é por demasiado complexo para seus obsoletos paradigmas teóricos.

Deve-se compreender, não custa repetir e já escrevemos em artigos anteriores, que esta nova era não deve ser combatida – seria trabalho inútil – e sim ser objeto de novas teorizações, que possam conduzir a humanidade ao seu episódio seguinte, sempre com a perspectiva de uma evolução positiva.

A complexa crise global atual, que se manifesta em todos os setores da vida humana e da vida de um modo Geral e já começa a envolver por completo a civilização. Ela nos obriga a formular a pergunta se alcançamos o ponto denominado em inglês de *over sea*, aquele ponto que não nos permite retroceder na história da espécie humana pelo menos tal como foi definida desde o aparecimento das grandes culturas, que marcaram o começo da "consciência histórica".

Nossa busca por um sentido de pertencimento universal nos lançou para realidades sociais e econômicas cada vez mais complexas, cada uma delas foi ocupando e transformando o globo

[37] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. La Transnacionalidad y la Emergencia del Estado y del Derecho Transnacionales. **E-LeX Revista**, Barcelona, v. 4, p. 09, 2009.

terrestre que todos habitamos.[38] Colonizamos até o último metro quadrado do planeta e assentamos as bases de uma civilização efetivamente global que permite a conexão de toda a espécie humana, mas as expensas de um passivo ambiental real, que ameaça a humanidade com o fim da vida no planeta.

Nos momentos atuais de pura perplexidade – com um misto de apoplexia – quando a sociedade humana perde o controle de seu próprio sentido dos conceitos de intimidade e universalidade, quando os temores da humanidade se manifestam em forma de opressão e de uma violência incontrolável. Multiplicam-se as ações terroristas em todo mundo. Como escreve Rifkin, todas as civilizações tiveram seus alertas sobre seus holocaustos. Parece que não está diferente com a civilização moderna.

É em função disso que Rifkin trabalha a evolução humana no atual contexto de transnacionalização como possível a partir da predisposição empática inscrita na nossa essência humana. Nosso organismo não é um mecanismo a prova das violências que nós mesmos cometemos contra nós, mas nossa capacidade empática pode representar a oportunidade para unir a espécie humana em torno de elementos de oportunidade que devem ser exercitados de maneira continuada[39]. Lamentavelmente, o impulso empático tende a ser colocado numa posição secundária quando as forças sociais se enfrentam por questões pouco ou nada republicanas que ameaçam desintegrá-la[40].

Podemos estar nos aproximando de um daqueles momentos evolutivos que determinam o surgimento de uma nova idade ou era. Alguns autores tratam esse novo tempo como um terceiro momento do mundo industrializado, com uma fundamental mudança no meio de produção que pode ser chamado, provisoriamente, é claro, de capitalismo distributivo. O Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos, em sua tese de doutorado defendida em dupla titulação (não apenas cotutela como muitos fazem), já trabalhou algumas dessas teorias sobre o capitalismo distributivo[41].

Essa nova era do capitalismo distributivo, sobejamente tratado da obra citada de Jeremy

[38] RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática:** la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Madrid: Paidós, 2010.

[39] RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática:** la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis.

[40] CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre el principio republicano. **Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Itajaí, v. 13, n. 01, p. 43-54, janeiro de 2008.

[41] SANTOS, Rafael Padilha dos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como regulador da Economia no Espaço Transnacional: uma proposta de economia humanista.** Tese de Doutorado (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Univali, 2015. Disponível em: <http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/69/Tese%20-%20RAFAEL%20PADILHA%20-%202015%20-%20Dupla.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

Rifkin, pode nos ajudar a propor um novo arcabouço teórico suficiente para permitir que o Direito e a Ciência Jurídica enfrentem os desafios da globalização com um mínimo de possibilidades de êxito. Enfatizando a continentalização desta vez de Baixo para cima. Isso implica que os novos critérios de produção sustentáveis estejam distribuídos de maneira mais ou menos igualitária em todo o mundo.[42] É fundamental que todas as regiões do planeta possam desfrutar, pelo menos parcialmente, dos meios necessários para que sejam relativamente autossuficientes de meios para a manutenção de um estilo de vida sustentável. Ao mesmo tempo em que possam conectar-se com diversas regiões em países e continentes, através de redes inteligentes.

Sabe-se perfeitamente das assimetrias existentes entre as diversas regiões do nosso planeta e entre os países que as formam[43]. Isso mostra a necessidade de coabitação entre o paradigma moderno e o pós-moderno do Direito, entre a busca por âmbitos cada vez mais amplos de liberdade e a limitação desta mesma liberdade em função de se promover a sustentabilidade[44]. É o que já referimos anteriormente como "republicanização da globalização", com uma efetiva busca pela distribuição da riqueza e reequilíbrio ambiental. O grande desafio do ser humano será provar que conseguirá evoluir do individualismo liberal, passando pelas experiências de igualdade relativa dos estados de bem estar até alcançar a sustentabilidade. Provar que não é um elemento estranho e inadaptável ao planeta Terra, mas que pode não só conviver em harmonia como melhorar as condições gerais de vida.

A proteção do meio ambiente é uma pauta axiológica reconhecida e valorizada em escala global. Hoje não é mais um desafio exclusivo para a Ciência Jurídica a criação e a sistematização de normas de proteção ao ambiente. O caminho mais complexo e relevante a ser trilhado é o conjunto intersistêmico de relações que o ambiente gera com outros bens e valores, principalmente nas perspectivas sociais, econômicas, culturais e tecnológicas.

Atualmente não é mais suficiente somente o desenvolvimento de teorias jurídicas complexas e sofisticadas em relação a temas e institutos setoriais do fenômeno da convivência humana[45]. É de duvidosa utilidade, por exemplo, compreender tecnicamente o significado do

[42] RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática:** la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis.

[43] CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica. **E-Lex Revista**, Barcelona, v. 5, p. 12-24, 2010.

[44] CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. **Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 09-22, agosto de 2008.

[45] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011.

direito de propriedade se este valor não é entendido e relacionado com as suas múltiplas manifestações e inúmeras relações que desencadeia, das rotas de colisão, parcial concordância e plena harmonização com outros institutos jurídicos. Inclusive nas suas repercussões econômicas, culturais e tecnológicas.

Desta forma, com os cenários transnacionais atuais surgem a necessidade da emergência e da consolidação de um novo paradigma do Direito que deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos no atual contexto de complexidade.

A sustentabilidade emerge, naturalmente, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada[46].

A colaboração e a solidariedade transnacionais também são as palavras de ordem para a sustentabilidade global. A intensificação do fenômeno da globalização apresenta desafios importantes aos Estados. Exige uma readequação qualitativa e estratégica do Direito, pois este enquanto instrumento de controle social estatal, emanado de um ente soberanamente isolado no planeta, já não produz mais respostas eficazes para assegurar um futuro com sustentabilidade progressiva para toda a comunidade de vida e em escala global.

Necessita-se da construção e consolidação de uma sustentabilidade global que sirva como paradigma de aproximação entre os povos e culturas. E da participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social[47].

Para o Direito como objeto da Ciência Jurídica, todas estas perspectivas apresentam identificação com a base de valores fundamentais, aí incluídos o meio ambiente, desenvolvimento sustentável, direitos prestacionais sociais, dentre outros, cada qual com as suas peculiaridades e riscos. Pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base meta axiológica ao Direito.

[46] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**.

[47] CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões Sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 17, n. 1, p. 18-28, abril de 2012.

A nova “continentalização”, para usar o termo proposto por Rifkin[48], e a globalização da base da sociedade e que já atinge os lugares mais remotos do planeta, nos permite completar a tarefa de analisar a sociedade humana cada vez mais conectada. Essa condição inaugura a possibilidade de se ampliar a sentimento de pertencimento a uma sociedade global com alto grau de empatia e capaz de atuar em situações as mais diversas e nos temas que conformam a vida no planeta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As discussões a respeito da Sustentabilidade, tema primordial do presente artigo científico iniciaram-se na segunda conferência mundial e vêm se desenrolando até o presente momento.

A Sustentabilidade numa visão geral, concatenando as ideias conceituais trabalhados no presente artigo, possui uma concepção acima de tudo ética, que trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionada à natureza, mas a toda uma relação entre indivíduo e todo o ambiente a sua volta.

Sua abrangência é indiscutível e deve ser sempre considerada de caráter pluridimensional, comportando diversas dimensões diretamente interligadas. Conforme apresentado, há divergência doutrinária quanto à quantidade de dimensões que suportam a sustentabilidade, destacando-se, contudo, que majoritariamente considera-se a existência de três dimensões, chamadas de tripé da Sustentabilidade, que seriam: a dimensão ambiental, econômica e social. Porém, deve-se ser destacada a crescente consideração da chamada dimensão tecnológica, trabalhada por Paulo Márcio Cruz, Gabriel Real Ferrer e Zenildo Bodnar, a qual surge num contexto de evolução do homem ante os avanços da globalização.

A partir da caracterização de cada uma dessas dimensões, deve-se sempre ter em mente que todas elas estão intimamente entrelaçadas de modo a proporcionar a visão da sustentabilidade como princípio-síntese que determina a proteção da própria vida humana na Terra.

Em síntese, a compreensão da sustentabilidade, enquanto novo paradigma do direito deve resultar do aporte cognitivo fornecido pela sociologia, economia e também pela filosofia. Ela deve ser compreendida como um imperativo ético tridimensional, devendo ser implementada em

[48] RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática:** la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis.

solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e dos elementos abióticos que lhe dão sustentação.

A realidade é que a proteção do meio ambiente é uma pauta axiológica reconhecida e valorizada em escala global. Hoje não é mais um desafio exclusivo para a Ciência Jurídica a criação e a sistematização de normas de proteção ao ambiente. O caminho mais complexo e relevante a ser trilhado é o conjunto intersistêmico de relações que o ambiente gera com outros bens e valores, principalmente nas perspectivas sociais, econômicas, culturais e tecnológicas.

Ante essa relevância da pauta sustentável como novo paradigma da humanidade – e aqui ressalta-se sua escala global de necessária aplicabilidade -, há que se estabelecer que a própria leitura do Direito Transnacional deverá ser feita em sua consequência. Estabelecendo-se a necessária relação direta entre estes dois temas.

Considerando os elementos de discussão política sobre a necessidade de se ter o Direito Transnacional como instrumento de limitação dos poderes transnacionais, é possível se especular que serão intensificados os processos de abdicação das competências soberanas dos estados constitucionais modernos, de modo que as estruturas transnacionais poderão operar dentro de um amplo espectro de Estados articulados juridicamente, e a maioria dos conflitos sociais que enfrentam é processada através da adesão ao direito estatal ou através da compatibilidade com ele.

Fenômenos como os da exclusão social e da insustentabilidade do desenvolvimento põem em xeque ações e o próprio papel do Estado na sua obrigação histórica de zelar pela segurança humana, pela educação e pelos direitos da cidadania. Nesta reflexão, ações como essas transpassam caminhos atípicos: somatório dialógico entre valores como a ética, a justiça e a questão ambiental, amarrando possibilidades para um presente sustentável.

A sustentabilidade emerge, naturalmente, como grande potencial axiológico para ser aplicada e reconhecida na centralidade desta nova ordem jurídica altamente complexa, plural e transnacionalizada. O que em contrapartida comporta afirmar que sua visibilidade deve ser entendida a partir desse contexto de transnacionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zigmund. **44 Cartas do Mundo Líquido Moderno**. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno. **Juridicas**, Universidade de Caldas – Colômbia, v. 4, p. 17-40, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas ambientais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, São Paulo, v. 5, p. 269-286, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. La Transnacionalidad y la Emergencia del Estado y del Derecho Transnacionales. **E-LeX Revista**, Barcelona, v. 4, p. 09, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Porto Alegre, v. 3, p. 75-83, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Acesso em 18 de abril de 2016.

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

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica. **Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 09-22, agosto de 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como ampliação de seus Fundamentos. **Sequência**. Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica. **E-Lex Revista**, Barcelona, v. 5, p. 12-24, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre el principio republicano. **Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Itajaí, v. 13, n. 01, p. 43-54, janeiro de 2008.

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

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A atividade portuária como garantidora do Princípio da Sustentabilidade. **Revista Direito Econômico Socioambiental**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 375-399, jul./dez. 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In:* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental.** 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

PROCÓPIO FILHO, Argemiro. **Subdesenvolvimento Sustentável.** 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 310-326, dezembro de 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de derecho ambiental**, Pamplona – España, n. 1, p. 73-93, 2002.

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.6, n.2, p. 472-505, agosto de 2011. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Trasformaciones del Derecho. *In:* SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade.** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Acesso em 18 de abril de 2016.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad e transformaciones del Derecho. **Revista de Derecho Ambiental – Doctrina, Jurisprudencia, Legislación práctica**, Buenos Aires, p. 65-82, octubre/diciembre 2012.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática:** la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Madrid: Paidós, 2010.

SANTOS, Rafael Padilha dos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como regulador da Economia no Espaço Transnacional: uma proposta de economia humanista.** Tese de Doutorado (Doutorado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Univali, 2015. Disponível em: <http://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/69/Tese%20-%20RAFAEL%20PADILHA%20-%202015%20-%20Dupla.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

SOARES, Josemar; CRUZ, Paulo Márcio. Critério ético e sustentabilidade na sociedade pós-moderna: impactos nas dimensões econômicas, transnacionais e jurídicas. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 401-418, dezembro de 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4208>. Acesso em 18 de abril de 2016.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo "direito da sustentabilidade". **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 48-69, abril de 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3638>. Acesso em: 18 de abril de 2016.

A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA GOVERNANÇA PARA A SUSTENTABILIDADE

Levi Hülse[1]

Henrique da Rosa Ziesemer[2]

INTRODUÇÃO

Os países vêm tentando desde a década de 1970 criar mecanismos para a melhora do meio ambiente e a não degradação total. Ocorre que o sistema econômico vigente entra em total dissonância com esses acordos, que os países ratificam. E existe uma grande dificuldade para os países colocarem em prática os acordos, pois as empresas estão apenas preocupadas com seu lucro.

Neste contexto, Klaus Bosselmann[3] nos mostra que uma saída para a sustentabilidade é uma união entre os governos e a sociedade civil através da governança.

E como contraponto ao capitalismo selvagem buscaremos na obra Sociedade com custo marginal zero de Jeremy Rifkin[4] experiências onde o compartilhamento pode ser um aliado da sustentabilidade numa sociedade onde para viver é necessário ter posse e consumir o maior número possível de bens.

O objetivo para a elaboração deste artigo foi analisar aspectos destacados acerca do conceito e da função da sociedade civil em prol da sustentabilidade.

A definição do tema partiu da realização da disciplina Direito e Transnacionalidade ministrada no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

---

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, na área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Graduado Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2010) e graduado em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2006). Advogado com a OAB/SC 31.986. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP e na Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Editor da Revista Ponto de Vista Jurídico - UNIARP.

2 Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1999). Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (2013), especialista em Direito Processual Penal pela UNIVALI (2008), e Direito Administrativo pela CESUSC (2004). É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e professor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e da Magistratura.

[3] BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: Transformando direito e governança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Tradução de: The principle of sustainability: transformind law and governasse

[4] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** Sao Paulo: Makron Books, 2016. Traducao de: The zero marginal cost society.

Para alcançar o resultado pretendido são utilizados o método indutivo[5] e as técnicas do referente[6], das categorias[7] e dos conceitos operacionais[8] nas fases de investigação, de tratamento dos dados e na elaboração do relatório final.

Os autores agradecem ao Fundo de Apoio à Pesquisa (FAP) da UNIARP pelo apoio financeiro.

1. O CAPITALISMO COMO ENTRAVE À SUSTENTABILIDADE

O consumo incentivado pelo capitalismo tem sido o grande vilão para a meio ambiente universal. Conforme Beck[9], a produção de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Nos últimos 200 anos os meios de produção evoluíram muito sem qualquer compromisso com o meio ambiente.

Em seu livro Sociedade de Risco, Beck argumenta que existem cinco grandes ameaças em curso: a) a radiotividade e as toxinas e poluentes presentes no ar; b) a desigualdade social; c) o consumo desenfreado; d) grandes riquezas pessoais; e) o desmatamento.

Até o início da década de 1970, pouco se falava ou se estudava sobre o tema da sustentabilidade. Todos produziam sem qualquer preocupação. A sociedade não tinha qualquer preocupação com as riquezas naturais e pouco se preocupava que um dia poderia haver um colapso no nosso meio ambiente[10].

A primeira conferência sobre o meio ambiente global foi a de Estocolmo em 1972. A preocupação com o ambiente que vivemos é um tema novo, mas que vem sendo discutido efusivamente nos últimos anos[11].

---

[5] O método indutivo é conceituado como aquele que consiste em "pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. P. 86).

[6] Referente é a explicitação prévia dos motivos, dos objetivos e do "produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma Pesquisa". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. P. 61)

[7] "Categoria é a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. P. 34).

[8] Conceito Operacional (=Cop) é uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 50).

[9] BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. p. 23

[10] BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. p. 39

[11] VEIGA, Jose Eli. A desgovernança mundial da sustentabilidade.

Mesmo depois de várias conferências e acordos sobre a sustentabilidade e meio ambiente realizados globalmente, a única certeza que se tem é que para que até 2100 a temperatura mundial aumente apenas mais 2º graus Celsius deve-se desmantelar (*to shut down*) toda a economia global[12].

Um exemplo de colapso é o emprego de matérias primas no mundo, de 1963 a 1995 a população mundial aumentou 77% e a matéria prima para suprir a necessidade dessa população aumentou 141%. Para manter a população de hoje se gasta o dobro de matéria prima que se gastava em 1963. Estamos cada vez consumindo mais. Outro sinal é o tráfego de navios que quadruplicou entre 1992 a 2012, esse tráfego aumentou em demasia o dióxido de nitrogênio tropesférico no Oceano Índico[13].

O autor Luiz Marques[14] cita 10 propostas de insustentabilidade ambiental do capitalismo que assim são descritas: 1 o capitalismo não leva em consideração o impacto do aquecimento global em suas decisões econômicas estratégicas; 2 o capitalismo não cria condições para um acordo mundial ambicioso e equitativo; 3 não se buscam alternativas para o combustível fóssil; 4 não existe uma expectativa de taxação da emissão de poluição; 5 não se tem priorizado investimento de infraestrutura de baixo carbono; 6 as despesas em pesquisa e desenvolvimento de tecnologias de baixo carbono não vem crescendo; 7 o caos urbano que se deu com o aumento de automóveis a energia fóssil, do cimento e agricultura extensiva; 8 as madeireiras e o agronegócio continua desmatando para se desenvolver; 9 a degradação do solo e 10 não existe um plano para acabar com as termoelétricas. Outro problema grande que o capitalismo traz para a sociedade é que não existe tamanho de mercado para esse sistema, sendo o mercado de tamanho infinito, ou seja, cada vez tem de se criar novas necessidades e novos produtos para incentivar o consumo.

Em contraponto a esta insustentabilidade, os autores Nicholas Stern e Felipe Calderón criam 10 medidas chamadas *Better Growthd Better Climate*[15], medidas que poderiam funcionar junto ao capitalismo e que melhorariam o nosso meio ambiente. As medidas são as seguintes: 1 devemos levar em consideração o aquecimento global em todas as decisões tomadas; 2 criar um acordo mundial ambicioso; 3 eliminar os subsídios as energias fosseis; 4 taxar as emissões de CO^2;

[12] MARQUES, LUIZ. **Capitalismo e Colapso Ambiental.** P. 472

[13] MARQUES, LUIZ. **Capitalismo e Colapso Ambiental.** P. 472

[14] MARQUES, LUIZ. **Capitalismo e Colapso Ambiental.** P. 472

[15] Melhor crescer ou Melhor o clima. Tradução livre.

5 reduzir substancialmente os custos de investimentos em infraestrutura de baixo carbono; 6 multiplicar por 3 as pesquisas e desenvolvimento de tecnologia de baixo carbono; 7 priorizar a conectividade e a compacidade como formas preferenciais de desenvolvimento; 8 deter o desmatamento global das florestas primarias; 9 restaurar ao menos 500 milhões de hectares de florestas e solos agricultáveis degradados e 10 acelerar a saída de termoelétricas movidas a carvão[16].

As medidas acima elencadas seriam essenciais para que mantivéssemos o meio ambiente em boas condições. Mas existem opositores a essas medidas. Um dos grandes problemas é que os preços dos produtos não observam a degradação ambiental na sua produção[17]. Um dos maiores opositores a esse sistema de taxação e mudança de tática capitalista é Milton Friedman[18]. Ele assim lecionava: As medidas ambientalistas não devem ser feitas com dinheiro da empresa privada. Se, ao deixar guiar por interesses ambientais, ele dirigir a corporação de maneira a obter resultados menos efetivos aos acionistas, estará sendo imoral. Por mais alta que pareça sua posição, ele é empregado dos acionistas. Como tal, tem uma responsabilidade moral muito forte em relação a eles[19].

Para o capitalismo se aproximar da sustentabilidade sua regulação deve ser conduzida por um mecanismo misto, no qual o estado e a sociedade civil devem ter peso suficiente para contrabalançar as forças cegas do capitalismo[20]. Em contraponto ao capitalismo que hoje vivemos devemos pensar na governança.

2. GOVERNANÇA E CIDADANIA GLOBAL COMO FORMA DE VIABILIZAR A SUSTENTABILIDADE

A governança para sustentabilidade é fundamentalmente diferente da ambiental. Na maioria das sociedades (modernas) a governança ambiental tem sido uma preocupação menor, um complemento, ou um programa minimalista superficial destinado a permanecer na periferia da governança ambiental.

Fundamentalmente, precisamos pensar de forma diferente sobre a governança e o papel

[16] MARQUES, LUIZ. **Capitalismo e Colapso Ambiental.** P. 473.
[17] MARQUES, LUIZ. **Capitalismo e Colapso Ambiental.** P. 477
[18] MARQUES, LUIZ. **Capitalismo e Colapso Ambiental.** P. 478
[19] MARQUES, LUIZ. **Capitalismo e Colapso Ambiental.** P. 479
[20] MARQUES, LUIZ. **Capitalismo e Colapso Ambiental.** P. 506

das pessoas nela. Esta não pode mais ser limitada a relações públicas sociais. Precisamos, também, refletir sobre as nossas relações ecológicas. O tradicional foco de governança é a comunidade humana.

A nossa legislação nos dias de hoje refere-se que as decisões devem ser tomadas no interesse público ou nacional. Com essa mentalidade essas expressões devem ser substituídas para "o interesse da comunidade", que pode ser então definido para significar longo prazo, os interesses coletivos das gerações presentes e futuras[21]. Um exemplo desse novo pensamento é a carta da terra, que tem como ambição "levar adiante a sociedade da sustentabilidade global fundado no respeito a natureza, direitos humanos, justiça econômica, cultura e paz".

Outra questão importante para a governança sustentável é que os povos da terra devem ter responsabilidade entre todos os atos, como uma grande comunidade com vista a melhorar a terra para as gerações futuras. A melhor forma de se fazer a comunidade participar das decisões sobre a sustentabilidade e através da sociedade civil organizada.

A parceria do governo, sociedade civil e negócios é essencial para uma governança efetiva. Para construir uma comunidade global de sustentabilidade, as nações do mundo devem renovar seu comprometimento com as nações unidas, cumprir suas obrigações sobre acordos internacionais e apoiar a implementação da carta da terra[22]. Fica assim cristalino que as decisões sobre a sustentabilidade não devem apenas partir dos governos, mas sim de todos os setores da sociedade.

Para aplicar as mudanças para aumentar a eficácia da sustentabilidade, requer que os organismos internacionais possuam poderes de decisão, de tutela e curadoria. Mas isso só será possível se os próprios Estados avançarem no sentido de tutela ambiental e adicionarem a sabedoria ecológica a sua soberania[23].

A União Europeia é a única região do mundo onde o desenvolvimento sustentável combinando políticas econômicas, sociais e ambientais é um objetivo declarado constitucionalmente.[24]

A única maneira de sair do dilema entre a soberania territorial e responsabilidade

[21] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade**. p. 221.

[22] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade**.

[23] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade.** p. 233

[24] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade.** p. 234

ambiental é o reconhecimento do princípio fundamental da sustentabilidade. Mas isso só será possível se os próprios estados avançarem no sentido de tutelar o meio ambiente a adicionarem a sabedoria ecológica à sua soberania[25]. Em um nível conceitual, por exemplo, o grande envolvimento da sociedade civil nos processos administrativos pode ajudar a definir o conceito de sustentabilidade e ajudar a relacionar este à implementação institucional[26].

O princípio básico da sustentabilidade é que o meio ambiente natural tem valores cruciais e únicos que podem raramente ser substituídos, ou negociados por produtos econômicos ou valores sociais da civilização. Só será possível ter um desenvolvimento sustentável se o mundo adotar um novo conceito de desenvolvimento, envolvendo modificações de longo alcance nos padrões de produção e consumo. Este novo conceito de desenvolvimento reconhece as necessidades econômicas e aspirações sociais, mas aceita a proteção do meio ambiente e recursos naturais como fundamental[27]. A sustentabilidade deve ser colocada na agenda internacional.

Uma mudança que devemos promover para poder fazer da sustentabilidade uma realidade é pensar em uma cidadania global. Para nosso contexto, cidadania pode ser definia como

> sociedade, determinada por fatores como lugar de nascimento, parentesco, ou naturalização de uma comunidade política (geralmente um estado – nação), em virtude do que alguém legalmente definiu como direitos e deveres, identidade significativa e (em alguns casos) responsabilidade moral para participar em casos públicos. A cidadania pode ser descrita como um conjunto de práticas (cultural, simbólica e econômica) e um pacote de direitos e deveres e é preciso enfatizar que não é um conceito de sociologia pura, e nem puramente legal, mas baseado no relacionamento dos dois, expandindo sobre os domínios civis, sociais e políticos.[28]

A globalização tem ajudado muito a mudar o pensamento sobre a cidadania. Com as diversas migrações que ocorrem nos dias de hoje, tem se perdido o sentimento nacionalista e com isso as pessoas têm se preocupado mais com o contexto mundial e não apenas com o seu país.

Devemos começar a pensar numa cidadania global, pois todos fazemos parte do mesmo mundo. A cidadania tem se tornado uma procura do indivíduo por segurança e sentido na vida[29].

O cidadão ecologicamente consciente toma responsabilidade pelo lugar onde mora, entende a importância da tomada de decisões coletivas, concernentes aos comuns, procura o bem

[25] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade.** P. 239
[26] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade.** P. 238.
[27] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade. P. 240.**
[28] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade. P. 244.**
[29] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade. P. 246.**

comum, identifica-se com biorregiões e ecossistemas em vez de Estados e Estados-Nação obsoletos ou empresas transnacionais, considerando o alto impacto de suas ações. É comprometido com a construção da comunidade, observa o fluxo do poder e age de acordo com sua convicção[30].

Quando os cidadãos se mobilizam, eles constituem uma mobilização cidadã. Mobilizações cidadãs e grupos de sociedades civis são a força impulsora para a mudança social. A sociedade civil é reconhecida hoje como a força impulsora rumo a governança global[31]. Na sua atual forma, a sociedade civil não pode substituir o sistema representativo da governança, mas poderia ser legitimada por uma cidadania global emergente. Quanto mais o conceito de cidadania global é associado com sociedade civil global, mais forte torna-se seu envolvimento com as causas globais. Instituições de legitimação e monitoramento da governança global poderiam ser o principal efeito da cidadania global[32].

Assim, a governança é a soma das várias formas individuais e instituições, públicas e privadas de gerir seus interesses comuns. É um processo contínuo por meio do qual interesses conflitantes ou divergentes podem ser acomodados e ações cooperativas podem ser tomadas. No nível global, governança tem sido vista, primeiramente, como relações intergovernamentais, mas precisa ser compreendida como algo que envolve também as organizações não governamentais (ONGS), mobilizações sociais, corporações multinacionais e o capital global[33].

Diante do exposto, a sociedade civil organizada tem um papel fundamental para a implementação da sustentabilidade. A participação da sociedade tanto nas decisões como na tutela da sustentabilidade fará com que esta se fortaleça.

3. AS ALTERNATIVAS AO CONSUMISMO ATRAVÉS DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

O autor Jeremy Rifkin[34] vem a tempos estudando a sociedade. Em seu livro Sociedade com Custo Marginal Zero, o autor nos elucida sobre novas atitudes que a população americana vem trazendo para tentar diminuir o consumo através do compartilhamento organizado. As

[30] BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade** p. 253
[31] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**.p. 255
[32] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** p. 257
[33] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** p. 257
[34] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.**

associações tem um papel fundamental para essa alternativa.

A sociedade americana é conhecida pelo seu apetite voraz pelo consumo, sendo o símbolo do consumo o carro. O carro é o símbolo da liberdade e a primeira propriedade de muitas pessoas. Mas essa realidade vem mudando em vários lugares do mundo. As pessoas estão compartilhando carros através de empresas privadas e também de associações, onde pagam uma pequena taxa de adesão e em troca ganham acesso aos automóveis quando precisam deles. O compartilhamento de automóveis não só reduz o número de carros na rua, como também a emissão de gás carbônico. Em 2009, cada veículo compartilhado eliminou 15 carros e além disso os associados desses clubes de compartilhamento guiaram carros 30% menos de quando tinham veículo[35].

Segundo estudos, uma vez que a pessoa começa a compartilhar carros tendem a mudar outros comportamentos de mobilidade, passando a andar mais de bicicleta, caminhar e usar os transportes públicos[36].

O compartilhamento de carros também é uma alternativa econômica. Nos Estados Unidos, possuir e dirigir um carro consume 20% da renda de um domicílio, tornando-se o segundo maior gasto, atrás apenas dos gastos com habitação. Até as grandes montadoras já estão aderindo ao compartilhamento ou incentivando. A General Motors criou uma parceria com a RealayRides, proporcionando suporte financeiro à rede de compartilhamento. Segundo o vice-presidente da GM, o objetivo é ampliar a base de clientes, reduzir congestionamentos nas grandes cidades norte americanas e solucionar problemas de mobilidade urbana[37].

Outro meio de transporte que também vem sendo compartilhado é a bicicleta. Nos Estados Unidos e Canadá 58% das operadoras de compartilhamento de bicicletas informatizadas são administradas, por organizações sem fins lucrativos. As operadoras sem fins lucrativos são líderes nesse compartilhamento, com 82% dos usuários e 66% das bicicletas utilizadas[38].

A internet tem sido a mola propulsora dessa nova modalidade de compartilhamento, sendo esta a quarta fase da rede. A primeira fase permitiu aos programadores o compartilhamento de códigos, na segunda fase Facebok, Twitter e outros sites permitiram o compartilhamento da vida das pessoas, na quarta fase o Youtube e Flickr permitiram que as pessoas compartilhassem suas

[35] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** p. 262

[36] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** p. 263

[37] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** p. 265

[38] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. p.263

criações e ideias e esta quarta e nova fase vai permitir que possam compartilhar bens de fora da internet no mundo real, como o exemplo dos carros e bicicletas[39].

Rachel Botsman é um ex-diretor da GM e da IBM e assim ele define essa nova fase:

> todos os dias as pessoas praticam o consumo compartilhativo – atividades tradicionais, como compartilhar, permutar, emprestar, negociar, locar, presentear e trocar, redefinidas através da tecnologia e de comunidades online. O consumo colaborativo permite que pessoas percebam os enormes benefícios do acesso a produtos e serviços em relação a posse, ao mesmo tempo em que economizam dinheiro, espaço e tempo; fazem novos amigos e se tornam novamente cidadãos ativos. Esse sistema proporciona benefícios ambientais significativos, aumentando a eficiência do uso, reduzindo o desperdício, estimulando o desenvolvimento de produtos melhores e eliminando o excedente criado pelo excesso de produção e consumo[40].

Além do compartilhamento de meios de locomoção nos Estados Unidos tem se tentado compartilhar de tudo, desde roupas, brinquedos até espaço nas residências para plantar[41]. O site SharedEarth[42] foi fundado por Adam Dell, pois este queria plantar uma horta em seu quintal, mas não tinha tempo nem habilidade para plantar. Então este postou um anúncio no Craiglist em 2010 que dizia: "se você fornecer o trabalho, eu ofereço água, terra e materiais. Podemos dividir meio a meio o que for produzido." Ele encontrou uma pessoa que adorava plantar, mas não tinha espaço para o fazer e assim formaram uma parceria. Em 4 meses já tinham 2.300.000 m² de espaço compartilhado[43]. Como vemos existem maneiras das mais diversas de se aproveitar o espaço ocioso mesmo compartilhando.

Sobre o compartilhamento, num estudo realizado pela Campbell Mithum, agência de publicidade de Minneapolis em parceira com a Carbonview Research, constatou que 62% dos indivíduos da geração X e da geração milênio se sentem atraídos pela ideia de compartilhar bens, serviços e experiências em comunidades colaborativas[44].

Ainda relativo ao consumo Umair Haque, autor de The New Capitalisr Manifest assim leciona sobre o compartilhamento:

> se as pessoas formalmente conhecidas como consumidores consumir 10% menos e compartilhar 10% mais, o efeito disso sobre as margens das corporações tradicionais será desproporcionalmente

[39] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** p. 271

[40] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** P. 271

[41] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** P. 274

[42] Terra compartilhada – Tradução Livre.

[43] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** P. 277

[44] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** P. 292

> maior. Isso significa que determinados setores precisam reformular ou estar preparados para afundar na areia movediça do passado[45].

O compartilhamento é algo que pode modificar a relação de consumo e alterar o sistema capitalista vigente, sendo este um campo aberto que precisa ser regulamentado e organizado. Neste espaço a sociedade civil organizada poderá ter uma grande importância vendo a melhor forma de organizar as pessoas, para compartilharem com um custo menor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o texto de Luiz Marques, o capitalismo e a sustentabilidade são uma ilusão. No sistema capitalista os gestores não podem se preocupar com qualquer tema que não seja o lucro. Milton Friedman lecionava que uma empresa não pode gastar seu tempo se preocupando em poluir menos ou fazer produtos saudáveis, pois os sócios não querem ter seus resultados prejudicados por este tema.

Como muitos governos são reféns das empresas, os acordos ambientais assinados pelos países em conferências mundiais e ratificados nos países pouco tem sido efetivados. O estado precisa de órgãos ou entidades que os ajudem a tutelar o meio ambiente. Nesse vácuo, as sociedades civis podem vir a ter um grande papel para efetivar a sustentabilidade.

A governança que une o estado e a sociedade civil tem sido um grande alicerce da sustentabilidade. Outro fator, que vem auxiliando o tema da sustentabilidade é o fato das pessoas estarem mais preocupados com o mundo e não apenas com seus país de origem. Diante deste fato, nascem nas pessoas uma consciência global e se consideram cidadãos do mundo. Essas pessoas ajudaram a conscientizar a sociedade da importância da sustentabilidade e ajudaram a mudar a sistemática do capitalismo.

Além da governança, aparece algo novo na sistemática do consumo que é o compartilhamento. Nos Estados Unidos a população tem buscado uma nova forma de consumir ou dividir o seu consumo. Compartilhar meios de locomoção, vestimentas e até terreno para plantar tem sido muito exitoso. Mas este compartilhamento precisa ser organizado e a forma mais exitosa tem sido a organização através da sociedade civil. Diversas associações são criadas com este fim e tem se mostrado extremamente eficazes. As empresas têm verificado esse mercado e tentado se

[45] RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero.** p. 292

inserir nos sistemas de compartilhamento.

Diante do exposto, muito se tem estudado para realmente efetivar a sustentabilidade e o apoio da sociedade civil organizada, podendo vir a ser um grande alicerce para essa efetivação. Esses casos de sucesso devem ser replicados para mostrar ao mundo que não podemos esperar de nossos governantes a solução, para o meio ambiente em que vivemos. A única forma de realmente se efetivar a sustentabilidade mundial é através da participação popular, onde as pessoas se organizam para buscar soluções, para diminuir o consumo e tornar o mundo sustentável.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. São Parlo: 34, 2011.

BOSSELMANN, Klaus**. O princípio da sustentabilidade: Transformando direito e governança.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Tradução de: The principle of sustainability: transformind law and governasse.

MARQUES, Luiz. **O capitalismo e o colapso ambiental.** Campinas: Unicamp. 2015.

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

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. Sao Paulo: Makron Books, 2016. Traducao de: The zero marginal cost society.

VEIGA, José Eli da. **A desgovernança mundial da sustentabilidade.** São Paulo: 34. 2013.

A EMERGÊNCIA DE UMA GOVERNANÇA TRANSNACIONAL PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE[1]

Rafaela Borgo Koch Schlickmann[2]

INTRODUÇÃO

A sustentabilidade apresenta-se, hoje, como princípio norteador das sociedades modernas, haja vista o momento de crise ambiental em que se vive e a premissa inadiável de se estabelecer um padrão de desenvolvimento capaz de aliar o inegável e necessário crescimento do homem com o pressuposto de proteção e manutenção da vida na Terra para as presentes e futuras gerações.

Nesse contexto, em virtude das modificações trazidas pela globalização e as mudanças que naturalmente se apresentam nas sociedades através dos tempos, observa-se que o Estado em seu formato como concebido outrora não mais consegue atingir os anseios e perspectivas das demandas globais, especialmente quando se trata de Direito Ambiental, de modo que a evolução do Estado Nacional para um modelo que as superar as fronteiras tradicionalmente estabelecidas talvez seja capaz de promover mudanças positivas no que diz respeito à proteção ambiental.

Por tal razão, o presente estudo busca destacar a necessária evolução do Estado Nacional para uma perspectiva transnacional, criando espaços transnacionais e uma governança que supra as lacunas hoje existentes, de modo a alcançar a sustentabilidade e manter sua prerrogativa como princípio basilar do Direito Ambiental, a fim de que se possa realizar a proteção ambiental adequada e eficazmente.

Quanto à metodologia empregada neste artigo, registra-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, e nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do

[1] Artigo produzido como requisito para conclusão da disciplina Direito e Transnacionalidade, ministrada pelo Professor Doutor Paulo Márcio Cruz.

[2] Doutoranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Especialista em Direito Processual Civil pela mesma instituição. Professora da Graduação nos cursos de Direito e de Gastronomia na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: rafaelabkoch@univali.br.

referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

1. A SUSTENTABILIDADE COMO PREMISSA PARA UM MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO[3]

A sustentabilidade, princípio constitucionalmente assegurado, tem como premissa a busca por um ambiente sadio e equilibrado, que garanta a viabilidade da existência e qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Para tanto, a sustentabilidade busca a conexão entre desenvolvimento econômico, qualidade ambiental e equidade social, em conformidade com o que é disposto por Rogers, Jalal e Boyd[4], promovendo, de fato, um desenvolvimento sustentável:

> Sustainable development is a dynamic process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development, and institutional change are made consistent with the future as well as present needs.

O desenvolvimento sustentável pressupõe, pois, que a exploração de recursos naturais com a finalidade de promover o desenvolvimento e o avanço tecnológico não olvide as necessidades presentes e futuras.

Contextualiza Leff[5] que a sustentabilidade surge como uma necessidade de se restabelecer o lugar da natureza à teoria econômica e às práticas do desenvolvimento, internalizando condições ecológicas da produção que sejam capazes de assegurar o futuro da humanidade.

Neste sentido, Freitas[6] aduz que a sustentabilidade promove uma mudança de paradigmas:

> [...] o princípio do desenvolvimento sustentável (ou da sustentabilidade, como se prefere), levado a bom termo, introduz gradativa e plasticamente, na sociedade e na cultura, um novo paradigma [...] o princípio constitucional da sustentabilidade estatui, com eficácia direta e imediata, em primeiro lugar, o reconhecimento da titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram. Em segundo lugar, impõe assumir a ligação de todos os seres, acima das coisas, e a inter-relação de tudo. De fato, uma das lições mais significativas das ciências ambientais é de que todas as coisas são interdependentes. Em terceiro lugar, o princípio determina sopesar os benefícios, os custos diretos e as externalidades, ao lado dos custos de oportunidade, antes de cada empreendimento.

---

[3] O presente item contém destaques do seguinte capítulo de livro: KOCH, Rafaela Borgo; SCHLICKMANN, Flávio. O papel do princípio da informação na educação ambiental para a busca pela sustentabilidade. p. 115-128. In: DANTAS, Marcelo Buzaflo (Org.) **Transnacionalidade, Direito Ambiental e Sustentabilidade:** contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa. [recurso eletrônico]. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014. Disponível em: http://www.upf.br/editora/images/ebook/transnacionalidade_direito_ambiental_e_sustentabilidade.pdf. Acesso em 12 de abril de 2016.

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

[5] LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. p. 48.

[6] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 31-33.

O princípio da sustentabilidade revela-se como um princípio constitucional que determina a responsabilidade do Estado e da sociedade para a concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, assegurando o direito ao bem-estar no presente e no futuro.[7]

A esse respeito, Cruz e Bodnar[8] destacam que a construção e consolidação do princípio da sustentabilidade fundaram-se na necessidade de avanços econômicos para os países subdesenvolvidos, utilizando-se de tecnologias dos países desenvolvidos sem que houvesse comprometimento do equilíbrio ecológico:

> Um conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Johanesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas: ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla. Dessa forma, só a partir de 2002 é que passa a ser adequado utilizar a expressão 'sustentabilidade', ao invés de desenvolvimento com o qualificativo 'sustentável'. Isso porque a partir deste ano consolida-se a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor.

Leff[9], por sua vez, destaca:

> O princípio de sustentabilidade surge no contexto da globalização como a marca de um limite e o sinal que reorienta o processo civilizatório da humanidade. A crise ambiental veio questionar a racionalidade e os paradigmas teóricos que impulsionaram e legitimaram o crescimento econômico, negando a natureza. A sustentabilidade ecológica aparece assim como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção".

Partindo de tal premissa, Mateo[10] esclarece que a busca pela sustentabilidade não é uma utopia:

> No se trata de instaurar una especie de utopia sino, sobre bases pragmáticas, de hacer compatible el desarollo económico necesario para que nuestros congéneres y sus descendientes puedan vivir dignamente con el respeto de un entorno biofísico adecuado, una suerte de equilibrio que em Estocolmo, en la Cumbre de 1972, se intentó propugnar, lo que pareció entonces difícil, contraponiéndo-se, a extramuros de la Conferencia, y un tanto asintéticamente, el progeso tecnológico e industrial con la conservación de la natureza, amenazada además por la explosión de la bomba demográfica.

A construção da sustentabilidade, portanto, passa pela descoberta da necessidade de

[7] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. p. 41.

[8] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. UNIVALI: 2012. p. 111.

[9] LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. p. 15.

[10] MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. Editora Arazandi, SA. Camino de Galar, 15. 3ª Edición. 2003. p.37.

discussão acerca da ressignificação dos valores que estão em jogo, dependendo, em suma, "de nossas escolhas sobre o padrão de vida da sociedade atual, justiça social, preservação de bens e serviços naturais para as futuras gerações; e o respeito por outros seres vivos [...]".[11]

Aduz Ferrer[12], nesse sentido, que o direito à sustentabilidade é um direito pensado em termos de espécie e que visa a solução de problemas de cunho global, transcendendo aspectos jurídicos, sociais, econômicos e ambientais, apresentando soluções que sejam de grande valia a todos, buscando uma sociedade futura global e melhor.

Fensterseifer[13] discorre que o Estado Socioambiental de Direito segue tal premissa, funcionando como um Estado regulador da atividade econômica e protetor dos princípios constitucionais, visando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável.

Para a consecução da sustentabilidade, por conseguinte, há que se repensar o modo de vida no planeta, adquirindo a consciência de que o tempo de sobrevivência humana depende desta mudança de paradigma e de que é possível compatibilizar o desenvolvimento econômico à continuidade e qualidade de vida no globo.

2. TRANSIÇÃO DO ESTADO NACIONAL AO ESTADO TRANSNACIONAL: O ESTADO PÓS-NACIONAL DE HABERMAS[14]

O surgimento do Estado remonta à antiguidade e parece ter sido contextualizado historicamente por meio de Maquiavel[15], que em sua obra "O Príncipe" preceitua: *Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados*.

---

[11] FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. ISSN 2175-0491. v. 19, n. 4. Edição Especial 2014. p. 1433-1464. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/6712/3833. Acesso em 18 de abril de 2016.

[12] FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construímos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. ISSN 2175-0491. v. 17. n. 3. p. 305-326. set-dez.2012. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413. Acesso em 18 de abril de 2016.

[13] 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. 101.

[14] O presente item contém destaques do seguinte capítulo de livro: SCHLICKMANN, Flávio; KOCH, Rafaela Borgo. O Direito Ambiental como fator de crise do Estado Moderno. p. 92-107. In: OLIVIERO, Mauricio; CRUZ, Paulo Márcio (Org.) **As Trajetóricas Multidimensionais da Globalização**. [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4. Acesso em 12 de abril de 2016.

[15] MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe** (Comentado por Napoleão Bonaparte). Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 29

Nas palavras de Kelsen[16], Estado pode se configurar de algumas maneiras:

> Ás vezes, a palavra é usada em um sentido amplo, para indicar a "sociedade" como tal, ou alguma forma especial de sociedade. [...] A situação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico. O Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação. [...] O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional).

Estado, portanto, indica a existência de uma sociedade, juridicamente tratado como comunidade jurídica nacional em contraposição a uma ordem jurídica internacional, com a característica de soberania e cuja finalidade é o bem comum de determinado povo situado em dado território.

Nesse contexto, nos dizeres de Beck[17] o Estado Nacional se desenvolve como um estado territorial, cujo poder vincula-se a um determinado espaço:

> A sociedade mundial, que tomou uma nova forma no curso da globalização – e isto não apenas em sua dimensão econômica -, relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência. Isto fica evidente em todas as colunas da autoridade do Estado nacional: impostos, atividades especiais da polícia, política externa, segurança militar.

Santos[18] destaca, porém, que o território não se restringe à superposição de sistemas naturais e coisas criadas pelo homem, mas se configura em uma identidade entre o chão e a população, e o fato de sentimento de pertencimento àquele local.

O Estado Moderno e, por conseguinte, o Estado Nacional, se apresentam como o caminho natural do desenvolvimento Estado, conforme descreve Peces-Barba[19], e geram dissenso em razão de sua nova mentalidade, impulsionada pelas classes sociais em ascensão e o novo consenso político que questiona a origem do poder, seu exercício e sua finalidade.

Habermas[20] assim ensina:

> O Estado nacional evidentemente preenche importantes pressupostos para o sucesso do autocontrole democrático da sociedade que se constitui nas suas fronteiras. A instituição do processo democrático

[16] KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado e do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 261-262

[17] BECK, Ulrich. O **que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18.

[18] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 47.

[19] MARTINÉZ, Gregorio Peces-barba. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Imprenta nacional del boletín oficial del Estado, 1995 p.114-115

[20] HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-Nacional** – Ensaios Políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 80.

> dentro do Estado nacional pode ser analisada esquematicamente sob quatro pontos de vista. O Estado moderno surgiu, nomeadamente, (a) como Estado administrador/fiscal e (b) como um Estado territorial provido de soberania que se pode desenvolver (c) no âmbito de um Estado nacional (d) no sentido de um Estado democrático de direito e social.

Passadas décadas e alterada a configuração deste Estado como constituído, tomado por desigualdades e crises sociais, o Estado Nacional vai apresentando debilidades e aspectos com os quais suas funções precípuas não coadunam, demonstrando um enfraquecimento latente.

Beck[21] ressalta que dentre as razões para a transição do Estado nacional à era transnacional estão a nova configuração que se vislumbra nas questões sociais e também no âmbito político e a substituição da estrutura monocêntrica de poder dos Estados nacionais, que já não se sustentam em virtude da distribuição policêntrica de poder que se apresenta entre atores transnacionais e nacionais.

Santos[22] reitera que o Estado na forma em que é conhecido vem sofrendo alterações, as quais se devem, em grande parte, à globalização, que marca um momento de ruptura no processo de evolução social e moral e nas relações entre países, classes e pessoas.

Com a premissa da globalização como motivador de tais modificações, destaca Beck[23]:

> *[...]* 'os contornos da sociedade devem se sobrepor gradualmente aos contornos no Estado. Não é somente uma nova variedade de conexões e de relações entre Estados e sociedades, que surge com a globalização em todas as suas dimensões; é o conjunto das suposições fundamentais sob o qual todas as sociedades até hoje organizaram, viveram e apoiaram sua condição de unidades *territoriais mutuamente separadas*. Globalidade significa o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais.

Habermas[24], sob esse prisma, pauta o surgimento do Estado Pós-Nacional na premissa da sociedade cosmopolita e nas esferas públicas políticas dos regimes geograficamente amplos que vêm se desenvolvendo, os quais tem modificando a consciência dos cidadãos de forma a fazê-los compreender que são parte de uma comunidade internacional, capaz de cooperarem entre si e agir conforme interesses recíprocos.

---

[21] BECK, Ulrich. O **que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 72.

[22] SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2011. p. 32.

[23] BECK, Ulrich. O **que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 48-49.

[24] HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-Nacional** – Ensaios Políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 71.

Habermas[25] destaca, entretanto, que há certa resistência no que tange à implementação de um chamado regime transnacional, "sobretudo se levarmos em conta que tal projeto teria de ser justificado a partir dos interesses presentes nos Estados e nas suas populações se concretizado por forças políticas independentes".

O que se discute, em verdade, é se há possibilidade fática do surgimento de uma consciência de solidariedade cosmopolita nas sociedades civis e nas esferas públicas dos regimes que vêm se desenvolvendo, visto que somente com tal modificação de consciência a atuação dos atores globais se dará no sentido de agirem como membros da comunidade internacional, que pressupõe cooperação e interesses mútuos[26].

Assevera Habermas[27] a esse respeito:

> Um novo fechamento político da sociedade mundial economicamente sem barreiras de certo só será possível se as forças que podem de um modo geral negocial globalmente também dispuserem-se a participar de procedimentos institucionalizados de formação da vontade, no sentido da manutenção do nível social e da eliminação das disparidades sociais extremas. Elas devem estar preparadas para alargar as suas perspectivas para além dos 'interesses nacionais' no sentido de um *global governance*. A mudança de perspectiva das 'relações internacionais', no sentido de uma política interna mundial, não deve, não obstante, ser esperada da parte dos governos sem que as populações mesmas aprovem tal mudança de consciência.

Cruz e Bodnar[28], ao tratarem do tema, asseveram que a emergência de novas formas de governança e de produção do Direito não podem decorrer de imposição do mais forte, mas, pelo contrário, derivar da emancipação de valores e posições jurídicas e subjetividades antes olvidadas, fragilizadas e em situação de risco, como vem a ser a discussão do meio ambiente e sua perspectiva.

Para Beck[29], a teoria que visa a possibilidade de criação de espaços transnacionais detém alcance médio, a qual vislumbra, para tanto, o rompimento da visão estatal-nacional como se apresenta hoje, visando sua substituição por formas de vida distintas, que se integrem

---

[25] HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-Nacional** – Ensaios Políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 71.

[26] HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-Nacional** – Ensaios Políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 73.

[27] HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-Nacional** – Ensaios Políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 141.

[28] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Governança transancional na Rio + 20**. Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, v. 3, n. 2, jul-dez.2013. p. 406-422. Disponível em: http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2550/pdf. Acesso em: 13 de abril de 2016.

[29] BECK, Ulrich. O **que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 67.

transnacionalmente e que estejam além de quaisquer fronteiras, pressupondo ampla atuação social.

Em verdade, o que se considera latente para se atingir o Estado Pós-Nacional de Habermas, é a adaptação da sociedade a uma compreensão de mundo que suprima distâncias e presuma um intercâmbio de valores, ideias e cooperação mútuas, configurando-se, de fato, como uma comunidade transnacional.

O que se passa a discutir, nesse contexto, é como esta nova modalidade de Estado e, por conseguinte, uma governança transnacional, serão capazes de atingir e fortalecer os pressupostos da sustentabilidade.

3. GOVERNANÇA TRANSNACIONAL COMO PREMISSA PARA A SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade, como visto, se apresenta como princípio norteador às sociedades modernas, haja vista a urgência de se estabelecer padrões de desenvolvimento sustentável em comunidades cuja crise ambiental vem se alastrando assustadoramente.

Conforme dispõe Boff[30], o desenvolvimento que vigora em quase todos os países atualmente não pode ser considerado sustentável, havendo a perspectiva tangível de aliar o crescimento e o desenvolvimento, inegavelmente necessários ao homem, à sustentabilidade, beneficiando todos os seres vivos de tal forma que a curto, médio e longo prazo se mantenha a possibilidade e qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Segundo Cruz e Bodnar[31], a nova ordem mundial oportuniza e enseja a discussão sobre a organização de espaços públicos transnacionais que estejam aptos a viabilizar a democratização das relações entre Estados, de modo que a cooperação e a solidariedade constituam a base de uma governança para todos.

Diante de tal perspectiva, Leff[32] elucida ser inadiável a construção de uma nova racionalidade social e produtiva que enseje um processo de governabilidade democrática do

[30] BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é – o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 131.

[31] BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009. **Revista Seqüência**. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. ISSN 2177-7055. v. 31, n. 60, 2010. p. 319-339. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p319/15391. Acesso em 20 de abril de 2016.

[32] LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 58.

desenvolvimento sustentável, haja vista as mudanças ambientais que vêm alarmando a comunidade científica em caráter mundial:

> Diante das dificuldades dos governos para incorporar e instrumentar os princípios promovidos por esta perspectiva ambiental do desenvolvimento, a problemática ambiental promoveu a emergência de novos movimentos sociais em resposta à destruição dos recursos naturais, à degradação dos serviços ambientais e ao déficit dos serviços públicos, que incidem na degradação da qualidade de vida da população. A crise ambiental incorpora novas demandas às reivindicações tradicionais de democracia, justiça social e de propriedade territorial das lutas populares [...] As demandas ambientais promovem a participação democrática da sociedade no uso e manejo dos recursos atuais e potenciais, assim como a construção de novos estilos de desenvolvimento, fundados em princípios de sustentabilidade ecológica, equidade social, diversidade étnica e autonomia cultural [...][33]

Para tanto, a chamada Governança Transnacional se apresenta como uma forma de concretizar e fazer valer o princípio da sustentabilidade, possibilidade estudada por Cruz e Bodnar[34] e amplamente elucidada:

> [...] desde logo é possível antecipar que tal fato não depende apenas da criação de sofisticadas e complexas instituições, mas principalmente de atitudes concretas voltadas à proteção efetiva de bens jurídicos de vocação planetária, por parte de instituições, organismos e autoridades locais e transnacionais. Nesse sentido, a Governança Ambiental Transnacional será um *locus* privilegiado para incorporar, nas diretrizes de condutas a serem ditadas em cada país, os valores éticos e principiológicos que já estão teoricamente bem expostos nas declarações e recomendações dos organismos internacionais, ou seja, para a consolidação gradual de um espaço público transnacional que forneça respostas mais satisfatórias e consequentes para os dias vindouros [...] A efetiva Governança Transnacional Ambiental exige, portanto, a presença e o envolvimento ativo de Estados e organismos transnacionais ao lado da sociedade civil, representada pelas organizações não governamentais (ONGs), empresas transnacionais e a comunidade científica.

No mesmo sentido se manifesta Boff[35] ao defender que "não haverá sustentabilidade geral se não surgir uma governança global, quer dizer, um centro multipolar com a função de coordenar democraticamente a humanidade", alegando ser esta uma urgência impostergável a fim de que se faça possível o enfrentamento dos problemas globais.

A Governança Transnacional, voltada à proteção ambiental e à busca pela sustentabilidade, portanto, apresenta-se como necessidade imediata na sociedade global, inclusive em formato de agência transnacional que defenda o desenvolvimento sustentável, capaz de discutir e amparar,

---

[33] LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. p. 58.

[34] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Governança transnacional na Rio + 20. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. ISSN 2236-1677. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, v. 3, n. 2, jul-dez.2013. p. 406-422. Disponível em: http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2550/pdf. Acesso em: 18 de abril de 2016.

[35] BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é – o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 104.

de forma simultânea, problemas de viés econômico, social e ambiental.[36]

De fato, é possível destacar que a diferença pontual entre uma governança internacional e novas estratégias de governança transnacional se vislumbra na forma de articulação entre o poder local e o global, havendo a inegável necessidade de cooperação entre as esferas locais de poder e a aproximação entre povos e sua conscientização sobre a importância de participação na gestão política, econômica e social.[37]

Glasenapp e Cruz[38] defendem a necessidade da construção de tais espaços de governança aduzindo que a proteção ao ambiente e a adoção de critérios de sustentabilidade não constituem problemas isolados, atingindo esferas cultural, política, econômica e social e, por tal motivo, prescindindo de tratamento integrado e voltado à consecução da sustentabilidade como um todo.

Depreende-se, assim, que a transição para a sustentabilidade, juntamente com os modelos de governança que dela decorrem, pressupõe a interseção entre processos de desenvolvimento ambiental e a produção de novos valores e racionalidade, pautados em uma nova ética que se baseia no reconhecimento do outro e no diálogo do consenso, da convivência e da solidariedade.[39]

Mais do que isso, conforme ensina Rifkin[40], há que se constituir a chamada civilização empática, que configure um projeto de vida que englobe todo o planeta, alcançando uma consciência universal diante da crise ambiental em que se vive que seja capaz de evitar o colapso do planeta.

Nessa perspectiva, busca-se a sustentabilidade como um ideal das sociedades modernas, cuja premissa será sempre de respeito e proteção à qualidade de vida das presentes e futuras gerações e da consciência transnacional do meio ambiente como um bem comum de todos, cuja preservação permite a existência da sociedade global.

---

[36] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Governança transancional na Rio + 20. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. ISSN 2236-1677. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, v. 3, n. 2, jul-dez.2013. p. 406-422. Disponível em: http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2550/pdf. Acesso em: 18 de abril de 2016.

[37] BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O clima como necessidade de governança transnacional: reflexões pós-Copenhague 2009**.** **Revista Seqüência**. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. ISSN 2177-7055. v. 31, n. 60, 2010. p. 319-339. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p319/15391. Acesso em 20 de abril de 2016.

[38] GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação**. ISSN 2357-9676. São Paulo, v. 1, n. 2, 2014. p. 385-403. Disponível em: http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/rbmad. Acesso em 18 de abril de 2016.

[39] LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001. p. 408.

[40] RIFKIN, Jeremy. **La civilización empatica:** la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis, 2010. p. 606.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se desenvolveu com base nas prerrogativas do princípio da sustentabilidade como meio de proteção e manutenção do meio ambiente e a perspectiva de que uma Governança Transnacional seja capaz de facilitar a execução de referido princípio.

Para tanto, estudou-se o princípio constitucionalmente assegurado da sustentabilidade como premissa à proteção das presentes e futuras gerações no globo, vislumbrando-se ser a mesma um objetivo absolutamente possível de se realizar, desde que implementado adequadamente e com apoio e estrutura institucionais adequados.

Foi possível vislumbrar, através da presente pesquisa, que o Estado Nacional, diante da globalização como forte elemento de mudança e tendo por base a crise mundial ambiental que se apresenta, carece de mudanças em sua estrutura, visto que não tem conseguido suprir as demandas mundiais.

Neste sentido, foi analisada a viabilidade de criação de espaços transancionais e uma governança capaz de amparar tais demandas, bem como a primordial necessidade de conscientização do indivíduo de que faz parte do todo, e de que a cooperação e solidariedade são palavras-chave na busca pela sustentabilidade.

Evidenciou-se, por conseguinte, que a transição para uma sociedade sustentável carece de modificações nos atuais modelos de governança, sendo necessária a criação de organismos transnacionais que ensejem um desenvolvimento sustentável junto a uma sociedade cuja atuação esteja pautada em uma nova ética ambiental, configurando fidedignamente uma civilização empática capaz de agregar consciência universal e solidariedade em uma sociedade sustentável.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. **O clima como necessidade de governança transnacional:** reflexões pós-Copenhague 2009. Revista Seqüência. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. ISSN 2177-7055. v. 31, n. 60, 2010. p. 319-339. Disponível em:

https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p319/15391. Acesso em 20 de abril de 2016.

BECK, Ulrich. O **que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é – o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

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

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Governança transancional na Rio + 20. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. ISSN 2236-1677. Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, v. 3, n. 2, jul-dez.2013. p. 406-422. Disponível em: http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/RBPP/article/view/2550/pdf. Acesso em: 18 de abril de 2016.

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.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construímos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. ISSN 2175-0491. v. 17. n. 3. p. 305-326. set-dez.2012. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413. Acesso em 18 de abril de 2016.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. ISSN 2175-0491. v. 19, n. 4. Edição Especial 2014. p. 1433-1464. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/6712/3833. Acesso em 18 de abril de 2016.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012.

GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade. **Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação**. ISSN 2357-9676. São Paulo, v. 1, n. 2, 2014. p. 385-403. Disponível em:

http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/rbmad. Acesso em 18 de abril de 2016.

HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-Nacional** – Ensaios Políticos. Tradução de Marcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado e do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOCH, Rafaela Borgo; SCHLICKMANN, Flávio. O papel do princípio da informação na educação ambiental para a busca pela sustentabilidade. p. 115-128. In: DANTAS, Marcelo Buzaflo (Org.) **Transnacionalidade, Direito Ambiental e Sustentabilidade:** contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa. [recurso eletrônico]. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2014. Disponível em: http://www.upf.br/editora/images/ebook/transnacionalidade_direito_ambiental_e_sustentabilidade.pdf. Acesso em 12 de abril de 2016.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe** (Comentado por Napoleão Bonaparte). Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARTINÉZ, Gregorio Peces-barba. **Curso de derechos fundamentales:** teoria general. Madrid: Imprenta nacional del boletín oficial del Estado, 1995.

MATEO, Ramón Martín. **Manual de Derecho Ambiental**. Editora Arazandi, SA. Camino de Galar, 15.3ª Edición. 2003.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empatica:** la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis, 2010.

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

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SCHLICKMANN, Flávio; KOCH, Rafaela Borgo. O Direito Ambiental como fator de crise do Estado Moderno. p. 92-107. In: OLIVIERO, Mauricio; CRUZ, Paulo Márcio (Org.) **As Trajetóricas Multidimensionais da Globalização**. [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2014. Disponível em: http://siaiapp28.univali.br/lstfree.aspx?type=ebook&id=4. Acesso em 12 de abril de 2016.

GAIA E O MEIO AMBIENTE CONTEMPORÂNEO[1]

Patrícia S. Rodrigues[2]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo colimado analisar a categoria Meio Ambiente à luz da Teoria de Gaia, idealizada por James Lovelock, tendo como pano de fundo o fenômeno da transnacionalidade, fruto da globalização, bem como o papel do princípio da solidariedade e do valor empatia na construção de uma via adequada para fazer frente ao colapso ambiental característico da sociedade líquida contemporânea.

Os objetivos específicos traduzem-se (a) no levantamento bibliográfico e digital acerca da temática em comento; (b) na listagem de opiniões doutrinárias diversas a respeito das categorias abordadas ao longo da pesquisa; (c) na apresentação de conceitos doutrinários e legais relativos aos institutos referidos; (d) na enumeração das características dos institutos pesquisados.

O tema desenvolvido ao longo deste artigo científico, que também se traduz no problema, consiste no seguinte questionamento: o Meio Ambiente deve ser compreendido de forma holística e complexa para, assim, com arrimo no princípio da solidariedade, no resgate da empatia entre diferentes povos, Estados e gerações humanas, e no fomento ao nascimento do Sonho Europeu, possibilitar a solução (e/ou amenização) do colapso ambiental que caracteriza a sociedade líquida do século XXI?

Como hipótese básica ao problema apresentado supõe-se que o princípio mencionado, aliado ao resgate de valores empáticos imanentes à humanidade, acrescido da busca pelo "Sonho Europeu", em detrimento ao "Sonho Americano", apropriando-se das ideias de Jeremy Rifikin, são formas viáveis de se solucionar (ou ao mesmo amenizar) a crise ecológica atual.

---

[1] Artigo produzido para a disciplina Direito e Transnacionalidade, ministrada pelo professor Doutor Paulo Márcio Cruz, no curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

[2] Doutoranda em Ciências Jurídicas junto à Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI com dupla titulação em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante na Espanha. Servidora pública do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) Professora junto à Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina (UNISOCIESC), Joinville – SC, *e-mail* para contato: patriciasrodrigues@tjsc.jus.br.

No início do artigo discorrer-se-á sobre a categoria Meio Ambiente e sua estreita ligação com a Teoria de Gaia. Ao depois, tratar-se-á do novel fenômeno da transnacionalidade e, ato contínuo, do colapso ambiental que se percebe na atualidade. Finalmente, tecer-se-ão considerações acerca do princípio da solidariedade para, ao final, sugerir-se que este princípio agregado ao resgate da empatia entre os povos e a apropriação pelos povos do "Sonho Europeu" de viver pode ser considerada uma solução viável para solucionar e/ou amenizar a crise ambiental que oprime a humanidade.

Quanto à metodologia empregada durante esta pesquisa, registra-se que, na Fase de Investigação o Método[3] foi utilizado o Indutivo, enquanto que na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e o Método Analítico, este último na perspectiva de Norberto Bobbio[4], sendo que no presente Relatório da Pesquisa, foi empregada a base indutiva[5]. Foram acionadas as técnicas do referente[6], da categoria[7], dos conceitos operacionais[8], da pesquisa bibliográfica[9] e do fichamento[10].

1. MEIO AMBIENTE E TEORIA DE GAIA

Os termos *meio* e *ambiente* são equivalentes, constituindo a expressão *meio ambiente* um pleonasmo[11]. Todavia, ela restou consagrada nos diversos níveis de saberes, inclusive no jurídico,

[3] "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. P. 206.

[4] Vide PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 193.

[5] Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 81-111.

[6] "Explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 58.

[7] "Palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 27.

[8] "Definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 39.

[9] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 215.

[10] "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 114-115.

[11] Nesse sentido: Paulo Affonso Leme Machado. **Direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 69. SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. p. 19. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 4. ed., rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 72, dentre outros.

tendo sido inclusive incorporada na Constituição Federal de 1988, cunhada de "Constituição Verde".

Apenas para ilustrar, consigna-se que, segundo Édis Milaré[12], o vocábulo Meio Ambiente (*milieu ambient*) foi, ao que tudo indica, utilizada originalmente pelo naturalista francês Geoffroy de Saint-Hilaire (1772-1844) na obra "Études Progressives d´un Naturaliste".

O termo Meio Ambiente traduz-se numa daquelas categorias cujo significado é de difícil definição, haja vista a riqueza e complexidade que envolve o assunto[13], notadamente as variadas perspectivas em que o fenômeno pode ser analisado por cada estudioso, de acordo com o seu conhecimento acerca da matéria, suas expectativas, incompreensões e, acima de tudo, paixões[14].

Ademais, a compreensão do Meio Ambiente implica necessariamente "a compreensão da vida em todos os níveis dos sistemas vivos – organismos, sistemas sociais e ecossistemas", numa visão holística da realidade que, no entender de Fritjof Capra[15], denomina-se "teoria da complexidade" ou "Teia da Vida", segundo a qual, em síntese, os sistemas vivos são como redes que interagem com outros sistemas vivos, dentro de uma teia viva. Cada organismo nesse contexto representaria um nó e cada nó, visto de perto, seria também uma rede, e assim sucessivamente. Assim, o Meio Ambiente pode (e deve) ser entendido como "organismo vivo".

Esclarecendo essa percepção da realidade, ensina Jeremy Rifkin[16] que:

> En otras palabras: todo organismo se compone de redes más pequeñas de órganos y células, al tiempo que forma parte de redes de mayor tamaño que constituyen comunidades bióticas, ecosistemas completos y la propia biosfera. Cada red se engloba en redes de nivel superior, al tiempo que está conformada por redes de nivel inferior, en una coreografía compleja: es lo que Capra denomina «la tela de araña de la vida». A lo largo de eones de historia evolutiva, afirma, «muchas especies han formado comunidades tan estrechamente vinculadas entre sí que la totalidad del sistema se parece a un gran organismo compuesto por multitud de criaturas».

Nesse mesmo sentido preleciona James Lovelock[17], autor da então denominada "hipótese

[12] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. A gestão ambiental em foco – Doutrina – Jurisprudência Glossário. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

[13] RODRIGUES, Patrícia Silva. **A educação ambiental transnacional como instrumento de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado**. Dissertação. Mestrado em Ciências Jurídicas. Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). 2014. p. 21.

[14] PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 6. ed., Paris: Dalloz, 2011. p. 1.

[15] CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Rio de Janeiro: Cultrix, 1997. Título no original: *The hidden connections*.

[16] RIFKIN, Jeremy. **La sociedade empática**. Tradução de Vanessa Casanova e Genis Sanchez Barberan. Barcelona: Ediciones Paidós, 2014. p. 589.

[17] LOVELOCK, James. **As eras de Gaia**: a biografia da nossa terra viva. Tradução de Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991. Título no original: *The ages of Gaia: a biography of our living Earth*.

de Gaia" hoje "teoria de Gaia"[18], para quem a Terra é um "gigantesco superorganismo vivo" capaz de obter energia para seu funcionamento, regular seu clima e temperatura, eliminar seus detritos e combater suas próprias doenças, ou seja, assim como os outros seres vivos, um organismo capaz de se autorregular. Segundo essa teoria a evolução das espécies e seu ambiente natural estão estreitamente associados, num processo único e indivisível, e continuam evoluindo pela seleção natural.

Em resposta à própria pergunta que idealizou – "O que é Gaia?" –, Lovelock afirma:

> [...] nós a vemos como um fenômeno em escala planetária com um espaço de vida cosmológica. Sendo a maior manifestação de vida, Gaia difere dos outros organismos vivos da Terra da mesma maneira que você e eu diferimos da nossa população de células vivas. [...] Em suma, em seu voo precipitado pelos âmbitos dos estados físico e químico, ela [a Terra] entrou em uma fase favorável à vida. Em algum momento especial dessa fase, as recentemente formadas célulsa vivas cresceram até que a sua presença afetou tanto o ambiente da Terra, que teve de interromper o mergulho precipitado para o equilíbrio. Naquele instante, os seres vivos, as rochas, o ar e os oceanos se fundiram para formar a nova entidade: Gaia. [...] Gaia não é um quadro estático. Ela está sempre mudando, enquanto a vida e a Terra evoluem juntas, mas no nosso breve espaço de vida, ainda se mantém estática o tempo suficiente para que comecemos a compreender e a constatar como é bela.

Para o referido autor[19], essa teoria proporciona uma nova ideia, mais produtiva, aliás, da Terra e dos outros planetas, sendo que ela produz uma visão da terra onde:

> 1. A vida é um fenômeno de escala planetária. Nesta escala, ela é quase imortal e não tem a necessidade de se reproduzir.
>
> 2. Não pode haver nenhuma ocupação parcial de um planeta por organismos vivos. [...] É necessária a presença de um número suficiente de organismos vivos em um planeta para a regulação do ambiente. [...].
>
> 3. Muda a nossa interpretação da grande visão de Darwin. Gaia chama a atenção para a falibilidade do conceito de adaptação. Já não basta mais dizer que 'é provável que os organismos mais bem-adaptados deixem descendentes'. É necessário acrescentar que o crescimento de um organismo afeta o seu ambiente físico e químico [...].
>
> 4. A ecologia teórica ampliou-se. Juntando as espécies e seu ambiente físico como um único sistema nós podemos, pela primeira vez, construir modelos ecológicos matematicamente estáveis, que ainda assim incluem grandes quantidades de espécies que competem entre si. Nesses modelos a maior diversidade entre as espécies leva a uma regulação melhor.

Talvez influenciado pelas ideias do idealizador da Teoria de Gaia foi que Jeremy Rifkin[20], escritor estadunidense, asseverou que:

[18] Gaia ou Géia era o nome que os gregos usavam para o deus da Terra.

[19] LOVELOCK, James. **As eras de Gaia**. p. 58-59.

[20] RIFKIN, Jeremy. **La sociedade empática**. p. 588.

> La interacción y retroalimentación constantes entre los seres vivos, y el contenido y los ciclos geoquímicos funcionan como un sistema unificado que mantiene el clima terrestre y el medioambiente, y preserva la vida", vaticinando, ao final, que o "planeta es más parecido a una criatura viviente.

O fato é que entender o Meio Ambiente como um "ser vivo" permite ter uma visão mais ampla do fenômeno tão discutido na atualidade e, mais, permite tomar consciência de quão imperioso é cuidar e proteger a natureza, sob pena de não mais ser possível a manutenção da vida neste planeta, de forma saudável e equilibrada.

Isso esclarecido tem-se que Marcel Jollivet e Alain Pavé[21] conceituam Meio Ambiente como:

> O conjunto dos meios naturais ou artificializados da ecosfera, onde o homem se instalou e que explora e administra, bem como o conjunto dos meios não submetidos à ação antrópica, e que são considerados necessários à sua sobrevivência.

José Afonso da Silva[22] aduz que:

> O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais".

Assim foi que o legislador pátrio[23] entendeu por bem cunhar o Meio Ambiente no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) da seguinte forma: "Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

A categoria jurídica Meio ambiente envolve, portanto, tanto aspectos biológicos como antropocêntricos, com vias a preservar o patrimônio natural em si mesmo e ainda a integração deste com o homem com vias a propiciar-lhe a (sobre) vivência neste planeta. Dito isso, emerge a natureza do Meio Ambiente como sendo um "macrobem", ou seja, uma visão

---

[21] JOLLIVET, Marcel; PAVE, Alain. O meio ambiente: questões e perspectivas para a pesquisa. *In*: VIEIRA, Paulo Freire (org.). **Gestão de recursos naturais renováveis e desenvolvimento: novos desafios para a pesquisa ambiental**. São Paulo: Cortez, 1996, p. 63.

[22] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 20.

[23] BRASIL, **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Congresso Nacional, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 19 abr. 2016.

globalizada e integrada[24], de interesse público cujo desfrute é necessariamente comunitário e destinado ao bem-estar da coletividade.

Não por outra razão foi que a Declaração do Meio Ambiente, adotada pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em junho de 1972, elevou, por meio do Princípio 1, o Meio Ambiente de qualidade ao nível de direito fundamental do ser humano[25], *in verbis*:

> O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras.

Como resultado deste reconhecimento internacional, o constituinte pátrio tratou do assunto no artigo 225, *caput*, da Carta Magna, *in verbis*: "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 ou preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Ante ao exposto, pode-se afirmar que a categoria Meio Ambiente, entendida como um "organismo vivo", é formada pela inter-relação entre homem e natureza, de forma interdisciplinar, com vias a proteger os elementos naturais, artificiais e culturais, no que se denomina um bem de uso comum do povo (direito fundamental do homem) cunhado de "macrobem", "patrimônio comum da humanidade" ou "global commons" ou "espaços internacionais comuns" ou "espaços transnacionais".

E pelo fato da expressão Meio Ambiente envolver uma compreensão holística da vida (organismos, sistemas sociais e ecossistemas), tem-se que os problemas ambientais da contemporaneidade, com vieses reconhecidamente transnacionais, devem ser entendidos e estudados de forma global porquanto "são problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes"[26], razão pela qual, a seguir, será abordada a temática.

2. TRANSNACIONALIDADE

O Meio Ambiente detém essencialmente uma perspectiva transnacional, haja vista que ele,

[24] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 4. ed., rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 84.

[25] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano.** Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc.>. Acesso em: 18 abr. 2016.

[26] FRITJOF, Capra. **A Teia da vida**. p. 23.

na lição de Guido Fernando Silva Soares[27]:

> é um conceito que desconhece os fenômenos das fronteiras, realidades essas que foram determinadas por critérios históricos e políticos e que se expressam em definições jurídicas de delimitações dos espaços do universo denominadas fronteiras.

Esse fenômeno (transnacionalidade) emergiu no cenário mundial com a queda do muro de Berlin, em 1989, quando ocorreu "uma radical mudança no panorama mundial em nível político, cultural, tecnológico e, sobretudo, econômico"[28], ocasião em que se intensificou o então conhecido fenômeno da "globalização/mundialização"[29] e o planeta tornou-se, de fato, uma "aldeia global"[30], que remete a um "'mundo novo', uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço intermediário entre o nacional e o local"[31].

Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar[32] esclarecem a respeito, asseverando que o prefixo "trans" indica uma estrutura pública transnacional que perpassa vários Estados, bem como a capacidade tanto de justaposição de instituições ou da superação/transposição de espaços territoriais quanto a possibilidade do surgimento de novas instituições multidimensionais, capazes de dar respostas eficazes às demandas transnacionais. Terminam sustentando que "o prefixo "trans" denota a emergência de um novo significado, construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais.

A transnacionalidade caracteriza-se, portanto, como sendo um fenômeno multifacetado, complexo, polêmico e que, ainda, encontra resistência para ser aceito como realidade cotidiana[33]. Entretanto, ao que tudo indica, afigura-se como sendo um caminho viável para a solução dos

---

[27] SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001, p. 298.

[28] RODRIGUES, Patrícia Silva. **A educação ambiental transnacional como instrumento de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado**. Dissertação. Mestrado em Ciências Jurídicas. Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). 2014. p. 98.

[29] Entendido como sendo "[..] um processo paradigmático, multidimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos

Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e de economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz essencialmente neurística", nos termos do entendimento de Joana Stelzer. *in* STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011. p. 15-53.

[30] Termo idealizado pelo filósofo canadense Herbert Marshall.

[31] CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Editora da Univali, 2012, p. 32.

[32] CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 55-71.

[33] STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 15-53.

problemas ambientais, que detém vieses transfronteiriços. Aliás, é nesse ponto que emerge a justificativa para a construção de espaços públicos transnacionais idealizados para resolver a questão da proteção ao Meio Ambiente para as presentes e as futuras gerações.

A respeito, importa trazer a lume a lição de Arnaldo Miglino[34], no sentido de que "[...] o risco ambiental poderia induzir os Estados a ceder cotas de soberania em favor de organismos que possam, oportunamente e eficazmente, impor as medidas necessárias para a salvaguarda ecológica do planeta".

Nesse contexto, Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar [35] sustentam a criação e desenvolvimento de um Estado Transnacional e um Direito Transnacional, que poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais. É dizer, a criação de espaços públicos que possam perpassar Estados Nacionais. Segundo eles, tais espaços poderiam ter, enquanto proposta para a discussão, as seguintes características:

> a) constituição a partir de Estados em processos de abdicação intensa das competências soberanas;
>
> b) formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais;
>
> c) capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões vitais ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes;
>
> d) atuação em âmbitos difusos transnacionais: questão vital ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros;
>
> e) pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental;
>
> f) implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária;
>
> g) constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso;
>
> h) capacidade de coerção, como característica fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando uma das principais dificuldades de atuação dos Estados no plano externo.

Com fincas nessas reflexões é que tais autores [36] sugerem o conceito de Estado Transnacional:

---

[34] MIGLINO, Arnaldo. Uma comunidade mundial para a tutela do ambiente. *In:* CRUZ, Paulo Marcio.

Da soberania à transnacionalidade: Democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2011. p. 131-145.

[35] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 55-71.

[36] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 55-71.

> como sendo a emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos e livres das amarras ideológicas da modernidade, decorrentes da intensificação da complexidade das relações globais, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção – e coerção – com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização.

Mais adiante, os mencionados autores[37] aduzem que:

> O Direito Transnacional – assim como o Estado Transnacional – seria matizado pela necessidade da emergência de novos espaços públicos, que tornariam concretas e efetivas as estratégias transnacionais de governança, regulação e intervenção, e que resultariam em proteção a direitos transnacionais baseados em pauta axiológica comum, em especial os difusos, impossíveis de serem alcançados pelos direitos nacional, comunitário e internacional hoje existentes.

Como assinalado alhures, o Meio Ambiente caracteriza-se como sendo um bem público, coletivo, difuso, transfronteiriço, transnacional, macrobem, "patrimônio comum da humanidade" ou "global commons" ou "espaços internacionais comuns" ou "espaços transnacionais". Assim, exige-se que sua proteção se dê não apenas em nível local e nacional, mas, sobretudo, global, pelo que o fenômeno da transnacionalidade, do Direito Transnacional (e, como corolário, o Estado Transnacional) emerge como opção viável para tratar da temática, que, frise-se, não se limita às herméticas bases territoriais soberanas dos Estados[38].

3. COLAPSO AMBIENTAL E PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Norma Sueli Padilha[39] aduz que a sociedade atual se manifesta, especialmente a partir do século XIX, na sua "inter-relação com a natureza, numa sistemática complexa de apropriação e transformação do meio ambiente e seus elementos naturais para a alocação de recursos em prol do desenvolvimento econômico".

Não é novidade, portanto, que o planeta Terra está à beira de um colapso ambiental.

De fato, a realidade cotidiana é marcada pela exploração, degradação, diminuição excessiva dos recursos naturais que ameaça a estabilidade dos seus sistemas de sustentação. Percebe-se a "exaustão de recursos naturais renováveis e não-renováveis, a desfiguração do solo, a perda das florestas, a poluição da água e do ar, a perda da biodiversidade, a mudanças climáticas, etc."[40].

---

[37] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In:* CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 55-71.

[38] RODRIGUES, Patrícia Silva. **A educação ambiental transnacional como instrumento de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado**. Dissertação. Mestrado em Ciências Jurídicas. Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). 2014. p. 100.

[39] PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. p. 3. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

[40] PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. p. 23.

Nesse ponto, adverte Jeremy Rifkin[41]: "En un sentido muy real, la especie humana aún no es capaz de comprender la enorme magnitud de los cambios que están teniendo lugar sobre la Tierra a medida que la temperatura del planeta sigue subiendo."

Ademais, essa crise ecológica é fomentada pelo consumo desenfreado, pelo agravamento da pressão demográfica, pelo desperdício e insegurança alimentar, pela insuficiência da matriz energética vigente, pela pobreza extrema e pela crescente produção de rejeitos, inclusive industriais, dentre outros, sendo inquestionáveis seus reflexos em todo o planeta, caracterizando as chamadas "demandas trasnacionais" da contemporaneidade.

A respeito da temática e da possível consequência desse colapso, adverte James Lovelock[42]:

> Em minha concepção, Gaia não é uma carinhosa mãe tolerante com as transgressões, nem alguma frágil e delicada donzela ameaçada pela humanidade brutal. Ela é dura e severa, mantendo sempre o mundo muito agradável e quentinho para os que obedecem as suas regras, mas é implacável na eliminação das transgressões. Seu objetivo inconsciente é um planeta próprio para a vida. Se os seres humanos continuarem como estão, seremos eliminados com a mesma impiedade que seria mostrada pelo microcérebro de um míssil nuclear balístico intercontinental que voa direto para seu alvo.

O "curioso" é que, muitas das vezes, "com arrogância, culpamos a tecnologia, em vez de a nós mesmos"[43], sendo "poucos os que de alguma forma não contribuem para a incessante demolição do ambiente natural. O fato é que "[...] não é abandonando a tecnologia que sustentaremos a civilização. Pelo contrário, temos de usá-la sabiamente, como faria o médico, tendo em mira a saúde da Terra, não a de pessoas."[44]

Diante desse quadro, imprescindível é que o ser humano se conscientize de seu papel como ator de transformação socioambiental com vias a combater, dentro de sua esfera de atuação, essa crise ecológica que se acentua em nível global. Nesse ponto, James Lovelock[45] aduz que o homem é como um animal tribal, e a tribo não age unida enquanto não percebe um perigo real e presente. O primeiro requisito é reconhecer a existência do problema; o segundo é entendê-lo e extrair as conclusões corretas; e o terceiro é tomar alguma atitude.

---

[41] RIFKIN, Jeremy. **La sociedad empatica**. p. 467.

[42] LOVELOCK, James. **As eras de Gaia**. p. 199.

[43] LOVELOCK, James. **As eras de Gaia**. p. 146.

[44] LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010. Título original: *The revenge of Gaia: why the Earth is fighting back and how we can still save humanity*. p. 20.

[45] LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. p. 22-23.

A respeito, Jeremy Rifkin[46] ensina que:

> Nuestra conciencia (que ahora comienza a alborear) de que la Tierra funciona como un organismo indivisible, exige que repensemos nuestras ideas sobre los riesgos, la vulnerabilidad y la seguridad globales. Si la vida humana, el conjunto de nuestra especie y otras formas de vida están entrelazados entre sí, así como con la geoquímica planetaria, en una coreografía rica y compleja que sustenta la propia vida, entonces todos somos dependientes y responsables de la salud del organismo en su conjunto. El ejercicio de dicha responsabilidad supone vivir individualmente en nuestros barrios y comunidades utilizando vías que fomenten el bienestar general de la biosfera que todos habitamos.

Assim, uma possível solução para se fazer frente ao colapso que ora se analisa estaria embasada no Princípio da Solidariedade, no que Boaventura de Sousa Santos[47] chama de "exercício de solidariedade transnacional e intergeracional". No mesmo sentido, Jeremy Rifkin[48] doutrina que:

> En algún punto crítico, nos daremos cuenta de que todos compartimos un planeta común, que todos somos afectados y que el sufrimiento de nuestros vecinos no es muy diferente del nuestro. En ese momento, las recriminaciones y las retribuciones servirán de poco a la hora de enfrentarnos a una crisis de proporciones tan enormes. Solamente una acción concertada que establezca un sentimiento colectivo de afiliación con la totalidad de la biosfera nos dará una oportunidad de garantizar nuestro futuro. Para ello, será necesario desarrollar una conciencia biosférica. La civilización empática comienza a emerger. Rápidamente, estamos extendiendo nuestro abrazo empático a toda la humanidad y creando un vasto proyecto de vida que engloba al planeta.

O princípio da solidariedade caracteriza-se como sendo o novo marco jurídico-constitucional do *Estado Sociambiental de Direito* contemporâneo, ou seja, uma tentativa histórica de realizar na integralidade o projeto da modernidade[49].

Na esteira de entendimento de Tiago Fenterseifer[50]:

> O princípio da solidariedade deve ser projetado para além das fronteiras dos Estados nacionais, o que se impõe pelo próprio contexto internacional da maioria dos sistemas naturais, no sentido de ser tomado como um imperativo, ao mesmo tempo ético e prático, a conformar e limitar as práticas sociais (e também estatais) predatórias do ambiente, em vista de um desenvolvimento sustentável mundial. O modelo clássico de soberania nacional está com os dias contados em razão da crise ecológica.

É esse princípio que inspira o (re) nascimento de uma "consciência empática mundial", onde se resgata o valor da empatia entre os povos no que tange à busca de soluções sustentáveis

[46] RIFKIN, Jeremy. **La sociedad empatica**. p. 588.

[47] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

[48] RIFKIN, Jeremy. **La sociedad empática**. p. 606.

[49] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito fundamentais e proteção do ambiente**. p. 111.

[50] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito fundamentais e proteção do ambiente**. p. 117.

para os desafios da atual sociedade líquida. O irônico, nas palavras de Jeremy Rifkin[51], é que, "precisamente cuando estamos empezando a vislumbrar la posibilidad de una conciencia empática mundial, nos hallemos al borde de la extinción".

O princípio da solidariedade constitui, outrossim, a gênese do denominado "Sonho Europeu", idealizado por Jeremy Rifkin[52], em contraste com o "Sonho Americano". Este sonho, outrora ideal e inveja do mundo, enfatiza a irrestrita oportunidade de cada indivíduo buscar o sucesso (financeiro). O "Sonho Americano" nos dizeres de Jeremy Rifkin[53]:

> Concentra-se demais no progresso material do indivíduo, em detrimento do bem-estar mais geral do homem, para ter relevância num mundo de riscos, diversidade e interdependência crescentes. É um sonho velho, embebido numa mentalidade de fronteira já de há muito superada.

De fato, o "Sonho Americano" que se encontra à beira da extinção está dando espaço para o surgimento de um novo sonho, o "Sonho Europeu", que nasce e se caracteriza como sendo muito mais adequado para o próximo estágio do jornadear humano – "um estágio que promete levar a humanidade a uma consciência global compatível com uma sociedade cada vez mais integrada e globalizada". O Sonho Europeu, segundo o referido autor[54]:

> Antepõe os relacionamentos comunitários à autonomia individual, a diversidade cultural à assimilação, a qualidade de vida ao acúmulo de riquezas, o desenvolvimento sustentável ao crescimento material ilimitado, a descontração à labuta incessante, os direitos humanos universais e os direitos da natureza aos direitos de propriedade, e a cooperação global ao exercício unilateral de poder. [...] o Sonho Europeu é importante porque ousa sugerir uma nova histórica, com ênfase na qualidade de vida, na sustentabilidade e na paz e harmonia. [...] o Sonho Europeu procura expandir a empatia humana... [...] sua ênfase [está] na responsabilidade coletiva e na consciência global.

Como se vê, com a construção de uma nova consciência global transnacional, embasada no princípio da solidariedade e calcada no valor supremo da empatia, será possível fazer frente aos dilemas ambientais que assolam (e ameaçam) a vida do planeta. Nesse passo, salutar transcrever o almejo (alerta) de James Lovelock[55]: "Precisamos acima de tudo renovar aquele amor e empatia pela natureza que perdemos quando começamos nosso namoro com a vida urbana". Eis o grande desafio para a sociedade contemporânea!

---

[51] RIFKLIN, Jeremy. **La sociedad empática**. p. 34.

[52] RIFKLIN, Jeremy. **O sonho europeu**: como a visão europeia do futuro vem eclipsando silenciosamente o sonho americano. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2005.

[53] RIFKLIN, Jeremy. **O sonho europeu**. p. XV-XX.

[54] RIFKLIN, Jeremy. **O sonho europeu**. p. XV-XX.

[55] LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. p. 21.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, conclui-se que, ao se compreender o Meio Ambiente como um "ser vivo", permite-se ter uma visão mais abrangente dessa categoria, e de seus corolários, bem como se permite tomar consciência de quão imperioso é cuidar e proteger a natureza.

Isso porque não se ignora a iminência do colapso ambiental que ameaça o planeta Terra, o qual, fatalmente, redundará na inviabilidade da manutenção da vida em Gaia, de forma saudável e equilibrada.

Não por outra razão que Maurizio Oliveiro e Paulo Márcio Cruz[56] vaticinaram: "Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios".

Assim, diante desse cenário de problemas ambientais que detém vieses transfronteiriços, afigura-se a transnacionalidade como sendo um caminho viável para a solução dessas mazelas ecológicas, residindo nesse ponto a justificativa para a construção de espaços públicos transnacionais idealizados para resolver a questão da proteção ao Meio Ambiente para as presentes e as futuras gerações.

Aliado a esse caminho, afigura-se igualmente promissora a solidificação do princípio da solidariedade, acrescido do resgate da empatia entre os povos e países, bem como do nascimento do Sonho Europeu, como sendo uma vereda factível para fazer frente à crise ambiental que caracteriza a modernidade líquida do século XXI.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título no original: *Liquid modernity*.

_____, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Título no original: *Globalization: the humain consequences.*

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião

[56] OLIVERO, Maurízio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional**. Revista Novos Estudos Jurídicos. p. 18-28. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3635/2178. Acesso em 19 de abr. 2016.

Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2013. Título no original: *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. 3. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Título no original: *The principle of sustainability: transforming law and governance*.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Rio de Janeiro: Cultrix, 1997. Título no original: *The hidden connections*.

CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

_____, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Editora Univali, 2012.

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.

FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica**: a árvore, o animal e o homem. Tradução de Rejane Janowitzer. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009. Título no original: *Le novel ordre écologique*.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 4. ed., rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LÉNA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. (orgs.) **Enfrentando os limites do crescimento: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

LOVELOCK, James. **Gaia**: alerta final. Tradução de Jesus de Paula Assis e Vera de Paula Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010. Título original: *The vanishing face of Gaia: a final warning*.

_____, James. **A vingança de Gaia**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010. Título original: *The revenge of Gaia: why the Earth is fighting back and how we can still save humanity*.

_____, James. **As eras de Gaia**: a biografia da nossa terra viva. Tradução de Beatriz Sidou. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1991. Título no original: *The ages of Gaia: a biography of our living Earth*.

OLIVERO, Maurízio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional**. Revista Novos Estudos Jurídicos. p. 18-28. Disponível em: http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3635/2178. Acesso em 19 de abr. 2016.

MARQUES, Luiz. **Capitalismo e colapso ambiental**. Campinas: Editora da UNICAMP, 2015.

MIGLINO, Arnaldo. Uma comunidade mundial para a tutela do ambiente. *In:* CRUZ, Paulo Marcio. **Da soberania à transnacionalidade:** Democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano.** Estocolmo, 5-16 de junho de 1972. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 18 abr. 2016.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos constitucionais do Direito Ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

RIFKIN, Jeremy. **O sonho europeu**: como a visão europeia do futuro vem eclipsando silenciosamente o sonho americano. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda., 2005.

_____, Jeremy. **La sociedad empatica**: la carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. 1. ed. Barcelona: Paidós, 2010.

RODRIGUES, Patrícia Silva. **A educação ambiental transnacional como instrumento de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado**. Dissertação. Mestrado em Ciências Jurídicas. Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). 2014

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do Meio Ambiente**: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

VEIGA, José Eli da. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.

A GESTÃO HÍDRICA COMO INDUTORA DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE RIO BRANCO – ACRE

Ana Carolina Couto Lima de Carvalho[1]

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto a gestão dos recursos hídricos no território acreano e a sustentabilidade ambiental. A escolha do tema justifica-se em razão da água ser um recurso indispensável e ter influência decisiva na qualidade de vida das populações. A humanidade vive um momento crítico no que tange a manutenção da vida humana no planeta. Aquecimento global, crise grave de falta de água e extinção de várias espécies.

Nesse contexto urge aprofundar os debates sobre os recursos hídricos no município de Rio Branco, no Estado do Acre, com o objetivo principal de conscientizar a sociedade do uso responsável e mobilizar as autoridades competentes sobre a gestão eficiente dos recursos hídricos. Para atingir o objetivo proposto a pesquisa em testilha abordará a importância da sustentabilidade no que toca ao desenvolvimento e ao meio ambiente.

Os objetivos específicos são: apresentar um conceito de sustentabilidade ambiental; colocar em prática o modelo teórico de gestão ambiental no território acreano; destacar a necessidade e urgência do esgotamento sanitário; reduzir o desmatamento da mata ciliar; reduzir o desperdício de água; diminuir os impactos dos resíduos sólidos sobre o meio ambiente; controlar a abertura de poços e fiscalizar a qualidade da água.

As questões centrais da pesquisa em tela são: Qual o caminho percorrido pelo Direito Ambiental em âmbito mundial? Quais os aportes teóricos que foram surgindo nesse caminho e

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica pelo DINTER entre a Faculdade Católica de Rondônia (Rondônia – RO, Brasil) e a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Santa Catarina – SC, Brasil). Mestre em Direito Processual pela Universidade Paranaense – UNIPAR (Umuarama – PR, Brasil). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Potiguar – UnP (Natal – RN, Brasil). Pós-graduada em Direito Constitucional pela UVB (Maringá – PR, Brasil). Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Toledo (Presidente Prudente – SP, Brasil). Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal do Acre – UFAC (Rio Branco – AC, Brasil). Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica e Estágios da UFAC (Rio Branco – AC, Brasil). Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito da União Educacional do Norte – UNINORTE (Rio Branco – AC, Brasil). Professora de Cursos Especializados em Concursos Públicos. Orientadora. Conferencista. Pesquisadora. Conselheira Editorial da Revista Nobel Iuris. Autora de livros jurídicos e artigos publicados em revistas jurídicas especializadas. Advogada e Consultora Jurídica. E-mail: carolcoutomatheus@hotmail.com.

que se relacionam com a sustentabilidade? Qual é o conceito de sustentabilidade ambiental? O que significa gestão ambiental? Como é a gestão hídrica no município de Rio Branco – AC? A gestão hídrica no território acreano é sustentável?

Para tanto a pesquisa em epígrafe foi organizada em três partes. A primeira parte aborda de forma sucinta os distintos enfoques relativos à evolução histórica do Direito Ambiental, destacando as dimensões da sustentabilidade, o princípio da sustentabilidade e o conceito de sustentabilidade. A segunda parte estuda a gestão dos recursos hídricos no território acreano. A terceira e última parte analisa o que se deve entender por gestão ambiental e objetiva responder à seguinte indagação: a gestão hídrica no território acreano é sustentável?

O problema da pesquisa em testilha é evidenciar a insustentabilidade ambiental da gestão dos recursos hídricos em Rio Branco – AC. A hipótese que norteia esse trabalho é no sentido de que a gestão hídrica no território acreano deve ser indutora da sustentabilidade ambiental. O marco de referência privilegia a construção teórica do conceito de sustentabilidade ambiental visando sua aplicação na gestão dos recursos hídricos no território acreano.

Pelo método de abordagem indutivo, fonte de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial relativa à proteção dos recursos hídricos e a sustentabilidade serão pesquisadas e confrontadas as partes de um todo para que se possa ter uma visão generalizada. Durante as diversas fases da pesquisa serão utilizadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional, do Fichamento e com base em documentação indireta será realizada Pesquisa Bibliográfica, bem como a pesquisa por meio eletrônico.

1. A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

Em uma visão internacional, inúmeras etapas marcaram a evolução do Direito Ambiental. A primeira etapa compreende o século XIX até a metade do século XX, os Tratados serviam para a proteção dos recursos naturais como a fauna e a flora. Segundo Miguel Moreno Plata[2], "no meio ambiente marinho surgia a regulação para sua exploração com a finalidade de manter a utilidade econômica".

Desde 1950 já era gestado na Europa e nos Estados Unidos o movimento ambientalista. Em

[2] MORENO PLATA, Miguel. Génesis. **Evolución y tendencias del paradigma del desarrollo sostenible.** La emergencia de la sostenibilidad como principio general de derecho. México: Editorial: UACM (Universidad Autónoma de la ciudad de México) y Editorial Porrúa, 2009. p. 173.

1962, Rachel Carson publicou a obra[3] Primavera Silenciosa na qual contou a "Fábula para o Amanhã" e lançou a semente do que se tornaria mais tarde uma revolução social e cultural. A escritora americana impulsionou diversos movimentos globais sobre o meio ambiente e projetou para o espaço público o debate sobre a responsabilidade da ciência, os limites do progresso tecnológico e a relação entre ser humano e natureza.

O Direito Ambiental admite seu estudo por vários enfoques. O enfoque no progresso cronológico e impulso político se chamam ondas. Em relação ao surgimento da primeira onda do Direito Ambiental, Real Ferrer[4] explica:

> En efecto, si hubiera que dar fecha a este acontecimiento diría que fue diciembre de 1969 cuando en Estados Unidos se adopta la National Environmental Policy Act que incluye la exigencia, para determinadas actuaciones, de realizar una Evaluación de Impacto Ambiental, primera institución jurídica propiamente ambiental.

A primeira onda ramifica seus pronunciamentos científicos de forma mundial com a primeira Conferência Mundial sobre Meio Ambiente Humano, realizada em 1972, em Estocolmo. A primeira onda foi responsável pela constitucionalização do Direito Ambiental em vários países.

O surgimento de organizações não governamentais e o aumento de novos agentes sociais implicados na proteção ambiental ocorrem na segunda onda. Em 1992, no Rio de Janeiro foi realizada a segunda grande Conferência Mundial sobre o Meio Ambiental e Desenvolvimento e adotada a Agenda 21, aprovado o convênio sobre a mudança climática e sobre a diversidade biológica. Para alcançar o desenvolvimento sustentável é necessário observar a dimensão econômica e social, estudo iniciado na segunda onda.

A Terceira Conferência Mundial para o Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em 2002, em Johannesburg na África do Sul marcou a terceira onda. Em relação à quarta onda, Ricardo Stanziola Vieira[5] destaca dois temas centrais: "a transição para a economia verde e a governança global do desenvolvimento sustentável". Para Real Ferrer[6] a quarta onda foi caracterizada pela Conferência de 2009, que reforçou o compromisso político dos Estados em relação ao

[3] CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Tradução de Claudia San´t Anna Martins. São Paulo: Gaia, 2010.

[4] REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de derecho ambiental**. Pamplona, España. n. 1. 2002. p. 73-93.

[5] VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo "direito da sustentabilidade". **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos.** p. 50.

[6] REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construímos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/indez.php/nej/article/view/4202>. Acesso em 15 de janeiro de 2016. p. 318.

desenvolvimento sustentável, identificou os progressos nos compromissos já firmados na ONU e novos desafios.

1.1 O Princípio da Sustentabilidade no Direito Ambiental

Para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento. O marco do debate relativo ao desenvolvimento sustentável surgiu com o informe "Os limites do crescimento", publicado em 1972 pelo Clube de Roma[7].

É um desafio fazer com que as relações ambientais se harmonizem com as relações econômicas, porém essa é uma busca que não se pode descartar para uma utilização adequada, racional e equilibrada dos recursos naturais, sendo este um interesse para as presentes e futuras gerações[8].

A sustentabilidade consiste no pensamento de capacitação global para a preservação da vida humana equilibrada, consequentemente, da proteção ambiental, mas não só isso, também a extinção ou diminuição de outras mazelas sociais que agem contrárias à esperança do retardamento da sobrevivência do homem na Terra. Conforme os ensinamentos de Freitas[9]:

> Trata-se de um princípio constitucional que determina, com eficácia direita e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente no futuro, o direito ao bem-estar.

Na convicção de Garcia[10] "o princípio da sustentabilidade é mais que um princípio constitucional, é um princípio global". Para Ferrer[11] o princípio da sustentabilidade precisa ser visto de forma diferente para os países desenvolvidos e para os países em desenvolvimento. Nos países desenvolvidos o enfoque é mais direcionado ao ambiental e econômico. Os países em

---

[7] GODOY, Amália Maria Goldberg. **O Clube de Roma – Evolução histórica**. Disponível em: <http://amaliagodoy.blogspot.com/2007/09/desenvolvimento-sustentvel-evoluo.html>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

[8] SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. 20 anos de sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. **Revista da Unifebe**. Brusque, v. 11, dez. 2012, p. 239-252. Disponível em: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

[9] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade.** Direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012. p. 41.

[10] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O caminho da sustentabilidade. *In*: Garcia, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Debates Sustentáveis:** Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Itajaí: UNIVALI, 2015, v. 1, p. 8-30.

[11] REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de derecho ambiental**. p. 42-43.

desenvolvimento observam também o lado social, pois se a população não possui condições mínimas de vida, não haverá preocupação em preservação ambiental, pois urge a preservação imediata da vida. É necessário unir crescimento econômico, redução da pobreza e preservação ambiental.

1.2 As Dimensões da Sustentabilidade

A corrente doutrinária majoritária reconhece três dimensões da sustentabilidade: ambiental, social e econômica. A ambiental está relacionada à importância da proteção do meio ambiente e do Direito Ambiental, objetiva garantir a sobrevivência do planeta por meio da preservação e melhora dos elementos físicos e químicos que a trazem possível, considerando sempre o alcance da melhor qualidade de vida do homem na terra[12]. Neste sentido é a concepção de Silva[13]:

> O conceito de meio ambiente há que ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, paisagístico, turístico e arquitetônico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

A dimensão econômica visa ao desenvolvimento da economia com a finalidade de gerar melhor qualidade de vida às pessoas. Não há como retroceder nas conquistas econômicas alcançadas pela sociedade mundial.

A economia verde promove a melhoria do bem-estar humano e da igualdade social, com a redução dos riscos ambientais. Uma economia com baixas emissões de carbono, que utiliza os recursos de forma eficiente e é socialmente inclusiva.

A dimensão social da sustentabilidade consiste no aspecto relacionado às qualidades dos seres humanos. Na concepção de Garcia[14], baseia-se na melhoria da qualidade de vida da sociedade por meio da redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria, como o nivelamento do padrão de renda, acesso à educação, moradia, alimentação.

---

[12] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In*: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (orgs). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer.** - Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014. p. 53-54.

[13] SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 6.

[14] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **El principio de sostenibilidad y los puertos**: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica e social do princípio da sustentabilidade. 2011. 451f. Tese. (Doctorado em Derecho Ambiental y Sostenibilidad de la Universidad de Alicante – UA). Universidade de Alicante, Espanha, 2011, p. 210-215.

O enfrentamento dos problemas sociais passa, necessariamente pela correção do quadro de enfrentamento de desigualdade social e da falta de acesso da população pobre aos seus direitos sociais básicos, o que potencializa a degradação ambiental.

O mínimo existencial deve ser identificado como o núcleo sindicável da dignidade humana, incluindo como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta. Para Barbieri[15], "a pobreza, a exclusão social e o desemprego devem ser tratados como problemas planetários, tanto como a chuva ácida e o efeito estufa".

Segundo renomados doutrinadores, como Real Ferrer[16], Cruz e Bodnar[17] a dimensão tecnológica da sustentabilidade surge devido aos grandes avanços da globalização e da evolução do homem. A dimensão tecnológica é imprescindível na realidade atual, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá gerar um futuro sustentável, novas tecnologias sustentáveis e a Internet ligada a uma sociedade do futuro.

Freitas[18] acrescenta as dimensões jurídico-político e ética, formando uma espécie de teia que não pode ser rompida, a fim de que se atinja um novo estilo de vida e compartilhamento das obrigações entre os seres humanos com o objetivo de gerar bem-estar sustentável. Para Garcia[19] a "dimensão ética, trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida", representa "uma relação entre o indivíduo e todo o ambiente a sua volta". Para Real Ferrer[20] sustentabilidade é a "materialização do instinto de sobrevivência social".

Para a operacionalização do conceito de desenvolvimento sustentável, Sachs[21] estabeleceu cinco dimensões da sustentabilidade (ecológica, econômica, social, cultural e espacial), cada uma com objetivo bem definido. Para que o subsistema econômico adapte-se ao modelo evolutivo da

---

[15] BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente:** as estratégias de mudança da Agenda 21. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 32.

[16] REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construímos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**.

[17] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** p. 112.

[18] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 41.

[19] GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: Uma análise do mínimo existencial ecológico. *In.* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer.** Dados eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 37-54.

[20] REAL FERRER, Gabriel. **Calidad de vida, meio ambiente, sostenibilidad y cidadania, construímos juntos el futuro?** Revista NEJ Novos Estudos Jurídicos. Itajaí. v. 17, n. 03, p. 310-316, 2012, p. 311.

[21] SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI:** para pensar o desenvolvimento sustentável. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 32.

ecologia global, será necessário um largo processo de transformação e mudanças profundas nos paradigmas que orientam a interpretação e a ação das sociedades no mundo.

Todas as dimensões identificam direitos humanos fundamentais, como o meio ambiente e o desenvolvimento de direitos prestacionais sociais, cada qual com suas peculiaridades e riscos. A construção evolutiva do Direito Ambiental está altamente ligada aos ditames da sustentabilidade.

1.3 O Conceito de Sustentabilidade Ambiental

A proteção ao meio ambiente é dever de todos, inclusive daqueles que ainda não nasceram, não excluindo ninguém do dever de defender e proteger o meio ambiente, a fim de que esteja disponível tanto para a geração atual quanto para a geração que ainda está por vir[22]. Destaca-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal na ADI 3540, relator Ministro Celso de Mello[23]:

> Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (Cf., art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade – Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeneracionais – Espaços territoriais especialmente protegidos (Cf., art. 225, § 1º, III).

Nesta perspectiva, a proteção ao meio ambiente é de necessária observância, conforme explica Freitas[24]:

> Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

A economia enfrenta dificuldades para compatibilizar desenvolvimento e sustentabilidade. Sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades. A luta pela sustentabilidade é condição fundamental para a estabilidade da mais nova concepção de soberania em nível regional.

---

[22] NALINI, José Renato. Averbação da Área de Preservação Permanente e da Reserva Florestal Legal. In NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. (Coord.). **Regularização Fundiária**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

[23] ADI 3540 MC/DF – DISTRITO FEDERAL, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgamento: 01/09/2005.

[24] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p. 41.

Conforme Ferrajoli[25] se vive hoje uma "crise histórica não menos radical do que a que aconteceu com as revoluções burguesas do Século XVII". Wolkmer[26] afirma que "em uma sociedade multicultural, o pluralismo fundado numa democracia expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade".

Como o bem protegido é dotado de forte componente valorativo, Alexy[27] entende que o sistema jurídico deve ter uma base axiológica consistente como condição legitimadora e levada a discussão ao seu limite. Deve ser agregado um conteúdo material substantivo às normas para que efetivamente estejam a serviço da justiça corretiva e distributiva. Só assim o direito será efetivamente um instrumento revolucionário de transformação social, por fomentar a cooperação e a solidariedade em todas as suas dimensões.

Segundo Cruz e Bodnar[28] "um dos objetivos mais importantes de um projeto de futuro com sustentabilidade é a busca constante pela melhoria das condições sociais das populações mais fragilizadas socialmente".

Na concepção de Boaventura de Sousa Santos[29] trata-se de "uma democracia da democracia". Há uma nova relação dos seres com o ambiente, já que a natureza, pela primeira vez, perdeu sua capacidade de se regenerar por si mesma. Os critérios de justiça transnacionais devem considerar a condição finita dos recursos naturais. Para evitar a catástrofe, os seres humanos devem ser compulsados a deter as alterações na natureza que façam "cair mais pedras do que o homem esteja em condições de colocar novamente para cima"[30].

O paradigma da sustentabilidade consiste na busca de uma sociedade global capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo em condições de dignidade. A sustentabilidade é transnacional, é ajustar nosso comportamento à capacidade de resiliência do planeta. A transição para a sustentabilidade exige uma revolução cultural, tecno-científica e política, é um desafio urgente para a ciência, educação e cidadania. É necessário politizar a globalização e colocar ciência e técnica a serviço do objetivo comum.

---

[25] FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999, p. 116.

[26] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** Os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 271.

[27] ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Tradução de José Antonio Soane, Eduardo Roberto Sodero, Paulo Rodrigues. Granada: Comares, 2005, p. 5.

[28] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 15 dez. 2014, p. 50.

[29] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

[30] ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 93.

Na concepção holística de Boff[31] sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustenta todos os seres, especialmente da Terra, da comunidade e da vida humana, buscando sua continuidade, e atender também as necessidades de geração presente e das gerações futuras, de tal forma que o capital natural se mantenha e se enriqueça sua capacidade de regeneração, reprodução e ecoevolução. Conforme Sachs[32]:

> Sustentabilidade social – visa maior equidade na distribuição de bens e renda, reduzindo a diferença entre padrões de vida de ricos e pobres; sustentabilidade econômica – visa eficiência econômica, avaliada em termos macrossociais, pressupõe alocação e gerenciamento eficiente de recursos, além de constantes investimentos públicos e privados; sustentabilidade ecológica – através de um conjunto de medidas como redução do consumo de recursos não renováveis, diminuição do volume de resíduos e poluição, aumento da capacidade de carga da Terra, definição de normas de proteção ambiental, intensificação de pesquisas de novas tecnologias etc.; sustentabilidade espacial – visa a obtenção de uma configuração rural-urbana mais equilibrada e melhor distribuição territorial dos assentamentos humanos e das atividades econômicas; sustentabilidade cultural – visa mudanças baseadas na continuidade cultural, de raízes endógenas, com soluções específicas para o local, o ecossistema, a cultura e a área.

Na concepção crítica de Boff[33], em Sachs "não se percebe ainda claramente a força argumentativa que vem da nova cosmologia e da ecologia da transformação". O centro é ocupado pelo ser humano e não pelo capital, pela solidariedade e não pela competição, pela autogestão democrática e não pela centralização de poder dos patrões, pela melhoria da qualidade de vida e do trabalho e não pela maximalização do lucro.

Sustentabilidade implica mudança de racionalidade social e produtiva. Entretanto, frear o crescimento é apostar numa crise econômica de efeitos incalculáveis. Leff[34] sugere transição para uma economia sustentável: outra economia fundamentada em outros princípios produtivos. Decrescimento no sentido de desconstruir a economia e construir uma nova racionalidade produtiva.

Para Herman Daly[35] restringir a economia para que não cresça além da possibilidade de regeneração dos recursos e absorção de seus dejetos, mas a economia não tem consciência e não

[31] BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é e o que não é. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, p. 27.

[32] SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI:** desenvolvimento e meio ambiente. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Studio Nobel Fundação do Desenvolvimento Administrativo, 1993. p. 37-38.

[33] BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é – o que não é. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. p. 60.

[34] LEFF, Enrique. **Discursos Sustentáveis**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.p. 49.

[35] DALY, Herman. Elements of environmental macroeconomics. In: COSTANZA, R. (Org.) **Ecological economics:** the science and management of sustainability. New York: Columbia University Press, 1991. p.32-46.

permite essa receita ecológica. Passar da economia mecanizada para economia ecológica e socialmente sustentável.

O atual modelo produtivo e a racionalidade econômica são insustentáveis, geram crescimento baseado no consumo de recursos naturais de baixa entropia, destruição das condições ecológicas de sustentabilidade e produção de calor. A nova racionalidade produtiva, nova ética e pensamento criativo em que a diversidade cultural possa conviver com suas solidariedades e diferenças, a criatividade possa orientar os potenciais da natureza e levar a história humana a um futuro sustentável.

2. A GESTÃO HÍDRICA NO MUNICÍPIO DE RIO BRANCO – ACRE

Rio Branco é a capital do estado do Acre, fundada em 28 de dezembro de 1882, com o nome de Seringal Empreza pelo cearense Neutel Maia. Em 1904, após a anexação definitiva do Acre ao Brasil, foi elevada à categoria de vila, tornando-se sede do departamento do Alto Acre.

Em 1909 passou a ser denominada Penapólis (em homenagem ao então Presidente Afonso Pena) e, em 1912, Rio Branco, em homenagem ao Barão de Rio Branco, chanceler brasileiro cuja ação diplomática resultou no Tratado de Petrópolis. Em 1913 tornou-se município. Em 1920 capital do território do Acre e em 1962 à capital do estado. O Acre localiza-se no extremo oeste da Amazônia ocidental e faz fronteira com os países da Bolívia e Peru.

Rio Branco é o centro administrativo, econômico e cultural do estado do Acre, distante três mil e trinta quilômetros de Brasília, capital federal, localiza-se às margens do Rio Acre, no Vale do Acre e na microrregião homônima. É a sexta cidade mais populosa da Região Norte do Brasil e o quinto município do estado em tamanho territorial. Tem uma economia de subsistência, baseada no extrativismo e emprego no serviço público.

Nos últimos anos, o Governo do Acre adotou como eixo de desenvolvimento econômico a utilização sustentável dos recursos naturais, tendo a floresta como fonte precípua da política desenvolvimentista. Entretanto, um dos recursos naturais cujo conhecimento local não avançou foram os recursos hídricos.

Integrantes de bacias hidrográficas importantes da região Amazônica, os rios do Acre são, em sua maioria, de competência da União, sendo seu principal rio (Rio Acre) um rio fronteiriço cuja nascente encontra-se no Peru, passa pela Bolívia e a maior parte está no Acre, nos municípios

de Assis Brasil, Brasiléia, Xapuri e Rio Branco.

Com a orientação emanada pela Lei nº 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, o Acre fez publicar no ano de 2003, a Lei Estadual nº 1.500, como instrumento para gestão dos recursos hídricos de seu território.

Os Municípios do Alto Acre (Rio Branco, Xapuri, Brasiléia e Assis Brasil) integrantes do eixo de desenvolvimento da estrada BR 317, que interliga-os à fronteira com Peru e Bolívia, denominada na Região como Estrada do Pacífico, com grandes áreas degradadas em virtude da forte antropização, reuniram-se em consórcio para gestão ambiental de seus recursos naturais e estão em fase de formação do Comitê Trinacional dos Municípios de Fronteira para gestão do Alto Acre, que, face à peculiaridade fronteiriça, terá que envolver necessariamente os países Peru e Bolívia.

Dentro de uma nova política de valorização da identidade, da memória e da territorialidade do "povo da floresta" e consciente da dependência da água para a manutenção da cobertura vegetal, o Governo do Acre vem desde o final dos anos 1990 construindo uma economia de base florestal robusta. Nesta concepção a água tem caráter transversal e importante tanto do ponto de vista de sua ocorrência natural no meio físico do território acreano, como do ponto de vista socioambiental e político- cultural, por seus diversos usos, o que inclui múltiplos aspectos ligados às tradições que deram origem ao seu povo.

Neste sentido foi elaborado o Plano Estadual de Recursos Hídricos (PLERH/AC) visando atender não somente a demanda da legislação brasileira, mas da própria população acreana, de forma a institucionalizar a política de gestão dos recursos hídricos no Estado.

O Estado do Acre foi dividido em seis Unidades de Gestão de Recursos Hídricos, consideradas recortes espaciais de referência para o estabelecimento dos objetivos estratégicos de gestão de recursos hídricos correspondentes às bacias hidrográficas dos principais rios do Estado: as porções estaduais das bacias hidrográficas dos rios Juruá, Tarauacá, Envira-Juruparí, Purus, Acre-Iquiri e Abunã.

Conforme o disposto na Lei Federal nº 9.433/1997 e em compatibilidade com o artigo 7º da Lei Estadual nº 1.500/2003, a Política de Recursos Hídricos do Estado do Acre se fundamenta no conceito da água como um recurso natural de disponibilidade limitada e dotado de valor econômico, que enquanto bem público e de domínio do Estado, terá sua gestão definida, por meio

de uma Política de Recursos Hídricos, prevista em lei específica.

"Os recursos hídricos são considerados na unidade do ciclo hidrológico, compreendendo a fase aérea, superficial, e subterrânea, e tendo a bacia hidrográfica como unidade básica de planejamento e intervenção"[36].

A Política de Recursos Hídricos do Estado do Acre deverá promover a harmonização entre os múltiplos e competitivos usos dos recursos hídricos e sua limitada e aleatória disponibilidade temporal e espacial, para assegurar o prioritário abastecimento da população humana e permitir a continuidade e desenvolvimento das atividades econômicas; combater os efeitos adversos das enchentes, das estiagens e da erosão do solo; impedir a degradação e promover a melhoria da qualidade e o aumento da capacidade de suprimento dos corpos de água superficial e subterrânea, a fim de que as atividades humanas se processem em um contexto de desenvolvimento socioeconômico que assegure a disponibilidade hídrica aos seus usuários atuais e as gerações futuras, em padrões quantitativos e qualitativamente adequados.

No território acreano, a elaboração do Zoneamento Ecológico-Econômico do Estado do Acre (ZEE)[37] de forma participativa, envolveu estudos sobre os sistemas ambientais, as potencialidades e as limitações para o uso sustentável dos recursos naturais; relações entre a sociedade e o meio ambiente, bem como a identificação de cenários, de modo a subsidiar a gestão do território no presente e no futuro, em um grande pacto de construção da sustentabilidade, a partir de uma economia de base florestal, com foco na melhoria da qualidade de vida da população.

Desde os primórdios da colonização do Acre os rios e paranás tiveram papel relevante tanto no processo de ocupação do território como no desenvolvimento da economia do estado. Índios, seringueiros e ribeirinhos ligaram ao rio sua noção de territorialidade, o sentimento de pertencimento e a construção da própria identidade.

O PLERH/AC faz uso do ZEE como importante instrumento para implementação da Política de Recursos Hídricos no Estado. Desta forma a água ocupa papel transversal na gestão do território, sabendo-se que a mesma se insere no processo de gestão do território acreano desde a base, como elemento da sustentabilidade da floresta.

[36] SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE. **Plano Estadual de Recursos Hídricos do Acre.** Rio Branco. Acre. 2012.

[37] SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE. **Zoneamento Ecológico-Econômico do Estado do Acre.** ZEE Fase II. Rio Branco. Acre. 2006.

Além do ZEE a Educação Ambiental também se insere na política estadual de recursos hídricos como parte do processo participativo, através do qual o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, adquirem conhecimentos, atitudes e competências voltadas para a conquista e a manutenção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Neste contexto se definiu o Programa de Educação Ambiental do Estado do Acre, que se inter-relaciona com o PLERH/AC para formar competências no tema dos recursos hídricos na esfera da educação formal e não formal, auxiliando no atendimento das diretrizes desse programa.

As diretrizes propostas no PLERH-AC visam a orientar a implantação do Sistema Estadual de Gestão dos Recursos Hídricos do Acre (SEGRH/AC) dentro de uma visão sustentável de desenvolvimento, garantindo a integração interinstitucional e a participação efetiva dos usuários, sociedade civil e governo, conciliando conservação ambiental, crescimento econômico e equidade social.

O Acre vem enfrentando novos desafios para seu desenvolvimento, principalmente a manutenção do desenvolvimento socioeconômico dentro de uma matriz de sustentabilidade com qualidade de vida. Neste contexto os recursos hídricos são importante peça, cuja transversalidade permite uma abordagem sistêmica da gestão e uma visão de planejamento dentro uma perspectiva baseada em diretrizes com programas direcionados aos acreanos.

De forma pioneira na região Norte, o PLERH/AC congrega em seu Plano de ação o incentivo à formação de organismos de bacias hidrográficas, a modernização e ampliação da rede hidrometeorológica para monitoramento de eventos hidrológicos críticos, o estabelecimento da rede de monitoramento da qualidade quantidade da água, o apoio à gestão municipal de bacias hidrográficas, a formação e capacitação em recursos hídricos, o estabelecimento do programa de conservação e recuperação de nascentes e matas ciliares que tem hoje como piloto a Bacia do Rio Acre.

As principais questões levantadas pelo PLERH/AC representam um ponto de partida para a criação no Estado a cultura do cuidar da água, semelhante ao que o Acre vem fazendo em relação à floresta. O Pacto das Águas que o PLERH/AC quer ser depende da capacidade de articulação na esfera de governo e conscientização quanto ao problema da água. Agricultura, pecuária, pesca e expansão urbana são realidades do Acre. Urge implementar uma cultura de monitoramento

qualitativo e quantitativo das águas.

A integração da política de recursos hídricos com as demais políticas públicas do Estado e a estruturação de ações que valorizam a questão transfronteiriça tem papel estratégico e demonstram um grau de amadurecimento do Estado no caminho para a sustentabilidade. Ações coordenadas com Peru, Bolívia, Amazonas e Rondônia devem ser fortalecidas. O Acre está posicionado a jusante desses países, vulnerável a possíveis ações negativas e impactantes geradas nos mesmos. O Acre pode incrementar esses problemas e transferir parte deles para os Estados do Amazonas e Rondônia.

Eventos extremos, em especial face aos problemas de desmatamento/queimadas frequentes no Acre, representam questões muito relevantes. Apesar dos efeitos diretos nos rios ainda não serem quantificáveis, as certezas quanto às mudanças em termos de aumento de temperatura, os recentes eventos, o fato de a Amazônia ser considerada um *hot spot* no assunto e de o Acre estar numa porção de cabeceira de rios torna importante a estruturação de atividades de prevenção e adaptação.

As perspectivas para o sucesso do PLERH/AC, juntamente com as ações do ZEE/AC dependerão da dinâmica que for dada aos programas do Plano e à participação efetiva dos atores no processo. O PLERH/AC é um documento dinâmico, revisões são previstas a cada quatro anos e esta é a primeira versão, uma iniciativa de grande importância para o Estado do Acre.

2.1 Alguns problemas da gestão hídrica no Município de Rio Branco – AC

O Igarapé Dias Martins localizado em área rural e urbana no município de Rio Branco – AC recebe efluentes poluentes originários dos diversos tipos de solo a ele associado, tais como: esgotos sanitários “in natura”, agrotóxicos, resíduos sólidos e de atividades industriais, principalmente a moveleira, desenvolvida no município, sofrendo diversas perturbações que prejudicam a sua biota.

O Igarapé Dias Martins deságua no Igarapé São Francisco e este no Rio Acre. O Rio Acre nasce dos Igarapés Eva e das Pedras a oeste de Porto Maldonado no Peru, o Rio Acre deságua no Rio Purus depois de percorrer um mil e cem quilômetros. No decorrer de sua trajetória, o rio de águas barrentas recebe mais de cinquenta afluentes até chegar a capital acreana. Trazendo consigo e levando a diante toda a poluição de oito cidades que também se utilizam de suas águas

para beber.

O principal manancial da capital tem sua biodiversidade destruída por conta do esgoto “in natura” que é jogado em seu leito. A omissão do Município de Rio Branco nas atribuições que lhe são impostas tem causado sérios danos à população e ao meio ambiente.

Existem três estruturas de tratamento de esgoto em Rio Branco que podem ser consideradas como uma das melhores da região norte, mas é preciso reorganizar as redes e as formas que se levam os esgotos dos bairros até o tratamento, antes de jogá-los ao rio, pois destrói grande parte de sua biodiversidade de vida.

Os trabalhos que estão sendo realizados não representam significativamente ações efetivas para garantir a médio ou longo prazo, por exemplo, a diminuição da poluição domiciliar e química industrial. É necessário dimensionar essa poluição e mapear todos os lugares que poluem o Rio Acre no sentido de combater e tratar os resíduos. Este deve ser um trabalho conjunto do Estado, dos Municípios, das Câmaras Municipais, da associação de moradores e, principalmente, dos parlamentares estaduais e federais.

Todos os impactos devem ser avaliados para envolver a sociedade no objetivo de apresentar alternativas de combater essa grande poluição. As ações de reflorestamento das margens do Rio Acre não resolvem o problema, eis que falta colocar em ação efetiva o PLERH/AC.

Existe um grande projeto de recomposição da mata ciliar feito pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente do Acre, uma parceria entre o Acre e a Agência Nacional de Águas para montar um laboratório com o objetivo de monitorar a qualidade da água no Rio Acre. O programa de conservação e recuperação da mata ciliar da bacia do Rio Acre abrange a calha do rio e vários afluentes. O programa nacional de monitoramento da qualidade da água está sendo articulado entre os órgãos ambientais ligados para garantir a efetivação do projeto em todas as áreas do Rio Acre.

Entretanto, os esgotos “in natura” jogados no Rio Acre podem transformá-lo no Rio Tietê do Norte. Caso atitudes efetivas e urgentes não forem tomadas nos próximos anos o Rio Acre se transformará no maior córrego de esgoto do Acre e deixará a cidade sem o abastecimento de água potável. Muitos esgotos estão sendo jogados ao longo do rio, depois de sua nascente até o município de Porto Acre, antes de desaguar no Rio Purus.

O Rio Acre começa a ser poluído nas cidades de Inapari e São Pebra no Peru, em seguida

pelas cidades de Assis Brasil, Cobija (Bolívia), Brasiléia, Epitaciolândia, Xapuri, Rio Branco e Porto Acre. Em todas essas cidades os esgotos são jogados "in natura" no rio e o maior contaminador é a cidade de Rio Branco e nos próximos anos outras cidades aumentarão seu consumo e a estrutura urbana.

Enquanto diversas cidades brasileiras sofrem com a escassez de água, Rio Branco possui abundância de água, no entanto medidas efetivas devem ser executadas visando reduzir os impactos ambientais e proteger a saúde dos acreanos. Urge implantar o sistema de tratamento do esgoto e implantar o programa de monitoramento da qualidade e quantidade da água.

3. GESTÃO AMBIENTAL E A SUSTENTABILIDADE

O Relatório sobre Desenvolvimento Humano Sustentável elaborado em 2002 pelo PNUD desenvolveu o conceito "governança democrática". Defendia que as liberdades civis e políticas, bem como a participação, têm valor fundamental como fim ao desenvolvimento em si mesmo. Sua essência significa além das instituições eficientes e ambiente previsível ao desenvolvimento econômico e político para o crescimento econômico e efetivo funcionamento dos serviços públicos, liberdades fundamentais, respeito aos direitos humanos, remoção da discriminação de raça, gênero e grupo étnico, necessidades das futuras gerações quanto a políticas desenvolvidas.

Os princípios de gestão ambiental são: sustentabilidade; direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; responsabilidade ambiental: ônus na recuperação dos impactos e danos ambientais ao agente causador dos impactos e danos ambientais.

Sustentabilidade é o conjunto de normas e preceitos mediante os quais se desenvolvem e garantem os direitos fundamentais. Para Ferrer[38] "dentro de todo esse contexto é preciso ter em mente que o direito ambiental tem como seu principal objetivo atrasar o desaparecimento do homem do planeta, pois o que está em risco imediato não é a natureza". Gestão ambiental é a maneira pela qual o cidadão, o empresário e o governo agem para fazer um mundo melhor. Para Barbieri[39]:

[38] FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Pamplona-España, n. 1, 2002.

[39] BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente:** as estratégias de mudança da Agenda 21. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 120.

> São as diretrizes e as atividades administrativas e operacionais, tais como planejamento, direção, controle, alocação de recursos e outras realizadas com o objetivo de obter efeitos positivos sobre o meio ambiente, tanto reduzindo, eliminando ou compensando os danos ou problemas causados pelas ações humanas, quanto evitando que eles surjam.

Conjunto de diretrizes e atividades administrativas e operacionais que têm por finalidade obter efeitos positivos sobre o meio ambiente. Tanto no direito ambiental como na gestão ambiental a sustentabilidade deve ser abordada sob vários prismas: o econômico, o social, o político, o tecnológico e o jurídico. Busca o equilíbrio entre o homem e seu ambiente, que se manifesta por meio do desenvolvimento sustentável.

A consciência ambiental gerou debates relativos à gestão ambiental. Essa consciência começou a surgir entre os anos 60 e 70, ganhou dimensão e situou o meio ambiente como um dos princípios fundamentais do homem. Nos anos 80 os gastos com proteção ambiental começaram a ser vistos, pelas empresas não como custos, mas como investimentos no futuro e consequentemente como uma vantagem competitiva.

A gestão ambiental está sustentada nos seguintes pontos: gestão ambiental empresarial; gestão ambiental governamental e a gestão da sociedade civil. A gestão ambiental trata do sistema de gestão ambiental, gestão de resíduos sólidos, estudo de aspectos e impactos ambientais, emissão atmosférica e mercado de créditos de carbono, matriz energética sustentável e a gestão de recursos hídricos.

A dimensão espacial da gestão ambiental concerne a área na qual se espera que as ações de gestão tenham eficácia, considerada no âmbito global, nacional, local, setorial e empresarial. A dimensão temática delimita as questões ambientais às quais as ações se destinam. É escolha da questão ambiental a ser tratada: água, solo, ar, fauna, flora, recursos minerais e aquecimento global. A dimensão institucional está relacionada aos agentes que tomam as iniciativas de gestão. Seria analisar a iniciativa que poderia ser da empresa, governo, organização não governamental, sindicato, instituição de ensino e pesquisa.

Barbieri[40] acrescenta a dimensão filosófica da gestão ambiental, que seria aquela que trata da visão de mundo e da relação entre o ser humano e a natureza, questões que sempre estiveram entre as principais preocupações humanas como mostram incontáveis obras artísticas, filosóficas e científicas de todos os tempos.

[40] BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente:** as estratégias de mudança da Agenda 21. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 143.

Responsabilidade socioambiental é o compromisso permanente dos empresários de adotar um comportamento ético e contribuir para o desenvolvimento econômico, melhorando, simultaneamente, a qualidade de vida de seus empregados e de suas famílias, da comunidade local e da sociedade como um todo. Trata-se de um sistema de gestão adotado por empresas públicas e privadas para providenciar a conservação ambiental.

3.1 É sustentável o modelo atual de gestão hídrica no Município de Rio Branco – AC?

Na teoria a atual gestão hídrica em Rio Branco – AC é sustentável, porém não é efetiva na prática. O Poder Público desempenha papel fundamental na superação dos desafios da sustentabilidade na gestão dos recursos hídricos. Água é essencial ao desenvolvimento e indispensável à existência humana, no entanto esse "bem essencial" vem sendo muito mal utilizado atualmente.

Além dos graves problemas de quantidade e de distribuição, a vertente qualitativa também deve ser englobada na análise do conjunto dos problemas atrelados ao bem fundamental ora estudado. Os resultados da crescente poluição dos corpos d'água podem levar ao envenenamento dos seres humanos, despertaram a ciência para o fato de que estes recursos não têm capacidade ilimitada de absorção e atenuação dos impactos causados pelos agentes poluentes.

Embora a gravidade do cenário dos recursos hídricos seja clara, notadamente em âmbito global, a sensação de segurança e inesgotabilidade desse bem, ainda que falsa, parece se propagar com maior facilidade no Brasil, detentor de cerca de quinze por cento da água doce existente no mundo. O território brasileiro apresenta bacias hidrográficas de enorme relevância, a exemplo do Amazonas, do Tocantins, do São Francisco, do Paraná, do Paraguai e do Uruguai, possuindo a maior rede hidrográfica do mundo, com extensas reservas subterrâneas.

Há um oceano subterrâneo de água doce na Amazônia, denominado Aquífero da Amazônia, com volume maior que o Aquífero Guarani, que sempre se apresentou como a principal reserva subterrânea de água doce do mundo. Equivocada a ideia de que a água é "inesgotável", razão pela qual a população brasileira nunca se preocupou com o correto uso da água, não atribuindo a devida importância à problemática.

O território brasileiro passa atualmente por uma crise de abastecimento de água que, enquanto recurso, reflete diretamente no setor energético. Isto porque, no Brasil, a maior parte

da energia advém da produção derivada das usinas hidrelétricas, que dependem, por sua vez, de um bom abastecimento dos corpos d'água". A crise da água pode ser iminente na totalidade do território brasileiro, eis que por muito tempo sua exploração ocorreu de maneira desorganizada, sem preocupação com a sustentabilidade ambiental.

Cada Estado precisa assegurar a utilização dos seus corpos d'água como recursos que devem ser protegidos e regularizados. A gestão e a proteção pública destes recursos, portanto, deve ser empregada a fim de garantir um sistema de utilização eficiente, capaz de garantir a manutenção da quantidade, qualidade e distribuição desses recursos.

O regime aplicável aos recursos hídricos é aquele que demonstra com maior clareza as peculiaridades do Direito Ambiental. É inegável, porém, mesmo com vasta normatização e disponibilidade dos instrumentos que podem assegurar o cumprimento e a segurança do ordenamento jurídico ambiental, que alguns dos problemas relacionados aos recursos hídricos não podem ser devidamente solucionados apenas por instrumentos legislativos. Neste diapasão, cabe ao poder público assumir outros papéis na gestão das águas.

Os trabalhos que estão sendo realizados pela gestão hídrica no território acreano não representam ações efetivas para garantir a médio ou longo prazo, a diminuição da poluição domiciliar e química industrial. É necessário dimensionar essa poluição e mapear todos os lugares que poluem o Rio Acre no sentido de combater e tratar os resíduos, reduzir o desmatamento da mata ciliar e desperdício de água, diminuir impactos dos resíduos sólidos no ambiente, fiscalizar a abertura de poços e a qualidade da água.

Deve ser um trabalho conjunto do Estado, dos Municípios, das Câmaras Municipais, da associação de moradores e, principalmente, dos parlamentares estaduais e federais. Todos os impactos devem ser avaliados para envolver a sociedade no objetivo de apresentar alternativas para enfrentar os desafios da gestão hídrica em Rio Branco – AC e, principalmente, colocar em ação efetiva o PLERH/AC a fim de que seja alcançada a desejada sustentabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em testilha enfrentou o importante tema da gestão hídrica no território acreano como indutora da sustentabilidade ambiental. Constatou que a água é essencial ao desenvolvimento e indispensável à existência humana. Em Rio Branco – AC esse "bem essencial"

vem sendo muito mal utilizado.

O Direito Ambiental percorreu várias fases que marcaram sua evolução, admitindo-se o seu estudo por vários enfoques. O Direito Ambiental analisado sob o enfoque do progresso cronológico e impulso político se denomina ondas.

A pesquisa em tela estudou as quatro Conferências Mundiais que trataram sobre o Meio Ambiente. A Conferência Mundial sobre o Ambiente Humano ocorrida em Estocolmo em 1972, que teve como contribuição mais importante, a constitucionalização do Direito Ambiental.

Foi na Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrida em 1992, no Rio de Janeiro, que surgiram as Organizações não governamentais, importantes instrumentos de proteção ambiental. Foi adotada a Agenda 21. Foram aprovados os convênios sobre: mudança climática e a diversidade biológica. Em 1987 criaram a Comissão de Brundtland que apresentou relatório para a ONU, sob o título: “Nosso Futuro Comum”, contendo importantes debates sobre a necessidade de melhorar a qualidade de vida das pessoas para que haja proteção ambiental e ainda debateu o conceito de desenvolvimento sustentável.

A terceira Conferência Mundial para o Desenvolvimento Sustentável (Rio+10) ocorreu em 2002, em Johannesburg, responsável pela integração entre os três grandes componentes social, econômico e ambiental da sustentabilidade. Lançou o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, os Objetivos do Milênio que possuem como enfoque principal a necessidade do combate à pobreza.

Em 2012 ocorreu no Rio de Janeiro a quarta Conferência com o objetivo de reforçar o compromisso político dos estados em relação ao desenvolvimento sustentável, possuindo como temas centrais: a transição para uma economia verde e a governança global do desenvolvimento sustentável.

O estudo da evolução do Direito Ambiental desembocou no termo sustentabilidade. Foram analisadas as dimensões ambiental, econômica, social e tecnológica da sustentabilidade, bem como foi estudado o princípio constitucional da sustentabilidade.

O objetivo geral da pesquisa em testilha foi conscientizar os acreanos do uso responsável e a necessária gestão eficiente dos recursos hídricos. Os objetivos específicos foram apresentar um conceito de sustentabilidade ambiental, colocar em prática a gestão ambiental no Acre, destacar a urgência do esgotamento sanitário, reduzir o desmatamento da mata ciliar e desperdício de água,

diminuir impactos dos resíduos sólidos no ambiente, fiscalizar a abertura de poços e a qualidade da água. Desta forma, o trabalho cumpriu os objetivos propostos.

O estudo destacou que existe um grande projeto de recomposição da mata ciliar feito pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente do Acre, uma parceria entre o Acre e a Agência Nacional de Águas para montar um laboratório com o objetivo de monitorar a qualidade da água no Rio Acre. O programa de conservação e recuperação da mata ciliar da bacia do Rio Acre abrange a calha do rio e vários afluentes. O marco de referência privilegiou a construção teórica do conceito de sustentabilidade ambiental visando sua aplicação na gestão dos recursos hídricos no território acreano.

O problema da pesquisa em testilha foi evidenciar a insustentabilidade ambiental da gestão dos recursos hídricos em Rio Branco, no Estado do Acre. A hipótese que norteou o trabalho é no sentido de que a gestão hídrica no território acreano deve ser indutora da sustentabilidade ambiental. Destacou a necessidade de conscientizar a população para o consumo mais consciente e responsável da água, bem como o desenvolvimento de uma gestão mais eficiente dos recursos hídricos em Rio Branco – AC.

Recomendou-se a construção de estações de tratamento de esgotos, proteger e restaurar o ambiente de mata ciliar, manter um sistema de monitoramento contínuo pela autoridade de saúde pública para verificar se a água consumida pela população atende aos padrões de potabilidade exigidos pelo Ministério da Saúde, bem como avaliar os riscos que as soluções alternativas de abastecimento de água representam para a saúde humana.

Urge mobilizar as autoridades competentes, conscientizar a população e aprofundar os debates, bem como atitudes efetivas sobre a questão da água no território acreano para evitar que os esgotos “in natura” jogados no Rio Acre o transformem no Rio Tietê do Norte.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Tradução de José Antonio Soane, Eduardo Roberto Sodero, Paulo Rodrigues. Granada: Comares, 2005.

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente:** as estratégias de mudança da Agenda 21. 7. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade:** o que é – o que não é. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Tradução de Claudia San´t Anna Martins. São Paulo: Gaia, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 15 de janeiro de 2016.

DALY, Herman. Elements of environmental macroeconomics. In: COSTANZA, R. (Org.) **Ecological economics:** the science and management of sustainability. New York: Columbia University Press, 1991. p. 32-46.

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

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

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. O caminho da sustentabilidade. *In*: Garcia, Denise Schmitt Siqueira (Org.). **Debates Sustentáveis:** Análise Multidimensional e Governança Ambiental. Itajaí: UNIVALI, 2015, v. 1, p. 8-30.

_____. **El principio de sostenibilidad y los puertos**: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica e social do princípio da sustentabilidade. 2011. 451f. Tese. (Doctorado em Derecho Ambiental y Sostenibilidad de la Universidad de Alicante – UA). Universidade de Alicante, Espanha, 2011, p. 210-215.

_____. GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In*. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Orgs). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer.** Dados eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014, p. 37-54.

GODOY, Amália Maria Goldberg. **O Clube de Roma – Evolução histórica**. Disponível em: <http://amaliagodoy.blogspot.com/2007/09/desenvolvimento-sustentvel-evoluo.html>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

LEFF, Enrique. **Discursos Sustentáveis**. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Cortez, 2010.

MORENO PLATA, Miguel. Génesis. **Evolución y tendencias del paradigma del desarrollo sostenible.** La emergencia de la sostenibilidad como principio general de derecho. México: Editorial: UACM (Universidad Autónoma de la ciudad de México) y Editorial Porrúa, 2009.

NALINI, José Renato. Averbação da Área de Preservação Permanente e da Reserva Florestal Legal. In NALINI, José Renato; LEVY, Wilson. (Coord.). **Regularização Fundiária**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de derecho ambiental**. Pamplona, España. n. 1. 2002. p. 73-93.

_____. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construímos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/indez.php/nej/article/view/4202

>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI:** para pensar o desenvolvimento sustentável. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE. **Plano Estadual de Recursos Hídricos do Acre.** Rio Branco. Acre. 2012.

_____. **Zoneamento Ecológico-Econômico do Estado do Acre.** ZEE Fase II. Rio Branco. Acre. 2006.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. 20 Anos de Sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. **Revista da Unifebe**. Brusque, v. 11, dez. 2012, p. 239-252. Disponível em: <http://www.unifebe.edu.br/revistaeletronica>. Acesso em 15 de janeiro de 2016.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “direito da sustentabilidade”. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, ISSN Eletrônico 2175-0491, Itajaí, v. 17. n. 1, jan. abr. 2012, p. 48-69.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** Os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed.

São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 9. ed. Madrid: Trotta, 2009.

RAÍZES DO BRASIL: AS RESERVAS EXTRATIVISTAS E A FALÊNCIA DA SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA INDIVIDUALISTA DE TOCQUEVILLE

Dhieimy Quelem Waltrich[1]

A Sociedade de risco não é, portanto, uma Sociedade revolucionária, mas mais do que isto, uma Sociedade catastrofal. Nela, o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade.

(Ulrick Beck)

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca tecer algumas considerações acerca da situação atual das reservas extrativistas face à falência do critério da sustentabilidade e o império do lucro, maximizado pela pecuária de corte, principalmente na região da fronteira, com a consequente falência da borracha.

Essa situação que se apresenta, se coaduna com a democracia individualista de Alexis de Tocqueville, que se justifica pela atuação individualista, de conteúdo especificamente excludente de seus agentes.

Apresenta-se a banalização dos conceitos que definem a criação e a manutenção das reservas, ao passo que pontua algumas possibilidades de salvação para as respectivas áreas, com base no primado da fraternidade e da solidariedade, cumprindo com esmero e dedicação os Planos de Manejo.

Por fim, sustenta-se a necessidade de validação e utilização de um conceito transdisciplinar

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, na área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, na linha de pesquisa em Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com ênfase em Políticas Públicas de Inclusão Social, cujo tema da dissertação foi "A Mediação comunitária como política pública democratizadora de acesso à justiça: descrição e análise do Projeto Justiça Comunitária em Passo Fundo (RS)", possui graduação em Direito pela Faculdade Meridional- IMED, com ênfase em Direito Humanos, (2010). Professora de Direito Penal na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUÍ; Professora Substituta no Instituto Federal Farroupilha em Santo Augusto- RS; Advogada; Conciliadora Judicial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com atuação na comarca de Ijuí. Endereço eletrônico: dhieimy@yahoo.com.br

de sustentabilidade, por se tratar de novo paradigma e objetivo da humanidade, sendo, portanto, critério normativo para a reconstrução da ordem econômica (um novo sistema econômico mais justo, equilibrado e sustentável) da organização social (modificando a estrutura social e a organização da Sociedade – equidade e justiça social) do meio ambiente.

Para o desenvolvimento do presente, o mesmo foi dividido em três partes: a primeira realiza a apresentação das reservas extrativistas Alto Juruá e Chico Mendes, como um modelo de produção e consumo industrial, baseado na maximização do lucro e no desenvolvimento a qualquer preço.

Já a segunda parte, trata de refletir acerca dos critérios de fraternidade e solidariedade embuídos como forma de destoar do critério individualista da democracia de Alexis de Tocqueville.

Na terceira parte, realiza-se a construção de uma teoria atinente à necessidade de validação e utilização de um conceito transdisciplinar de sustentabilidade.

Como se pode observar, é fundamental o trabalho de conscientização e sensibilização no sentido de não serem mais admitidas nem toleradas, como exigência da Sociedade contemporânea e até mesmo da sustentabilidade da economia capitalista globalizada, a formação de novos passivos ambientais.

É importante remarcar que a finalidade precípua da proteção ambiental é a prevenção, principalmente mediante a incorporação das práticas de gestão e planejamento ambientais, atreladas a políticas, planos, programas e projetos de atividades concebidos e implementados sob a perspectiva do tripé da Sustentabilidade (econômica, ecológico-ambiental e social).

Para sua elaboração foi utilizado método indutivo, com as técnicas do referente, das categorias, do fichamento e da revisão bibliográfica.

1. RESERVAS EXTRATIVISTAS ALTO JURUÁ E CHICO MENDES: MODELO DE PRODUÇÃO E CONSUMO INDUSTRIAL BASEADO NA MAXIMIZAÇÃO DO LUCRO E NO DESENVOLVIMENTO A QUALQUER PREÇO

Em 23 de janeiro de 1990[2], o então Presidente da República José Sarney, através do

[2] Em 30 de janeiro de 1990, foi criado o Decreto n.º 98.897, que dispõe sobre as reservas extrativistas e dá outras providências.

Decreto n.º 98.863[3], criou a Reserva Extrativista do Alto Juruá (506.000 hectares de floresta). Depois de passado mais de um ano da morte do sindicalista Chico Mendes - assassinado em 22/12/1988- precisamente em 13 de março de 1990, o referido Presidente assinou o Decreto de criação da Reserva que levou o nome do líder seringueiro – Chico Mendes (970.000 hectares), mais outros dois decretos que criaram a Reserva do Rio Ouro Preto em Rondônia e do Rio Cajari no Amapá. O propósito era uma tentativa de traçar um novo modelo de reforma agrária na Amazônia, seria, também, uma alternativa aos assentamentos rurais do Incra. Nas duas reservas 2.650 famílias foram assentadas.

De acordo com a Lei n.º 9.985/2000[4], a reserva extrativista é considerada uma categoria de unidade de conservação e faz parte do Grupo das Unidades de Uso Sustentável (art. 14, IV). A referida norma ainda refere que a Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade. (art. 18).

A desativação dos seringais e a implantação da pecuária extensiva de corte no final da década de 60 no Acre trouxeram mudanças profundas no modo de vida da população local, no entanto, a maioria desses trabalhadores rurais permaneceram nos seringais, muitos deles tornando-se seringueiros autônomos em relação aos seringalistas ou arrendatários.

Pode-se observar ainda que a luta pela permanência do trabalhador na mata, ou seja, pela posse do meio de sobrevivência, a terra, passa a se combinar com um movimento mais geral e de caráter ecológico. Dessa combinação – luta pela sobrevivência e defesa ecológica – resultou o apoio de diversas entidades do movimento ambientalista internacional, e mesmo nacional, dada a resistência dos seringueiros no Acre.

Mas vale lembrar que a criação das Reversas Extrativistas não cessou o processo de luta desses trabalhadores rurais. As dificuldades atualmente encontradas pelas famílias residentes na Reserva Alto Juruá refletem essas questões, e pode-se dizer com isso, que as justificativas para essa investigação advêm da preocupação com a ausência de uma política de planejamento que

[3] BRASIL, 1990a. **Decreto n.º 98.863/90**, de 23 de janeiro de 1990. Cria a Reserva Extrativista do Alto Juruá.

[4] BRASIL, 2000. **Lei n.º: 9.985/2000**, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, 2000.

realmente esteja interessada em viabilizar o caráter ecológico e sustentável, que caracterizam uma Reserva Extrativista, já que o Plano de Utilização proposto para assegurar a auto-sustentabilidade da Reserva, possui muitas fragilidades.

Neste momento de total descaso com os espaços de proteção acima apresentados, se questiona a validade dos conceitos basilares das reservas extrativistas, Gabriel Ferrer[5] leciona que

> Las palabras sirven para definir conceptos, pero a veces se usan para ocultarlos, para distraernos sobre su autentico significado. Igualmente, su uso indiscriminado, espurio y banalizante, hace que se corra el riesgo de que unas y otras, palabras y conceptos, se diluyan en la nada, máxime cuando, como es el caso, se toman como una moda, como complemento a cualquier discurso políticamente correcto. Desarrollo sostenible y sostenibilidad son términos que se usan profusamente y suelen identificarse y, de hecho, lãs denominaciones de las cumbres juegan a ello, pero no son lo mismo.

No entanto,

> En el discurso dominante, muy propio de algunos sectores interesados en consolidar una determinada interpretación del desarrollo sostenible, ló que se nos plantea son una serie de opciones, aparentemente inexorables. O nos desarrollamos o volvemos a las cavernas. Pero esto no es así, con toda seguridad va a resultar preciso, a la vez, globalizar y desglobalizar, crecer y decrecer, desarrollar e involucionar, conservar y transformar. [6]

Com base nestas premissas, e com uma concepção firme para a execução flexível, o mesmo autor prefere falar de sustentabilidade antes de desenvolvimento sustentável, dizendo que a construção de uma Sociedade sustentável, supõe, ao menos que:

> a) La sociedad que consideramos sea planetaria, nuestro destino es común y no cabe la sostenibilidad parcial de unas comunidades nacionales o regionales AL margen de lo que ocurra en el resto del planeta. Construir una comunidad global de ciudadanos activos es indispensable para el progreso de la sostenibilidad. Esta exigencia exige, entre otras cosas, el superar la parcial visión "occidental" –y, si se me apura, meramente anglosajona- que tenemos del mundo.
>
> b) Alcancemos un pacto con la Tierra de modo que no comprometamos la posibilidad de mantenimiento de los ecosistemas esenciales que hacen posible nuestra subsistencia como especie en unas condiciones ambientales aceptables. Es imprescindible reducir drásticamente nuestra demanda y consumo de capital natural hasta alcanzar niveles razonables de reposición.
>
> c) Seamos capaces de alimentar y, más aun, ofrecer una vida digna AL conjunto de los habitantes del planeta, acabando con injustificables desigualdades. Para ello es preciso reconsiderar y reformular los modos de producción y distribución de la riqueza. El hambre y la pobreza no son sostenibles.

[5] FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade.** 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013, p. 09-10.

[6] FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013, p. 13-14.

> d) Recompongamos la arquitectura social de modo que acabemos con un modelo opresor que basa el confort y progreso de unas capas sociales en La exclusión sistemática de legiones de desfavorecidos, huérfanos de cualquier oportunidad. Alcanzar un mínimo umbral de justicia social es una condición ineludible para caminar hacia la sostenibilidad.
>
> e) Construyamos nuevos modos de gobernanza que aseguren La prevalencia del interés general sobre individualismos insolidarios, sean éstos de individuos, corporaciones o estados. Se trata de politizar la globalización, poniéndola al servicio de las personas y extendiendo mecanismos de gobierno basados en nuevas formas de democracia de arquitectura asimétrica y basadas.[7]

Ferrer[8] anota que o fundamento ético é um princípio jurídico que deve presidir a articulação destes direitos, mas a solidariedade é o pilar para a construção da Sociedade Global.

> En su faceta ética o moral, el sentimiento de solidaridad nos impulsa a compartir venturas y desventuras con el "otro", a ponernos al lado Del desfavorecido, a percibir problemas y emociones ajenas como propios. En definitiva, a entender que lo ajeno también nos incumbe. Es lo que em psicología definirían como empatía y que desde esa ciencia se suele entender como una identificación intelectual, psíquica, emocional y afectiva entre sujetos, destacándose también en su dimensión de cohesionador social.[9]

A este propósito, parte-se, da constatação de que a crise ambiental se apresenta na contemporaneidade como uma crise do conhecimento, gestada ao longo e, sob a influência dos paradigmas, da modernidade. Por isso, entende-se necessário refletir, por primeiro, acerca do fenômeno do conhecimento, para, em segundo momento, relacioná-lo com a temática ambiental.[10]

Voltando-se para o Direito Ambiental, percebe-se que este pressupõe uma visão diferenciada em relação aos demais ramos do Direito e, embora muito tenha se transformado na tentativa de acompanhar as demandas surgidas para contemplar a conservação do meio ambiente, considera-se que há uma incompatibilidade preliminar, desde a dificuldade de compreensão do que seja e de como concretizar a transdisciplinaridade. "[...] Assim, a nova proposta epistemológica de leitura do meio ambiente, por meio do Direito Ambiental, tem que ser

---

[7] FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013, p. 14.

[8] FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013, p. 15.

[9] FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade.** 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013, p. 17.

[10] LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. Direito e epistemologia ambiental: da complexidade do saber ambiental à transdisciplinaridade para a compreensão da juridicidade do dano ambiental. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013, p. 87.

essencialmente ecológica, embora não possa deixar de ser jurídica".[11]

A situação atual das reservas extrativistas se dá pelas inúmeras ameaças e derrubadas à mata para a venda de madeira e a criação de lavouras de pastagem, a ausência de preservação das matas ciliares, os conflitos envolvendo a invasão de terras a expansão da pecuária, o aumento da criminalidade face às fronteiras geográficas com o Peru. Diante deste contexto catastrofal, pode-se afirmar que atualmente, ambas as reservas não atendem aos requisitos caracterizadores de sua criação e existência.

É sabido que a maioria da população das reservas age na ilegalidade, adquirem as colocações em nomes de laranjas, e grande parte desta população é oriunda dos países vizinhos. A ausência de fiscalização de suas fronteiras (Peru e Bolívia) facilita a entrada e permanência irregular, bem como, a ocorrência da transnacionalização criminosa; fatores que contribuem para a inefetividade das reservas.

Ainda existe a proibição de loteamento e venda das colocações existentes na Reserva, porém, prática comum existente nas reservas. Frise-se, ainda, caso o morador queira sair da Reserva, a venda da benfeitoria só poderá ser feita para outro extrativista. No caso de venda ilegal o morador poderá ser expulso da reserva sem direito algum, de acordo com a Lei nº. 9.985/2000[12], face à previsão na norma de proibição, nas unidades de conservação, de quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos.

Nota em seguida que as referidas reservas apresentam importantes desafios para a jurisdição, principalmente por demandar uma nova racionalidade jurídica, já que denuncia as limitações da dogmática tradicional e do saber isolado ou pertencente a um único campo do conhecimento humano. O que infelizmente se constata é que o equilíbrio ecológico não será o mesmo, pois o mundo já atingiu os limites mais críticos e ameaçadores da sua trajetória. Estas ameaças decorrem do esgotamento dos recursos naturais não renováveis, da falta de distribuição equitativa dos bens ambientais, da configuração do crescimento exponencial da população, da pobreza em grande escala, do surgimento de novos processos tecnológicos excludentes

[11] LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. Direito e epistemologia ambiental: da complexidade do saber ambiental à transdisciplinaridade para a compreensão da juridicidade do dano ambiental. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade.** 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 96-97.

[12] BRASIL, 2000. **Lei n.º: 9.985/2000**, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, 2000.

alimentados pelo modelo capitalista. Todos estes fatores, portanto, resultam da consolidação de uma ética individualista e desinteressada no outro, no distante, nas futuras gerações, num desenvolvimento justo e duradouro.[13]

Para alguns, isso é consequência ou o resultado do modelo de produção e consumo industrial baseado na maximização do lucro e no desenvolvimento a qualquer preço. Trata-se da consolidação de uma Sociedade em situação periclitante de risco pluridimensional, em que a insegurança e a imprevisibilidade consubstanciam o componente básico e a única certeza decorrente das condutas humanas na atualidade.[14]

Forte neste sentido passar-se-á a defender a necessidade de atendimento aos Planos de Manejo das reservas extrativistas para a efetiva sustentabilidade das referidas áreas, com base nos critérios de fraternidade e solidariedade de suas populações.

2. CRITÉRIOS DE FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE IMBUÍDOS COMO FORMA DE DESTOAR DO CRITÉRIO INDIVIDUALISTA DA DEMOCRACIA DE ALEXIS DE TOCQUEVILLE

Recorde-se que passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 e há, ainda, grande dificuldade em reconhecê-la como a principal instância normativa do Estado Democrático Brasileiro. Encontra-se no texto do Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 uma chave de leitura: a adjetivação Fraterna, conferida a Sociedade Brasileira. O Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 diz que a Sociedade Fraterna é a Sociedade a ser construída. Daí a necessidade de desenvolver o estudo da Fraternidade. A Fraternidade é um Princípio do Universalismo Político e, consequentemente, uma Categoria Política, representando um referencial teórico e prático ainda inédito e que não pode e não deve ser desprezado pelo Constitucionalismo Contemporâneo.[15]

No Brasil, além de prevalecer as velhas formas de interpretar e aplicar o Direito, aposta-se, ainda no protagonismo judicial como forma de concretizar direitos fundamentais. Os efeitos dessa

[13] BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 226.

[14] BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 226.

[15] BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio; SILVA, Ildete Regina Vale da. Por que a fraternidade é uma categoria política do e no constitucionalismo contemporâneo brasileiro? IN: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito e transnacionalização**. Colaboradores: Alexandre Morais da Rosa... [et al.] - Dados eletrônicos. – Itajai: UNIVALI, 2013, p. 100.

aposta se contrapõem ao plano de desenvolvimento do projeto da modernidade, considerando que o judiciário brasileiro é formado, em grande maioria, por "juízes, advogados e promotores absolutamente 'colonizados' e 'seduzidos' pelo discurso econômico que possui como meta o desmantelamento estatal", em detrimento do plano que há na Constituição Brasileira de 1988 para o desenvolvimento do projeto da modernidade.[16]

> Aqui, deparo com o seguinte questionamento: Por que a Fraternidade é Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro? Responde-se que: A Fraternidade é uma Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, porque há, no texto do Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, de forma precisa e convencionada, a expressão da ideia para a qual o Estado Constitucional Brasileiro é instituído e destinado a servir, ou seja, a Sociedade Brasileira. O Preâmbulo entendido como um elemento que compõe a Cultura Constitucional, além de dar uma visão geral do contexto histórico e cultural da Constituição, oferece, também, maior validade e capacidade vinculativa de interpretação a Constituição, conferindo, assim, legitimidade ao Estado Constitucional. O texto do Preâmbulo na Constituição Brasileira é o vetor necessário a compreensão da destinação dada ao Estado Democrático instituído. A adjetivação Fraterna conferida a Sociedade Brasileira revela uma realidade social a ser construída: uma Sociedade Fraterna. Nessa perspectiva, o estudo da palavra Fraterna se apresenta como exigência e demanda a organização da ordem social e convivência política no Estado Democrático Brasileiro, constituindo, assim, uma Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo. A Fraternidade entendida como uma Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo contem um referencial teórico e pratico que permite tornar a construção de uma Sociedade Fraterna critério de decisão adequada a Constituição Brasileira de 1988.[17]

O que se propõe é que o Estado seja um instrumento eficaz a serviço do Todo Social. Nesta perspectiva, o Estado deve ser um conjunto de atividades legítimas efetivamente comprometidas com uma Função Social. Esta, entendida na sua conexão com ações que – por dever para com a Sociedade[18] - o Estado executa, respeitando, valorizando e envolvendo o seu Sujeito (que é o Homem individualmente considerado e inserido na Sociedade), em correspondência ao seu Objeto (conjunto de áreas de atuação que dão causa às ações estatais) e cumprindo o seu Objetivo (o Bem Comum ou Interesse Coletivo, fixado de forma dinâmica pelo Todo Social). Tal Função Social

[16] BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio; SILVA, Ildete Regina Vale da. Por que a fraternidade é uma categoria política do e no constitucionalismo contemporâneo brasileiro? IN: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito e transnacionalização**. Colaboradores: Alexandre Morais da Rosa... [et al.] - Dados eletrônicos. – Itajai: UNIVALI, 2013, p. 102.

[17] BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio; SILVA, Ildete Regina Vale da. Por que a fraternidade é uma categoria política do e no constitucionalismo contemporâneo brasileiro? IN: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito e transnacionalização.** Colaboradores: Alexandre Morais da Rosa... [et al.] - Dados eletrônicos. – Itajai: UNIVALI, 2013, p. 110.

[18] O espetáculo dessa uniformidade universal me entristece e me gela, e sou tentado a ter saudades da Sociedade que não mais existe. É natural que o que mais satisfaz os olhares desse criador e desse conservador dos homens não é absolutamente a prosperidade singular de alguns, mas o maior bem-estar de todos; o que me parece uma decadência é, portanto, a seus olhos, um progresso; o que me magoa, lhe agrada. A igualdade é menos elevada, talvez, porém é mais justa, e essa justiça faz sua grandeza e sua beleza. Procurei então me erguer até essa altura da contemplação divina, para daí olhar e julgar os cuidados e as penas dos homens. (TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**. São Paulo: Nacional, 1969, p. 363)

que o Estado contemporâneo deve ter e cumprir somente se viabilizará caso, entre outros requisitos, os dois básicos que seguem, forem atendidos:

> 1º - prioridade para a realização de valores fundamentais do Homem (com a coerente atuação em favor do Meio Ambiente, Saúde, Educação, Trabalho, Liberdade[19], Igualdade);
>
> 2º - ambiente político-jurídico de constante Legitimidade, portanto, com prática permanente das medidas clássicas e modernas de Legitimidade dos detentores de Poder governamental e das ações estatais (isto é, eleições diretas, secretas, universais e periódicas, plebiscitos e referendos, admissibilidade da iniciativa legislativa popular). Para conduzir este processo, os Governantes do Estado Contemporâneo devem ser detentores sempre temporários do Poder Estatal e legitimados de forma constante. Quanto ao devir do Estado que nos é contemporâneo, proponho uma primeira pauta com quatro assuntos que considero relevantes e merecem atenção especial da Teoria da Constituição e do Estado:
>
> 1. Meio ambiente- prioridade absoluta?;
>
> 2. Globalização e transnacionalidade- rever e/ou recompor o conceito de Soberania;
>
> 3. Estado e sua Função Social-paternalismo ou outra forma de resolução? (com ênfase para o caso brasileiro);
>
> 4. Acesso à Justiça-como equacionar? (com ênfase para o caso brasileiro). Creio, enfim, na necessidade de se consolidar uma Teoria da Constituição e do Estado que sustente uma vida social na qual a Humanidade tenha Paz e Democracia, com um desenvolvimento social e econômico que, sob o valor máximo da mais elevada qualidade de vida dos Seres Humanos, contemple a Sociedades toda e todas as Sociedades.[20]

Registre-se, por pertinente, que ambos – princípio/direito fundamental ao Meio Ambiente sadio e princípio/direito fundamental à Saúde – têm, na realidade brasileira, uma distância perversa entre a retórica constitucional/legal e a execução efetiva destes direitos constitucionais. Ademais, entende-se que as ações de Estado e de Governo em favor do Meio Ambiente integram o conceito de Função Social, elemento essencial do Estado Constitucional Democrático de Direito, constituindo-se em dever de agir do ente público que precisa ser traduzido em agir permanentemente legitimado, eficiente, eficaz e efetivo.[21]

A proteção do meio ambiente é uma pauta axiológica reconhecida e valorizada em escala global. Hoje não é mais um desafio exclusivo para a Ciência Jurídica, a criação e a sistematização de normas protetivas do ambiente, pois o caminho mais complexo e relevante a ser trilhado é o

[19] A moralidade é a melhor garantia da lei; é o pendor mais seguro da duração da liberdade. (TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**. São Paulo: Nacional, 1969, p. 58-59)

[20] PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. Dados eletrônicos. 4 ed. revista e ampliada– Itajaí- SC: UNIVALI, 2013, p. 91-92.

[21] PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. Dados eletrônicos. 4 ed. revista e ampliada– Itajaí- SC: UNIVALI, 2013, p. 72.

conjunto intersistêmico de relações que o ambiente gera com outros bens e valores, principalmente nas perspectivas sociais, econômicas e culturais amparadas pelas evoluções tecnológicas.[22]

Logo, o protagonismo não é mais o da Sociedade e nem o dos Estados. Essa lógica de submissão exclui ou sufoca outras dimensões imprescindíveis para a sustentabilidade como a ecologia e o imprescindível controle político e social. Diante desse cenário, é válido sustentar que o Direito possa ganhar novo impulso e força a partir de um novo paradigma para influenciar positivamente os destinos da vida comunitária e os destinos da humanidade.[23]

Com efeito, a solidariedade, enquanto princípio jurídico estruturante da jurisdição ambiental deve ser o marco referencial axiológico para a consolidação de uma nova ética para o homem que vive nestes tempos de tecnologia insensível e desterritorializada. A crise atual não é apenas ecológica, mas principalmente uma crise de valores e de vínculos, reflexo da desvinculação progressiva de uma racionalidade axiológica em direção à razão técnica que distancia e desvincula dos seres humanos da natureza na busca obstinada do progresso a qualquer custo. Este quadro de patologia social deve ser apreendido e compreendido na atividade construtiva e transformadora da jurisdição ambiental.[24]

Para Tocqueville[25], uma Sociedade democrática é uma Sociedade invidualista, que tende a se incorporar em grupos[26] e ir de encontro com o Estado todo poderoso[27]. A questão das reservas extrativistas demonstra com clareza esta afirmação; o fato de termos grandes espaços tomados por poucos "posseiros" e fazer deles espaços de lucro demonstram a individualização dos indivíduos e a afronta ao Estado, que criou legalmente estes espaços protegidos.

As reservas possuem Planos de Manejo que servem de luz e orientação às atividades realizadas nas reservas. Ocorre, que os reservistas se recusam a cumprir os ditames ali expostos, desvirtuando os objetivos do extrativismo, embuídos pela individualidade e a intenção de lucro.

---

[22] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012, p. 49-50.

[23] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012, p. 53.

[24] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012, p. 125.

[25] TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**. São Paulo: Nacional, 1969, p. 115.

[26] A onipotência da maioria parece estar tão cheia de perigos nas repúblicas americanas que os meios perigosos usados para a frear parecem ser mais vantajosos do que prejudiciais" (TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**. São Paulo: Nacional, 1969, p. 115).

[27] Aron, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico:** Alexis Tocqueville. São Paulo. Martins Fontes, 2000, p. 205.

Neste diapasão, é imprescindível estabelecer que estas ações movidas pelo lucro e destoadas de plausibilidade agridem o meio ambiente, e este é a maior expressão da solidariedade. Por isso o meio ambiente deve ser entendido como um verdadeiro direito e dever da solidariedade. Assim como a paz mundial e a livre determinação dos povos, a solidariedade é também condição básica e garantia para a fruição de todos os direitos e para a afirmação plena da igualdade social e humana. A construção de um mundo mais solidário, nas dimensões: global, temporal e ambiental é o grande desafio do Direito e, por consequência também da jurisdição. Necessita-se de mais solidariedade entre as pessoas, entre seres humanos e toda comunidade de vida e também que em todas as atitudes e decisões presentes esteja inclusa a preocupação com as futuras gerações como pauta obrigatória.[28]

No atual contexto de crise ecológica multidimensional, necessita-se de uma ética emancipada, vocacionada para a compreensão global das múltiplas e complexas relações que ocorrem na comunidade de vida, capaz de identificar nos seres humanos, dotados de razão e inteligência, a responsabilidade pelo cuidado com a biosfera. Sempre a partir de uma dialética de aproximação e conciliação e jamais de distanciamento, embate ou oposição, como ocorre tanto no biocentrismo quanto no antropocentrismo que colocam em oposição os seres humanos e a natureza. Assim, numa perspectiva jurídica, deve-se abandonar o dualismo arcaico e ultrapassado que está na base originária da ciência antropológica.[29]

Fica, pois, claro que a imprescindível atividade político jurídica da jurisdição na atual Sociedade somente produzirá resultados efetivamente consequentes se estiver fundamentada no princípio jurídico da solidariedade. A solidariedade, enquanto princípio jurídico estruturante deve ser o marco referencial axiológico para a consolidação de uma nova ética para o homem tecnológico insensível. Trata-se do fundamento dos deveres fundamentais, especialmente os deveres ecológicos. Constitui-se numa importante estratégia para o estabelecimento de vínculos consistentes com o futuro, assegurar a proteção das futuras gerações.[30]

Ainda, como forma de proteção sustenta-se a necessidade de validação e utilização de um conceito transdisciplinar de sustentabilidade, por se tratar de novo paradigma e objetivo da

[28] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 126.

[29] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 128.

[30] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 132.

humanidade, sendo, portanto, critério normativo para a reconstrução da ordem econômica (um novo sistema econômico mais justo, equilibrado e sustentável) da organização social (modificando a estrutura social e a organização da Sociedade – equidade e justiça social) do meio ambiente.

3. A NECESSIDADE DE VALIDAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE UM CONCEITO TRANSDISCIPLINAR DE SUSTENTABILIDADE

Com base nestas considerações, a construção de um conceito, necessariamente transdisciplinar, de sustentabilidade é um objetivo complexo e sempre será uma obra inacabada. Isso porque poderá ser melhorada para atender as circunstâncias do caso concreto, o contexto em que está sendo aplicado, bem como o conjunto de variáveis direta ou indiretamente envolvidas. Afinal, trata-se de uma idealidade, algo a ser constantemente buscado e construído como o próprio conceito de justiça.

É um conceito aberto, permeável, ideologizado, subjetivo e relacional. O que é considerado sustentável num período de profunda crise econômica pode não ser num período de fartura.

Para um indígena, determinada intervenção no meio ambiente são legítimas e compatíveis com a ideia de sustentabilidade, o mesmo comportamento pode não ter esta qualificação se é protagonizado por outra pessoa.

Em muitos casos, é até mais indicado adotar-se uma dimensão conceitual negativa, ou seja, muitas vezes é mais fácil identificar as situações de insustentabilidade.[31]

A sustentabilidade foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Na atual Sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro sustentável. Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos humanos e fundamentais (meio ambiente, desenvolvimento, direitos prestacionais sociais, dentre outros), cada qual com as suas peculiaridades e riscos.[32]

A colaboração e a solidariedade transnacionais também são as palavras de ordem para

[31] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 112-113.

[32] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 113.

uma sustentabilidade global. A intensificação do fenômeno da globalização apresenta desafios importantes aos Estados e exige uma readequação qualitativa e estratégica do Direito, pois este enquanto mera técnica monista de controle social, emanado de um ente isolado no planeta, já não dá mais respostas minimamente eficazes para assegurar um futuro com mais sustentabilidade para toda a comunidade de vida e em escala global.

Necessita-se da consolidação de uma nova cultura de sustentabilidade global, baseada num paradigma de aproximação entre os povos e culturas, na participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social. O direito do ambiente é a maior expressão de solidariedade que corresponde à era da cooperação internacional, a qual deve manifestar-se ao nível de tudo o que constitui o patrimônio comum da humanidade. Assim, somente com a consolidação de novas estratégias de governança transnacional, baseadas na cooperação e solidariedade, é que será possível assegurar um futuro com mais justiça e sustentabilidade.[33]

Professor Gabriel Ferrer sendo citado por Maykon Glasenapp e Paulo Márcio Cruz[34] afirma com louvável saber que

> [...] a principal característica da modernidade, foi à hipertrofia do conhecimento científico e atrofia da perspectiva emancipatória – que é a perspectiva de construção de um conhecimento solidário, que deverá ser construído através de uma lógica multicultural, procedimental, discursiva e democrática.

A sustentabilidade como novo paradigma e objetivo da humanidade aparece assim como critério normativo para a reconstrução da ordem econômica (um novo sistema econômico mais justo, equilibrado e sustentável) da organização social (modificando a estrutura social e a organização da Sociedade – equidade e justiça social) do meio ambiente, possibilitando a sobrevivência do homem em condições sustentáveis e digna – respeito ao meio ambiente.[35]

A governança ambiental, social e econômica, pressuposto básico para o alcance da sustentabilidade, pode ter muitas estratégias (institucionais ou não), com espaços de negociação, práticas educativas e participação da Sociedade civil, ferramentas que visam contribuir para o

[33] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012, p. 120-121.

[34] GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade. IN: SOUZA, Maria Claudia da Silva de; GARCIA, Heloise Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 61.

[35] GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade. IN: SOUZA, Maria Claudia da Silva de; GARCIA, Heloise Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 69.

processo de construção de tomada de decisão compartilhada.[36]

Proteger o que já foi adquirido em matéria ambiental não é um retrocesso ou o obstáculo ao desenvolvimento econômico. É garantir que um futuro é possível, no qual o ser humano deve interagir de forma responsável e solidária com todas as formas de vida da atual e das futuras gerações. Portanto, aos aplicadores do Direito Ambiental restam dois caminhos: uma postura cartesiana de inércia, formal e silogística frente aos movimentos legislativos que ora assolam o país, comprometendo todas as conquistas civilizatórias a partir de retrocessos irreversíveis; ou uma postura de coragem e coerência[37].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou de refletir acerca das raízes do Brasil estatuídas pelas reservas extrativistas, no momento em que o individualismo/capitalismo tem submetido à falência da sustentabilidade destas áreas.

Diante deste novo cenário que envolve as reservas extrativistas, extremamente movediço, qualquer atuação estratégica e antecipada requer cautela. Porém, não é compatível com o imobilismo, ou seja, com a omissão.

Como exposto na segunda parte, o processo democrático individualista é questionado por Alexis de Tocqueville, bem como o perigo que pode representar, para os Estados modernos, o desenvolvimento incontrolável do referido processo.

Diga-se de passagem, o dilema a ser enfrentado pela Sociedade global é como superar a escassez de recursos naturais diante do consumo exacerbado. Assim, pode-se dizer que o desenvolvimento sustentável não se pode valer da exploração dos recursos naturais, como também o novo modismo de economia verde coaduna com o processo de globalização por uma ecologia do desejo.

O desejo de termos, sim, um planeta que suporte as condições mínimas da subsistência sobre a terra e não a subsistência do mercado voraz pelo lucro. Sem ambiente não somos nada, a

[36] GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade. IN: SOUZA, Maria Claudia da Silva de; GARCIA, Heloise Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 72.

[37] LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Diálogo das fontes, hermenêutica e princípio da proibição de retrocesso ambiental: uma nova fundamentação jurídico-reflexiva. IN: SOUZA, Maria Claudia da Silva de; GARCIA, Heloise Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 105.

vida só se mantém na terra se soubermos utilizar seus recursos com respeito e dignidade.

Alguns casos são evidentes, o exemplo trazido no presente artigo se mostra nestas condições. Impossível conceber a existência de espaços protegidos pela Lei, sendo, alvo de intensas devastações e abusos, por seus próprios colocados.

Essa situação requer um esforço também sinérgico e cumulativo de todos na sua gestão e no controle a níveis de tolerabilidade. Essa "crise" deve ser entendida como alavanca propulsora ou chave que aciona a inteligência coletiva para atuar cooperativamente na definição dos destinos destas áreas.

Nestas condições, a crise atual não é apenas ecológica, é também uma crise de valores e de vínculos, reflexo da desvinculação progressiva de uma racionalidade axiológica em direção à razão técnica que muitas vezes distancia e desvincula os seres humanos da natureza, na busca obstinada do desenvolvimento a qualquer custo.

Este quadro de patologia social deve ser apreendido e compreendido na atividade construtiva e transformadora da proteção ambiental. É nesse contexto que surge a preocupação científica com o desenvolvimento teórico dos princípios fundamentais que devem inspirar, orientar e promover todo o impulso construtivo e pedagógico a ser protagonizado.

Como se pode observar, a situação retratada no presente artigo não muito tarde desafiará a jurisdição, e esta, terá, como tarefa pública estratégica, a de contribuir para que a tutela do meio ambiente encontre o seu adequado fundamento a partir da aplicação do princípio da solidariedade, o que poderá ser decisivo para a construção de uma teia da vida global.

A proteção do ambiente é um dever fundamental imposto não apenas aos estados, mas também a todos os cidadãos. Este dever fundamental exige de todos um agir solidário em prol da proteção da natureza, implica também o ônus imposto a todos de participar ativamente das decisões e encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um ambiente sadio e equilibrado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico:** Alexis Tocqueville. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião

Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio; SILVA, Ildete Regina Vale da. Por que a fraternidade é uma categoria política do e no constitucionalismo contemporâneo brasileiro? IN: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito e transnacionalização**. Colaboradores: Alexandre Morais da Rosa... [et al.] - Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

BRASIL. **Lei n.º: 9.985/2000**, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Brasília, 2000.

_____. **Decreto n.º 98.863/90**, de 23 de janeiro de 1990. Cria a Reserva Extrativista do Alto Juruá. Brasília, 1990a.

_____. **Decreto n.º 98.897/90**, de 30 de janeiro de 1990. Dispõe sobre as reservas extrativistas e dá outras providências. Brasília, 1990.

CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalização, sustentabilidade e o novo paradigma do direito no século XXI. IN: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade.** Prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño - Dados eletrônicos. – Itajaí- SC: UNIVALI, 2014.

_____; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.

FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013.

GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade. IN: SOUZA, Maria Claudia da Silva de; GARCIA, Heloise

Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014.

JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Trad. Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

LACERDA, Emanuela Cristina Andrade; ROSA, Alexandre Morais da; FERRER, Gabriel. A propriedade ante o novo paradigma do estado constitucional moderno: a sustentabilidade. IN: CRUZ, Paulo Márcio; DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito e transnacionalização.** Colaboradores: Alexandre Morais da Rosa... [et al.] - Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

LANCHOTTI, Andressa de Oliveira. Proposta de institucionalização pelo direito internacional da avaliação ambiental estratégica para monitorar o cumprimento dos tratados internacionais de meio ambiente. IN: **Novos estudos jurídicos.** Vol. 20, nº 1 (jan./abr. 2015) - [Itajaí]: Ed. da Universidade do Vale do Itajaí, 1995- 397 p. Quadrimestral Editor responsável NEJ: Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Diálogo das fontes, hermenêutica e princípio da proibição de retrocesso ambiental: uma nova fundamentação jurídico-reflexiva. IN: SOUZA, Maria Claudia da Silva de; GARCIA, Heloise Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014.

_____; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. Diálogo das fontes, hermenêutica e princípio da proibição de retrocesso ambiental: uma nova fundamentação jurídico-reflexiva. IN: SOUZA, Maria Claudia da Silva de; GARCIA, Heloise Siqueira. **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer** - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2014.

_____; MELO, Melissa Ely. Direito e epistemologia ambiental: da complexidade do saber ambiental à transdisciplinaridade para a compreensão da juridicidade do dano ambiental. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Fundamentos de direito transnacional. IN: ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global:** transnacionalidade e globalização. Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. Dados eletrônicos. 4 ed. revista e

ampliada– Itajaí- SC: UNIVALI, 2013.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13. ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

_____. O discurso nuclear do direito portuário brasileiro e o meio ambiente. IN: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade.** Vol. 2. Dados eletrônicos. Itajaí- SC: UNIVALI, 2014.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

PRIEUR, Michel; SILVA, José Antônio Tietzmann e. O princípio de "não regressão" em direito ambiental existe, eu o encontrei. IN: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade.** Prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño - Dados eletrônicos. – Itajaí- SC: UNIVALI, 2014.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. Transformações comunicacionais do meio ambiente. IN: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade.** Vol. 2. Dados eletrônicos. Itajaí- SC: UNIVALI, 2014.

_____; CERQUEIRA, Kátia Leão. A (im)probabilidade comunicacional das novas tecnologias e seus impactos na saúde e no meio ambiente. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade.** 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013.

_____; CERQUEIRA, Kátia Leão. A (im)probabilidade comunicacional das novas tecnologias e seus impactos na saúde e no meio ambiente. IN: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; RONCONI, Diego Richard. Direito **ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2013.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. 20 anos de sustentabilidade: reflexões sobre avanços e desafios. IN: CRUZ, Paulo Márcio; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; GARCIA, Marcos Leite. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade.** Vol. 2. Dados eletrônicos. Itajaí- SC: UNIVALI, 2014.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracia na América**. São Paulo: Nacional, 1969.

CAUTION, PRECAUTION & COMMON SENSE: SOME THOUGHTS ON GMOS, ECOSYSTEMS, AND REGULATING THE UNKNOWN

David N. Cassuto[1]

Drew Levinson[2]

"Because biotechnology is such a revolutionary science, and has spawned such a powerful industry, it has great potential to reshape the world around us. . . . Any major mistakes could lead to tragic and perhaps permanent changes in the natural world. For these reasons, future generations are likely to look back to our time and either thank us or curse us for what we do – or don't do – about GMOs and biosafety. Doing the right thing is not simple."

- CBD AND UNEP 2003

INTRODUCTION

As of 2014, genetically modified crops occupied 448 million acres globally, representing a global market value of 15.7 billion dollars.[3] The United States planted 170 million acres of genetically engineered crops in 2012, including 95% of the nation's sugar beets, 94% of the soybeans, 90% of the cotton and 88% of the feed corn.[4] While many argue that biotechnology is essential to ensuring long-term food security in the climate change era, little is known of its impact on ecosystems. Potential risks such as changes in adaptive characteristics, gene flow, pest resistance, genotypic or phenotypic instability and adverse effects on non-target organisms must be balanced with the benefits of genetically modified crops.

Despite much perseveration about the risks and benefits of GMOs,[5] the United States

[1] Professor of Law & Director Brazil-American Institute for Law & Environment, Pace Law School.

[2] JD Candidate 2016, Pace Law School.

[3] INT'L SERV. FOR THE ACQUISITION OF AGRI-BIOTECH APPLICATIONS (ISAAA), GLOBAL STATUS OF COMMERCIALIZED BIOTECH/GM CROPS IN 2014 (2014), *available at* http://www.isaaa.org/resources/publications/pocketk/16/ [hereinafter "ISAAA REPORT"].

[4] WEISE, Elizabeth. Genetically Modified Crops had Bumper Year in 2001. **USA TODAY**, Feb. 8, 2012. Avaiable ar: <http://usatoday30.usatoday.com/money/industries/food/story/2012-02-06/biotech-crops/53005000/1>.

[5] *See generally* BALBOA, Maria Gabriela. *Legal Framework to Secure the Benefits While Controlling the Risks of Genetically Modified Foods: A Comparison of the Cartagena Protocol and Three National Approaches*, **31 TEMP. J. SCI. TECH. & ENVTL. L.** v. 255, 2012; LEE-

regulatory regime has remained stagnant, unable to adapt to new innovations in the field. This lack of adequate oversight cannot go on. We propose shifting responsibility to a single agency charged with implementing science-based regulations that embrace the precautionary principle and promote early collaboration among stakeholders, multidisciplinary research, and well-designed monitoring.

Part I of this Article provides an overview of biotechnology in modern agriculture. More specifically, it evaluates potential benefits and risks associated with genetically modified crops. Part II outlines the United States regulatory regime as it applies to genetically modified crops. Part III analyzes the current regulatory process, focusing specifically on the Department of Agriculture's ineffective role in the environmental review process. Last, Part IV offers several potential adjustments to improve our ability to identify and mitigate the unforeseeable consequences of implementing this revolutionary technology.

1. GENETICALLY MODIFIED ORGANISMS

Humans have a long-standing history of influencing genetic expression in domesticated species. Humans have historically influenced genomes indirectly through breeding programs aimed at creating offspring with desirable traits.[6] By contrast, genetic engineering – or biotechnology[7] - enables the direct manipulation of an organism's genome to express "desired physiological traits or the production of desired biological products."[8] This technique marks a drastic departure from conventional breeding because it allows scientists to overcome reproductive barriers, creating a universal gene pool accessible to all organisms.[9]

MURAMOTO, Maria R., *Reforming the "Uncoordinated" Framework for Regulation of Biotecnology*, **17 DRAKE J. AGRIC. L.** v. 311, 2012; MARRAPESE, Matha E.; KRASNY, Leslie T., **Addressing the Complexities of Regulatory Schemes for GMOs and Products Derived from Them**, ASPATORE 2014 WL 7247056, 2014; KUNICH, John Charles. *Mother Frankenstein, Doctor Nature, and the Environmental Law of Genetic Engineering*, **74 S. CAL. L. REV**. v. 807, 2001; HECKMAN, Christopher, **Tying its Own Hands: APHIS's Inability to Regulate Genetically Modified Crops**, 41 ECOLOGY L.Q. 325, 2014; FAURE, Michael; WIBISANA, Andri, *Liability for Damage Caused by Gmos: An Economic Perspective*, **23 GEO. INT'L ENVTL. L. REV.** v. 1, 2010; MANDEL, Gregory N., *Toward Rational Regulation of Genetically Modified Food*, **4 SANTA CLARA J. INT'L L**. v. 21, 2006; MANDEL, Gregory N., *Gaps, Inexperience, Inconsistencies, and Overlaps: Crisis in the Regulation of Genetically Modified Plants and Animals*, **45 WM. & MARY L. REV**. v. 2167, 2004.

[6] NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE. **Genetic Engineering.** Avaiable at: http://www.genome.gov/glossary/index.cfm?id=82 (last visited Aug. 5, 2015).

[7] Biotechnology is defined as "any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify products or processes for specific use" Food & Agric. Org. of U.N.: UN. **Biosafety Resource Book 1**, 2011, available at http://www.fao.org/3/a-i1905e.pdf [hereinafter "FAO Biosafety Resource Book"].

[8] BRITANNICA DICTIONARY. **Genetically Modified Organisms**. Avaiable at: http://www.britannica.com/science/genetically-modified-organism

[9] FAO BIOSAFETY RESOURCE BOOK, *supra* note 7, at 7-8.

1.1 GMO Use in Agriculture

Biotechnology has imbedded itself in modern agriculture. Touted as the "fastest adopted crop technology" in agricultural history, the use of genetically modified crops ("GM crops") has grown exponentially since first commercialized in 1996.[10] Currently, more than 18 million farmers in 28 countries plant GM crops.[11] The United States is the largest producer and user of GM crops, with GM crops accounting for 50% of the country's agriculture.[12] As of 2015, 94% of the soybeans, 94% of the cotton and 92% of the corn grown in the United States were genetically modified.[13]

GM crops generally fall into one of three categories: herbicide tolerance, pest resistance, or "stacked" genes.[14] Herbicide tolerance --specifically glyphosate tolerance -- is the most widely used trait in agriculture.[15] Once incorporated into a plant's genome, the gene provides resistance to toxic chemicals that would have previously killed the crop along with the targeted weeds.[16] Insect-resistant crops, on the other hand, generally contain a gene derived from the bacterium Bacillus thuringiensis ("Bt"), which secretes a protein toxic to many common agricultural pests.[17] To date, more than 200 types of Bt protiens are commercially available with various levels of toxicity to a wide range of agricultural pests.[18] Lastly, "stacked genes" are the newest development in agricultural biotechnology.[19] With stacked genes, scientists are able to control a

[10] FERNANDEZ-CORNEJO, Jorge; *et al*., **U.S. Dep't of Agric., ERR-162, Genetically Engineered Crops in the United States 1**, 2014, *available at* http://www.ers.usda.gov/media/1282246/err162.pdf [hereinafter "USDA REPORT"]; WEISE, Elizabeth. Genetically Modified Crops had Bumper Year in 2001. **USA TODAY**, Feb. 8, 2012. Avaiable at: <http://usatoday30.usatoday.com/money/industries/food/story/2012-02-06/biotech-crops/53005000/1>. ("Biotech crops have set a precedent in that the biotech area has grown impressively every single year for the past 19 years, with a remarkable 100-fold increase since the commercialization began in 1996.")

[11] ISAAA REPORT, *supra* note 3.

[12] USDA REPORT, *supra* note 10, at 9.

[13] USDA, **Recent Trends in GE Adoption, Adoption of Genetically Engineered Crops in the U.S.**, July 9, 2015. Avaiable at: http://www.ers.usda.gov/data-products/adoption-of-genetically-engineered-crops-in-the-us/recent-trends-in-ge-adoption.aspx [https://perma.cc/54TY-8KWL]

[14] Int'l Union for the Conservation of Nature, Current Knowledge of the Impacts of Genetically Modified Organisms on Biodiversity and Human Health 15-17 (2007). (hereinafter "IUCN REPORT")

[15] USDA REPORT, *supra* note 10, at 1.; QUE, Qiudeng, *et al*. **Trait Stacking in Transgenic Crops: Challenges and Opportunities**, 1 GM CROPS 220, 220 (2010), *available at* http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.4161/gmcr.1.4.13439 [https://perma.cc/MY8G-BLUZ].

[16] FERNANDEZ-CORNEJO, Jorge; MCBRIDE, William D. **Genetically Engineered Crops for Pest Management in U.S. Agriculture:** Farm-Level Effects 1, USDA, AER-786, 2000, available at http://www.ers.usda.gov/media/491365/aer786a_1_.pdf

[17] "When ingested by the larva of the target insect, the Bt protein is activated in the gut's alkaline condition and punctures the mid-gut leaving the insect unable to eat, killing the insect within a few days." ISAAA, **Bt Insect Resistant Technology 1**, 2015. Available *at* http://isaaa.org/resources/publications/pocketk/6/default.asp [https://perma.cc/7GRG-SJG2]. See also FERNANDEZ-CORNEJO & MCBRIDE, *supra* note 16, at 1.

[18] ISAAA, BT INSECT RESISTANT TECHNOLOGY, *supra* note 17, at 1.

[19] The U.S. has created the largest number of stacked genes in the world and has even introduced the first triple-stacked gene that

broad range of pests and weeds by inserting multiple traits into an organism, increasing herbicide tolerance and insect resistance traits.[20]

1.2 Benefits of Genetically Modified Crops

GM crops offer several promising benefits including enhanced taste and quality, reduced maturation time, increased nutrients higher yields, abiotic stress tolerance, and improved resistance to disease, pests, and herbicides.[21] GM crops may also prove environmentally beneficial, leading to significant reductions in traditional herbicide and pesticide use.[22] Finally, and perhaps most importantly, GM crops could prove essential to feeding the world's growing population and ensuring long-term food security in the anthropocene era.[23]

1.2.1 Crop Improvements

Genetic engineering offers several ways through which to improve the viability and productivity of crops. For example, crops can be engineered to resist abiotic stresses, including drought, extreme temperature or salinity.[24] Water stress[25] is one of the most detrimental abiotic factors to crop yields.[26] To alleviate pressures created by water shortages, companies have begun engineering crops with resistance to various drought conditions. Monsanto, for instance, has begun testing a gene that helps corn maintain more normal metabolic levels when drought conditions would otherwise kill it.[27] Biologists have also created a transgenic tomato plant that

---

is resistant to rootworm, corn bearer and Roundup herbicide. IUCN REPORT, *supra* note 14, at 17.

[20] Qiudeng Que et al., *supra* note 15, at 220.

[21] BALBOA, Maria Gabriela. *Legal Framework to Secure the Benefits While Controlling the Risks of Genetically Modified Foods: A Comparison of the Cartagena Protocol and Three National Approaches*, **31 TEMP. J. SCI. TECH. & ENVTL**. L. 255, 2012, p. 257-60.

[22] BALBOA, Maria Gabriela. *Legal Framework to Secure the Benefits While Controlling the Risks of Genetically Modified Foods: A Comparison of the Cartagena Protocol and Three National Approaches*, **31 TEMP. J. SCI. TECH. & ENVTL**. L. 255, 2012, p. 257-60.

[23] *Anthropocene*, Oxford Dictionary ("Relating to or denoting the current geological age, viewed as the period during which human activity has been the dominant influence on climate and the environment").

Although beyond the breadth of this article, the vast majority of scientists believe GM crops are as safe as traditional varieties to consume. *See generally* FREEDMAN, David H. *The Truth About Genetically Modified Food*. Sci. American**,** Sept. 1, 2013. Avaiable at: http://www.scientificamerican.com/article/the-truth-about-genetically-modified-food/ [https://perma.cc/3UCJ-8HTW].

[24] FOOD & AGRIC. ORG. OF THE UNITED NATIONS. **Status of Research and Application of Crop Biotechnologies in Developing Countries 35-37,** 2005, *available at* http://www.fao.org/docrep/008/y5800e/y5800e06.htm [hereinafter "FAO REPORT"]

[25] Water stress includes both water deficit stress (drought) and excess water stress (flooding, anoxia), as well as salinity. *Id.* at 20.

[26] The agricultural industry loses roughly $120 billion annually to abiotic stresses. Main causes of these loses are drought, flood, frosts, nutrient deficiencies, various soil and air toxicities. *Id.*

[27] BIELLO, David. *Coming to a Cornfield Near You: Genetically Induced Drought-Resistance*, **Sci. American**, May 13, 2011. Avaiable at: http://www.scientificamerican.com/article/corn-genetically-modified-to-tolerate-drought/ [https://perma.cc/2HFR-PQUP]

thrives in salty irrigation water.[28]

Biotic stresses, such as insects and pathogens, also present serious problems.[29] Damage caused by biotic stresses cost the agriculture industry over $500 billion each year, with an additional $120 billion lost post-harvest to insects, fungus, and bacteria.[30] Biotechnology offers a promising alternative to traditional pest control. The use of insect-resistant crops in the United States, for example, has led to area-wide suppression of common agricultural pests such as the pink bollworm[31] and European corn borer.[32]

1.2.2 Benefits to Environment

Agricultural biotechnology could also produce substantial reductions in traditional herbicide and pesticide application. For example, GM crops have reduced chemical pesticide use by 37%.[33] Bt crops, in effect, have replaced many of the conventional pesticides previously applied. While studies point to similar reductions in herbicide use,[34] the environmental benefits are often lost when the technology is used with modern intensive agricultural practices.[35] For example, the abrupt and widespread shift to a single herbicide – glyphosate -, as the sole method of weed control, created serious resistance issues that resulted in an overall increase in herbicide use.[36] However, this is more representative of a modern agricultural mismanagement problem,

---

[28] *See* ZHANG, Hong-Xia; BLUMWALD, Eduardo. *Transgenic Salt-tolerant Tomato Plants Accumulate Salt in Foliage but not in Fruit*, **Nature Biotechnology**, v. 19, 2001, p. 765-768; BAILEY, Pat. *Genetically Engineered Tomato Plant Grows in Salty Water.* **UC Davis,** July 25, 2001. Avaiable at: http://news.ucdavis.edu/search/news_detail.lasso?id=5840 [https://perma.cc/X895-2FFM]

[29] FAO REPORT, *supra* note 24, at 20-27

[30] FAO REPORT, *supra* note 24, at 20.

[31] CARRIÈRE, Yves; *et al*. *Long-term Regional Suppression of Pink Bollworm by Bacillus thuringiensis Cotton*, **100 PNAS 1519**, 2003, p. 1521-1523. *Available at* http://www.pnas.org/content/100/4/1519.full.pdf [https://perma.cc/BPG3-YSE2].

[32] Initial estimates indicate the cumulative benefits over 14 years will exceed $6 billion for corn growers in Illinois, Minnesota, Wisconsin, Iowa, and Nebraska. HUTCHINSON, William D., *et al*. *Areawide Suppression of European Corn Borer with BT Maize Reaps Savings to Non-Bt Maize Growers*, **330 SCI**. 2010, p. 222, 224-225. A*vailable at* http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1223&context=entomologyfacpub [https://perma.cc/J79B-Q97V].

[33] KLÜMPER, Wilhelm; QAIM, Matin. *A Meta-Analysis of the Impacts of Genetically Modified Crops*, **PLOS ONE**, v. 9, 2014, p. 1, 4. A*vailable at* http://journals.plos.org/plosone/article/asset?id=10.1371%2Fjournal.pone.0111629.PDF [https://perma.cc/Q2EB-R9KF].

[34] *See* BROOKES, Graham; BARFOOT, Peter. *Environmental Impacts of Genetically Modified Crop Use 1996–2013: Impacts on Pesticide Use and Carbon Emissions*. **GM CROPS & FOOD**, v. 6, 2015, p. 103, 105. A*vailable at* http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/21645698.2015.1025193 [https://perma.cc/B7E3-YW3B] (study found aggregate reductions in the volume of herbicides used from 1996-2013); GILBERT, Natasha. *Case Studies: A Hard Look at GM Crops*, **NATURE**, v. 497, 2013, p. 24, 24-26. A*vailable at* http://www.nature.com/news/case-studies-a-hard-look-at-gm-crops-1.12907 (In the U.K., the introduction of herbicide-tolerant cotton saved 15.5 million kilograms of herbicide between 1996 and 2011, a 6.1% reduction from conventional cotton production).

[35] Brookes & Barfoot, *supra* note 34, at 105.

[36] In the United States, herbicide-resistant crops have led to a 527 million pound increase in herbicides applied. BENBROOK, Charles M. *Impacts of Genetically Engineered Crops on Pesticide Use in the U.S. – The First Sixteen Years*, **ENVTL. SCI. EUROPE**, v. 24, 2012, p.

which should be considered independently of the environmental benefits of biotechnology.

1.2.3 Societal Benefits

Biotechnology can also improve food security. Despite global increases in food production, chronic hunger,[37] and malnutrition[38] still plague many developing countries. Implemented locally, biotechnology could improve the quality and quantity of food accessible to the world's most vulnerable communities.[39] For example, the Bill and Melinda Gates Foundation sponsored research to design a transgenic banana with essential nutrients for combating Vitamin A deficiency in several East African nations.[40] Bananas form a staple in the diets of many East Africans, but contain low levels of critical micronutrients.[41] Transgenic bananas could raise the nutritional value of indigenous bananas and provide local subsistence farmers with a profitable agricultural product.[42]

Climate change also poses a serious threat to global food security.[43] Food availability is likely to fluctuate under the intense pressure of crop failures caused by climate change.[44] As a result, food prices could increase up to 84% by 2050.[45] Agricultural biotechnology can mitigate

---

1, 7-8. A*vailable at* http://www.enveurope.com/content/24/1/24.

[37] In 2010, an estimated 925 million people were undernourished, almost 16% of the population in developing countries. FOOD & AGRIC. ORG. OF THE U.N. **GLOBAL HUNGER DECLINING, BUT STILL UNACCEPTABLY HIGH 1,** 2010. A*vailable at* http://www.fao.org/docrep/012/al390e/al390e00.pdf.

[38] Malnutrition contributes to at least half of 10.9 million child deaths each year. FAO REPORT, *supra* note 24, at 38.

[39] E.g., FOOD & AGRIC. ORG. OF THE U.N. **The State of Food and Agriculture 18,** 2004. A*vailable at* http://www.fao.org/docrep/006/y5160e/y5160e07.htm ("Researchers at Jawaharlal Nehru University in India have developed a genetically engineered potato that produces about one-third to one-half more protein than usual, including substantial amounts of all the essential amino acids such as lysine and methionine. Protein deficiency is widespread in India and potato is the staple food of the poorest people.")

[40] AGENCE FRANCE-PRESSE, *'Super Banana' Could Save Millions in Africa*, **TELEGRAPH**, June 16, 2014. Avaiable at: http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/10902072/Super-banana-could-save-millions-in-Africa.html; *GM BANANAS: From Nutrition to Disease Resistant*, **Fresh Fruit Portal.com**, Aug. 23, 2013. Avaible at: http://www.freshfruitportal.com/news/2013/08/23/gm-bananas-from-nutrition-to-disease-resistance/?country=united%20states.

[41] *GM Bananas: From Nutrition to Disease Resistant*, **Fresh Fruit Portal.com,** Aug. 23, 2013. Avaible at: http://www.freshfruitportal.com/news/2013/08/23/gm-bananas-from-nutrition-to-disease-resistance/?country=united%20states;

[42] *MEET THE 'SUPER BANANA' – A Vitamin – Enriched Upgrade that Could Save Lives.* **The Guardian**, June 17, 2014, 10:24 PM. Avaiable at: http://www.theguardian.com/lifeandstyle/shortcuts/2014/jun/17/super-banana-vitamin-enriched-upgrade.

[43] *See generally* TENG, Paul P.S. *et al*. **Impact of Climate Change on Food Production: Options for Importing Countries**, 2015. A*vailable at* https://www.rsis.edu.sg/wp-content/uploads/2015/05/PB150529_Impact-of-Climate-Change-on-Food-Production.pdf.

[44] PORTER, John R., *et al. 2014: Food Security and Food Production Systems*, *in* **Climate Change 2014:** Impacts, Adaptation, and Vulnerability, p. 485, 494 (Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2014). A*vailable at* https://ipcc-wg2.gov/AR5/images/uploads/WGIIAR5-Chap7_FINAL.pdf

[45] PORTER, John R., *et al. 2014: Food Security and Food Production Systems*, *in* **Climate Change 2014:** Impacts, Adaptation, and

many of these issues through GM crop varieties that are "resistant to drought and flooding, better able to withstand withering heat, and that respond well to increased concentrations of carbon dioxide in the atmosphere."[46] However, having a strong regulatory scheme is crucial to managing known risks while maximizing the capability to mitigate unknown risks associated with climate change.

1.3 Environmental Impacts

Despite its potential benefits, large-scale cultivation of GM crops presents a real -- if unquantifiable -- risk to the surrounding environment. Releasing GM crops, accidental or otherwise, could cause unforeseeable and potentially devastating consequences to neighboring ecosystems and even globally.[47] Transfers of modified traits to wild relatives of the same or related species present four potential problems: genetic contamination, genetic erosion, resistance to herbicides and pesticides, and undesirable impacts on non-target species.[48]

1.3.1 Genetic Contamination

One of the most prevalent harms associated with GM crops involves genetic contamination. Genetic contamination, or gene flow, occurs when newly introduced genetic material gets transferred into organisms or environments beyond those intended to be affected.[49] Genes can be transferred from one crop to other plants of the same or related species via cross pollination, wind, flooding, fire, spillage and human error.[50] Already a problem,[51] genetic

---

Vulnerability, p. 485, 494 (Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2014). A*vailable at* https://ipcc-wg2.gov/AR5/images/uploads/WGIIAR5-Chap7_FINAL.pdf (Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2014).

[46] LEE-MURAMOTO, Maria R., *Reforming the "Uncoordinated" Framework for Regulation of Biotecnology*, **17 DRAKE J. AGRIC.** v. 311, 2012.

[47] VERMA, Smita Rastogi, *Genetically Modified Plants: Public and Scientific Perception*, 2013. **Int'l Scholarly Research Notices: Biotechnology**, 2013, P. 1, 3-6. A*vailable at* http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4393037/#__ref-listid251725title

[48] VERMA, Smita Rastogi, *Genetically Modified Plants: Public and Scientific Perception*, 2013. **Int'l Scholarly Research Notices: Biotechnology**, 2013, P. 1, 3-6. A*vailable at* http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4393037/#__ref-listid251725title It should be noted, however, that agriculture inevitably impacts the environment and many of these concerns are not specific to GM crops. *Id.*

[49] "Gene flow" is "the movement or exchange of genes between different species or between different populations of the same species." FAO BIOSAFETY RESOURCE BOOK, *supra* note 7, mod. B, at 5. *See also* HECKMAN, Christopher. *Tying its Own Hands: APHIS's Inability to Regulate Genetically Modified Crops*. **Ecology L.Q**. v. 41, 2014, p. 325, 334.

[50] Heckman, *supra* note 52, at 332-33..

[51] Genetic contamination is both a domestic and international problem. For example, in Hawaii, nearly 20,000 papaya seeds tested positive for GMO contamination, 80% of which came from organic farms and the rest from backyard gardens or wild trees. Press

contamination will only intensify as the number of GM crops increases.[52]

The transfer of transgenic traits to indigenous populations could result in the hybridization of wild-type species. If hybridization occurred, the same traits inserted into these organisms as desirable features could enable them to out-compete native species, possibly to the exclusion of all other life forms.[53] These dangers are in many ways analogous to those caused by invasive species.[54] Once established, introduced species continually reproduce, disperse and evolve, making it almost impossible to remove from an ecosystem.[55] To date, there are approximately 50,000 nonindigenous species in the United States, which cause an estimated U.S. $137 billion per year in environmental damage.[56] However, compared with introduced species, the immediate ecological impacts of GM crops could be reduced significantly by limiting their reproductive capabilities.[57]

1.3.2 Genetic Erosion

Another serious concern with large-scale implementation of GM crops is erosion of genetic diversity among agricultural species. Genetic diversity is essential for evolution, as it provides a greater number of genetic characteristics from which a species may utilize to adapt to changes in environmental conditions.[58] While traditional agricultural practices provided thousands of locally adapted crops,[59] genetic diversity among agricultural species has decreased 75% since 1900.[60]

Release, Organic Consumers Association, Hawaii Reports Widespread Contamination of Papaya Crop by GE Varieties (Sept. 9, 2004), *available at* https://www.organicconsumers.org/old_articles/biod/papaya090804.php. *See also* Arne Holst-Jensen et al., *Detecting un-authorized Genetically Modified Organisms (GMOs) and Derived Materials*, 30 BIOTECHNOLOGY ADVANCES 1318, 1324 (2012);

[52] As the number and diversity of GM field tests increases, the likelihood of cross-pollination from field tests to commercial fields also increases. USDA REPORT, *supra* note 10, at 3-5.

[53] KUNICH, John Charles. *Mother Frankenstein, Doctor Nature, and the Environmental Law of Genetic Engineering*, **S. Cal. L. Rev**. v. 74, 2001, p. 807, 819-21.

[54] *See generally* SCIENTIFIC COMMITTEE ON PROBLEMS OF THE ENVIRONMENT, INVASIVE SPECIES IN A CHANGING WORLD (Harold A. Mooney & Richard J. Hobbs eds., 2000); LLOYD L. LOOPE, AN OVERVIEW OF PROBLEMS WITH INTRODUCED PLANT SPECIES IN NATIONAL PARKS AND BIOSPHERE RESERVES OF THE UNITED STATES (1992).

[55] PETERSON, Garry et al. *The Risks and Benefits of Genetically Modified Crops: A Multidisciplinary Perspective*. **Conservation Ecology**, v. 4, 2000, p. 13. A*vailable at* http://www.consecol.org/vol4/iss1/art13/

[56] Of these 50,000 nonindigenous species, 128 were introduced crops that have become serious weeds. *Id.*

[57] "GM crops are usually more dependent on human support than nonindigenous species. . . . Furthermore, GM crops can be engineered to be sterile or contain traits to reduce their ability to disperse. . . . However, as the area and diversity of GM crops increase, the risk that genes may escape also increases." *Id.* Furthermore, technological improvements will only make this easier. *See* MORIN, Monte. *Creating a 'Genetic Firewall' for GMOs*, **L.A. Times**, Jan. 21, 2015, 3:18 PM. Avaiable at: http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-gmo-escape-20150121-story.html

[58] HAMMER, Karl; TEKLU, Yifru. Plant Genetic Resources: Selected Issues from Genetic Erosion to Genetic Engineering, 109 J. **Agric. & Rural Dev. in the Tropics & Subtropics**, 2008, p. 15, 15-16. A*vailable at* http://jarts.info/index.php/jarts/article/viewFile/72/65

[59] HAMMER, Karl; TEKLU, Yifru. Plant Genetic Resources: Selected Issues from Genetic Erosion to Genetic Engineering, 109 J. **Agric.**

Today, roughly 20 plant species account for more than 90% of human use.[61] Much of this genetic erosion arose from "elite" crop varieties developed during the twentieth century, which subsequently triggered widespread adoption of monocultures.[62] Crops become more susceptible to abiotic and biotic stresses when cultivated in monocultures because there is less genetic variation available for the population to adapt to environmental changes.[63] Furthermore, monocultures negatively impact soil quality by depleting essential nutrients in the soil.[64]

There is a legitimate fear that GM crops will form the next generation of "elite" crops, and will further encourage monocultures.[65] Reductions in genetic variation limits species' ability to persist in the face of abiotic and biotic environmental change and hampers the ability of populations to cope with short-term challenges such as pathogens and herbivores.[66] Additionally, genetic erosion reduces the possibilities for crop improvements, particularly for small farmers who depend in many cases on wild species and natural habitats to subsist.[67]

1.3.3 Genetic Resistance

Genetic resistance occurs when the same pesticide and/or herbicide is consistently applied over an extended period of time. Only those pests that possess genetic resistance to the chemicals applied are able to survive, passing these resistant traits on to subsequent generations.[68] As a result, pest resistance has proliferated under the production practices of modern intensive agriculture.[69] Biotechnology may only exacerbate this problem. Over 99% of GM crops planted in the U.S. contain glyphosate tolerance and/or produce Bt toxins.[70] This

---

& Rural Dev. in the Tropics & Subtropics, 2008, p. 15, 15-16. A*vailable at* http://jarts.info/index.php/jarts/article/viewFile/72/65.

[60] FAO BIOSAFETY RESOURCE BOOK, *supra* note 7, mod. B, at 41.

[61] CONNER, Anthony J. *et. al*. *The Release of Genetically Modified Crops into the Environment*, **Plant J.**, v. 33, 2003, p. 19, 34. Avaiable at: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.0960-7412.2002.001607.x/epdf.

[62] FAO BIOSAFETY RESOURCE BOOK, *supra* note 7, mod. B, at 40-41.

[63] FAO BIOSAFETY RESOURCE BOOK, *supra* note 7, mod. B, at 40-41.

[64] FAO BIOSAFETY RESOURCE BOOK, *supra* note 7, mod. B, at 40-41.

[65] Benbrook, *supra* note 36, at 2.

[66] FAO BIOSAFETY RESOURCE BOOK, *supra* note 7, mod. B, at 40-41.

[67] FAO BIOSAFETY RESOURCE BOOK, *supra* note 7, mod. B, at 40-41.

[68] SNOW, A. A.; *et al*., Ecological Society of America, *Genetically Engineered Organisms and the Environment: Current Status and Recommendations*, **Ecological Applications**, v. 15, 2005, p. 377, 392.

[69] SNOW, A. A.; *et al*., Ecological Society of America, *Genetically Engineered Organisms and the Environment: Current Status and Recommendations*, **Ecological Applications**, v. 15, 2005.

[70] BRONNER, David. *Herbicide and Insecticide Use on GMO Crops Skyrocketing While Pro-GMO Media Run Interference*, **Huffington Post**, Sept. 15, 2014, 10:00 AM. Avaiable at: http://www.huffingtonpost.com/david-bronner/herbicide-insecticide-use_b_5791304.html

widespread adoption of uniform pest management practices generates a massive selection pressure, further increasing the likelihood and frequency that targeted organisms will develop resistance to the pathogens that have been genetically inserted into the crops.[71]

1.3.3.1 Herbicide Resistance

Indeed, in the U.S. alone, more than 150 weed biotypes have evolved resistance to various herbicides during the past 30 years.[72] Glyphosate-resistant weeds – also called "superweeds" - are particularly problematic,[73] covering more than 2 million acres of cropland in nineteen states.[74]

1.3.3.2 Insecticide Resistance

Insect pests have also developed resistance to the pesticides imbedded or used in conjunction with GM crops.[75] For example, resistance to Bt formulations has been observed in species such as the diamondback moth and bollworms, and demonstrated in the laboratory for other species.[76] These problems will intensify as GM crops become more prevalent and the same pesticides are used in conjunction with GM crops.

1.3.4 Harm to Non-target Organisms

Potential harm to non-target organisms is another concern related to large-scale implementation of GM crops. Effects on non-target organisms can range from positive to negative, depending on biological, physical, and geographical factors.[77] Non-target species can experience negative effects from direct exposure to a GM crop or its byproducts, or indirectly if a GM crop

[71] BRONNER, David. *Herbicide and Insecticide Use on GMO Crops Skyrocketing While Pro-GMO Media Run Interference*, **Huffington Post**, Sept. 15, 2014, 10:00 AM. Avaiable at: http://www.huffingtonpost.com/david-bronner/herbicide-insecticide-use_b_5791304.html.

[72] *WEED Resistance by Country and Site Action*, **Int'l Survey of Herbicide Resistant Weeds**, May 9, 2016. Avaiable at: http://weedscience.org/summary/countrysummary.aspx.

[73] One example of a glyphosate-resistant weed is Palmer amaranth (*Amaranthus palmeri*), which has become a particular problem for transgenic cotton farmers in the southeastern United States. The herbicide-resistant weed has spread throughout 76 counties. Gilbert, *supra* note 34.

[74] Heckman, *supra* note 52, at 336. Glyphosate-resistant weeds are also found in 18 countries worldwide, with significant impacts in Brazil, Australia, Argentina and Paraguay. Gilbert, *supra* note 34.

[75] FAO REPORT, *supra* note 24, at 28.

[76] FAO REPORT, *supra* note 24, at 28.

[77] Snow, *supra* note 72, at 18.

alters the habitat or food supply of the non-target species.[78] For example, pollen from Bt corn is toxic to monarch butterfly larva.[79] This means that the monarch butterfly, whose survival is already jeopardized by habitat loss, faces even greater challenges to its survival. Furthermore, it is difficult to target pests without harming friendly organisms, such as pollinators and biological control agents, since many non-target microbes and insects harbor on flowers and other plant surfaces.[80]

2. CURRENT GMO REGULATIONS

The United States has no comprehensive federal statute governing biotechnology. Rather, the Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology of 1986 ("Framework") allocates responsibility for managing GMOs among several federal agencies: the U.S. Department of Agriculture, the U.S. Environmental Protection Agency ("EPA"), and Food and Drug Administration ("FDA").[81] Under the Framework, agencies have the authority to regulate genetically modified organisms under existing statutes as they would conventional products. However, because the FDA's role is very limited with respect to managing the environmental impact of GMO crops, this Article focuses on the USDA and EPA.

2.1 USDA-APHIS

Within the United States Department of Agriculture ("USDA"), the Animal and Plant Health Inspection Service ("APHIS") is responsible for protecting agriculture from pests and diseases.[82] Under the Plant Protection Act,[83] APHIS regulates organisms and products that are known or suspected to be plant pest risks, including those that have been genetically modified.[84] These are called "regulated articles."[85] A GM crop is considered a regulated article "if the donor organism,

[78] Snow, *supra* note 72, at 18. ("Indirect effects can also arise from changes in food supply or habitat quality (e.g., soil properties, plant communities, etc.).")

[79] LEE-MURAMOTO, Maria R., *Reforming the "Uncoordinated" Framework for Regulation of Biotecnology*, **17 DRAKE J. AGRIC.** v. 311, 2012, p. 311, 346-347.

[80] Verma, *supra* note 50, at 5.

[81] *See* Coordinated Framework for Regulation of Biotechnology, 51 Fed. Reg. 23,302 (June 26, 1986).

[82] *About APHIS*, USDA – ANIMAL & PLANT HEALTH INSPECTION SERV. (Aug. 3, 2015), https://www.aphis.usda.gov/aphis/banner/aboutaphis

[83] Plant Protection Act, Pub. L. No. 106-224, tit. IV, 114 Stat. 438 (2000).

[84] 7 U.S.C. §§ 7711-7712 (2000); 7 C.F.R. § 340.0 (2016).

[85] 7 C.F.R. § 340.1.

recipient organism, vector or vector agent used in engineering the organism belongs to one of the taxonomic groups listed in the regulation and is also a plant pest, or if there is a reason to believe it is a plant pest."[86] APHIS reviews regulated articles to ensure the organism will not impact agricultural production at any point in the stream of commerce.[87]

APHIS issues authorizations for field releases of GM crops that are "regulated articles," so as to allow applicants to pursue field-testing.[88] After successful field-testing, technology providers can petition APHIS for a determination of "non-regulated" status.[89] If APHIS determines that the organism is unlikely to pose a plant pest risk, the it is deregulated and can be moved and planted without APHIS oversight.[90] As of September 2013, APHIS had received 145 petitions for deregulation and had granted 96 (31 were withdrawn, 17 were pending, and 1 was incomplete).[91]

2.2 Environmental Protection Agency

The Environmental Protection Agency ("EPA") regulates GM crops under the Federal Insecticide Fungicide and Rodenticide Act ("FIFRA").[92] FIFRA serves as the primary federal law for the regulation of pesticides. It governs the manufacture, sale, and use of a broad range of chemical and biological pest control agents, as well as substances used to control plant growth.[93] Accordingly, EPA regulates the distribution, sale, and use of pesticide products, and mandates the registration of pesticides before distribution or use.[94]

Under Section 2 of FIFRA, "pesticide" is broadly defined as "any substance or mixture of substances intended for preventing, destroying, repelling, or mitigating any pest, . . . [or] . . .

---

[86] ANIMAL & PLANT HEALTH INSPECTION SERVICE, USDA, WHITE PAPER ON TIER-BASED TESTING FOR THE EFFECTS OF PROTEINACEOUS INSECTICIDAL PLANT-INCORPORATED PROTECTANTS ON NON-TARGET INVERTEBRATES FOR REGULATORY RISK ASSESSMENTS 2 (2007), *available at* https://www.aphis.usda.gov/brs/pdf/NTO_White_Paper_1.pdf [hereinafter "APHIS-USDA WHITE PAPER"]

[87] ANIMAL & PLANT HEALTH INSPECTION SERVICE, USDA, WHITE PAPER ON TIER-BASED TESTING FOR THE EFFECTS OF PROTEINACEOUS INSECTICIDAL PLANT-INCORPORATED PROTECTANTS ON NON-TARGET INVERTEBRATES FOR REGULATORY RISK ASSESSMENTS 2 (2007), *available at* https://www.aphis.usda.gov/brs/pdf/NTO_White_Paper_1.pdf [hereinafter "APHIS-USDA WHITE PAPER"].

[88] USDA REPORT, *supra* note 10, at 3 fig.1.

[89] APHIS-USDA WHITE PAPER, *supra* note 97, at 2.

[90] USDA REPORT, *supra* note 10, at 4.

[91] USDA REPORT, *supra* note 10. at 7.

[92] Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act (FIFRA), ch. 125, 61 Stat. 163 (1947). The EPA also regulates genetically modified microorganisms under the Toxic Substances Control Act ("TSCA"), but that is beyond the purview of this Article.

[93] MARRAPESE, Matha E.; KRASNY, Leslie T., **Addressing the Complexities of Regulatory Schemes for GMOs and Products Derived from Them**, ASPATORE 2014 WL 7247056, 2014, at *12.

[94] 7 U.S.C. §§ 136-136y.

intended for use as a plant regulator, defoliant, or desiccant."[95] However, EPA has adopted a narrow approach to regulating GM crops with pesticidal properties.[96] EPA's interpretation is that if a plant is engineered to produce a substance that prevents, destroys, repels, or mitigates a pest, the substance is a "pesticide" subject to regulation under FIFRA.[97] Thus, EPA does not regulate the GM crop itself, only the pesticidal component of the plant genome.[98] As a result, EPA does not evaluate potential environmental impacts of the plant, just the pesticidal genes. This is an issue because genetic expression varies depending on the host plant; by limiting its environmental assessment to the gene itself, EPA cannot evaluate the unique expression of the genetic trait in different crop species.

3. FLAWS WITH CURRENT REGULATIONS

At present, the environmental risks posed by GM crops are not coherently addressed.[99] Without a comprehensive federal statute, agencies employ existing statutes to regulate a wide range of biotechnology products.[100] As a result, there is unnecessary overlap among agencies and significant gaps in regulatory coverage.[101] The sections that follow focus on two major defects in the regulatory regime: (1) a lack of a coordinated and systematic risk assessment, and (2) the absence of a post-release monitoring program.

3.1 Gaps in Regulatory Risk Assessment

Several reasons exist for the gaps in GM crop regulation. First, the current regulatory regime is inherently inconsistent. For example, there is no uniform interagency definition for GM

[95] 7 U.S.C.. § 136(u).

[96] *See* Regulations Under the Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act for Plant-Incorporated Protectants (Formerly Plant-Pesticides), 66 Fed. Reg. 37,772 (July 19, 2001) (to be codified at 40 C.F.R. pts. 152, 174).

[97] *I* Regulations Under the Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act for Plant-Incorporated Protectants (Formerly Plant-Pesticides), 66 Fed. Reg. 37,774 (July 19, 2001) (to be codified at 40 C.F.R. pts. 152, 174).

[98] *See* 40 C.F.R. § 152.20(a); Marrapese & Krasny, supra note 104, at *15.*15-16.

[99] Kunich, *supra* note 57, at 823; U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFF., GAO-09-60, GENETICALLY ENGINEERED CROPS: AGENCIES ARE PROPOSING CHANGES TO IMPROVE OVERSIGHT, BUT COULD TAKE ADDITIONAL STEPS TO ENHANCE COORDINATION AND MONITORING 46 (2008), *available at* http://www.gao.gov/assets/290/283060.pdf.

[100] KUNICH, John Charles. *Mother Frankenstein, Doctor Nature, and the Environmental Law of Genetic Engineering*, **74 S. CAL. L. REV**. v. 807, 2001, p. 807-823.

[101] MANDEL, Gregory N., *Gaps, Inexperience, Inconsistencies, and Overlaps: Crisis in the Regulation of Genetically Modified Plants and Animals*, **WM. & MARY L. REV**. v. 45, 2004, p. 2167, 2231. *available at* http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1341&context=wmlr; KUNICH, John Charles. *Mother Frankenstein, Doctor Nature, and the Environmental Law of Genetic Engineering*, **74 S. CAL. L. REV**. v. 807, 2001, p. 807-823.

crops.[102] Each agency defines GM crops, and the scope of its regulatory power, in terms consistent with its own statutory authority.[103] While the USDA appears to have broad statutory authority to regulate GM crops, it has repeatedly circumscribed its own ability to regulate GM crops with excessively narrow interpretations of its statutory mandate.[104] Moreover, the USDA and EPA have further narrowed their coverage through categorical exemptions.[105] For example, EPA -- the agency charged with protecting the nation's environment -- has no role in the approval or field-testing and widespread planting of GM crops containing traits such as, herbicide tolerance, drought tolerance, salinity tolerance, virus-resistant, temperature tolerance, or disease-resistant.[106] In addition, USDA relinquishes its authority to regulate a genetically modified species when it approves a petition for deregulation.[107] This seems absurd given that it will require many more years of research, from multiple generations, to discover any unintended negative impacts.[108] These inconsistences and exemptions have created significant gaps in regulatory coverage, limiting the government's ability to detect potential public health and environmental issues.[109]

Another gap emerges from the USDA's refusal to regulate GM crops that contain genes from organisms the agency has previously determined are not plant pests. The agency maintains that the modified organism will be essentially the same as the organism from which the gene derived.[110] This rationale lacks scientific justification and increases the uncertainty of an already imprecise process.[111] Furthermore, when the number of traits inserted in a genome increases, the expression of each gene and efficacy of each trait becomes less predictable.[112] Simply put, the

[102] Kunich, *supra* note 57, at 861.

[103] Kunich, *supra* note 57, at 861.

[104] Heckman, supra note 52, at 328-29.

[105] Kunich, *supra* note 57, at 833-34, 839-40.

[106] MANDEL, Gregory N., *Gaps, Inexperience, Inconsistencies, and Overlaps: Crisis in the Regulation of Genetically Modified Plants and Animals*, **WM. & MARY L. REV**. v. 45, 2004, p. 2167, 2231. A*vailable at* http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1341&context=wmlr

[107] MANDEL, Gregory N., *Gaps, Inexperience, Inconsistencies, and Overlaps: Crisis in the Regulation of Genetically Modified Plants and Animals*, **WM. & MARY L. REV**. v. 45, 2004, at 2234

[108] Conner et. al., *supra* note 65, at35.

[109] See generally, Mandel, *supra* note 119.

[110] PEW INITIATIVE ON FOOD & BIOTECHNOLOGY, GUIDE TO U.S. REGULATION OF GENETICALLY MODIFIED FOOD AND AGRICULTURAL BIOTECHNOLOGY PRODUCTS 2 (2001) [hereinafter "PEW INITIATIVE"]

[111] LATHAM, Jonathan R.; *et. al*., *The Mutational Consequences of Plant Transformation*, 2006 **J. Biomedicine & Biotechnology,** v. 1, n. 1, 2006.

[112] AGAPITO-TENFEN, Sara Zanon; *et. al*. *Effect of Stacking Insecticidal Cry and Herbicide Tolerance epsps Transgenes on Transgenic Maize Proteome*, **BMC Plant Biology**, v. 14, n. 1, 2014. A*vailable at* http://bmcplantbiol.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12870-014-0346-8; QUE, Qiudeng, *et al*. **Trait Stacking in Transgenic Crops: Challenges and Opportunities**, 1 GM CROPS 220, 220 (2010), *available at*

more variables in play, the more likely the crop will have a different genetic expression than that of the original organism. Thus, as "stacked genes" become more prevalent, it makes less sense to assume the genetic expression of a GM crop will be that of its donor organism.

Another regulatory gap arises because, the USDA only regulates biotechnology products, not the process itself.[113] Historically, GM crops have been subject to USDA regulation as a "regulated article" if the genetic material or the organism, such as a virus or bacteria, used to transfer the desired trait falls within the definition of a plant pest.[114] The agency, however, has determined that newer genetic transfer techniques, such as genome editing[115] or modification through the use of a gene gun, are beyond its statutory authority.[116]

Companies have adapted to avoid regulations, using newer techniques to create the same GM crop that would be subject to regulatory oversight had the company used an older biotechnology technique.[117] For example, Scott's Miracle-Gro Company, in its second attempt to commercialize a transgenic creeping bentgrass, was able to avoid federal oversight by inserting the genetic material with a gene gun rather than using bacteria to transfer the target gene.[118] Scott managed to escape regulatory oversight despite the fact that its first attempt ended with a $500,000 penalty for damages resulting from the accidental release of transgenic bentgrass during field trials.[119] While the first incident devastated the company's prospects of USDA approval, the new genetic transfer method enables Scott's to produce essentially the same transgenic bentgrass

---

http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.4161/gmcr.1.4.13439 [https://perma.cc/MY8G-BLUZ]

[113] PEW INITIATIVE, *supra* note 123, at 6.

[114] "For instance, the Agrobacterium tumefaciens bacterium and the Califlower mosaic virus—both listed specifically as plant pests by APHIS—are common tools that act as carriers or triggers for inserting foreign genes into plants." MONTGOMERY, Emily. *Genetically Modified Plants and Regulatory Loopholes and Weaknesses Under the Plant Protection Act*, **Vt. L. Rev**. v. 37, 2012, p. 351. POLLACK, Andrew. *By 'Editing' Plant Genes, Companies Avoid Regulation*, **NY Times**, Jan. 2, 2015, at B1, *available at* http://www.nytimes.com/2015/01/02/business/energy-environment/a-gray-area-in-regulation-of-genetically-modified-crops.html?_r=0

[115] WALTZ Emily. *Gene-edited CRISPR Mushroom Escapes US Regulation*, **Nature**, v. 532, 2016, p. 293. A*vailable at* http://www.nature.com/news/gene-edited-crispr-mushroom-escapes-us-regulation-1.19754.

[116] *See* Montgomery, *supra* note 127, at 351; Pollack, *supra* note 127.

[117] Mateusz Perkowski, *Biotech Critics Claim GMO Loophole will Backfire*, CAPITAL PRESS (Feb 11, 2015), http://www.capitalpress.com/Nation_World/Nation/20150211/biotech-critics-claim-gmo-loophole-will-backfire; Pollack, *supra* note 125.

[118] Press Release, USDA, USDA Concludes Genetically Engineered Creeping Bentgrass Investigation: USDA Assesses The Scotts Company, LLC $500,000 Civil Penalty (Nov. 26, 2007), *available at* http://www.usda.gov/wps/portal/usda/usdamediafb?contentid=2007/11/0350.xml&printable=true&contentidonly=true; Pollack, *supra* note 125

[119] Press Release, USDA, USDA Concludes Genetically Engineered Creeping Bentgrass Investigation: USDA Assesses The Scotts Company, LLC $500,000 Civil Penalty (Nov. 26, 2007), *available at* http://www.usda.gov/wps/portal/usda/usdamediafb?contentid=2007/11/0350.xml&printable=true&contentidonly=true; Pollack, *supra* note 125.

without federal approval.[120] This lack of monitoring creates a dangerous regulatory vacuum.

3.2 Lack of Monitoring

In its 2008 report, the U.S. Government Accountability Office ("GAO") highlighted the need for a coordinated program for monitoring and evaluating the undesirable effects of GM crops on the environment.[121] Despite acknowledging GAO's recommendation, the USDA, EPA and FDA refused to do so, each stating that neither agency was not required to conduct risk-based monitoring, nor was it necessary.[122] However, the evidence suggests otherwise. A report by the International Union for the Conservation of Nature cited numerous reports of companies neglecting to follow permit procedures, including planting experimental crops too closely to other crops, failing to construct adequate buffers between fields, failing to plan for extreme weather events, and failing to keep wild animals out of the experimental fields. [123] Furthermore, APHIS, which has overseen more than 10,000 GMO field tests since 1987, is often unaware if and where field tests are undertaken.[124] These concerns were confirmed in a recent audit conducted by the USDA's Office of Inspector General, which concluded that APHIS lacked adequate controls to prevent the introduction of GM crops into the environment.[125]

These failures of oversight occur despite the fact that delays in discovering escaped populations of transgenic plants drastically increase the risk that GM crops will inadvertently persist in the environment.[126] Many believe this is the reason transgenic canola is growing freely in parts of North Dakota.[127] Delays in discovery time also limit USDA's mitigation options. For example, violations of testing procedure forced USDA to order the destruction of 155 acres

---

[120] Perkowski, *supra* note 130; Pollack, *supra* note 127.

[121] U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFF., GAO-09-60, GENETICALLY ENGINEERED CROPS: AGENCIES ARE PROPOSING CHANGES TO IMPROVE OVERSIGHT, BUT COULD TAKE ADDITIONAL STEPS TO ENHANCE COORDINATION AND MONITORING 44-46 (2008), *available at* http://www.gao.gov/assets/290/283060.pdf.

[122] U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFF., GAO-09-60, GENETICALLY ENGINEERED CROPS: AGENCIES ARE PROPOSING CHANGES TO IMPROVE OVERSIGHT, BUT COULD TAKE ADDITIONAL STEPS TO ENHANCE COORDINATION AND MONITORING 44-46 (2008), *available at* http://www.gao.gov/assets/290/283060.pdf. at 6.

[123] IUCN REPORT, *supra* note 12, at 41 (2007). (hereinafter "IUCN Report")

[124] IUCN REPORT, *supra* note 12, at 41 (2007). (hereinafter "IUCN Report").

[125] OFF. OF INSPECTOR GENERAL, USDA, AUDIT REPORT 50601-0001-32, CONTROLS OVER APHIS' INTRODUCTION OF GENETICALLY ENGINEERED ORGANISMS 9 (2015), *available at* https://www.usda.gov/oig/webdocs/50601-0001-32.pdf [hereinafter "USDA AUDIT REPORT"]

[126] Pollack, *supra* note 125

[127] GILBERT, Natasha. *GM Crop Escapes into the American Wild*. **Nature**, Aug. 6, 2010. Avaiable at: http://www.nature.com/news/2010/100806/full/news.2010.393.html.

surrounding an Iowa test site, and 500,000 bushels of soybeans in Nebraska.[128]

Furthermore, USDA does not take into consideration past permit violations when approving new field trials.[129] For instance, one organization was repeatedly approved to conduct field trials despite having previously been cited for 122 incidents of non-compliance.[130] In fact, it appears there are little to no repercussions for permit violators. Since 2010, USDA-APHIS has issued only two civil penalties despite delivering hundreds of notices of non-compliance.[131] This industry-friendly approach not only weakens the few legal restrictions in place, but encourages the agricultural industry to take even greater risks.

4. NECESSARY CHANGES

Though major changes are needed to ensure coherent regulation of GMOs, the Plant Protection Act does potentially provide sufficient statutory authority to enable UDSA-APHIS to regulate effectively.[132] However, USDA must interpret its regulatory authority more broadly and establish procedures to facilitate collaboration among stakeholders, multidisciplinary research, and well-designed monitoring. Towards that end, we offer the following recommendations to identify, manage, and mitigate environmental risks, without inhibiting ingenuity and growth in the industry.

4.1 Coordinated Assessment of GM Crops

Effectively managing the potential risks of GM crops will require a systematic approach that ensures risk assessments are performed collaboratively and focus on the unique aspects of each GM crop, rather than a general understanding of the foreign trait itself.[133] As part of this

[128] Press release, USDA, USDA Investigate Biotech Company for Possible Permit Violations (Nov. 13, 2002); GILLIS, Justin, *Biotech Firm Mishandled Corn in Iowa*, **Wash. Post,** Nov. 14, 2002. Avaiable at: https://www.washingtonpost.com/archive/business/2002/11/14/biotech-firm-mishandled-corn-in-iowa/eba672e1-5a42-42c6-a1da-70d00d2fa5ba/.

[129] USDA AUDIT REPORT, *supra* note 136, at 25.

[130] USDA AUDIT REPORT, *supra* note 136, at 25.

[131] WILSON, Julie. *Experimental GMO Crops Sprouting Up Across America, while USDA, the Overseeing Agency, Takes 'Industry-Friendly Approach*,' **Natural News,** Apr. 1, 2016. Avaiable at: http://www.naturalnews.com/053508_GMO_crops_USDA_Monsanto.html.

[132] "Under the Plant Protection Act, APHIS has jurisdiction over 'plant pests' and 'noxious weeds.' The definitions for both terms of art are very broad." Heckman, *supra* note 50, at 328.

[133] LEE-MURAMOTO, Maria R., *Reforming the "Uncoordinated" Framework for Regulation of Biotecnology*, **DRAKE J. AGRIC.** v. 17, 2012, p. 311, 359-61.

approach, USDA-APHIS must first, assert itself as the primary regulator of GM crops. It must abandon its narrow interpretation of its statutory authority to regulate GM crops under the Plant Protection Act, and adopt an approach emphasizing the precautionary principle.[134] Additionally, EPA must stop regulating GM crops as pesticides under FIFRA.[135] Separating various traits into distinct categories regulated by multiple agencies creates needless confusion for applicants. Furthermore, it reinforces the separation of crucial information among various agencies. Designating USDA-APHIS as the primary regulator of GM crops will assist applicants in navigating the regulatory process and channel all relevant documents and data to one central location.[136]

Next, USDA must establish application review procedures that assign risk assessment responsibilities according to agency expertise.[137] All GM crops must undergo a case-by-case assessment that integrates laboratory and field studies while acknowledging that many risks are organism and site-specific.[138] These procedures should also specify the role of each agency and create protocols to ensure reviewing agencies have access to all relevant information.[139] For example, USDA would assess all agricultural implications, while EPA would evaluate potential impacts to the environment. Each GM crop would be evaluated holistically -- not by the foreign genetic component added -- with each agency assessing potential repercussions within their respective areas of expertise. Ultimately, all participating agencies would come together to make a decision.

This interagency approach would provide greater opportunities for environmental review throughout the regulatory process. A new product, for example, could present no risk to human consumption but pose a significant threat to wild-populations if released into the environment. In such a scenario, EPA would have an expanded role in the assessment, advising the USDA-APHIS on the environmental risks of a release and the ecological consequences if it were to impact wild-populations. Meeting at this stage would allow each agency to share concerns and any information needed to address those concerns. Furthermore, early interagency discussions could

[134] LEE-MURAMOTO, Maria R., *Reforming the "Uncoordinated" Framework for Regulation of Biotecnology*, **DRAKE J. AGRIC.** v. 17, 2012, at 357-58.

[135] Committee on Genetically Modified Pest-Protected Plants, National Research Council, Genetically Modified Pest-Protected Plants: Science and Regulation (2000), available at http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK208354/ [hereinafter "NRC REPORT"]

[136] Lee-Muramoto, supra note 144, at 360-61..

[137] Lee-Muramoto, supra note 144. at 359-61

[138] Balboa, *supra* note 19, at 257.

[139] Lee-Muramoto, *supra* note 144, at 359-61..

help to avoid problems and delays later.[140]

A second opportunity for interagency coordination would arise during formal product review, when the agencies formulate their regulatory decisions.[141] Meeting after initial testing and data collection has been completed gives agencies the opportunity to work together with applicants to develop mitigation plans and establish monitoring programs to improve scientific understanding.[142]

4.2 Enhanced Monitoring

We also recommend creating a comprehensive monitoring program to improve the ability to identify, manage and mitigate potential adverse impacts on the environment. In the short term, post-release monitoring may help APHIS detect permit violations and environmental risks that were not evident in small-scale, pre-commercial risk evaluations.[143] Perhaps more importantly, well-designed monitoring requirements will improve agencies' ability to regulate biotechnology, and generate real data that can be applied to future regulatory decisions.

Assessing ecosystem/ecological risk is no easy task.[144] The difficulty in predicting ecological risk stems from a lack of understanding of the complete function of ecosystems, and how novel organisms can affect them cumulatively over time.[145] Because of the inherent complexity of ecological systems, research is needed over a range of spatial and temporal scales.[146] Moreover, data from multiple generations of a genetically modified species is necessary to identify any potential unintended negative impacts.[147] Comprehensive monitoring offers the opportunity for regulators to improve their understanding of the indirect impacts GM crops have on ecosystem functions, and in turn, improve regulations.[148]

---

[140] NRC REPORT, *supra* note 146, at ES15-17.

[141] NRC REPORT, *supra* note 146, at ES15-17.

[142] NRC REPORT, *supra* note 146, at ES15-17.

[143] Balboa, *supra* note 19, at 283-84; Lee-Muramoto, *supra* note 144, at 358-59.

[144] Lee-Muramoto, *supra* note 144, at 357 ("assessing human health and environmental risks associated with the release of a novel GM crop is even more complex and problematic.")

[145] Lee-Muramoto, *supra* note 144, at 357.

[146] Committee on Envtl. Impacts Associated with Commercialization of Transgenic Plants, Bd. on Agric. & Natural Res., Nat'l Research Council, Environmental Effects of Transgenic Plants: The Scope and Adequacy of Regulation 49 (2002)("screening of all crops with added genetic variation must be conducted over a number of years and locations because undesirable economic and ecological traits may only be produced under specific environmental conditions.").

[147] Conner et. al., *supra* note 63, at 35.

[148] U.S. Gov't Accountability Off., GAO-09-60, Genetically Engineered Crops: Agencies are Proposing Changes to Improve Oversight,

However, environmental monitoring is expensive. Monitoring requirements should be applied only as needed in order to avoid burdensome and unnecessary costs. All GM crops should be subject to basic long-term monitoring of ecosystem effects but additional requirements should be as needed for new genetic sources or risky GM crops. Monitoring requirements could vary from general federally funded ecological studies to site or organism specific obligations. This might include monitoring "the timing of pollen release, the types of insect species that would be harmed by ingesting pollen at observed concentrations, and the magnitude of mortality due to pollen versus other factors that limit nontarget populations."[149] Ultimately, under our suggested scenario, all monitoring data would be collected by USDA and used to improve regulatory decisions.

CONCLUSION

Despite the concerns of many, GM crops appear to be here to stay. Biotechnology is a revolutionary science but, with great power comes great responsibility. While we must proceed with both caution and precaution, it would be impossible and unwise to suffocate the development and implementation of GM crops. Therefore, regulations must acknowledge the needs of the rapidly evolving biotechnology industry while providing agencies the tools to ensure biotechnology is implemented safely. Creating this new regulatory matrix will require a fundamental shift in our approach to managing GM crops.

USDA must abandon its notion that all crops are the same, and instead adopt a regulatory regime better suited to the technological advancements in the field. This will involve close collaboration among all stakeholders throughout the regulatory process. Regulations must also be tailored toward fostering a better understanding of biotechnology and its ecological impacts without ignoring the potential for unforeseen consequences.

In the short-term, enhanced monitoring will improve our ability to detect non-compliance and unauthorized releases into the environment. In addition, data collection from multiple generations of a genetically modified species will help identify any potential unintended negative

---

but Could Take Additional Steps to Enhance Coordination and Monitoring 46 (2008), available at http://www.gao.gov/assets/290/283060.pdf.

[149] NRC REPORT, *supra* note 146, at 142.

impacts that might manifest in the future.[150] In sum, comprehensive monitoring offers an opportunity for regulators to improve their understanding of the indirect impacts GM crops have on ecosystem functions, and in turn, improve regulation.[151]

REFERENCES

AGAPITO-TENFEN, Sara Zanon; *et. al*. *Effect of Stacking Insecticidal Cry and Herbicide Tolerance epsps Transgenes on Transgenic Maize Proteome*, **BMC Plant Biology**, v. 14, n. 1, 2014. A*vailable at* http://bmcplantbiol.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12870-014-0346-8.

AGENCE FRANCE-PRESSE, *'Super Banana' Could Save Millions in Africa*, **TELEGRAPH**, June 16, 2014. Avaiable at: http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/africaandindianocean/10902072/Super-banana-could-save-millions-in-Africa.html.

BAILEY, Pat. *Genetically Engineered Tomato Plant Grows in Salty Water.* **UC Davis**, July 25, 2001. Avaiable at: http://news.ucdavis.edu/search/news_detail.lasso?id=5840 [https://perma.cc/X895-2FFM].

BALBOA, Maria Gabriela. *Legal Framework to Secure the Benefits While Controlling the Risks of Genetically Modified Foods: A Comparison of the Cartagena Protocol and Three National Approaches*, **TEMP. J. SCI. TECH. & Envtl**. v. 31, 2012.

BENBROOK, Charles M. *Impacts of Genetically Engineered Crops on Pesticide Use in the U.S. – The First Sixteen Years*, **Envtl. Sci. Europe**, v. 24, 2012, p. 1, 7-8. A*vailable at* http://www.enveurope.com/content/24/1/24.

BIELLO, David. *Coming to a Cornfield Near You: Genetically Induced Drought-Resistance*, **Sci. American**, May 13, 2011. Avaiable at: http://www.scientificamerican.com/article/corn-genetically-modified-to-tolerate-drought/ [https://perma.cc/2HFR-PQUP].

BRITANNICA DICTIONARY. **Genetically Modified Organisms**. Avaiable at: http://www.britannica.com/science/genetically-modified-organism.

[150] Conner et. al., *supra* note 63, at 35.

[151] U.S. Gov't Accountability Off., GAO-09-60, Genetically Engineered Crops: Agencies are Proposing Changes to Improve Oversight, but Could Take Additional Steps to Enhance Coordination and Monitoring 46 (2008), available at http://www.gao.gov/assets/290/283060.pdf.

BRONNER, David. *Herbicide and Insecticide Use on GMO Crops Skyrocketing While Pro-GMO Media Run Interference*, **Huffington Post**, Sept. 15, 2014, 10:00 AM. Avaiable at: http://www.huffingtonpost.com/david-bronner/herbicide-insecticide-use_b_5791304.html

BROOKES, Graham; BARFOOT, Peter. *Environmental Impacts of Genetically Modified Crop Use 1996–2013: Impacts on Pesticide Use and Carbon Emissions*. **GM Crops & Food**, v. 6, 2015, p. 103, 105. A*vailable at* http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/21645698.2015.1025193 [https://perma.cc/B7E3-YW3B]

CARRIÈRE, Yves; *et al*. *Long-term Regional Suppression of Pink Bollworm by Bacillus thuringiensis Cotton*, **100 PNAS 1519**, 2003, p. 1521-1523. *Available at* http://www.pnas.org/content/100/4/1519.full.pdf [https://perma.cc/BPG3-YSE2].

CONNER, Anthony J. *et. al*. *The Release of Genetically Modified Crops into the Environment*, **Plant J.,** v. 33, 2003, p. 19, 34. Avaiable at: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1046/j.0960-7412.2002.001607.x/epdf

FAURE, Michael; WIBISANA, Andri, *Liability for Damage Caused by Gmos: An Economic Perspective*, **Geo. Int'l Envtl. L. Rev**. v. 23, n. 1, 2010.

FERNANDEZ-CORNEJO, Jorge; *et al*., U.S. Dep't of Agric., ERR-162, **Genetically Engineered Crops in the United States 1**, 2014, *available at* http://www.ers.usda.gov/media/1282246/err162.pdf [hereinafter "USDA REPORT"].

FERNANDEZ-CORNEJO, Jorge; MCBRIDE, William D. **Genetically Engineered Crops for Pest Management in U.S**. Agriculture: Farm-Level Effects 1, USDA, AER-786, 2000, available at http://www.ers.usda.gov/media/491365/aer786a_1_.pdf.

FOOD & AGRIC. ORG. OF THE U.N. **GLOBAL HUNGER DECLINING, BUT STILL UNACCEPTABLY HIGH** 1, 2010. A*vailable at* http://www.fao.org/docrep/012/al390e/al390e00.pdf.

FOOD & AGRIC. ORG. OF THE UNITED NATIONS. Status of Research and Application of Crop Biotechnologies. **Developing Countries**, 2005, *available at* http://www.fao.org/docrep/008/y5800e/y5800e06.htm [hereinafter "FAO REPORT"].

FOOD & AGRIC. ORG. OF THE U.N. **The State of Food and Agriculture 18**, 2004. A*vailable at* http://www.fao.org/docrep/006/y5160e/y5160e07.htm.

FREEDMAN, David H. *The Truth About Genetically Modified Food*. **Sci. American**, Sept. 1, 2013.

Avaiable at: http://www.scientificamerican.com/article/the-truth-about-genetically-modified-food/ [https://perma.cc/3UCJ-8HTW].

GILBERT, Natasha. *Case Studies: A Hard Look at GM Crops*, **NATURE**, v. 497, 2013, p. 24, 24-26. A*vailable at* http://www.nature.com/news/case-studies-a-hard-look-at-gm-crops-1.12907

GILLIS, Justin, *Biotech Firm Mishandled Corn in Iowa*, **Wash. Post**, Nov. 14, 2002. Avaiable at: https://www.washingtonpost.com/archive/business/2002/11/14/biotech-firm-mishandled-corn-in-iowa/eba672e1-5a42-42c6-a1da-70d00d2fa5ba/.

GM BANANAS: From Nutrition to Disease Resistant, **Fresh Fruit Portal.com**, Aug. 23, 2013. Avaible at: http://www.freshfruitportal.com/news/2013/08/23/gm-bananas-from-nutrition-to-disease-resistance/?country=united%20states.

HAMMER, Karl; TEKLU, Yifru. Plant Genetic Resources: Selected Issues from Genetic Erosion to Genetic Engineering, **J. Agric. & Rural Dev. in the Tropics & Subtropics**, v. 109, 2008, p. 15, 15-16. A*vailable at* http://jarts.info/index.php/jarts/article/viewFile/72/65

HECKMAN, Christopher. *Tying its Own Hands: APHIS's Inability to Regulate Genetically Modified Crops*. **Ecology L.Q**. v. 41, 2014.

HUTCHINSON, William D., *et al*. *Areawide Suppression of European Corn Borer with BT Maize Reaps Savings to Non-Bt Maize Growers*, **SCI.**, v. 330, 2010, p. 222, 224-225. A*vailable at* http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1223&context=entomologyfacpub [https://perma.cc/J79B-Q97V].

ISAAA, **Bt Insect Resistant Technology 1**, 2015. Available *at* http://isaaa.org/resources/publications/pocketk/6/default.asp [https://perma.cc/7GRG-SJG2].

KLÜMPER, Wilhelm; QAIM, Matin. *A Meta-Analysis of the Impacts of Genetically Modified Crops*, **PLOS ONE**, v. 9, 2014, p. 1, 4. A*vailable at* http://journals.plos.org/plosone/article/asset?id=10.1371%2Fjournal.pone.0111629.PDF [https://perma.cc/Q2EB-R9KF].

KUNICH, John Charles. *Mother Frankenstein, Doctor Nature, and the Environmental Law of Genetic Engineering*, **S. CAL. L. REV.** v. 74, 2001.

LATHAM, Jonathan R.; *et. al*., *The Mutational Consequences of Plant Transformation*, 2006 **J. Biomedicine & Biotechnology**, v. 1, n. 1, 2006.

LEE-MURAMOTO, Maria R., *Reforming the "Uncoordinated" Framework for Regulation of Biotecnology*, **DRAKE J. AGRIC**. v. 17, 2012.

MANDEL, Gregory N., *Gaps, Inexperience, Inconsistencies, and Overlaps: Crisis in the Regulation of Genetically Modified Plants and Animals*, **WM. & MARY L. REV**. v. 45, 2004.

MANDEL, Gregory N., *Toward Rational Regulation of Genetically Modified Food*, **4 SANTA CLARA J. INT'L L.** v. 21, 2006.

MARRAPESE, Matha E.; KRASNY, Leslie T., **Addressing the Complexities of Regulatory Schemes for GMOs and Products Derived from Them**, ASPATORE 2014 WL 7247056, 2014.

MEET THE 'SUPER BANANA' – A Vitamin – Enriched Upgrade that Could Save Lives. **The Guardian**, June 17, 2014, 10:24 PM. Avaiable at: http://www.theguardian.com/lifeandstyle/shortcuts/2014/jun/17/super-banana-vitamin-enriched-upgrade.

MONTGOMERY, Emily. *Genetically Modified Plants and Regulatory Loopholes and Weaknesses Under the Plant Protection Act*, **Vt. L. Rev**. v. 37, 2012.

MORIN, Monte. *Creating a 'Genetic Firewall' for GMOs*, **L.A. Times**, Jan. 21, 2015, 3:18 PM. Avaiable at: http://www.latimes.com/science/sciencenow/la-sci-sn-gmo-escape-20150121-story.html

NATIONAL HUMAN GENOME RESEARCH INSTITUTE. **Genetic Engineering**. Avaiable at: http://www.genome.gov/glossary/index.cfm?id=82 (last visited Aug. 5, 2015).

PETERSON, Garry et al. *The Risks and Benefits of Genetically Modified Crops: A Multidisciplinary Perspective*. **Conservation Ecology**, v. 4, 2000, p. 13. A*vailable at* http://www.consecol.org/vol4/iss1/art13/

POLLACK, Andrew. *By 'Editing' Plant Genes, Companies Avoid Regulation*, **NY Times**, Jan. 2, 2015. A*vailable at* http://www.nytimes.com/2015/01/02/business/energy-environment/a-gray-area-in-regulation-of-genetically-modified-crops.html?_r=0.

PORTER, John R., *et al*. ***2014: Food Security and Food Production Systems, in* Climate Change 2014**: Impacts, Adaptation, and Vulnerability, p. 485, 494 (Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2014). A*vailable at* https://ipcc-wg2.gov/AR5/images/uploads/WGIIAR5-Chap7_FINAL.pdf

QUE, Qiudeng, *et al*. Trait Stacking in Transgenic Crops: Challenges and Opportunities, **1 GM CROPS 220**, 220 (2010), *available at* http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.4161/gmcr.1.4.13439 [https://perma.cc/MY8G-BLUZ].

SNOW, A. A.; *et al*., Ecological Society of America, *Genetically Engineered Organisms and the Environment: Current Status and Recommendations*, **Ecological Applications**, v. 15, 2005.

TENG, Paul P.S. *et al*. **Impact of Climate Change on Food Production:** Options for Importing Countries, 2015. A*vailable at* https://www.rsis.edu.sg/wp-content/uploads/2015/05/PB150529_Impact-of-Climate-Change-on-Food-Production.pdf.

UN. **Biosafety Resource Book 1**, 2011, available at http://www.fao.org/3/a-i1905e.pdf [hereinafter "FAO Biosafety Resource Book"].

USDA, **Recent Trends in GE Adoption, Adoption of Genetically Engineered Crops in the U.S.**, July 9, 2015. Avaiable at: http://www.ers.usda.gov/data-products/adoption-of-genetically-engineered-crops-in-the-us/recent-trends-in-ge-adoption.aspx [https://perma.cc/54TY-8KWL].

WALTZ Emily. *Gene-edited CRISPR Mushroom Escapes US Regulation*, **Nature**, v. 532, 2016, p. 293. A*vailable at* http://www.nature.com/news/gene-edited-crispr-mushroom-escapes-us-regulation-1.19754.

WEED Resistance by Country and Site Action, **Int'l Survey of Herbicide Resistant Weeds**, May 9, 2016. Avaiable at: http://weedscience.org/summary/countrysummary.aspx.

WEISE, Elizabeth. Genetically Modified Crops had Bumper Year in 2001. **USA TODAY**, Feb. 8, 2012. Avaiable at: <http://usatoday30.usatoday.com/money/industries/food/story/2012-02-06/biotech-crops/53005000/1>.

WILSON, Julie. *Experimental GMO Crops Sprouting Up Across America, while USDA, the Overseeing Agency, Takes 'Industry-Friendly Approach*,' **Natural News**, Apr. 1, 2016. Avaiable at: http://www.naturalnews.com/053508_GMO_crops_USDA_Monsanto.html.

VERMA, Smita Rastogi, *Genetically Modified Plants: Public and Scientific Perception*, 2013. **Int'l Scholarly Research Notices: Biotechnology**, 2013, P. 1, 3-6. A*vailable at* http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4393037/#__ref-listid251725title.

ZHANG, Hong-Xia; BLUMWALD, Eduardo. *Transgenic Salt-tolerant Tomato Plants Accumulate Salt in Foliage but not in Fruit*, **Nature Biotechnology**, v. 19, 2001.

A NECESSIDADE DE ADOÇÃO TRANSNACIONAL DE MEDIDAS PARA PROMOÇÃO DAS PATENTES VERDES: UMA PARTICIPAÇÃO MAIS EFETIVA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Marcos Vinicius Viana da Silva[1]

INTRODUÇÃO

A organização mundial de propriedade intelectual, em português OMPI e na sigla em Inglês WIPO, lançou no final da década de 2000 uma lista de produtos que seriam benéficos ao meio ambiente, e que acabariam por promover a sustentabilidade, ao menos na esfera ambiental.

Todavia, apesar de ter informado quais seriam as áreas sensíveis do conhecimento que mereciam o tratamento diferenciado, acabou por deixar a cargos dos países a forma com que a promoção ocorreria na prática, evidenciando apenas que tal promoção deveria ocorrer dentro do campo administrativo interno.

Dito isto, o objetivo do presente artigo é verificar, inicialmente, quais foram os países que protegeram as patentes verdes e como o Brasil e ao menos outra nação o fez. Com esta resposta inicial buscar-se-á responder ao questionamento principal da pesquisa, que pode ser expresso da seguinte forma: é necessária uma padronização transnacional no campo da proteção das patentes verdes?

No tocante a hipótese de pesquisa, acredita-se que existe um grupo razoável de países que buscou proteger as patentes verdes, e que dentre estes as formas de proteção foram relativamente semelhantes. Já relacionado a pergunta principal, acredita-se que ao delegar aos Estados o dever de estabelecer as medidas protetivas da patente verde, a OMPI acabou por equivocar-se, devendo ser adotada uma medida transnacional pela própria instituição.

Para que seja possível confirmar ou refutar as hipóteses propostas, dividiu-se a pesquisa em três itens, que se complementam e dão profundidade ao tema estudado. No item 1, tratar-se-á do sistema de patentes em geral, da propriedade industrial e do conceito de patente verde.

[1] Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (doutorado). Endereço eletrônico: mvsilva0805@gmail.com. Bolsista do Programa UNIEDU PÓS-GRADUAÇÃO SC.

No segundo item, o artigo irá abordar em que locais a patente verde foi protegida, comparando ao menos dois países em relação aos mecanismos pelos quais tal forma de patente foi promovida.

Por fim, no item 3, discutir-se-á a figura da OMPI no processo transnacional de patentes, bem como seu possível dever de instituição promotora de medidas transnacionais para a real promoção das patentes verdes na esfera internacional.

Referente a metodologia, será utilizado o método indutivo[2], tanto para coleta dos dados quanto no tratamento dos mesmos. Já no tocante as técnicas, serão utilizadas as técnicas do Referente[3], da Categoria[4], do Conceito Operacional[5] e da Pesquisa Bibliográfica[6].

1. A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Ao tratar de sistema patentário, no qual se enquadra a patente verde, é imperioso informar que seu estudo está situado dentro de uma lógica maior, qual seja o da propriedade intelectual. Área jurídica estabelecida dentro do direito empresarial, mas que possui considerável independência acadêmica.

Os direitos de propriedade intelectual encontram-se garantidos, primeiramente na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXVII e seguintes, do qual se pode destacar a presente citação: "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação, ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros no tempo em que a lei fixar".[7]

Todavia, aduzir a proteção constitucional não informa o conceito, ou mesmo a abrangência ampla da propriedade intelectual, assim, é necessário a apresentação de um conceito operacional

[2] "**MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral." Conforme PASOLD, Cesar Luiz**. Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

[3] "**REFERENTE**: 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, p. 209.

[4] "**CATEGORIA**: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de umaidéia(sic)." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática, p. 197.

[5] "**CONCEITO OPERACIONAL [COP**]: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic)expostas." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática, p. 198.

[6] "**PESQUISA BIBLIOGRÁFICA**: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática, p. 207.

[7] BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal**: Artigo 5º, XXVII. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Na da de 22 de julho de 2016.

para o tema, narrado neste artigo pelo dizeres de Pimentel.[8]

> O Direito de Propriedade Intelectual brasileiro compreende hoje o conjunto da legislação federal, oriunda do legislativo e executivo, de caráter material, processual e administrativo. Este Direito abrange as espécies de criações intelectuais que podem resultar na exploração comercial ou vantagem econômica para o criador ou titular e na satisfação de interesses morais dos autores.

Isto posto, é possível compreender que a propriedade intelectual é aquela ligada a uma criação mental do homem, representado em um direito imaterial, que muitas vezes carrega maior importância que a própria materialidade do invento.

Dentro desta esfera do direito encontra-se a propriedade industrial, que é o ramo do direito que visa proteger a produção intelectual humana inerente aos produtos e aplicações voltadas ao conhecimento e produção industrial.

Assim, tratar-se-á primeiramente da propriedade industrial e em sequência das patentes verdes propriamente ditas.

1.1 Da Propriedade Industrial

Conforme narrado anteriormente, a propriedade industrial é denominada para toda e qualquer produção de produtos ou serviços que possuam alguma aplicação na indústria, e que por consequência a este pressuposto seja capaz de gerar algum tipo de lucro para aquele que produz a invenção ou ainda a explora.

Dentro deste ramo existe uma divisão clássica, que define como ramos da propriedade das industrias as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos indústrias, as marcas, as indicações geográficas e a concorrência desleal.[9]

A regulamentação desta área acadêmica está legalmente definida pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, também denominada da Lei da Propriedade Industrial, ou apenas LPI, que traz como principais direitos de toda a propriedade industrial, bem como aponto as características básicas para garanti-los.[10]

É considerado como principal direito da propriedade industrial a exclusividade na

[8] PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Universidade**: aspectos legais. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. P. 17

[9] WACHOWICZ, Marcos; PALAO MORENO, Guillermo; PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Propriedade intelectual**: inovação e conhecimento. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2010.

[10] INPI, Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=107&Itemid=65, na data de 7 de julho de 2016.

exploração, produção ou alienação do bem ou serviço desenvolvido, possibilitando assim ao inventor receber alguma espécie de lucro.

Sobre o tema Tafforeau explana: “Le droit d’exploitation est l’ensemble de prerógative qui permettent à l’auteur de subordonne l’utilisation de ses ouvres au paiement d’une remunerátion.”[11]

Todavia, para que o direito da propriedade industrial seja assegurado, algumas medidas devem ser tomadas, dentre as quais se destaca a necessidade de registro no INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), além do pagamento de taxas administrativas.

Outrossim, as criações no campo da propriedade industrial, tais como as invenções, modelos de utilidade e desenhos industriais, dependem de requisitos como: de novidade, aplicação industrial, atividade inventiva.[12]

Descritos estes pontos gerais da propriedade industrial, analisar-se-á em seguida como foram determinadas e instituídas as patentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas levando-se em consideração que sua existência segue regramentos internacionais delimitados por tratados e instituídos e fomentados pela OMPI.

1.1.1 Das Patentes De Invenção

Introdutoriamente, apresenta-se um conceito para patente de invenção, nas palavras de Santos[13], informando novamente que, apesar de possíveis peculiaridades especificas, as características de uma patente de invenção se assemelham em quase todos os países.

Conceitua-se patente como o título concedido pelo Estado ao autor de uma criação inventiva, de utilidade industrial, na forma de invenção, garantindo-lhe a propriedade e o uso exclusivo, por lapso temporal estabelecido em lei.

Informando o conceito, aduz-se que segundo a Lei nº 9.279, os requisitos básicos para a patenteabilidade de uma invenção, foram estipulados no artigo 8º, que assim informa “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação

[11] TAFFOREAU, Patrick. **Droit de la Propriété intellectuelle**: propriété littéraire et artistique, propriété industrielle et droit international. Gualiano editer: Paris, 2004. p. 130.

[12] BINCTIN, Nicolas. **Droit de la propriéte intellectuelle**. LGDJ : Paris, 2010.

[13] SANTOS, Ozéias. **Marcas e patentes, propriedade industrial** São Paulo: INTLEX informações jurídicas Ltda., 2001. P. 12

industrial”[14].

Assim, são três os requisitos mínimos para a concessão da proteção Estatal, o primeiro deles, à novidade, está conectada com o desenvolvimento de um produto que o diferencia do estado da técnica.

Em outras palavras, o estado da técnica é o modelo em que se encontra determinado produto ou método nos meios científicos e sociais em geral antes de o inventor depositar seu pedido de patente. Significaria que o que as pessoas já conhecem relacionado a um produto seria considerado o estado da técnica, neste sentido não se pode proteger algo que já é conhecido, ferindo assim a inovação.[15]

Já a atividade inventiva constitui tudo aquilo que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira óbvia do estado da técnica[16]. Trata-se, portanto, de um trabalho intelectual diferenciado realizado pelo inventor, que se utilize de métodos ou caminhos não comuns ao técnico daquele assunto.

Por fim, a patenteabilidade verifica-se através de um aspecto utilitarista, que ocorre quando a mesma pode ser aplicada às indústrias em geral, de forma ampla tal aspecto é o mais versátil dos apresentados para a concessão de uma patente, uma vez que praticamente tudo que for novo torna-se aplicável a indústria atual.[17]

Assim, em suma, para algo ser patenteado como invenção deve ser novo, ser elaborado de uma forma que o técnico comum não encontre, e útil industrialmente. Tais aspectos correspondem ao valor social da invenção, em sua estrutura como um trabalho intelectual que visa o desenvolvimento econômico e tecnológico.

Possuindo o produto os requisitos necessários apresentados acima, deve o inventor realizar o pedido administrativo ao INPI, que realizará uma análise do objeto, buscando verificar se ele realmente apresenta as características necessárias, bem como se for a realizado o pagamento das

[14] BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Na data de 22 de junho de 2016.

[15] DEL NERO, Patricia Aurelia. **Propriedade intelectual**: a tutela jurídica da biotecnologia. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2004.

[16] BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Na data de 22 de junho de 2016.

[17] BARBOSA, Denis Borges; JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Propriedade intelectual**: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

taxas estatais pertinentes.[18]

Em contrapartida ao esforço do inventor, o Estado concede ao inventor o direito de exploração, narrada anteriormente, pelo prazo fixo de 20 anos, independe do objeto que está sendo protegido, e posteriormente a este período o bem cai em domínio público, podendo ser utilizado por qualquer pessoa em qualquer localidade do mundo.[19]

Uma vez estabelecido o que uma patente de invenção e o que é necessário para sua concessão, apresenta-se no final do primeiro item o conceito geral das patentes verdes.

1.2 O Instituto das Patentes Verdes

O tema patente verde teve origem na OMPI – Organização Mundial da Propriedade Industrial no ano de 2009, quando fora editada que algumas patentes deveriam possuir prioridade em relação a outras devido sua importância para o meio ambiente.[20]

Esta proposta estava diretamente relacionada com conceitos da Agenda 21, que trazia a importância da proteção de tecnologias sustentáveis:

São tecnologias que protegem o meio ambiente; são menos poluentes; utilizam todos os recursos de uma forma mais sustentável; reciclam mais resíduos e produtos e tratam os dejetos residuais de uma maneira mais aceitável.[21]

Os temas patenteáveis que foram selecionados pela OMPI para proteção especial foram Energia alternativa, Transporte, Conservação de energia, Gerenciamento de resíduos, Agricultura, Energia Nuclear e normas e regulamentos administrativo.

Segundo a OMPI, a proteção a estes produtos deveria ocorrer de maneira a facilitar seu desenvolvimento, aprimorando e ampliando assim a sustentabilidade no âmbito global.

---

[18] DIRPA, Diretoria de Patentes. **Manual para o depositante de patentes**. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/arquivos/manual-para-o-depositante-de-patentes.pdf. Na data de 22 de junho de 2016.

[19] BARBOSA, Denis Borges; JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Propriedade intelectual**: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

[20] The “IPC Green Inventory” was developed by the IPC Committee of Experts in order to facilitate searches for patent information relating to so-called Environmentally Sound Technologies (ESTs), as listed by the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC).

[21] A Agenda 21 foi um dos principais resultados da conferência Eco-92 ou Rio-92, ocorrida no Rio de Janeiro, Brasil, em 1992. É um documento que estabeleceu a importância de cada país a se comprometer a refletir, global e localmente, sobre a forma pela qual governos, empresas, organizações não-governamentais e todos os setores da sociedade poderiam cooperar no estudo de soluções para os problemas socioambientais.

Não fora do eixo desta pesquisa, informa-se que para a presente pesquisa é utilizado o conceito de sustentabilidade descrito por Freitas, que apresenta o tema como sendo "[...]pensar em referencias arrojadas, com respeito consciente e pleno à titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram e à ligação de todo os seres, acima das coisas"[22]

De forma mais especifica o objetivo das patentes verdes era de promover uma sustentabilidade principalmente ambiental, fazendo assim uma menor deterioração do meio ambiente.

Dito isto, é nítido que a patente verde criada pela OMPI possui a função de promoção de medidas que ampliem a sustentabilidade, tendo apenas se ocupado de informar as áreas principais em que esta sustentabilidade deveria ser promovida, sem que para tanto definisse como isto realmente ocorreria.

Apresentados estes argumentos, nos parágrafos que seguem será disposto quem positivou as patentes verdes e como elas foram aplicadas na prática.

2. PROTEÇÃO DAS PATENTES VERDES

Após a instituição das patentes verdes pela OMPI os países iniciaram seus próprios processos de nacionalização de medidas para a instauração de tal medida.

Todavia, como a proposta das patentes verdes não foi lançada como um tratado, que teria poder de imposição sobre os países, sua adoção ocorreu apenas nas nações que tinham o objetivo de aprimoramento do campo das patentes ao passo que também promoviam a proteção do meio ambiente.[23]

Esclarecido este elemento, apresentam-se inicialmente os países que adotaram as patentes verdes no âmbito internacional.

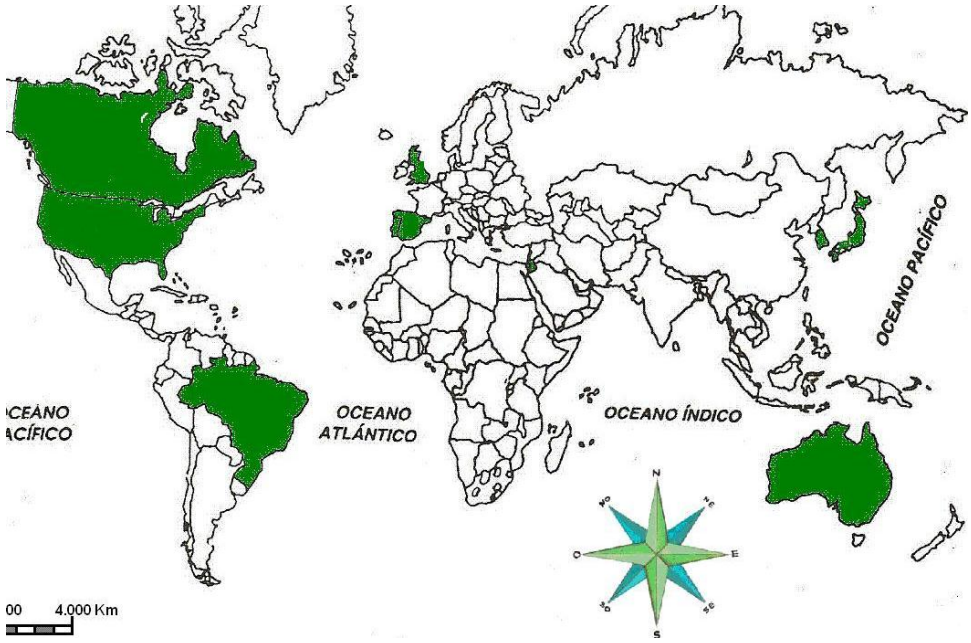
2.1 Patente Verde e a Nacionalização Internacional.

A medida da patente verde apesar de não obrigatória vem ganhando mais espaço a medida do tempo e da pressão internacional para a construção de medidas mais sustentáveis.

[22] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009, p. 34.

[23] O tratados internacional segundo Rezek "é todo acordo formal concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público, e destinado a produzir efeitos jurídicos, sendo em si mesmo, um simples instrumento". Uma vez assinado tal documento ele deve ser cumprido pelas partes, levando-se em consideração o princípio da *pacta sunt servanda.* REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 15. ed. rev., aum. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

Tal afirmativa se consubstancia na quantidade de estados membros do programa, que possuem 7 anos, e hoje conta com mais de 20 países, enquanto no ano de 2012 contava com 8 Estados signatários. Apresenta-se inicialmente uma tabela de 2012 desenvolvida por Reis[24]:



Já em 2016, além dos países acima exteriorizados, ocorreu o ingresso de países como China, Índia e Rússia, além de várias nações da união europeia, podendo destacar a França, Alemanha, Polônia, Dinamarca e Suécia.[25]

O aumento na taxa de países participantes da medida representa um avanço no campo do desenvolvimento da sustentabilidade, bem como na força global que a própria OMPI apresenta nas suas diretrizes, que mesmo não obrigatória são nacionalizadas pelos países com maior quantidade de proteção de patentes.[26]

Estipulados os países que adotaram a medida, vale destacar quais são as formas de promoção das patentes verdes, tendo em vista que cada país deveria fazê-lo de forma diferenciada. Assim, nos próximos parágrafos o artigo se ocupará de evidenciar as formas de proteção das patentes verdes no Brasil e Espanha, países que participam do projeto das patentes

[24] REIS, Patrícia Carvalho dos e SANTOS, Douglas Alves. **Patentes Verdes no Brasil.** Rio de Janeiro 18 de Junho de 2012. Disponível em: www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1340223723.ppt. Na data de 22 de junho de 2016.

[25] OECD. **Organisation for Economic Co-operation and Development**. Disponível em: http://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/green-patents.htm. Na data de 22 de junho de 2016.

[26] Os países que mais aumentaram o número de demandas foram China (+16,8%), Coreia do Sul (+11,5%), Israel (+7,4%), Suíça (+4,4%), Japão (+4,4%) e Holanda (+3,6%). EXAME, Revista. **EUA se mantêm como país que registra mais patentes no mundo**. 16/03/2016. Disponível em: http://exame.abril.com.br/economia/noticias/eua-se-mantem-como-pais-que-registra-mais-patentes-no-mundo. Na data de 22 de junho de 2016.

verdes desde seu início.

2.1.1 Patente verde no Brasil

Seguindo as diretrizes internacionais de promoção das invenções que possuem capacidade sustentável de desenvolvimento, o INPI, em comunhão com a OMPI, lançou no ano de 2012 um projeto piloto de análise de patentes de forma mais célere.

De maneira similar ao que fora enunciado pela OMPI, o Brasil buscou estabelecer diretrizes de incentivo para uma proteção especial das invenções nos seguintes ramos: Energia alternativa, Transporte, Conservação de energia, Gerenciamento de resíduos, Agricultura.[27]

Esta lista de áreas de invenção é bastante semelhante àquela elaborada pela OMPI, estando fora apenas a energia nuclear e administrativa, uma vez que estas não fazem parte do programa energético e de desenvolvimento nacional.

Atualmente a relação das parentes verdes está tutelada pela resolução n° 83/2013 que disciplina o tema, trazendo então um objetivo geral para o programa:

Com o objetivo de incentivar a inovação em prol do meio ambiente, o INPI criou a patente verde a qual se trata invenções tecnológicas para obter melhor gestão dos recursos naturais e do meio ambiente.[28]

O diferencial estabelecido pelo INPI das patentes verdades em relação as patentes convencionais, está relacionado com o tempo administrativo para análise e concessão ou negativa do pedido patentário.

No caso das patentes verdes, o prazo para análise é muito inferior aos pedidos de patentes não verdes. Verifica-se que se geralmente uma patente leva em média 11 anos para ser deferida, enquanto uma patente verde pode levar apenas 9 meses, devido a sua importância para a economia e principalmente para o meio ambiente.[29]

[27] BRASIL, República Federativa do. **Resolução nº 83/2013**: Prorroga e expande o Programa Piloto de exame prioritário de pedidos de Patentes Verdes no âmbito do INPI e dá outras providências. Disponível em http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_83-2013_prorrogacao_patentes_verdes.pdf. Na data de 22 de junho de 2016.

[28] BRASIL, República Federativa do. **Resolução nº 83/2013**: Prorroga e expande o Programa Piloto de exame prioritário de pedidos de Patentes Verdes no âmbito do INPI e dá outras providências. Disponível em http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_83-2013_prorrogacao_patentes_verdes.pdf. Na data de 22 de junho de 2016.

[29] MONACO, Rafael. **Brasil ocupa penúltima posição em ranking de patentes válidas**: relatório da Organização Mundial de Propriedade Intelectual mostra que, entre 20 países analisados, o Brasil só ganha da Polônia. Por aqui, a espera por uma

Vale descrever que os requisitos da proteção das patentes verdes são exatamente os mesmo de uma patente normal, bem como os benefícios do inventor, o que ocorre na verdade, no campo nacional, é uma célere análise do pedido e da tramitação administrativa.

Evidentes estes pontos, pode-se compreender que o Brasil adotou a tendência internacional ditada pela OMPI, criando um sistema de patentes verdes, que busca proteger de maneira mais rápida as propriedades industrias que possuem relação direta com a sustentabilidade.

Analisa-se em sequência a relação das patentes verdes no campo da legislação espanhola, buscando evidenciar possíveis relações e distinções entre o Brasil e o pais europeu.

2.1.2 Patente Verde na Espanha

As patentes verdes, conforme citado anteriormente, são originárias de um processo internacional de promoção de patentes que causem uma menor degradação do meio ambiente ou que gerem uma produção mais limpa.

Como a medida internacional delegava ao campo administrativo interno o incentivo as patentes verdes, na Espanha seu desenvolvimento ocorreu de forma análoga ao que fora instituído no Brasil, através de um procedimento burocrático acelerado, em que as patentes eram deferidas em tempo inferior ao de costume.

Segundo a Oficina Espanhola de Patentes e Marcas (OEPM), a instituição da patente verde foi bem recebida pelos inventores, que ano após ano estão aumentando a quantidade de depósitos nesta área da propriedade industrial. Tal assertiva pode ser verificada na citação da OEPM que relata o aumento do ano de 2010 para 2015.

> Un 2,7% de las solicitudes corresponde a patentes clasificadas como “patentes verdes”, es decir, que pertenecen a sectores tecnológicos respetuosos con el medio ambiente. Actualmente Un 6,4% de las solicitudes corresponde a patentes clasificadas como “patentes verdes.[30]

Destacam-se dois pressupostos no caso espanhol, o primeiro deles está conectado com as

concessão pode ultrapassar 14 anos. Abril de 2014. Disponível em: http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2014/04/1,35905/brasil-ocupa-penultima-posicao-em-ranking-de-patentes-validas. na data de 07 de março de 2016.

[30] OEPM, Oficina Espanhola de Patentes e Marcas. **La OEPM es el Organismo Público responsable del registro y la concesión de las distintas modalidades de Propiedad Industrial.** Disponível em: http://www.oepm.es/es/index.html. Na data de 22 de junho de 2016.

temáticas a serem protegidas, que se assemelha a brasileira, até mesmo porque são ambas derivadas da diretriz internacional, ocorrendo o acréscimo das modalidades de Gerenciamento de resíduos e Agricultura. [31]

O segundo pressuposto se evidencia na celeridade das patentes verdes na Espanha, no país europeu a média das patentes verdes ocorre dentro do prazo de 10 a 12 meses, aproximando-se em muito com o que ocorre no Brasil. Todavia, no caso espanhol a redução de tempo é consideravelmente inferior ao brasileiro, se for comparado em termos de percentual.

Se na relação brasileira se obtém um ganho de 12 vezes na celeridade, uma vez que uma patente regular leva em média 12 anos para ser deferida, enquanto a verde 12 meses, na Espanha a média de uma patente normal é de 22 meses, tendo apenas uma redução de 50% na velocidade de análise.

> En concreto, el periodo medio de concesión de una patente en España es de unos 22 meses con un coste aproximado de 3.000 euros, a lo que hay que añadir las anualidades que el inventor debe abonar a la OEPM durante los 20 años de protección máxima de la patente.[32]

Por fim, no tocante as patentes verdes na Espanha, é importante informar que inexiste naquele país qualquer norma especifica voltada a promoção específica deste ramo da propriedade industrial, sendo informado o projeto para alteração da legislação de propriedade industrial na Espanha já prevê a possibilidade da própria norma geral estabelecer as diretrizes para as patentes verdes.[33]

Diante destes argumentos, verifica-se que ambos os países adotaram medidas muitos semelhantes para a proteção da propriedade intelectual, todavia a consequência da proteção se mostra bastante diferente, uma vez que no final do processo a redução do tempo é enorme no Brasil, enquanto na Espanha é consideravelmente menor.

Frente a esta exposição, no derradeiro item desta pesquisa, discutir-se-á a necessidade de uma diretriz internacional no campo das patentes verdes, tendo em vista as divergências na

---

[31] OEPM, Oficina Espanhola de Patentes e Marcas. **La OEPM es el Organismo Público responsable del registro y la concesión de las distintas modalidades de Propiedad Industrial.** Disponível em: http://www.oepm.es/es/index.html. Na data de 22 de junho de 2016.

[32] FERNANDEZ, Rebeca. La burocracia y los costes excesivos ahogan a los inventores españoles: El Confidencial. Disponível em: http://goo.gl/PL2mqb

http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-11-30/creatividad-perseverancia-y-control-del-gasto-el-periplo-de-los-inventores-espanoles_1108487/. Na data de 22 de junho de 2016.

[33] OEPM, Oficina Espanhola de Patentes e Marcas. **La OEPM es el Organismo Público responsable del registro y la concesión de las distintas modalidades de Propiedad Industrial.** Disponível em: http://www.oepm.es/es/index.html. Na data de 22 de junho de 2016.

proteção diferenciada em cada país.

3. A OMPI E AS DEMANDAS TRANSNACIONAIS DE PROTEÇÃO DAS PATENTES VERDES

Conforme relatado nos itens anteriores, foi através de uma diretriz da OMPI que foi idealizada e produzida uma proteção diferenciada para as patentes verdes, porém não fora informado exatamente o que é esta organização, qual sua importância no âmbito internacional e como ela pode interagir na padronização de uma norma para as patentes verdes.

Neste sentido, inicialmente se informará o que é e para que serve a OMPI, partindo então para verificar a sua competência no âmbito de uma padronização de normativa voltada a proteção das patentes verdes.

3.1 Característica e Conceito da OMPI

Vestibularmente informa-se que a OMPI é uma forma de representação de uma Organização Internacional Governamental (OI), que é constituída pela vontade de vários estados, que juntos criam uma personalidade jurídica própria e com determinada função.

Segundo os dizeres de Mazzuoli[34], uma OI pode ser caracterizada como:

> Associação voluntária de sujeitos do direito internacional, criada mediante tratados internacionais (nominado de convênio constitutivo) e com personalidade jurídica distinta de seus membros, que se realiza em um organismo próprio e estável, dotado de autonomia e especificidade, possuindo ordenamento jurídico interno e órgãos auxiliares, por meio do quais realiza os propósitos comuns dos seus membros, mediante os poderes próprios que lhes são atribuídos.

No tocante a OMPI, esta possui a função de elaborar normativas internacionais de padronização das normas de propriedade intelectual, e para tanto foi construída com base em dois tratados internacionais do século XIX, Tratado de Berna de 1886 e de Paris de 1883, que cuidam especificamente dos direitos do autor e de direito da propriedade industrial respectivamente.

Tal organização pode ser denominada como “The World Intellectual Property Organization (WIPO) is one of the specialized agencies of the United Nations (UN) system of organizations.”,

[34] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional público**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

Tendo seu desenvolvimetno atrelado a “The “Convention Establishing the World Intellectual Property Organization” was signed at Stockholm in 1967 and entered into force in 1970”.[35]

Historicamente vale relatar que a OMPI acabou por possuir maior autonomia após o acordo TRIPS, que sob a forma de tratado passou a delimitar as normas básica sobre propriedade intelectual internacionalmente.

A existência dos tratados idealizados pela OMPI é de suma importância, isto porque são os tratados que podem delimitar uma obrigatoriedade mais eficaz no campo do direito internacional público, isto porque segundo a teoria de Trieppel, cada Estado é soberano para se submeter a determinadas normas. Assim, quando um país ratifica determinado tratado ele se obriga internacionalmente a cumpri-lo.

Atualmente a OMPI, que possui sede em Genebra na Suíça, se ocupa de promover medidas de desenvolvimento do sistema internacional de propriedade intelectual, buscando difundir as normas e conhecimentos sobre o tema e desenvolver práticas que correlacionem o direito de propriedade com os objetivos gerais da Organização das Nações Unidas.

Isto ocorre porque a OMPI é um órgão especializado da ONU, que cuida de uma área especifica, porém é regido pelas diretrizes gerais da organização que envolve praticamente todos os Estados do globo. De forma análoga podemos verificar a OMS, OMC, OIT como sendo também formas de OI vinculadas a ONU.

Elencados estes pontos, é necessário verificar quais são as demandas transnacionais no campo das patentes verdes, como a OMPI pode tentar resolver estas de demandas, bem como qual a importância da resolução deste tema.

3.2 Demandas Transnacionais e as Patentes Verdes

Já tendo sido evidenciado o que são as patentes verdes, bem como o que é a OMPI, é imperioso definir o que seriam demandas transnacionais, e depois sim elenca-las com as patentes denominadas verdes.

[35] WIPO, World Intellectual Property Organization. **The Concept of Intellectual Property,** Genebra. Disponível em: http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf. Na data de 21 de julho de 2016.

Para tanto, utiliza-se os dizeres de Cruz e Bodnar[36], ao afirmarem o seguinte:

> O fenômeno da transnacionalidade deve ser uma força que opera em duas direções: uma que age na superação do modelo clássico e ultrapassado de Estado Nacional, mediante a criação de novos espaços de governança; e a outra que agrega, fomenta e coordena a ação local dos Estados com efeitos no plano global a partir de pautas axiológicas de amplo consenso.

Assim, levando-se em conta que a transnacionalidade é uma forma de representação de discussões que transpassam a figura propriamente dos Estados e do enclausuramento de normas editadas para demandas exclusivamente locais, uma demanda transnacional se consubstanciaria por uma inquietação que transpassa o Estado, e mais, que emerge de relações de governança transnacional.

Sobre a Governança transnacional novamente nos socorremos de Cruz e Bodnar, que caracterizam o tema como sendo uma forma de solução para problemas globais através de uma "articulação entre o poder local e o global, baseada na cooperação e na solidariedade"[37].

Isto posto, no campo das patentes verdes, a questão a ser discutida e possivelmente solucionada está diretamente relacionada com a necessidade de um diálogo global para a adoção de medidas transfronteiriças no real desenvolvimento das patentes verdes.

Se de um lado a OMPI adotou uma medida internacional para a proteção das patentes verdes, de outro ele deixou a cargo dos Estados as formas com que a promoção da medida se desenvolveria, o que acaba por representar grandes diferenças como ocorre no Brasil, enquanto em outros países a diferença é mínima.

Evidente isto, e levando em consideração que um produto revolucionário ao meio ambiente e sustentabilidade como um todo não pode ser protegido em um único país, mas sim precisa correr todo o globo, é necessário que se adote uma medida global pela OMPI para responder a esta demanda transnacional.

No intuito de discutir a problemática apresentada, no último item desta pesquisa almeja-se evidenciar algumas formas de resposta transnacional adota pela OMPI no campo das patentes verdes.

---

[36] CRUZ, Paulo Marcio, BODNAR, Zenildo. **A governança transnacional ambiental na rio + 20.** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 79-103, dez. 2013

[37] CRUZ, Paulo Marcio, BODNAR, Zenildo. **A governança transnacional ambiental na rio + 20.** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 79-103, dez. 2013

3.3 Respostas Transnacionais Na Área Das Patentes Verdes

Diagnosticada a existência de demandas transnacionais no campo das patentes verdes, é preciso que uma forma de resposta seja dada, a fim de que as pessoas que buscam desenvolver mecanismos de proteção voltados ao desenvolvimento sustentável[38] sejam favorecidos.

Para tanto, não basta que a OMPI tenha informado as áreas da propriedade industrial que merecem benefícios, e ter igualmente direcionado estes benefícios para o âmbito administrativo de cada país. É necessário que seja adotado uma diretriz internacional para proteção das patentes verdes.

Como forma de solucionar a problemática global o presente artigo enumera algumas possibilidades, que podem caminhar tanto no âmbito interno, como ainda na esfera internacional da propriedade industrial, principalmente no campo das patentes de invenção.

No que tange o âmbito interno, a OMPI poderia determinar que cada país reduzisse os custos de proteção de uma patente, quando essa fosse elencada como sendo verde. Tal diretriz se adotada internacionalmente poderia reduzir drasticamente o custo operacional das patentes, o que geraria um incentivo econômico eficiente.

A medida financeira interna se mostra válida, porém deve ser idealizada no campo global, isto porque quando de uma proteção patentária o inventor deve requisitar o registro e o pagamento de taxas em todos os países que almeja proteger, o que, a depender da possível lucratividade da invenção gera altos custos.

Apesar da simplicidade de tal medida, uma problemática se atrela a ela de forma praticamente instantânea. Em caso dos países adotassem uma taxa próxima a zero para as patentes verdes, quem arcaria com o custo desta forma especial de patente de invenção?

Atualmente, mesmo que com possível defasagem, são as taxas de proteção que financiam todo o sistema de análise de propriedade industrial. Assim, caso inexistisse o pagamento de valores para patentes verdes, a OMPI seria obrigada a idealizar uma forma secundaria de repasse de valores parar os órgãos administrativos internos.[39]

---

[38] O desenvolvimento global e qualitativo, aliado à proteção efetiva do meio ambiente, constitui um dos grandes desafios para as sociedades contemporâneas. Estabelecer as diretrizes sustentáveis para um futuro com mais prudência ambiental e com a gestão adequada dos riscos é uma das principais tarefas do Direito Ambiental. Assim, o objeto deste estudo é desenvolver a concepção da sustentabilidade enquanto princípio jurídico. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009, p. 107.

[39] DEL NERO, Patricia Aurelia. **Propriedade intelectual**: a tutela jurídica da biotecnologia. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP:

Isto posto, a medida interna, apesar de válida, gera dilemas complexos e que necessitam interação diretamente com as legislações e orçamentos de todos os países membros da OI.

De outra feita, no campo internacional, duas medidas poderiam teoricamente ser adotadas, a primeira se consubstancia nas delimitações teórico práticas que um item precisa ter para ser patenteado. Aduz-se aqui uma relativização das características básicas para que um bem seja considerado uma patente de invenção.

Tal medida, apesar de possível, não gera no final do processo produtos realmente inovadores, o que é base de todo o sistema de patentes. Deste modo, não é medida cabível a flexibilização dos elementos da patente, isto porque é somente através deles que se busca instigar realmente o inventor.

Todavia, de outra forma, no tocante ao tempo de proteção se verifica um possível fomento a proteção de novas tecnologias, voltadas ao campo da sustentabilidade e desenvolvimento sustentável. Se atualmente o prazo de proteção de uma patente é de 20 anos, para o caso de uma patente verde este prazo poderia ser ampliado para 25, ou mais.[40]

A adoção de uma ampliação na proteção das patentes verdes deveria desta forma ocorrer na esfera da OMPI, sendo aplicada em todos os países que seguem normas gerais de PI, fazendo pouco importar a real celeridade administrativa de cada país ou os custos e taxas operacionais internas.

Uma diretriz elaborada neste sentido buscaria promover a produção de patentes verde, ao mesmo tempo que não onera os sistemas de cada país, e sim gera concretos e uniformes benefícios na esfera internacional.

Para que a medida fosse adotada, no entanto, seria preciso que a OMPI promovesse a elaboração de um tratado internacional voltado ao tema, delimitando então o que se entende por patente verde e qual o mecanismo de promoção desta medida em caráter internacional, a fim de então suprir uma demanda transnacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Revista dos Tribunais, 2004.

[40] DEL NERO, Patricia Aurelia. **Propriedade intelectual**: a tutela jurídica da biotecnologia. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2004.

Com tudo que fora relatado, vários pontos foram observados, buscando-se durante toda a pesquisa um estudo verificador da existência de uma demanda transnacional no campo da proteção e promoção das patentes verdes, bem como de respostas a serem emitidas pela OMPI neste sentido.

Para tanto, foi necessário estabelecer uma base sobre o tema, sendo abordado a criação e conceituação do sistema de patentes, dando destaque para as patentes verdes, que são objeto central da presente pesquisa.

Em sequência, realizou-se a construção teórica de como as patentes verdes foram idealizadas, difundidas e instituídas em diferentes países, demonstrando que elas estão enquadradas em rol da OMPI, porém com promoção diversa em cada nação que é protegida.

Ainda no segundo item foram verificadas as formas de proteção das patentes verdes em dois países que iniciaram, já no começo dos anos 2010, o trabalho com este ramo das patentes de invenção. Tendo sido evidenciado que a forma de promoção das patentes verdes é semelhante, porém a consequência é bastante diversa.

Isto porque, enquanto no Brasil a celeridade administrativa gera um ganho de 12 vezes na velocidade da análise, em solo especial a vantagem para o inventor é de menos de 2 vezes, o que representa um incentivo muito baixo para uma área que se encontra, ou ao menos narra-se, como almejada para o desenvolvimento sustentável.

Compreendeu-se, nesta análise preliminar, que apesar de existir vantagens das patentes verdes em relação as patentes de invenção convencional, esta promoção ocorre de forma diversa em cada país, podendo representar em alguns maior vantagem prática do que em outros.

Analisados estes dois itens, em um terceiro item, passou-se a compreender a necessidade de respostas transnacionais para as demandas das patentes verdes, isto porque os inventores protegem os seus produtos em mais de uma nação ao mesmo tempo, contudo, como a promoção ocorre de forma diversa em cada país, apesar das áreas das patentes verdes serem as mesmas, uma resposta local não supre a necessidade global.

Como medidas apontadas no estudo, verificou-se a possibilidade de isenção de taxas administrativas para as patentes verdes, o que pode ser problemático devido a gestão financeira, ou ainda o prolongamento do tempo de exploração exclusiva, que passaria de 20 para 25 anos.

Analisados todos argumentos, a hipótese restou completamente confirmada, uma vez que

é necessária uma reforma no pensamento transnacional para a real efetivação, valorização e promoção das patentes verdes no cenário transnacional da propriedade industrial.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARBOSA, Denis Borges; JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. **Propriedade intelectual**: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal. São Paulo, SP: Saraiva, 2007.

BINCTIN, Nicolas. **Droit de la propriéte intellectuelle**. LGDJ : Paris, 2010.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal**: Artigo 5º, XXVII. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Na da de 22 de julho de 2016.

BRASIL, República Federativa do. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm. Na data de 22 de junho de 2016.

BRASIL, República Federativa do. **Resolução nº 83/2013**: Prorroga e expande o Programa Piloto de exame prioritário de pedidos de Patentes Verdes no âmbito do INPI e dá outras providências. Disponível em http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao_83-2013_prorrogacao_patentes_verdes.pdf. Na data de 22 de junho de 2016.

CRUZ, Paulo Marcio, BODNAR, Zenildo. **A governança transnacional ambiental na rio + 20.** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 01, p. 79-103, dez. 2013

DEL NERO, Patricia Aurelia. **Propriedade intelectual**: a tutela jurídica da biotecnologia. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2004.

DIRPA, Diretoria de Patentes. **Manual para o depositante de patentes**. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/arquivos/manual-para-o-depositante-de-patentes.pdf. Na data de 22 de junho de 2016.

EXAME, Revista. **EUA se mantêm como país que registra mais patentes no mundo**. 16/03/2016. Disponível em: http://exame.abril.com.br/economia/noticias/eua-se-mantem-como-pais-que-registra-mais-patentes-no-mundo. Na data de 22 de junho de 2016.

FERNANDEZ, Rebeca. La burocracia y los costes excesivos ahogan a los inventores españoles: El

Confidencial. Disponível em: http://goo.gl/PL2mqb

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. São Paulo: Editora Fórum, 2009, p. 34.

http://www.elconfidencial.com/tecnologia/2015-11-30/creatividad-perseverancia-y-control-del-gasto-el-periplo-de-los-inventores-espanoles_1108487/. Na data de 22 de junho de 2016.

INPI, Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=107&Itemid=65, na data de 7 de julho de 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito internacional público: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

MONACO, Rafael. **Brasil ocupa penúltima posição em ranking de patentes válidas**: relatório da Organização Mundial de Propriedade Intelectual mostra que, entre 20 países analisados, o Brasil só ganha da Polônia. Por aqui, a espera por uma concessão pode ultrapassar 14 anos. Abril de 2014. Disponível em: http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2014/04/1,35905/brasil-ocupa-penultima-posicao-em-ranking-de-patentes-validas. na data de 07 de março de 2016.

OECD. **Organisation for Economic Co-operation and Development**. Disponível em: http://www.oecd.org/env/indicators-modelling-outlooks/green-patents.htm. Na data de 22 de junho de 2016.

OEPM, Oficina Espanhola de Patentes e Marcas. **La OEPM es el Organismo Público responsable del registro y la concesión de las distintas modalidades de Propiedad Industrial.** Disponível em: http://www.oepm.es/es/index.html. Na data de 22 de junho de 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática, p. 207.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Propriedade Intelectual e Universidade**: aspectos legais. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. P. 17

REIS, Patrícia Carvalho dos e SANTOS, Douglas Alves. **Patentes Verdes no Brasil.** Rio de Janeiro 18 de Junho de 2012. Disponível em: www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1340223723.ppt. Na data de 22 de junho de 2016.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 15. ed. rev., aum. e atual. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

SANTOS, Ozéias. **Marcas e patentes, propriedade industrial** São Paulo: INTLEX informações jurídicas Ltda., 2001. P. 12

TAFFOREAU, Patrick. **Droit de la Propriété intellectuelle**: propriété littéraire et artistique, propriété industrielle et droit international. Gualiano editer: Paris, 2004. p. 130.

WACHOWICZ, Marcos; PALAO MORENO, Guillermo; PEREIRA, Alexandre Libório Dias. **Propriedade intelectual**: inovação e conhecimento. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2010.

WIPO, World Intellectual Property Organization. **The Concept of Intellectual Property,** Genebra. Disponível em: http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ch1.pdf. Na data de 21 de julho de 2016.

ASPECTOS ESSENCIAIS ACERCA DA AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA (AAE)

Cheila da Silva dos Passos Carneiro[1]

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como tema principal os aspectos essenciais acerca da avaliação ambiental estratégica.

Este artigo científico terá como objetivo geral investigar se a Avaliação Ambiental Estratégica é importante instrumento para a manutenção e preservação do meio ambiente para as gerações futuras e como objetivos específicos estudar o instrumento da AAE e analisar as suas principais características.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: É a Avaliação Ambiental Estratégica vital para a manutenção e preservação do meio ambiente para as gerações futuras?

Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que a Avaliação Ambiental Estratégica é importante instrumento para a manutenção e preservação do meio ambiente para as gerações futuras.

A Avaliação Ambiental Estratégica, convencionalmente definida como a avaliação de impactos ambientais de políticas, planos e programas (PPPs). Aplica-se, majoritariamente, a ações governamentais.

No plano governamental, aplica-se indistintamente a qualquer ação de governo e a todas as escalas territoriais, da nacional à local. A AAE pode contribuir para que decisões públicas e privadas sejam mais consistentes com as necessidades de um futuro comum sustentável. A verdadeira medida do sucesso da AAE será sua capacidade de influenciar as decisões e não a feitura de relatórios volumosos ou bem ilustrados.

[1] Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI com dupla titulação em *Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad* pela Universidade de Alicante na Espanha. Docente no Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade, da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Líder do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente do Trabalho e Seguridade Social, do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI. Coordenadora na UNIDAVI do projeto FAPESC intitulado AMBIENTALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: subsídios às Políticas Institucionais em Santa Catarina. *E-mail*: cheila@unidavi.edu.br

Para tanto, o artigo é estruturado para tratar do meio ambiente como direito fundamental, da Avaliação Ambiental Estratégica – AAE; sua definição, histórico, evolução e características, bem como as vantagens de sua implantação, efetividade e participação pública na AAE.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente[2], da categoria[3], dos conceitos operacionais[4], da pesquisa bibliográfica[5] e do fichamento[6].

Salienta-se que a palavra Sociedade[7], quando não estiver em transcrições literais, será grafada com o S em letra maiúscula.

1. O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A proteção ao meio ambiente já vem perpetrada no texto constitucional. Aquino[8] assevera que "o meio ambiente, como direito humano e fundamental previsto em Constituição já é uma realidade nos dias atuais. Há disposições constitucionais neste sentido em diversos países, inclusive no Brasil."

Sobre o objetivo do direito ambiental, Séguin[9] argumenta que:

[2] "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241).

[3] "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

[4] "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

[5] "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240).

[6] "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233).

[7] A opção dos autores do presente artigo para este tipo de grafia se sustenta no seguinte argumento: "[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!". Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13 ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 175. (negritos e destaques no original)

[8] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 18.

[9] SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental: nossa casa planetária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 89.

> O objetivo do direito ambiental é a harmonização da natureza, garantida pela manutenção dos ecossistemas e da sadia qualidade de vida para que o homem possa se desenvolver plenamente. Restaurar, conservar e preservar são metas a serem alcançadas através desse ramo do Direito, com a participação popular.

Para tanto, se faz necessária a preservação, e para isso a positivação de normas que visem a proteção do meio ambiente.

A inclusão como direito fundamental se dá através de normas que visem à proteção do meio, estas derivam de "ações com o condão de conservar, preservar e proteger o direito humano e fundamental ao meio ambiente"[10], ou seja, que "revela a preocupação da Humanidade diante do atual panorama instaurado: a degradação da Natureza (fomentada pelo capitalismo, globalização, consumismo exacerbado, entre outros) e a finitude de recursos naturais essenciais."[11]

Autores como Cruz e Bodnar[12] comentam que "as lesões ao ambiente afetam a coletividade, perpassam fronteiras, alteram o equilíbrio climático, atingem a atual e as futuras gerações e toda a comunidade de vida e definitivamente não respeitam os limites territoriais dos Estados." Ainda, Boff[13] argumenta que:

> Atualmente alcançamos um nível de tal agressão que equivale a uma espécie de guerra total. Atacamos a Terra no solo, no subsolo, no ar, no mar, nas montanhas, nas florestas, nos reinos animal e vegetal, em todas as partes, onde podemos arrancar dela algo para nosso benefício, sem qualquer sentido de retribuição e sem qualquer disposição de dar-lhe repouso e tempo para se regenerar.

A preocupação com o meio ambiente é relativamente recente, o autor Martín Mateo[14] explica que:

> A Humanidade enquanto tal nunca havia assumido a problemática ambiental, e apenas em épocas bem recentes se reconhece a estas questões uma transcendência planetária. Na verdade o culto a natureza tem precedentes nas culturas antigas, mas agora exige-se do homem ocidental um retorno a suas raízes, que renasça nele motivações que já existiram em gerações passadas.

Da mesma forma Antunes[15] discorre sobre degradação do meio ambiente, pois conceitua

---

[10] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 18.

[11] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 18.

[12] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Participação especial Gabriel Real Ferrer [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 136.

[13] BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade, o que é – O que não é.** 3 ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2014.p. 23.

[14] MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1991.

[15] ANTUNES, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental.** 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 257.

como "[...] um abalo, uma impressão muito forte, muito profunda, causada por motivos diversos sobre o ambiente, isto é, sobre aquilo que cerca ou envolve os seres vivos. Se forem positivos, devem ser estimulados; se forem negativos, devem ser evitados."[16] e, segundo Carneiro[17], "é através da aplicação do Direito Ambiental que se tenta preservar o meio em que se vive, tendo como objetivo o equilíbrio ecológico, evitando que danos ambientais ocorram e prevendo modos de reparação caso os danos sejam inevitáveis."

Sobre os danos causados ao meio ambiente Aquino[18] argumenta:

> Pela primeira vez na História, o Homem se depara com a real possibilidade de fim, já que sem a Natureza sua condição de existência fica totalmente inviabilizada. A prova disso é a escassez da água potável no mundo, fenômeno que já ocorre em algumas localidades. O panorama da crise está instalado já há algum tempo.

Reafirmando a conduta e pensamento equivocado do homem, Aquino[19] ressalta que "a Natureza jamais deve ser confundida ou explorada como se fosse um Bem à disposição do Homem: a transformação do mundo natural em objeto de consumismo já aconteceu e o resultado disso é a situação calamitosa dos dias de hoje." Tal resultado calamitoso deve ser evitado, muito antes prevenido, nas palavras de Machado[20]:

> A precaução age no presente para não se ter que chorar e lastimar o futuro. A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental através da prevenção no tempo certo.

Desta maneira, incluir o meio ambiente como direito fundamental é uma questão vital, inclusive rompendo barreiras transnacionais. O autor Real Ferrer[21] argumenta que:

---

[16] Considerando ainda um conceito jurídico de Impacto Ambiental pode-se destacar o presente no artigo 1º da Resolução nº. 1/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA: "Impacto Ambiental é qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II – as atividades sociais e econômicas; III – a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais." (CONAMA. **Resolução nº. 001, de 23 de janeiro de 1986.** Brasília: Diário Oficial da União, 1986).

[17] CARNEIRO, Cheila da Silva dos Passos Carneiro. **Licenciamento Ambiental: Preservação e Controle.** Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 11.

[18] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 18.

[19] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 20.

[20] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 57.

[21] REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Trasformaciones del Derecho. *In:* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 19-20.

> Parece evidente que caminamos acelerada e inexorablemente hacia la creación de un espacio jurídico transnacional que precisará de un derecho "a medida" alejado de los patrones clásicos. Un derecho transnacional que, trascendiendo al derecho internacional convencional, imponga reglas a estados, corporaciones e individuos a las que no puedan oponerse intereses individuales o nacionales.

Romper fronteiras para a preservação e manutenção do meio é imperativo. Politicas internas e a aplicação de instrumentos voltados para a gestão ambiental são o primeiro passo para administrar o problema. Entre estes instrumentos a AAE, Avaliação Ambiental Estratégica, é ponto crucial para a gestão ambiental.

2. AVALIAÇÃO AMBIENTAL ESTRATÉGICA

A AAE é instrumento amplo, ligado às Políticas Públicas e à governança, e constitui importante ferramenta de gestão ambiental. É um instrumento de apoio à incorporação da dimensão ambiental na tomada de decisões estratégicas, de natureza política e não técnica, e em geral abrangem as políticas estratégicas, planos e programas, ou seja, vem para melhorar os instrumentos de planejamento.

2.1 Definição

A Avaliação Ambiental Estratégica se diferencia de outros instrumentos de controle ambiental, para Pellin[22] a AAE é: "[...] uma ferramenta que fornece oportunidades para a formulação de políticas, planos e programas mais sensíveis às questões ambientais".

A Avaliação Ambiental Estratégica é um instrumento de caráter político e técnico e tem a ver com conceitos e não com atividades específicas em termos de concepções geográficas e tecnológicas. Entretanto, o conceito de Avaliação Ambiental Estratégica não deve se confundir com a ideia de avaliação de impactos ambientais - AIA. Garcia[23] afirma que "se observa a importância de uma dedicação e estudo acerca da AAE, sendo que esta possibilita a real observação da condição ambiental, não colocando cabrestos à visão doo Poder Público".

[22] PELLIN, Angela; et al. Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil: considerações a respeito do papel das agências multilaterais de desenvolvimento. **Engenharia Sanitária e Ambiental.** Rio de Janeiro: ISSN 1413-4152. Vol. 16. n. 1. Março de 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522011000100006&lang=pt> Acesso em: 20 de março de 2016.

[23] GARCIA, Heloise Siqueira. **Avaliação Ambiental Estratégica e Política Nacional de Resíduos Sólidos:** uma análise da aplicação em suas ações estratégicas no contexto do Brasil e da Espanha. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 33 e 34

Devido à sua amplitude e sua ligação com as políticas públicas e com a governança ambiental, a AAE relaciona-se diretamente com políticas, planos e programas, conhecido no mundo doutrinário ambiental como "PPP's"[24].

De acordo com Dantas, Souza e Côrte[25] a Avaliação Ambiental Estratégica:

> [...] constitui um mecanismo de coordenação que, dentro dos diferentes níveis das atividades de planejamento governamentais, oferece um conjunto de alternativas de escala, de localização, de prazos e de tecnologias, uma vez que se insere no nível do planejamento de políticas, planos e programas públicos, não meramente de um projeto específico.

Neste mesmo viés Riki Therivel e Maria Partidário[26] apresentam um conceito simples e direto para o termo, como sendo: "Avaliação Ambiental (AA) de uma ação estratégica: uma política, plano ou programa."

Segundo Souza e Mafra[27]:

> [...] a Avaliação Ambiental Estratégica se afigura como uma das ferramentas ambientais passíveis de avaliar os impactos ambientais antes mesmo da política, programa ou plano que o causará. É a tomada de decisão estratégica, viabilizando um estudo acurado e específico sobre o possível dano ambiental que porventura seria decorrente, o que permite sua total minoração ou até mesmo, a inocorrência deste.

---

[24] Com vistas à melhor compreensão do pretendido no estudo, adotam-se como conceitos operacionais das categorias Política, Plano, Programa e Projetos os seguintes:

"*Política:* linha de conduta geral ou direção que o governo está ou estará adotando, apoiada por juízos de valor que orientem seus processos de tomada de decisão.

Plano: estratégia composta de objetivos, alternativas e medidas, incluindo a definição de prioridades, elaborada para viabilizar a implementação de uma política.

Programa: agenda organizada dos compromissos, propostas, instrumentos e atividades necessárias para implementar uma política, podendo estar ou não integrada a um plano.

Projeto: intervenção que diz respeito ao planejamento, à concepção, à construção e à operação de um empreendimento ligado a um setor produtivo, ou uma obra ou infra-estrutura." *In:* SADLER, B. & VERHEEM, R. **Strategic environmental assessment: status, challenges and future directions.** Zoetermeer, Ministry of Housing, Spatial Planning and the Environmental of the Netherlands, 1996.

"O que se observa é que as políticas, os planos e os programas possuem uma característica mais estratégica, pois determinam uma direção geral a ser tomada, apresentam objetivos gerais a serem seguidos. Já os projetos possuem um caráter mais específico, tendo a característica de concretizar as PPP's de uma forma mais tangível." In: GARCIA, Heloise Siqueira; VIEIRA, Ricardo Stanziola. **Noções Elementares da Avaliação Ambiental Estratégica: uma análise didático-científica.** In: CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. (Org.). Direito ambiental e socioambientalismo II. Florianópolis: Conpedi, 2015, v. 2, p. 507-523.

[25] DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; CÔRTE, Juliana Guimarães Malta. Avaliação Ambiental Estratégica Integrada no Brasil e a legalidade da exigência de sua realização. *In:* SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (coord.). **Avaliação Ambiental Estratégica** Possibilidades e Limites como Instrumento de planejamento e de apoio à Sustentabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 16.

[26] THERIVEL, Riki; PARTIDARIO, Maria R. **The practice of strategic environmental assessment.** London: Earthscan, 1996. p. 4.

[27] SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza. MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica** In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; GARCIA, Heloise Siqueira Org(s). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferre. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 11-37.Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b3785677f32d08b0>. Acesso em: 05 de abr. 2016.

Partidário [28] ainda traz o conceito de AAE como sendo:

> Procedimento sistemático e contínuo de avaliação da qualidade do meio ambiente e das conseqüências ambientais decorrentes de visões e intenções alternativas de desenvolvimento, incorporadas em iniciativas tais como a formulação de políticas, planos e programas (PPP), de modo a assegurar a integração efetiva dos aspectos biofísicos, econômicos, sociais e políticos, o mais cedo possível, aos processos públicos de planejamento e tomada de decisão.

Os autores Ortolano e Shepherd[29] conceituam a AAE como "a avaliação ambiental no planejamento estratégico e na formação de políticas".

O propósito fundamental da AAE é de avançar no desenvolvimento de políticas ambientais e de sustentabilidade, desde as primeiras fases de decisão, sendo aquelas que definem marcos básicos de intervenção até as que em geral tem uma maior capacidade de determinar os efeitos ambientais finais de médio e longo prazo. [30]

A AAE é, na realidade, um instrumento do direito ambiental relativamente novo, porém com aplicação mundial, não sendo encontrado, ainda, na legislação brasileira.

2.2 Histórico, evolução e características.

A expressão AAE vem da tradução direta da inglesa *Strategic Environmental Assessment* – SEA. A etimologia prima-se pelos conceitos de meio ambiente e estratégia, o que acaba por gerar algumas discussões doutrinárias quanto à designação a ser adotada.[31]

Segundo Partidário[32], a AAE evoluiu com alguma desilusão com a capacidade de o processo de EIA auxiliar na tomada de decisão ambiental, assim como o momento e a natureza das

[28] PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Strategic Environmental Assessment – principles and potencial. In: Handbook on Environmental Impact Assessment.** London: Blackwell, 1999, p. 2.

[29] ORTOLANO, L.; SHEPHERD, A. apud BUCKLEY, Ralf.Strategic environmental assessment. In: PORTER, Alan L.; FITTIPALDI, John J. (Ed.). Environmental methods review: retooling impact assessment for the new century. Fargo (ND EUA): The Press Club, 1998. p. 77-86. Disponível em: <https://www.iaia.org/publicdocuments/special-publications/Green%20Book_Environmental%20Methods%20Review.pdf#page=81>. Acesso em: 14 março de 2016. p.77. Tradução livre.

[30] JILIBERTO HERRERA, Rodrigo; BONILLA MADRIÑAN, Marcela. **Guía de evaluación ambiental estratégica**. CEPAL – Nações Unidas, 2009.

[31] Foi o Estados Unidos da América o país pioneiro mundial na regulamentação da Avaliação de Impacto Ambiental como um conjunto amplo de requerimento de avaliação ambiental, através do seu Ato de Política Nacional do Meio Ambiente (*National Environmental Policy Act*), doravante NEPA, já no ano de 1969. Contudo, salienta-se que de antemão a criação pela legislação americana apenas previu a utilização da AIA, porém a lacuna legal deixada pela expressão "ações federais" fez com que se abrissem discussões conceituais, onde houve, então, a regulação de incorporar àquela legislação, também, as políticas, planos e programas.

[32] PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Strategic Environmental Assessment – principles and potencial.** In: Handbook on Environmental Impact Assessment. London: Blackwell, 1999.

decisões, bem como os níveis de informações.

Egler[33] ainda afirma que a AAE é a busca para a superação de deficiências dos processos de Avaliação de Impacto Ambiental – AIA, ou seja, "o processo de AIA tende a ocorrer muito tarde no processo de planejamento e desenho de um empreendimento. Assim, torna-se difícil assegurar que todas as alternativas possíveis e relevantes sejam adequadamente consideradas".

Ainda, para a implantação da AAE, existem fatores que determinam sua evolução. Egler [34] discorre sobre estes fatores e estágios:

> Os fatores que determinam quais estágios/fases serão utilizados na implantação de uma AAE, em um determinado país, são dependentes dos domínios políticos, sociais e econômicos e também dos compromissos que este país tem em relação a um ambiente saudável.

Com a evolução da AAE Agra Filho[35] argumenta obre o objetivo de promover a integração dos órgãos governamentais:

> A AAE tem o condão de promover, ainda, uma integração entre órgãos governamentais, melhorando a comunicação entre instituições que terão de pensar em conjunto no seu planejamento a fim de evitar interferências ou trabalhos repetidos.

Promovendo a integração entre órgãos governamentais, e melhorando a comunicação para a melhor implantação do programa, a AAE apresenta uma vasta gama de vantagens com sua implantação.

2.3 Vantagens da implantação da Avaliação Ambiental Estratégica

A implantação da AAE possibilita a vantagem em diversos aspectos. Nos dizeres de Gonçalves[36] a "[...] AAE tende a ser um vetor de promoção da sustentabilidade para o processo de planejamento e desenvolvimento de um país." E ainda afirma que a AAE tem como função primordial estimular a implementação de práticas e procedimentos que estimulam o desenvolvimento sustentável.

---

[33] EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica.** Revista Parcerias Estratégicas. 2001. Disponível em: http://www.mct.gov.br/cee/revista/Parcerias11/12paulo.pdf. Acesso em: 28 jun. 2016.

[34] EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica.** Revista Parcerias Estratégicas. 2001. Disponível em: http://www.mct.gov.br/cee/revista/Parcerias11/12paulo.pdf. Acesso em: 28 jun. 2016.

[35] AGRA FILHO, Severino Soares. **Avaliação Ambiental Estratégica: uma alternativa de incorporação da questão ambiental no processo de desenvolvimento.** Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Universidade de Campinas. Campinas, 2002, p. 207.

[36] GONÇALVES, Luiz Claudio. **Planejamento de energia e metodologia de avaliação ambiental estratégica:** conceitos e críticas. Curitiba: Juruá, 2009. p. 87-88.

A AAE visa promover o desenvolvimento sustentável. Agra Filho[37], explica que tem o sentido de procurar equilibrar o crescimento econômico com a proteção ambiental e a qualidade de vida da população. Ou seja, os estudos ambientais feitos para projetos específicos tem seu escopo limitado justamente porque não avaliam políticas públicas, se limitando a avaliar os impactos ambientais de empreendimentos específicos.[38] Assim a AAE representa, a transição da agenda convencional de proteção ambiental para a agenda de sustentabilidade.

Egler[39] ainda argumenta, que outra vantagem da AAE consiste em que esta promove maior abertura à análise de alternativas técnicas e locacionais, assim, quando da realização de estudos ambientais tradicionais como o EIA (Estudo de Impacto Ambiental), já se decidiu sobre a implantação das PPPs, restando apenas a análise socioambiental da implantação de um projeto específico, praticamente não havendo abertura à análise de alternativas, deste modo, a AAE tem o condão de inserir no processo decisório a consideração de alternativas que podem ser mais benéficas ao meio ambiente.

Outra vantagem é a possibilidade de redução do tempo e do custo de implantação de projetos. Ou seja, segundo Egler[40], a AAE é feita numa etapa inicial de planejamento, é possível gastar mais tempo na sua elaboração, podendo se demorar mais na etapa de planejamento de alternativas diversas com a participação da população.

De tal maneira a AAE pode tornar a AIA de projetos mais robusta. De acordo com Partidário[41], através da previsão de possíveis impactos e identificação da necessidade de aprofundamento de estudos futuros, da investigação de eventuais problemas estratégicos que possam surgir relacionados à implantação do projeto, e consequentemente, da elaboração de estudos específicos com menor tempo e custo.

2.4 Avaliação da efetividade

[37] AGRA FILHO, Severino Soares. **Avaliação Ambiental Estratégica: uma alternativa de incorporação da questão ambiental no processo de desenvolvimento.** Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Universidade de Campinas. Campinas, 2002.

[38] AGRA FILHO, Severino Soares. **Avaliação Ambiental Estratégica: uma alternativa de incorporação da questão ambiental no processo de desenvolvimento.** Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Universidade de Campinas. Campinas, 2002, p. 207.

[39] AGRA FILHO, Severino Soares. **Avaliação Ambiental Estratégica: uma alternativa de incorporação da questão ambiental no processo de desenvolvimento.** Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Universidade de Campinas. Campinas, 2002, p. 106.

[40] EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica.** Revista Parcerias Estratégicas. 2001. Disponível em: http://www.mct.gov.br/cee/revista/Parcerias11/12paulo.pdf. Acesso em: 28 jun. 2016.

[41] PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Strategic Environmental Assessment – principles and potencial.** In: Handbook on Environmental Impact Assessment. London: Blackwell, 1999.

A efetividade da AAE pode ser medida com a influência da tomada de decisões e no desenvolvimento de projetos ou de PPP, Chanchitpricha e Bond[42] argumentam e definem a efetividade da AAE como:

> [...] a extensão pela qual: ela funciona (procedimentalmente); seus achados contribuem para a tomada de decisão do desenvolvimento de um projeto ou de uma PPP, e recebe a aceitação e satisfação de stakeholders importantes, na base dos recursos utilizados (transativamente); atinge seus objetivos pretendidos (substantivamente); stakeholders podem aprender, melhorar seu conhecimento, e mudar sua visão (normativamente), quando a ferramenta e/ou o processo de avaliação de impactos é implantado.

De tal forma, mesmo com a implantação da AAE, sua efetividade deve ser avaliada enquanto instrumento para a tomada de decisão.

Segundo Maciel, a AAE[43] tem o dever de discutir políticas públicas, não sendo apenas um instrumento para justificá-las, "[...] necessitando estar articulada com seu processo de formulação, a fim de subsidiar a tomada de decisão frente a alternativas viáveis e sua comparação."

O objetivo apresentado por Partidário[44] em relação a AAE é de ser o instrumento que visa facilitar a integração ambiental e a avaliação das oportunidades e dos riscos de estratégias decorrentes de uma ação no quadro de um desenvolvimento sustentável. Sendo necessário considerar que estas estratégias de ação estão fortemente associadas à formulação de políticas, sendo desenvolvidas no contexto de processos de planejamentos e programação.

2.5 A participação pública na AAE

Importante instrumento de apoio na tomada de decisões, a AAE impõe ao poder público uma nova postura a ser tomada. Agra Filho[45] argumenta que:

> As crescentes e complexas demandas que a consideração da perspectiva ambiental no processo de desenvolvimento representam e impõem ao poder público novas posturas e instrumentos de planejamento capazes de exercerem uma atuação efetiva, mais coordenada e pró-ativa, das instituições envolvidas nos processos decisórios estratégicos. A AAE emerge no cenário internacional

[42] CHANCHITPRICHA, C.; BOND, A. Conceptualising the effectiveness of impact assessment processes. **Environmental Impact Assessment Review**, v. 43, p. 65–72, nov. 2013, p. 67.

[43] MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas públicas e desenvolvimento sustentável: Avaliação ambiental estratégica como instrumento de integração da sustentabilidade ao processo decisório. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental.** São Paulo: Imprensa oficial do estado de São Paulo, 2011. 1. v. p. 463.

[44] PARTIDÁRIO, Maria R. **Guia de boas práticas para avaliação ambiental estratégica:** orientações metodológicas. Amadora: Agência Portuguesa de Ambiente, 2007. p. 9.

[45] AGRA FILHO, Severino Soares. **Avaliação Ambiental Estratégica: uma alternativa de incorporação da questão ambiental no processo de desenvolvimento.** Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Universidade de Campinas. Campinas, 2002, p. 115.

> como uma alternativa capaz de operacionalizar essa perspectiva ambiental estratégica no planejamento governamental.

Sobre a participação da Sociedade Aquino[46] discorre:

> Pode-se afirmar que a efetivação de um sistema democrático deve ser um dos objetivos do desenvolvimento, uma vez que a participação da sociedade através de processos de discussão, escolhas e deliberações pode contribuir eficazmente para a realização dos direitos humanos e fundamentais e também de políticas que resultem em melhores condições de vida para a comunidade mundial. A proteção aos direitos humanos e fundamentais, a participação na política, a associação com seus pares e a autonomia individual e coletiva são exemplos de ações positivas nesta caminhada rumo ao futuro, incerto e desconhecido. E cabe ao homem impulsionar estas condições, já que é o agente da transformação social.

Aquino[47]ressalta ainda no que tange a importância da participação da Sociedade:

> O alicerce está na ideia do respeito recíproco às pessoas, ao meio ambiente, e a todos os seres vivos. É preciso exercitar uma ética ambiental que permita a reflexão coletiva e a pessoal, com a superação do antropocentrismo no sentido de uma nova compreensão de mundo. Faz-se necessário ainda fortalecer, reintegrar, reestabelecer laços de interdependência entre o meio ambiente e tudo que o integra. Há necessidade de uma política de civilização e humanidade que substituam a politica do desenvolvimento a qualquer custo.

Partidário[48] também realça que a AAE consiste em um processo formalizado de avaliação presente no estágio mais antecipado possível, ou seja, no momento da tomada de decisões nos níveis de políticas, planos e programas.

A inserção de uma cultura de preservação deve estar presente na Sociedade, de modo que cada indivíduo cumpra com a sua parte, e se sinta que faz parte dos resultados construídos. Aquino[49] já descrevia a participação da Sociedade na tomada de decisões juntamente do Poder Público:

> O bem comum deve ser entendido como fator relevante a vida humana. Para que isso ocorra o sentimento de pertença a um lar é fatos ímpar. Uma série de posturas deve ser tomada, e devem partir tanto da Sociedade quanto do Poder Público. Ações individuais mais conscientes e responsáveis são, de fato, o que podem transformar esta realidade individualista em prol do direito a um meio ambiente saudável, essencialmente à vida humana de uma forma geral. Sob esta perspectiva, o Direito e a Constituição auxiliariam neste processo.

---

[46] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 20.

[47] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 24/25.

[48] PARTIDÁRIO, Maria R. Strategic environmental assessment: key issues emerging from recent practice. **Environmental impact assessment review**, v. 16, p. 31-55, 1996. p. 31-31.

[49] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 25.

O dever de preservar não é só papel do Estado, de outra forma, para Agra Filho[50] "é possível perceber que o "dever" está lado a lado com o direito do cidadão ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a fim de uma qualidade de vida sadia, especialmente no que se refere ao texto constitucional." Presente então este dever tanto na preservação quanto na tomada de decisões.

Da mesma forma Agra Filho[51] ressalta que a AAE interfere como instrumento decisório, sendo:

> Estrutura normativa apropriada e necessária que integre a AAE ao processo decisório; porém, a elaboração de uma legislação específica dependerá do sistema político do local (cultura governamental). O modelo de implantação de AAE com legislação (leis integradas no planejamento governamental ou nos estudos ambientais) ou sem legislação (procedimentos não obrigatórios) tem seus prós e contras, e é preciso se pensar nisto antes de regulamentar a AAE. De qualquer forma, o autor entende que são necessárias normas para regulamentar a revisão dos estudos e a fundamentação das decisões tomadas no âmbito da política avaliada.

Na aplicação em políticas públicas a AAE não deve ser considerada apenas um instrumento para justificá-las, Maciel[52] argumenta que "[...] necessitando estar articulada com seu processo de formulação, a fim de subsidiar a tomada de decisão frente a alternativas viáveis e sua comparação."

Aplicação da avaliação ambiental estratégica, na guia de boas práticas na cooperação para o desenvolvimento descreve a AAE de tal forma:

> [...] concebe-se a avaliação ambiental estratégica como o instrumento de cognição prévio, participativo, holístico, integral e sistemático que qualifica e densifica, na perspectiva material, as escolhas públicas com ampla repercussão na qualidade de vida humana e no ecossistema.[53]

Ou seja, a AAE se vincula a abordagens analíticas e participativas destinadas à integração de ideias ambientais em políticas, planos e programas, a fim de avaliar as suas interligações com as

[50] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI**. p. 18.

[51] AGRA FILHO, Severino Soares. **Avaliação Ambiental Estratégica: uma alternativa de incorporação da questão ambiental no processo de desenvolvimento.** Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Universidade de Campinas. Campinas, 2002, p. 238.

[52] MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas públicas e desenvolvimento sustentável: Avaliação ambiental estratégica como instrumento de integração da sustentabilidade ao processo decisório. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental.** São Paulo: Imprensa oficial do estado de São Paulo, 2011. 1. v. p. 463.

[53] BODNAR, Zenildo; ROSSETTO, Adriana Marques; BODNAR, Roberta Terezinha Uvo. A avaliação ambiental estratégica no planejamento das cidades. *In:* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. (coord.) **Avaliação Ambiental Estratégica:** possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 54.

considerações econômicas e sociais.[54]

A AAE, como acrescenta Herrera[55], é um instrumento de apoio à incorporação da dimensão ambiental na tomada de decisões estratégicas, de natureza política e não técnica, que usualmente se identificam com políticas estratégicas, planos e programas, e como tal é um procedimento de melhora destes instrumentos de planejamento. Seu propósito fundamental é de avançar no desenvolvimento de políticas ambientais e de sustentabilidade desde as primeiras fases de decisão, aquelas nas quais se definem os marcos básicos de intervenção e, portanto, as que em geral tem uma maior capacidade de determinar efeitos ambientais finais no entorno e sua sustentabilidade a meio e longo prazo.

Gary Haq[56] destaca que a AAE revela sua importância diante do fato que habilita a integração dos fatores ambientais e sustentáveis à tomada de decisão, agregando as causas dos problemas ambientais à busca de políticas de mitigação, ao invés de tratar dos sintomas dos impactos como AIA de projetos.

2.6 A implantação da AAE

A implantação da AAE sucinta opiniões contra a edição de normas obrigatórias, Cashmore[57] defende que de nada adianta a elaboração de uma lei se não há capacidade institucional para implanta-la.

No pensamento de Souza e Mafra[58]:

> A necessidade de regulamentação legal da aplicação da AAE também é reconhecida pelo próprio Ministério do Meio Ambiente, que no Manual divulgado destaca que "para a instituição da AAE no País, é todo necessário criar uma base legal mínima que apoie e facilite sua implementação e que,

[54] OCDE. **Aplicação da avaliação ambiental estratégica:** guia de boas práticas na cooperação para o desenvolvimento. OECD Publishing, 2012, p. 30.

[55] JILIBERTO HERRERA, Rodrigo; BONILLA MADRIÑAN, Marcela. **Guía de evaluación ambiental estratégica.** CEPAL – Nações Unidas, 2009.

[56] HAQ, Gary. Background and contexto f astrategic environmental assessment. *In:* CARATTI, Pietro; DALKMANN Holger; JILIBERTO, Rodrigo. **Analysing Strategic Environmental Assessment.** Towards better decision-making. Chelteham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2004, p. 9.

[57] CASHMORE, M. et al. The interminable issue of effectiveness: substantive purposes, outcomes and research challenges in the advancement of environmental impact assessment theory. **Impact Assessment and Project Appraisal**, v. 22, n. 4, p. 295–310, dez. 2004.

[58] SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza. MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica** In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; GARCIA, Heloise Siqueira Org(s). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferre. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 11- Disponivel em: <http://www.academia.edu/14093595/Lineamentos_sobre_sustentabilidade_segundo_Gabriel_Real _Ferrr>. Acesso em: 05 de abr. 2016.

> pelo menos, determine: as responsabilidades dos órgãos e das instituições encarregadas da formulação de política e do planejamento; as instâncias e fontes de recurso para a realização dos estudos; as instâncias encarregadas da revisão do processo; o papel dos órgãos e instituições de meio ambiente; e os mecanismos de consulta aos grupos de interesse.

Therivel[59] afirma que a AAE não pode virar um documento legal, pois requisitos procedimentais devem apenas ser mencionados quando estiver claro que esta é a única forma de atingir os objetivos da AAE. Um contexto de suporte a treinamento, recursos e apoio governamental é necessário, não a ameaça de uma grande punição legal.

Observa-se a necessidade de instrumentos que assegurem a sua aplicação para a garantia dos direitos humanos e ambientais, e o maior expoente do momento é garantir uma vida em equilíbrio com o meio ambiente e um estado de bem-estar. Segundo Aquino[60] a positivação de normas possui "o condão de conservar, preservar e proteger o direito humano e fundamental ao meio ambiente" Schwenck [61] discorre sobre a efetivação de normas:

> Pode-se afirmar que a relação se centra em dois aspectos: em um primeiro momento, a proteção do meio ambiente como forma de se conseguir o cumprimento dos direitos humanos, vez que o entorno ambiental, se lesado, contribui diretamente para a infração de direitos reconhecidos internacionalmente, como o direito à vida, à saúde, ao bem-estar, ao desenvolvimento sustentado. E, em um segundo momento, os direitos ambientais dependem do exercício dos direitos humanos para se efetivarem. Através do direito à informação, à liberdade de expressão, à tutela judicial, à participação política no Estado em que vive, enfim, no exercício da cidadania, poder-se-á reivindicar direitos relativos ao meio ambiente.

Para a aplicação da AAE em políticas públicas, certos passos devem ser adotados para uma correta elaboração. Lindblom[62] assim explica:

> Os diferentes problemas e reclamações, sociais ou de governo, chegaram ao processo decisório e convertem-se em temas da agenda de política dos dirigentes; as pessoas ou atores concretamente envolvidos com o processo concebem, formulam ou descrevem estes temas objeto da ação governamental; planejam-se a ação futura, os riscos e potencialidades envolvidas, as alternativas, os objetivos previstos e os resultados esperados; os administradores aplicam (implementam) a política formulada; uma determinada política pode ser avaliada, o que pressupõe a construção de metodologias específicas para este tipo de análise.

De mesma maneira, com o planejamento de ações futuras, sendo analisados os riscos e as potencialidades envolvidas, é construída uma metodologia para essa análise, assim, é possível

[59] THERIVEL, R. **Strategic Environmental Assessment in action**. Londres: Earthscan, 2004, p. 214.

[60] AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** p. 18.

[61] Schwenck, Terezinha. **Direitos Humanos Ambientais**. Disponível em: http://www.fadipa.br/pdf/schwenck.pdf. Acesso em 06 maio 2016.

[62] LINDBLOM, Charles Edward. **O processo de decisão política.** Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001, p. 34.

perceber o caminho que o governo pretende tomar, ou seja, o que o governo pretende ou não fazer em relação às políticas públicas a serem aplicadas. Souza[63] assim argumenta:

> A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz. A política envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes. A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras. A política pública é uma ação internacional, com objetivos a serem alcançados. A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo. A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.

Com a integração de políticas públicas, vislumbra-se a possibilidade de, por meio de audiência pública, a população conhecer e dar a sua opinião a respeito da avaliação. Existe então a possibilidade de consulta e participação popular na tomada de decisão e aumenta a transparência do governo, buscando evitar decisões puramente políticas.[64]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização desenfreada dos recursos naturais obrigou tanto o Estado quanto a Sociedade à criação de mecanismos de apoio para reverter o quadro criado pelo homem.

O primeiro passo é o reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental, com inclusão de norma que visem a proteção do ambiente.

Entre os diversos mecanismos ofertados pelo Direito Ambiental, a AAE, Avaliação Ambiental Estratégica, visa diminuir ou mitigar os efeitos negativos causados por anos de destruição.

A AAE é importante ferramenta ligada às Políticas Públicas e à governança, visando a gestão ambiental dos recursos para as futuras gerações. Abrange políticas estratégicas, planos e programas, ou seja, vem para melhorar os instrumentos de planejamento e facilita a integração e coordenação entre atores institucionais e fortalece a participação pública.

Importante promotor da sustentabilidade, a AAE procura equilibrar o crescimento econômico com a proteção ambiental e qualidade de vida da população. Desta maneira, a AAE

[63] SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias.** Porto Alegre, n.16, 2006. Disponível em: http://wwwscielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf. Acesso em: 27 jun. 2006, p. 17.

[64] AGRA FILHO, Severino Soares. **Avaliação Ambiental Estratégica: uma alternativa de incorporação da questão ambiental no processo de desenvolvimento.** Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Universidade de Campinas. Campinas, 2002, p. 206.

traz à análise, questões ambientais em conjunto com questões econômicas e sociais relativa à tomada de decisões relativas à implantação de projetos específicos, ou seja, possibilita a aplicação de alternativas mais benéficas ao meio ambiente, juntamente da possibilidade de redução do tempo de aplicação e custo.

A AAE, aplicada já na fase inicial de planejamento, tende a ser mais acessível à participação popular, o que além de resultar em uma melhor aplicação dos projetos, ainda conscientiza a população do seu papel na preservação ambiental, ou seja, além de discutir políticas públicas, a AAE auxilia na tomada de decisão frente a alternativas viáveis e sua comparação.

A participação da comunidade nos processos e projetos de preservação ambiental é cada vez mais evidente. A ideia de respeito recíproco entre o ser humano, o meio ambiente e todos os seres vivos ressalta a importância da implantação de projetos e aplicação de ferramentas como a AAE, ou seja, inserir na Sociedade a cultura da preservação e respeito mútuo, de modo que cada membro da Sociedade cumpra a sua parte. Que cada pessoa sinta que a missão é deixar o meio ambiente melhor do que quando veio ao mundo, fator este vital para a preservação da vida na terra.

A AAE também deve estar presente na elaboração de normas, porém não de forma engessada, mas de maneira que possa ser aplicada, ou seja, um instrumento eficaz ao apoio na tomada de decisões e aplicação de normas, que garantam a preservação dos direitos humanos para a preservação de uma vida em equilíbrio com o meio ambiente e o bem-estar.

A AAE visa mitigar os diferentes problemas e reclamações, sociais ou de governo. Importante ferramenta, a AAE facilita a intervenção e participação da Sociedade na tomada das decisões, causando uma interação positiva da comunidade para apoio na aplicação de normas ambientais.

Comprova-se desta forma a hipótese básica de que a Avaliação Ambiental Estratégica é vital para a manutenção e preservação do meio ambiente para as gerações futuras.

Destaca-se que a temática não se esgota aqui, havendo a necessidade de aprofundar as pesquisas e demonstrar ainda mais a importância da AAE no decorrer do Doutorado e principalmente ser a mesma cuidadosamente trabalhada na Tese.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGRA FILHO, Severino Soares. **Avaliação Ambiental Estratégica: uma alternativa de incorporação da questão ambiental no processo de desenvolvimento.** Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Universidade de Campinas. Campinas, 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental.** 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 257.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De: **As andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI.** 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 13.

BODNAR, Zenildo; ROSSETTO, Adriana Marques; BODNAR, Roberta Terezinha Uvo. A avaliação ambiental estratégica no planejamento das cidades. *In:* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. (coord.) **Avaliação Ambiental Estratégica:** possibilidades e limites como instrumento de planejamento e apoio à sustentabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade, o que é – O que não é.** 3 ed. Petrópolis-RJ: Editora Vozes, 2014.

CARNEIRO, Cheila da Silva dos Passos Carneiro. **Licenciamento Ambiental: Preservação e Controle.** Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CASHMORE, M. et al. The interminable issue of effectiveness: substantive purposes, outcomes and research challenges in the advancement of environmental impact assessment theory. **Impact Assessment and Project Appraisal**, v. 22, n. 4, p. 295–310, dez. 2004.

CHANCHITPRICHA, C.; BOND, A. Conceptualising the effectiveness of impact assessment processes. **Environmental Impact Assessment Review**, v. 43, p. 65–72, nov. 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Participação especial Gabriel Real Ferrer [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2012.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; CÔRTE, Juliana Guimarães Malta. Avaliação Ambiental Estratégica Integrada no Brasil e a legalidade da exigência de sua realização. *In:* SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (coord.). **Avaliação Ambiental Estratégica** Possibilidades e Limites como Instrumento de planejamento e de apoio à Sustentabilidade. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

EGLER, Paulo César Gonçalves. **Perspectivas de uso no Brasil do processo de Avaliação Ambiental Estratégica.** Revista Parcerias Estratégicas. 2001. Disponível em: http://www.mct.gov.br/cee/revista/Parcerias11/12paulo.pdf. Acesso em: 28 jun. 2016.

GARCIA, Heloise Siqueira. **Avaliação Ambiental Estratégica e Política Nacional de Resíduos Sólidos:** uma análise da aplicação em suas ações estratégicas no contexto do Brasil e da Espanha. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GONÇALVES, Luiz Claudio. **Planejamento de energia e metodologia de avaliação ambiental estratégica:** conceitos e críticas. Curitiba: Juruá, 2009.

HAQ, Gary. Background and contexto f astrategic environmental assessment. *In:* CARATTI, Pietro; DALKMANN Holger; JILIBERTO, Rodrigo. **Analysing Strategic Environmental Assessment.** Towards better decision-making. Chelteham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar, 2004.

JILIBERTO HERRERA, Rodrigo; BONILLA MADRIÑAN, Marcela. **Guía de evaluación ambiental estratégica**. CEPAL – Nações Unidas, 2009.

LINDBLOM, Charles Edward. O processo de decisão política. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001.

MACIEL, Marcela Albuquerque. Políticas públicas e desenvolvimento sustentável: Avaliação ambiental estratégica como instrumento de integração da sustentabilidade ao processo decisório. **Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental.** São Paulo: Imprensa oficial do estado de São Paulo, 2011.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de Derecho Ambiental**. Madrid: Editorial Trivium, 1991.

PARTIDÁRIO, Maria do Rosário. **Strategic Environmental Assessment – principles and potencial.** In: Handbook on Environmental Impact Assessment. London: Blackwell, 1999.

PELLIN, Angela; et al. Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil: considerações a respeito do papel das agências multilaterais de desenvolvimento. **Engenharia Sanitária e Ambiental.** Rio de Janeiro: ISSN 1413-4152. Vol. 16. n. 1. Março de 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522011000 100006&lang=pt> Acesso em: 20 de março de 2016.

OCDE. **Aplicação da avaliação ambiental estratégica:** guia de boas práticas na cooperação para o desenvolvimento. OECD Publishing, 2012.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Trasformaciones del Derecho. *In:* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2013.

SCHWENCK, Terezinha. **Direitos Humanos Ambientais**. Disponível em: http://www.fadipa.br/pdf/schwenck.pdf. Acesso em 06 maio 2016.

SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental: nossa casa planetária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias.** Porto Alegre, n.16, 2006. Disponível em: http://wwwscielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf. Acesso em: 27 jun. 2006.

SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza. MAFRA, Juliete Ruana. **A sustentabilidade no alumiar de Gabriel Real Ferrer: reflexos dimensionais na Avaliação Ambiental Estratégica** In: SOUZA, Maria Claudia Silva Antunes de Souza; GARCIA, Heloise Siqueira Org(s). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferre. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 11- Disponivel em: <http://www.academia.edu/14093595/Lineamentos_sobre_sustentabilidade_segundo_Gabriel_Real _Ferrr>. Acesso em: 05 jul. 2016.

THERIVEL, Riki; PARTIDARIO, Maria R. **The practice of strategic environmental assessment.** London: Earthscan, 1996.

AUDITORIA COORDENADA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS, COM FOCO NA SUSTENTABILIDADE DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DA AMAZÔNIA BRASILEIRA[1]

Benedito Antônio Alves[2]

Wilber Carlos dos Santos Coimbra[3]

INTRODUÇÃO

O presente artigo, desenvolvido em três capítulos pelo método dedutivo, propõe-se a analisar a auditoria coordenada pelos Tribunais de Contas, com foco na sustentabilidade das Unidades de Conservação da Amazônia Brasileira, esse importante bioma para a preservação ambiental do planeta.

O primeiro capítulo, numa concepção jurídica, trata do princípio da sustentabilidade intergeracional, direito humano reconhecido pelo STF como de terceira geração, enunciado expressamente no art. 225 da Constituição Federal de 1988, com o escopo de garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando a sua defesa e preservação às presentes e futuras gerações.

No segundo capítulo, no bojo do Bioma Amazônia, a pesquisa aborda as UC's – Unidades de Conservação. Esse importante bioma possui 247 UC's, sendo 107 federais e 140 estaduais nos nove estados que compõem a região, das quais, atualmente, 40 (quarenta) delas estão localizadas no Estado de Rondônia.

---

[1] Artigo produzido para atender à exigência institucional de avaliação do Seminário intitulado: "Neoconstitucionalismo e Principiologia Constitucional", coordenado pelo **Prof. Dr. Daniele Porena**, na Universidade de Perugia-Itália, no período de 25 a 29 de maio de 2015.

[2] Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Franca – UNIFRAN; Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Tiradentes – UNIT; Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Rio Doce – UNIVALI; Conselheiro e Presidente da 1ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia; Professor de Graduação e Pós-Graduação dos cursos de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, da Faculdade Católica de Rondônia – FCR e do Centro Universitário São Lucas. Porto Velho/RO, Brasil. *E-mail*: cons.benedito@gmail.com.

[3] Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; Mestre em Gestão e Desenvolvimento Regional pela Universidade de Taubaté/SP; Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho/RJ; Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia; Presidente da Escola Superior de Contas do Estado de Rondônia; Professor do Centro Universitário São Lucas. Porto Velho/RO, Brasil. *E-mail*: conselheiro.wilbercoimbra@hotmail.com

No terceiro capítulo, o articulado faz uma análise da experiência da Auditoria Interinstitucional realizada pelos Tribunais de Contas nas Unidades de Conservação do Estado de Rondônia, levada a efeito mediante uma auditoria interinstitucional realizada em cooperação pelos Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, com o mister de verificar a governança dessas importantes unidades preservacionistas que tanto influem nas condições climáticas planetárias.

1. O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE INTERGERACIONAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O Princípio da Sustentabilidade Intergeracional já se encontra, desde 1988, materializado e expressamente enunciado no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 5 de outubro de 1988[4].

O legislador constituinte brasileiro, ainda em 1987, aliás, em contemporaneidade à publicação do Relatório Brundtland[5] elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU – Organização das Nações Unidas, no documento intitulado: "Nosso futuro comum", demonstrou real preocupação com a importante questão ambiental, e tanto é verdade que, em solo pátrio, fez insertar pela primeira vez no texto constitucional, no "Título VIII – Da Ordem Social", dispensando tratamento específico da matéria, no "Capítulo VI", intitulado "Do Meio Ambiente". Dispõe de modo específico, pois, genericamente, em outros capítulos esse direito social fundamental também foi enunciado direta e indiretamente, o que, a porvir, também será tratado.

Nesse contexto, é bem possível que essa preocupação contemporânea com o meio

[4] **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.

[5] Extraído do livro: ONU: "Nosso Futuro Comum/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas. 430 p. Título da obra em

Inglês: "*Our commun future".* Oxford/*New York, Oxford University Press,* 1987. O Relatório Brundtland, datado de 20 de março de 1987, cuja nomenclatura final intitula-se "Nosso Futuro Comum" recebeu esse nome em homenagem à primeira-ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, que indicada pela ONU chefiou a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo se reunido pela primeira vez em outubro de 1984 e publicado o relatório 900 (novecentos) dias depois, em abril de 1987. Consoante se vê no prefácio do relatório, nas palavras da própria Brundtland, o propósito da Comissão era estudar a questão ambiental do planeta e propor estratégias de longo prazo mirando-se no desenvolvimento sustentável e, para tanto: "recomendar maneiras para que a preocupação com o meio ambiente se traduza em maior cooperação entre os países em desenvolvimento e entre países em estágios diferentes de desenvolvimento econômico e social e leve à consecução de objetivos comuns e interligados que considerem as inter-relações de pessoas, recursos e meio ambiente e desenvolvimento". Em sua versão final o relatório propõe o desenvolvimento sustentável, como sendo "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades".

ambiente no Brasil, quando do exercício do poder constituinte originário (*mens legislatoris*) e o desenvolvimento sustentável, tenha ocorrido em razão da participação do ambientalista brasileiro Paulo Nogueira Neto, professor de ciências biológicas da USP – Universidade de São Paulo, na composição da Comissão[6] que elaborou o relatório, que tinha representantes de 21 (vinte e um) países do mundo, inclusive o Brasil, sendo que o país juntamente com a ONU estava realmente preocupado com a questão econômico-ambiental, a ponto de fazer insculpir no texto da nova Carta Política (*mens legis*) disposições expressas sobre a matéria.

Resta daí, por ser necessário ao deslinde aqui proposto, no bojo de uma análise hermenêutico-constitucional sistêmica, mesmo que de modo bem objetivo, conciso e centrado somente no que interessa a este artigo, visualizar ao consulente o teor do artigo 225, *caput*, seus parágrafos e incisos, da CF/88, com apontamentos céleres e breves.

Destarte, a CF/88 dispõe, *in verbis:*

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações.

Observa-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado aqui enunciado está axiologicamente contemplado e umbilicalmente vinculado ao bem jurídico mais importante tutelado pelo Direito, *id est*, a própria **"vida"**, sendo decerto o bem mais precioso da pessoa humana. A propósito, a "vida" é induvidosamente o maior e mais valorado bem dentre todos os demais juridicamente tutelados. O que seria mais importante que a vida para o ser humano? A sua liberdade? A sua honra? O seu patrimônio? Nada é mais importante que a vida.

Resta uma certeza indubitável tanto no "mundo do ser" quanto no "mundo do dever ser": a convicção, aqui ou alhures, de que nenhum outro bem jurídico axiologicamente tutelado pelo Direito é mais importante que a **vida**. Tanto é verdade que, de modo sistemático, a mesma Constituição Federal brasileira, em seu art. 5º, *caput*, quando trata dos direitos e garantias fundamentais (individuais e coletivos) enuncia em primeiro lugar, a inviolabilidade do direito **à**

[6] Extraído do livro: **"Nosso Futuro Comum/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas. 430 p. Título da obra em inglês: "*Our commun future".* Oxford/New York, Oxford University Press, 1987. A Comissão, além de sua Presidente: Gro Horlem Brundtland (Noruega) e do Vice-presidente Mar Kllalid (Sudão), tinha ainda como membros: Susanna Agnelli (Itália); Saleh A. Al Athel (Arábia Saudita); Bernard Chidzero (Zimbábue); Lamine Mohamed Fadika (Costa do Marfim); Volker Hauff (Alemanha); Istven Lang (Hungria); Ma Shijun (China); Margarita Marino de Botero (Colômbia); Nagendras Singh (Índia); Paulo Nogueira Neto (Brasil); Saburo Okita (Japão); Shridath S. Ramphal (Guiana); William D. Ruckelhaus (EUA); Mohamed Sahanoun (Argélia); Emil Salim (Indonésia); Bukar Shaib (Nigéria); Vladimir Sokolov (URSS); Janez Stanovnik (Iugoslávia) e Maurice Strong (Canadá).

vida, garantida tanto aos brasileiros, quanto aos estrangeiros residentes no país, para só depois, tratar de outros direito como a liberdade, igualdade, segurança e propriedade, mesmo porque, se o homem perder a sua vida, racional e francamente falando, nada mais lhe interessa nenhum desses outros bens, por mais importantes e preciosos que sejam. Numa concepção holística elastecida, a única possibilidade de a humanidade aspirar "um futuro comum" viável e possível de ser concretizado, é efetivamente precavendo-se agora, no presente, e levar a sério o fato cientificamente comprovado de que as ações antrópicas decorrentes da insaciabilidade patológica[7] do homem, que prejudicam o meio ambiente considerado em seus mundos biótico e abiótico, se não contidas, cessadas, controladas e fiscalizadas, põem em periclitação a vida, não só a humana, mas também de todos os demais seres vivos na Terra.

Por seu turno, o Título I da CF/88, quando trata dos Princípios Fundamentais, enumera dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, o princípio da "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III). Também, nesta mesma esteira, em completude a esse propósito com a vida digna do ser humano, insculpem-se os objetivos fundamentais da República, no art. 3º e seus incisos, dispondo sobre nobres valores que devem irradiar sobre toda a sociedade política brasileira, tais como: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Ainda, dentre os princípios regentes das relações exteriores do Brasil que, nesse contexto, também interessa ao presente comento, está prescrita "a prevalência dos direitos humanos". Preocupação essa do legislador constituinte que ultrapassa fronteiras, numa concepção contemporânea da tão em voga transnacionalidade, o que leva à concepção de ser o meio ambiente aqui tratado, um direito fundamental de terceira geração, constituído como patrimônio comum da humanidade por afetação, firmado no princípio da não-apropriação em que se reconhece a humanidade como sujeita de direito ao meio ambiente saudável, consoante se vê sob

[7] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro.** 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 24/25. Ao tratar dessa insaciabilidade do homem em detrimento do meio ambiente, o autor preleciona acerca do "peso dos males comportamentais e jurídico-políticos, tais como o antropocentrismo excessivo e despótico, a bizarra dificuldade de implementar políticas alinhadas ou a carência de poupança para manter taxas de investimentos estratégicos em processos qualitativos, sem os quais o desenvolvimento duradouro não passa de miragem". E anota o mestre ambientalista: "... os maiores males nada mais são do que o subproduto dessa cultura de insaciabilidade patrimonialista e senhorial, que salta de desejo em desejo, no encalço do nada [...] até porque a cultura da insaciabilidade (isto é, da crença ingênua no crescimento pelo crescimento quantitativo e do consumo fabricado) é autofágica, como atesta o doloroso perecimento de civilizações".

o pálio dos apontamentos de A. Charles Kiss.[8]

O constitucionalista pátrio, José Afonso da Silva[9], ao tratar do assunto, preleciona que o meio ambiente preservado assegura o direito fundamental à vida, aduzindo ser o " [...] *direito de todos e bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, protegendo-se a qualidade da vida humana, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento".*

A "vida" a que se refere a Constituição brasileira, vista de modo transversal e holística como deve, transcende a pessoa humana, alcançando nessa concepção multifacetada da sustentabilidade, portanto, não só a vida humana, como também a vida de todos os seres vivos (animais e vegetais) que compõem o meio biótico nacional. Mais ainda, dada à importância do solo, atmosfera, clima, dentre outros elementos dessa relação simbiótica, para a sobrevivência do Planeta e das espécies, vê-se que está contemplado nessa larga concepção de "vida" a que se refere o constituinte, o meio abiótico, pois tudo faz parte da "teia da vida" como se extrai da concepção abrangente de Capra Fritjof[10], decerto inspirado pelo contido na Carta do Chefe Seattle[11], escrita em 1854 ao então Presidente dos EUA Franklin Pierce, quando numa sentença voltada ao futuro de sua época, nosso presente de hoje, aduz: "O que ocorrer com a terra, recairá sobre os filhos da terra. Há uma ligação em tudo".

Esse meio ambiente ecologicamente equilibrado (homeostase) como direito de todos (que inclui os seres humanos nacionais, estrangeiros residentes, e todos os outros seres vivos) refere-se à sustentabilidade ambiental, que recebe da CF/88 a classificação de bem afetado de uso comum

[8] KISS, Alexandre Charles. *Patrimoine commun de l´humanité.* Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of Internacional Law, 1982 – tome 175 de la collection. Paris: Martinus Hijhoff, 1982. p. 231.

[9] SILVA**,** José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 876.

[10] Capra Fritjof. A Teia da Vida: uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos. São Paulo: Cultríx, 1996. Título original: *The Web ofLife A New Scienh'frc Understanding of Living Systems.* Tradução de Newton Roberval Eíchemberg. pp. 20/21. A ecologia profunda proposta pelo autor [...] vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida".

[11] Texto transcrito do compêndio de Joseph Ki-Zerbo, Compagnons du Soleil, *Anthologie des grands textes de l'humanité*, Ed. La Découverte/UNESCO, Paris, 1992; e de Mehlem Adas, **Geografia da América**, Ed. Moderna 1987. "O que é o homem sem os animais? Se todos os animais se fossem, o homem morreria de uma grande solidão de espírito. Pois o que ocorre com os animais, breve acontece com o homem. Há uma ligação em tudo. Vocês devem ensinar às suas crianças que o solo a seus pés é a cinza de nossos avós. Para que respeitem a terra, digam a seus filhos que ela foi enriquecida com as vidas de nosso povo. Ensinem às suas crianças o que ensinamos às nossas, que a terra é nossa mãe. Tudo o que acontecer à terra, acontecerá aos filhos da terra. Se os homens cospem no solo, estão cuspindo em si mesmos. Isto sabemos: a terra não pertence ao homem. O homem pertence à terra. Isto sabemos: todas as coisas estão ligadas como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo. O que ocorrer com a terra recairá sobre os filhos da terra. O homem não tramou o tecido da vida; ele é simplesmente um de seus fios. Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo".http://www.fondationkizerbo.org/catalogue/format_liste.php?lang=fr&onglet=0&link=O&format=bref&sort=Date%20DESC&Chp3=HOMME+ET+NATURE. Acesso em 20/09/2015.

do povo, cuja titularidade pertence à coletividade, excluindo assim, a apropriação do meio ambiente pelo indivíduo (pois os interesses são pluriindividuais e difusos), sendo, pois, essencial à sadia qualidade de vida. Uma vida saudável liga-se à ideia de saúde. Para a OMS[12] – Organização Mundial de Saúde trata-se de *"um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente ausência de doença ou de enfermidade"*, constituindo-se num direito fundamental da pessoa humana, exigindo-se adaptações ao estilo de vida no meio ambiente em que se vive, dependendo da cooperação dos indivíduos e dos Estados para que isso efetivamente ocorra no mundo fenomênico.

Deste modo, ao dispor a norma constitucional sobre a responsabilidade do Poder Público de promover a defesa e a preservação do meio ambiente, resta compreendido na expressão "Poder Público", todos os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), em todos os seus níveis (Federal, Estadual, Distrital e Municipal), bem como inclui todos os Órgãos autônomos (Tribunal de Contas e Ministério Público), também nos três níveis da Federação e no Distrito Federal.

Com efeito, quando o texto constitucional dispõe acerca da coletividade, refere-se a todas as pessoas nacionais ou estrangeiras residentes ou com sede no Brasil, sejam físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como as integrantes do terceiro setor, uma vez tratar-se de direitos difusos (por serem indivisíveis e ultrapassarem a esfera pessoal de um único indivíduo), coletivos (por serem transindividuais), e individuais homogêneos (pois atinem às pessoas indeterminadas numa concepção intergeracional).

Nesse contexto, quando a Carta Política estabelece como destinatárias dessa proteção, as presentes e as futuras gerações, em verdade, o legislador constituinte qualifica a sustentabilidade, agora como intergeracional, com transcendência sobre as gerações. Logo, princípio da sustentabilidade intergeracional.

Nessa nova concepção paradigmática, não podemos olvidar um desenvolvimento sustentável, agora metamorfoseado no princípio da sustentabilidade, em sua natureza multidimensional, entendido como princípio de importância capital, que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime,

[12] http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em 02/05/2015.

ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.[13]

Contextualizando a questão, nesta novel concepção axiológica da sustentabilidade intergeracional, a partir da governança em matéria ambiental (compreendendo gestão, controle e fiscalização), resta induvidosa a imposição às organizações governamentais de fiscalizar[14] o patrimônio ambiental do espaço geográfico planetário, contemplando a possibilidade de controlar de modo firme, forte, unívoco, independente, eficiente e eficaz, todos os atos atentatórios praticados contra o meio ambiente, com o escopo de assegurar qualidade de vida às presentes e futuras gerações, isso numa nova ordem mundial, sem imiscuir-se ou arvorar-se em proceder a ataques à decantada soberania terrestre, dentro de um cenário transnacional e de uma democracia assimétrica[15], não se olvidando da imposição de um novo cenário geográfico garantidor e compartilhado dessa sustentabilidade solidária e equânime a todos os povos, por meio de um novo Direito e de uma nova Jurisdição Ambiental, que contemplem a transparência e o acesso às informações constantes da prestação de contas (Lei da Transparência e do Acesso à Informação), com arrimo nos ensinamentos esposados por Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar.

À evidência, a CF/88 assegura às futuras gerações uma quantidade de bens hoje disponíveis às gerações presentes, não apenas suficiente para a mínima condição de subsistência humana, mas o necessário para a garantia da vida plena em todas as suas formas, nos aspectos ecológico, social e econômico, sendo este além de desafio, o compromisso e o dever fundamental da presente geração, pois senão, não haverá futuro.[16]

Em completude ao *caput*, o § 1º, do art. 225, ao longo dos sete incisos estatui as incumbências a cargo do Poder Público com o propósito de assegurar a efetividade do direito à sustentabilidade ambiental, arrolando regramentos que deverão ser cumpridos por todos os entes da Federação (no âmbito de suas competências (comum: vide art. 23, I, III, IV, VI. VII e VIII; concorrente: art. 24, incisos VI, VII e VIII, principalmente) que, por conseguinte, visam a garantir o direito fundamental ao meio ambiente saudável.

Daí, é forçoso constatar que à luz de toda essa legislação constitucional e

[13] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2012, pp. 54 a 73, quando disserta sobre: "o que se entende por natureza multidimensional da sustentabilidade".

[14] CRUZ, Paulo Márcio e Zenildo Bodnar. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. pp. 124/131.

[15] CRUZ, Paulo Márcio e Zenildo Bodnar. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. pp. 91/99.

[16] CRUZ, Paulo Márcio e Zenildo Bodnar. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: Univali, 2012. p 120.

infraconstitucional ora analisada, resta evidenciada às escâncaras a anunciação expressa do princípio da sustentabilidade intergeracional no ordenamento jurídico brasileiro, restando, entretanto, o inafastável dever a todos imposto de propiciar-se a efetivação desse direito fundamental de terceira geração, proclamado pelo STF.[17]

2. AS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA, NO BIOMA DA AMAZÔNIA, COMO INSTRUMENTO DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Insta esclarecer, no que toca ao Bioma da Amazônia, tratado neste articulado, que de modo específico, o § 4º, do art. 225 da Constituição Federal, preceitua que a Floresta Amazônica brasileira, ao lado de outros biomas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira) constitui patrimônio nacional. Dispõe que a 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. Insta esclarecer que o legislador infraconstitucional classificou os biomas acima descritos como "macroecosistemas", estando regulamentados pelas Leis n. 6.902, de 1981, n. 6.938, de 1981, e pela Lei n. 7.661, de 1988, sendo que as Unidades de Conservação ou Reservas Florestais que compõem de "microecosistemas", são reguladas infraconstitucionalmente pela Lei n. 9.985 de 2000.

No caso em estudo, antes mesmo de tratar das unidades de conservação do Estado de Rondônia (premissa menor desta análise) tidas como instrumento de preservação ambiental, necessário se faz, de modo o mais didático possível, numa concepção silológica, com o escopo mesmo de facilitar a compreensão de eventuais consulentes interessados, apresentar, de modo breve, algumas peculiaridades do Bioma da Amazônia (premissa maior) onde se inserem essas unidades de conservação estaduais.

Na sequência, com esse propósito, passa-se, pois, a fazer breve apresentação do Bioma da Amazônia. Assim, logo de início, impende registrar que, etimologicamente, em sentido clássico, o

[17] **STF** – **Supremo Tribunal Federal**. Impende registrar que ao tecer comentários acerca da matéria, o eminente Ministro do STF Celso de Mello ressalta que: *"essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal [...] de um típico direito de terceira geração que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeneracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social"*. (STF in RTJ 164/158). Ainda: *"Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração"*. (STF- 1ª T. - Rextr. nº 134.297-8/SP – Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção I, 22 set. 1995, p 30.597).

vocábulo “Amazônia” deriva do mitônimo grego *amazon*, que de seu lado é formado pelo prefixo *“a”*, que significa *“não”* (provativo) e o vocábulo *mazós*, que significa “seio”. Logo, privado do seio. Consigne-se, também, que em linguagem nativa dos primeiros habitantes da região, a variante *amassumu*, para designar “amazonas” quer dizer ruído de água ou água que retumba.[18]

Eis, pois, a Amazônia brasileira: uma região que possui a maior reserva de terras aproveitáveis e jazidas minerais, palco da maior floresta tropical, da maior bacia hidrográfica, do maior rio do planeta com nada menos que 25 mil km de extensões navegáveis, que contém a mais rica fauna, a mais diversificada flora e o maior banco genético do mundo sendo, por isso, uma das regiões mais importantes para a sustentabilidade e estabilização climática da Terra.[19]

Essa região continental que abriga importante patrimônio ambiental, também denominada, no Brasil, Amazônia Legal (com limites definidos pelo Decreto-Lei n. 5.174, de 27 de outubro de 1966 e pelo art. 45 da LC n. 41, de 11 de outubro de 1977), situada no centro da América do Sul, é composta por 8 (oito) países: Brasil, Bolívia, Colômbia, Peru, Venezuela, Guiana, Guiana Francesa e Suriname. Esses países compõem a Amazônia Internacional ou Pan-Amazônia, com a extensão territorial de 7 milhões de km², ocupando 2/5 da superfície da América do Sul.

No território brasileiro a Amazônia é composta por 9 Estados: Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e a parte oeste do Estado do Maranhão, com extensão territorial de 5,2 milhões de km², o que representa 3/5 ou 60% do território do Brasil e, aproximadamente, 4% de todo a extensão do globo terrestre, podendo ser considerada como uma espécie de “sétimo país” do mundo em dimensão, onde vive uma população estimada em 25 milhões de habitantes.[20]

Adentrando a hileia brasileira, numa mostragem de sua flora, vale ressaltar que a floresta amazônica possui mais de 40% do estoque genético do planeta, com mais de 16,5 bilhões de genes só em plantas e mais de dois milhões de espécies animais e vegetais, segundo a afirmação do cientista alemão, Harald Sioli[21]. São plantas medicinais, aromáticas, alimentícias, tóxicas, oleaginosas e fibrosas; fungos, bactérias, insetos, serpentes e outros animais usados nos estudos da produção farmacêutica, cosmética e alimentícia[22]. É tamanha a diversidade de árvores na

[18] HOUAIS, Antonio *et al*. **Dicionário Houais da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. P. 182.

[19] ALVES, Benedito Antonio. **Amazônia Brasileira: Soberania Ameaçada**. Porto Velho-RO: Editora Imediata, 2013. p. 22.

[20] **ALMANAQUE ABRIL**. São Paulo: Editora Abril, 2003, pp. diversas. (CD-ROM).

[21] PILLON, José Joaquim. **Amazônia: último paraíso terrestre**. Santa Maria: Palloti, 2002. p. 88.

[22] PILLON, José Joaquim. **Amazônia: último paraíso terrestre**. Santa Maria: Palloti, 2002. p. 103.

Amazônia, que podem ser encontradas de 40 a 400 espécies diferentes num só hectare (tais como, castanheira cedro, pau-rosa, aroeira, samaúma, freijó, sucupira, pau-cravo, pau-amarelo, pau-cetim, brauna, brauna-preta, sassafráz, mogno, cumaru, cerejeira, imburana, jatobá, maçaranduba), enquanto que na América do Norte, em termos comparativos, a diversidade encontrada vai somente de 4 a 25 espécies[23]. Mais de 40 mil tipos de plantas já foram catalogados, mas suspeita-se que outros 20 mil permanecem desconhecidos[24].

No tocante à fauna amazônica, num estudo comparativo, Pillon afirma que num só metro quadrado de floresta pode conter mais habitantes que a capital paulista (São Paulo), pois, a floresta é semelhante a um edifício de muitos andares, onde alguns animais habitam o subsolo, outros o solo, outros os troncos, outros os galos, outros as folhas, outros as flores, e outros ainda, nos andares mais altos, as copas das grandes e centenárias árvores.[25]

Falando a respeito dessa exuberância faunística, cumpre destacar a afirmação do pesquisador Herbert Shubart ao afirmar: "Quando um adulto caminha na floresta de terra firme, a cada passo ele pisa em média sobre cerca de 1.500 pequenos animais, pertencentes a centenas de diferentes espécies." E, diante disso, descreve essas espécies, aduzindo: "são minúsculos insetos, colêmbolas, formigas, cupins, pequenas aranhas, ácaros, crustáceos, embuás, pequenas lacraias, caracóis, nematódeos e outros vermes, rotíferos, protozoários." Para, em consequência, concluir: "enfim, sem que saiba, tem-se um verdadeiro "tratado de zoologia" sob os pés. Isto sem considerar os números maiores de bactérias e fungos que ocorrem na mesma área".[26]

Ainda, quanto a essa fauna pendente de ser totalmente conhecida pela academia cientifica, impende registrar que no ano de 2001, numa pesquisa chefiada pela antropóloga americana Manuela Carneiro da Cunha, professora da Universidade de Chicago, concluiu-se que o estado do Acre, na região do rio Juruá, possui a maior biodiversidade da Amazônia e, possivelmente, do mundo. Estudos preliminares apontam a existência de 616 espécies de aves, quatro das quais até então desconhecidas, superando as 550 espécies aladas identificadas na região da Cacaulândia-RO., também de alta biodiversidade. Foram registradas 1.620 espécies de borboletas, podendo chegar a dois mil segundo os pesquisadores, 400 espécies de aranhas, 140 espécies de sapos, 104 de morcegos, 64 de abelhas, 50 de répteis e 16 de macacos. Nessa pesquisa, foi também

[23] **ALMANAQUE ABRIL**. Publicação anual. v. 1 e 2. São Paulo: Editora Abril, 2002, p. 263.

[24] Disponível em: http://www.terra.com.br/reporterterra/greenpeace/raiox.htm. Acesso em 17 de maio de 2003. p.1

[25] PILLON, José Joaquim. **Amazônia: último paraíso terrestre**. Santa Maria: Palloti, 2002. p. 182.

[26] MEIRELLES FILHO, João. **O Livro de Ouro da Amazônia**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004. Citação feita na p. 64.

encontrada aquela que pode ser a maior mariposa do mundo, com 40 centímetros de comprimento e um morcego com asas de um metro de envergadura, sem dúvida, o maior das Américas. Por oportuno, registre-se que das 141 espécies de morcegos identificados no Brasil, 125 vivem na Amazônia; das 484 espécies de mamíferos brasileiros, 424 vivem na floresta Amazônica; das 75 espécies de primatas, 58 vivem na região. Dentre a variedade de sapos, a maioria vive na Amazônia. O sapo-cururu, o maior de todos, pesa um quilo e mede 40 cm.[27]

A região abriga também um importante patrimônio hidrográfico continental, de interesse transnacional que ultrapassa fronteiras físicas, numa extensão territorial de 7 milhões de km², ocupando 2/5 da superfície da América do Sul e só no Brasil possui 5,2 milhões de km², o que representa 3/5 ou 60% do território do Brasil e, aproximadamente, 4% de todo o globo terrestre, o que evidencia a sua importância planetária.[28]

O maior rio da maior bacia hidrográfica do mundo, o Amazonas, conta com mais de 7.000 afluentes catalogados, é o eixo principal da bacia e o maior rio do mundo que percorrendo 7.025 km (4.580 km de percurso navegável), desde o Pico Huagro até o Oceano Atlântico. O vizinho Peru, país que já foi sede do Império Inca, é o berço do Rio Amazonas a partir das águas oriundas do degelo andino, a 4.000 metros de altitude, distante apenas 120 km do Oceano Pacífico.[29] Quase forma um canal natural bioceânico que, ao entrar no Brasil pela cidade de Tabatinga, já corre numa planície a 82 metros do nível do mar, faltando 4.200 km para atingir o Atlântico.[30]

Além de possuir o maior volume de água do planeta, com seus 7.050.000 km² a Bacia Amazônica é a maior bacia hidrográfica do mundo, cujo principal rio, o Amazonas, possui uma vazão de 209.000(m³/s), onde vivem nada menos que 4 mil espécies diferentes de peixes, fora os não catalogados pela ciência, que em termos comparativos são trinta vezes superiores ao número encontrado em todo o território europeu.[31]

A outro tanto não se pode olvidar a importância ecossistemática da Amazônia e suas Unidades de Conservação, que devem submeter-se a uma gestão eficiente, com o propósito de se conservarem intactas e preservadas a fim de corroborar com a governança das condições

[27] Disponível em: http://www.saudeanimal.com.br/curiosidades-animais.htm. Acesso em: 17, maio 2003. p .6.

[28] **ALMANAQUE ABRIL**. São Paulo: Editora Abril, 2003, pp. Diversas. (CD-ROM).

[29] **ALMANAQUE ABRIL**. São Paulo: Abril, 2002. p. 272.

[30] OLIVEIRA, H. Risler de et al. **Amazônia e a cobiça internacional**. Porto Velho: trabalho de pesquisa de propriedade da Loja Maçônica Grande Oriente de Rondônia, 2001. p. 13

[31] DONIZETTI, Paulo. **Amazônia: o alvo da maior cobiça do mundo**. n. 1, FÓRUM: Outro mundo em debate. São Paulo: Publisher Brasil, ago. 2001. p. 14-17.

climáticas da Terra, valendo registrar, a esse respeito, os comentários do pesquisador britânico James Lovejock, quando trata do assunto com mais cientificidade do que aqueles que denominam a região como "pulmão do mundo", que a Amazônia é, sim, fundamental para o equilíbrio climático do planeta e que *"pode-se compará-la a um rim do planeta, atuando como regulador de diversas funções vitais. Intervenções mal planejadas certamente provocarão mudanças ambientais em escala mundial, cujas consequências são difíceis de conceber*".[32]

Verifica-se, na realidade, que a Amazônia brasileira em sendo possuidora desse incomensurável patrimônio ambiental, que compreende em seu cenário natural centenas de unidades de conservação, constitui-se, indubitavelmente, numa das regiões mais importantes para a sustentabilidade e estabilização climática da Terra, o que justifica sobremodo o registro da experiência da inédita Auditoria Operacional Coordenada instalada com o propósito de avaliar a gestão da política ambiental dessas áreas protegidas no bioma Amazônia, decorrente do acordo de Cooperação Técnica que entre si celebraram o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, com a participação das outras Cortes de Contas da região.

3. A EXPERIÊNCIA DA AUDITORIA OPERACIONAL INTERINSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO DO ESTADO DE RONDÔNIA

De modo oportuno, haja vista estarem em voga no mundo acadêmico os triádicos conceitos operacionais (sustentabilidade, transnacionalidade e governança) no tocante ao patrimônio ambiental que transcende as fronteiras físico-geográficas dos países, este artigo propicia compartilhar o registro da inédita experiência com a comunidade acadêmica transnacional, consistente na Auditoria Operacional Coordenada pelo Tribunal de Contas da União-TCU em parceria com os Tribunais de Contas dos Estados-TCE's que compõem a Amazônia Legal (Rondônia, Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Roraima, Tocantins, Mato Grosso e Maranhão).

Referida Auditoria Operacional foi instalada entre as EFS-Entidades de Fiscalização Superiores (no Brasil, Tribunais de Contas) com a atribuição precípua de levantar dados e informações sobre a instituição e a governança ambiental das áreas protegidas do Bioma Amazônia, e em especial no que interessa a este artigo, no que toca às Unidades de Conservação do Estado de Rondônia, dentro do escopo de avaliar se existem as condições normativas,

[32] Meirelles Filho, João. **O Livro de Ouro da Amazônia**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 28.

institucionais e operacionais necessárias para que essas unidades possam atingir os objetivos pretendidos para os quais foram criadas, identificando gargalos e oportunidades de melhoria, bem como boas práticas que contribuam para o aperfeiçoamento da gestão dessas áreas legalmente protegidas.

Vale ressaltar que essa Auditoria Operacional teve embasamento legal na Resolução Administrativa n. 10/TCE/RO-2003, mais especificamente na alínea "e" do art. 2º, que prevê a avaliação da gestão ambiental, como também no Manual de Normas de Auditoria Governamental-NAGs, aprovado pela Resolução n. 78/TCE/RO-2011, e quando de sua operacionalização foram adotados alguns preceitos da Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI), além de outros princípios de auditagem comumente utilizados pelos órgãos independentes de controle externo, no âmbito nacional e transnacional.

No âmbito do TCE-RO - Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, para viabilizar a auditoria atermada, instaurou-se processo formal[33], cujos trabalhos de auditagem se iniciaram no dia 2 de maio com término previsto para 30 de novembro de 2013. Porém, o julgamento do processo ocorreu no dia 7 de novembro de 2013, vinte e três dias antes do prazo final estabelecido. A auditoria utilizou os seguintes instrumentos de trabalho: Matriz de Planejamento; Matriz de Achados; Matriz de Boas Práticas; Questionários Eletrônicos previamente elaborados e destinados aos representantes das Unidades de Conservação estaduais; Roteiro de Entrevistas para os representantes de Unidades de Conservação - UCs; Roteiro de Entrevista para população residente; Roteiro de inspeção *in loco* às UCs; Roteiro Fotográfico; Instrumentos de Consolidação (Mapa de Normativos, Mapa de Índices, e Relatório Consolidado), o que propiciou obter-se um diagnóstico acerca das Unidades de Conservação estaduais sob a responsabilidade e gestão da Secretaria do Estado de Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia (SEDAM), esta, órgão estadual, jurisdicionado do TCE-RO.

Em seguida, com base no que consta dos Autos n. 3099/2013, instaurado pelo TCE-RO, passa-se, de modo sintético como convém a um artigo científico, à apresentação de uma visão geral das Unidades de Conservação existentes no Estado de Rondônia, com breve abordagem do Sistema Nacional de Unidades de Conservação-SNUC (instituído pela Lei Federal 9.985 de 2000); e do Sistema Estadual de Unidades de Conservação-SEUC (instituído pelo Decreto 1.144de 2002),

[33] Foi autuado no âmbito do TCE-RO, Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, o Processo n. 3099/2013, da Relatoria do Conselheiro Benedito Antonio Alves, julgado pelo órgão Pleno no dia 07.11.2013.

que dispõe sobre as atribuições da SEDAM como órgão coordenador da implantação e operacionalização do SEUC e a descrição das características principais das unidades.

A propósito, em decorrência do princípio da sustentabilidade intergeracional insculpido na Constituição Federal de 1988, do qual já tratamos no capítulo primeiro deste artigo, em completude ao desiderato da efetivação desse direito fundamental proclamado no ordenamento brasileiro, vale destacar o advento da Lei Federal n° 9.985, de 18 de julho de 2000, que regulamenta o dispositivo constitucional e instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), ao tempo que estabelece critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação.

De modo específico, com o fito de efetivar a sustentabilidade ambiental, o art. 4° do Diploma Federal acima mencionado, ao longo de seus incisos, apresenta pelo menos treze objetivos que devem alcançados com o SNUC, quais sejam: contribuir para a manutenção da diversidade biológica e dos recursos genéticos no território nacional e nas águas jurisdicionais; proteger as espécies ameaçadas de extinção no âmbito regional e nacional; contribuir para a preservação e a restauração da diversidade de ecossistemas naturais; promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais; promover a utilização dos princípios e práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento; proteger paisagens naturais e pouco alteradas de notável beleza cênica; proteger as características relevantes de natureza geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica, paleontológica e cultural; proteger e recuperar recursos hídricos e edáficos; recuperar ou restaurar ecossistemas degradados; proporcionar meios e incentivos para atividades de pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental; valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica; favorecer condições e promover a educação e interpretação ambiental, a recreação em contato com a natureza e o turismo ecológico; e proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente.

Não se pode olvidar que as unidades de conservação numa concepção planetária, e sob a égide dos organismos transnacionais na missão de unir esforços quanto à proteção da biodiversidade da Terra, são áreas especialmente protegidas, destinadas à conservação da natureza e ao uso sustentável dos recursos naturais, sendo forçoso concluir que a sua criação representa um passo importante e fundamental para a conservação dos ecossistemas e para a

manutenção da biodiversidade, mirando-se na qualidade e possibilidade de vida do homem no Planeta, garantindo-se o meio ambiente saudável como direito que deve ser assegurado às presentes e futuras gerações.

Com esse desiderato e com base nessa norma de regência citada em linhas rpecedentes, as UCs são criadas, regulamentadas e categorizadas segundo as peculiaridades da área a ser protegida, tendo com esse propósito, o SNUC definido dois grandes grupos de unidades de conservação, distintos em: ***Primus:*** a unidade de proteção integral e, ***Secundus:*** a unidade de uso sustentável. O grupo de *unidade de proteção integral* tem por objetivo preservar a natureza, admitindo-se apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, sendo pertencentes a esse grupo de UC's as seguintes categorias: **1)** Estação Ecológica, **2)** Reserva Biológica, **3)** Parque, **4)** Monumento Natural, e **5)** Refúgio de Vida Silvestre. O grupo de *unidade de uso sustentável* caracteriza-se por compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais, contemplando as seguintes categorias: **1)** Área de Proteção Ambiental, **(2)** Área de Relevante Interesse Ecológico, **3)** Floresta, **4)** Reserva Extrativista, **5)** Reserva de Fauna, **(6)** Reserva de Desenvolvimento Sustentável e, **7)** Reserva Particular do Patrimônio Natural.

No âmbito do Estado de Rondônia, por decorrência e em simetria com a modelagem federal, foi editado o Decreto n. 1.144, de dezembro de 2002, que instituiu o Sistema Estadual de Unidades de Conservação da Natureza de Rondônia (SEUC), que abstrai a sua validade como norma de repetição obrigatória, da Constituição Federal, da Constituição Estadual e da Lei do SNUC, com objetivo de estabelecer critérios e normas para a criação, implantação e gestão de Unidades de Conservação estaduais. Importante a análise breve, somente no que interessa, desses instrumentos normativos, pois foram eles os parâmetros legais utilizados na auditoria interinstitucional das Cortes de Contas.

Dentre os principais órgãos instituídos pelo SEUC citamos: **1)** o Conselho Estadual de Política Ambiental - CONSEPA, com atribuições de acompanhar a implementação do SEUC (função consultiva e deliberativa); **2)** a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental - SEDAM, com as funções precípuas de coordenar a implantação e operacionalização do Sistema, promover a integração das áreas federais, estaduais e municipais, administrar as unidades de conservação estaduais e propor a criação de novas unidades de conservação no Estado; e **3)** os Conselhos Deliberativos e Consultivos das unidades de conservação, consoante disposto no art. 6, incisos I, II e IV do SEUC.

Com efeito, em simetria legislativa com o SNUC, o SEUC define que o plano de manejo deve ser elaborado no prazo de 5 (cinco) anos da criação da UC e revisado no máximo a cada 10 (dez) anos. Estabelece o Sistema Estadual que até a elaboração do plano de manejo, todas as atividades e obras desenvolvidas nas unidades de conservação de proteção integral devem se limitar aquelas destinadas a garantir a integridade dos recursos que a unidade objetiva proteger, assegurando-se às populações tradicionais porventura residentes na área as condições e os meios necessários para a satisfação de suas necessidades materiais, sociais e culturais.

Além daquelas atribuições específicas constantes do SEUC, a Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental de Rondônia (SEDAM) é responsável pela formulação e o acompanhamento das políticas públicas de meio ambiente, promoção e valorização socioambiental, conservação da biodiversidade, na busca do ponto de equilíbrio entre desenvolvimento socioeconômico e o respeito ao meio ambiente.

Organicamente, a Coordenadoria de Unidades de Conservação (CUC), setor da SEDAM, é responsável pela gestão das Unidades de Conservação estaduais. Dentre suas competências, destacam-se a participação na formulação de políticas e diretrizes de desenvolvimento ambiental; formular planos, programas e projetos de assuntos relacionados às UCs; coordenar a elaboração e execução de estudos, planos, programas, contratos, convênios e projetos das UCs e promover as interações entre as gerências das Unidades; propor a aplicação de recursos advindos da compensação ambiental em ações nas UCs; estabelecer procedimentos para tramitação, aplicação e gestão dos recursos oriundos de processos de compensação ambiental destinados as UCs; e exercer outras competências relativas à natureza do órgão.

Cumpre ressaltar que o Bioma da Amazônia possui 247 UC's, sendo 107 federais e 140 estaduais nos nove estados que compõem a região, das quais, atualmente, 40 (quarenta) delas estão localizadas no Estado de Rondônia, ou seja, o Estado detém 35% de todas as UC's estaduais do bioma, o que releva a importância do presente estudo. Registre-se que dentre estas, 7 (sete) são do grupo de Unidade de Proteção Integral e 33 (trinta e três) se enquadram no grupo de Unidade de Uso Sustentável. Todas foram criadas a partir de atos normativos estaduais (principalmente decretos), nos quais se estabelecem os limites de suas áreas. No grupo de Unidade de Proteção Integral, as categorias que compõem as UCs estaduais são de 3 (três) Parques, 2 (duas) Estações Ecológicas e 2 (duas) Reservas Biológicas. O outro grupo de Uso Sustentável é composto por 10 (dez) Florestas, 21 (vinte e uma) Reservas Extrativistas e 2 (duas)

Áreas de Proteção Ambiental.[34]

Consoante teor dos achados de auditoria[35] verificou-se que, embora existam as condições normativas, há falta de condições institucionais e operacionais para que as Unidades de Conservação estaduais atinjam seus objetivos de conservar e preservar o patrimônio natural.

Restou constatado que os recursos financeiros disponibilizados são insuficientes para suprir as necessidades essenciais das Unidades de Conservação estaduais, num claro confronto com o que dispõe a Lei Federal 9.985 de 2000, art. 5º, XI, e o Decreto Estadual 1.144 de 2002, art. 5º, VI, sendo que a carência de recursos financeiros faz com que atividades essenciais à gestão das UCs não sejam desenvolvidas.

Constatou-se que as UCs não dispõem de um quadro efetivo de servidores para prover sua gestão, pois das quarenta (40) UCs estaduais, apenas os Parques Estaduais de Corumbiara e de Guajará-Mirim (Municípios de Rondônia) possuem em sua sede 2 (dois) servidores efetivamente

[34] São as Unidades de Conservação de Rondônia, com seus respectivos atos de criação: Parque Estadual Corumbiara (Decreto Ambiental n° 4.576 de março de 1990); Parque Estadual de Guajará-Mirim (Decreto Ambiental n° 4.575 de 23 de março de 1990); Parque Estadual Serra dos Reis (Decreto Ambiental n° 7.027 de 08 de agosto de 1995); Estação Ecológica Serra dos Três Irmãos (Decreto Ambiental n° 4.584 de 28 de março de 1990); Estação Ecológica Samuel (Decreto Ambiental n° 4.247 de 18 de julho de 1989); Reserva Biológica Rio Ouro Preto (Decreto Ambiental n° 4.577 de 28 de março de 1990); Reserva Biológica Traçadal (Decreto Ambiental n° 4.583 de 28 de março de 1990); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado Gavião, Decreto Ambiental n° 7.604 de 08 de outubro de 1996); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado Mutum (Decreto Ambiental n° 7.602 de 08 de outubro de 1996); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado Periquitos (Decreto Ambiental n° 7.606 de 08 de outubro de 1996); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado Tucano (Decreto Ambiental n° 7.603 de 08 de outubro de 1996); Floreta Estadual de Rendimento Sustentado Araras (Decreto Ambiental n° 7.605 de 08 de outubro de 1996); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado Cedro (Decreto Ambiental n° 7.601 de 08 de outubro de 1996); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado Rio Machado (Decreto Ambiental n° 4.571 de 23 de março de 1990); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado Rio Vermelho "C" (Decreto Ambiental n° 4.567 de 23 de março de 1990); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado Rio Madeira "B" (Decreto Ambiental n° 7.600 de 08 de outubro de 1996); Floresta Estadual de Rendimento Sustentado/Área de Proteção Ambiental Rio Pardo (Lei Complementar n° 581 de 30 de junho de 2010); Reserva Extrativista Estadual Roxinho (Decreto Ambiental n° 7.107 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Mogno (Decreto Ambiental n° 7.099 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Angelim (Decreto Ambiental n° 7.095 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual (Decreto Ambiental n° 7.101 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Castanheira (Decreto Ambiental n° 7.105 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Freijó (Decreto Ambiental n° 7.097 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Massaranduba (Decreto Ambiental n° 7.103 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Maracatiara (Decreto Ambiental n° 7.096 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Seringueiras (Decreto Ambiental n° 7.108 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Garrote (Decreto Ambiental n° 7.109 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Piquiá (Decreto Ambiental n° 7.098 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Itaúba (Decreto Ambiental n° 7.100 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Jatobá (Decreto Ambiental n° 7.102 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Sucupira (Decreto Ambiental n° 7.104 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Aquariquara (Decreto Ambiental n° 7.106 de 04 de setembro de 1995); Reserva Extrativista Estadual Rio Cautário (Decreto Ambiental n° 7.028 de 08 de agosto de 1995); Reserva Extrativista Estadual Pedras Negras (Decreto Ambiental n° 6.954 de 14 de julho de 1995); Reserva Extrativista Estadual Curralinho (Decreto Ambiental n° 6.952 de 14 de julho de 1995); Reserva Extrativista Estadual Jaci Paraná (Decreto Ambiental n° 7.335 de 17 de janeiro de 1996); Reserva Extrativista Estadual Rio Preto Jacundá (Decreto Ambiental n° 7.336 de 17 de janeiro de 1996); Reserva Extrativista Estadual Pacaás Novos (Decreto Ambiental n° 6.953 de 14 de julho de 1995); e a Área de Proteção Ambiental Rio Madeira (Decreto Ambiental n° 5.115 de 06 de junho de 1991). https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn. Acesso em 08/10/15. Dados obtidos no Processo n. 3099/2013, instaurado em razão da auditoria.

[34] https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn. Acesso em 08/10/15. Todos esses dados foram obtidos no Processo n. 3099/2013, instaurado em razão da auditoria.

lotados em cada um. Essa situação contraria as diretrizes do Plano Amazônia Sustentável-PAS, do Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas – PNAP (II, alínea "g", Decreto 5.758 de 2006), do Sistema Estadual de Unidades de Conservação-SEUC (art. 31 do Decreto n. 1.144 de 2002) e contribui para o estado de abandono das UCs, pois permite o ingresso de invasores dentro de seus territórios, prática de furto de madeiras, caça, pesca, desmatamento e queimadas ilegais, fragilizando o cumprimento da missão de proteger, preservar e conservar a biodiversidade.

Diagnosticou-se que a Coordenadoria de Unidades de Conservação da Sedam não está estruturada de modo a permitir que as UCs estaduais cumpram adequadamente sua missão, sendo que a maioria das unidades não dispõe sequer de sede (37 das 40 UCs), pois apenas os 3 (três) Parques Estaduais-PE contam com sedes. A sede do PE Serra dos Reis, localizado em Costa Marques-RO., por exemplo, está em condições precárias de uso e conservação, e a do PE Corumbiara-RO., é compartilhada com o Escritório Regional da Sedam no Município de Cerejeiras-RO., e não dentro da própria UC. O efeito prático dessa falta de condições estruturais é a baixa efetividade das ações de fiscalização e de combate às emergências ambientais.

Em relação ao plano de manejo, verificou-se baixo percentual de unidades de conservação com esse instrumento de gestão, sendo menor ainda o nível de implementação, pois apenas 15 (quinze) das 40 (quarenta) UCs estaduais possuem plano de manejo, sendo que 14 (quatorze) delas são RESEXs e dispõem de plano de manejo de uso múltiplo, porém nenhuma delas alcançou plena implementação, haja vista que apenas 2 (duas) das 15 (quinze) UCs (Parque Estadual Corumbiara e RESEX Sucupira) atingiram grau médio de implementação.

No tocante à consolidação territorial das UCs, constatou-se que 37 (trinta e sete) das 40 (quarenta) UCs estaduais têm pendência de regularização fundiária, quer dizer, carecem do "repasse das áreas da União para o Estado de Rondônia", sendo necessária a regularização com a consequente expedição de títulos definitivos. O cenário de incerteza fundiária propicia práticas de atividades incompatíveis com os objetivos da UC (Lei 9.985 de 2000, art. 42, § 2º), a exemplo de inexecução da gestão plena sobre a totalidade do território das UCs, conflitos pela posse e uso da terra nas UCs, ocupação irregular nas unidades, pressões sobre os recursos naturais de UCs (prática ilegal de caça, pesca, extração ilegal de madeira, de minério, etc), consoante se comprovou mediante as visitas, *in loco,* feitas pela Equipe de Auditoria.

Em que pese a atribuição da Sedam como órgão coordenador de implantação e operacionalização do SEUC/RO (art. 6º, inc. II, do Decreto n. 1.144 de 2002), há evidências de

baixa cooperação entre a Sedam e demais atores públicos e privados envolvidos na governança das UCs, além do diminuto nível de coordenação, implantação e operacionalização do Sistema Estadual de Unidades de Conservação (SEUC), e da deficiência nos canais formais de comunicação entre a Sedam e outros órgãos e instituições envolvidas na gestão de UCs. Segundo os achados de auditoria em 80% das Unidades de Conservação estaduais (32 das 40) não há cooperação com as organizações governamentais estaduais e federais ou essa cooperação é baixa. E a cooperação das UCs com outros parceiros e ONGs: para 77,5% das UCs (31 das 40) não há cooperação ou, se existe, é baixa, o que atesta a fragilidade da gestão pública e a falta de governança das UCs, resultando na ineficiência à efetivação da sustentabilidade em sua dimensão ambiental.

Nada obstante, é preciso registrar uma constatação positiva, pois houve redução do desmatamento nas UCs localizadas em Rondônia. Segundo dados da Sedam, nos anos de 2003 a 2007, os desflorestamentos nas UCs alcançaram 177.044,39 ha (média anual de 35.408,078 ha), ao passo que no período de 2008 a 2012, os desflorestamentos alcançaram 66.398,86 ha (média anual de 13.279,77 ha), indicando a redução do desflorestamento, sendo atribuída como causa a criação das UCs.[36]

Assim, se por um lado, a estratégia de criar UCs contribui com o objetivo de proteger o patrimônio natural, não se pode olvidar que a ausência ou a fragilidade da gestão das unidades deixa de agregar resultados positivos integrados para a biodiversidade e de cumprir a farta legislação aplicável à espécie, demonstrando-se deficiência de governança no setor.

Constatou-se que não existem pesquisas científicas executadas nas UCs, em detrimento do que dispõe o art. 2º, VI, da Lei 6.938 de 1981, que estabelece incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais. Nota-se, ainda, que tanto o SNUC (art. 4º, X, da Lei Federal n. 9.985 de 2000) quanto o SEUC (art. 4º, VIII, do Decreto n. 1.144 de 2002) asseguram o incentivo ao desenvolvimento de pesquisas sobre a fauna, a flora e a ecologia das unidades de conservação e sobre formas de uso sustentável dos recursos naturais. Isso poderia ser feito por meio de parcerias com universidades brasileiras e estrangeiras, e outros eventuais investidores interessados, visando assegurar a sustentabilidade do bioma em todas as suas dimensões, nesse imenso laboratório a céu aberto à espera de pesquisadores.[37]

[36] https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn. Acesso em 08/10/15. Todos esses dados foram obtidos no Processo n. 3099/2013, instaurado em razão da auditoria.

[37] https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn. Acesso em 08/10/15. Todos esses dados foram obtidos no Processo n. 3099/2013, instaurado em razão da auditoria.

Também se verificou que dois dos três Parques Estaduais não aproveitam seu potencial de uso público (turismo e recreação), e o outro parque (1/3) aproveita apenas em parte esse potencial, o que ocorre por falta de plano de manejo, estrutura física adequada, pessoal, apoio, recursos financeiros, identificação das trilhas e da flora e fauna, capacitação de agentes e de moradores do entorno.

Entre os achados da auditoria verificou-se a inexistência de concessões de florestas estaduais-FERS, isso porque nenhuma das 10 FERS possui plano de manejo. Acerca do manejo comunitário nas RESEXs, os acordos de gestão (plano de manejo de uso múltiplo) encontra-se em grau médio de implementação, com distribuição de renda da exploração da madeira entre os moradores, além da extração dos recursos naturais: látex da seringueira, cipó, copaíba, açaí, entre outros.[38]

Quanto à qualidade de vida das populações tradicionais, que poderia ser melhorada ainda mais mediante atividades de exploração racional da floresta, conclui-se que para 16 das 21 RESEXs (76%), mesmo assim houve melhoria na vida das populações residentes após a criação da UC. Sob o olhar de dados obtidos junto à parte dessa população (visitas e entrevistas *in loco)* para 83,33% dos moradores entrevistados de 4 das 21 RESEXs visitadas (19%), a vida melhorou após a criação da UC, sendo que para apenas 16,66% teria havido piora. O nível de implementação em que se encontra a maior parte das Resexs contribui para que a da receita do manejo de madeira seja a principal fonte de renda da maioria dos moradores.[39]

Vale destacar que a equipe de auditoria identificou uma "boa prática" nas Reservas Extrativistas - RESEXs. Trata-se do Projeto "Inclusão de Jovens Extrativistas", com participação das comunidades das RESEXs Aquariquara, Massaranduba, Roxinho, Seringueiras, Piquiá, Jatobá, Maracatiara, Itaúba, Garrote, Angelim, Sucupira, Mógno, Ipê, Freijó, Castanheira, todas localizadas no Município rondoniense de Machadinho do Oeste. O objetivo do projeto é sensibilizar, engajar e trazer os jovens daquelas UCs para as discussões dos problemas de suas comunidades, possibilitando a identificação de talentos e lideranças juvenis dentro de cada localidade, visando à continuidade do extrativismo nas Reservas no bojo de uma exploração sustentável da floresta. Registre-se que os responsáveis e colaboradores desse projeto são jovens e os conselhos

[38] https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn. Acesso em 08/10/15. Todos esses dados foram obtidos no Processo n. 3099/2013, instaurado em razão da auditoria.

[39] https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn. Acesso em 08/10/15. Todos esses dados foram obtidos no Processo n. 3099/2013, instaurado em razão da auditoria.

comunitários das próprias RESEXs e a Secretaria Estadual do Meio Ambiente, numa experiência de governança do patrimônio natural pela própria comunidade local que mostra resultados positivos.[40]

Quanto às condições pecuniárias, constatou-se que os recursos financeiros não são plenamente suficientes para atender às demandas, sendo que para 15 UCs (37,5%) os recursos atendem apenas parcialmente às demandas e para as outras 25 UCs (62,5%) não atendem suficientemente às demandas, havendo necessidade de os órgãos governamentais alocarem dotação orçamentária para atender essa necessidade, nas Leis Orçamentárias (PPA- Plano Plurianual; LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual).[41]

Realizado o exame sistêmico dos tópicos susomencionados, oriundos dos "achados de auditoria", verifica-se que, embora exista abundância normativa, há falta de condições institucionais e operacionais para que as Unidades de Conservação estaduais atinjam os objetivos preconizados legalmente com vistas à sua implementação e efetivação, o que, uma vez ocorrido em sua integralidade, muito útil será a conservação e a preservação do patrimônio natural e, em específico, na sustentabilidade do bioma amazônico, do qual Rondônia é parte integrante.

Desta forma, à vista de todos esses achados de auditoria e com espeque na legislação constitucional e infraconstitucional (federal e estadual), amiúde comentada sistemicamente ao longo deste artigo, quando da análise dos trabalhos conclusivos da auditoria realizada pela Unidade Técnica, o Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia proferiu julgamento da matéria, à unanimidade de votos[42], no sentido de determinar, de modo cogente e sob pena de sanção pecuniária, à Secretaria do Estado do Desenvolvimento Ambiental de Rondônia que, no uso de suas atribuições legais, apresentasse ao Tribunal de Contas, Plano de Ação com definição dos responsáveis, com estabelecimento de prazos e contemplação de atividades e medidas necessárias no sentido de garantir a sustentabilidade das Unidades de Conservação auditadas.

O acórdão do TCE/RO[43] determinou, ainda, à Sedam, que dote as UCs de Plano de Manejo; que elabore estudo para estimar os recursos necessários à gestão das 40 UCs estaduais, levando

[40] https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn. Acesso em 08/10/15. Todos esses dados foram obtidos no Processo n. 3099/2013, instaurado em razão da auditoria.

[41] https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn. Acesso em 08/10/15. Todos esses dados foram obtidos no Processo n. 3099/2013, instaurado em razão da auditoria.

[42] https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoviewconfirm.jsfn.Acesso em 08/10/15.

[43] Acórdão prolatado no Processo n. 3099/2013, da Relatoria do Conselheiro Benedito Antonio Alves, julgado pelo órgão Pleno do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, no dia 07.11.2013, aprovado por unanimidade de votos.

em conta o grau de implementação do Plano de Manejo daquelas que o dispõem; e que providencie a redução do passivo de regularização fundiária. Há determinação, também, ao SEUC/RO para que exerça efetivamente a sua atribuição de órgão central de coordenação, implantação e operacionalização, promovendo a integração das áreas federais, estaduais e municipais, para a boa gestão das unidades de conservação estaduais.

De igual modo, determinou-se a definição de mecanismos e diretrizes para firmar parcerias de Governança com os atores envolvidos na gestão das unidades de conservação, integradas com órgãos estaduais, órgãos municipais, órgãos federais, universidades públicas e privadas, fundação de amparo à pesquisa, visando fomentar pesquisas científicas que contemplem atividades socioeconômicas viáveis e sustentáveis para as Unidades de Conservação do Estado de Rondônia, dentro do Bioma Amazônia.

A outro tanto, a decisão do TCE-RO, determinou ao Conselho Estadual de Política Ambiental (CONSEPA) que, no uso de suas atribuições legais, apresente Plano de Ação com definição dos responsáveis, prazos e atividades acerca das medidas a serem tomadas no sentido de exercer a efetiva atribuição de órgão consultivo e deliberativo, acompanhando a efetiva implementação do SEUC, em obediência ao art. 6º, I do Decreto Estadual nº 1.144 de 2002.

À guisa de todo o auditado determinou-se ainda ao Governador do Estado de Rondônia que, no uso de suas atribuições legais, crie um quadro próprio de servidores efetivos para atender às UCs, que contemple profissionais com diferentes formações científicas, dotados de capacidade e habilidades o bastante visando atender à Coordenadoria de Unidades de Conservação e às UCs ou órgão equivalente, a fim de efetivar as politicas prescritas nas normas aplicáveis à espécie.

Por outro lado, recomendou-se, também à SEDAM, a criação de uma autarquia para administrar as UCs estaduais, a fim de fomentar e executar programas de pesquisa, proteção e conservação da biodiversidade em todo o Estado de Rondônia, a exemplo do que ocorreu na esfera federal com a criação do ICMbio.[44]

Em consequência, recomendou ainda a decisão do TCE que o órgão estadual ambiental contemple programas/projetos/atividades específicos nos instrumentos de planejamentos governamental (PPA, LDO e LOA), com adequada referência dos seus atributos e metas,

[44] ICMbio- Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, autarquia federal em regime especial vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, criado pela Lei 11.516, de 28 de agosto de 2007, integrante do Sisnama-Sistema Nacional do Meio Ambiente, a quem cabe executar as ações do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, podendo propor, implantar, gerir, proteger, fiscalizar e monitorar as UCs instituídas pela União.

priorizando a execução de atividades de forma contínua, voltadas às finalidades precípuas das UCs, garantindo alocação de recursos financeiros para as políticas públicas de valorização das UCs, com o fito de estabelecer a governança efetiva da sustentabilidade do bioma auditado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode se inferir do aqui expendido, do ponto de vista jurídico, que o princípio constitucional da sustentabilidade intergeracional está expressamente anunciado no art. 225 da Constituição Federal de 1988, quando estatui que todos possuem 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 os presentes e futuras gerações. Mesmo porque o próprio STF-Supremo Tribunal Federal (guardião da Constituição Federal) entende a sustentabilidade como direito de terceira geração, extensível de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano.

Nesse contexto de ambiente sustentável contemplado na Constituição de República Federativa do Brasil, que se persegue em favor da vida terrestre, vale destacar a importância do Bioma da Amazônia, que consiste num patrimônio ambiental que abriga em seu cenário natural centenas de unidades de conservação, constituindo-se, por isso mesmo, numa das regiões mais importantes para a sustentabilidade e estabilização climática da Terra, o que justifica sobremodo o registro da experiência da inédita Auditoria Operacional Coordenada decorrente do acordo de Cooperação Técnica que entre si celebraram o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.

De todo o aqui expendido, resta claro que as unidades de conservação numa concepção planetária, e sob a égide dos organismos transnacionais na missão de unir esforços quanto à proteção da biodiversidade da Terra, são áreas especialmente protegidas, destinadas à conservação da natureza e ao uso sustentável dos recursos naturais, sendo forçoso concluir que a sua criação representa um passo importante e fundamental para a preservação dos ecossistemas e para a manutenção da biodiversidade.

Não se pode olvidar que apesar da constatação de algumas unidades de conservação ainda se encontrarem em processo de implantação e consolidação, o Brasil tem obtido nos últimos anos resultados significativos no tocante às medidas preventivas e repressivas do desmatamento, tendo

alcançado 76% da meta voluntariamente assumida pelo país perante a Conferência das Nações Unidas (ONU)[45], o que decerto ressalta o lado positivo da criação dessas unidades, mesmo que ainda não estejam totalmente implementadas.

Deste modo, conclui-se que a auditoria interinstitucional coordenada pelas Entidades de Fiscalização Superiores (Tribunal de Contas da União e Tribunal de Contas do Estado de Rondônia), foi extremamente útil para a sustentabilidade das unidades de conservação, haja vista que os Tribunais de Contas, no uso de suas atribuições constitucionais, prolataram decisões colegiadas contendo determinações de caráter obrigatório e proferiram recomendações dirigidas às autoridades competentes, para que procedam à efetivação de uma governança integrada por organizações governamentais e não-governamentais para atuarem em cooperação, no propósito de garantir a sustentabilidade do Bioma Amazônia, cumprindo, destarte, na sua integralidade, a ordem constitucional e infraconstitucional vigente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMANAQUE ABRIL. São Paulo: Editora Abril, 2003. pp. Diversas. (CD-ROM).

_____. Publicação anual. v. 1 e 2. São Paulo: Editora Abril, 2002.

ALVES, Benedito Antonio. **Amazônia Brasileira: Soberania Ameaçada.** Porto Velho-RO: Editora Imediata, 2013. p. 22.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do**. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Brasília-DF: Senado Federal, 2012.

_____. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000**, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

_____. **Lei 11.516, de 28 de agosto de 2007**, que instituiu o SISNAMA-Sistema Nacional do Meio Ambiente e criou o ICMbio-Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. STF- 1ª T. - Rextr. nº 134.297-8/SP – Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção I, 22 set. 1995, p 30.597.

[45] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Amazônia: unidades de Conservação: auditoria coordenada**. Brasília-DF: TCU, 2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Amazônia: unidades de Conservação: auditoria coordenada.** Brasília-DF: TCU, 2014.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: uma Nova Compreensão Científica dos Sistemas Vivos.** São Paulo: Cultríx, 1996. Título original: *The Web ofLife A New Scienh'frc Understanding of Living Systems.* Tradução de Newton Roberval Eíchemberg.

CRUZ, Paulo Márcio e Zenildo Bodnar. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: Univali, 2012.

DONIZETTI, Paulo. **Amazônia: o alvo da maior cobiça do mundo.** n. 1, FÓRUM: Outro mundo em debate. São Paulo: Publisher Brasil, ago. 2001.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Fórum, 2012.

_____. Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HOUAIS, Antonio *et al*. **Dicionário Houais da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KISS, Alexandre Charles. ***Patrimoine commun de l´humanité*.** Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of Internacional Law, 1982 – tome 175 de la collection. Paris: Martinus Hijhoff, 1982. p. 231.

MEIRELLES FILHO, João. **O Livro de Ouro da Amazônia.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

OLIVEIRA, H. Risler de et al. **Amazônia e a cobiça internacional**. Porto Velho: pesquisa de propriedade da Loja Maçônica Grande Oriente de Rondônia, 2001.

ONU. Nosso Futuro Comum/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas. 430 p. Título da obra em Inglês: ***Our commun future***. Oxford/New York, Oxford University Press, 1987.

PILLON, José Joaquim. **Amazônia: último paraíso terrestre**. Santa Maria: Palloti, 2002.

ROCQUE, Carlos. **Grande enciclopédia da Amazônia**. v. 1. Belém: Amel, 1968.

RONDONIA. **Decreto 1.144/02**, que instituiu o Sistema Estadual de Unidades de Conservação-SEUC e dispõe sobre as atribuições da SEDAM

RONDONIA. **Tribunal de Contas do Estado. Processo n. 3099/2013**, autuado em razão da auditoria coordenada para avaliar as Unidades de Conservação do Bioma Amazônia.

RONDÔNIA. **Resolução Administrativa nº 10/TCE/RO-2003**, que prevê a avaliação da gestão

ambiental, como também no Manual de Normas de Auditoria Governamental-NAGs, aprovado pela Resolução n° 78/TCE/RO-2011.

SILVA**,** José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 18 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

O DESAFIO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA TRANSNACIONAL: UMA BREVE REFLEXÃO A PARTIR DA OBRA DE LENIO STRECK

Paulo Márcio Cruz[1]

Claudio Melim[2]

INTRODUÇÃO

A percepção de que os modelos contemporâneos de Estado de Direito não dão mais conta de certas temáticas jurídicas, haja vista o fenômeno que se convencionou chamar de Transnacionalidade, suscita a busca pela identificação dos aspectos que caracterizam essa nova fonte de ineficácia do Poder dos Estados Nacionais. A compreensão de tais aspectos se torna imprescindível para que se possa construir novas bases teóricas para o amadurecimento de um projeto de jurisdição transnacional.

O presente texto compartilha uma reflexão sobre a problemática hermenêutica que decorre desse contexto de questões jurídicas transnacionais, tendo como base os pressupostos ensinados por Lenio Luiz Streck. A pesquisa buscou evidenciar os elementos essenciais da hermenêutica heideggeriana e gadameriana que estão na base da teoria de Streck, a fim de demonstrar a relevância do problema hermenêutico para efeito da eficácia de um pretendido Direito Transnacional.

O objetivo geral delimitado para o trabalho se caracterizou pela tarefa de demonstrar a inescapável convergência existente entre à Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck e o desafio de uma hermenêutica jurídica transnacional. Mais especificamente, os autores somaram esforços para aliar o resultado de pesquisas desenvolvidas no âmbito da transnacionalidade com o produto das bases filosófico hermenêuticas que fundamentam o trabalho de Lenio Streck.

O texto relata o resultado de uma pesquisa bibliográfica, apoiada pela técnica do

[1] Pós-Doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, e Doutor em Direito do Estado e Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Coordenador e professor do Programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. (pcruz@univali.br)

[2] Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Possui graduação em Direito e Ciência da Computação pela mesma instituição. Atua profissionalmente como consultor empresarial e advogado na área de Direito Tributário. (claudio@melim.com)

fichamento, que foi desenvolvida sob égide do método indutivo, conjugando percepções de vários autores e textos para a construção de um entendimento específico sobre a temática hermenêutica no âmbito dos desafios que se põem para as pesquisas em Direito Transnacional.

1. TRANSNACIONALIDADE JURÍDICA

O início do Século XXI marcou a consagração da massificação do acesso aos meios de comunicação (sem censura e sem fronteiras), que viabilizaram definitivamente a disseminação mundial de uma cultura pautada pelo consumismo desenfreado. O consumo pelo consumo virou tradição e caracterizou-se como uma espécie de eixo de agregação social no âmbito dos países desenvolvidos e emergentes. Esse contexto impulsionou um processo de exploração desmedida do meio ambiente natural e potencializou a inescapável interdependência econômica entre os países. Como esclarecem Paulo Cruz, Zenildo Bodnar e Gabriel Ferrer[3]:

> A soberania dos parlamentos e governos nacionais se reduz e, em escala mundial, faltam meios políticos democráticos para estabilizar o frágil sistema de uma economia de livre mercado. O capitalismo assim avançado acaba sendo um predador absolutamente destrutivo. A fome e a miséria aumentam e a extensão do consumo de recursos e da destruição do meio ambiente, em continuação quantitativamente ampliada, pode determinar um colapso em escala global que requer um novo institucionalismo.

Além disso, o fluxo informacional globalizado explicitou os efeitos nefastos de algumas práticas e costumes regionalizados, normalmente decorrentes de fanatismos de cunho religioso, que acoberta(va)m impunemente um tipo de violência ofensiva aos princípios mais básicos de proteção à dignidade humana. A ebulição desse ambiente evidenciou a premência pela construção de uma nova dimensão de ordem jurídica, capaz de tutelar demandas de caráter supra-estatal, e que vem sendo tematizada sob o nome de Direito Transnacional[4].

Um dos primeiros pesquisadores modernos a utilizar esse termo foi Philip Jessup[5] em um livro intitulado “Direito Transnacional” ou “Transnational Law”, no título original, de 1965. Nessa obra, Jessup tratou dos problemas aplicáveis à comunidade mundial inter-relacionada, que

[3] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. (p. 82). Recurso eletrônico disponível em <www.univali.br/ppcj/ebook>.

[4] Nesse sentido, destaca-se o esforço teórico desenvolvido pelos professores e alunos do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI, em sua área de concentração Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito, mormente no âmbito da linha de pesquisa identificada como Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Maiores informações podem ser obtidas pelo site: <www.univali.br/ppcj>.

[5] JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

principia com o indivíduo e alcança a sociedade de estados. Por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos, esse autor entendia que a expressão Direito Internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava. Nesse sentido, consignou que utilizaria o termo Direito Transnacional para incluir todas as normas que regulassem atos ou fatos que transcendessem fronteiras nacionais. Jessup estava preocupado, na época, em não polemizar e evitava fazer afirmações que ensejassem discussões acadêmicas sobre a utilização do termo Direito Transnacional. Para evitar os longos debates, ele reduziu a noção dessa categoria como sendo apenas uma fonte mais abundante de normas destinadas a guiar as relações além das fronteiras nacionais.

Mas a citação de Jessup serve mais como ponto de inflexão, pois o que ele estava captando, na época, era o início do fenômeno que se convencionou chamar de globalização, que se tornou perceptível pelo surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Constitucional Moderno. A proposição desse Autor, até mesmo pelo contexto histórico em que foi formulada, é insuficiente para amparar a discussão empreendida nos dias de hoje sobre o Direito Transnacional. Um pouco diferente do que ele pensava, nas primeiras décadas do Século XXI o debate sobre o tema tornou-se fundamental[6].

A expressão latina *trans* significa algo que vai "além de" ou "para além de", a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados. Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços e modelos nacionais[7]. Ulrich Beck[8] esclarece que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, não pensados internacionalmente, mas como algo novo, um espaço "transpassante", que não se encaixa nas velhas categorias modernas.

Para que se possa compreender a problemática de uma transnacionalidade jurídica, é

[6] O trecho sobre Philip Jessup foi adaptado do texto: CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. Em: CRUZ, Paulo; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63-64.

[7] CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. Em: CRUZ, Paulo; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 58.

[8] BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 100.

preciso ter em mente que o Direito é algo que sempre diz respeito à formalização de um conjunto de pretensões político-diretivas de conduta, que pressupõe, por sua vez, uma estrutura organizacional mínima que dê conta de instrumentalizar a imprescindível coercibilidade garantidora da eficácia jurisdicional. Por esse motivo, o cenário de discussões acadêmicas acerca da construção de um Direito Transnacional é permeado majoritariamente pela tematização da viabilização desta coercibilidade numa dimensão supra-estatal. Há um debate que se justifica pelo "fato de o Direito Internacional – mesmo considerando a criação de novas estruturas e organizações interestatais – não gerar mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para demandas transnacionais"[9].

2. A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK

Ocorre que a leitura dos textos de Lenio Streck demonstra que, além dos aspectos relativos à instrumentalização da coercibilidade, há um "algo mais" a ser percebido no que concerne a construção teórica de uma nova ordem jurídica transnacional, especialmente no que diz respeito ao que está por trás daquilo que o autor denominou de "crise de paradigmas de dupla face". Para Streck[10]:

> [...] mais do que a superação das crises do Estado, torna-se imprescindível superar a crise do direito, calcada em uma crise de paradigmas de dupla face: de um lado, o velho modelo de direito liberal-individualista-normativista teima em obstaculizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito; de outro, uma crise de cunho hermenêutico, a partir da qual os juristas continuam submersos num imaginário metafísico-objetificante, no interior do qual ainda ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem linguística ocorrida no século XX. Essa crise de dupla face obstaculiza o acontecer da Constituição, perdendo-se dia a dia a especificidade do direito, tão cara aos propósitos da ideia de Estado Democrático de Direito.

Importante registrar que os escritos de Lenio Streck focam a efetividade do Estado Democrático de Direito em âmbito(s) nacional(is), mas não há como pensar a construção de uma ordem jurídica transnacional fora do paradigma de uma democracia de direito. Nesse sentido, tanto as descrições denunciativas que o autor faz em relação ao que ele denomina como crise de dupla face, quanto à perspectiva teórica que ele oferece como ferramenta para o enfrentamento dos problemas daí decorrentes, prestam-se (também) para apontar um desafio hermenêutico

[9] CRUZ, Paulo; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. Em: CRUZ, Paulo; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

[10] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

extremamente relevante para o desenvolvimento de um pretenso ambiente jurídico transnacional.

Parece natural que o debate acerca de um Direito Transnacional deva contemplar a identificação de pretensões normativas que possam acolher a percepção das diversas nações em relação às demandas supra-estatais. Nesse sentido, a essência de uma democracia de direito (transnacional) mostra-se imprescindível como mecanismo apto para viabilizar a conciliação da pluralidade de percepções das diversas nações em relação às questões de natureza difusa, como, por exemplo, os problemas de proteção do meio ambiente natural e da dignidade da pessoa humana. A existência de um Direito Transnacional, portanto, permite (ou permitirá) o compartilhamento solidário de responsabilidades para a efetivação de uma jurisdição protetiva em relação a esse tipo de questões.

Mas a institucionalização dessas percepções, que se dá necessariamente através de textos, requer o alinhamento da tradição (pré) compreensiva de cada uma das diversas culturas que se submetem (ou se submeterão) a essa pretendida jurisdição transnacional. E é justamente esse alinhamento que se caracteriza como o principal desafio para a construção de uma hermenêutica jurídica transnacional, uma vez que a compreensão/interpretação dos textos, sejam eles jurídicos ou não, pressupõe a história de vida do próprio intérprete, o que se põe como um grande obstáculo em potencial, tendo em vista a diversidade sociocultural existente entre as diferentes nações que est(ar)ão submetidas aos efeitos do Direito Transnacional.[11]

O que se denomina neste texto como "obra" de Lenio Streck[12] não se refere a um livro específico, mas ao que ele chama de Crítica Hermenêutica do Direito, que perpassa essencialmente o conteúdo da grande maioria dos seus escritos sobre teoria do direito. Essa linha mestra do trabalho de Streck se caracteriza como uma forma crítica de olhar o direito a partir de bases paradigmáticas fundadas pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer. É uma postura teórica que identifica e tenta superar, no âmbito do direito, as insuficiências daquilo que se convencionou chamar de paradigma sujeito-objeto. Para tanto, Lenio[13] denuncia o problema do descaso com a diferença ontológica e o

[11] Sobre isso ver: CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica. Em: **Revista Arazandi de Derecho Ambiental**. Barcelona, 2012, p. 15.

[12] Lenio Luiz Streck é um escritor extremamente profícuo e seria praticamente impossível fazer referência a todos os seus textos neste capítulo. Para efeito deste trabalho, foram utilizadas suas três principais obras: Hermenêutica Jurídica e(m) Crise, Verdade e Consenso, e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.

[13] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

círculo hermenêutico percebidos por Heidegger, explicitando os efeitos nocivos da discricionariedade interpretativa no âmbito da jurisdição nacional, e demonstrando a necessidade de "mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação" de textos jurídicos.

3. FUNDAMENTOS DA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA

A partir da obra de Lenio Streck, percebe-se que é imprescindível que se tenha uma preocupação com a relação que se estabelece entre a compreensão e a interpretação do direito, pois a efetividade duradoura de qualquer tutela jurisdicional (inclusive em âmbito transnacional) depende diretamente da legitimidade de sua respectiva construção normativa, que, por sua vez, está relacionada muito mais com aspectos hermenêutico constitutivos da pretensão normativa do que com o próprio poder de coerção. Não é demais lembrar que, sob a ótica heideggeriana, "a hermenêutica é a teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação dos textos"[14].

O entendimento que (ainda) prevalece majoritariamente é o de que a interpretação se caracteriza(ria) como uma ação que busca decifrar os códigos do texto com o intuito de viabilizar a compreensão da mensagem transmitida pelo autor. Fala-se em tipos de interpretação, como a gramatical, a lógica, a sistemática, a histórica, etc. Sob essa ótica procedimentalista, a interpretação se caracteriza(ria) como uma ação metodologicamente guiada para traduzir representativamente as intenções do autor. Nessa perspectiva, o texto é (primeiro) interpretado para (então) poder ser compreendido[15]. Mas Heidegger rompe com essa visão e, como destaca Lenio Streck[16], mostra que não "interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar".

O fenômeno jurídico não é uma coisa física posta no espaço. Não existe direito no texto, o texto é mera marca de tinta em papel. A linguagem é a condição de possibilidade de acesso ao ser do direito, mas a fenomenologia jurídica não se dá em relação à linguagem enquanto coisa

[14] RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 2. ed. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1983, p. 17.

[15] MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do direito**: indícios de uma verdade jurídica possível. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 30.

[16] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 357.

simplesmente dada, mas em relação aos sentidos por ela estimulados. O direito não está nas coisas jurídicas. O intérprete é a condição de possibilidade fundamental do fenômeno jurídico. Sem intérprete, não há direito. As coisas jurídicas (leis, decisões, pareceres, doutrina) são apenas manifestações do fenômeno jurídico. Uma confusão perceptiva acerca da diferença entre o fenômeno propriamente dito e sua manifestação é um erro básico que fulmina qualquer possibilidade de compreensão acerca da existencialidade hermenêutica do direito. Por isso, Lenio Streck[17] esclarece que:

> Definitivamente, uma hermenêutica jurídica que se pretenda crítica, hoje, não pode prescindir dos dois teoremas fundamentais formulados por Heidegger: o círculo hermenêutico, de onde é possível extrair a conclusão de que o método (ou o procedimento que pretende controlar o processo interpretativo) sempre chega tarde, porque o Dasein já se pronunciou de há muito, e a diferença ontológica, pela qual o ser é sempre o ser de um ente, rompendo-se a possibilidade de subsunções e deduções, uma vez que, para Heidegger, o sentido é um existencial do Dasein, e não um propriedade "colada" sobre o ente, colocado atrás deste ou que paira não se sabe onde, em uma espécie de "reino intermediário".

A abordagem de alguns aspectos pontuais dos teoremas heideggerianos referidos pelo autor (círculo hermenêutico e diferença ontológica) é importante para que se possa compreender mais claramente a denúncia feita por Lenio Streck acerca dos efeitos nocivos decorrentes do arraigado paradigma sujeito-objeto. Esse alerta feito por ele acerca do problema da efetividade hermenêutica do Estado Democrático de Direito (em âmbito nacional) serve também para evidenciar o desafio fundamental que está(rá) inevitavelmente na base de qualquer pretensão de legitimidade jurídica transnacional.

Hans-Georg Gadamer[18] construiu sua hermenêutica filosófica a partir dos teoremas de Heidegger, demonstrando, entre outras coisas, a relevância da historicidade constitutiva das possibilidades de compreensão dos textos. Ele cunhou a expressão "história efeitual" (história que provoca efeitos), esclarecendo que:

> O que precisamos é apenas aprender a conhecer-nos melhor e reconhecer que os efeitos da história efeitual operam em toda compreensão, estejamos ou não conscientes disso. Quando se nega a história efeitual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser até uma real deformação do conhecimento. Sabemos disso através da história da ciência, quando ela apresenta a prova irrefutável de coisas evidentemente falsas.

[17] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291-292.

[18] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 398.

No que diz respeito especificamente ao tema deste texto, fica claro que o problema da legitimação das pretensões normativas não se dá só em relação à instrumentalização da coercibilidade, mas também (e principalmente) no que diz respeito à efetividade dos limites interpretativos da pretendida textualidade transnacional. É indiscutível que a construção desses limites interpretativos está umbilicalmente conectada àquilo que Gadamer chamou de história efeitual. Não há como buscar a institucionalização de pretensões normativas em âmbito transnacional sem levar em conta o problema da diversidade sócio cultural existente entre as nações. Os textos normativos transnacionais serão inevitavelmente interpretados a partir da história de vida do próprio intérprete, sendo que cada intérprete possui(rá) uma história de vida (história efeitual) própria que está(rá) ligada ao contexto sócio cultural específico de sua nação.

Como referência ilustrativa dessa problemática interpretativa, é possível citar, por exemplo, a questão da pesca indiscriminada de baleias para consumo como alimento no Japão. Não há dúvida de que um japonês, criado num ambiente onde o consumo de carne de baleia é algo aceito e, até, estimulado, compreenderá uma regra de proibição nesse sentido diferentemente de um estrangeiro preocupado com a extinção potencial do referido mamífero. Há inúmeros exemplos desse tipo que demonstram o desafio hermenêutico de um Direito Transnacional no que diz respeito à necessária legitimação das pretensões normativas.

Para compreender ilustrativamente o primeiro axioma heideggeriano, pode-se recorrer a um exemplo bem simples. Quando se olha um automóvel íntegro (um carro qualquer parado na rua), vê-se um veículo automotor e não um amontoado de ferro, plástico, vidro, borracha e fluídos. Entretanto, do ponto de vista meramente físico, um automóvel nada mais é do que um amontado de materiais dispostos no espaço. Essa constatação demonstra que o ser um automóvel não está na constituição física do veículo automotor, mas nos efeitos (sentidos) da percepção histórica de quem o observa. Essa diferença perceptiva que se estabelece entre o que é um amontoado de materiais e o que é um automóvel (enquanto veículo automotor), serve para caracterizar exemplificativamente (e de forma simplista) o primeiro axioma filosófico de Heidegger: a diferença ontológica[19].

Segundo Oswaldo Giacoia Junior[20]:

[19] MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do direito**: indícios de uma verdade jurídica possível. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 24.

[20] GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Heidegger urgente**: introdução a um novo pensar. São Paulo: Três Estrelas, 2013, p. 57-58.

> Diferentemente do existencial ôntico, limitado ao plano do entes, o existencial-ontológico remete ao plano do Ser, em sua diferença para com os entes. O termo ontológico não diz respeito às características particulares dos entes existentes ou possíveis, mas designa o fundamento originário que os torna o que eles essencialmente são, ou seja, que os constitui em seu ser próprio. [...] É a partir dessas noções que se explicita a temática da *diferença ontológica* tal como a pensa Heidegger.

O horizonte paradigmático alcançado pela percepção de Heidegger acerca da diferença ontológica assume um caráter ruptural em relação as bases de sustentação do "senso comum teórico dos juristas" (Warat)[21], pautadas por uma relação dicotômica formada pelas categorias sujeito e objeto. Trata-se de uma arraigada estrutura (pré) compreensiva que cria uma ilusão perceptiva acerca de uma suposta autossuficiência semântica das coisas que se oferecem ao conhecimento humano. Não há como negar que a busca pelo conhecimento nasce da inevitável percepção de uma dicotomia material que se estabelece entre um sujeito que conhece e um objeto a ser conhecido, o que gera uma inescapável sensação de alteridade que está naturalmente presente em qualquer contexto cognitivo[22], entretanto, como aponta Heidegger[23]:

> [...] o que é mais evidente do que um "sujeito" referir-se a um "objeto" e vice-versa? [...] Mas tudo isso, embora inatacável em sua facticidade, ou melhor, justamente por isso, permanece um pressuposto fatal, quando se deixa obscura a sua necessidade e, sobretudo, o seu sentido ontológico.

Dessa percepção básica introdutória sobre a ideia da diferença ontológica tratada por Heidegger, e da consequente evidenciação do "pressuposto fatal" que se caracteriza pelo descaso e/ou ignorância em relação ao "sentido ontológico" que está na base constitutiva do conhecimento, viabiliza-se um entendimento um pouco mais claro acerca do que pretende Lenio Streck com a sua Crítica Hermenêutica do Direito. Em Verdade e Consenso[24], o autor esclarece que:

> Em face disso, no presente livro, procuro abordar toda a problemática exposta à luz da hermenêutica da faticidade, retrabalhada a partir do que denomino Crítica Hermenêutica do Direito (Nova Crítica do Direito), recolocando a discussão do enfrentamento do positivismo e da indeterminabilidade do direito no contexto não da simples dicotomia texto e norma, mas, sim, a partir da filosófica diferença – que é ontológica – entre texto e sentido do texto (aqui denomino 'norma', que é o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, aquilo que se diz sobre o texto), abrindo espaço para a construção de respostas adequadas hermeneuticamente à Constituição, insistindo na perspectiva de

[21] WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1980, p. 19.

[22] MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do direito**: indícios de uma verdade jurídica possível. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 23.

[23] HEIDEGGER, Martin. ***Ser e tempo***. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 105-106.

[24] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

> verdades conteudísticas, entendidas a partir da perspectiva fenomenológica, isto é, de que esta se afere como correção que tem por base um texto constitucional que resgata o ideal de vida boa, que também pode ser compreendido, aqui, como o mundo prático que fora deixado de fora do mundo das regras do positivismo.

Essa formulação de Lenio, além de confirmar seu fundamento na diferença ontológica de Heidegger, evidencia a razão pela qual, para efeito da "construção de respostas adequadas hermeneuticamente", há a necessidade de resgate do que ele chama de "mundo prático", mostrando, assim, a relevância do aspecto hermenêutico no que diz respeito à construção de um Direito Transnacional, haja vista a excessiva diversidade cultural constitutiva desse "mundo prático" no âmbito de uma transnacionalidade jurídica.

Para que um texto faça sentido (particípio do verbo sentir), é preciso que o intérprete seja estimulado pelo texto. O conteúdo lido precisa proporcionar algum sentido para quem o lê. O texto precisa ser capaz de acionar a memória do leitor de forma a produzir estímulos que gerem sentido. Não se trata de um sujeito que retira o véu de um objeto autossuficiente que está a sua frente, mas de um estímulo sensorial que ilumina/desperta um conteúdo de significação que (já) se encontra no ser do intérprete. Compreender é abrir uma possibilidade de sentido delimitada pela história efeitual do próprio intérprete[25]. Para Paul Ricoeur[26]:

> A primeira função do compreender é a de nos orientar numa situação. O compreender não se dirige, pois, à apreensão de um fato, mas à de uma possibilidade de ser. [...] compreender um texto, diremos, não é descobrir um sentido inerte que nele estaria contido, mas revelar a possibilidade de ser indicada pelo texto. Desta forma, seremos fiéis ao compreender heideggeriano que é, essencialmente, um projetar num ser-lançado prévio.

Por isso, Lenio Streck[27] alerta que:

> O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição. Para ter acesso a um texto (e compreendê-lo), é impossível ao intérprete fazê-lo como se fosse uma mônada psíquica, utilizando o cogito herdado da filosofia da consciência. O intérprete é já, desde sempre, integrante de um mundo linguístico. [...] a linguagem não é em primeiro lugar aquilo que o indivíduo fala, e sim aquilo pelo qual o indivíduo é falado. [...] A tradição, diz Gadamer, não é algo que subjuga nossa mente, mas algo trazido à luz por nós mesmos, que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-a desde nós mesmos.

[25] MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do direito**: indícios de uma verdade jurídica possível. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 30.

[26] RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 2. ed. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1983, p. 33.

[27] STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 330-331.

Esse é o pano de fundo que está por trás da temática contemplada pelo segundo teorema heideggeriano: o círculo hermenêutico. O intérprete de um texto compreende o respectivo texto compreendendo a si mesmo. Não há como alguém compreender que um amontado específico de materiais dispostos no espaço possa ser um automóvel, se esse intérprete não souber, por experiências anteriores, que aquele amontoado específico de materiais é um veículo automotor. O intérprete não tem controle sobre o fenômeno da compreensão. Ou ele compreende ou não compreende. Não há escolha sobre o que ou como deve ser compreendido. Eis a razão pela qual se demonstra o equívoco fundamental do paradigma sujeito-objeto.

Ernildo Stein[28] explica que:

> Não podemos dizer simplesmente que a estrutura hermenêutica ou a estrutura da compreensão do ser humano produz história, cultura e tradição sem, ao mesmo tempo, pressupor que a história, a cultura e a tradição estão na operação da compreensão. Quer dizer, há uma circularidade. Já sempre compreendemos enquanto compreendemos o todo. O contrário também vale: enquanto compreendemos o todo, já sempre nos compreendemos. Essa estrutura básica do círculo hermenêutico termina sendo aquilo que se projeta sobre todas as ciências hermenêuticas. Há uma impossibilidade de separação entre sujeito e objeto. É impossível separar o sujeito do objeto porque, no fato histórico, já sempre estamos, de certo modo, mergulhados, não podemos ter uma distância total, como na observação de um fenômeno físico.

Pelo exposto, verifica-se que uma compreensão sobre os fundamentos paradigmáticos que estão na base da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck (diferença ontológica e círculo hermenêutico), ainda que superficial, mostra-se suficiente para explicitar alguns aspectos extremamente relevantes em relação ao desafio de uma hermenêutica jurídica transnacional. A diferença ontológica mostra que os textos não são autossuficientes e que os sentidos das pretensões normativas neles contidas dependerão sempre de um processo compreensivo/interpretativo. Igualmente, o círculo hermenêutico não deixa dúvida de que esse processo compreensivo/interpretativo dependerá sempre da história efeitual do próprio intérprete, que estará inescapavelmente vinculado ao contexto sócio cultural de sua história de vida.

Necessário consignar que o embate epistemológico assumido por Lenio Streck foca (mais fortemente) os efeitos danosos do descaso com a discricionariedade da interpretação jurídica. Essa também deve ser (mais) uma preocupação no âmbito da jurisdição transnacional. Entretanto, a diversidade sócio cultural havida entre as nações acaba assumindo um caráter emergencial

[28] STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996, p. 42.

anterior (preliminar) aos efeitos da discricionariedade, tendo em vista que ela suscita o problema da delimitação das bases (pré) compreensivas imprescindíveis à qualquer estratégia de enfrentamento da discricionariedade sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito. Sem o compartilhamento de uma (mínima) tradição autêntica que seja comum a todas as nações que venham a se submeter às pretensões normativas transnacionais, tornar-se-á praticamente inexequível qualquer projeto de construção de um Direito Transnacional.

Como explica o próprio Lenio Streck[29]:

> Resgatar o mundo prático do direito e no direito significa colocar a interpretação no centro da problemática da aplicação jurídica, explorar o "elemento hermenêutico" da experiência jurídica e enfrentar aquilo que o positivismo desconsiderou: o espaço da discricionariedade do juiz e o que isso representa na confrontação com o direito produzido democraticamente. À luz de uma hermenêutica constitucional superadora das diversas posturas positivistas, esse espaço discricional é preenchido pela tematização dos princípios constitucionais, que nada mais fazem do que resgatar o mundo prático esquecido pelo fatalismo das posturas teóricas positivistas.

Ocorre que o Direito Transnacional reclama um novo existencial hermenêutico. A (pré) compreensão precisa ser construída sobre bases transnacionais em lugar da simples tradição histórico regional do próprio intérprete. Essa questão é anterior ao problema da discricionariedade e não pode ser enfrentada por um simples processo decisório de órgãos políticos supra-estatais, mas, necessariamente, demandará uma (re)educação hermenêutica (prévia) das pessoas envolvidas com a construção dessa nova prática jurídica. A viabilização do resgate interpretativo de um "mundo prático" pertinente a uma ordem jurídica transnacional é o maior de todos os desafios hermenêuticos postos a qualquer projeto de jurisdição transnacional.

4. O DESAFIO DE UMA NOVA TRADIÇÃO POLÍTICA

A percepção de cada um sobre a própria essência de uma democracia de direito já está, antes de tudo, em questão. Não é uma tarefa simples, pois ela contempla o revolvimento de práticas políticas já consolidadas historicamente no âmbito sócio cultural de cada uma das nações envolvidas e que, por esse motivo, põe em xeque a efetividade dos princípios democráticos nos moldes do Estado Constitucional Moderno.

Paulo Cruz, Zenildo Bodnar e Gabriel Ferrer[30] explicam que:

[29] STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 46.

[30] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. (p. 79).

> Às comunidades tradicionais, como a cidade ou o Estado Constitucional Moderno, nas quais hoje a capacidade de opção do indivíduo não só se mantêm, mas se amplia, são somadas novas comunidades das quais é mais difícil se desvincular, como é o caso das realidades regionais, fruto dos processos de integração, ou simplesmente, de impossível persecução, como é o caso da comunidade mundial ou global. A construção política das comunidades regionais, transnacionais e da comunidade planetária obrigará a se buscar fórmulas de implementação dos princípios democráticos que necessariamente não poderão ser idênticos aos que serviram para as comunidades tradicionais, o que dará lugar inexoravelmente a modelos de democracia assimétrica.

Trata-se, pois, de uma assimetria entre experiências de vida e expectativas de futuro, entre o que se tem e o que se quer. Uma assimetria que origina uma espécie de novo cenário de esperança social. Para os referidos Autores[31]:

> O que caracteriza a Sociedade Moderna é que, nela, existe uma discrepância interessante entre as experiências que vivemos e as expectativas que temos. As sociedades antigas eram simétricas entre experiência e expectativas: o que nascia pobre morria pobre. Quem nascia analfabeto, morria analfabeto. Ao contrário, a sociedade moderna tentou recriar esta discrepância: quem nasce pobre pode ficar rico e quem nasce analfabeto pode tornar-se um profissional de nível superior. Em suma, a Sociedade Moderna acena com esperança.

Essa esperança, que nasce pela assimetria existente entre o que se tem e o que se quer, é fruto de uma das principais características da vida social moderna, a qual se convencionou chamar de reflexividade, e que, para Anthony Giddens[32]: "consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter". Os indivíduos socialmente relacionados estabelecem seus desejos a partir daquilo que conhecem. Quanto mais conhecimento proporcionado ao indivíduo, maior será a quantidade e a qualidade dos seus desejos em relação às coisas do mundo.

O problema é que a massificação do acesso aos meios de comunicação (sem censura e sem fronteiras) cuidou de potencializar superlativamente essa reflexividade, criando o cenário perfeito para a eclosão da epidemia global do consumismo desmedido. Essa epidemia, como já referido, demandou a construção de uma nova tradição jurídica em âmbito transnacional. Uma construção que deverá contemplar inevitavelmente novas bases paradigmáticas para a efetividade dessa democracia assimétrica, tendo em vista que "O mundo complexo da globalização e as sociedades

---

Recurso eletrônico disponível em <www.univali.br/ppcj/ebook>.

[31] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. (p. 80). Recurso eletrônico disponível em <www.univali.br/ppcj/ebook>.

[32] GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 45.

cada vez mais heterogêneas praticamente reduziram a democracia a mero procedimento"[33]. Para Paulo Márcio Cruz[34], o desafio é politizar a globalização em busca daquilo que se pode chamar de "republicanização da globalização".

Há que se trabalhar para a construção de uma nova tradição política em escala global, a fim de viabilizar a institucionalização democrática de uma ordem jurídica transnacional, que possa converter o fenômeno da globalização num progresso civilizatório em lugar da atual mundialização da barbárie. 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 meios jurídicos que amenizem essa falta de intermediação política que coloca a todos cara a cara, de forma insuportável, com os efeitos nocivos de uma globalização desgovernada[35].

Essa desgovernança globalizada está se convertendo na essência fundante de um novo direito econômico internacional, que suprime a participação democrática em benefício de um descarado decisionismo tecnocrático[36], uma vez que sepulta os mais elementares princípios de publicidade sob o império da opacidade e do segredo. Nesse contexto, amplos contingentes sociais são atingidos em seus direitos mais básicos por regras que os ignoram completamente, as quais são aprovadas por uma elite que poucas vezes opera na superfície, mantendo-se nos subsolos do complexo jogo político[37].

Um mundo politicamente menos baseado na territorialidade ou nas contingências da história e da geografia não significa o desaparecimento completo da democracia própria dos antigos, mas uma adaptação aos novos tempos, a uma civilização progressivamente mais empática. O processo gradual que vai das comunidades por herança, que nos são impostas pela evidência da história e da geografia, às comunidades por opção, deverá renovar essa concepção política no lugar de eliminá-la. É um processo não linear que depende(rá) das especificidades sócio culturais das comunidades onde est(ar)ão vinculados os indivíduos, mas que precisará,

[33] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. (p. 76). Recurso eletrônico disponível em <www.univali.br/ppcj/ebook>.

[34] CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**. São Leopoldo: UNISINOS, janeiro-junho de 2009. (p. 93). Recurso eletrônico disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php /RECHTD/article/view/5139>

[35] GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia**: la crisis política y las nuevas reglas del juego. Barcelona: Paidós, 1995, p.156.

[36] DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania**: alguns efectos em América Latina y e Europa. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000, p.32.

[37] CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Barcelona, 2012, p. 17.

necessariamente, dar conta de uma nova tradição democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A explicitação da problemática jurídica transnacional, aliada aos desafios hermenêuticos enfrentados pela perspectiva crítica oferecida por Lenio Streck, deixa claro o quanto ainda há que se compreender acerca da essência hermenêutica que está na base do fenômeno humano que denominamos Direito. O desafio de uma hermenêutica jurídica transnacional talvez seja apenas mais uma nuance dessa perspectiva que por tanto tempo permanece(u) ignorada pela comunidade jurídica.

A necessidade de um aprofundamento das bases filosófico hermenêuticas se monstra imprescindível para que uma fenomenologia do Direito seja construída com vistas aos desafios impostos pela globalização cultural e pela exacerbação massificada do consumismo. Compreender os problemas que demandam soluções transnacionais passa, antes de tudo, por um compreender os problemas locais. A essência humana é o que está na base do Direito, seja em âmbito pessoal, coletivo ou difuso.

A busca por uma nova tradição política deve levar tudo isso em conta. Está claro que não haverá luz compreensiva para tais problemas enquanto os fundamentos teóricos não buscarem outras bases constitutivas. Soluções propostas para problemas transnacionais têm se mostrados ineficazes talvez porque suas bases estejam assentadas em teorias construídas em realidades histórico sociais não mais existentes.

Por outro lado, há uma grande possibilidade de que tal insucesso seja apenas mais um reflexo do mesmo insucesso que borbulha dos contextos jurídicos regionais. Se for isso, é provável que o erro maior esteja na identificação da origem de toda essa problemática. Procura-se algo de errado no mundo do homem sem perceber que o mundo é o próprio homem. O mundo percebido é sempre produto da compreensão e a compreensão é fruto da existência humana. Não há mundo ou Direito fora do homem. Sem compreender o homem, jamais se compreenderá o Direito ou mundo. Esse é um desafio hermenêutico.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. Em: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (organizadores). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. Recurso eletrônico disponível em <www.univali.br/ppcj/ebook>.

CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**. São Leopoldo: UNISINOS, janeiro-junho de 2009. Recurso eletrônico disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/5139>

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Los nuevos escenarios transnacionales y la democracia asimétrica**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Barcelona, 2012.

DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania**: alguns efectos em América Latina y e Europa. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Heidegger urgente**: introdução a um novo pensar. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GUÉHENNO, Jean-Marie. **El fin de la democracia**: la crisis política y las nuevas reglas del juego. Barcelona: Paidós, 1995.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

MELIM, Claudio. **Ensaio sobre a cura do direito**: indícios de uma verdade jurídica possível. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. 2. ed. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1983.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WARAT, Luiz Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese, 1980.

TRANSNACIONALIDADE E JURISDIÇÃO

Maximiliano Losso Bunn[1]

INTRODUÇÃO

O objetivo (ou referente) do presente trabalho consiste em demonstrar que o modelo de Jurisdição[2] contemporâneo, construído segundo as diretrizes do Estado Moderno[3] clássico, e justamente por isso, não consegue recepcionar as lides decorrentes dos fatos e dos negócios jurídicos existentes nas relações transnacionais, porque apresentam origens, características e desdobramentos diversos dos negócios jurídicos comuns até então tratados segundo as normas jurídicas[4].

Com isso, tem-se uma gama de verdadeiros "novos direitos[5]" para os quais o Estado-Juiz[6] não tem capacidade de dar a devida resposta jurisdicional. São, desse modo, relações jurídicas desconhecidas e postas à margem do poder estatal, vez que na ausência de um espaço transnacional estão entregues à sorte do mercado.

Esses "novos direitos", a propósito, podem ser constatados como resultado direto de uma série de demandas jurídicas transnacionais nascidas a partir das relações financeiras, consumeristas e ambientais existentes na ordem mundial, apenas para exemplificar.

E embora apenas da descrição do conteúdo dessas demandas transnacionais já sobressaia a

[1] Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Direito pela UNIVALI. Pós-graduado pela UFSC. Professor de cursos de Pós-Graduação (*lato sensu*) da UNIVALI, UNIASSELVI e UNILAS. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina - SC. e-mail: maximiliano.bunn@tjsc.jus.br

[2] O Conceito Operacional de Jurisdição utilizado neste trabalho é o seguinte: "(...) o poder de julgar que, decorrente do *imperium*, pertence ao Estado. E este, por delegação, o confere às autoridades judiciais (magistrados) e às autoridades administrativas" (SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 808.

[3] O Conceito Operacional de Estado Moderno utilizado neste trabalho é o seguinte: "Numa estrita visão jus-positivista, a instituição que detém o poder de coerção incidente sobre a conduta dos cidadãos, determinando-lhes, através de um sistema normativo respaldado na força, o que podem e não podem fazer"(MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 38).

[4] O Conceito Operacional de Norma Jurídica utilizado neste trabalho é o seguinte: "Toda regra que serve de pauta a uma conduta ou para o agir [...]" (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. p. 68).

[5] O Conceito Operacional de Direito utilizado neste trabalho é o seguinte: "[...] Subjetivamente considerado (*facultas agendi*), é o interesse protegido pela lei, ou seja, a faculdade de agir e praticar ato lícito ou ainda de exigir que alguém pratique determinado ato ou dele se abstenha [...]" (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. p. 30).

[6] O Conceito Operacional de Estado-Juiz utilizado neste trabalho é o seguinte: na estrutura estatal o Poder Judiciário, aquele constitucionalmente encarregado de aplicar o Direito

importância dos temas debatidos e dessas lides transfronteiriças, tem-se que a Atividade Jurisdicional é absolutamente incapaz - por insuficiência do próprio modelo - de captá-las e tratá-las, em inadmissível negativa de Acesso à Justiça[7].

Nesse sentido, portanto, ainda que de forma breve, e sem adentrar na análise dos elementos que permitiriam sugerir soluções para a problemática, mas obviamente visando contribuir para o debate a bem da importância de urgência do tema, busca-se com este trabalho ao menos demonstrar a existência desse verdadeiro distanciamento entre a Transnacionalidade e a Atividade Jurisdicional contemporânea. Essa é a hipótese a ser desenvolvida.

Buscando, então, contribuir para a discussão sobre a presente temática, desenvolveu-se este artigo em dois subitens: inicia-se pela demonstração da Transnacionalidade como fenômeno jurídico contemporâneo e pela breve descrição das demandas transnacionais dela advindas; em um segundo momento, desenvolve-se a apresentação breve da Jurisdição enquanto função estatal e dos elementos que a caracterizam, cuja análise, associada à ausência de um espaço transfronteiriço, permite concluir pela existência de um distanciamento das demandas transnacionais com a atividade jurisdicional.

Fixado o referente e estabelecida a hipótese a ser apresentada, cabe fazer alguns registros quanto à metodologia empregada, no sentido de que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo, na fase de tratamento de dados o cartesiano e o texto final foi composto na base lógica dedutiva. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica[8].

1. TRANSNACIONALIDADE, DEMANDAS E ESPAÇO TRANSNACIONAIS

Consoante temática que tem ocupado grande parte dos estudos deste pesquisador, observa-se que contemporaneamente há uma problemática desafiadora no tema do Acesso à Justiça, qual seja, o fato de a Jurisdição, enquanto atividade estatal, dar sinais claros de esgotamento. Quantitativamente, porque o modelo construído inicialmente não dá conta de processar e julgar o volume de lides que diuturnamente aportam ao Estado-Juiz (sobre a temática,

[7] O Conceito Operacional de Direito utilizado neste trabalho é o seguinte: do ponto de vista formal é o Direito Subjetivo de o cidadão apresentar um Conflito perante o Estado-Juiz, reclamando o exercício da Jurisdição. Do ponto de vista material é o Direito Subjetivo de o cidadão obter um pronunciamento do Estado

[8] PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

aliás, porque não compõe o objetivo do presente trabalho, cabe apenas dizer a bem de uma compreensão macro do problema que alguns já são os estudos realizados a respeito, inclusive por este pesquisador, sendo o mais recente deles em coautoria com o Dr. Orlando Luiz Zanon Jr., cujos resultados concretos deram azo a artigos científicos já publicados[9] [10]).

Por outro lado, o mencionado esgotamento da Jurisdição também se dá no aspecto qualitativo[11] porque, diante da globalização e das relações transnacionais, uma série de novos fatos e negócios jurídicos têm ocasionado o surgimento de lides que o Poder Judiciário, pensado e instituído na lógica do Estado Moderno Clássico, não consegue compreender e tratar juridicamente.

E o fato de o Estado-Juiz não conseguir captar e, relativamente às demandas transnacionais, não alcançar a realização de sua função primordial, que é realizar a norma jurídica para o caso concreto, implica negativa da própria Jurisdição, em evidente risco à própria legitimidade do Poder Judiciário enquanto Órgão estatal constitucionalmente encarregado de realizar o Direito.

Porque fundamental à compreensão da problemática, segundo hipótese que será abordada diretamente na segunda parte deste trabalho, cabe primeiramente trazer um conceito do que seja a Transnacionalidade.

Vejamos, nesse passo, o conceito de Transnacionalidade apresentado por Joana Stelzer[12]:

> O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período de pós-guerra, caracterizado especialmente - pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.

Partindo dessa breve delimitação do que seja a Transnacionalidade, pode-se concluir sem maior dificuldade que os fatos e negócios jurídicos que nesse ambiente ocorrem não estão mais sujeitos aos limites territoriais do Estado. Nesse novíssimo - mas absolutamente presente -

[9] BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 1, p. 247-268, jan./abr. 2016.

[10] BUNN, Maximiliano Losso. **Por um novo modelo de Jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea**. Revista do CEJUR/TSJC, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015.

[11] Embora também aqui não seja o palco para a discussão a respeito, porque foge à hipótese proposta, mas ainda no apsecto qualitativo da Jurisdição, cabe lembrar que também os paradigmas usados pelo Estado-Juiz hodiernamente hão de estar em consonância com os valores neoconstitucionais (BUNN, Maximiliano Losso. A consciência jurídica e a eqüidade como "novos" paradigmas para a atividade jurisdicional contemporânea. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 21 mar. 2016).

[12] STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 16.

ambiente transnacional as fronteiras físicas dos Estados não exercem qualquer limitação sobre os eventos. A lógica do Estado Moderno, de que a norma jurídica aplicável nos limites geográficos bastava para assegurar a paz social de uma Sociedade[13], cai por terra. De igual forma, a própria sistemática de construção da Norma Jurídica é afetada, à medida que a vastidão de interesses transnacionais não proporciona ao Estado a simples tarefa de, uma vez acontecido o fato e verificados os Valores Sociais[14] locais, elaborar o ordenamento jurídico. Agora é necessário que o legislador esteja atento também a tudo aquilo que perpassa os limites do Estado e, ao mesmo tempo, influencia diretamente na aplicação da Norma Jurídica em âmbito local.

Perceba-se, por exemplo, que de nada adianta a elaboração de uma Norma Jurídica pelo legislador local que disponha sobre comércio eletrônico como se essa nova modalidade comercial fosse exclusivamente local. Isso porque, ao ser necessário concretizar a Norma Jurídica para o caso concreto, certamente o Estado-Juiz em muitas vezes deverá realizá-lo em face de empresa localizada além dos limites das fronteiras. Mas diante da ausência de competência transfronteiriça, como poderá fazê-lo? Qual a efetividade de uma determinação judicial nessa situação? Absolutamente nenhuma. E nesses casos o cidadão, embora se encontre geograficamente dentro dos limites territoriais do seu Estado, não terá qualquer Acesso à Justiça.

Da mesma forma, ainda que os danos ambientais estejam ocorrendo localmente, como poderia um magistrado determinar a interrupção da nuvem tóxica originada da queima de materiais em comunidade além das fronteiras do país? Haveria ao menos alguma chance de, consoante a Jurisdição aqui desenvolvida, punir o poluidor? Ou como poderia este mesmo magistrado, ainda em exemplo, determinar a quebra de sigilos fiscal e bancário de montante financeiro subtraído do Erário nacional e cuja "lavagem do capital" foi realizada em bancos estrangeiros, mediante a remessa eletrônica de valores? Para todas as indagações apenas uma resposta sobrevém: o Estado não poderia fazer (fazer até poderia, mas não conseguiria implementar coercitivamente) qualquer determinação, dada a ausência de um ambiente transnacional que permita a realização da norma jurídica para essas concretas demandas transnacionais.

[13] O Conceito Operacional de Sociedade utilizado neste trabalho é o seguinte: "*Lato sensu,* sistema social em que se identifica uma comunidade de interesses e alguns fins comuns embora difusos [...]" (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. p. 89).

[14] O Conceito Operacional de Sociedade utilizado neste trabalho é o seguinte: "Na linguagem político-jurídica, é qualidade normativa ou critério de valor" (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. p. 97).

Ou seja, com esse simples exemplo já é possível perceber a vastidão de situações que, nascidas e geradas em ambiente Transnacional, estarão à margem de qualquer regulação estatal. Entregue à própria sorte do mercado ou à voracidade de uma *sui generis Lex Mercatoria*[15].

E a importância da problemática advém, outrossim, porque diante da insuficiência da Norma Jurídica local não se trata apenas de buscar apoio no Direito Internacional (nada obstante a ausência de coercitividade do Direito Internacional e a inexistência de uma autoridade central venham impedindo também a implementação de normas jurídicas no plano internacional), porque aqui também os fatores que caracterizam a Transnacionalidade trazem consequências diretas.

Nessa temática, a diferença que à primeira vista já salta aos olhos é o fato de que, diferentemente do Direito Internacional, como decorre do seu próprio prefixo - *inter* -, a transnacionalidade não exige quaisquer fronteiras. Na verdade, a transnacionalidade suplanta o conceito de territorialidade. É da essência da transnacionalidade - *trans* - a não observância da soberania dos estados[16].

E essa diferença primordial coloca em dúvida a própria definição do Direito Internacional Público, já que a "globalização dos Direitos", na expressão da doutrina, não permite mais o raciocínio jurídico de uma ordem jurídica nacional e uma outra internacional, cada qual em um universo isolado[17].

É necessária, portanto, a compreensão do primeiro grande impacto que a Transnacionalidade traz para a conceituação até então presente e aceita do Direito Internacional Público. As normas jurídicas que a partir daí surgem, e que se pode convencionar chamar de

[15] "Com o termo "lex mercatoria" ou outras expressões mais ou menos equivalentes, como "direito autônomo do comércio internacional", "autonomous law of international trade", "new law merchant", "autonomes Recht des Welthandels", etc, se costuma designar o conjunto de princípios e regras que se estabeleceram na prática do comércio internacional e que tem sido chamado para garantir a regulação das relações de negócios individuais e que, possivelmente, são mais funcionais do que os direitos nacionais tradicionais" (TOMAZ, Roberto Epifanio; MONTE, Mario João Ferreira; JUNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. NOVA LEX MERCATORIA: ORDENAMENTO JURÍDICO SUPRANACIONAL (?).**Direito e transnacionalização**. CRUZ, Paulo Márcio Cruz; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.), Colaboradores: Alexandre Morais da Rosa... [et al.]. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 178/179. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 12 março 2016. Acesso em 5 mar. 16).

[16] "Diversamente da expressão inter, a qual sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo trans denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e da transformação dos espaços e dos modelos nacionais. É como Ulrich Beck manifesta-se, ao escrever que a transnacionalização é uma conexão forte entre os espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço 'transpassante', que já não se encaixa nas velhas categorias modernas" (CRUZ, Paulo Márcio; OLIVEIRO, Maurizio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Itajaí/Perugia. Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 17, p. 24, 2012. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 12 março 2016. Acesso em 5 março 16).

[17] "Gralf-Peter CAllies defendeu em artigo de 2004 que, no contexto atual da globalização, dos processos de integração econômica com fontes supranacionais, de crise do monopólio legislativo pelos Estados-Nação e de comunicação em rede radicalizada, a dicotomia direito nacional e internacional estaria superada [...]" (NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo. Quartier Latin, 2010, p. 345).

Direito Transnacional, suplantam fronteiras e ignoram a soberania dos estados por consequência da sua própria fenomenologia, navegando, assim, *para além* dos universos dos estados. Não é possível, dadas as estruturas transnacionais (mercados financeiros, interdependência industrial, técnica e econômica das corporações e mercados, por exemplo), compreender mais essa ordem jurídica simplesmente como Internacional, estranha ao Direito Nacional, digamos, tamanha a fusão desses novos direitos com os cenários jurídicos como um todo[18].

A partir disso, surge então a segunda problemática envolvendo o Direito Transnacional: a ausência de um ambiente transnacional que permita a construção e a aplicação das Normas Jurídicas convencionadas para as demandas que surgem desses novos Direitos.

Para sanar o problema, seria fundamental para a melhor regulação da Transnacionalidade a existência de um espaço transnacional no qual fosse possível, a partir de uma pauta axiológica comum, a construção de um Direito Transnacional capaz de atender os novos direitos que surgem nesse cenário de um mundo sem fronteiras[19].

Mas essa providência certamente encontrará as mesmas dificuldades que, desde o início, fadaram o Direito Internacional ao insucesso, sobretudo quando os interesses econômicos e políticos de cada Estado estão em jogo.

Em linhas finais deste tópico, pode-se asseverar então que um longo caminho ainda há de ser percorrido na busca pela construção de um espaço transnacional que permita a análise e a resposta estatal (entenda-se "estatal", aqui, do ponto de vista da autoridade, pois obviamente há de ser um organismo encarregado pelos próprios Estados de julgar as demandas transnacionais) às demandas transnacionais. Mas embora seja certo que muitos serão os obstáculos para a implementação desse espaço, ao menos já sabemos o norte a seguir. Resta agora apenas trabalhar por sua realização.

[18] "O ordenamento jurídico transnacional tenderia a aparecer como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitários e internacionais" (CRUZ, Paulo Márcio; OLIVEIRO, Maurizio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Itajaí/Perugia. Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 17, p. 25, 2012. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj>. Acesso em: 12 março 2016).

[19] "Na prática, é bem provável que a validade de todo o sistema jurídico transnacional dependerá de sua vinculação – formal e material – à existência de organização de governança transnacional, que definiria tanto os valores e as decisões básicas do ordenamento como o sistema de criação e aplicação das normas que o integrariam, a partir principalmente do consenso" (CRUZ, Paulo Márcio; OLIVEIRO, Maurizio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Itajaí/Perugia. Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 17, p. 26, 2012 Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/>. Acesso em: 12 março 2016).

2. TRANSNACIONALIDADE E JURISDIÇÃO: AUSÊNCIA DE UM ESPAÇO TRANSNACIONAL E INCAPACIDADE ESTATAL DE TRATAMENTO DAS DEMANDAS TRANSNACIONAIS

Apresentado um breve conceito de transnacionalidade, exemplificadas algumas das demandas transnacionais e abordada, ainda, a questão da inexistência de um espaço transnacional capaz de tratar as respectivas lides surgidas nesse ambiente transfronteiriço, cabe agora avançar à problemática do distanciamento da Jurisdição, pois que essa é a consequência direta dessas circunstâncias.

Nesse passo, a grande dificuldade à resolução do problema parece estar, primeiro, no fato de que embora parcialmente vencido não é possível aos agentes apenas abandonar os conceitos e predicados do Estado contemporâneo e buscar construir algo absolutamente novo, eis que, nas palavras de Ulrick Beck, "[...] o Estado Constitucional Moderno apesar de ser antiquado para as demandas transnacionais, é ainda irrenunciável como espaço público garantidor das políticas internas e internacionais de transição"[20].

Assim, convive-se com o conceito de Estado Moderno naquilo que à Jurisdição é necessário para aplicar o Direito internamente. Todavia, no âmbito transnacional, ainda não se dispõe de nenhum modelo que, partindo do local e na ausência de um ambiente transnacional, seja capaz de ofertar qualquer tutela jurídica.

Rompidos estão com o advento das demandas transnacionais, lembre-se, os elementos tradicionais do Estado Moderno, cuja lógica era legislar internamente, segundo os valores sociais locais, visando garantir a paz social dentro dos limites do seu território.

Mas agora, na ausência de um espaço transnacional, é impossível ao legislador usar a mesma lógica e buscar construir qualquer disposição normativa visando alcançar as demandas transnacionais, já que estas estão sujeitas a interesses e predicados estatais também de outras nações, cujos territórios permeia, impedindo a regulamentação e ação estatal isolada.

E na ausência de uma regulamentação estatal o mercado toma conta do jogo e dá as cartas, permitindo aos mais fortes (nações e corporações) a condução do jogo sempre em detrimento dos mais fracos (nações, pessoas e o meio ambiente).

[20] *Apud* Cruz, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] /Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012 p. 33. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 12 março 2016.

Diante dessa constatação, oportuna aqui, aliás, a lição de Milton Santos[21]:

> Quando o sistema político formado pelos governos e pelas empresas utiliza os sistemas técnicos contemporâneos e seu imaginário para produzir a atual globalização, aponta-nos para formas de relações econômicas implacáveis, que não aceitam discussão e exigem obediência imediata, sem a qual os atores são expulsos da cena ou permanecem escravos de uma lógica indispensável ao funcionamento do sistema como um todo. É uma forma de totalitarismo muito forte e insidiosa, porque se baseia em noções que parecem centrais à própria idéia da democracia – liberdade de opinião, de imprensa, tolerância -, utilizadas exatamente para suprimir a possibilidade de conhecimento do que é o mundo, e do que são os países e os lugares.

Em suma: sem a construção desse espaço transnacional, em realidade, a gama de interesses, pretensões e lides que advêm da superação das fronteiras acaba por ficar à margem da atuação dos estados, à mercê do mercado, cuja conduta é marcada tão somente pelo desejo de lucro.

E se essa atuação regulatória não estatal já causa alguma preocupação em matéria econômica e industrial, à medida que o mercado deve pontuar e selecionar apenas as práticas aceitas e benéficas aos interesses econômicos, ainda que isso não reflita o interesse da sociedade como um todo, há áreas nas quais o distanciamento da Jurisdição do Estado como poder regulatório pode ser desastrosa.

Veja-se, por exemplo, quando se cuida de questões afetas ao meio-ambiente. Sobretudo nessa área o interesse transnacional é evidente. Mas sem a existência de um espaço definido a esse título, no qual a atuação transnacional se dê para o melhor aproveitamento dos interesses supranacionais, com a necessária proteção efetiva de bens jurídicos em jogo, certamente esses objetivos não serão atendidos dados os múltiplos cenários e interesses em tela, inconciliáveis por si sós.

Assim, há a evidente necessidade da urgente construção de um espaço democrático transnacional, que permita a exposição e regulação desses novos Direitos, justamente porque os conceitos e procedimentos até então existentes - direito nacional, internacional, cooperação internacional etc. - não são suficientes para essa tarefa.

Desse modo,

> É de fundamental importância trabalhar as possibilidades para as bases teóricas da necessidade de conjugação das categorias justiça transnacional e globalização democrática. O esforço a ser empreendido nesse sentido se justifica pela necessidade de se buscar formas atualizadas de Direito e

[21] SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2011, p. 23.

> de Justiça, a partir dos sintomas da crise da última modernidade e do Estado Constitucional Moderno e dos novos cenários transnacionais[22].

Dispondo a respeito de como poderia ser esse ambiente transnacional que permitisse o tratamento das respectivas demandas, a propósito, Paulo Cruz e Zenildo Bodnar apresentam um esboço bastante elucidativo:

> Assim como o Direito emanado do Estado Constitucional Moderno foi formado a partir de normas jurídicas inter-relacionadas - de forma que cada uma delas tivesse sentido com relação às demais, com o sistema determinando a posição e o significado de cada um de seus elementos , - o Direito Transnacional poderia agregar essa mesma lógica para ser um ordenamento jurídico que transpasse vários estados nacionais, com capacidade própria de aplicação coercitiva por uma estrutura organizativa transnacional.
>
> O ordenamento jurídico transnacional aparecia como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional[23].

Ainda que a construção desse modelo leve algum tempo, ele é realmente imprescindível, uma vez que as relações transnacionais só tendem a se intensificar. Do contrário, se assim não for, e havendo a intensificação do atual quadro, com a absoluta ausência desse espaço transnacional e de alguma regulação estatal (entenda-se sempre do ponto de vista de uma autoridade central), haverá contínuo e gradativo distanciamento da Jurisdição dessas demandas transnacionais, o que, em última análise, ocasiona o direto enfraquecimento do próprio Estado, à medida que todas as relações conflituosas transnacionais, além daquelas também supranacionais e que exigem alguma regulação, estarão unicamente sob responsabilidade do mercado e do lucro como objetivo maior.

Outra, diga-se, não é a constatação também de Miguel Reale, que em escrito do longínquo ano 2000, quando a velocidade da informação e os recursos informáticos eram bem menores dos que os atuais, já havia percebido a importância da problemática para o Estado enquanto detentor da Jurisdição. Veja-se:

> Pode-se dizer, por outro lado, que o aspecto negativo da globalização, ao lado dos inegáveis benefícios resultantes da universalização dos modos de pensar e de agir, é o fato de ser posto por ela em crise o ordenamento jurídico-político de cada nação, o que nos permite falar em *desinstitucionalização da sociedade.* Como a globalização é um fenômeno inevitável, a tarefa política por excelência, neste fim de milênio, é encontrar novos modelos para o ordenamento jurídico,

[22] Cruz, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] /Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar ; participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012 p. 55. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 15 março 2016.

[23] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 65.

> mediante uma compreensão mais aberta e plásticas das normas de Direito, como há muito tempo venho reclamando[24].

Em - alarmante - arremate: ou os Estados buscam construir um sistema supranacional de regulação dos fatos e negócios jurídicos transnacionais ou estarão em risco não mais somente os atributos clássicos do Estado Moderno, mas verdadeiramente a própria razão de ser do Estado, porque ante a ausência de um espaço transnacional, e diante da ineficiência dos Direitos Nacionais e Internacional para regular as demandas transnacionais, os interesses e problemas transfronteiriços estão entregues ao mercado, cuja lógica está em distanciamento cada vez mais irreversível da Jurisdição enquanto atividade estatal que almeja a paz social e o bem comum[25].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese a problemática aqui abordada não constituir novidade, a hipótese estudada agora se confirma sob o fato de que o advento da transnacionalidade e das demandas que carrega, e bem assim a ausência de uma ambiente transnacional para tratamento jurídico dessas lides, acaba por ocasionar não só um vácuo de legalidade estatal regulatória, mas verdadeiramente implica negativa de aspectos fundamentais do Estado Moderno, sobretudo a atividade estatal de dizer o Direito: Jurisdição.

Nessa linha de pensamento, tem-se que, pela ausência de regulamentação estatal, o fato de o mercado ter preenchido o ambiente transnacional com sua lógica de lucro e mais valia a todo custo, não só os bens jurídicos objeto das demandas transnacionais se veem ameaçados, mas verdadeiramente a razão da existência do Estado-Juiz se vê posta em cheque.

E tudo se agrava à medida que a Transnacionalidade tende a se intensificar diante dos avanços tecnológicos e de comunicação que diuturnamente se apresentam, ao passo que o Direito Transnacional - cuja velocidade de compreensão dos fenômenos sociais já é lenta, tendo em vista seu processo de formação -, embora reconhecidamente necessário, ainda não apresenta um horizonte visível sequer a médio prazo.

---

[24] REALE, Miguel. **Crise do capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: Editora SENAC, 2000, p. 63/64.

[25] A professora Karine de Souza Silva, citando Habermas, em poucas linhas bem expõe o atual quadro: "Neste contexto, muitos problemas de índoles sociais, econômicas, bélicas, comerciais, ambientais não mais encontram solução no âmbito dos Estados e dos acordos tradicionalmente firmados. Essa situação sinaliza que 'continuará avançando o esvaziamento da soberania de Estados nacionais, o que fará necessária uma reestruturação e ampliação das capacidades de ação política em um plano supranacional'" (**A consolidação da União Européia e do direito comunitário no contexto da transnacionalidade**. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 108).

Desse modo, em um ambiente transnacional desprovido de regulamentação estatal, sem compromisso com valores sociais afetos ao bem comum e a uma sociedade mais igualitária, e entregue à lei do mercado, os direitos transnacionais, sobretudo aqueles das partes hipossuficientes, e os bens jurídicos ligados aos meio-ambiente, à proteção do consumidor, e todos que de algum modo contraponham o lucro, correm severo risco de maltrato e subjugação.

Mas talvez a face mais cruel da transnacionalização vazia de regulamentação estatal seja a conclusão obtida pela análise da hipótese agora proposta: diante dos elementos abordados nesse trabalho, sobretudo o fato de o mercado ter se apoderado do ambiente transnacional, há um claro distanciamento da Jurisdição daquela que é sua função primordial, qual seja, apresentar uma resposta jurídica mediante a realização da Norma Jurídica para as demandas transnacionais que se apresentam.

E, como visto, em última análise essa circunstância coloca em risco não apenas a legitimidade do Estado-Juiz, mas também e, principalmente, a razão de ser do próprio Estado Moderno, até então a última trincheira na defesa do bem comum e de valores de uma Sociedade.

Destarte, a construção de um ambiente transnacional que permita a regulação por parte de um estado supranacional, ou ao menos a participação democrática na construção de um modelo de resolução das demandas transnacionais, não é só urgente, mas verdadeiramente imprescindível, sob pena de o enfraquecimento palatino do Estado causar o solapamento de todos os fundamentos que, contemporaneamente, sustentam a própria estrutura social tal como conhecida.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BUNN, Maximiliano Losso. **Por um novo modelo de Jurisdição: releitura do conceito de atividade jurisdicional na sociedade contemporânea**. Revista do CEJUR/TSJC, Florianópolis, v. 1, n. 3, p. 11-24, dez. 2015.

_____. A consciência jurídica e a eqüidade como “novos” paradigmas para a atividade jurisdicional contemporânea. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 21 mar. 2016.

BUNN, Maximiliano Losso; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Apontamentos preliminares sobre o uso predatório da jurisdição**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 1, p. 247-268, jan./abr. 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55-71.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVEIRO, Maurizio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Itajaí/Perugia. Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 17, p. 25, 2012. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj>. Acesso em: 12 março 2016.

Cruz, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] /Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012 p. 33. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 12 março 2016.

FERNANDES, Rodrigo e SANTOS, Rafael Padilha dos. Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 21 mar. 2016

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**. São Paulo. Quartier Latin, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13 ed. rev.atual.amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

REALE, Miguel. **Crise do capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: Editora SENAC, 2000.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SILVA, Karine de Souza. A consolidação da União Européia e do direito comunitário no contexto da transnacionalidade. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 97-122.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes, 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15-53.

TOMAZ, Roberto Epifanio; MONTE, Mario João Ferreira; JUNIOR, Osvaldo Agripino de Castro. NOVA LEX MERCATORIA: ORDENAMENTO JURÍDICO SUPRANACIONAL (?). **Direito e transnacionalização**. CRUZ, Paulo Márcio Cruz; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.), Colaboradores: Alexandre Morais da Rosa [et al.]. Itajaí: UNIVALI, 2013. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 12 março 2016.

DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AO DIREITO TRANSNACIONAL

Jonathan Cardoso Régis[1]

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por finalidade traçar uma reflexão acerca dos aspectos conceituais das transformações geradas na sociedade, bem como no Estado através da transnacionalidade e dos fenômenos ocorridos diante do processo de globalização.

Assim, prima-se neste trabalho, sopesar e conjecturar sobre a transnacionalidade e o processo de globalização, traçando noções propedêuticas relacionadas ao tema proposto, transpassando pela Segurança Pública, o combate à criminalidade, as organizações criminosas e breve análise de decisões dos Tribunais pátrios, destacando o tráfico de drogas e o combate a pornografia infantil.

Compreende-se a influência de tais transformações decorrentes da globalização inserida em uma sociedade transnacional no processo contido nas decisões do Poder Judiciário relacionadas a questões de integração regional.

Sabe-se que a transnacionalidade, também conhecido pela dinâmica "Estado além fronteiras", a qual prima em buscar o equilíbrio proporcionado pelas transformações resultantes da globalização, bem como pelo Direito, adequando-se às necessidades da sociedade.

Desta feita, esse desenvolvimento descontrolado acaba gerando ou fomentando o crescimento da criminalidade e da quebra da ordem pública, os quais nas situações que ultrapassem as fronteiras dos Estados, deverão ser analisados pormenorizadamente quanto a responsabilização, aliada ao aspecto do órgão efetivamente competente para seu processamento e julgamento.

[1] Doutorando em Ciência Jurídica – Univali. Mestre em Gestão de Políticas Públicas – Univali. Especialista em Administração de Segurança Pública - Unisul/PMSC. Bacharel em Direito – Univali. Profº no Curso de Direito - Univali. E-mail: vipersc@ig.com.br / joniregis@univali.br.

1. CONTEXTUALIZANDO O DIREITO TRANSNACIONAL

A fim de melhor compreender o tema proposto, importante trazer a baila aspectos conceituais acerca da transnacionalidade, buscando uma reflexão quanto a base conceitual e a caracterização do Estado Transnacional.

Em razão da globalização do mercado, aspecto a ser analisado posteriormente, houve um desequilíbrio, o qual prejudicou a "autonomia e capacidade de ação político-econômica dos estados constitucionais modernos[2]".

> O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal[3]

Assevera ainda a citada autora que a transnacionalização não seria um fenômeno diferente da mundialização ou da globalização, uma vez que estas possuem características que buscam "viabilizar o surgimento da categoria direito transnacional[4]".

Destarte, a expressão direito transnacional passou a ser adotada, visando incluir todas as normas reguladoras dos fatos e atos que transpassam os limites e fronteiras nacionais, quer de direito público ou privado, assim como estão outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais[5].

> […] para apreender a aplicabilidade do Direito Transnacional é preciso evitar refletir unicamente em termos de qualquer foro particular, já que é perfeitamente possível, como veremos, ter-se um tribunal que não adote como sua própria lei nem a legislação nacional nem a internacional[6]

Importa observar que não se pode confundir a transnacionalidade com a concepção de internacional ou supranacional.

O primeiro refere-se, resumidamente, à comunidade mundial dos Estados, fundada na territorialidade e na soberania, já o segundo, relaciona-se com as comunidades regionais, por exemplo, a União Européia, voltado "às instituições que estão acima dos Estados e que têm a

[2] CRUZ. Paulo Márcio; BODNAR. Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais.** Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2010, p. 56.

[3] STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica.** Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2010, p. 16.

[4] STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica**, p. 16

[5] JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** 1ª Edição brasileira. Tradução de Carlos Ramires Pinheira da Silva. Rio de Janeiro, Editora Fundo de Cultura, 1965.

[6] JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**, p. 14-15.

capacidade de criar normas que os vinculem juridicamente[7]".

Salienta-se ainda que a discussão sobre as demandas transnacionais gira em torno, num primeiro momento, na questão da guerra e da paz, tendo tal aspecto como sendo "a primeira grande questão transnacional e difusa da humanidade[8]".

> O fenômeno da transnacionalidade dá-se a partir das chamadas *demandas transnacionais* que a sua vez estão relacionadas com a questão da efetividade dos chamados direitos difusos e transfronteiriços. Desta maneira, as demandas transnacionais são questões fundamentais para o ser humano e que vêm sendo classificadas pela doutrina como "novos" direitos. Um fato é impossível de se evitar: as questões transnacionais devem ser abordadas e enfrentadas por toda a Comunidade Internacional de forma diferente da prevista nas legislações interna e internacional existente[9]

A transnacionalidade é, em verdade, de acordo com a lição de Cruz e Stelzer[10], um reflexo da globalização, evidenciado pela desterritorialização[11] das relações sócio-políticas e promovido por um sistema econômico capitalista ultravalorizado, o qual busca articular o ordenamento jurídico global "à margem das soberanias dos Estados", ou seja, transpassa os limites territoriais estatais, ou seja, paralelamente ao Estado, trazendo por um equilíbrio entre o direito e a globalização, os quais devem:

> [...] adequar-se às demandas concretas e sempre renovadas de Justiça, colocadas pela Sociedade. O caráter de justiça do Direito desvela sua eticidade e seu modo de nascimento societal expressa seu caráter democrático. Ao afirmar-se a necessidade e importância da reconstrução do sentido ético do Direito está se alertando para o risco desse vazio deixado pelo racionalismo da Ciência na Modernidade[12].

No mesmo sentido,

> [...] os espaços transnacionais vão além da concepção de Soberania e são marcados pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais e pela ultravalorização do sistema

[7] PRADO, Lucas de Melo. Política Jurídica, Transnacionalidade e Jurisdição Constitucional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n.25, 2013.** Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/771/908>. Acesso em: 08 abr. 2016, p. 129.

[8] GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Revista do Direito Unisc, Santa Cruz do Sul nº 33, p. 103-129, JAN-JUN 2010. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[9] GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais**, p. 103-104.

[10] CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2010

[11] […] é caracterizada pelo surgimento de um território transnacional, diverso tanto do espaço estatal quanto do espaço que liga dois ou mais espaços estatais, situando-se na "fronteira transpassada" ou na "borda permeável do Estado", e constituindo um espaço virtual não-contido, que não está lá nem cá [...] (PRADO, 2013, p. 130).

[12] DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis, 2009, p. 25.

> econômico capitalista, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das Soberanias dos Estados[13].

Em outras palavras, a transnacionalidade prima pela solidariedade e cooperação entre os Estados, voltados na compreensão e no respeito global.

Stelzer e Gonçalves estabelecem que a transnacionalização não deve ser vista como sendo um fenômeno distinto da globalização ou mundialização, uma vez que "nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito transnacional [...][14]".

Ao que se refere em relação aos atributos da transnacionalidade, tem-se "uma superação da tradicional 'medida territorial' do poder normativo (ou seja, o Estado Constitucional), mas que, ao mesmo tempo, não entrou em cena outra do tipo 'fixo', considerando a inclinação 'aberta' e 'progressiva' da maior parte dos processos de transformação[15]".

Tem-se ainda o exercício da jurisdição por um Estado por meio de seus tribunais sobre um indivíduo, o qual poderá se fundar em uma das seguintes circunstâncias:

> […] (a) a pessoa está pessoalmente presente dentro do Estado […] (b) a pessoa tem domicílio dentro do Estado […] A terceira base da jurisdição cível é a nacionalidade […] A quarta base da jurisdição cível é a vontade […] A quinta e última base da jurisdição cível é que a pessoa, "por atos por ela realizados dentro do Estado, submeteu-se à sua jurisdição[16]" […]

Imprescindível que a função do Direito Transnacional em procurar ajustar os casos e distribuir a jurisdição da forma mais proveitosa possível, de acordo com as necessidades dos membros da comunidade internacional, ou seja, "o entendimento fundamental não partiria da soberania ou do poder, mas da premissa de que a jurisdição é essencialmente uma matéria processual que poderia ser amigavelmente distribuída entre as nações do mundo[17]".

Oliviero e Cruz estabelecem que somente justifica o Direito Transnacional, quando o Direito Nacional, assim como do Direito Internacional deixaram de gerar "mecanismos eficazes de governança, regulação, intervenção e coerção para as demandas transnacionais", ante a necessidade da criação de espaços públicos transnacionais, ou seja, que primam em transcorrer

[13] PRADO, Lucas de Melo. Política Jurídica, Transnacionalidade e Jurisdição Constitucional, p. 130.

[14] STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Estado, Globalização e Soberania:** Fundamentos Político-Jurídicos do Fenômeno da Transnacionalidade. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009, p. 10950. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1915.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[15] OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Revista Estudos Jurídicos, p. 20. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[16] JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**, p. 59-60.

[17] JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**, p. 62.

estados nacionais[18].

> Outro aspecto importante a ser discutido deve ser a capacidade do Direito Transnacional de ser aplicada coercitivamente, como característica fundamental, a fim de garantir a imposição dos direitos
>
> e dos deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação do Direito Nacional e, principalmente, do Direito Internacional[19]

Afirma que as demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos "para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional[20]".

> [...] Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que **as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica** como alguns autores pretendem, **e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta**. A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, **a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano** e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu entorno natural[21]. **(grifo nosso)**

Enfim, para o Estado Transnacional vir a existir, este precisa do transbordamento das energias internacionais locais, isto é, primar por um projeto político não apenas interno e internacional, mas que também contemple o aspecto econômico, social, educacional e até mesmo científico-tecnológico, bem como a inserção de forma gradual de mecanismos e instrumentos de democracia transnacional, participativa, deliberativa e solidária

2. COMPREENDENDO A GLOBALIZAÇÃO

Importante deixar claro que conceituar globalização é um tanto quanto complexo, diante dos diversos significados existentes.

> A globalização (ou mundialização) é um processo paradigmático, multidimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e de economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz essencialmente heurística. Nesse sentido, o pensamento de Ulrich Beck sustenta ser a

[18] OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Revista Estudos Jurídicos.

[19] OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Revista Estudos Jurídicos, p. 23.

[20] GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais**, p. 104.

[21] GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais**, p. 104.

> globalização "os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrer a interferência cruzada de atores transnacionais[22]."

Bauman procura mostrar que dentro do fenômeno da globalização há mais coisas do que a visão pode apreender; revelando as raízes e conseqüências sociais do processo globalizador, dissipando um pouco da névoa que cerca esse termo que pretende trazer clareza à condição humana atual[23].

> A "globalização" está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, "globalização" é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, "globalização" é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo "globalizados" — e isso significa basicamente o mesmo para todos[24].

A globalização é um objetivo a ser almejado e conquistado e tal processo é irreversível, uma vez que analisando sob o aspecto em que as pessoas vivem no tempo e não no espaço, podem estar em qualquer lugar a qualquer tempo, em outras palavras, o fenômeno da globalização deve ser compreendido não somente sob a ótica do aspecto econômico, uma vez que proporciona uma transformação de comportamento social, cultural e político, por exemplo.

> […] Con todo, una de las principales consecuencias de la globalización del riesgo - tal y como han evidenciado el cambio climático y la crisis financiera— es justamente el surgimiento de un mundo común, un mundo que compartirnos y que ya no conoce ninguna <<fuera>>, ninguna <<salida>>, ningún <<otro». Política interior global significa: con independencia de lo simpáticos o ajenos que nos resulten personas de otro color de piel, nacionalidad o religión, para sobrevivir tenemos que convivir y trabajar con ese traño otro» en este mundo de corrupción, sufrimiento y explotación[25]

Edgar Morin[26] diz que a globalização é decorrente do capitalismo desenfreado, o qual cresceu "sob a égide do neoliberalismo e da facilidade de comunicação mundial", despertando o nascimento de "mestiçagem cultural".

> Globalização, significa, diante deste quadro, os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada dos atores transnacionais[27]

---

[22] CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 18-19.

[23] BAUMAN, Zygmunt**. Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

[24] BAUMAN, Zygmunt**. Globalização:** as consequências humanas, 7.

[25] BECK, Ulrich. **Crónicas desde el mundo de la política interior global.** Barcelona: Paidós, 2011, p. 47.

[26] MORIN, Edgar. **A Via: para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mara Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 21.

[27] BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo**: resposta à globalização. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e

A Globalização pode ser definida como "aproximação e mútuo encontro das culturas locais, as quais se devem definir de novo no marco desta nova realidade mundial[28]".

Ademais, tem-se um aspecto resultante da globalização, o afastamento entre as pessoas e, consequentemente, a criação de uma fronteira invisível, inexistindo o contato, o diálogo, a troca de experiências e reflexões entre os atores sociais.

Tem-se ainda que um mundo globalizado conjetura novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos[29].

> É também importante salientar que se está vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização, em escala planetária. Nesse contexto, a globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo, mais solidário, inclusivo e democrático, tendo em vista que nada foi construído pela humanidade sem um sonho ingênuo ou horizonte utópico de sentido[30]

O surgimento do medo urbano, relacionado ao aspecto econômico, disseminando comportamentos de insegurança, transformando as sociedades fechadas, seguras, com intensa e crescente vigilância, tanto no aspecto residencial (lar), quanto nos espaços públicos, ou seja, seria o controle das condutas, mesmo nos espaços sociais/públicos.

No que se refere a reorganização social, com base no novo modelo, no tripé da soberania, a globalização nada mais é que a extensão totalitária de sua lógica a todos os aspectos da vida, isto é, os Estados não têm recursos suficientes nem liberdade de manobra para suportar a pressão — pela simples razão de que "alguns minutos bastam para que empresas e até Estados entrem em colapso[31]".

> A integração e a divisão, a globalização e a territorialização, são processos mutuamente complementares. Mais precisamente, são duas faces do mesmo processo: a redistribuição mundial de soberania, poder e liberdade de agir desencadeada (mas de forma alguma determinada) pelo salto radical na tecnologia da velocidade. A coincidência e entrelaçamento da síntese e da dispersão, da integração e da decomposição são tudo, menos acidentais; e menos ainda passíveis de retificação[32].

Uma política de justiça global necessita de uma universalização de projetos sociais, políticos

---

Terra, 1999, p. 30.

[28] CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011, p. 21.

[29] CRUZ. Paulo Márcio; BODNAR. Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais.**

[30] CRUZ. Paulo Márcio; BODNAR. Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**, p. 20.

[31] BAUMAN, Zygmunt**. Globalização:** as consequências humanas, p. 73.

[32] BAUMAN, Zygmunt**. Globalização:** as consequências humanas, p. 77.

e culturais a fim de reforçarem e fortalecerem a dignidade da pessoa humana.

Em relação ao ocidente globalizado, surgem de novas culturas e as estruturas sociais perderam sua antiga autoridade/identidade em benefício da expansão social, ou seja, surgimento do princípio do individualismo.

A globalização de fins do século XX a começo do XXI acaba por herdar problemas, mas também apresenta soluções, aplicadas ou não a esses problemas, bem como acrescentando outros, ou seja, a compatibilização humana como a biosfera, conflitos e colaborações de Estados centrais hegemônicos transnacionalizantes e Estados periféricos transnacionalizados.

Importante destacar que a virada para o século XXI, o Estado passa a ser transnacional, em razão do poder econômico das empresas, deixando os países de serem nacionais ou plurinacionais.

Desta forma, transformações decorrentes do impacto da globalização trazem uma repercussão no que diz respeito a atuação do Estado:

> Atualmente, o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à Sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuadamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes. Tudo leva a crer que o principal fator dessas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado Constitucional Moderno[33].

Na globalização tudo se transnacionaliza, desde guerras entre Estados ao crime organizado, seja em maior ou menor escala, assim como as integrações não podem ser apenas de bens e capitais, devendo ser garantido a manutenção do livre trânsito de pessoas, povos e culturas em federações e confederações rumo a uma civilização diversificada, pluralista e universal.

Desta feita, a justiça e a igualdade são meios, a liberdade passa a ser o princípio e o fim.

3. SEGURANÇA PÚBLICA E O COMBATE A CRIMINALIDADE

Inicialmente, importante estabelecer que a Segurança Pública surge como manutenção do Estado de ordem e repressão a tudo que venha por em perigo a paz social.

Assim, o Estado deve se fazer presente em todas as definições, sendo os órgãos de polícia os únicos agentes competentes de oporem-se a violência e responsáveis a assegurar a Segurança Pública.

[33] CRUZ. Paulo Márcio; BODNAR. Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais**, p. 56.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece em seu art. 144 acerca da Segurança Pública, visando, em especial, a manutenção e a preservação da ordem pública.

Desta forma, sabe-se que a Segurança Pública é imprescindível para o desenvolvimento humano, bem como garantidor da qualidade de vida.

Contudo, tem-se a consciência que paralelo ao desenvolvimento e crescimento socioeconômico, resultam desigualdades e desequilíbrios, o que acarreta em comportamento de violência.

Tal comportamento negativo acaba por gerar um impacto de receio e temor junto a sociedade e tal situação reflete na economia, no convívio entre as pessoas, ocasionando no afastamento de novos investimentos nos centros urbanos.

> O diagnóstico do desarranjo da segurança pública coincide diretamente com os desarranjos de ordem social, decorrentes da distribuição da renda, da favelização, da falta de estruturas educacionais e de saneamento básico, entre outras. Portanto, não há como falar na alteração do cenário da segurança pública, se não for alterado o cenário socioambiental, pois estão interligados nas ações e nos resultados[34].

Em razão disso, nota-se que os resultados decorrentes desses desarranjos são mensuráveis, uma vez que os conflitos das desigualdades, muitas vezes, acabam resultando em atos de violência.

Ana Sofia Schimidt de Oliveira afirma que muitos são os conceitos formulados para a expressão segurança pública[35].

Contudo, destaca a referida autora enfatizando a lição de Clóvis Henrique Leite de Souza, em que este estabelece a Segurança Pública como sendo o conjunto de processos destinados a garantir o respeito às leis, bem como a manutenção da paz social e ordem pública, incluindo nesse contexto ações visando a prevenção e o controle de manifestações de criminalidade e da violência, tendo por finalidade garantir o exercício dos direitos fundamentais[36].

No que diz respeito a violência e a criminalidade, oportuno transcrever a relação existente entre Segurança Pública e suas várias concepções:

---

[34] MELE, João Leonardo. **Serra do Guararu**: Projeto de conservação e segurança ambiental. Instituto de Segurança Socioambiental. Guarujá, 2009, p. 30. Disponível em: <http://www.issa.net.br/pagina/29/projeto-de-conserva-o-e-seguran-a-da-serra-do-guararu>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[35] OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Polícia e o Mito da Paz.** Folha de São Paulo. 27 dez. 1997, p. 13.

[36] OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Polícia e o Mito da Paz**

> A criminalidade é uma doença, um câncer, que deve ser extirpado do corpo social e à polícia incumbe à tarefa de acabar com a criminalidade e restabelecer a paz. Não há sociedade sem crime, portanto, acabá-lo é, pois, meta inatingível. O que é possível é mantê-la em níveis aceitáveis, que serão coerentes com a realidade social. E essa tarefa não é só da polícia. É preciso resgatar a visão do todo. A polícia é o símbolo mais visível do sistema oficial de controle social. A expectativa da comunidade e dos próprios policiais é de que a polícia vença a criminalidade; afastem os criminosos do nosso convívio e voltemos a ter paz. Errado! O crime é um problema de todas as instâncias formais e informais, e não só da polícia. Uma sociedade que não se interessa pelas raízes do problema do crime e da violência, que pensa que sua segurança será maior na medida em que for maior o número de criminosos atrás das grades; que não consegue desenvolver sentimentos de solidariedade; que permanece indiferente, é cruel, insensível e merece a taxa de criminalidade que tem. Sem um diálogo entre diversas instâncias, formais e informais, sem crítica e autocrítica constantes, sem reconhecer cada uma delas, suas limitações, sem buscar enxergar o todo, o nosso sistema repressivo vai continuar combatendo a criminalidade que ele próprio reproduz, reproduzindo a criminalidade que pretende combater[37].

Ademais, tem-se acerca do fenômeno da violência em nossa sociedade, o que segue:

> Não podemos pretender extinguir a violência e a agressão, mas podemos e devemos buscar mecanismos tanto ao nível individual quanto coletivo, para colocar em termos aceitáveis o fenômeno da violência e da criminalidade, porque são problemas que atingem diretamente a ordem pública e a existência das pessoas[38].

Nota-se que "parece evidente que políticas econômicas de caráter distributivo, a diminuição das taxas de desemprego e melhorias em outros indicadores sociais são decisivas para um enfrentamento a longo prazo da criminalidade[39]".

> A redução dos atos infracionais e uma melhora nos indicadores de integração social normalmente produzem uma série de outros benefícios, inclusive econômicos. Tais benefícios vão desde maior oferta de empregos, maior arrecadação de impostos e aumento dos investimentos nas comunidades à diminuição da demanda em relação à justiça criminal e aos serviços de assistência social e de saúde pública[40].

Sabe-se ainda que o Estado, em conjunto com a sociedade, vem buscando mecanismos visando a redução da criminalidade, assim como dos atos violentos perpetrados pelas organizações criminosas e seus integrantes, a fim de evitar ou minimizar que ações violentas venham ser disseminadas no seio da comunidade.

Assim, políticas de segurança pública são fundamentais:

---

[37] OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Polícia e o Mito da Paz**, p. 03.

[38] BASTOS NETO, Osvaldo. **Introdução à segurança pública como segurança social**: uma hermenêutica do crime. Salvador, 2006, p. 14. Disponível em: <http://www.observatorioseguranca.org/pdf/livro_osvaldo.pdf> Acesso: 08 abr. 2016.

[39] ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006, p. 65.

[40] ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI**, p. 109.

> As políticas devem ter metas claras e definidas, que devem ser alcançadas através de medidas confiáveis para a avaliação desses objetivos e pelos meios disponíveis para sua realização de forma democrática. A condição desejável a ser perseguida pode consistir na redução de alguns tipos de crimes específicos a um custo razoável para sua implementação[41].

No que se refere a questão da preservação da Ordem Pública, importante definir a mesma, a fim de compreender a função desempenhada pela polícia em sua manutenção.

O Decreto nº 88.777, de 30 de setembro de 1983, que aprova o Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200), conceitua Ordem Pública como:

> Ordem Pública: conjunto de regras formais, que emanam do ordenamento jurídico da Nação, tendo por escopo regular as relações sociais de todos os níveis do interesse público, estabelecendo um clima de convivência harmonioso e pacífico, fiscalizado pelo poder de polícia, e constituindo uma situação ou condição que conduza ao bem comum[42].

O termo Ordem Pública possui muitas definições possíveis, pois os conceitos dados a ele conduzem a entendimentos amplos e genéricos, variando no tempo e no espaço, se modificando a todo o momento[43].

Assim, pode-se dizer que Ordem Pública é uma situação normal de legalidade e moralidade, ou seja, a ordem pública estará presente na ausência de desordem, de atos de violência de qualquer espécie.

4. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Ao que se refere a Sociedade de Risco, ante ao desenvolvimento desenfreado e surgimento de crises, Ulrich Beck, a estabelece no sentido em que vivemos em um mundo fora de controle, inexistindo a certeza.

O citado autor expõe que a expressão "risco" possui dois sentidos antagônicos, onde, o primeiro, aplica-se a um mundo governado inteiramente pelas leis da probabilidade, onde tudo é mensurável e calculável, isto é, os "riscos que não podem ser mensurados[44]".

> Essas "verdadeiras" incertezas, **reforçadas por rápidas inovações tecnológicas e respostas sociais aceleradas**, estão criando uma nova paisagem de risco global. Em todas essas novas tecnologias

[41] BEATO FILHO, Cláudio C. **Políticas públicas de segurança e a questão policial**. São Paulo Perspec. 1999, p. 10.

[42] BRASIL. **Decreto nº. 88.777, de 30 de setembro de 1983**. Aprova o regulamento para as policias militares e corpos de bombeiros militares (R-200).

[43] LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

[44] INCERTEZAS FABRICADAS. **Entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck.** Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=7063&cod_canal=41>. Acesso em: 08 abr. 2016.

> incertas de risco, estamos separados da possibilidade e dos resultados por um oceano de ignorância [...][45] **(grifo nosso)**

Diante dessa sociedade de risco, tem-se o surgimento de organizações criminosas, as quais se aproveitam da situação de fragilidade social ou de inércia por parte do Estado, onde, paralelamente a realidade por nós vivenciada, se fortalecem, criando mecanismos a fim de burlar a legislação vigente e fomentando o caos na sociedade.

> Os chamados novos riscos estão directamente relacionados com o fenómeno da globalização e com a insegurança derivada dos desenvolvimentos técnicocientíficos. São infligidos ou potenciados por decisões humanas não intencionais, são transfronteiriços, ubiquitários, transgeracionais, imprevisíveis, indetectáveis, invisíveis, inseguráveis, incalculáveis, dinâmicos, complexos, têm uma dimensão social, desenvolvendo-se e transformando-se técnico-socialmente muito rápido, e escapam ao controle [...][46]

Importante destacar que no que diz respeito ao combate à criminalidade transnacional necessita dos Estados uma ação que prime pela reestruturação interna, assim como também internacional do ambiente político, econômico e social que fomenta tal comportamento negativo[47].

> [...] É sabido que a criminalidade nacional e internacional está intrinsecamente ligada a problemas profundos resultantes de desequilíbrios econômicos internos dos países, regimes autoritários e a falta de oportunidade. A oferta de bons empregos, a disponibilidade de meios essenciais a uma vida digna, enfim, um mundo em desenvolvimento, sem restrições, sem excluídos, já seria, desde logo, um agente inibidor da criminalidade, inclusive transnacional, de modo que, a exemplo disso, os agricultores afegãos e latino-americanos não venham a depender do cultivo e comercialização internacional da droga para sustentar suas famílias em um mundo marcado por uma grande pobreza em meio a tanta abundância[48].

Tem-se como organização criminosa, segundo a Convenção de Palermo:

> [...] grupo estruturado de três ou mais pessoas existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material[49]

Pode-se verificar ainda que em razão da globalização socioeconômica, também

---

[45] INCERTEZAS FABRICADAS. **Entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck.** Disponível em: <http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=7063&cod_canal=41>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[46] DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis, 2009, p. 26.

[47] MARWELL, Tatiana Eulálio D.G. **A transnacionalidade do crime no mundo globalizado**. Disponível em: <http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Tatiana.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[48] MARWELL, Tatiana Eulálio D.G. **A transnacionalidade do crime no mundo globalizado**, p. 7.

[49] BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

proporcionou na disseminação de ações criminosas além fronteiras, extrapolando assim, os limites territoriais, buscando persuadir e evitar a responsabilização pelas práticas delitivas realizadas.

O crime organizado transnacional, quando a execução, bem como o planejamento de um crime acabe envolvendo mais de um país e pode ser definido como:

> [...] uma manifestação dos grupos organizados que apresentam as seguintes características: a) baseados em um Estado, b) cometem seus crimes em um, ou geralmente em diversos países anfitriões em razão das condições de mercado favoráveis; e c) as atividades ilícitas desenvolvidas apresentam baixo grau de risco de serem descobertas [...][50]

Importa observar que há no ordenamento jurídico brasileiro, legislação vigente que esclarece e tipifica, efetivamente, a organização criminosa.

Está se falando da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013, a qual define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

A norma em questão, mais precisamente no art. 1º, § 1º, define organização criminosa como sendo:

> [...] a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Pode-se observar que o legislador pátrio faz menção ao caráter transnacional do crime organizado, ampliando o alcance na responsabilização dos agentes criminosos quando da prática delitiva caracterizadora de organização criminosa.

Nota-se que foi estabelecido como requisito caracterizador de organização criminosa em que os crimes devem ter penas superiores a 4 (quatro) anos.

Contudo, quando da caracterização da transnacionalidade da ação/conduta criminosa, a tipificação não está relacionada a pena especificada em lei, mas ao estado da transposição de fronteiras nacionais.

Ademais, se observa que, sob o prisma internacional, há majoração da pena imposta quando, dentre outras estabelecidas, se caracterizada circunstâncias que evidenciem a

[50] WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas**: presença e influência das relações internacionais contemporâneas. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009, p. 50. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-04092009-163835/>. Acesso em: 08 abr. 2016.

transnacionalidade da organização (art. 2º, § 4º, V).

Aliado a isso, insta salientar que:

> [...] a promulgação de diversos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil sobre a cooperação jurídica internacional, mediante os quais o Estado partilha da preocupação com a escalada da criminalidade transnacional e reconhece que a cooperação interjurisdicional é forma de realização de justiça diligente e eficaz, comprometendo-se a honrar com as obrigações internacionais assumidas por meio daqueles diplomas[51].

É o que pode ser observado no disposto no art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013, onde a legislação em questão também é aplicável quando:

> [...] I - às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;
>
> II - às organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo, bem como os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Ressalta-se ainda o aspecto da transnacionalidade contido no art. 9º da já referenciada lei, que versa quando da existência de ação controlada que venha a transpor fronteiras, deverá ocorrer com a cooperação das autoridades de outros países.

> O Artigo 9º trata da ação controlada que envolva a transposição de fronteiras, com a cooperação das autoridades de outros países. O artigo analisado trata de exigência para se evitar conflitos diplomáticos, pois que o direito internacional não autoriza um Estado a agir ou intervir no território de outro. Nesses casos acreditamos que a operacionalização das ações de cunho policial deverão se dar com a Interpol, até porque em determinados Estados ou blocos de países como a União Europeia, as polícias possuem, em casos específicos, uma liberdade e abrangência maior para atuação no combate a crimes transnacionais operados por organizações criminosas[52].

Sabe-se que no Brasil, é de competência da Polícia Federal a atribuição ao combate às infrações com repercussão internacional, conforme dispõe o art. 144, § 1º da Carta Constituinte de 1988.

---

[51] ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. **Apontamentos sobre a jurisprudência do STJ e do STF em matéria de procedimentos transnacionais de cooperação jurídica.** Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1355/1143>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[52] FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. **Aspectos práticos da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18 (/revista/edicoes/2013), n. 3736 (/revista/edicoes/2013/9/23), 23 (/revista/edicoes/2013/9/23) set. (/revista/edicoes/2013/9) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25355>. Acesso em: 08 abr. 2016.

5. CONVENÇÃO DE PALERMO

A Convenção de Palermo foi a nomenclatura adotada para referenciar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a qual foi adotada em Assembléia da Organização das Nações Unidas – ONU em novembro de 2000, em Nova York (EUA), mais precisamente na XXX Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, onde contou com o apoio do governo brasileiro.

No Brasil, a Convenção de Palermo só foi reconhecida quatro anos depois, com a edição do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

Cumpre ressaltar que a citada Convenção não busca tipificar condutas delitivas, mas tão somente, traça diretrizes de conduta aos países-parte no combate ao crime organizado transnacional.

> A Convenção de Palermo é o ato normativo internacional mais abrangente no combate ao crime organizado transnacional, que prevê medidas e técnicas especiais de investigação na prevenção, controle e combate à criminalidade organizada. Outros três tratados internacionais foram adotados pela ONU para, em conjunto e integrados com a Convenção de Palermo, alavancar a iniciativa mundial contra a crescente investida da criminalidade organizada transnacional, uniformizar e balizar o procedimento das autoridades encarregadas da aplicação da lei. São instrumentos específicos e pontuais que complementam o teor da Convenção de Palermo e, por isso, são chamados de protocolos adicionais[53] (ADÉ DIVERSIDADE, 2010) (grifo nosso)

Aliado a isso, a Convenção de Palermo determina, para o combate efetivo do crime organizado transnacional, há a necessidade de cooperação internacional entre os Estados signatários através de certas ações, como transferência de pessoas condenadas; assistência judiciária recíproca; investigações conjuntas, entre outras.

Salienta-se que a Convenção ora referenciada traça algumas características a fim de, efetivamente, caracterizar a organização criminosa transnacional, dentre estas a de grupo organizado para o cometimento de crime; violência, corrupção, dentre outras formas que visam a arrecadação de lucros e o controle de território; a lavagem de dinheiro; a possibilidade de cooperação com outros grupos do crime organizado transnacional e a potencialidade de expansão de outras atividades além fronteiras, figura esta que encontra caracterizada no art. 2º da citada

[53] São estes os protocolos adicionais mencionados na Convenção de Palermo: Protocolo para Prevenir e Punir o Tráfico de Pessoas; Protocolo Contra o Contrabando de Pessoas por Terra, Mar e Ar e Protocolo Contra a Produção Ilícita e o Tráfico de Armas de Fogo, suas Partes, Componentes e Munição. ADÉ DIVERSIDADE, Instituto. **O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo.** Disponível em: <www.institutoadediversidade.com.br/justica/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo/>. Acesso em: 08 abr. 2016.

Convenção, ao definir crime transnacional organizado.

No que se refere a extradição, nas situações que em um Estado Parte esteja no seu território o provável autor da infração penal, quando não proceder a extradição do mesmo em razão, única e simplesmente por ser seu cidadão, deverá, por solicitação do Estado Parte requerente da extradição, "submeter o caso, sem demora excessiva, às suas autoridades competentes para efeitos de procedimento judicial.

> [...] Estas autoridades tomarão a sua decisão e seguirão os trâmites do processo da mesma forma que em relação a qualquer outra infração grave, à luz do direito interno deste Estado Parte. Os Estados Partes interessados cooperarão entre si, nomeadamente em matéria processual e probatória, para assegurar a eficácia dos referidos atos judiciais[54].

Visto de maneira breve acerca do crime transnacional organizado e da definição internacional deste estabelecida pela Convenção de Palermo, prima-se a seguir destacar a aplicação da transnacionalidade nas decisões judiciais, ante as razões e aspectos conceituais já apresentados ao longo desta pesquisa.

6. EXEMPLIFICANDO A APLICAÇÃO DA TRANSNACIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Inicialmente, interessante destacar que a expressão transjudicialismo ou comunicação transjudicial, é a possibilidade de "comunicação entre cortes de sistemas jurídicos diferentes e de recepção das experiências de outras jurisdições[55]", ou seja, ultrapassa fronteiras nacionais e nela não há coordenação intergovernamental.

Estabeleceu ainda o referenciado autor quanto a possibilidade de comunicação horizontal dos Tribunais brasileiros, ou seja, do entendimento entre tribunais de igual estatura, como as cortes superiores de dois Estados soberanos.

Insta salientar que no tocante ao aspecto da transnacionalidade das decisões e da necessidade de cooperação jurídica entre os Estados:

> [...] as sentenças e demais atos jurisdicionais de um dado Estado estão circunscritos aos limites geográficos do seu território nacional. Estes atos perderão a força mandamental caso ultrapassem as

[54] BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

[55] LUPI, André Lipp Pinto Basto. **O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. Revista Eletrônica** Direito e Política, Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, nº 3, 3º quadrimestre de 2009, p. 3. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6156/3419>. Acesso em: 08 abr. 2016.

> fronteiras da jurisdição doméstica do país de origem, vem daí a necessidade pela cooperação jurídica internacional a fim de efetivar a prestação jurisdicional quando os elementos desta transbordam os limites geográficos da jurisdição doméstica do Estado em que esta ocorre[56].

Destaca-se o aspecto da cooperação judiciária internacional, em razão da jurisdição e da divisão geopolítica:

> [...] do ponto de vista jurídico, o mundo é fracionado em jurisdições, alinhadas, via de regra, às lindes de divisão geopolítica vigentes. Como as decisões e ordens expedidas pela autoridade judiciária de cada Estado têm eficácia somente naqueles limites territoriais de jurisdição, freqüentemente surge a necessidade de estabelecer uma cooperação judiciária internacional[57].

A Convenção de Palermo traça mecanismos relacionados a reciprocidade judiciária, seja no âmbito das investigações, dos processos ou outros atos judiciais relacionadas as infrações penais estabelecidas na Convenção.

Tal cooperação judiciária somente será possível, desde que permitidas pela legislação, "tratados, acordos e protocolos pertinentes do Estado Parte requerido, no âmbito de investigações, processos e outros atos judiciais relativos a infrações pelas quais possa ser considerada responsável uma pessoa coletiva no Estado Parte requerente[58]".

> É dizer, que enquanto os Estados podem corresponder o exercício dos direitos a sua legislação interna, poderá obter-se uma dimensão supranacional de justiça quando seja o mesmo Estado o que admita a jurisdição internacional, subordinando seu ordenamento jurídico e as disposições que regrem o direito transnacional e tolerando um novo marco de composição baseado no espírito de colaboração e reciprocidade entre as Nações[59].

No que tange a tutela judicial transnacional, ante sua necessidade nos dias de hoje, destaca-se quanto a constância existente nas relações jurídicas, as quais, perpassam as fronteiras de um Estado[60].

Assim, cabe aqui mencionar, dentro das decisões proferidas pelos Tribunais pátrios, exemplos de manifestações de uso da norma transnacional, dada a previsão constitucional, mais precisamente o art. 109, V da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por

---

[56] ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. **Apontamentos sobre a jurisprudência do STJ e do STF em matéria de procedimentos transnacionais de cooperação jurídica**, p. 3. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1355/1143>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[57] TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 159.

[58] BRASIL. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

[59] CUNHA, José Sebastião Fagundes. Justiça supranacional ou transnacional. s.d., p. 9. Disponível em: <http://www.fagundescunha.org.br/artigos/justica_supranacional.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

[60] SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Princípios fundamentais e regras gerais da cooperação interjurisdicional consagrados na proposta de Código Modelo para a Ibero-América**. Revista Forense v. 388, p. 477-478. Rio de Janeiro: Forense, nov/dez 2006.

exemplo, quanto a competência do Juiz Federal em processar e julgar os crimes estabelecidos em tratados e convenções internacionais, “quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente”.

É o caso da competência da Justiça Federal no julgamento relacionado a pornografia infantil veiculado, via internet.

> [...] Assim, tendo em vista ser o Brasil signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/1990) e diante da antevisão da transnacionalidade do delito, consistente na veiculação, via internet (Orkut), de fotografias contendo pornografia infanto-juvenil, tenho que a competência para processar e julgar o presente feito é da Justiça Federal [...] (TRF-1. Rec. Sentido Estrito nº 0027165-13.2012.4.01.3500. Rel.: Des. Fed. Cândido Ribeiro, j. em 20.03.2013)

O magistrado fez menção em sua decisão de precedente do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como do próprio TRF1, aduzindo quanto a transnacionalidade dos crimes sob análise e perpetrados, via Internet, “é inerente ao próprio ambiente da rede, que permite o acesso de qualquer pessoa à página do Orkut, em qualquer lugar do mundo, desde que conectada à rede e pertencente à referida rede social”.

Outro exemplo relacionado a ação criminosa transnacional e de análise do Poder Judiciário é o tráfico de entorpecentes, o qual, já de longa data, encontra-se estruturado em redes internacionais.

> Tráfico de entorpecentes. Indícios de transnacionalidade. Competência da Justiça Federal. Havendo indícios da transnacionalidade do tráfico de drogas, adquiridas em viagem a Foz do Iguaçu, fronteira com o Paraguai, firma-se a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento, tendo em vista o disposto no art. 70 da Lei 11.343/2006 e no art. 109, V, da CF. Unânime. (STF. Rec. Sentido Estrito nº 0003271-27.2011.4.01.3311/BA. Rel.: Des. Federal Olindo Menezes, j. em 16.07/2013.)

Ainda nossa Suprema Corte assim decidiu:

> Penal e Processo Penal. Exceção de incompetência rejeitada. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Transnacionalidade. Configuração.
>
> I. Não havendo recurso próprio contra a decisão que rejeita exceção de incompetência, consoante doutrina e jurisprudência pátrias, tal exceção deve ser argüida como preliminar, em razões de apelação, ou por meio de habeas corpus, como no caso.
>
> II. A nova lei de drogas, a fim de combater com maior eficácia e rigor o crime de tráfico internacional, flexibilizou o conceito de internacionalidade antes existente (Lei 6368/1976, art. 18, inc. I). Hoje, basta que a natureza e as circunstâncias dos fatos indiquem a ocorrência de tráfico com o exterior para ser aplicada a causa de aumento de pena prevista em seu art. 4º, I, e, também, ser fixada a competência da Justiça Federal para processar e julgar a causa.

> III. Correta a decisão que rejeitou a exceção de incompetência, mantendo o processamento do feito na Justiça Federal.
>
> IV. Ordem de habeas corpus denegada. (STF. HC nº 2009.01.00.016297-9/PA. Rel.: Des. Federal Tourinho Neto. 3ª Turma. Unânime. e-DJF1 de 16.04.2009)

Interessante mencionar a impossibilidade de redução da pena de tráfico de drogas relacionada a transnacionalidade do delito:

> HABEAS CORPUS. CONTROVÉRSIA SOBRE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO AO PACIENTE COM BASE NA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS: TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO, QUANTIDADE DA DROGA E FORMA DE ACONDICIONAMENTO: POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. Na espécie, os fatos que ensejaram a não-aplicação da causa de diminuição prevista na nova Lei de Tóxicos (transnacionalidade do crime, quantidade da droga e forma de acondicionamento) são hígidos e suficientes para atestar a dedicação do Recorrente às atividades criminosas.
>
> 2. A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas [...] (STF. HC nº 106.762 SÃO PAULO. Rel.: Ministra Carmen Lúcia, j. em 21.06.2011)

Importa observar que, em regra, a competência para processar e julgar os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é da Justiça Estadual, contudo, nas hipóteses de crime internacional, ou seja, envolvendo mais de um país, por exemplo, a competência passa a ser da justiça federal, desde que, efetivamente existam indícios da procedência da origem.

Nesse sentido, pode-se citar recente decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> REVISÃO CRIMINAL ART. 621, I E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06). PRETENSA ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAMENTO DO FEITO DIANTE DA POSTERIOR CONDENAÇÃO, PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL, POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO TRANSNACIONAL (ART. 35, C/C ART. 40, I, DA LEI N. 11.343/06). CONEXÃO INTERSUBJETIVA CONCURSAL ENTRE OS CRIMES NÃO VERIFICADA. FEITO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL JÁ JULGADO EM DEFINITIVO. INEXISTÊNCIA DE UNIDADE DE PROCESSOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 235 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICANDO A TRANSNACIONALIDADE NO CRIME DE TRÁFICO APURADO PELA JUSTIÇA ESTADUAL. REVISIONAL INDEFERIDA (TJSC. Ver. Crim. nº 2013.045634-8. Rel.: Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 27.11.2013)

Da mesma forma, assim decidiu o TRF-1:

> CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INTERNACIONALIDADE DO TRÁFICO NÃO CONFIGURADA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

> I. Embora existam indícios de que o entorpecente teria sido adquirido na Colômbia, inexiste prova da transnacionalidade da conduta, firmando-se a competência da justiça estadual para o processo e julgamento do feito.
>
> II. O simples fato de a cocaína ter sido provavelmente adquirida na Colômbia não atrai a competência da Justiça Federal, pois, se assim fosse considerado, toda a apreensão da droga no país configuraria tráfico internacional, eis que o Brasil não produz tal entorpecente.
>
> III. Não restando demonstrada a internacionalidade do tráfico de entorpecentes, delito capaz de atingir bem, serviço ou interesse da União, hábil a atrair a competência da Justiça Federal, sobressai a competência da Justiça Estadual.
>
> IV. Conflito conhecido para declarar competente o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Paranaíta/MT, ora suscitado. (CC n. 113.464/MT, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJe de 17/3/2011).

Por fim, tem-se ainda o entendimento, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça – STJ, da desnecessidade de caracterização do crime de tráfico internacional da efetiva transposição de fronteiras, conforme julgamento do HC 129.413/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 13.06.2011[61].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre os aspectos conceituais expostos, estes voltados a concepção da transnacionalidade, o qual tem pó finalidade adotar abarcar todas as normas reguladoras dos fatos e atos que por ventura venham ultrapassar as fronteiras dos Estados, seja no âmbito do direito público ou privado.

O Estado sem fronteiras como também é chamado, busca o equilíbrio resultante das transformações da globalização, primando adaptar-se as necessidades que surgem na sociedade, renovadas de justiça e da cooperação entre os Estados.

Ao que se refere ao fenômeno da globalização, este deve ser compreendido não sob o ponto de vista que busque uma transformação de comportamento político, social e cultural, não se restringindo apenas no aspecto econômico.

Importa observar que em razão do crescimento socioeconômico, do desenvolvimento desenfreado, resulta, em muitos casos, em comportamentos de insegurança, havendo a necessidade, mesmo dentro dos espaços públicos transnacionais, fomentar o controle dessas condutas.

[61] [...] o reconhecimento da transnacionalidade não fica condicionado à transposição das fronteiras nacionais, bastando a caracterização do dolo do agente em levar a droga para o exterior.

Nesse sentido, tem-se a segurança pública para a manutenção do Estado democrático de direito, na preservação da ordem pública, bem como de ações repressivas quando do desequilibro da convivência harmônica em sociedade, primando, sempre, pela paz social.

Sabe-se ainda que paralelo ao crescimento socioeconômico, acabam por gerar desigualdades e desequilíbrios inseridos no seio social, o que fomenta muitas vezes o desenvolvimento de um comportamento de violência e criminalidade inserida na sociedade de risco.

As organizações criminosas surgem em virtude da fragilidade social e, muitas vezes, diante da inércia do Estado, criando mecanismos que visam o enriquecimento ilícito e o crescimento desordenado da violência.

No que diz respeito ao combate a criminalidade, em especial, a transnacional, deve o Estado primar na reestruturação de suas ações e políticas internacionais em diversos aspectos, seja ele social, cultural, político ou econômico, a fim de evitar ou minimizar tais ações delitivas.

A Convenção de Palermo, ratificada pelo Estado Brasileiro no ano de 2004, através do Decreto nº 5.015/2014, bem caracterizou as organizações criminosas e suas finalidades, voltadas no cometimento de crimes visando o benefício econômico.

Ademais, em virtude do desenvolvimento socioeconômico global, ajustou na dispersão de ações criminosas além fronteiras, ou seja, transpassando os limites territoriais, surgindo então, o crime organizado transnacional, caracterizado quando o planejamento e execução da ações ilícitas envolva mais de um país.

A Convenção em comento estabelece ainda algumas ações criminosas caracterizadoras da organização criminosa transnacional, dentre estes a existência de um grupo organizado para a prática de delitos, emprego de violência, corrupção ou qualquer outro comportamento que prime na obtenção de lucro e/ou lavagem de dinheiro, aliada a cooperação além fronteiras.

Por fim, referente as manifestações dos Tribunais pátrios nas situações caracterizadoras a transnacionalidade dos crimes, o que pode-se observar o diálogo existente entre jurisdições distintas e da possibilidade de entendimento entre cortes superiores de dois Estados, ou seja, da cooperação jurídica internacional.

Tal reciprocidade pode ser observada na Convenção de Palermo, seja nas investigações, processos e demais atos judiciais relacionadas as infrações penais, ressaltando que desde que

permitidas em acordos firmados entre os Estados parte.

O que pode ser observado, dentre as decisões expostas, é a relação com o aspecto da competência e jurisdição para apreciação dos fatos que caracterizem a efetiva transposição de fronteiras e assim, a transnacionalidade da prática delitiva, qual seja, da Justiça Federal, como nas situações de pornografia infantil e tráfico de entorpecentes, estruturados em redes internacionais, necessitando a estruturação de uma tutela judicial transnacional, a fim de atender as demandas que ultrapassam os limites territoriais de um país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADÉ DIVERSIDADE, Instituto. **O Crime Organizado na visão da Convenção de Palermo.** Disponível em: <www.institutoadediversidade.com.br/justica/o-crime-organizado-na-visao-da-convencao-de-palermo/>. Acesso em: 08 abr. 2016.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues de. **Apontamentos sobre a jurisprudência do STJ e do STF em matéria de procedimentos transnacionais de cooperação jurídica.** Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1355/1143>. Acesso em: 08 abr. 2016.

ÂMBITO JURÍDICO. **Prevenção situacional: teses, críticas e reflexão**. Revista Âmbito Jurídico. s.d. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/6544.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

ANDRADE FILHO, Antônio Carlos Barros de. **O poder de polícia no estado democrático de direito: discricionariedade e limites**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/30801/30122>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BASTOS NETO, Osvaldo. **Introdução à segurança pública como segurança social: uma hermenêutica do crime.** Salvador, 2006. Disponível em: <http://www.observatorioseguranca.org/pdf/livro_osvaldo.pdf> Acesso: 08 abr. 2016.

BAUMAN, Zygmunt**. Capitalismo Parasitário: e outros temas contemporâneos**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Título original: Capitalismo Parassitario.

____. **Globalização:** as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BEATO FILHO, Cláudio C. Políticas públicas de segurança e a questão policial. **São Paulo Perspec**. 1999.

BECK, Ulrich. **Crónicas desde el mundo de la política interior global.** Barcelona: Paidós, 2011.

____. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Col. Saraiva de Legislação – São Paulo: Saraiva, 2015.

____. **Decreto nº. 88.777, de 30 de setembro de 1983**. Aprova o regulamento para as policias militares e corpos de bombeiros militares (R-200).

____. **Decreto nº 42.229, de 13 de maio de 2002.** Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH.

____. **Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

____. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

CHACON, Vamireh. **Globalização e Estados transnacionais:** relações internacionais no século XXI. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2002.

CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. seleção e organização dos capítulos Emanuela Cristina Andrade Lacerda. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2011.

____. **Fundamentos do Direito Constitucional.** 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2002.

CRUZ. Paulo Márcio; BODNAR. Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais.** Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, José Sebastião Fagundes. Justiça supranacional ou transnacional. s.d. Disponível em:

<http://www.fagundescunha.org.br/artigos/justica_supranacional.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis, 2009.

DIAS, Vera Elisa Marques. **A problemática da investigação do cibercrime.** Lisboa, 2010. Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/veradias_investigacaocibercrime.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. **Aspectos práticos da Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18 (/revista/edicoes/2013), n. 3736 (/revista/edicoes/2013/9/23), 23 (/revista/edicoes/2013/9/23) set. (/revista/edicoes/2013/9) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/25355>. Acesso em: 08 abr. 2016.

GARCIA, Marcos Leite. **Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais**. Revista do Direito Unisc, Santa Cruz do Sul nº 33, p. 103-129, JAN-JUN 2010. Disponível em: <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1801/1598>. Acesso em: 08 abr. 2016.

INCERTEZAS FABRICADAS. **Entrevista com o sociólogo alemão Ulrich Beck. Disponível em:** <http://amaivos.uol.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=7063&cod_canal=41>. Acesso em: 08 abr. 2016.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** 1ª Edição brasileira. Tradução de Carlos Ramires Pinheira da Silva. Rio de Janeiro, Editora Fundo de Cultura,1965.

LANZONI, Luciana; CRUZ, Célia. **Estratégias da sociedade civil**. In: GHANEM, Elie (org.). Influir em políticas públicas e provocar mudanças sociais: experiências a partir da sociedade civil brasileira. São Paulo: Imprensa Oficial, 2007.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. **O transjudicialismo e as cortes brasileiras: sinalizações dogmáticas e preocupações zetéticas. Revista Eletrônica** Direito e Política, Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, nº 3, 3º quadrimestre de 2009, p. 3. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/6156/3419>. Acesso em: 08 abr. 2016.

MARWELL, Tatiana Eulálio D.G. **A transnacionalidade do crime no mundo globalizado**. Disponível em: <http://www.faete.edu.br/revista/Prof.%20Tatiana.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

MELE, João Leonardo. **Serra do Guararu**: Projeto de conservação e segurança ambiental. Instituto de Segurança Socioambiental. Guarujá, 2009. Disponível em: <http://www.issa.net.br/pagina/29/projeto-de-conserva-o-e-seguran-a-da-serra-do-guararu>. Acesso em: 08 abr. 2016.

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

OLIVEIRA, Ana Patricia da Cunha. **A responsabilidade civil do Estado em relação à segurança pública**: o fenômeno bala perdida. 13 nov. 2010. Disponível em: <www.jus.com.br/revista/ autor/ana-patricia-da-cunha-oliveira>. Acesso em: 08 abr. 2016.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schimidt de. **A Polícia e o Mito da Paz.** Folha de São Paulo. 27 dez. 1997.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. Revista Estudos Jurídicos. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178>. Acesso em: 08 abr. 2016.

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

PRADO, Lucas de Melo. Política Jurídica, Transnacionalidade e Jurisdição Constitucional. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP, a.17, n.25, 2013.** Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/771/908>. Acesso em: 08 abr. 2016.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo; DIAS, Monica Picanço. **Um Estado e um Direito Transnacional em Ulrich Beck e a Ética Matemática**. Perspectiva, Erechim. v.34, n.126, p. 117-130, junho/2010. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/new/site/pdfs/perspectiva/126_112.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Princípios fundamentais e regras gerais da cooperação interjurisdicional consagrados na proposta de Código Modelo para a Ibero-América**. Revista Forense v. 388, p. 477-478. Rio de Janeiro: Forense, nov/dez 2006.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica.** Direito e Transnacionalidade. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2010.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. **Estado, Globalização e Soberania: Fundamentos Político-Jurídicos do Fenômeno da Transnacionalidade**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1915.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2016.

TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WERNER, Guilherme Cunha. **O crime organizado transnacional e as redes criminosas: presença e influência das relações internacionais contemporâneas.** São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009. Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Ciência Política. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-04092009-163835/>. Acesso em: 08 abr. 2016.

O CARÁTER TRANSNACIONAL DAS PROPOSIÇÕES DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Patrícia Pasqualini Philippi[1]

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo a análise da implementação e das proposições teóricas e práticas da Justiça Restaurativa como um novo modelo de solução de conflitos em ambientes e temas transnacionais, matizado na ideia de um Direito mais humano e democrático.

Com a passagem e a evolução do Estado Constitucional Moderno para o Estado Transnacional, não mais limitado por fronteiras, soberania, governo, culturas ou cidadania, instalou-se uma verdadeira crise do Direito e da Democracia, cuja quebra desses antigos paradigmas resultou na emergência de que se tenha um novo olhar para os processos de criminalização, cujas condutas delitivas ou de riscos, têm alcance global, mirado à um ideal de modelo de Justiça Restaurativa e transnacional.

A par disso, trata-se no primeiro capítulo das transformações advindas com o Estado Constitucional Moderno ou com a pós-modernidade e que resultaram num Estado Transnacional, de caraterística global, desterritorializado, multicultural, multifacetário, capitalista e onde a tecnologia, o mercado, a economia, a informação e a mobilidade, criaram espaços para a abertura de uma Transnacionalidade Jurídica, a fim de regular e ordenar o Estado, a Sociedade contemporânea e o futuro que ainda está porvir.

O segundo capítulo dedica-se por sua vez a estudar a Justiça Restaurativa, um modelo novo de solução de conflitos no âmbito penal, baseado na Democracia, na desjudicialização, no diálogo e na aproximação das pessoas (vítima e acusado), tratado aqui sob o âmbito dos processos de criminalização na perspectiva de um ordenamento e de uma jurisdição de caráter transnacional.

No terceiro e último capítulo, analisa-se as proposições de Justiça Restaurativa e a necessidade de uma nova cultura política e jurídica, de extensão global, transnacional e por vezes, supraindividual, para por meio deste novo modelo de solução de controvérsias e da razão artificial

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

que o próprio Direito representa possibilitar não apenas a justiça social, mas, sobretudo, que com um espaço para fala e para a expressão dos sentimentos, o que é garantia e pressupostos da Justiça Restaurativa, se possa efetivamente contemplar a restauração das relações sociais e dos danos existentes, para nesta ordem, construir e viver, em todas as suas acepções, num mundo de paz, muito mais humano e democrático.

Se o olhar é para o novo e se o futuro ainda é desconhecido, parece válida a tentativa de se investigar, analisar e implentar dentro de uma ordem de Transnacionalidade Jurídica, esse novo modelo que se convencionou chamar de Justiça Restaurativa. É um enigma que precisa ser experimentado para que na e com a sua praxis, se revele efetivamente num bom e justo instrumento no combate e na solução da criminalidade, na cura das feridas deixadas pelos traumas causados pelo crime, e na restauração dos danos causados pelo conflito. Esse parecer ser o papel da Justiça Restaurativa e que, parafraseando o artista, como numa preferência a ser uma metamorfose ambulante, pode perfeitamente contemplar um caráter transnacional.

Na elaboração do artigo foi utilizado o Método Indutivo, tanto na Fase de Investigação quanto na apresentação do relato dos seus resultados e, conjuntamente, foram adotadas as Técnicas do Referente[2], da Categoria[3], do Conceito Operacional[4] e da Pesquisa Bibliográfica.[5]

1. TRANSNACIONALIDADE JURÍDICA

Revisando a história, percebe-se que o direito é um importante instrumento de limitação de poder do Estado e também um poderoso mecanismo de transformação da Sociedade[6] e da sua ordem política, econômica e social.

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

[3] Denomina-se Categoria "a palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25).

[4] Conceito Operacional é a "definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos". (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 37).

[5] Pesquisa Bibliográfica é expressão que indica a "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais." (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 209).

[6] A opção da autora da presente Dissertação para este tipo de grafia se sustenta no seguinte argumento: "[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!". Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 169. (negritos e destaques no original).

Com a modernidade, tanto os elementos como a estrutura e o conceito de Estado sofreram profundas alterações o que na mesma ordem ocorreu com o Direito, que a propósito é uma obra inacaba e que está em constante mutação. Nesse linear e diante de tantas mudanças, antes da análise da Transnacionalidade Jurídica, fenômeno da pós-modernidade e do porvir, é preciso lançar mão de algumas definições de Estado.

Muito embora, muitos sejam os seus conceitos, toma-se aqui o lançado por Figueiredo, que diz ser o Estado "uma organização política jurídica formada de povo, território e soberania. Todo o Estado é um organismo político. Sob o ângulo jurídico, titular de idreito e obrigações na órbita internacional e interna, fruto de sua criação e de seu direito."[7]

Pois bem, deixando para trás outras acepções temporais de Estado, parte-se neste ensaio do Estado Constitucional Moderno, que no entendimento de Cruz é uma organização política surgida das revoluções burguesas e norte-americana nos séculos XVIII e XIX, cujas características principais foram a soberania concentrada sobre um determinado território, a tripartição de poderes e a gradual sedimentação da democracia representativa.[8]

De viés monista e fulcrado nos contornos dos seus limites territoriais, da sua soberania, e da exclusiva e interiorizada produção legislativa, percebe-se que o Estado Moderno dioturnamente cedeu espaço à pós-modernidade e a um novo arquétipo, chamado de Estado Transnacional, de característica global, plural, pública, tecnológica, capitalista, de mercado e de intercâmbio e entrelaçamento de pessoas e coisas, tornando impossível uma política de manutenção da sociedade limitada a ideia exclusiva de um ordenamento jurídico interno ou particular de cada país e a revelia de concepções jurídicas de um ordenamento jurídico transnacional.

Como indica Habermas[9]

> A globalizaçção do trânsito e da comunicação, da produção econômica e de seu financiamento, da transferência de tecnologia e poderio bélico, especialmente dos riscos militares e ecológicos, tudo isso nos coloca em face de problemas que não se podem mais resolver no âmbito dos Estados Soberanos. Salvo melhor juízo, tudo indica que continuará avançando o esvalizamento da soberania dos Estados nacionais, o que fará necessária uma reestrutura e ampliação das capacidades de ação

[7] FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 42/43.

[8] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

[9] HABERMAS, Jürgen. O Estado Nacional tem um futuro? *In*: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão de outros estudos de teoria política.** 2.ed. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 147.

política em um plano supranacional que, conforme já vínhamos observando ainda está em fase incipiente.

Neste pensar que nos leva do moderno ao contemporâneo Estado Transnacional e deste a um futuro não conhecido, premente se faz distinguir quanto aos sentidos de internacionalização, globalização e transnacionalização, especialmente na tônica da Transnacionalidade Jurídica.

Nesta ordem, sugere Ortiz que "a internacionalização refere-se, simplesmente, ao aumento da extensão geográfica das atividades econômicas através das fronteiras nacionais [...]".[10] Há neste caso bilateralidade das relações políticas-jurídica entre os Estados, ausente, no entanto o alcance global.

Já por globalização, seguindo o pensamento de Beck, se denota "[...] os processos, em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrer a interferência cruzada de atores transnacionais."[11]

A globalização remete a natureza econômica e comercial que se instala no enfraquecimento ou na fragilidade da soberania dos Estados-nacionais e paralelo a isso, na necessidade de maximização da atividade comercial e econômica dos e entre os países e que vem apoiada na hipermobilidade do capital, no desenvolvimento tecnológico e das comunicações e também, nas facilidades de transporte, permitindo assim a integração entre as atividades econômicas dispersas.

Para Stelzer, a ideia de transnacionalização pode ser entendida como um fenômeno reflexivo da globalização e que se destaque pela desterritorialização dos envolvimentos políticos-sociais, sustentado por um sistema econômico ultravalorizado, que encadea e manobra o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados[12]. É, neste sentir, um fenômeno que perpassa a ideia de nacional, de Estado ou soberanias, que se libera do embate público privado e que abre lugar a um Estado transmeável, que não se reconhece mais nas suas estritas dimensões legais.

Para Beck, é justamente neste contexto que se insere a transnacionalidade, revelando "O desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de

[10] ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura.** 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 17.

[11] BECK, Ulrich. **O que é globalização.** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

[12] STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

concorrência, novos conflitos e incompatibilidades entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais."

A contemporaneidade e o porvir, exigem, portanto, um olhar detalhado sobre o Estado e o Direito e a compreensão de que as dinâmicas sociais irrrompem e impõe a rediscussão dos velhos conceitos, sobretudo quanto à ordem jurídica, que deverá se revelar em uma linguagem capaz de enfrentar ambientes assimétricos, globais e de risco.

É preciso pensar no novo, pois como afirma Beck "O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no futuro."[13] Espaço e tempo global, já não se limitam aos limites de territoriais de fronteiras, soberania, povo, governo e democracia.

O outro deixou de ser outro para virar o um, ou um mais um, ou simplesmente, um eu. As distâncias se encurtaram, o tempo se apressou, a mobilidade aproximou, a comunicação se universalizou, a cultura se infiltrou e o estrangeiro, já se fez nacional. "O novo paradigma que surge se justifica pela necessidade vital da preservação da vida no planeta. Isso implica, evidentemente, a adoção de um novo paradigma geral para as ciências e, por consequência, para o direito."[14]

E para encarar esse hodierno cenário de transnacionalidade, é preciso que o Direito transpasse as barreiras de tempo, lugar e pessoas, que passe ao largo das categorias do passado e que invista e insista, numa consciência universal, democrática, reguladora e limitadora do poder, que imprima respeito a humanidade, a dignidade, a vida na terra e do planeta terra, a sustentabilidade, a sensibilidade e, sobretudo, na construção de uma novo modelo de solução dos conflitos sociais.

Essa perspectiva, fundada na quebra do monopólio estatal e de vínculos dos relacionamentos políticos, econômicos, sociais e culturais, faz emergir a partir de espaços públicos que ultrapassem os Estados e a bases teóricas jurídicas nacionais, a necessidade de um Estado e um Direito Transnacional, fraterno, solidário, democrático e humano.

Como esclarece Cruz[15]

---

[13] BECK, Ulrich**. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.** 2 ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 40.

[14] CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O Novo Paradigma de Direito na Pós-Modernidade.** Porto Alegre. RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucinais, Hermenêutica e Teoria do Dieito, v. 3, p. 75-83, 2011, p.70.

[15]CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 64.

> O Direito Transnacional, assim como Estado Transnacional, estaria também "desterritorializado", o que é uma das circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal nacional e também não é espaço que está acima dele. Está por entre eles, ou seja, desvinculado da delimitação precisa do âmbito territorial em que o Estado Constitucional Moderno tenta exercer soberania e tenta impor coercitivamente as suas leis.

A Transnacionalidade Jurídica, na mesma linha que se deu o Direito emanado do Estado Constitucional Moderno e que evoluiu sistematicamente para o Estado Transnacional, apareceria como um sistema politicamente organizado, de pautas axiológicas planetária comuns, com capacidade coercitiva e de transpasse do Direito Nacional, Comunitário ou Internacional, sem amarras aos velhos conceitos de território e soberania, a ficar nestes dois exemplos apenas.

A tarefa não será fácil, pois falar-se em Transnacionalidade Jurídica exige uma universalização das normas, neste trabalho tratadas no âmbito penal, o que implica a considerar não só o caráter transnacional da infração, algumas já definidas pela Convenção da ONU em 2000[16], mas, especialmente, uma jurisdição para além fronteiras.

Como esclarece Machado, existem crimes internacionais, por assim estarem indicados em convenções e tratados internacionais, designados como crime contra a humanidade e crimes chamados internacionais pela possibilidade de envolverem atividades transfronteiras, como por exemplo, o tráfico de dorgas, armas, seres humanos, o contrabando, o terrorismo, a corrupção, a lavagem de dienheiro, organização criminosas, as quais denomina de crimes transnacionais.[17]

Note-se, não se fala aqui de extraterritorialidade de leis penais. Trata-se de um pensar transnacional, com legislação criminal a tratar de crimes de caráter universal e transfronteira, a dos processos de criminalização que ora se desenvolve, de uma jurisdição transnacional e de penas ou instrumentos de restauração do delito e do dano, nesta mesma ordem.

Este novo ordenamento não é apenas reflexo da necessidade em se solucionar as atuais

[16] A infração terá caráter transnacional, quando: a) for cometida em mais de um Estado; b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planejamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado; c) for cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou d) for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado." A Convenção aplica-se aos seguintes crimes: participação em grupo criminoso, lavagem de dinheiro, corrupção e obstrução da justiça. Aplica-se também às infrações graves – ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior – cometidas por organização criminosa e de caráter transnacional, na forma definida acima (art. 2 e art.3). Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, Nova York, 15/11/2000. Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf. Acesso em 03/04/2016.

[17] MACHADO, Maíra Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sisema de justiça criminal brasileiro. *In*: NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito:** novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídica. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 137.

contendas políticas, econômicas, sociais e culturais, mas parece expressar também uma vontade política mundial de soluções de conflitos, harmônica entre as nações, de respeito aos direitos fundamentais e de sobrevivência da própria humanidade.

2. JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Transnacionalidade Jurídica não está circunscrita apenas ao Direito Ambiental ou ao Direito Econômico ou Comercial. As relações humanitárias como um todo e num pensar pluralista, global e transnacional devem ser matrizadas por esta nova ordem. Logo, não há porque passar-se ao largo do Sistema Penal.

O Tribunal Penal Internacional, sediado em Haia, na Holanda, é uma amostra de como acusados de crimes do mais sério interesse dos países signatários do Tratado de Roma de 1998, poderão responder pelos crimes praticados contra os Direitos Humanos, desde o processo até uma possível condenação. Exemplo, portanto, de um ordenamento jurídico internacional.

Mas não é esse o tom que se quer dar neste discurso retórico. Pelo contrário. O que se pretente é tratar de um novo paradigma, a Transnacionalidade Jurídica, do processo de criminalização, da jurisdição e, sobretudo, da criação, adoção ou implementação de um arquétipo de solução de conflitos transnacional que bem sinaliza uma correlação entre o Direito e a Democracia.

O tema poderia ser abordado por duas vertentes: a implementação da Justiça Restaurativa como um modelo a ser copiado e aperfeiçoado em cada país no espectro de seu território, povo e soberania – traduzida em ordem jurídica nacional, ou então, a implementação de um modelo de Justiça Restaurativa em ambientes e temas de perspectivas jurídicas transnacionais.

A proposta que se desenha aqui é investigar e tratar da possibilidade de implantação e execução da Justiça Restaurativa em ambientes transnacionais e para a solução de conflitos transnacionais, na busca de um Sociedade democrática, humanista e baseada na justiça social.

Questões que envolvem a espécie de crime e que podem ser resolvidas pela restauração do dano, embora pendam de discussão, vêm ganhando espaço no cenário internacional, encontrando quem defenda a aplicação do modelo restaurador, sobretudo com importantes

experiências no continente euroeu, inclusive para a solução de delitos violentos.[18]

Traçadas as ideias iniciais de Transnacionalidade e Transnacionalidade Jurídica, passa-se a descobertar o fenômeno da Justiça Restaurativa. Pois bem. Esse modelo, que se convecionou chamar de Justiça Restaurantiva, começou a se instalar na década de 80 e primeiramente ganhou destaque junto aos movimentos abolicionistas. Jonh Braithwaite, criminólogo australiano, foi um dos primeiros entusiastas desse modelo, tendo publicado "Crime, Shame and Reitegration"[19] e defendido também o amálgama republicado de justiça, ao viés da Justiça Restaurativa.

Dada, porém, a sua imagem premiada pela radicalidade, porquanto, parecia pretender substituir o modelo tradicional de justiça penal, alocando a recuperação do conflito à própria vítima, ou à esfera cível ou administrativa, muitos juristas e também a comunidade em geral, além de não acreditarem na eficiência do método, viam no mesmo um pernicioso mecanismo de supressão do processo, e, portanto, dos direitos e garantias do acusado.

Nos anos 90, os Estados Unidos, numa alternativa que melhor dialogava com o sistema vigente desenvolveu uma ideia mais acurada de Justiça Restaurativa, paradigma este que se estendeu para vários outros países, notadamente a partir do ano 2000, com o advento da Declaração de Viena sobre a Criminalidade e Justiça.

Em 2002, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas adotou a Resolução 2002/12, recomendando assim aos Estados-membros a implementação da Justiça Restaurativa. Também em 2005, com a Declaração de Bangkok, mais uma vez se reiterou a importância de se desenvolver este novo formato de solução de conflitos. Em 2006, foi ainda publicado o manual da ONU, tratando de programas de Justiça Restaurativa, dando a tônica da importância e grau de desenvolvimento do assunto e que de lá para cá só vem aumentando. A propósito, só no Brasil, várias são as leis já em vigor a tratar do assunto, ainda que de forma tímida ou parcial.[20]

A Europa, por sua vez e na mesma toada, criou o Fórum Europeu de Mediação Penal e Justiça Restaurativa, e na América Latina, o modelo vendo sendo aplicado em países a exemplo da Colômbia e o Brasil. A proposta, portanto, aponta para um aceno mundial.

---

[18] PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa:** legislação e experiência espanholas. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, ag/set.2008, p. 183.

[19] BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

[20] Lei que criou os Juizados Especiais Criminais - Lei 9.099/95; Estatuto da Criança e Adolescente – Lei 8.069/90; Código Penal em seus artigos 43 e 44; Lei de Mediação – Lei 13.140/2015; e determinações do próprio Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81051-cnj-servico-conceitos-basicos-da-justica-restaurativa. Acesso em 03/04/2016.

Neste sentido, é importante ressaltar que esse modelo se insere nos postulados contemporâneos de um Estado Democrático de Direito, Estado este que paulatinamente se desdobra num Estado Transnacional. Habermas a este respeito, teoriza na sua obra Direito e Democracia[21], defendendo assim a concepção de uma ação comunicativa, que inspira os postulados da Justiça Restaurativa.

Isso porque, as práticas restaurativas buscam aproximar as práticas do sistema punitivo de um modelo democrático de Direito às práticas restaurativas, suavizando os efeitos da dinâmica criminosa e a própria reação spicial, por meio de diálogo e consenso.[22]

Deve-se, portanto, mirar e manter um outro olhar sobre os sistema penal, seja para dentro ou à sua margem. Isto se dá porque a diferença fundamental entre o modelo reparador de Justiça Restaurativa e o modelo retributista da justiça penal tradicional, é que no primeiro o que se busca é solucionar os conflitos, ampliar seu número de soluções e assim, melhorar a coexistência social, enquanto que o segundo visa apenas decidir os conflitos, aumentando o alcance de atos unilaterais de poder, que se desdobra numa menor solução desses conflitos e na deterioração da coexistência social.[23]

O crime, na lente da Justiça Restaurativa, é entendido "como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos. A justiça deveria se concentrar na reparação, em acertar o que não está certo."[24] Logo, o crime passa a ensejar uma reação que se desencadeará em uma composição ou reparação da lesão, diferentemente do que ocorre dentro do sistema penal punitivo, onde o que se opera é uma mera retribuição estatal, de ordem punitiva e não reparadora, pelo mal causado.

Trata-se de um modelo em que a vítima e não o Estado passa a ser o verdadeiro sujeito da relação conflituosa e onde para a solução do conflito, o diálogo, a informalidade, a desistitucionalização, a desborucratização e a reparação ou restauração dos prejuízos, são a força motriz de sua existência. Não há, portanto, frente ao crime "vencedores nem vencidos, sem

[21] HABERMAS, Jürgen. **Direito Democracia – entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I e II, 2003.

[22] SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Incompatibilidades entre a Justiça Restaurativa e o Instituto da Transação Penal.** Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v.14, n. 80, jun/jul. 2013, p.44.

[23] ZAFFARONI, Eugenio Raúl et.al. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.101.

[24] ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Tradução de Tônia VanAcker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 170.

humilhar nem submeter o infrator, sem ameaçá-lo com as iras ou com o peso da lei, sem apelar a força vitoriosa do Direito."[25]

Por Justiça Restaurativa compreende-se assim "uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação as partes ligadas a um conflito."[26]

Para Gonçalves[27],

> Justiça Restaurativa é uma nova modalidade, baseada num conceito de procedimento por consenso, no qual a vítima e o infrator, e, se necessário outras pessoas ou membros da comunidade, direta ou indiretamente, afetados pelo crime, participam de forma coletiva no fomento de soluções para os danos psicológicos, ressentimentos, traumas e perdas causados pelo crime.

Na visão de Rodrigues, esse paradigma "cede o passo a uma justiça negociada, interectiva e horizontal que procura a composição dos interesses utilizando uma racionalidade dialéctica."[28]

Na verdade, a aposta que se faz é na tentativa de superar a falência do sistema e da justiça penal, que, aliás, é um problema de ordem global e, em alguns casos, trasnacional, visto que, como já dito, muitos dos crimes e de seus autores, ignoram territórios, fronteiras, Estados, nações, povos, soberania, cidadania ou democracia.

Do mesmo modo que a economia, a política, a cultura, o jurídico, o comércio, a comunicação, o dinheiro, os bens e as pessoas transpassam a borda permeável de um Estado e dos espaços públicos, numa efetiva desterritorialiazação, o crime também vai além-fronteiras. É como afirma Ianni, quando explica que a desterritorialização forma-se diante "[...] de estruturas de poder econômico, político, social e cultural internacionais, mundiais ou globais descentradas, sem qualquer localização neste ou naquele lugar, região ou nação. Estão presentes em muitos lugares, nacões, continentes, parecendo flutuar por sobre os Estados e fronteiras."[29]

Certamente que se trata de um novo modelo de solução de conflitos na esfera penal, que tem como fundamento o diálogo, a conciliação, a mediação e a intermediação entre vítima e

---

[25] MOLINA, Antonio García-Pablos de; Gomes, Luiz Flávio. **Criminologia.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 417.

[26] JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKAMON, C., DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa –** Coletânea de artigos. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005, p. 169.

[27] GONÇALVES, Antônio Baptista. **Justiça Restaurativa:** novas soluções para velhos problemas. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 53, dez/jan. 2008, p. 195/196.

[28] RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária:** estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 143.

[29] IANNI, Octavio. **A sociedade global.** 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 93.

infrator, sacando o antiquado, formalista e punitivo Estado, para dar voz e espaço à paz, à justiça social, à razoabilidade e à Socieadade.

De toda forma, inobstante a gama de ideias do que venha ser a Justiça Restaurativa, não há como negar que por tratar-se de um paradgima novo, e dada a sua natureza intrinsicamente complexa e aberta, seu conceito não foi finalizado e não é possível apontar com exatidão todos os seus pressupostos e características, ou seja, é um fenômeno jurídico que ainda está no plano da construção. Aliás, como o próprio Direito.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS AMBIENTES TEMAS TRANSNACIONAIS

A pós-modernidade e o tão aguardado futuro dão as notas para o compasso de uma dança que ainda se ensaia. Soberania, cidadania, Estado, governo, povo, nação, democracia já não possuem o mesmo significado de algum tempo atrás. A humanidade forma um único e imenso corpo e o planeta terra é a casa de todos.

Fronteiras desapareceram, espaços foram rompidos, a mobilidade se tornou universal, a comunicação se dá em tempo real e o tempo, este, no linear da racionalidade, tem outra dimensão.

Toda essa mudança de paradigmas, que mistura territórios, pessoas, culturas e ideais faz surgir um novo fenômeno, a qual se convencionoui chamar de Transnacionalidade. Mas esse caldo humano, também exige uma solução à altura da sua racionalidade e do seu bem-estar social. Logo, preemente aceitar que a Transnacionalidade se opere também na esfera jurídica.

Neste pensar, a Justiça Restaurativa surge como uma alternativa à ação punitiva e retributiva do Estado, realocando a ideia de crime para dentro da Democracia e de proteção aos interesses da vítima por meio de diálogo e da reparação do dano, desburocratizando, desistitucionalizando e desmestificando a força do Direito.

Surge a mesma como uma tentativa de superar a falência do Sistema Penal. Neste sentido explica Santos[30]

> [...] a justiça penal falhou naqueles que deveriam ser os seus objetivos primeiros: não logra ressocializar o agente reintegrando-o enquanto cidadão preparado para respeitar as normas; não

[30] SANTOS, Cláudia. A mediação penal: uma solução divertida? In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.). **Justiça penal portuguesa e brasileira:** tendências e reforma. São Paulo: IBCCrim, 2008, p. 36-37.

> garante a satisfação das necessidades concretas da vítima, correspondendo mal às suas expectativas; correspondendo mal às suas expectativas de superação dos danos originados pelo crime; não fomenta a participação comunitária na solução dos problemas comuns nem tem conseguido garantir a pacificação das sociedades alarmadas pela violência e pela criminalidade.

Obviamente que o paradigma da Justiça Restaurativa "não representa uma panaceia, um remédio para todos os males do modelo retributivo, mas introduz nova e boas ideais." [31] Aliás, como já alertou Berestian não há dúvidas de que mediante as estratégias do delinquente e que se compõe em vítima, Mediação e reconciliação, se consiga com certa frequência, maiores satisfações imediatas do que por meio do Sistema Penal tradicional, mas esta constatação só não basta. A prática sem limites da Mediação pode abrir caminha ao funesto sistema punitivo, como o germânico medieval, deixando nas mãos da vítima e seus familiares e sem qualquer racionalidade, a sanção dos delinquentes.[32]

De todo a sorte, este tipo de cuidado, não afasta a concepção originária de que este novo modelo pode servir como uma forma eficiente e menos conflituosa e até mesmo danosa, de resolução de conflitos penais.

O conflito pode possuir um potencial construtivo, quanto mais quando resolvido pelo diálogo e o consenso. Como disse Warat o conflito pode denotar "uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outrocidade que permita administrar, com o outro, o diferente e produzir a diferença."[33]

Nesta perspectiva, a transnacionalidade do Estado e do Direito, emergiu com a mudanças ocorridas com a globalização, a desterritorialização, as novas formas de tecnologia e miscigenação cultural e de cidadanias para a transnacionalidade do crime, solapando as bases teóricas do Estado Constituciuonal Moderno e impingindo uma nova de forma de tratar o delito, reparar o dano e se fazer justiça social em ambientes e nos temas transacionais.

Interessa notar que a conduta humana, na Sociedade de risco[34] que fruto da modernidade e pós-modernidade, pode desencadear, seja por ação, seja por omissão, uma séria de conflitos,

---

[31] SCURE NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica**. 3. E. São Paulo: Saraiva, 1999, p.102.

[32] BERESTIAN, Antônio. **Nova Criminologia:** à luz do direito penal e da vitimologia. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasilia: UNB/São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 91.

[33] WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001, p. 82.

[34] A expressão Sociedade de Risco foi desenvolvida por Ulrich Beck, termo que dá título à sua obra: Risikogesellschaf. Na obra o autor esclarece os riscos que os avanços da modernidade simples, trouxeram à modernidade reflexiva. Para o autor avanços tecnológicos , crescimento da economia, da indústria, do conforto e bem-estar, trazem também aspectos negativos. O conceito pode ser melhor extraído da obra **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento, São Paulo: Editora 34, 2011.

infrações e prejuízos de alcance transnacional. Nesta toada, o cuidado não é apenas com bens jurídicos individuais, mas também com bens jurídicos supraindividuais[35], imprecisos e de caráter difuso.[36]

A própria modernização, o capitalismo selvagem, a economia a todo custo e o uso de tecnologias voltadas por exemplo à biologia, à informática, à química, aos meios de comunição, à energia nucler, dentre outros, trazem riscos e ameaçam a vida, a existência e a permanência da humanidade e do próprio planeta.

Como alerta Sánchez, boa parte das ameaças que expõe os cidadãos são resultado das decisões que outros concidadãos adotam para obtenção de avanços técnológicos. E esses riscos são mais ou menos diretos para os cidadãos como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos, etc.[37] E não é preciso ir muito longe para que essas condutas possam ser incriminalizadas e, consequentemente, punidas. Daí a necessidade de se pensar, ao invés de punir, restaurar ou reparar o dano. E também daí a força inovadora, eficiente e democrática da Justiça Restaurativa.

Como explica Callegari, citando ao final Albrecht[38]

> De início, tem-se como tendência desse Direito Penal ligado aos riscos a criação de novos bens jurídicos supra-individuais de conteúdo difuso. Isso porque a Socieade do Risco traz novas realidades, novas necessidades, que, a partir do momento em que, intituladas de bens jurídicos, ensejam (corretamente ou não) a proteção penal. Albrecht elenca, como exemplos das atuais demandas de criminalização, a proteção de dados, a ameaça à natureza através da exploração destruidora da terra, do ar e da água, os perigos da tecnologia genética, a proliferação de mulheres estrangeiras na prostituição, etc.

Os riscos resultando da tecnologia voltaram a proteção penal a bens jurídicos não mais individuais, mas sim e também, a interesses supraindividuais e universais. Assim, passou-se a admitir a intenção de se encampar as ameaças criadas pelos novos riscos da tecnologia e seus

[35] Bens que não pertencem a uma pessoa determinada. Conceito extraído a obra de BIANCHI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. **Introdução e Princípios Fundamentais.** Coleção Ciências Criminais. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 238-239.

[36] CALLEGARI, André Luís. Sociedade de Risco e Direito Penal. *In*: CALLEGARI, André Luís (Org.); COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito Penal e globalização:** sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 22.

[37] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo.** Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992, p. 29.

[38] CALLEGARI, André Luís. Sociedade de Risco e Direito Penal. *In*: CALLEGARI, André Luís (Org.); COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito Penal e globalização:** sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 22. Ao final, quando cita Albrecht, refere-se o autor a Albrecht, Peter Alexis. El derecho penal em la intervención de la política populista. In: La insostenoble situación del derecho penal. Coord. Carlos Maria Romeo Casabona. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 471-487.

efeitos macrossociais, como conteúdo de Direito Penal. [39]

Outra questão emergente e que merece atenção diz respeito à figura do estrangeiro (imigrante, refugiado, ilegal). O multiculturalismo e a face estranha do outro num mesmo ambiente geram conflitos de toda ordem e fortalecem uma ideia primitiva, autoritária, estigmatizante e perniciosa do inimigo ou, como defende, Jakobs, de um Direito Penal do Inimigo[40].

Neste sentido, esclarece Wermuth[41]

> O medo e a insegurança que permeiam as relações sociais na contemporaneidade, em decorrência das novas tecnologias e da incerteza que o futuro da sociedade globalizada representa, bem como diante do enxugamento até o limite máximo do modelo de Estado pautado no bem-estar social, conduzem a um ambiente de "mixofobia", onde, o "medo de misturar-se" com estrangeiros cada vez mais se acentua. Esse medo surge, em primeiro lugar, porque os estrangeiros são considerados "parasitas" do referido modelo de Estado, e, em segundo lugar porque trazem consigo a possibilidade eventual de tratarem-se de "terroristas", o que decorre justamente do ambiente de "guerra global" que se instaurou nos albores do século Xxi, em especial depois dos atentados terroristas ocorridos em Nova Iorque em setembro de 2001.

Diante desse catálogo de medos e riscos, riscos com o outro, do outro e apesar do outro, das contendas sociais, do capitalismo, do desenvolvimento desorganizado e egoísta, dos processos de criminalização, das condutas danosas ao meio-ambiente, que estão a solapar a sobrevivência da humanidade e do próprio planeta, a Justiça Restaurativa se mostra como a face alternativa mais humanística e democrática de solução desses conflitos. E é, por conta disso, um enigma que deve ser provado.

Se as transformações sociais são intensas e se a transnacionalização é um fenômeno que já não se contesta a existência, o Direito também deve transcender aos antigos limites e conceitos. O Direito, em um *devenir,* deve abraçar a ideia do humano, do democrático, do diálogo e do pedagógico. "O diálogo democrático precisa ser vivenciado nas relações Pessoa versus pessoa,

---

[39] CALLEGARI, André Luís. Sociedade de Risco e Direito Penal. *In*: CALLEGARI, André Luís (Org.); COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito Penal e globalização:** sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.24.

[40] JAKOBS, Güinter. Autor da teoria do direito penal do inimigo, em que separa a figura do homem cidadão da figura do homem inimigo e que escreveu com CANCIO, Manuel Meliá a obra **Direito Penal do Inimigo:** Noções e Críticas. Porto Alegre. 3 ed. 2008.

[41] WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como "sujeitos de risco" e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor. *In*: CALLEGARI, André Luís (Org.); COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito Penal e globalização:** sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.46.

Socieade versus Estado, e entre os distintos Esatods no contexto global do mundo."[42]

A realidade global impõe um olhar sensível para o Direito e a percepção de que riscos, conflitos, violações, infrações, crimes, infratores, réus, vítimas, estão todos hojes em estado de erupção, situados, infiltrados e associados em temas e ambientes transnacionais. O amálgama da Transnacionalidade Jurídica está formado. É preciso, respeitando as diferentes concepções humanas compreendê-la e sobreviver a ela, não como um mito, nem com o medo, mas com a certeza e na forma de se alcancar naquilo que se acredita por justiça social um mundo bem melhor.

Para alcancar essa ruptura, é preciso se conceber não só um ordenamento, mas também uma política, uma cultura e uma jurisdição de caráter transnacional, que priorize a relação humana, o diálogo reconstrutivo e a democracia. Esse é verdadeiramente um sinal de esperança na luta contra o jugo, a pervesidade e a insensatez que perspassa toda a história da humanidade. Neste raciocínio, no caminho aberto pela Transnacionalidade Jurídica, a Justiça Restaurativa, se mostra como uma alternativa e um experimento a se pensar e viver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível identificar no desenvolvimento deste artigo, buscou-se tratar do fenômeno da Transnacionalidade Jurídica, fruto dos avanços da pós-modernidade, aliando a ideia de implementação da Justiça Restaurativa como um meio de solução de conflitos de ordem e jurisdição transnacional e que tem sua gênise no diálogo das partes envolvidas, no humano e no democrático.

A recomposição e a restauração do dano inflingido à vítima, pelo viés da Justiça Restaurativa, afasta do Estado a possibilidade de impor a força punitiva, estigmatizante e perniciosa que alimenta o sistema penal, fazendo com que os cidadãos envolvidos tenham ao menos a chance resolver, sem danos maiores, os conflitos que lhes envolve.

O fato é que, um novo olhar deve ser lançado e não só aos elementos que compõem o Estado e a Democracia. É preciso olhar de novo e para um novo Direito. O Estado Transnacional exige uma Transnacionalidade Jurídica e a esta por sua vez, um modelo que possibilite avanços

[42] DIAS, Maria da Graça dos Santos Dias; JUNIOR, Airto Chave. Mediação: uma terceria de caráter político-pedagógico. *In*: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da Jurisdição.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 224.

para uma paz e uma justiça social.

A necessidade de quebra de antigos paradgimas relacionados ao Estado e ao Direito vem a reboque das transformações do mundo globalizado. Espaço, tempo, território, fronteiras, soberania, cidadania, mobilidade e avanços tecnologico de toda a ordem, mudaram a estética do planeta e transformou a socidade contemporânea e o porvir, em uma sociedade de riscos.

As complicações ambientais, de sustentabilidade, da desterritorialização, do multiculturalismo, bem como a invasão tecnológica na vida privada dass pessoas, o niilismo, a sociedade de massa, capitalista e que fomenta o crescimento econômico a qualquer custo, deflagram por consequência demandas transnacionais.

Há ainda o problema do estrangeiro, que encapsulado na figura de inimigo que transpassa as fronteiras físicas, provoca no imaginário e inconsciente coletivo da sociedade globalizada, para além de riscos, o medo, o temor e outros tantos conflitos.

Daí algumas razões para se admitir, em toda a sua dimensão, o fenômemo que se convencionou chamar de Transnacionalidade, que a propósito, há muito de tempo deixou de ser imaginário ou especulativo. É um fenômeno real e que exige políticas urgentes de controle e harmonização social na busca de um mundo e uma humanidade equilibrada e justa.

A Justiça Restaurativa é uma alternativa, uma opção, um caminho a ser trilhado na busca dessa nova genêsis política, jurídica e social. Sua amostragem, democrática e humana de solução de conflitos em temas e ambientes transnacionais surge como uma esperança de que o sensível vença, não só um sistema penal falido, mas a frieza, a frívolidade e a cólera que hoje, infelizmente, perspassa a humanidade.

Por fim é de considerar que, embora o assunto não se esgote e mereça de muito mais estudo e aprofundamento, por esta breve reflexão já é possível afirmar que a Justiça Restaurativa é um modelo jurídico a ser experimentado e vivido na amplitude da Transnacionalidade, como uma mola propulsora de solução de conflitos, restauração dos danos e, sobretudo, com uma forma de concretização humanística e democrática, na busca e na efetividade de uma Sociedade global e transnacional, baseada na pacificação, na justiça social, na preservação da vida e do planeta e naquilo que por luta, conhecimento, ou dom, se almeja para viver melhor.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **O que é globalização.** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich**. Sociedade de Risco:** rumo a uma outra modernidade. 2 ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERESTIAN, Antônio. **Nova Criminologia:** à luz do direito penal e da vitimologia. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasilia: UNB/São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BIANCHI, Alice, MOLINA, Antonio García-Pablos de, GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal. Introdução e Princípios Fundamentais.** Coleção Ciências Criminais. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration.** Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

CALLEGARI, André Luís. Sociedade de Risco e Direito Penal. *In*: CALLEGARI, André Luís (Org.); COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito Penal e globalização:** sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81051-cnj-servico-conceitos-basicos-da-justica-restaurativa. Acesso em 03/04/2016.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO. Nova York, 15/11/2000. Disponível em: http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-Penal/onu/ConvCrimOrganiz.pdf. Acesso em 03/04/2016.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacional. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O Novo Paradigma de Direito na Pós-Modernidade.** Porto Alegre. RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucinais, Hermenêutica e Teoria do Dieito, v. 3, p. 75-83, 2011.

DIAS, Maria da Graça dos Santos Dias; JUNIOR, Airto Chave. Mediação: uma terceria de caráter político-pedagógico. *In*: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion. **Os (des)caminhos da Jurisdição.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Antônio Baptista. **Justiça Restaurativa:** novas soluções para velhos problemas. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 53, dez/jan. 2008.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Nacional tem um futuro? *In*: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão de outros estudos de teoria política.** 2.ed. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito Democracia – entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I e II, 2003.

IANNI, Octavio. **A sociedade global.** 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 93.

JAKOBS, Güinter. Autor da teoria do direito penal do inimigo, em que separa a figura do homem cidadão da figura do homem inimigo e que escreveu com CANCIO, Manuel Meliá a obra **Direito Penal do Inimigo:** Noções e Críticas. Porto Alegre. 3 ed. 2008.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In*: SLAKAMON, C., DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa –** Coletânea de artigos. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

MACHADO, Maíra Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sisema de justiça criminal brasileiro. *In*: NEVES, Marcelo (Coord.). **Transnacionalidade do Direito:** novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; Gomes, Luiz Flávio. **Criminologia.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura.** 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa:** legislação e experiência **espanholas**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, ag/set.2008.

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

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo.** Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1992.

SANTOS, Cláudia. A mediação penal: uma solução divertida? In: FRANCO, Alberto Silva et al. (Org.).

Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma. São Paulo: IBCCrim, 2008.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Incompatibilidades entre a Justiça Restaurativa e o Instituto da Transação Penal.** Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v.14, n. 80, jun/jul. 2013.

SCURE NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica**. 3. E. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária:** estudo jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.) **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como "sujeitos de risco" e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor. *In*: CALLEGARI, André Luís (Org.); COLET, Charlise Paula; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Direito Penal e globalização:** sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et.al. **Direito Penal Brasileiro:** primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa. Tradução de Tônia VanAcker. São Paulo: Palas Athena, 2008.