

ISBN: 978-65-87582-16-0

Heloise Siqueira Garcia
Paulo Márcio Cruz
(Organizadores)

A TRANSNACIONALIDADE E O DIREITO: ENSAIOS SOBRE A PERSPECTIVA JURÍDICA TRANSNACIONAL

2020



C A P E S

Programa de Excelência Acadêmica - PROEX



Widener University
Delaware Law School



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



ISBN: 978-65-87582-16-0

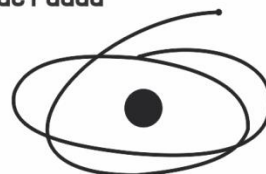
Heloise Siqueira Garcia
Paulo Márcio Cruz
(Organizadores)

A TRANSNACIONALIDADE E O DIREITO: ENSAIOS SOBRE A PERSPECTIVA JURÍDICA TRANSNACIONAL

Autores

Airto Chaves Junior
Alessandra Vanessa Teixeira
Andréia Pinto Favero
Ary Euclides de Souza Filho
Bruna Elisa Ferreira Cavallazzi Póvoas
Camila Murara Nicoletti
Carla Piffer
Denise Schmitt Siqueira Garcia
Douglas Filipi Mafra
Eduardo Augusto Fernandes
Felipe da Silva Claudino
Fernanda Kuroski
Gabriela Marson Sandri
Gilson Jacobsen
Giovana Beatriz Riehs Lucaora
Hellen Lopes Dutra Mazzola
Heloise Siqueira Garcia
João Paulo Tavares Bastos Gama
Juliana Araújo de Mello Canova

Kassio Gerei dos Santos
Laudelino João da Veiga Netto
Lucas Paes Koch
Luciano Trierweiler Naschenweng
Marcelo Buzaglo Dantas
Marise Dornelles Brea
Matheus José Vequi
Mell Mota Cardoso Conte
Nicole Felisberto Maciel
Nicolo' Basigli
Orlando Luiz Zanon Junior
Osvaldo Agripino de Castro Júnior
Rafael Padilha dos Santos
Rozi Engelke
Sabine Müller
Samantha Sabrine dos Santos
Suzana Moraes Schappo
Thiago Aguiar de Pádua



CAPES

Programa de Excelência Acadêmica - PROEX

2020



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA



REGISTRO DE APOIO E FOMENTO

Essa obra tem apoio institucional Projeto de Pesquisa Internacional GOVERNANÇA, CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE – Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil); Universidade de Perugia (Itália); Universidade de Alicante (Espanha); Instituto Universitários de Águas e Ciências Ambientais – IUACA – Universidade de Alicante (Espanha); Delaware Law School/Widener University – (USA) e Universidad de Caldas – Colombia.

Ainda, possui fomento decorrente da COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES – CAPES/MEC, através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX, bem como do Programa de Pós-Doutorado no Brasil com Bolsa CAPES da Prof. Dra. Heloíse Siqueira Garcia



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PERUGIA

Widener University
Delaware Law School



Reitor

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento**Institucional**

Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos Comunitários

José Carlos Machado

**Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação
e Inovação**

Rogério Corrêa

Organizadores

Heloise Siqueira Garcia

Paulo Márcio Cruz

Autores

Airto Chaves Junior

Alessandra Vanessa Teixeira

Andréia Pinto Favero

Ary Euclides de Souza Filho

Bruna Elisa Ferreira Cavallazzi Póvoas

Camila Murara Nicoletti

Carla Piffer

Denise Schmitt Siqueira Garcia

Douglas Fílipi Mafrá

Eduardo Augusto Fernandes

Felipe da Silva Claudino

Fernanda Kuroski

Gabriela Marson Sandri

Gilson Jacobsen

Giovana Beatriz Riehs Lucaora

Hellen Lopes Dutra Mazzola

Heloise Siqueira Garcia

João Paulo Tavares Bastos Gama

Juliana Araújo de Mello Canova

Kassio Gerei dos Santos

Laudelino João da Veiga Netto

Lucas Paes Koch

Luciano Trierweiler Naschenweng

Marcelo Buzaglo Dantas

Marise Dornelles Brea

Matheus José Vequi

Mell Mota Cardoso Conte

Nicole Felisberto Maciel

Nicolo' Basigli

Orlando Luiz Zanon Junior

Osvaldo Agripino de Castro Júnior

Rafael Padilha dos Santos

Rozi Engelke

Sabine Müller

Samantha Sabrine dos Santos

Suzana Moraes Schappo

Thiago Aguiar de Pádua

Diagramação

Kassio Gerei dos Santos

Revisão

Heloise Siqueira Garcia

Capa

Alexandre Zarske de Mello

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

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)

Dra. Flávia Novera Loureiro (UMINHO/PORTUGAL)

Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)

Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)

Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez

(UCALDAS/COLÔMBIA)

Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)

Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (UPF)

Créditos

Este e-book foi possível por conta do Comitê Editorial E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Diretor Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Apoio e Fomento

Este livro só se fez possível devido ao Apoio e Fomento concedido pela COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES – CAPES/MEC, através do Programa de Excelência Acadêmica – PROEX, bem como do Programa de Pós-Doutorado no Brasil com Bolsa CAPES da Prof. Dra. Heloise Siqueira Garcia.

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901

Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 419

Telefone: (47) 3341-7880

FICHA CATALOGRÁFICA

T687 A transnacionalidade e o direito [recurso eletrônico]: ensaios sobre a perspectiva jurídica transnacional / Heloise Siqueira Garcia, Paulo Márcio Cruz (Orgs); autores Airto Chaves Junior [et al.] - Dados eletrônicos. - Itajaí: Ed. da Univali, 2020.

Livro eletrônico.

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

Incluem referências.

ISBN 978-65-87582-16-0 (e-book)

1. Direito. 2. Transnacionalismo. 3. Sustentabilidade. I. Garcia, Heloise Siqueira. II. Cruz, Paulo Márcio. III. Chaves Junior, Airto. IV. Título.

CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

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 possa também ser ventiladas em programas de instituições não só Nacionais como Internacionais. Acredita-se que isso possibilita o engrandecimento e melhor disseminação do conhecimento.

Nesse diapasão, a produção realizada nos cursos busca sempre o aprimoramento científico de conteúdos de relevância mundial, entre estes, um dos mais relevantes, foco de uma das linhas de pesquisa dos cursos diz respeito à Transnacionalidade e suas interfaces com o Direito, que é a linha “Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade”.

Importante destacar que o ano de 2019 marcou um momento especial para o tema da Transnacionalidade junto ao Programa *Stricto sensu*, pois inaugura o Grupo de Pesquisa “Centro de Estudos sobre Direito e Transnacionalidade” vinculado ao CNPq. Decorrente de tal Grupo e também das produções decorrentes da disciplina de “Teoria Jurídica e Transnacionalidade” no ano de 2019, tendo no início de 2020 sido publicada a obra: “Interfaces entre Direito e Transnacionalidade”, cuja publicação em ebook pode ser acessada pelo link: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202020%20INTERFACES%20ENTRE%20DIREITO%20E%20TRANSNACIONALIDADE.pdf>

Com o avanço das pesquisas e discussões no programa surge a presente obra, intitulada “A Transnacionalidade e o Direito: ensaios sobre a perspectiva jurídica transnacional”, que reflete todas as características intrínsecas buscadas pelo Programa e vem contribuir para a pesquisa científica nacional e internacional sobre temas relevantes no que concerne à Transnacionalidade e suas relações com o Direito.

A obra é composta por artigos de docentes e discentes do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí e seus temas estão interligados com a linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade.

Importante frisar que as pesquisas que embasaram esta obra, bem como o seu resultado final, não seriam possíveis sem o fomento da CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior através do Programa de Excelência Acadêmica (Proex), bem como do Programa de Pós-Doutorado no Brasil com Bolsa CAPES da Prof. Dra. Heloise Siqueira Garcia.

O resultado final do livro nos deixou extremamente felizes e honrados pela organização, desejando que ela repercuta no mundo acadêmico da mesma maneira. Ótima leitura a todos

Itajaí, novembro de 2020.

Heloise Siqueira Garcia e Paulo Márcio Cruz

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO E SEUS PODERES PERANTE ESTES FENÔMENOS	10
Fernanda Kuroski	10
Denise Schmitt Siqueira Garcia	10
A POBREZA E A DESIGUALDADE ECONÔMICA COMO DESAFIOS TRANSNACIONAIS	18
Heloise Siqueira Garcia	18
Kassio Gerei dos Santos	18
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E TRANSNACIONALIDADE: REFLEXÕES SOBRE A DISCIPLINA JURÍDICA E OS LIMITES TERRITORIAIS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL	31
Nicolo' Basigli	31
O CARÁTER TRANSNACIONAL DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SEUS EFEITOS COERCITIVOS	48
Gabriela Marson Sandri	48
Orlando Luiz Zanon Junior	48
ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DO COMPORTAMENTO HUMANO NA GLOBALIZAÇÃO	69
Ary Euclides de Souza Filho	69
João Paulo Tavares Bastos Gama	69
O CARÁTER TRANSNACIONAL DA EDUCAÇÃO COMO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	82
Andréia Pinto Favero	82
Heloise Siqueira Garcia	82
A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE EM UMA ANÁLISE TRANSNACIONAL	100
Camila Murara Nicoletti	100
Marcelo Buzaglo Dantas	100
A PEGADA HÍDRICA COMO MÉTODO DE QUANTIFICAÇÃO DE UM BEM GLOBAL	119
Suzana Moraes Schappo	119
Denise Schmitt Siqueira Garcia	119
O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: REFLEXÕES PARA O ORDENAMENTO BRASILEIRO A PARTIR DOS APORTES DO DIREITO AMBIENTAL TRANSNACIONAL	136
Luciano Trierweiler Naschenweng	136
Samantha Sabrine dos Santos	136
Heloise Siqueira Garcia	136
DESLOCAMENTO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA TRANSNACIONAL	155
Gilson Jacobsen	155
Hellen Lopes Dutra Mazzola	155

NEOCONSTITUCIONALISMO, NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS DIREITOS DA NATUREZA	170
Alessandra Vanessa Teixeira	170
Carla Piffer	170
PANDEMIA E RESPONSABILIDADE SANITÁRIA: AS INTERAÇÕES TRANSJUDICIAIS COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO	191
Juliana Araújo de Mello Canova	191
Nicole Felisberto Maciel	191
Denise Schmitt Siqueira Garcia	191
A MISTANÁSIA EM TEMPOS DE COVID 19 E A TRANSNACIONALIDADE.....	208
Bruna Elisa Ferreira Cavallazzi Póvoas.....	208
Heloise Siqueira Garcia.....	208
A PANDEMIA DE 2020 COMO UM DESASTRE TRANSNACIONAL E UM NOVO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL PARA O MOMENTO POSTERIOR.....	224
Rozi Engelke.....	224
AS DEMOCRACIAS LIBERAIS E AS NOVAS AMEAÇAS ADVINDAS JUNTO À PANDEMIA DA COVID-19.....	245
Matheus José Vequi.....	245
Eduardo Augusto Fernandes	245
Rafael Padilha dos Santos.....	245
FAKE NEWS SOB A ÓTICA DA TRANSNACIONALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA IMPORTÂNCIA DE UMA REGULAMENTAÇÃO GLOBAL.....	263
Felipe da Silva Claudino	263
Giovana Beatriz Riehs Lucaora	263
Heloise Siqueira Garcia.....	263
ENSAIO SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO TRANSNACIONAL.....	281
Douglas Filipi Mafra.....	281
Laudelino João da Veiga Netto	281
Carla Piffer	281
O COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E O DIREITO TRANSNACIONAL	297
Mell Mota Cardoso Conte	297
Heloise Siqueira Garcia.....	297
A TRANSNACIONALIDADE DO REGULAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA SUCESSÓRIA E A SUA APLICAÇÃO UNIVERSAL	309
Marise Dornelles Brea	309
Denise Schmitt Siqueira Garcia	309
MODAIS DE TRANSPORTE, CABOTAGEM E A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO.....	333
Sabine Müller.....	333
Osvaldo Agripino de Castro Júnior	333
O PAPEL DO REGISTRADOR IMOBILIÁRIO NO ESFORÇO TRANSNACIONAL DE COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAL.....	353
Lucas Paes Koch.....	353

ILUMINISMO ÀS AVESSAS: O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 142 NO CORAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988..... 373

Thiago Aguiar de Pádua..... 373

Airto Chaves Junior..... 373

GLOBALIZAÇÃO, TRANSNACIONALIDADE E A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO E SEUS PODERES PERANTE ESTES FENÔMENOS

Fernanda Kuroski¹

Denise Schmitt Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

Pretende-se desenvolver um estudo sobre o conteúdo da transnacionalidade. Para tanto, investigar-se-á, antes de mais nada, sua origem. Assim, o primeiro fato a ser enfrentado é o da globalização. Para tanto, são apontados, primeiramente, os grandes dilemas da humanidade, dentre os quais a globalização se inclui. Como um de seus efeitos, deu-se uma profunda transformação na forma como o mundo se relaciona, não sendo diferente com as nações e suas respectivas legislações e poderes judiciários.

Assentada uma realidade global – a qual não há mais possibilidade de se negar ou se afastar seus efeitos, advém a transnacionalidade. O poder transnacional é, também, econômico e tem migrado das mãos do Estado-nação para as das grandes empresas transnacionais. Com isso, a influência destas sobre a atividade legislativa e sobre as decisões judiciais torna-se uma realidade irrefutável.

Em face a este cenário, importa analisar criticamente que poderes, culturas ou sistemas se sobrepõem a quais ou a serviço de que a transnacionalidade jurídica tem se prestado na prática. Daí a relevância do tema. A pesquisa tem como base lógica operacional o método dedutivo. O método de procedimento, monográfico. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica documental e a bibliográfica.

¹ Mestre em Territorio, Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental pelo Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales, Universidade de Alicante – Espanha. Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Brasil. Pós-graduada lato sensu em Direito Público pela Escola da Magistratura de Santa Catarina - Brasil. Pós-graduada lato sensu em Direito Civil pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – Brasil. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – Brasil. Servidora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Email: fernandakuroski@gmail.com

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

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO IMPLICANDO NO DA TRANSNACIONALIDADE

Anthony Giddens se debruçou sobre diversos temas relacionados ao fenômeno da globalização e seus efeitos. Na obra “A Terceira Via”, enfrenta a questão de como a política reagiu aos seus impactos. Indica que nem a direita nem a esquerda, ao menos não em suas formas tradicionais, estão preparadas para enfrentar os cinco dilemas da humanidade a seguir:

Globalização – o que é exatamente e que implicações tem? · Individualismo – em que sentido, se é que há algum, as sociedades modernas estão se tornando mais individualistas? · esquerda e direita – o que devemos fazer diante da afirmação de que elas não têm mais sentido? · Ação política – está a política migrando para fora dos mecanismos ortodoxos da democracia? · problemas ecológicos – como deveriam eles ser integrados na política social-democrata?³

Na realidade acima apontada e enfrentando justamente o primeiro dos dilemas apontados por Giddens, Ulrich Beck revela o protagonismo das empresas globais:

A globalização viabilizou algo que talvez já fosse latente no capitalismo, mas ainda permanecia oculto no seu estágio de submissão ao Estado democrático do bem-estar, a saber: que pertence às empresas, especialmente· àquelas que atuam globalmente, não apenas um papel central na configuração da economia, mas a própria sociedade como um todo – mesmo que seja “apenas” pelo fato de que ela pode privar a sociedade de fontes materiais (capital, impostos, trabalho).⁴

Logo, nota-se que o capitalismo como sistema econômico consolidado transnacionalmente implica no fato de que, com o advento da globalização e diante da formação de uma sociedade mundial, a economia ganhou *status* de primazia:

Embora a sociedade mundial não possa ser identificada economicamente com o sistema capitalista mundial no sentido de Immanuel Wallerstein, pois ela é multicêntrica, cabe definí-la como uma sociedade que se desenvolve *primariamente* com base nas expectativas cognitivas (economia, ciência e técnica). Formulando de maneira mais específica, ela pode ser caracterizada por um “primado social da economia” ou como uma “sociedade econômica”. Não se trata de um primado “onticamente essencial” nem forçosamente de perda da autonomia de outros sistemas sociais, mas cumpre considerar que, nos ambientes dos diversos sistemas parciais da sociedade mundial (moderna), a economia (associada à técnica e à dimensão da ciência a esta vinculada) constitui o mais relevante fator, a ser observado primariamente. Em outras palavras: a economia está equipada com o mais forte código binário entre um “sim” e um “não”, a saber, a diferença entre “ter” e “não ter”. Em alguns casos, especialmente nas situações em que há enormes desigualdades e ampla exclusão relativamente ao sistema econômico, esse primado pode levar a experiências de desdiferenciação economicamente condicionada no âmbito da sociedade mundial, um problema que é persistente na constelação social da modernidade periférica.⁵

³ GUIDDENS, Anthony. **A terceira via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Record, 1999, ps. 37-38.

⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14.

⁵ Wallerstein in NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF), ISBN 978-85-7827-200-5, ps. 28-29.

Reforçando o poder econômico empresarial face à globalização, revela-se que este tem ganhado espaço sobre aquele que é exercido pelas economias nacionais estatais, poderio este que chega a interferir na produção normativa, a fim de atender a seus interesses:

Não é irrelevante o fato de que hoje, das primeiras cem economias mundiais, menos da metade são Estados, visto que 53 empresas multi – ou trans – nacionais têm faturamento mais significativo do que o PIB de aproximadamente cento e cinquenta Estados do mundo. Tomados em conjunto, todos estes sujeitos – as empresas multi – ou trans – nacionais exercem um evidente papel de produção normativa, direta e indireta, tornando difícil sustentar, se não com argumentos totalmente formalistas, que estes não sejam verdadeiros legisladores. A esses exemplos de direito imposto ou “heterodirigido” em determinados setores pode-se incluir muitos outros, menos formais, mas mais sutis e, talvez, até mesmo mais persuasivos.⁶

Paulo Cruz e Zenildo Bodnar informam que, em reação à insustentabilidade de um sistema que outorga às grandes empresas transnacionais o protagonismo, é preciso adotar um novo paradigma capaz de reduzir as desigualdades que o paradigma econômico favorece. Ademais, os autores informam quando este quadro se tornou um fato e como se pode nominá-lo:

O novo paradigma que surge se justifica pela necessidade vital de preservação da vida no planeta. Isso implica, evidentemente, a adoção de um novo paradigma geral para as ciências e, por consequência, para o direito. Afinal de contas, a liberdade justificou a desigualdade material da modernidade, sendo notória a degradação ambiental produzida pela pobreza e pela miséria resultado dessas desigualdades. [...] A partir da década de 80 do século XX, o homem deu-se conta, pela primeira vez, que poderia destruir o planeta. Esse fato, junto com o fenômeno da globalização, acabou por criar uma nova realidade que se convencionou denominar de transnacional.⁷

Cientes desta nova realidade transnacional de demandas sociais, que já não pode mais ser gerida por critérios modernistas, passa-se a uma breve análise dos impactos desta sobre a máquina estatal.

2. COMO O ESTADO E SEUS PODERES SÃO AFETADOS PELA TRANSNACIONALIDADE

Neste contexto – transnacional, importa que pessoas físicas, jurídicas, com ou sem fins lucrativos, Estados e particulares, se envolvam de maneira positiva em uma rede associativa, justa e capaz de gerar riqueza e desenvolvimento, o que, nos termos da doutrina de Denise e Heloíse Garcia, proporciona-se pelo desenvolvimento do instituto da Governança. Leia-se:

⁶ OLIVIERO, CRUZ. Maurizio; Paulo Márcio. **Reflexões sobre o direito transnacional**. Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 17 – n. 1 – p. 18-28 / jan – abr 2012, ps. 19-20.

⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Unisinos. Jan – junho 2011. p. 75-83, p. 76.

Já a Governança não se restringe aos aspectos gerenciais e administrativos do Estado, ela existe com a articulação e a cooperação entre os atores sociais e políticos e arranjos institucionais que coordenam e regulam transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico. Pode, então, ser exercida por partidos políticos, organizações não governamentais, redes sociais informais, associações, ou seja, a Governança abrange a sociedade como um todo.⁸

Explicitando como a transnacionalidade é experimentada na prática, Jessup revela como ela se comporta no cotidiano da comunidade global, por meio dos seguintes exemplos:

As situações transnacionais, então, podem envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estado, ou outros grupos. Por isso, um cidadão americano ou um apátrida cujo passaporte ou outro documento de viagem é recusado em uma fronteira europeia enfrenta uma situação transnacional. O mesmo acontece a uma companhia petrolífera americana negociando na Venezuela; ou ao advogado nova-iorquino que contrata um juriconsulto francês para dar um parecer a respeito da regularização dos haveres de seu cliente na França; ou ao governo dos Estados Unidos ao negociar com a União Soviética tendo em vista a unificação da Alemanha. O mesmo se dá com as Nações Unidas quando embarcam leite para a UNICEF ou enviam um mediador à Palestina. Pode-se mencionar igualmente a Câmara Internacional de Comércio exercendo o seu direito de participar de uma conferência convocada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. São conhecidas as atividades transnacionais de indivíduos, associações e Estados. Quando se considera que há em funcionamento mais de 140 organizações intergovernamentais e mais de 1.100 não-governamentais comumente descritas como internacionais, compreende-se a variedade quase infinita de situações transnacionais que podem surgir.⁹

Outra questão prática e – ainda assim – jurídica que denuncia a relativização da soberania nacional externa que a realidade transnacional implica é a dos direitos humanos. Ferrajoli ensina que a eles, desde a Declaração dos Direitos Humanos em 1789, foi outorgada a característica da universalidade. Porém, com foi a imergência do problema da imigração em massa que esta qualidade foi colocada em cheque:

Este fenómeno da lugar a uma segunda antinomia: la existente entre el universalismo de los derechos fundamentales y su realización en los límites estatales a través de la ciudadanía. A pesar de que estos derechos, con excepción de los políticos, son siempre proclamados como universales, desde la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 en adelante, pasando por todas las constituciones sancionadas e incluso en los códigos civiles (“el ejercicio de los derechos civiles” establecido en el artículo 7 del Código napoleónico, por ejemplo, se declara como “independiente del status de ciudadanía”), el ‘universo’ judicial ha acabado coincidiendo con el orden interno de cada estado. Esta antinomia ha salido a la luz en los últimos años con la explosión de la inmigración. Los derechos en cuestión fueron proclamados universales cuando la distinción entre hombre y ciudadano no creaba ningún problema, al ser improbable e impredecible que los hombres y mujeres del tercer mundo llegaran a Europa y que estas declaraciones de principio fuesen tomadas

⁸ Gonçalves in GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança Transnacional** in Interfaces entre direito e transnacionalidade [recurso eletrônico] /Aíro Chaves Junior ... [et al]; organizadores, Heloíse Siqueira Garcia, Paulo Márcio Cruz. - Itajaí : UNIVALI : AICTS, 2020, ps. 10-28, p. 13.

⁹ JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Título original: Transnational Law. Traduzido por Carlos Ramires Pinheiro da Silva. New Haven: Yale University Press, 1956, p. 13.

literalmente. Em realidade, em los últimos siglos ha ocurrido lo opuesto, esto es, la invasión y colonización del resto del mundo por europeos, en apoyo de la cual, vale a pena recordarlo, fueron teorizados hace casi cinco siglos por Francisco de Vitoria (1934) el *ius migrandi* y el *ius accipiendi civitatem* como los derechos naturales más básicos de los seres humanos.¹⁰

Joana Stelzer reforça que foi no pós segunda-guerra que as condições para uma consolidação de uma realidade transnacional se intensificaram. Com isso, o poder Estatal não saiu ileso. Reduziu, se transformou e se relativizou, em adaptação aos novos tempos:

Desde a evolutiva complexidade que marca a interação social no período seguinte à Segunda Guerra Mundial, caracterizada pelo barateamento dos meios de comunicação, intensificação do comércio, facilitação dos transportes, expansão do capital financeiro, entre outros, assistiu-se ao enfraquecimento estatal, tendo por contrapartida a emergência e o reforço de outros enlaces de poder. O Estado não desapareceu, mas relativizou-se em determinadas dimensões legais, de maneira que não se reconhece mais o ente político-jurídico em suas características clássicas.¹¹

Com o esfarelamento do Estado acima denunciado, também as legislações nacionais sofreram um impacto. Não se pode mais falar em produção legislativa imune aos poderes transnacionais que se relacionam com o Estado de onde provém:

A autonomia legislativa nacional em questões políticas, sociais, econômicas e também jurídicas é cada vez mais limitada pelas interdependências políticas, econômicas e de *governance* entre os Estados e a regulamentação em nível global. Isso se tornou particularmente saliente nos episódios políticos, econômicos e sociais dos últimos trinta anos. O declínio da autonomia nacional, vista em alguns momentos como o “fim do Estado”, deu origem a pressões políticas, institucionais e legais sobre a produção normativa no âmbito interno de cada Estado, com fluxos exógenos e endógenos trabalhando simultaneamente.¹²

Por outro lado, aponta Anne-Marie Slaughter que não só as leis mas também as Cortes ao redor do globo, conversam entre si. A esta interação dá o nome de comunicação transjudicial, apresentando seu conteúdo. Veja-se:

[...] transjudicial communication: communication among courts – whether national or supranational – across borders. They vary enormously, however, in form, function, and degree of reciprocal engagement. The dialogue between the German Constitutional Court and the ECJ suggests the possibility of a relationship of collective deliberation on common legal problems; the citation of a U.S. Supreme Court decision in India, or a European Court of Human Rights decision in Zimbabwe, reflects a less interactive process of intellectual cross-fertilization. Alternatively, taking account of the position of fellow national courts in accepting the obligations of a common treaty may simply be

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global**. Constitutionalism, democracy and sovereignty. Editado por Richard Bellamy. Inglaterra. Traduzido por Gerardo Pisarello. Universidade de Camerino, Itália, p. 176.

¹¹ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica** in Direito e Transnacionalidade. Organizadores Paulo Márcio Cruz e Joana Stelzer. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15-54, p. 15.

¹² STAFFEN, Márcio Ricardo. **Legislar por indicadores: A iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais**. RIL Brasília a. 56 n. 221 jan./mar. 2019 p. 169-193, p. 170.

an instance of taking advantage of a quick source of information about the degree of reciprocal acceptance of these obligations, without any overlay of special “judicial” communication.¹³

Além disso, há toda uma tendência no sentido da aproximação dos poderes judiciários nacionais. Estas interferências, segundo Ruitemberg, podem ser classificadas e analisadas pela forma como se manifestam. Entretanto, a relevância da questão está em se observar a serviço de que sistema e ideologia o fenômeno trabalha:

Arelado aos valores que orientam o sistema-mundo, não pode haver dúvidas de que o transjudicialismo alimenta o ideal sistêmico, que desemboca no projetar a metafísica do capitalismo histórico sobre espaços além-fronteiras ainda desconhecidos ou arredios. Mas cumpre indagar também como o transjudicialismo pode contribuir para os movimentos anti-sistêmicos, que possam estabelecer novas fronteiras para o avanço da incessante luta pela acumulação de capital. Esta questão nos coloca diante do desafio de transformar o transjudicialismo, alimentado pelo ideal sistêmico do capitalismo histórico, também em movimento de resistência social, em prol do aprofundamento radical da diversidade e de uma cada vez mais intensa politização do mundo.¹⁴

A mesma perspectiva serve para a análise da forma como a transnacionalidade afeta a legislação e os demais institutos jurídicos nacionais: qual a qualidade desta influência?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Que os Estados Nacionais estão sujeitos, hoje, a uma realidade transnacional, que influencia diretamente o seu cotidiano, não há mais nem como negar, nem se rebelar nem se impedir. Passada a segunda-guerra mundial, este cenário foi sendo montado e, com isso, sua soberania foi sendo relativizada. Como dito, não é o caso, entretanto, de se declarar o fim do Estado.

A questão é que seu poder não é mais absoluto. O capitalismo se expandiu e, com ele, o poderio das grandes empresas transnacionais, tornando um fato a sua presença e influência dentro do próprio Estado. Desta feita, não há mais legislação ou decisão judicial livre de impacto

¹³ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of of Transjudicial Communication. University of Richmond Law Review. Volume 29. Issue 1. Article 6. 1994. Disponível em https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/?utm_source=scholarship.richmond.edu%2F%2Fvol29%2Fiss1%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages . Acesso em 05 set. 2020, p. 101. Tradução: “comunicação transjudicial: comunicação entre tribunais - sejam nacionais ou supranacionais - além das fronteiras. Eles variam enormemente, entretanto, em forma, função e grau de engajamento recíproco. O diálogo entre o Tribunal Constitucional Alemão e o TJE sugere a possibilidade de uma relação de deliberação coletiva sobre problemas jurídicos comuns; a citação de uma decisão da Suprema Corte dos EUA na Índia ou de uma decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no Zimbábue reflete um processo menos interativo de fertilização cruzada intelectual. Alternativamente, levar em consideração a posição de outros tribunais nacionais em aceitar as obrigações de um tratado comum pode ser simplesmente um exemplo de aproveitamento de uma fonte rápida de informação sobre o grau de aceitação recíproca dessas obrigações, sem qualquer sobreposição de “Comunicação”.

¹⁴ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional.** Revista de Direito Internacional. Brasília: Volume 9, n. 4, 2012. Número especial: Internacionalização do Direito. P. 169-199, ps. 195-196.

do poder empresarial. E a quem serve este poder?

Sabe-se que a cultura capitalista ocidental europeia, hoje, é a que tem braços mais compridos sobre o mundo. Com a globalização e os impactos da transnacionalidade sobre o Estado, é preciso que a comunidade acadêmico-jurídica mantenha-se investigando, caso a caso, como bem indicou Ruitemberg, se todo esse relacionamento inter-estados tem gerado espaço a uma maior politização, à cidadania, à democracia e ao aprimoramento e resguardo dos direitos humanos ou servido à acumulação de riquezas e agravamento das desigualdades sociais e exclusão social.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Unisinos. Jan – junho 2011. p. 75-83.

FERRAJOLI, Luigi. **Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global**. *Constitutionalism, democracy and sovereignty*. Editado por Richard Bellamy. Inglaterra. Traduzido por Gerardo Pisarello. Universidade de Camerino, Itália.

GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança Transnacional in Interfaces entre direito e transnacionalidade [recurso eletrônico] /Airtó Chaves Junior ... [et al]; organizadores, Heloise Siqueira Garcia, Paulo Márcio Cruz**. - Itajaí : UNIVALI : AICTS, 2020, PS. 10-28.

GUIDDENS, Anthony. **A terceira via: Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Record, 1999.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Título original: Transnational Law. Traduzido por Carlos Ramires Pinheiro da Silva. New Haven: Yale University Press, 1956.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF), ISBN 978-85-7827-200-5.

OLIVIERO, CRUZ. Maurizio; Paulo Márcio. **Reflexões sobre o direito transnacional**. Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 17 – n. 1 – p. 18-28 / jan – abr 2012.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. **Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional**. Revista de Direito Internacional. Brasília: Volume 9, n. 4, 2012. Número especial: Internacionalização do Direito. P. 169-199.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A Typology of Transjudicial Communication**. University of Richmond Law Review. Volume 29. Issue 1. Article 6. 1994. Disponível em: https://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6/?utm_source=scholarship.richmond.edu%2Flawreview%2Fvol29%2Fiss1%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em 05 set. 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Legislar por indicadores: A iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais**. RIL Brasília a. 56 n. 221 jan./mar. 2019 p. 169-193.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica** *in* Direito e Transnacionalidade. Organizadores Paulo Márcio Cruz e Joana Stelzer. Curitiba: Juruá, 2009, p. 15-54.

A POBREZA E A DESIGUALDADE ECONÔMICA COMO DESAFIOS TRANSNACIONAIS

Heloise Siqueira Garcia¹

Kassio Gerei dos Santos²

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a Pobreza e a Desigualdade Econômica em seus aspectos gerais, buscando evidenciar a importância dos temas em nossa sociedade a partir de dados e aporte teórico capaz de demonstrar o desequilíbrio econômico e os lamentáveis níveis de pobreza mundial e qual a correlação dessas questões com a Transnacionalidade.

Para fins didáticos o artigo é dividido em duas partes, na primeira parte, embora não haja um grande aprofundamento sobre o tema que é extremamente rico, trata-se de modo mais específico a Desigualdade Econômica com a apresentação de dados atuais sobre o tema, enquanto na segunda é realizada uma abordagem teórica sobre a Pobreza, sempre relacionando essas questões ao estudo da Globalização e da Transnacionalidade.

Com relação à metodologia adotada, ressalta-se que a opção dos autores foi pela utilização do método indutivo, tendo sido acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento³.

1. BREVE PANORAMA SOBRE A DESIGUALDADE ECONÔMICA EM UM CONTEXTO TRANSNACIONAL

As desigualdades sociais sempre foram um problema importante em nossa sociedade, em

¹ Doutora e mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Doutora em Derecho e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Pós-doutoranda com bolsa concedida pela CAPES. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela UNIVALI; e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade AVANTIS. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; e dos cursos de Direito do Centro Universitário Avantis - Uniavan e da Faculdade Sinergia. Advogada. E-mail: heloisegarcia@univali.br

² Mestrando em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade do vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. E-mail: kgsantos@edu.univali.br

³ Conforme estabelecido na obra PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 58.

especial a desigualdade econômica, que evidencia uma distribuição de renda falha, principalmente em países periféricos, da América do Sul, da África e da Ásia, nos quais grande parte da população vive em situação de pobreza enquanto uma pequena parcela acumula quantias vultuosas de riqueza.

Trata-se especificamente da desigualdade econômica no presente artigo, embora existam fatores relacionados ao acesso às oportunidades, dignidade, respeito ou direitos não necessariamente vinculados às desigualdades econômicas, que são também relevantes, porém não são objetivos diretos do presente artigo.

Segundo o Relatório Social Mundial: Desigualdade em um mundo de rápidas mudanças⁴, publicado em 21 de janeiro de 2020 pela ONU, a renda de uma pessoa que vive na América do Norte é 16 vezes mais alta que a renda de pessoas que vivem na África Subsaariana. Além disso, cerca de dois terços da população mundial vivem em países onde a desigualdade cresceu, de acordo com as medições de progresso entre 1990 e 2010.

Apenas para ilustrar a profundidade do problema, vejamos a seguinte comparação extraída do Relatório de Desenvolvimento humano 2019 do PNUD⁵:

[...] duas crianças nascidas em 2000, uma num país com um nível muito elevado de desenvolvimento humano e outra num país com um baixo nível de desenvolvimento humano. Hoje em dia, a primeira tem uma probabilidade superior a 50% de estar matriculada no ensino superior: mais de metade das pessoas com 20 anos de idade, nos países com um nível muito elevado de desenvolvimento humano, frequentam o ensino superior. Em contraste, é muito menos provável que a segunda esteja viva. Cerca de 17 por cento das crianças nascidas em países com um baixo nível de desenvolvimento humano em 2000 terão morrido antes do seu 20.º aniversário, em comparação com apenas 1 por cento das crianças nascidas em países com um nível muito elevado de desenvolvimento humano. Também é pouco provável que a segunda criança frequente o ensino superior: nos países com um baixo nível de desenvolvimento humano, apenas 3 por cento estão matriculadas. Já lhes foram determinados

percursos distintos e desiguais — e provavelmente irreversíveis — por circunstâncias quase inteiramente alheias ao seu controle. As desigualdades são igualmente elevadas no interior dos países — quer em vias de desenvolvimento quer desenvolvidos. Em alguns países desenvolvidos, as disparidades na esperança de vida aos 40 anos, entre o percentil mais elevado da distribuição do rendimento e o percentil mais baixo, foram estimadas num valor que chega a atingir 15 anos, no caso dos homens, e 10 anos, no das mulheres.⁶

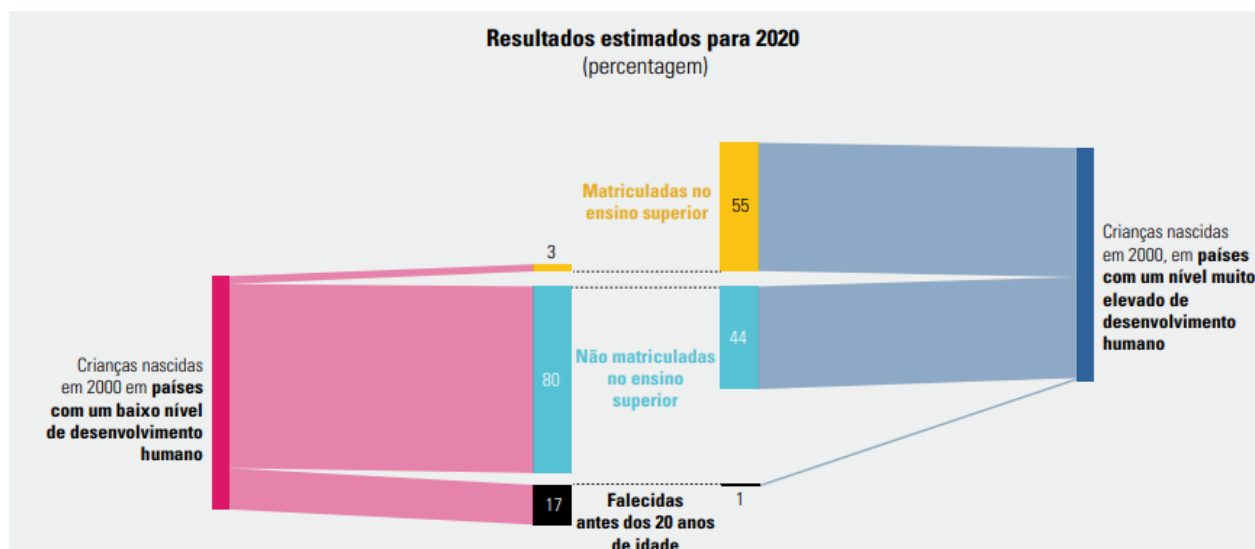
⁴ **Word Social Report 2020: inequality in a rapidly changing world.** ONU. Disponível em: <<https://saudeamanha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/02/World-Social-Report-2020-FullReport.pdf>> acesso em 2 out. 2020.

⁵ **Relatório de Desenvolvimento humano 2019.** PNUD. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf> acesso em 2 out. 2020.

⁶ Trata-se de estimativas (a partir de valores médios) para um indivíduo típico de um país com um baixo nível de desenvolvimento humano e de um país com um nível muito elevado de desenvolvimento humano. Os dados relativos à frequência do ensino

Vejamos a seguinte ilustração sobre as diferenças de oportunidades entre crianças nascidas no ano 2000 em países com elevados índices de desenvolvimento e de países com baixos índices de desenvolvimento:

As crianças nascidas em 2000 em países com rendimentos diferentes terão capacidades drasticamente diferentes em 2020



(Relatório de Desenvolvimento humano 2019, p. 29)

O Brasil é o sétimo país mais desigual do mundo, também segundo o relatório divulgado pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) de 2019⁷, ficando atrás apenas de nações do continente africano, como África do Sul, Namíbia, Zâmbia, República Centro-Africana, Lesoto e Moçambique.

Para se ter ideia, no Brasil, as pesquisas de rendimento das famílias revelam que os 10 por cento mais ricos auferiram um pouco mais de 40 por cento do rendimento total em 2015, mas, quando se tem em conta todas as formas de rendimento — não apenas o rendimento comunicado nos inquéritos — as estimativas revistas sugerem que aos 10 por cento do topo coube, na verdade, mais de 55 por cento do rendimento total.⁸

superior baseiam-se nos dados de inquéritos às famílias relativos a pessoas com idades entre os 18 e os 22 anos, tratados pelo Instituto de Estatística da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, in www.education-inequalities.org (acedido em 5 de novembro de 2019). As percentagens dizem respeito a pessoas nascidas em 2000. O número de pessoas falecidas antes do 20.º aniversário é calculado com base nos nascimentos ocorridos por volta de 2000 e na estimativa do número de mortes desse segmento populacional entre 2000 e 2020. O número de pessoas matriculadas no ensino superior em 2020 é calculado com base no número estimado de pessoas vivas (pertencentes ao segmento nascido por volta de 2000) e nos dados mais recentes quanto à frequência do ensino superior. As pessoas não matriculadas no ensino superior constituem o complementar. Fonte: Cálculos do Gabinete do Relatório do Desenvolvimento Humano com base em dados do Departamento de Assuntos Económicos e Sociais das Nações Unidas e do Instituto de Estatística da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.

⁷ **Relatório de Desenvolvimento humano 2019.** PNUD. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf> acesso em 2 out. 2020.

⁸ **Relatório de Desenvolvimento humano 2019.** PNUD. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf> acesso em 2 out. 2020.

No ano de 2020 vivenciamos uma crise humanitária com o novo coronavírus e também uma nova crise econômica decorrente justamente dos reflexos da pandemia que forçou uma parada abrupta do mundo inteiro, como resultado tivemos a revelação da gravidade da desigualdade em diversos países, tanto que, quando se fala em retomada econômica devemos nos atentar que é a retomada econômica dos mais ricos, os mais pobres ainda estão distantes dessa retomada.

As crises econômicas revelaram, e estão revelando, que a globalização não foi capaz de diminuir os níveis de desigualdade ao passo em que o ganho de capital dos mais pobres foi imensamente menor do que o ganho tido pelo 1% mais rico do mundo, conforme é possível observar do último relatório do PNUD⁹.

A preocupação com o tema não é recente e tem se intensificado nos últimos anos, despertando a atuação de importantes instituições internacionais como o Banco Mundial, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a Organização Internacional do Trabalho – OIT e a própria ONU, que têm se dedicado ao estudo da pobreza e da desigualdade social, produzindo importantes estudos acerca dessa questão, cujos índices poderão ser melhor explorados no desenvolvimento da dissertação, assim como as metas e propostas para a diminuição das desigualdades sociais.

A correlação entre instituições internacionais e a promoção de políticas públicas voltadas à redução de desigualdades sociais não é recente. Ao menos desde os anos quarenta as instituições nascidas no período pós-guerra, após o Acordo de Bretton Woods¹⁰, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, além das organizações ligadas à ONU, apresentam propostas e recomendações de políticas de combate à pobreza em países latino-americanos, tendo se intensificado a partir dos anos oitenta diante da dificuldade financeira enfrentada pelos países do Sul e a necessidade de renegociarem suas dívidas, o que levou a um estreitamento de laços com organismos internacionais, cujas ideias e propostas passaram a interferir de forma direta e indireta na política interna desses países o que revela o contexto globalizado em que vivemos.¹¹

Sobre a Globalização, Giddens¹² faz uma divisão desta em quatro dimensões, a primeira é a

⁹ **Relatório de Desenvolvimento humano 2019.** PNUD. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf> acesso em 2 out. 2020.

¹⁰ Conferência proposta pelo governo norte-americano, em 1944, e cujo principal objetivo foi organizar a nova ordem econômica pós-guerra.

¹¹ UGÁ, Vivian Domínguez. **A questão social como “pobreza”:** crítica à conceituação neoliberal. 1 ed., Curitiba: Appris, 2011. p. 171.

¹² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Unesp, 2002. p. 75-80.

econômica capitalista global; a segunda a composta pelo Estado-nação, visto como atores protagonistas do sistema enquanto as grandes empresas são agentes dominantes da economia mundial; a terceira é o ordenamento militar mundial e a quarta seria o desenvolvimento industrial moderno.

A principal no que se refere aos temas debatidos no presente artigo é dimensão econômica, que segundo Milton Santos¹³ seria o ápice do processo de internacionalização do sistema capitalista, no qual predomina o neoliberalismo, teoria que apresenta relevante resistência a políticas sociais, cujos efeitos, a princípio, podem justificar a necessidade de uma modificação fundamental na visão econômica global.

Justamente por isso faz-se necessária a abordagem transnacional dessas questões, pois cada vez mais se observa que vivemos em uma realidade transnacional, que seguindo a visão de Cruz¹⁴, pode ser compreendida como um fenômeno reflexo da Globalização e tem suas bases formadas principalmente pelas seguintes características: i) desterritorialização; ii) expansão capitalista; iii) enfraquecimento da soberania e iv) a necessidade de um ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio Estatal.

Quando se falar em Direito Transnacional em alguns aspectos básicos dessa nova perspectiva do Direito, que engloba nuances de uma democracia transnacionalizada embasada em quatro novos pré-contratos sociais: de Solidariedade para erradicar a pobreza; ambiental para preservar o meio ambiente; cultural para garantir educação a todos ao longo da vida; e ético que volte a dar sentido e perspectiva à aventura humana.¹⁵ Ou ainda uma democracia cosmopolita¹⁶ como garantidora dos direitos humanos, perfectibilizada pela atuação de organizações interestatais, como os comitês da ONU, e de Estados determinados individualmente ou em conjunto.

Por essas breves considerações pode-se rapidamente concluir a preocupação atual da população e da comunidade científica com a análise econômica global e os problemas daí decorrentes, como as crescentes desigualdades sociais entre os povos, evidenciado especialmente pelo aumento dos níveis de pobreza, buscando-se sempre uma evolução capaz de solucionar essas

¹³ SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. p. 23.

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 16

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. p. 31-70.

¹⁶ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização**. p. 134-137.

questões ou ao menos mitigar sua ocorrência e nisso se insere a importância dos temas aqui discutidos, em especial no que se refere ao estudo das desigualdades econômicas e a pobreza mundial que em geral andam lado a lado.

2. A POBREZA SOB A PERSPECTIVA TRANSNACIONAL¹⁷

Sachs¹⁸ relata que a história da construção do grande abismo vivenciado entre ricos e pobres observado nos tempos atuais tem uma origem não tão distante se considerado todos os séculos de desenvolvimento humano e social. Afirma o autor que os últimos dois séculos constituem uma única era na história da Economia, conhecida como o “crescimento econômico moderno”. Antes, por muitos séculos anteriores, não houve praticamente crescimento econômico sustentado no mundo, apenas o aumento gradual da população humana.

Destaca o autor que “Se combinarmos os aumentos da população mundial e da produção mundial per capita, descobriremos que a atividade econômica total no mundo (o produto mundial bruto, ou PMB) cresceu espantosas 49 vezes nos últimos 180 anos.”¹⁹

Foram duzentos anos de crescimento econômico moderno desde o século XIX, com mudanças, tumultos, conflitos e ideologias, e tal época trouxe para o mundo padrões de vida mais elevados do que eram imagináveis há dois séculos.

Ainda, a maior parte do mundo vivenciou a difusão da tecnologia moderna e uma revolução científica e tecnológica que ainda está em andamento. O autor relata que “Os padrões de vida são muito mais altos em quase todos os lugares do que eram no início desse processo, com a grande exceção das regiões africanas devastadas pelas doenças.”²⁰

Mas ainda assim, qual a razão de existir um enorme abismo entre o sexto da humanidade dos países mais ricos do mundo do sexto que mal consegue sobreviver? As razões são múltiplas, os países mais pobres só começaram a vivenciar o crescimento econômico décadas depois dos países mais ricos, outrossim, enfrentaram a exploração brutal de potências coloniais justamente desses

¹⁷ Este tópico do artigo foi produzido a partir da Tese de Doutorado da autora Heloise Siqueira Garcia, intitulada “Mecanismos Transnacionais de Combate à Pobreza: uma análise a partir da Solidariedade, da Sustentabilidade, da Economia e da Governança Ambiental. Disponível em: <<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/251/TESE%20HELOISE%20SIQUEIRA%20GARCIA%20final.pdf>> Acesso em 5 dez. 2020.

¹⁸ SACHS, Jeffrey. **O fim da Pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos. Tradução de Pedro de Maia Soares. São Paulo: Companhia das letras, 2005, p. 54 78.

¹⁹ SACHS, Jeffrey. **O fim da Pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos, p. 55.

²⁰ SACHS, Jeffrey. **O fim da Pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos, p. 77.

países mais ricos; encontraram, e ainda encontram, barreiras geográficas de clima, produção de alimentos, doenças, recursos energéticos, topografia, proximidade dos mercados mundiais que não afetaram as primeiras Economias industriais como a Grã Bretanha e os Estados Unidos; além disso não fizeram boas escolhas em suas políticas nacionais. Tudo isso levou ao crescimento econômico baixo e instável nesses dois últimos séculos.²¹

Em uma ideia evolutiva a partir da visão dos países subdesenvolvidos, Milton Santos Santos²² discorre sobre três definições de Pobreza desenvolvidas no último meio século: a Pobreza “incluída”; a marginalidade; e a Pobreza estrutural globalizada.

A Pobreza incluída seria uma Pobreza acidental, residual ou sazonal, produzida em alguns momentos do ano, vista como uma desadaptação local aos processos mais gerais de mudança, ou como inaptações entre condições naturais e condições sociais, que não se comunicavam de um lugar a outro e cujas soluções eram privadas, assistencialistas e locais, sendo apresentada como um acidente natural ou social. Era vivida em uma época em que o consumo ainda não estava largamente difundido e o dinheiro ainda não constituía um nexos social obrigatório, sendo menos discriminatória.²³

Paugam²⁴ a chama de “Pobreza integrada” e destaca que ela remete principalmente à questão social da Pobreza no sentido tradicional da exclusão social. Neste tipo de relação a quantidade de pobres é numerosa e sua situação é tão habitual que não se fala tanto neles como um grupo social concreto. O debate social se organiza ao redor da questão do desenvolvimento econômico, social e cultural em sentido geral e concerne sobretudo às desigualdades sociais relacionadas com o território. Seu nível de vida é baixo, mas seguem estando dentro das redes sociais organizadas ao redor da família, do bairro ou do povoado. Seu desenvolvimento se dá em sociedades tradicionais que se consideram “subdesenvolvidas” ou “subindustrializadas” e não nas chamadas “sociedades modernas”, ou seja, sociedades de baixo consumo.

A Pobreza marginal remete tanto à questão da Pobreza no sentido tradicional do termo como à exclusão. Ao contrário da Pobreza explicada anteriormente, essa constitui só uma pequena fatia da população e não sua grande maioria. São os inadaptados da civilização moderna,

²¹ SACHS, Jeffrey. **O fim da Pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos, p. 77-78.

²² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal, p. 69-76.

²³ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal, p. 69 70.

²⁴ PAUGAM, Serge. **Las formas elementales de la Pobreza**. Traducción de Maria Hernández. Madri: Alianza Editorial, 2006. Título original: Les formes élémentaires de la pauvreté. p. 97 98.

os que não puderam seguir o ritmo de crescimento e as normas impostas pelo desenvolvimento industrial. Tal minoria se mantém na periferia da sociedade global e não é suscetível de questionar o funcionamento do sistema econômico e social em conjunto. Seu desenvolvimento se dá em sociedades industriais avançadas e em expansão.²⁵

Por fim, chega-se à Pobreza estrutural globalizada, que para Milton Santos²⁶ de um ponto de vista moral e político equivale a uma dívida social. Agora a Pobreza é estrutural, não mais local, nem mesmo nacional, ela torna-se globalizada e está presente em toda parte do mundo. Ela é a convergência de causas que se dão em diversos níveis, resultante de um sistema de ação deliberada. Chega-se a uma espécie de naturalização da Pobreza politicamente produzida por atores globais com a colaboração consciente dos governos nacionais. Nesse momento os pobres não são mais incluídos ou marginalizados, mas excluídos.

A Pobreza se torna uma condição em que um deixa de ser pobre em um lugar para ser pobre em outro. Ela é trazida pela expansão do desemprego e pela redução do valor do trabalho, e produzida pelas empresas e instituições globais, o autor cita que “Uma das grandes diferenças do ponto de vista ético é que a Pobreza de agora surge, impõe-se e explica-se como algo natural e inevitável.”²⁷

Chega-se, então, a um conceito mais atual de exclusão social a partir de modelos atuais piorados pelo crescimento econômico liderado pelo neoliberalismo que engloba quatro elementos básicos: grande porcentagem de desemprego persistente; dualização da sociedade de mercado livre, “estar *in* ou estar *out*”; insuficientes aplicações dos direitos sociais; e exclusão como processo e demanda de intervenção estatal.

Há que se destacar, ainda, que as privações e desigualdades prolongadas apresentam sérios desafios ao desenvolvimento humano em pelo menos três frentes: 1. Elas prejudicam as capacidades das pessoas, não só seu bem-estar, mas também sua voz e autonomia; 2. Elas iniciam e reforçam um processo de exclusão através do qual pessoas pobres e outros localizados na parte inferior da escada social são excluídos dos processos que influenciam seu modo de vida; e 3. Elas criam uma sociedade onde direitos e oportunidades são negados para as pessoas pobres. E isso é injusto.²⁸

²⁵ PAUGAM, Serge. **Las formas elementales de la Pobreza**. p. 99.

²⁶ SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal, p. 73.

²⁷ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**, p. 73.

²⁸ ONU. **Human Development Report 2016: Human Development for Everyone**, p. 32.

Coadunando com as conclusões apresentada pelo Relatório de Desenvolvimento Humano, Samuelson e Nordhaus²⁹ destacam que os países mais pobres e desiguais não conseguem fazer frente à qualidade de vida de seus recursos humanos, não conseguindo investir nos planejamentos econômicos que deveriam, que é controlar as doenças e melhorar a saúde a nutrição, pois a melhora da saúde leva ao aumento da felicidade e da produtividade; melhorar a educação, reduzir o analfabetismo e formar os trabalhadores, pois aqueles que estudam tornam se trabalhadores mais produtivos, já que podem utilizar o capital mais eficazmente, adotar novas tecnologias e aprender com seus erros; e, sobretudo, não subestimar a importância dos recursos humanos, pois todo o resto pode se comprar no mercado internacional, mas a capacitação das pessoas é essencial para o desenvolvimento.

Bauman³⁰ inclusive faz o alerta sobre a necessidade de se observar a realidade além do que é mostrado pelos noticiários, pois as notícias são pautadas e editadas de modo a reduzir o problema da Pobreza e privação apenas à questão da fome, disseminando a chamada “epidemia de fome”, afirmando que o sofrimento desses famintos é opção *sui generis* deles mesmos, e que as alternativas estão disponíveis e podem ser alcançadas, mas não são adotadas por falta de diligência ou determinação. O problema é que essa equação “ Pobreza=fome” esconde muitos outros aspectos complexos da Pobreza como as horríveis condições de vida e moradia, doenças, analfabetismo, agressão, famílias destruídas, enfraquecimento dos laços sociais, ausência de futuro e de produtividade, vertentes que não podem ser curadas simplesmente com suplementação alimentar. Além disso, Bauman bem lembra que o espetáculo dos desastres apresentado nos meios de comunicação acaba por sustentar e reforçar a indiferença ética rotineira e cotidiana, criando a longo prazo uma visão de “Muro de Berlim Global”, que separa a parte “globalizada” do mundo, daquela “de fora” com imagens de guerra, assassinatos, drogas, pilhagem, doenças contagiosas, refugiados e fome, isto é, algo ameaçador para os “de dentro”. Há que se combater essa visão a partir da visão englobante da crise socioambiental apresentada, com o estabelecimento, inclusive, da correlação das ações de cada um no efeito globalizante.

Ademais, há que se considerar que a Economia global estabelecida aumenta os laços de interdependência de uns países com os outros, porém, o problema reside no fato de que tais relações não são de igualdade, mas de desigualdade. E apesar de terem sido superadas diversas

²⁹ SAMUELSON, Paul A; NORDHAUS, William D. **Economía**. 17. ed. Traducción de Esther Rabasco e Luis Toharia. Madrid: McGraw Hill, 2002. Título original: Economics, p. 514.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. Título Original: Globalization: the human consequences, p. 77-84.

privações com o crescimento, a Pobreza e a fome permanecem em dimensões impróprias para o século XXI (ou qualquer outro), e ainda mais se considerados os avanços tecnológicos conseguidos, a riqueza acumulada e a renda gerada. “La desigualdade entre países continua siendo elevada y las diferencias en el nivel de vida son abismales. La acumulación tiene lugar a escala mundial y ello supone relaciones internacionales asimétricas.”³¹

Todos esses problemas foram e continuam sendo vistos pela comunidade global, tanto que diversos dados apontados neste texto advêm de organizações internacionais, porém, talvez deva se dar mais atenção para a sua visão conjunta, enxergando os como verdadeiros problemas socioambientais a nível global que implicam, necessariamente em ações de nível Transnacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pobreza e a desigualdade econômica são temas que sempre tiveram sua importância reconhecida, mas talvez não com a intensidade adequada. São destas questões que derivam grande parte das maiores mazelas humanas, como a fome, o desemprego, problemas de saúde, de habitação, questões ambientais e outras questões que poderiam ser exaustivamente citadas.

Como estudado no presente artigo, as crises econômicas revelaram, e ainda revelam, que a globalização não foi capaz de acabar com as desigualdades e com a pobreza, como é possível observar, inclusive, na atual crise decorrente do novo coronavírus, que apesar de inicialmente ser uma crise de saúde, seu impacto tem sido fortemente sentido na economia global, que até teve uma retomada, ao menos para os países desenvolvidos.

Como se observa no estudo, a renda de uma pessoa que vive na América do Norte é 16 vezes maior do que a renda de pessoas que vivem na África Subsaariana, o que evidencia a desigualdade econômica mundial.

No Relatório de Desenvolvimento humano de 2019 do PNUD há uma ilustração importante para demonstrar o desequilíbrio econômico mundial, o relato aponta que duas crianças nascidas em 2000, sendo uma num país com um nível muito elevado de desenvolvimento humano e outra num país com baixo nível de desenvolvimento humano, teriam chances diametralmente opostas na atualidade, a ponto de que a primeira teria mais de 50% de chances de estar matriculada em um curso superior enquanto a segunda teria 3% de estar num curso superior.

³¹ BERZOSA, Carlos. Acumulación capitalista y justicia ecológica. In: VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (ed.). **Justicia ecológica en la era del antropoceno**. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 64.

Não bastasse isso, o estudo revela que 17% das crianças nascidas em nesses países menos favorecidos teriam morrido antes de seu 20º aniversário, esse percentual cai para apenas 1% nos países com maior desenvolvimento humano.

Se voltarmos nossos olhos especificamente ao Brasil temos um cenário desafiador, somos o 7º país mais desigual do mundo, ficando atrás apenas de nações do continente africano, como África do Sul, Namíbia, Zâmbia, República Centro-Africana, Lesoto e Moçambique.

Questionou-se no estudo qual a razão de existir um abismo tão grande entre o sexto da humanidade dos países mais ricos do mundo do sexto de mal consegue sobreviver, a resposta para um problema complexo nunca é simples, e justamente por isso são apresentadas múltiplas razões, citando-se, em especial, o fato de que os países mais pobres só começaram a vivenciar o crescimento econômico décadas depois dos países mais ricos, outro fator é que enfrentaram a exploração brutal de potências coloniais justamente desses países mais ricos; além disso, encontraram, e ainda encontram, barreiras geográficas de clima, produção de alimentos, doenças, recursos energéticos, topografia, proximidade dos mercados mundiais que não afetaram as primeiras Economias industriais como a Grã Bretanha e os Estados Unidos; além disso não fizeram boas escolhas em suas políticas nacionais. Tudo isso levou ao crescimento econômico baixo e instável nesses dois últimos séculos

Numa mesma ideia evolutiva a partir da visão dos países subdesenvolvidos, Milton Santos Santos³² discorre sobre três definições de Pobreza desenvolvidas no último meio século: a Pobreza “incluída”; a marginalidade; e a Pobreza estrutural globalizada, sendo o foco do presente estudo justamente esta última, que é uma pobreza politicamente produzida por atores globais com a colaboração consciente dos governos nacionais. Nesse momento os pobres não são mais incluídos ou marginalizados, mas excluídos

Diante desse cenário é possível observar o porquê de não podermos abordar essas questões sem investigar sua relação com a Globalização, em especial a globalização econômica que segundo Milton Santos³³ seria o ápice do processo de internacionalização do sistema capitalista, no qual predomina o neoliberalismo, teoria que apresenta relevante resistência a políticas sociais, cujos efeitos, a princípio, podem justificar a necessidade de uma modificação fundamental na visão econômica global.

³² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 69-76.

³³ SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. p. 23.

Justamente por isso também foi necessária a abordagem transnacional dessas questões, pois cada vez mais se observa que vivemos em uma realidade transnacional, que seguindo a visão de Cruz³⁴, pode ser compreendida como um fenômeno reflexo da Globalização e tem suas bases formadas principalmente pelas seguintes características: i) desterritorialização; ii) expansão capitalista; iii) enfraquecimento da soberania e iv) a necessidade de um ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio Estatal.

Como estudado no presente artigo, a Economia global estabelecida aumenta os laços de interdependência de uns países com os outros, porém, o problema reside no fato de que tais relações não são de igualdade, mas de desigualdade, de modo que a pobreza e a fome permanecem em dimensões graves.

Por essas razões observa-se que a Pobreza e a Desigualdade Econômica são sim problemas socioambientais a nível global que exigem, necessariamente, ações de nível Transnacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. Título Original: Globalization: the human consequences.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização.

BERZOSA, Carlos. Acumulación capitalista y justicia ecológica. *In: VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (ed.). Justicia ecológica en la era del antropoceno*. Madri: Editorial Trotta, 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 2002.

GARCIA, Heloíse Siqueira. **Mecanismos Transnacionais de Combate à Pobreza: uma análise a partir da Solidariedade, da Sustentabilidade, da Economia e da Governança Ambiental**. Tese de Doutorado.

Disponível

em:

<<https://www.univali.br/Lists/TrabalhosDoutorado/Attachments/251/TESE%20HELOISE%20SIQUEIRA%20GARCIA%20final.pdf>> Acesso em 5 dez. 2020

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 16

ONU. **Human Development Report 2016**: Human Development for Everyone. Nova Iorque, 2016. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>>. Acesso em 6 abril de 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 58.

PAUGAM, Serge. **Las formas elementales de la Pobreza**. Traducción de Maria Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2006. Título original: *Les formes élémentaires de la pauvreté*.

Relatório de Desenvolvimento humano 2019. PNUD. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_pt.pdf> acesso em 2 out. 2020.

SACHS, Jeffrey. **O fim da Pobreza**: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos. Tradução de Pedro de Maia Soares. São Paulo: Companhia das letras, 2005.

SAMUELSON, Paul A; NORDHAUS, William D. **Economía**. 17. ed. Traducción de Esther Rabasco e Luis Toharia. Madrid: McGraw Hill, 2002. Título original: *Economics*.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 26. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

UGÁ, Vivian Domínguez. **A questão social como “pobreza”**: crítica à conceituação neoliberal. 1 ed., Curitiba: Appris, 2011.

Word Social Report 2020: inequality in a rapidly changing world. ONU. Disponível em: <<https://saudeamanha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2020/02/World-Social-Report-2020-FullReport.pdf>> acesso em 2 out. 2020.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E TRANSNACIONALIDADE: REFLEXÕES SOBRE A DISCIPLINA JURÍDICA E OS LIMITES TERRITORIAIS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Nicolo' Basigli¹

INTRODUÇÃO

O Território é um dos elementos que, juntamente com um povo e soberania, forma um Estado.

Este elemento sempre foi fundamental na história do homem. Na Roma antiga, os romanos usavam a divisão do território para controlar as províncias. O lema de César "*divide et impera*" significava precisamente o uso da fragmentação territorial para manter as cidades e territórios conquistados sob controle.

O Território sempre foi delimitado por linhas, de tipo geográfico ou político, que dividiram geometricamente um determinado espaço, para que a soberania do Estado fosse exercida e explicada. E isso certamente ocorreu há milhares de anos, até o advento de alguns fenômenos e eventos de natureza social que questionaram essa certeza de granito. Observando os fenômenos migratórios, fica claro que o valor da fronteira territorial hoje é maior do que no passado. Os movimentos migratórios vindos da África e do Oriente Médio para a Europa ou da América Latina para os Estados Unidos ou Canadá, para dar dois exemplos, demonstram o peso que hoje tem a linha de demarcação das fronteiras territoriais. No cenário atual, os países receptores dos fluxos migratórios tornaram o acesso às suas fronteiras muito mais rigoroso, mais rígido e mais severo.

Isso ocorre porque o afinamento da parede imaginária que separa os locais gera nas populações e governos dos Estados receptores uma insegurança e incerteza muito grandes que nunca foram percebidas até hoje. A fronteira territorial certa, geométrica e segura sofre uma metamorfose, se transforma e perde seus contornos definidos para se tornar algo incerto e desfocado.

O exemplo proposto é certamente o mais imediato, mas poderíamos fazer o mesmo falando sobre o meio ambiente. Quais são as fronteiras territoriais do meio ambiente, se houver? Pode-se dizer que o ambiente tem fronteiras? Se poderia dizer isso si se dissesse que a fronteira

¹ Estudante do curso de Doutorado em Ciências Jurídicas pela UNIVALI, Itajaí, Santa Catarina.

do meio ambiente fosse o mundo inteiro (e provavelmente, talvez, o universo inteiro). Estes são apenas dois dos muitos exemplos de como o conceito de fronteira territorial mudou hoje.

Estes mencionados, no entanto, são os efeitos de um fenômeno mundial que mudou o conceito de território e fronteira territorial: Globalização.

A exemplificação mais evidente, e ainda pouco investigada, do problema decorrente do tema da fronteira territorial e da Globalização surge com o problema que afeta a Inteligência Artificial e suas fronteiras territoriais.

Este argumento de fato envolve: por um lado, o tema do Território, cuja investigação é a "terra" onde a Inteligência Artificial exerce sua influência; por outro, o tema da globalização e a análise de como os Estados, e também novos sujeitos emergentes, tentam controlar essa inovação tecnológica além das barreiras ou fronteiras territoriais. Assim, surge o Direito Transnacional, diferente do Direito Internacional, que é chamado a resolver e, portanto, regular esta situação extremamente controversa, cheia de pontos ambíguos.

O presente artigo busca, através de algumas reflexões, esclarecer ao máximo a dúvida que surge da pergunta: "Quais são os limites territoriais da Inteligência Artificial?" através de uma argumentação lógica, utilizando como suporte as reflexões realizadas a partir de textos de autores competentes.

Para o desenvolvimento deste artigo, foi utilizado o método dedutivo, juntamente com a consulta de referências bibliográficas analisadas com a técnica de fichamento, conforme recomendado pelo professor Cesar Pasold².

1. O CONTEXTO: GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE

A Globalização é o fenômeno social, jurídico e econômico que leva todos os indivíduos que nela trabalham a agir em uma área comum, livre de barreiras nas quais os efeitos das ações realizadas nela se refletem em todos os sujeitos dentro dele.

Agora está claro que a sociedade moderna vive em um contexto globalizado. Como já tivemos ocasião de mencionar, o exemplo do meio ambiente está apto a entender esse fenômeno.

O que está acontecendo neste período histórico, fortemente influenciado e atormentado pelas mudanças climáticas, agora inevitáveis, demonstra como as fronteiras nacionais, e não

² Pasold, Cesar Luiz, **Metodologia da pesquisa jurídica**, EMais, Florianópolis, 2018.

apenas, são um conceito que, se não realmente ultrapassado, certamente sofreu um enfraquecimento muito forte.

Esse enfraquecimento das fronteiras nacionais e do próprio conceito de Território deriva de fatores de várias naturezas, todos conectados entre si por um denominador comum mínimo que é a Globalização.

O meio ambiente mudou o conceito de fronteira nacional. Não se pode dizer que um rio tenha limites territoriais. Pode muito bem ser usado como uma fronteira natural para separar duas margens, mas os efeitos de sua poluição se espalharão pelos dois lados do rio e também pelo mar, contaminando também outros lugares. E isso é um fato, um fenômeno que acontece, algo que, se não for entendido adequadamente, sai da esfera do controle humano.

Esta breve introdução destaca, portanto, a importância de definir o fenômeno da Globalização e seus efeitos da maneira mais abrangente possível.

O conceito de Globalização foi amplamente analisado pela estudiosa brasileira Joana Stelzer. No pensamento da professora, a causa da Globalização é vista em vários níveis. Mas a raiz mais profunda, que permitiu que o processo de Globalização se formasse e crescesse, é com certeza, principalmente reconhecível, em dois elementos. Por um lado, o enfraquecimento do conceito de soberania pelos Estados-nação; por outro, toda uma série de eventos, como, sobretudo, a intensificação do tráfego comercial, o desenvolvimento de novas tecnologias, a intensificação das comunicações e o desenvolvimento de meios de transporte cada vez mais eficientes. Todos esses elementos juntos, no pensamento da estudiosa, levaram ao fenômeno, que hoje chamamos de Globalização³.

As grandes corporações multinacionais, cujas empresas ou produtos estão presentes em quase todo o mundo, são a prova de que esse fenômeno se originou de uma razão, pelo menos no início, econômica. As multinacionais, de fato, tendo como objetivo maximizar seus lucros, ampliaram seu mercado, passando de realidades localizadas para uma realidade mais ampla, para a mundial⁴.

Para as empresas, portanto, a Globalização resultou em uma desterritorialização da cadeia de produção. O produto final é criado ou montado em várias partes do mundo, dependendo dos

³ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10951.

⁴ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10951.

custos mais ou menos favoráveis da matéria-prima ou mão-de-obra⁵.

A globalização, portanto, é algo que acontece como já mencionado. Está constantemente se tornando diante de todos, sem a possibilidade de ser negada. Cada vez mais, as pessoas saem do seu isolamento para participar de uma sociedade comum, uma sociedade que não é mais capaz de permanecer dentro dos limites geográficos estabelecidos. Cada vez mais, os vários eventos que ocorrem geram efeitos que afetam todos os Estados, embora seja verdade que os efeitos que ocorrem nos vários Estados sejam diferentes devido a fatores diversificados que afetam esses efeitos. Essa unificação em uma comunidade mundial, espontânea ou não, requer uma reflexão sobre o modo como se desenvolve e, sobretudo, os campos em que exerce, até o momento, maior influência⁶.

No contexto da globalização surge então a Transnacionalidade, que não é um fenômeno distinto da globalização: "A transnacionalização não é fenômeno distinto da globalização (ou da mundialização), pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito transnacional." ⁷

Este fenômeno deve ser compreendido visto que é nesta área que se desenvolve e se desenvolverá o debate sobre a inteligência artificial deste artigo.

As relações supranacionais sempre se caracterizaram por um tipo de interação internacional, um método que não possui uma abordagem global. Esse método, que conecta dois ou mais Estados no plano político-jurídico, entretanto, não leva em consideração todos esses fenômenos, aquelas mutações que provocam a globalização (economia, comunicações, novas tecnologias). E na verdade:

Desse ponto de vista, o fenômeno da internacionalização está firmemente escorado na idéia de relações entre soberanias. A cooperação entre Estados é a característica dominante e a relação que se estabelece caracteriza-se por ser abreviada entre as partes. Entre os Estados vigora o respeito mútuo e a idéia de soberanias em semelhante plano⁸.

Isso ainda é verdade hoje se pensarmos que apenas os Estados-nação operam no cenário mundial. No entanto, novos sujeitos surgiram no mundo: Empresas tecnológicas, multinacionais

⁵ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10954.

⁶ OLIVERA ASCENSAO, Jose de, **Sociedade da informação e mundo globalizado**, in Studia Iuridica 73, colloquia - 12, Globalização e Direito, Coimbra editora, Coimbra 2003, página 164.

⁷ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10949

⁸ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10950

econômicas, associações. Todos esses novos sujeitos não permanecem imóveis no cenário mundial sob o controle dos poderes do Estado. Ao contrário. Eles competem por poder, espaço e tempo em novas questões emergentes onde o Estado se mostra fraco. Fraco pelo fato de que o surgimento desses novos sujeitos representa a presença de novos poderes, dispostos a minar o que até recentemente havia sido uma certeza de mármore dos Estados-nação, ou seja, que a soberania sempre pertenceu a eles e de qualquer maneira.

Assim, o poder soberano não está mais centralizado nas mãos do Estado, mas, ao contrário, fragmentado em vários sujeitos. Essa fragmentação acarreta, conseqüentemente, uma desterritorialização do poder que vê, de fato, ultrapassar as fronteiras dos Estados e suas fronteiras.

Portanto:

A intensificação das relações sociais de emergentes sujeitos no palco externo desencadearam uma rede de interação caracterizada pelo transpasse estatal (transnacional) e não mais pela relação ponto a ponto entre (inter) os estados (internacional). Nesse contexto, marcado pela fragilização estatal de um lado e pelo reforço de outros centros de poder é que emerge a transnacionalização, evidenciada pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultra-valorizado e que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados⁹.

A realidade social que nos é proposta já é transnacional. Existe um “povo da Internet” por exemplo: um povo que é formado por indivíduos, cidadãos, de várias nacionalidades que transcende as fronteiras dos Estados. Para isso já existe uma comunidade transnacional sem, no entanto, um governo transnacional que dê ordem a essa sociedade¹⁰.

A transnacionalização, portanto, se insere no contexto da globalização e está estritamente ligada à superação da velha concepção de Estado. A globalização se refere a uma ideia de um todo unido, do globo. A transnacionalização, por outro lado, está ancorada no conceito de um Estado permeável, mas vê a figura do Estado como uma entidade em declínio¹¹.

O Estado, portanto, não desaparece, mas torna-se relativizado de modo que em certas dimensões jurídicas a entidade político-jurídica deixa de ser reconhecida nas suas características elementares: no debate público, a exemplo do Estado-Membro europeu, no debate privado, com

⁹ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10949

¹⁰ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10952

¹¹ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10952

o estado marginalizado pelo campo jurídico intra-corporativo.

As estratégias nacionais passaram a depender das influências da ordem econômica, político-social e jurídica inelutavelmente em termos globais, sempre levando em consideração os novos atores que emergem sob o manto organizacional, especificamente as organizações não governamentais.

A transnacionalização representa, portanto, uma das faces da globalização gerada nesse processo. Enquanto a soberania é a marca indelével do direito internacional, a fragilidade da soberania (na esfera pública) ou sua negação (na esfera privada) viabilizam um cenário denominado transnacional¹².

2. ESPAÇO, TERRITÓRIO E SOBERANIA NA ERA DA INTERNET

Para entender melhor todo o contexto em que se insere o discurso sobre inteligência artificial, depois de esclarecer quais são os fenômenos que afetam as fronteiras territoriais e por que não podem mais ser tão bem definidos, é necessário definir o significado que hoje têm as palavras espaço e território à luz da evolução exponencial que a Internet teve.

Paulo Cruz nos fornece uma definição do conceito de território e sua importância: "da perspectiva do ordenamento jurídico, o território cumpre uma função essencial: estabelece os limites dentro dos quais são impostos, de maneira exclusiva, os poderes do Estado e são aplicadas suas normas¹³."

Porém, o conceito de Território é usado figurativamente como um "elemento" do Estado. Embora seja uma expressão aproximada, é útil sublinhar o caráter básico da definição de Estado como entidade territorial. Trata-se de uma organização instalada em Território ou espaço concreto específico, acima do qual exerce seu poder de maneira exclusiva. Pode-se dizer que sem Território não há Estado. Um exemplo emblemático dessa declaração é o dos palestinos de Yasser Arafat com sua organização para a libertação da Palestina que, sem um Território, não podem ser reconhecidos como detentores de um Estado¹⁴.

O Território, portanto, apresenta-se, precisamente, como um elemento básico para poder

¹² STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10953

¹³ Paulo Marcio Cruz, **Fundamentos do Direito Constitucional**, Juruá editora, Curitiba, 2002, p. 45

¹⁴ Paulo Marcio Cruz, **Fundamentos do Direito Constitucional**, Juruá editora, Curitiba, 2002, p. 43

definir até onde o poder do Estado pode se estender. É tão importante que sua ausência ou subtração faça com que o Estado negue a si mesmo, sua inexistência. A definição certa dos limites do Território permite um controle, um regulamento que facilita a governabilidade de tudo o que existe no Território

Os contornos bem definidos do Estado diferem de outras formas anteriores de organização política. O poder do Estado é exercido sobre todos aqueles que estão em um determinado Território, independentemente das qualidades pessoais dos governantes, dos governados e das restrições que possam existir entre eles.

Quando alguém obedece às autoridades do Estado, não se obedece a uma ou várias pessoas em virtude de suas características ou dons pessoais; é obedecido porque o Estado exerce um poder que, por definição, abrange todos aqueles que estão situados na área territorial sob seu controle. Pode-se dizer brevemente que o poder do Estado é automaticamente exercido acima de tudo o que está localizado dentro de uma determinada área territorial. A territorialidade, portanto, permite assim a obediência à autoridade do Estado, despersonalizando-a¹⁵.

A desterritorialização, mencionada no parágrafo anterior, é uma das principais circunstâncias que moldam o cenário transnacional, principalmente porque se refere ao aspecto transfronteiriço, que não é o espaço dos Estados e nem mesmo o espaço que liga dois ou mais espaços de Estados. O Território transnacional não é um nem o outro, uma vez que está localizado em uma fronteira desatualizada, naquele limite permeável do Estado. Portanto, por ser uma fronteira ilusória, nem sequer é um limite real, porque os limites delimitam e a permeabilidade deles apenas leva à ilusão desse limite, um limite virtual. O que pode ser cruzado não pode conter algo e defini-lo de uma certa maneira. Os elementos em jogo permanecem constantemente em movimento de ambos os lados, em uma osmose perene. Esse relacionamento dialético dá origem a espaços virtuais como um bate-papo, nos quais se pergunta - inutilmente - onde está a conversa¹⁶.

A desterritorialização é uma característica evidente da Transnacionalidade, pois reflete a concepção espacial além dos limites territoriais do Estado. A lógica da produção empreendedora, por exemplo, não está ancorada à lógica do sistema político e jurídico de um determinado Estado,

¹⁵ Paulo Marcio Cruz, **Fundamentos do Direito Constitucional**, Juruá editora, Curitiba, 2002, p. 44-45

¹⁶ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10954

mas é carregada pelos benefícios econômico-comerciais que a não localização permite¹⁷.

No entanto, não se pode falar exaustivamente de Territorialidade e desterritorialização, sem levar em consideração outro elemento. Para entender completamente os problemas ligados ao Território decorrentes do novo Direito Transnacional, é necessário mencionar outro elemento do Estado que entrou em crise: a soberania.

O conceito de soberania declinou cada vez mais rapidamente na era atual. O desgaste conceitual e prático da soberania está fortemente ligado à Globalização e pode ser visto de maneira concreta nos movimentos de integração regional (como o dos Estados membros da União Européia). Para Norberto Bobbio, de fato, não há dúvida de que o: "golpe maior veio das chamadas comunidades supranacionais, cujo objetivo é limitar fortemente a soberania interna e externa dos Estados-membros [...]".¹⁸

Os novos poderes supranacionais começaram a minar a soberania dos Estados. Mais e mais assuntos são recolocados sob o controle de entidades supranacionais, e essa mudança de baixo para cima muda a perspectiva territorial. É claro que, se uma potência que anteriormente cobria uma determinada área é subsequentemente transmitida ou concedida a um órgão superior, ao qual outros Estados também transmitiram ou concederam o mesmo poder, esse órgão terá uma amplitude de ação mais ampla do que o Estado único. E, portanto, isso leva a consequências: o Território mudou, não é mais o Território do Estado individual, mas é o Território de todos os Estados que deliberadamente concederam esse poder.

Isso enfraquece a soberania do Estado, cria um novo território no qual também está incluído o Estado, mas no qual o Estado vê sua soberania limitada.

Finalmente, o declínio do Estado nacional, bem como da soberania e a fragmentação do Território foram corroídos e seus papéis subordinados devido à Globalização. Incapaz de enfrentar os novos desafios impostos pelo fenômeno global, especificamente para a presente pesquisa, o exercício da soberania no Território da Internet, ameaçado e sujeito a duras críticas de vários setores, o Estado-nação não é mais visto como um poder soberano (*summa potestas*), diante dessa crise incomum¹⁹.

¹⁷ OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias Globais: fragmentações do mundo**. Ijuí: Unijuí, 2005, pp. 33-80

¹⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira, Carmen Varriale et al. Brasília: UNB, 1986, pp. 1187-8.

¹⁹ STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, página 10959

Com tantas mudanças no cenário internacional, o papel político-jurídico desempenhado pelo Estado no ambiente transnacional não possui contornos definidos e determinados, e essa incerteza leva a uma deslegitimação do Estado nas áreas de interesse transnacional.

O que se acaba de dizer serve para validar o raciocínio feito com respeito à fragmentação do território que está ocorrendo e, portanto, também leva a uma fragmentação de poder e soberania agora dispersa entre os centros de poder mais díspares.

Porem, o espaço não deixa de ter sua própria importância, por razões positivas e negativas, volta a ter uma tarefa primordial ao enfrentar problemas que, de fato, têm relevância global²⁰: "O fim do território não estabelece a abolição dos espaços: pelo contrário, com a globalização, estes continuam a ser reavaliados em sua diversidade e articulação²¹".

Esse fenômeno parece, portanto, ainda mais evidente se transportado para o mundo da rede da Internet. O espaço na Internet parece perder todo o significado em relação ao tempo. com um clique, se pode estar em qualquer lugar do mundo virtual sem sair do computador.

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman deixa essa passagem clara

"De fato, o cancelamento das fronteiras tinha começado antes que as redes telemáticas determinassem a impossibilidade de manter firmes os critérios de divisão estabelecidos. Os fenômenos resumidos pelo termo "globalização" referiam-se antes de tudo à economia e imediatamente mostravam a impossibilidade de manter a velha relação entre território e poder, que está na raiz do conceito de soberania. Nenhum poder ligado à ideia de território é capaz de controlar os fluxos financeiros, a poluição do ar, dos rios, dos mares²²".

O espaço e a Globalização podem, portanto, ser referidos a muitos problemas do mundo real e físico (poluição) e problemas relacionados ao mundo virtual (crime cibernético). O espaço no mundo virtual da Internet possui duas características principais que o tornam extremamente especial: primeiro o fato de não haver fronteiras e, segundo, o fato de que qualquer lugar no mundo da rede seja instantaneamente acessível.

Dessa forma, o território dentro do espaço virtual aparece como uma construção social na verdade. Como um produto da rede de telecomunicações. Por isso, faltam algumas características

²⁰ Bauman, Zygmunt, **Globalização: as consequências humanas**, Trad. Plínio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 7.

²¹ Badie, Bertrand, *La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sulla utilità sociale del rispetto.*, Trad em Italiano Mario Cardona, Trad. em português a obra do autor, Asterios Editore, Trieste, 1996, p. 253.

²² Bauman, Zygmunt, **Globalização: as consequências humanas**, Trad. Plínio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 7-8

clássicas do Território tradicional. A distância e o movimento dentro dela diferem muito do mundo real²³.

Partindo deste ponto de vista, pode-se dizer que no Território eletrônico as trocas são "desterritorializadas", as relações se tornam instantâneas em um espaço sem distância e sem tempo, produzindo também um efeito de "dessincronização". Pelo menos em princípio, todos podem entrar em contato com todos sem sofrer distanciamento e tempo.²⁴

E isso também acontece porque a antiga noção de superfície, como a da Terra, é substituída por uma nova noção: a tela interativa.

No entanto, a virtualidade não é apenas uma dimensão "demolidora", ao contrário, também é capaz de construir lugares físicos. Referimo-nos aos espaços públicos, institucionais e não institucionais, onde as novas tecnologias se tornam um instrumento de socialização, de alfabetização.

Surgem os Cafés Eletrônicos, onde se estabelece um duplo sentido de proximidade, entre aqueles que lá vão fisicamente e com os infinitos que podem se conectar com eles.

Portanto, o espaço e o Território dentro dos quais a Inteligência Artificial está se movendo não é um espaço "real", mas um espaço "virtual" que, no entanto, reflete no mundo "real" todas as consequências das ações que ocorrem dentro dele. E esse recurso é milagroso e terrivelmente perigoso. Pode-se deduzir que, se não for adequadamente controlado, adequadamente regulamentado e estudado, esse fenômeno corre o risco de ter implicações perversas. O espaço da Internet no qual a Inteligência Artificial se move é um novo espaço, um mundo no mundo que permite a comunicação e o movimento permanecendo perfeitamente imóveis. O tempo perde significado no mundo da Internet e o espaço adquire uma importância significativa. Espaço que, no entanto, perde as características tradicionais e conhecidas do Território até o momento. Fronteiras quase infinitas, espaço infinito e movimentos instantâneos. Essa é a área na qual a Inteligência Artificial se move. O estudo das relações existentes entre Globalização, Território, soberania e Inteligência Artificial parece hoje mais do que nunca uma importância considerável.

²³ Bauman, Zygmunt, **Globalização: as consequências humanas**, Trad. Plínio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 18-19.

²⁴ RODOTÀ, Stefano, **Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**, Trad. à obra do autor, Sagittari Laterza, Roma-Bari, 1997, p.124

3. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E TERRITÓRIO: OS LIMITES TERRITORIAIS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DAS REDES TELEMÁTICAS.

Nesse ponto, parecem necessárias reflexões sobre a relação entre território e Inteligência Artificial.

É difícil dar uma definição certa e definitiva do que é Inteligência Artificial, mas, para os propósitos da presente pesquisa e tendo em mente a complexidade do tema, usaremos o conceito cunhado por Ben Coppin, que deu à Inteligência Artificial o seguinte significado: "métodos baseados no comportamento inteligente de humanos e outros animais para resolver problemas complexos"²⁵.

Portanto, a Inteligência Artificial difere de um robô automático simples devido à sua capacidade de aprender com seus erros e encontrar soluções lógicas, matemáticas e sistemáticas para as questões colocadas à sua atenção²⁶.

Nesta pesquisa, nenhuma referência é feita à hipótese de ficção científica de que a Inteligência Artificial tem uma "consciência" e, portanto, tem sua própria moralidade e autoconsciência, mas sim a uma Inteligência Artificial capaz de analisar e processar dados de maneira inteligente.

Essas incríveis capacidades da Inteligência Artificial caíram em um contexto que é o da realidade. O desenvolvimento e uso que as empresas privadas fazem da Inteligência Artificial estão relacionados principalmente à análise e coleta de dados. Dados, estes últimos, coletados pela Internet, um espaço onde a Inteligência Artificial encontra sua expressão máxima²⁷.

A Inteligência Artificial possui uma característica da qual o homem não pode tirar proveito (se não apenas em parte): a incorporealidade. De fato, a Inteligência Artificial é capaz de circular livremente na Internet a uma velocidade inatingível pelo ser humano. E sua incorporealidade e suas características peculiares impõem uma profunda reflexão sobre seu uso pela sociedade moderna, estados e empresas²⁸.

Com máquinas modernas e as técnicas de eletrônica e circuitos integrados, a Inteligência Artificial é miniaturizada, quase ao ponto de se tornar impalpável, de fato incorpórea. O coração

²⁵ COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. Tradução e revisão técnica: Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2010. Pag.4

²⁶ Lévy, Pierre, **As tecnologias da Inteligencia**: o futuro do pensamento na Era Informatica, Instituto Piaget, Lisboa. 1999 p 51

²⁷ <https://ethicaljournalismnetwork.org/fake-news-bad-journalism-digital-age> Acesso em 28/08/2019

²⁸ Ganascia, Jean Gabriel, **A inteligencia artificial**, Instituto Piaget, Lisboa, 1993 p.13

das máquinas, o chip, mede apenas alguns milímetros quadrados nos quais milhões de processos complexos ocorrem através de um labirinto de conexões²⁹.

A máquina perdeu, portanto, sua substância física: passou de máquinas grandes e pesadas para máquinas quase invisíveis e leves.

No entanto, as máquinas modernas, incluindo a Inteligência Artificial, independentemente de sua realidade material, também possuem uma realidade abstrata, pelo fato virtual, de um tipo lógico, matemático e linguístico³⁰. Uma realidade imaterial que gera as questões que deram origem à presente pesquisa.

Portanto, o problema é entender se existem ou não limites territoriais de uma máquina imaterial, que pensa e se move livremente dentro de um Território virtual como o da Internet sem fronteiras.

Se é verdade que o Território no qual o agente se move não tem limites, pode-se dizer que mesmo o agente não tem limites de movimento dentro dele, livre de qualquer regulamentação e de qualquer disciplina.

A Internet é um território que ainda hoje não possui uma disciplina jurídica certa e uniforme. Estados, empresas privadas e outros sujeitos favoreceram a fragmentação desse território. Temos sites, redes sociais nas quais o Estado se encontra deposto, em que os direitos fundamentais não são respeitados³¹.

Pense no que acontece na rede social do Facebook, na qual existem "proprietários" de grupos ou páginas fechados que censuram comentários indesejados ou excluem alguns usuários de uma maneira absolutamente antidemocrática e tirânica.

Agora é pacífico que a Internet não é um local fechado, uma sala onde qualquer um pode fazer o que deseja, pelo contrário, tanto a jurisprudência de vários Estados, como a doutrina jurídica e a sociologia, concordam com o fato de que é um espaço aberto e público, muito mais parecido com a Ágora de Atenas, onde ocorreram relações comerciais, sociais e políticas³².

Como existem vários centros de poder que regulam fundamentalmente o mesmo espaço,

²⁹ Ganascia, Jean Gabriel, **A inteligência artificial**, Instituto Piaget, Lisboa, 1993 p.14

³⁰ ROCHA FERNANDES, Anita Maria da, **Inteligência Artificial: Noções Gerais**, Visual Books, Florianópolis, 2005 p.3

³¹ BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade Líquida**, Trad. Plínio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001, p. 36

³² RODOTÀ, Stefano, **Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**, Trad. à obra do autor, Sagittari Laterza, Roma-Bari, 1997, p.20

não há disciplina legal efetiva e uniforme sobre esse território. Quando isso acontece, o espaço possui áreas cinzentas e não regulamentadas³³.

A Inteligência Artificial, tomada por si só, não está sujeita a um certo poder. Ele se move livremente, de maneira inteligente e lógica, sendo capaz de evitar as "zonas" reguladas da Internet, com vários poderes descendo nas inter cavidades da rede telemática, evitando assim o controle e a vigilância necessários sobre ela. Esse fato é sublinhado quando os usuários transferem seus dados para a rede, incluindo dados confidenciais.

Anteriormente, no início do parágrafo, foi mencionado que as máquinas corporais e pesadas se tornaram incorpóreas, de fato virtuais e leves. Esse procedimento também ocorreu de maneira diferente com indivíduos humanos que, criando "perfis" feitos de dados, bytes, transpuseram sua pessoa real para a tela, criando uma pessoa virtual, também incorpórea³⁴.

Portanto, na rede telemática em que os indivíduos agem, trocam dados, transferem dinheiro, compram objetos e se relacionam, eles vêem esse "viver" no mundo virtual ameaçado devido à falta de regulamentação das instituições que devem proteger seus direitos fundamentais. O que acontece é que os indivíduos, sem a presença do Estado, colocam a defesa e a proteção de seus direitos nas mãos de outros sujeitos, como empresas privadas. E assim o poder do Estado é deslegitimado.

Diante desse cenário, podemos ter finais diferentes que são mais ou menos positivos. Se a Inteligência Artificial pudesse acessar esses lugares onde os indivíduos vivem, através de zonas francas precisamente não regulamentadas, estaríamos diante de um cenário em que os dados e, portanto, os corpos virtuais dos usuários, estariam sujeitos a epílogos desconhecidos. Assim, surge a ideia de que a fronteira territorial da qual a linha de demarcação está sendo procurada e tentando inutilmente delimitar de maneira externa não é, precisamente, uma fronteira externa, pois a Internet é um Território sem fronteiras, mas de fronteira interna, uma espécie de recinto, uma área segura onde os indivíduos podem viver sua vida virtual em serenidade e na qual a Inteligência Artificial pode ser acessada sendo controlada e regulada pelos poderes do Estado. Parece claro que essas áreas demarcadas não são atribuíveis a um Estado em vez de um outro. São áreas comuns, áreas transnacionais e, portanto, precisam de uma disciplina jurídica inovadora e diferente daquela a que estamos acostumados hoje.

³³ ZAGREBELSKY, Gustavo, **Imparare democrazia**, Trad à obra do autor, Einaudi, Torino, 2007, p. 104-105

³⁴ ROZO ACUNA, Eduardo, **Habeas Data costituzionale: nuova garanzia giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano**, em: **Diritto pubblico comparato ed europeo**, n. 4, Il Mulino, Bologna 2002

É bom repetir que a Internet não tem fronteiras. Não há um Estado ou outro sujeito que pode legitimamente reivindicar sua soberania sobre um Território virtual para o qual não é possível estabelecer seu fim. O mesmo acontece com a Inteligência Artificial que se move dentro desse espaço. É claro que até hoje o espaço cibernético não é regulado de maneira uniforme, existem espaços não regulados pelo Estado, espaços não regulados por ninguém, nos quais vigoram a ilegalidade ou a clandestinidade, é claro que a Inteligência Artificial que atua nessa realidade pode causar danos inimagináveis. A Inteligência Artificial não é um robô automatizado que simplesmente executa uma ordem mecânica. Pensa, raciocina, resolve problemas complexos. Não se está falando da hipótese de ficção científica em que a Inteligência Artificial tem sua própria moral ou consciência. Fala-se de uma Inteligência Artificial usada por Estados ou empresas privadas para coletar dados de sujeitos. E é por isso que é importante estabelecer essas fronteiras internas na Internet, nas quais existe uma espécie de "Constituição da Internet", na qual os direitos fundamentais dos usuários, independentemente de sua origem geográfica no mundo real, são respeitados e protegidos da mesma maneira que eles seriam protegidos e respeitados no mundo real.

Alguns países, incluindo o Brasil com o Marco Civil da Internet³⁵, tentaram trazer ordem e regular esse espaço. Porém, essas experiências revelam-se não ser muito eficazes. O elemento que não foi levado em consideração na redação desses regulamentos foi o fato de que esse assunto requer regulamentação não local, mas transnacional.

Se houvesse uma estrutura legal uniforme para todos os estados, dois problemas seriam resolvidos:

1) Antes de tudo, quando a inteligência artificial é usada na Internet, todos os usuários vêem seus direitos fundamentais protegidos e, ao mesmo tempo, empresas privadas ou outras entidades, se desejarem fazer uso da inteligência artificial, podem usá-la sob o controle do poder do Estado por não infringir nenhum direito.

2) Em segundo lugar, a regulamentação transnacional restauraria um equilíbrio social e político que está faltando. Os Estados restaurariam, assim, a legitimidade de seu poder e soberania, fortemente enfraquecida pelo fenômeno da globalização e da fragmentação territorial e da soberania, como exposto anteriormente, sobre um novo território, com as características

³⁵BRASIL, Lei Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014, disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm acesso em 26/08/2019

típicas de um território globalizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda há muito a ser estudado e observado em relação ao mundo virtual, sua dinâmica e as consequências que as ações executadas nele têm no mundo real.

Além desse enorme problema, as novas tecnologias que estão sendo desenvolvidas passarão a se mover principalmente neste novo espaço que, embora já analisado, estudado e destacado quais são os problemas, hoje não possui uma regulamentação uniforme. As tentativas feitas até o momento não se mostraram eficazes por dois motivos:

1) Primeiro, porque não levaram em consideração o fato de a Internet ser um espaço globalizado, infinito e sem barreiras ou fronteiras.

2) Em segundo lugar, porque a legislação localizada não é eficaz na proteção dos direitos dos indivíduos.

Mesmo a disciplina de novas tecnologias emergentes relacionadas ao mundo da Internet, incluindo inteligência artificial, sofrem do mesmo problema.

O que é destacado e esperado é que as forças institucionais, forças políticas, associações, organizações não-governamentais e empresas privadas colaborem entre si em nível mundial para garantir os direitos dos indivíduos que se deslocam na Internet. Que esses sujeitos conseguem definir áreas dentro do mundo virtual nas quais os indivíduos podem viver seu alter ego virtual vendo seus direitos protegidos. Por outro lado, mas não menos importante, com uma regulamentação transnacional, a inteligência artificial, quando usada para qualquer finalidade que não seja "*contra legem*", pode se mover e desempenhar todas as suas funções sem violar os direitos dos indivíduos e favorecer, em vez disso, os interesses legítimos dos sujeitos que o usam.

Isso não apenas permite a garantia dos direitos dos indivíduos, que inevitavelmente se tornam "cidadãos digitais" na Internet, mas, ao mesmo tempo, permite o controle da inteligência artificial, não apenas dada a empresas privadas cujo objetivo, diferentemente do Estado, não é a proteção dos interesses e direitos dos cidadãos.

Uma legislação supranacional é mais do que nunca uma emergência em referência a esse fenômeno que não está longe de nós no espaço e no tempo, mas está aqui, está no presente e as consequências de uma não regulamentação não são previsíveis ou calculáveis, e as hipóteses

dessas conseqüências eles não são animadores.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BADIE, Bertrand, **La fine dei territori. Saggio sul disordine internazionale e sulla utilità sociale del rispetto**, Trad em Italiano Mario Cardona, Trad. em portugues a obra do autor, Asterios Editore, Trieste, 1996

BAUMAN, Zygmunt, **Globalização: as consequencias humanas**, Trad. Plinio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001

BAUMAN, Zygmunt, **Modernidade Liquida**, Trad. Plinio Dentzien, Zahar, Rio de Janeiro, 2001

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de João Ferreira, Carmen Varriale et al. Brasília: UNB, 1986

BRASIL, Lei Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014, disponivel: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm acesso em 26/08/2019

COPPIN, Ben. **Inteligência artificial**. Tradução e revisão técnica: Jorge Duarte Pires Valério. Rio de Janeiro: LTC, 2010

CRUZ, Paulo Marcio da, **Fundamentos do Direito Constitucional**, Juruà editora, Curitiba, 2002

GANASCIA, Jean Gabriel, **A inteligencia artificial**, Instituto Piaget, Lisboa, 1993

LÈVY, Pierre, **As tecnologias da Inteligencia: o futuro do pensamento na Era Informatica**, Istituto Piaget, Lisboa. 1999

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias Globais: fragmentações do mundo**, Ijuí, Unijuí, 2005

OLIVERA ASCENSAO, Jose de. **Sociedade da informacao e mundo globalizado**, in Studia Iuridica 73, colloquia - 12, Globalização e Direito, Coimbra editora, Coimbra 2003

PASOLD, Cesar Luiz, **Metodologia da pesquisa juridica**, EMais, Florianopolis, 2018

ROCHA FERNANDES, Anita Maria da. **Inteligencia Artificial: Noções Gerais**, Visual Books, Florianopolis, 2005

RODOTÀ, Stefano, **Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**, Trad. à obra do autor, Sagittari Laterza, Roma-Bari, 1997

ROZO ACUNA, Eduardo, **Habeas Data costituzionale: nuova garanzia giurisdizionale del diritto pubblico latinoamericano**, em: **Diritto pubblico comparato ed europeo**, n. 4, Il Mulino, Bologna 2002

STELZER, Joana, **Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009

ZAGREBELSKY, Gustavo, **Imparare democrazia**, Trad à obra do autor, Einaudi, Torino, 2007

O CARÁTER TRANSNACIONAL DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E SEUS EFEITOS COERCITIVOS

Gabriela Marson Sandri¹

Orlando Luiz Zanon Junior²

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade é marcada por profundas transformações impulsionadas pelas novas tecnologias da informação e da comunicação, atingindo, indistintamente, todos os setores da Sociedade e da Economia. Essas transformações têm produzido inovações nas práticas no cotidiano, nos estilos de vida, na esfera comunicativa e, cada vez mais, na produção do capital.

Essa nova tendência mundial fez emergir legislações sobre a proteção de dados nos mais diversos países que se interligam no contexto do fluxo de informações, com caráter transnacional, oriundo das operações realizadas pelos diversos atores.

As bases para a regulação da privacidade no âmbito das relações sociais, econômicas e comerciais desenvolvidas no âmbito da sociedade da informação, propulsionadas pela Internet, foram lançadas pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (“GDPR”), atualmente tomado como *benchmark* em termos de proteção de dados pessoais e que vem atuando com forte pressão no âmbito transnacional para que as demais nações do globo terrestre adotem medidas protetivas similares às suas, para que seja autorizado o intercâmbio de dados com o referido bloco econômico.

Neste contexto, o presente capítulo tem como objetivo geral analisar os elementos do GDPR que levaram o Brasil a adotar uma lei nacional de proteção de dados e seus reflexos nas relações econômicas e comerciais entre o bloco europeu e os Estados Unidos da América.

Para tanto, este capítulo foi dividido em três itens.

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI em dupla titulação com a Delaware Law School, Widener University - EUA. Graduada em Direito pela UNIVALI. Especialista em Contratos Internacionais pela PUC/SP. Pesquisadora nas áreas de Direito e Tecnologia com ênfase na Proteção de Dados Pessoais. Advogada. E-mail: bimarson@hotmail.com

² Juiz de Direito. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Dupla titulação em Doutorado pela UNIPG (Itália). Mestre em Direito pela UNESA. Pós-graduado pela UNIVALI e pela UFSC. Professor Programa de Pós-graduação da UNIVALI, da Escola da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC) e da Academia Judicial (AJ). Membro da Academia Catarinense de Letra Jurídicas (ACALEJ). E-mail: olzjunior@gmail.com

O primeiro item tem a finalidade de identificar como os efeitos da globalização contribuíram para a caracterização da sociedade da informação.

O segundo item, por sua vez, objetiva demonstrar como as transformações no campo da tecnologia da informação e comunicação impactaram a privacidade dos indivíduos e deram ensejo à promulgação de leis de proteção de dados pessoais em diversas nações, notadamente no Brasil, a partir do reconhecimento do fenômeno da transnacionalidade.

Já o terceiro item irá endereçar como o GDPR pode ser considerado um instrumento de coerção transnacional, uma vez que a observância de seus dispositivos se tornou condição imprescindível para a transferência de dados pessoais oriundos do bloco europeu, sobrepondo-se, inclusive, às regras previamente estabelecidas pela OCDE.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ foi utilizado o Método Indutivo⁴ e, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano⁵.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

1. OS EFEITOS DA GLOBALIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA Sociedade DA INFORMAÇÃO

Na sociedade pré-industrial, era o produto agrícola que impulsionava a economia da época, sendo a terra a principal fonte de riqueza. Com a criação das máquinas a vapor e o advento da eletricidade, houve uma profunda transformação da sociedade, sendo estes os insumos centrais da produção fabril que permeou a era industrial. Após a Segunda Guerra Mundial, na chamada sociedade pós-industrial, observou-se a ascensão dos serviços como meio de destaque na

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

⁵ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁶ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

⁷ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

⁸ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

⁹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

produção de riquezas e mola propulsora da economia, de modo que a sociedade não se caracterizava mais pelo que se poderia produzir, mas sim pelos serviços que poderia ofertar¹⁰.

Após a revolução industrial, com um aumento populacional considerável, relações comerciais complexas e de grande porte e a quebra de barreiras geográficas, porém, percebeu-se que a forma de as pessoas se relacionarem, especialmente em se tratando de aspectos contratuais, estava tornando-se obsoleto. A partir daí, viu-se a necessidade de uma coleta e armazenamento maior e mais eficiente de informações pessoais.

Sobre a importância da informação no contexto contemporâneo, cumpre citar BIONI:

No estágio atual, a sociedade está encravada por uma nova forma de organização em que a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia, substituindo os recursos que outrora estruturavam as sociedades agrícola, industrial e pós-industrial.¹¹

O que se observa é que essa nova estrutura social teve como base os mecanismos criados pela evolução tecnológica, os quais adquiriram a capacidade de processar e transmitir informações em quantidade, velocidade e alcance que não se poderiam imaginar.

MENDES¹² assevera que a utilização massiva de dados pessoais a partir da segunda metade do século XX pode ser associada a duas características principais do Estado pós-industrial: a burocratização, tanto do setor público, quanto do privado, e o desenvolvimento da tecnologia da informação, sendo que “ambos os fenômenos, que podem ser considerados transnacionais, suscitaram o processamento dos dados pessoais por governos das mais variadas ideologias políticas e por grandes corporações empresariais, com finalidades estatísticas, administrativas, negociais e investigativas”.

Segundo LASH¹³, o poder deixou de se localizar no capital como meio de produção material e, então, passou a se concentrar no complexo poder/conhecimento – vinculado a empresas supranacionais – do modo da informação. Para o autor, nessa segunda modernidade, que é a evolução da sociedade industrial para a sociedade informacional, a classe média não é mais uma “classe de serviços”, mas uma classe “servida”, pois seu trabalho (processamento de informações) não está subsumido às necessidades da acumulação industrial, mas à acumulação de informação.

¹⁰ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 18

¹¹ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 20

¹² MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor** – linhas gerais de um novo direito fundamental. Saraiva: São Paulo, 2014. (Posição 572)

¹³ LASH, Scott. **A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade**. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony Giddens; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução: Magda Lopes; revisão técnica de Cibele Saliba Rizek. 2 ed. São Paulo: Unesp. 2012. Título Original: *Reflexive Modernization*. p. 198

Assim, os meios de produção, como capital constante fixo (hardware) e capital constante circulante (software) são informatizados, sendo a informação o recurso mais importante desta era.

Ao descrever a globalização como um traço da transição da sociedade para a segunda modernidade, fundamentalmente caracterizada como a sociedade da informação (ou informacional, na conceituação de Manuel Castells), BECK¹⁴ destaca o seu efeito politizante, uma vez que todos os atores e organizações estão sujeitos às exigências da globalização.

Segundo o sociólogo, a globalização pode ser compreendida como “os processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais”¹⁵, bem como “a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil”¹⁶ e destaca o papel de uma rede global de informação, simbolizada pelos satélites, em processo de globalização informativa, que se sobrepôs à soberania de informação do estado nacional¹⁷.

As mudanças sociais são tão drásticas quanto os processos de transformação tecnológica e econômica e, atualmente, é possível evidenciar a penetrabilidade da tecnologia em todas as esferas da vida humana¹⁸.

Assim, verifica-se que a sociedade atual não é a mesma de décadas atrás. Trata-se da nova sociedade formada através da modernização tecnológica, a chamada “sociedade da informação”, cujas principais características, de acordo com MARQUES e CRESPO¹⁹, são “a ausência de fronteiras e as distintas formas de comunicação relacionando-se constantemente com a produção e disseminação de conteúdo digital”, que se encontram em um estágio de absoluto dinamismo no que se refere à circulação de dados na Internet.

¹⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 225

¹⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** p. 30

¹⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** p. 46

¹⁷ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** p. 41

¹⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação**. Vol. I. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012. Título Original: Rise of the Network Society: The Information Age. Original escrito em 1942.p. 40

¹⁹ MARQUES, Gil da Costa, CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Um panorama sobre a Sociedade da Informação: o cloud computing e alguns aspectos jurídicos no ambiente digital**. In: Direito, Inovação e Tecnologia. Coordenadores: Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Zavaglia P. Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124

COLOMBO e FACHINI NETO²⁰ ressaltam a revolução da própria Internet nos últimos anos, que deixou de ser uma ferramenta de uso passivo, no qual as pessoas buscavam informações, para ser uma ferramenta de total interação e fabricação de conteúdo por seus usuários diariamente.

Neste ponto, há de se destacar o papel fundamental da globalização que, dentre suas consequências, evidencia-se um maior acesso à Internet, intrinsicamente vinculada à transnacionalidade.

Nesse contexto, o surgimento das ferramentas de digitalização, aumentada pela tecnologia de banda larga (Internet de alta velocidade), não somente estimulou a produção e disseminação de conteúdo em diversos formatos, mas especialmente permitiu que categorias como acesso, interação e conectividade se tornassem valores da vida contemporânea na sociedade da Informação.

Como a indústria da tecnologia da informação está no núcleo dinâmico dessa revolução tecnológica, seus produtos têm a característica de “permear, potencialmente, todo o processo produtivo”. A mencionada indústria não apenas cria novos produtos ou serviços, como contribui para a reestruturação de todos os demais setores, interligando mercados pela via eletrônica e difundindo informações (e produtos) de maneira globalizada, aumentando, por conseguinte, a geração, a distribuição e a exploração do conhecimento²¹.

Impende, mais uma vez, destacar os ensinamentos de BECK²², para quem a comunicação eletrônica viabilizou o contato ativo, recíproco e simultâneo entre atores individuais que ultrapassa as fronteiras entre países, religiões e continentes, algo que, até então, não se poderia imaginar.

2. O ADVENTO DAS NORMAS DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL: O RECONHECIMENTO DO FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE

A sociedade da informação, fortemente marcada pelos avanços tecnológicos no

²⁰ COLOMBO, Cristiano; FACHINI NETO, Eugênio. **Mineração de dados e análise preditiva**: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para a sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. In: Revista de direito, governança e novas tecnologias. v. 3. n. 2. jul-dez 2017. p. 61.

²¹ COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira; SILVEIRA, Vladimir Oliveira. **O processo de inovação tecnológica e elementos da sustentabilidade digital**. In: Direito, Inovação e Tecnologia. Coordenadores: Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Zavaglia P. Coelho. p. 179

²² BECK, Ulrich. **O que é globalização?** p. 186

processamento do conhecimento, tem, também, como característica o aumento no uso e na qualidade das redes de sensores, tais como as câmeras de vigilância, objetos os mais variados equipados com computadores embutidos – a chamada “Internet das Coisas” –, característica essa que, juntamente com os bilhões de *smartphones* que todos os dias registram localizações, movimentos e atividades, proporcionam a chamada “coleta ubíqua de dados”, em razão de que quase tudo que as pessoas fazem resulta na captura, armazenamento e, é claro, no compartilhamento desses dados com terceiros.

O fato de todos os dados acima mencionados serem digitais é muito significativo, uma vez que eles podem ser armazenados, compartilhados, acessados, combinados e duplicados em velocidade extraordinária, a baixo custo, a partir de qualquer lugar do mundo, além de serem acompanhados de meta dados.

De acordo com SCHNEIER²³, há aproximadamente cinco vezes mais meta dados do que informações, os quais podem ser obtidos através do cruzamento de informações pela tecnologia *Big Data* e têm a capacidade de se mostrarem extraordinariamente reveladores.

Com o advento da computação em nuvem, por sua vez, as pessoas não têm mais a necessidade de armazenar informações em servidores pessoais, de maneira localizada. O armazenamento pode ser atualmente fornecido a um custo muito menor remotamente do que localmente, com servidores localizados em qualquer local do planeta.

Ao se pensar na importância do *Big Data*, é crucial, também, ter em mente que o acesso a tantos dados, de tantas fontes diferentes, não teria a relevância que hoje se observa sem a aplicação do poder computacional para processar e criar inteligência de tais dados. Esse poder computacional capaz de produzir metadados se denomina Inteligência Artificial, e, através de seu uso, é possível inferir padrões, realizar descobertas e revelar segredos até então desconhecidos.

A expansão da Revolução Industrial foi seletiva e lenta pelos padrões atuais de difusão tecnológica. As novas tecnologias da informação, por sua vez, difundiram-se globalmente com grande velocidade em menos de duas décadas, entre meados dos anos 70 e 90, por meio da aplicação imediata no próprio desenvolvimento da tecnologia gerada, conectando o mundo

²³ SCHNEIER define meta-dados da seguinte forma: Data is content, and metadata is context. Metadata can be much more revealing than data, especially when collected in the aggregate. When you have one person under surveillance, the contents of conversations, text messages, and e-mails can be more important than the metadata. But when you have an entire population under surveillance, the metadata is far more meaningful, important, and useful.

através da tecnologia da informação²⁴.

Toda essa rede de dados disponível trouxe uma capacidade de aumentar lucros e diminuir desperdícios. Portanto, tais informações passaram a ser muito valiosas e quem as detém obtém grande vantagem competitiva no desenvolvimento de novos produtos, além de garantir o consumo dos bens que produz pela capacidade de condicionamento de mercado possibilitado, justamente, pela inteligência obtida por meio do cruzamento de dados pessoais.

De fato, a revista britânica *The Economist* compara a coleta de dados pessoais e sua transformação em informações úteis ao descobrimento do petróleo como combustível no século passado²⁵.

Com o avanço tecnológico, os atentados à intimidade e à vida privada, inclusive e especialmente por meio da rede mundial de computadores (Internet), tornaram-se muito comuns. Conforme assevera Pablo Stolze *apud* LOPES²⁶: “não raro determinadas empresas obtêm dados pessoais dos usuários (profissão, renda mensal, hobbies), com o propósito de ofertar os seus produtos, por meio de técnicas ofensivas à intimidade e à vida privada”.

Em 1890, o direito à privacidade foi tratado, de forma pioneira, nos Estados Unidos por Samuel Warren e Louis D. Brandeis, que posteriormente se tornaria *Justice* da Suprema Corte americana, no artigo intitulado “The Right to Privacy”²⁷, publicado na Harvard Law Review. No referido texto, construiu-se a ideia de um direito básico à proteção da pessoa e de um direito de estar sozinho (*right to be let alone*). Partindo deste ponto inicial é que se desenvolveu o pensamento de que o indivíduo teria o direito de decidir sobre divulgação de informações pessoais relevantes sobre sua pessoa, que serviu como base para o que o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1983, definisse o direito à autodeterminação informativa.

No que se refere à vida privada, impende destacar a conceituação de LAFER²⁸, para quem é “o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no

²⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação. p. 70

²⁵ THE ECONOMIST. **The world’s most valuable resource is no longer oil, but data**: the data economy demands a new approach to antitrust rules. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 20/10/2019.

²⁶ LOPES, Alan Moreira. **Lei 12.965, de 23.04.2014** – estabelece princípio, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (marco civil da internet). In TEIXEIRA Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. *Direito das novas tecnologias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (p. 50)

²⁷ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. Foreword by Steven Alan Childress. New Orleans: Quid Pro Law Books, 2010. (Versão Kindle). p. 5.

²⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

âmbito da vida privada”.

Há tempos a sociedade civil globalizada demanda a imposição de limites na coleta e uso de dados pessoais por organizações públicas e privadas. Essas demandas e esforços têm forte embasamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que reconheceu valores da proteção à privacidade e a liberdade de informação, opinião e expressão.

Faz-se importante contextualizar o processo pelo qual a Europa estava passando após a Segunda Guerra Mundial. As nações estavam reconstruindo e reestabelecendo suas instituições, firmemente convictas em deixar para trás as marcas da perseguição nazista e dar ensejo a uma nova era de direitos, para que os horrores da degradação humana e da perseguição se tornassem uma prática banida para sempre.

De forma sintética, os horrores da segunda grande guerra e os escândalos de espionagem, juntamente com a mercantilização da vida íntima dos indivíduos, invariavelmente, levantaram questões sobre os anseios da sociedade em termos de preservação da intimidade na consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de diversas constituições nacionais, inclusive a brasileira.

A coleta “predadora” de dados pessoais gerou uma transformação no sentido clássico do direito à privacidade que, entendia-se, em última instância, ser “o direito de ser deixado em paz”, para ser, além do já proposto, também o direito de não ter sua vida pessoal invadida e posta à venda²⁹.

Identificou-se, por conseguinte, a necessidade de regular o mercado para prevenir o enriquecimento ilícito e antiético por meio da utilização indiscriminada de dados pessoais no desenvolvimento de perfis e produtos tecnológicos, cujas consequências e reações adversas ainda não são passíveis de ser mensuradas, a exemplo da utilização da energia nuclear que, embora apresente inúmeros benefícios, traz em seu bojo um poder tão destruidor que a transformou em objeto de regulação em âmbito global.

Insta destacar o que observou BECK³⁰:

A tarefa da política consistiria, ao menos neste ponto, em esclarecer para a opinião pública que a globalização não pode significar o abandono de tudo às forças do mercado. Cresce com a

²⁹ COLOMBO, Cristiano; FACHINI NETO, Eugênio. **Mineração de dados e análise preditiva**: reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para a sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. p. 66.

³⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** p. 227

globalização a necessidade de regulamentações internacionais, de convenções e instituições internacionais para transações que ultrapassam fronteiras.

Considerando o acima exposto, mister reforçar o papel da ciência jurídica na sistematização, disseminação, controle, revisão e segurança na produção do conhecimento moral, ético e jurídico, em especial as limitações ao uso da força e das ações arbitrárias, favorecendo, dessa forma, a previsibilidade³¹.

De acordo com MENDES³², a transformação do conceito de privacidade em um direito autônomo à proteção de dados pessoais pode ser observada por meio da edição de legislações específicas e de decisões judiciais de diversos países, bem como a partir da aprovação de acordos internacionais e transnacionais em diferentes níveis. Todos esses instrumentos compartilham conceito segundo o qual os dados pessoais constituem uma projeção da personalidade do indivíduo e que, portanto, merecem uma tutela jurídica.

O direito à proteção de dados pessoais surge, portanto, como um novo direito autônomo, de grande relevância no contexto da sociedade da informação, haja vista a exposição e fragilidade dos indivíduos frente à evolução tecnológica que desafia o direito no alcance da jurisdição de seus institutos em um mundo fortemente globalizado e sem fronteiras, notadamente no que se refere às relações e transações operacionalizadas no mundo digital.

Nesse contexto, as atividades e serviços que, de qualquer forma e por qualquer meio, utilizam dados pessoais estão sendo diretamente impactados por políticas de proteção à vida privada, à intimidade e ao livre desenvolvimento da personalidade humana, tais como as normas de proteção de dados pessoais.

Foi nesse contexto, impulsionado pela edição do General Data Protection Regulation – GDPR, o regulamento europeu sobre a proteção de dados pessoais, que prevê condições para o compartilhamento transnacional e a transferência internacional de dados, condições estas capazes de afetar as relações comerciais com o bloco europeu, e pressionado pela sociedade civil, que se viu necessidade de se editar uma lei prevendo as regras para o tratamento de dados pessoais no Brasil, a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (“LGPD”).

A LGPD se aplica a pessoas físicas e jurídicas tanto de direito público, como de direito

³¹ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 52.

³² MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor** – linhas gerais de um novo direito fundamental. Saraiva: São Paulo, 2014. (Posição 510)

privado, que efetuem qualquer uma das operações consideradas como tratamento de dados pessoais. A parte final do art. 1º dispõe sobre objetivo específico da lei, que é a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

De fato, essa preocupação de tutelar de forma mais específica referidos direitos fundamentais tornaram-se ainda mais necessária com a evolução da informática e das telecomunicações, e, especialmente após 1970, com o advento dos computadores, quando houve um incremento no uso de processamento de dados. Nota-se que esse período coincidiu com a formação de blocos econômicos regionais, que estimulou o compartilhamento de dados pessoais em grandes quantidades e em escala internacional³³.

Esse cenário revelou um aumento de produtividade e eficiência de empresas e governos e, por outro lado, também fez crescer a preocupação com a proteção da privacidade de indivíduos, sobretudo diante do fluxo transfronteiriço de dados. Por isso surgiram leis de proteção da privacidade do indivíduo, relativamente ao tratamento de seus dados pessoais, alinhadas com o sentimento de equilíbrio entre a proteção das liberdades individuais e a preservação de um fluxo aberto de dados pessoais capaz de sustentar o livre comércio internacional³⁴.

A LGPD tem, ainda, assim como o GDPR, alcance extraterritorial, ou seja, efeitos internacionais, na medida em que se aplica também aos dados que sejam tratados fora do Brasil, desde que a coleta tenha ocorrido em território nacional, ou por oferta de produto ou serviço para indivíduos no território nacional ou estivessem no Brasil. Desse modo, o dado pessoal tratado por uma empresa de serviço de *cloud computing* que armazene o dado fora do país, por exemplo, terá que cumprir as exigências da LGPD.

Considerando que um dos objetivos das normas de proteção de dados é a proteção do titular de dados contra intromissões em sua vida privada e o uso arbitrário de suas informações pessoais, é essencial que tais normativas prevejam, também, a proteção contra o estado, de modo a evitar o comprometimento dos direitos de personalidade.

Há uma preocupação legítima no que se refere à vigilância perpetrada pelo estado, aos moldes daquela descrita na obra 1984, de George Orwell, um clássico da literatura que descreve um futuro distópico no qual o estado, o grande *Big Brother*, exerce o controle social através de

³³ VANZOIF, Rony. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice;. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados**. p. 20

³⁴ VANZOIF, Rony. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice;. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados**. p. 20

uma vigilância ostensiva possibilitada pela tecnologia.

Nota-se que, conforme anteriormente aludido, o direito tem, também, como função limitar os poderes do estado para que não haja interferência desarrazoada nas liberdades individuais e garantias fundamentais dos cidadãos, um dos motivos que, como se verá a seguir, a União Europeia considera os EUA como não adequados em termos de proteção de dados pessoais em razão do amplo acesso do estado aos dados armazenados naquele país, acesso esse amplificado após os ataques de 11 de setembro de 2001, que culminaram com a edição do USA PRIVACY ACT.

No que se refere à evidente transnacionalidade que resulta da aplicação dessas normativas, segundo o que expõe KOH³⁵, é necessário compreender o “Processo Jurídico Transnacional” para entender como o direito transnacional funciona, processo esse em que os estados e outros agentes transnacionais privados se valem da mistura do processo jurídico doméstico e internacional para internalizar as normas jurídicas internacionais, por meio de ciclos repetidos de “interação-interpretação-internalização”.

Para fins de ilustração do processo jurídico transnacional, o referido professor traz como exemplo a *lex mercatoria*, um conjunto de regras desenvolvidas como forma de regulamentação de negócios entre comerciantes no Mediterrâneo, levadas à Inglaterra pelos mercadores ingleses, onde foram incorporadas ao Common Law inglês e posteriormente migraram para a Common Law norte-americana. A *lex mercatoria* passou, então, a integrar a lei estatutária de estados americanos e se tornou direito de tratados como parte da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, o que demonstra que a *lex mercatoria* foi domesticada através de um processo histórico, conforme se observa:

[...] ela começou como costume transnacional, se transformou em direito comum doméstico, foi transplantada para outro sistema nacional, codificada na lei estatutária doméstica e, finalmente foi adicionada à lei de tratados internacional, que é também lei federal nos Estados Unidos.³⁶

Observa-se, no ponto, que da mesma forma como o costume e as regras definidas para o comércio entre fronteiras definiram a *lex mercatoria*, o GDPR, embasado na forte pressão exercida pela União Europeia para a proteção dos dados pessoais dos cidadãos europeus, desponta como norma paradigma que levou as nações do globo que mantêm relações econômicas com o bloco europeu ou com seus cidadãos a reverem suas próprias legislações sobre o tema ou, até mesmo,

³⁵ KOH, Harold Hongju. **Why transnational law matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793, 2006. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793. p. 2 e 3

³⁶ KOH, Harold Hongju. **Why transnational law matters**. p. 2 e 3

implementar novas leis, como foi o caso do Brasil.

3. O GDPR COMO INSTRUMENTO DE COERÇÃO TRANSNACIONAL E SEUS EFEITOS NO BRASIL E NOS EUA: AS REGRAS PARA A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE DADOS

Uma exigência das leis nacionais de proteção de dados é que dados pessoais colhidos em seus territórios e que digam respeito a seus cidadãos somente sejam transferidos a países que possuam leis com grau de proteção de dados pessoais compatíveis com suas próprias legislações.

Contudo, ao se tratar de definir uma legislação que imponha limites à coleta de dados, é necessário fazer uma ressalva e enfatizar que a sociedade como um todo se beneficia enormemente dos produtos desenvolvidos a partir da possibilidade de tratamento de dados pessoais. A coleta de dados proporciona benefícios e conveniências que eram impossíveis antes do advento das novas tecnologias.

Tal como a circulação de mercadorias foi um elemento primordial para o desenvolvimento global após a Revolução Industrial, hoje o fluxo de dados é essencial para a nova etapa de desenvolvimento econômico e social³⁷.

Em 1980, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) emitiu um conjunto de diretrizes sobre a proteção da privacidade e o fluxo transfronteiriço de dados pessoais, as quais devem ser observadas por todos os estados-membros. Essas diretrizes, atualizadas em 2013, englobam uma estrutura da privacidade que estabelece os limites na coleta, armazenamento e uso de dados.

A compreensão das regras da OCDE para o fluxo transfronteiriço de dados é de grande valia, uma vez que os EUA, país que adota um sistema de proteção à privacidade e dados pessoais de forma setorizada, segue as diretrizes da OCDE, que são menos rígidas que aquelas estabelecidas pelo GDPR.

De forma simples e direta, a OCDE define o fluxo transfronteiriço de dados como sendo os “movimentos dos dados pessoais além das fronteiras nacionais”³⁸.

³⁷ GUTIERREZ, Andriei. **Capítulo IX – Da autoridade nacional de proteção de dados (ANPD) e do Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade**. n MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice;. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados. p. 401

³⁸ “Transborder flows of personal data” means movements of personal data across national borders. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data**. Disponível em: < https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 15/04/2020.

Na quarta parte das referidas diretrizes, estão estabelecidos os princípios básicos aplicáveis em âmbito internacional, quais sejam: o livre fluxo de dados e restrições legítimas e define as seguintes regras:

16. A data controller remains accountable for personal data under its control without regard to the location of the data.

17. A Member country should refrain from restricting transborder flows of personal data between itself and another country where (a) the other country substantially observes these Guidelines or (b) sufficient safeguards exist, including effective enforcement mechanisms and appropriate measures put in place by the data controller, to ensure a continuing level of protection consistent with these Guidelines.

18. Any restrictions to transborder flows of personal data should be proportionate to the risks presented, taking into account the sensitivity of the data, and the purpose and context of the processing³⁹.

A União Europeia, por meio do GDPR, ao contrário do que prevê as *guidelines* da OCDE, estabelece que, via de regra, a transferência internacional de dados é proibida, a menos que atendidas as condições previstas em lei e só podem ser realizadas a jurisdições que mantenham um nível adequado de proteção de dados pessoais ou quando o exportador dos dados tenha implementado mecanismo legítimo de transferência de dados.

A LGPD, por sua vez, disciplina as regras para a transferência internacional de dados pessoais em seu capítulo V e descreve as hipóteses permitidas, de forma exaustiva, em seu art. 33.

Da leitura do *caput*, é possível inferir que o legislador pretendeu restringir as hipóteses em que é permitida a transferência internacional de dados pessoais, sendo a sua possibilidade a exceção à regra.

Primeiramente, é importante frisar que, além das transferências de dados decorrentes de contratos e acordos de cooperação internacional, incorrem em transferência internacional de dados os órgãos e entidades que utilizam serviços de TI online, serviços em nuvem, serviços de acesso remoto e demais serviços e operações correlatas e, portanto, deverão implantar mecanismos legais para a transferência de dados.

Já o art. 34 da LGPD dispõe que o nível de proteção de dados do país estrangeiro ou do organismo internacional será avaliado pela ANPD, que deverá levar em consideração os requisitos dispostos na referida Lei. O Brasil espera, com isso, ser considerado pela União Europeia um país

³⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD guidelines on the protection of privacy and transborder flows of personal data**. Disponível em: < https://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf>. Acesso em: 15/04/2020.

com nível de proteção adequado para as operações transfronteiriças de tratamento de dados.

A título de exemplificação acerca de como o CNJ interpreta o risco de transferência de dados processuais para servidores armazenados em países terceiros, um caso emblemático envolvendo o uso de computação em nuvem pelo Poder Judiciário refere-se à suspensão pelo CNJ do processo de contratação da Microsoft pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para a “criação de estratégia de longo prazo na área digital e tecnológica, incluindo o desenvolvimento de um novo sistema de tramitação processual”, no valor estimado de R\$ 1 bilhão e 320 milhões. O TJSP justificou a escolha do serviço em nuvem da Microsoft por dois motivos: redução de custo com infraestrutura de *data center* e potencialização da incorporação de novas tecnologias e serviços disponíveis em nuvem.

Na decisão, proferida nos autos do procedimento de Acompanhamento de Cumprimento de Decisão 0000681-09.2014.2.00.0000, o Conselheiro faz ponderações pertinentes sobre as ressalvas do CNJ. Considerando a abrangência dos assuntos abordados, oportuno destacar alguns pontos da decisão: (i) a caracterização da Microsoft como empresa transnacional; (ii) preocupações com a inovação tecnológica em análise, especificamente quanto à segurança e ao sigilo das informações; (iii) as preocupações com escândalos de vazamentos de dados em grande escala ocorridos nos últimos anos; (iv) invasões de privacidade praticadas, sem exceção, sobre bases de dados mantidas pelas conhecidas empresas transnacionais de tecnologia; (v) nível de interesse que as informações que constam dos processos judiciais em trâmite no país podem despertar, como contratos, detalhes sobre a vida pessoal, dados patrimoniais, políticas de estado, preferências individuais ou coletivas, enfim, uma miríade de informações que integra muitos milhões de processos em curso ou arquivados.

A insegurança jurídica mais premente, contudo, refere-se ao fato de os dados estarem armazenados em jurisdições sujeitas a regimentos distintos, dados que contêm uma infinidade de informações sobre a vida, a economia e a sociedade brasileira, o que pode vir a colocar em risco a segurança e os interesses nacionais do Brasil, num momento em que há graves disputas internacionais justamente acerca dessa matéria.

Os EUA, por outro lado, têm relutado em estabelecer uma legislação federal sobre a matéria, o que tem gerado grandes embates nas relações comerciais e impactos nas empresas transnacionais que realizam a transferência de dados de cidadãos europeus para servidores localizados em solo americano.

Lisa Sotto, advogada estadunidense com forte atuação global na área do direito à privacidade, em evento⁴⁰ que teve como objetivo fomentar a discussão se os Estados Unidos deveriam adotar uma legislação federal sobre a temática da proteção a dados pessoais nos moldes do regulamento europeu, posição que ela defende, fez uma observação emblemática ao explicar a razão pela qual a proteção de dados tem status de direito fundamental na União Europeia, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos. A jurista asseverou que, por meio do uso dos dados pessoais de indivíduos, “in America, we *market* people to death. In Europe, they *put* people to death”. Ela destacou, também, que na Europa e na América Latina, dados pessoais sensíveis foram largamente utilizados para objetivos persecutórios durante os períodos ditatoriais.

No que se refere às interferências de normas internas nas relações internacionais, cumpre destacar que perdura a noção de que, dentro de seu próprio território, a jurisdição de uma nação é necessariamente exclusiva e absoluta. Entretanto, JESSUP⁴¹ destaca o “novo” interesse internacional, ou *intromissão*, em assuntos que já se acreditaram serem essencialmente internos, o movimento internacional em favor dos direitos humanos e contra crimes específicos como o genocídio (que podem ser inteiramente territoriais) conta com considerável apoio, a exemplo do que ocorreu na Europa nesse campo. E continua dizendo que “o assunto tem relevância aqui porque demonstra o início de uma aceitação da afirmação de que, mesmo no que concerne a assuntos inteiramente internos ou domésticos, o Estado soberano não é chefe absoluto em sua própria casa”⁴².

Sobre a questão, JESSUP⁴³ utilizou como exemplo a compra de armas pelo Egito ao bloco soviético, as ofertas soviéticas de ajuda financeira para construção da represa do Nilo podem ter tanto poder de compelir os Estados Unidos e a Grã-Bretanha a atender ao pedido quanto se houvesse uma legislação internacional que o fizesse legalmente obrigatório.

Aqui se observa a pressão comercial para a adoção pelo Brasil de uma legislação de proteção de dados aos moldes da europeia haja vista a legislação do Bloco Europeu conter dispositivo de que os dados tratados por aquele Regulamento somente poderiam ser transferidos e compartilhados com estados que detivessem grau semelhante de proteção de dados pessoais, o que não é (era) o caso do Brasil. Nesse caso em específico, a pressão foi ainda maior do que no

⁴⁰ Evento Data Done Right, realizado na cidade de Washington D.C., em 11.07.2019.

⁴¹ JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. Traduzido de: Transnational Law. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 48

⁴² JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. p. 49

⁴³ JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. p. 35

exemplo citado por JESSUP, em razão de o grau de proteção precisar ser comprovado por meio de lei.

Contudo, independentemente da adoção ou não de uma legislação específica, o fato é que as empresas e países que, de qualquer modo, mantenham relações comerciais ou façam o tratamento de dados de cidadãos europeus em solo brasileiro, precisam se adequar às exigências do Regulamento Europeu, restando nítido o caráter transnacional da axiologia da proteção de dados pessoais europeia, cuja força motriz foi centrada no aspecto econômico-comercial das relações entre as demais nações e o bloco europeu.

KOH⁴⁴ destaca que o direito transnacional é importante porque cada vez mais influencia as leis e políticas que nos governam, particularmente quando as leis e as políticas internacionais tornam-se internalizadas pelas leis e políticas dos estados nacionais.

Nesse ponto, vale, mais uma vez, destacar a influência do GDPR no Brasil, em que seu escopo se tornou lei em solo brasileiro, e que, todavia, não obteve o mesmo resultado nos Estados Unidos, país que, até o presente momento, não adotou uma legislação federal sobre a proteção de dados pessoais.

A respeito do tratamento da transnacionalidade nos Estados Unidos, cumpre apontar o que observou KOH⁴⁵, de que a Suprema Corte daquele país está dividida em “facções” transnacionalistas e nacionalistas. A facção transnacionalista tende a seguir uma abordagem de que os tribunais dos EUA devem olhar para além do interesse nacional, para os interesses mútuos de todas as nações em um bom funcionamento do regime jurídico internacional e devem ponderar se existe um campo que promove, ao invés de impedir, o desenvolvimento de um sistema internacional ordenado. Em contraste, a facção nacionalista tende a se concentrar mais em preservar a autonomia americana, mantendo uma rígida separação entre o direito doméstico e o estrangeiro. Esse desenho da posição da Suprema Corte dos Estados Unidos pode ser uma das razões que explica o posicionamento desse país em recepcionar as exigências do GDPR.

A transferência internacional de dados, instituto que não é novo e já vem sendo operacionalizado desde os primórdios das transações internacionais e tem sido potencializado pelo fenômeno da globalização, certamente continuará a aumentar.

Desde a adoção das diretrizes para o processamento de dados pessoais pela OCDE, em

⁴⁴ KOH, Harold Hongju. **Why transnational law matters**. p. 4

⁴⁵ KOH, Harold Hongju. **Why transnational law matters**. p. 5

1980, a proteção da privacidade e das liberdades individuais não é, por seu turno, o único objetivo de tais diretrizes. A OCDE almeja, também, albergar o fluxo transfronteiriço de dados pessoais de forma a prevenir disparidades entre normas nacionais que possam servir de empecilho ao livre fluxo de dados pessoais para além das fronteiras nacionais⁴⁶. Os EUA se baseiam, justamente, nas diretrizes da OCDE.

Na União Europeia, a proteção dos direitos dos cidadãos europeus se estende a países e empresas terceiros mesmo que o cidadão não esteja fisicamente em outro país. Os direitos devem ser protegidos, inclusive, quando a transferência de seus dados pessoais a países terceiros, muitas vezes sem que o titular dos dados tenha conhecimento dessa operação, uma vez que governos e empresas europeus utilizam provedores de serviços de armazenamento em nuvem de fora da União Europeia⁴⁷.

Da mesma forma, há a necessidade de proteção dos dados quando terceiros em países de fora da União (empresas ou autoridades governamentais) têm acesso a dados armazenados na Europa. Um exemplo dessa situação é a transferência de dados pessoais de dentro da União Europeia para os Estados Unidos em decorrência dos objetivos do *Terrorist Finance Tracking Program*. Segundo este acordo celebrado entre a União Europeia e os Estados Unidos, a *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication* (SWIFT) como o provedor designado fornece determinados dados financeiros de residentes da EU ao Departamento de Tesouro dos Estados Unidos⁴⁸.

A aplicabilidade da proteção, apesar de bastante abrangente, não significa, necessariamente, que os indivíduos têm direito à proteção contra todos os riscos da Internet. Uma proteção efetiva contra todos os riscos, ou seja, uma abordagem risco zero, seria muito difícil de atingir. Ademais, direitos fundamentais coincidem, e muitas vezes, chocam-se com outros direitos fundamentais e interesses públicos. *Trade-offs*, portanto, precisam ser feitos, como no caso acima exemplificado, em que se verifica o *trade-off* entre privacidade e segurança⁴⁹. Porém, a União Europeia tem uma visão mais restritiva em relação aos *trade-offs* feitos por seus cidadãos.

⁴⁶ FUSTER. Gloria González. **The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU**. Brussel: Springer, 2014. p. 81

⁴⁷ É por essa razão que a Directive 95/46/EC contém um capítulo tratando a respeito da transferência de dados pessoais a países de fora da União.

⁴⁸ HIJMANS, Hielke. **The european union as guardian of internet privacy**: the story of the art. 16 TFEU. Law, Governance and Technology Series. Springer Nature, 2016. p. 35

⁴⁹ HIJMANS, Hielke. **The european union as guardian of internet privacy**: the story of the art. 16 TFEU. p. 35

Um caso emblemático que corrobora o poder coercitivo do GDPR foi o julgamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso Schrems II, ocorrido no mês de julho de 2020, que reconheceu que o *Privacy Shield*, acordo de cooperação celebrado entre os EUA e a União Europeia que regula as premissas para transferência de dados entre os países signatários, não apresenta as salvaguardas necessárias para fins de resguardar os dados pessoais de cidadãos europeus armazenados naquele país e, portanto, não é adequado para a embasar a transferência internacional de dados de cidadãos europeus aos Estados Unidos. A decisão considerou, ainda, que os Estados Unidos não possui legislação compatível com os princípios da União Europeia no que se refere à proteção de dados pessoais. Essa decisão forçou com que os acordos bilaterais e relações comerciais entre os países do bloco europeu e os EUA revisassem a base legal para a transferência internacional de dados e passassem a se valer de *Standard Contractual Clauses*, devidamente aprovadas pelo *European Data Protection Board*, sob pena de configuração de transferência ilegal, sujeitando as organizações públicas e privadas, notadamente as grandes corporações transnacionais, às sanções e penalidades do GDPR.

A União Europeia, desta forma, vale-se de sua norma interna, a qual abarca os valores e anseios de sua sociedade, e de seu forte poder político e econômico para impor às demais nações um regramento uniforme em nível transnacional no que se refere à disciplina da proteção de dados pessoais,

Importante frisar o que, acertadamente, observaram GARCIA, SANTOS e GARCIA⁵⁰:

O Estado nacional, como se sabe, é um Estado territorial, ou seja, baseia seu poder num lugar concreto, com o controle das instituições, a criação de leis, a defesa de fronteira, ou seja, proteção de sua soberania. Em contrapartida, a sociedade global advinda da globalização e suas nuances, ramifica-se em várias dimensões, se mescla e ao mesmo tempo relativiza o Estado nacional, e apresenta uma multiplicidade de círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e modos de vida que transpassam em todas as direções as fronteiras territoriais do Estado nacional. [...] É essa sociedade global que reclama por uma tratativa jurídica e política que ultrapasse as barreiras do Estado nacional e apresente soluções aos seus problemas.

Ademais, resta evidente a observação feita por Joana Stelzer, citada por GARCIA, SANTOS e GARCIA⁵¹, de que a desterritorialização das relações político-sociais a partir do fomento do sistema econômico capitalista, acaba por articular o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos estados.

⁵⁰ GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança transnacional**. In: Interfaces entre direito e transnacionalidade. Organizadores: Heloíse Siqueira Garcia, Paulo Marcio Cruz. UNIVALI: AICTS, 2020. Disponível em: <https://www.univali.br/ppcj/ebook>. p. 16

⁵¹ GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança transnacional**. p. 17

Por fim, ao observar os reflexos do GDPR no Brasil, que praticamente transcreveu os dispositivos do regulamento europeu na LGPD, e os reflexos da referida norma nos EUA, que até o momento reluta em atender as exigências europeias, é possível inferir que, assim como destacado por Gabriel Real Ferrer, a criação de um espaço jurídico transnacional, afastado dos padrões clássicos, que transcenda o direito internacional e seja capaz de impor regras a estados, corporações e indivíduos, talvez seja a resposta para evitar que os interesses de uma nação se suplantem aos das demais⁵².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível identificar a influência do processo de globalização na constituição da sociedade da informação, fortemente marcada pelos avanços tecnológicos que propiciaram um aumento expressivo no fluxo de dados entre as nações do planeta.

Por sua vez, constatou-se o poder coercitivo do GDPR, norma paradigmática que serviu de base para a lei brasileira, oriunda das pressões exercidas no âmbito transnacional e da consequente necessidade de se manter as relações comerciais com a Europa, uma vez que o bloco europeu exige a existência de legislação robusta prevendo a proteção de dados pessoais para o intercâmbio de dados pessoais, sob pena de grande impacto econômico.

Por outro lado, evidenciam-se os reflexos nas relações econômicas e comerciais mantidas entre os EUA e a União Europeia, uma vez que o TJUE considerou o país norte-americano como não adequado para a realização de transferência de dados pessoais e armazenamento de tais dados naquele país, o que vem causando grande impacto, não somente nas empresas transnacionais, como também nas demais instituições que realizam a transferência de dados e que precisam assegurar meios legais de continuar a realizar as respectivas operações de tratamento de dados.

Diante do exposto e considerando o caráter transnacional do fluxo de dados, notadamente por meio da Internet, a solução mais adequada para se tentar evitar os impactos da sobreposição dos valores de uma nação sobre a outra, seria a criação de um espaço jurídico transnacional capaz de albergar as regras para o tratamento de dados, a ser observada pelos atores transnacionais.

⁵² GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança transnacional**. p. 23

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony Giddens; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução: Magda Lopes; revisão técnica de Cibele Saliba Rizek. 2 ed. São Paulo: Unesp. 2012. Título Original: Reflexive Modernization.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais:** a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede:** a era da informação. Vol. I. 15ª impressão. 6 ed. Tradução Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra. 2012. Titulo Original: Rise of the Network Society: The Information Age. Original escrito em 1942

COELHO, Alexandre Zavaglia Pereira; SILVEIRA, Vladimir Oliveira. **O processo de inovação tecnológica e elementos da sustentabilidade digital.** In: Direito, Inovação e Tecnologia. Coordenadores: Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Zavaglia P. Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015.

COLOMBO, Cristiano; FACHINI NETO, Eugênio. **Mineração de dados e análise preditiva:** reflexões sobre possíveis violações ao direito de privacidade na sociedade da informação e critérios para a sua adequada implementação à luz do ordenamento brasileiro. In: Revista de direito, governança e novas tecnologias. v. 3. n. 2. jul-dez 2017.

FUSTER. Gloria González. The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU. Brussel: Springer, 2014.

GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança transnacional.** In: Interfaces entre direito e transnacionalidade. Organizadores: Heloise Siqueira Garcia, Paulo Marcio Cruz. UNIVALI: AICTS, 2020. Disponível em: <https://www.univali.br/ppcj/ebook>.

HIJMANS, Hielke. **The european union as guardian of internet privacy:** the story of the art. 16 TFEU. Law, Governance and Technology Series. Springer Nature, 2016.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional.** Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965. Traduzido de: Transnational Law. New Haven: Yale University Press, 1956.

KOH, Harold Hongju. **Why transnational law matters.** Faculty Scholarship Series. Paper 1793, 2006. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Alan Moreira. Lei 12.965, de 23.04.2014 – estabelece princípio, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (marco civil da internet). In TEIXEIRA Tarcísio; LOPES, Alan Moreira. **Direito das novas tecnologias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

MARQUES, Gil da Costa, CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Um panorama sobre a Sociedade da Informação**: o *cloud computing* e alguns aspectos jurídicos no ambiente digital. In: **Direito, Inovação e Tecnologia**. Coordenadores: Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Zavaglia P. Coelho. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor – linhas gerais de um novo direito fundamental**. Saraiva: São Paulo, 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

SCHNEIER, Bruce. **Data and Goliath**: the hidden battles to collect your data and control your world. New York: W.W.Norton & Company, Inc., 2015.

THE ECONOMIST. **The world's most valuable resource is no longer oil, but data**: the data economy demands a new approach to antitrust rules. Disponível em <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em 20 out. 2019

THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. Disponível em <<http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesonthe protection of privacy and transborder flow of personal data.htm#preface>>. Acesso em 20 nov. 2019

VANZOIF, Rony. In MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados**. Coordenadores: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. **The right to privacy**. Foreword by Steven Alan Childress. New Orleans: Quid Pro Law Books, 2010. (Versão Kindle).

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DO COMPORTAMENTO HUMANO NA GLOBALIZAÇÃO

Ary Euclides de Souza Filho¹

João Paulo Tavares Bastos Gama²

INTRODUÇÃO

A crescente integração da sociedade mundial trouxe consigo problemas de várias ordens, os quais deixaram de ser tratados apenas no âmbito dos respectivos estados nacionais. A partir desse momento, passamos a enfrentar várias ordens jurídicas na busca de soluções e respostas.

O Direito Constitucional dos Estados Nacionais parece incapazes de apresentarem soluções finalísticas, diante das questões transnacionais, que abarcam ordens jurídicas, tribunais estatais e internacionais.

É sabido à exaustão que a globalização trouxe substanciais alterações na concepção da sociedade mundial e, remodelou a ideia de soberania 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”³.

E as mutações de toda ordem geradas pelo fenômeno da globalização atingem inclusive os direitos mais caros, na medida em que, na ausência de conteúdo normativo idôneo a satisfazer as mais variadas, complexas e geograficamente distintas transações, o neoliberalismo mantém seu reinado e, a despeito da retórica poética que o cerca, a verdade é que o capital, e tão somente ele, passa a regular as relações numa ambiência em que “tudo pode ser vendido e comprado, já que a categoria Direitos Fundamentais é extinta e tudo passa a ser de propriedade, negociado no Grande Mercado globalizado”⁴.

Deveras, a transnacionalidade é uma realidade e a ausência de respostas concretas aos

¹Mestrando em Ciência Jurídica (UNIVALI). Advogado. Balneário Camboriú/SC – Brasil. E-mail: yraary@bol.com.br

²Mestrando em Ciência Jurídica (UNIVALI). Advogado. Itajaí/SC – Brasil.

³BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo**: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18.

⁴MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito Transnacional, Soberania e o Discurso da Law and Economics. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009, p. 75.

efeitos deletérios dela também, motivo pelo qual proposituras, as mais variadas, visam teorizar e positivar um modelo de Direito Transnacional definitivamente eficaz.

O presente trabalho objetiva pesquisar a possibilidade de eventual contribuição do comportamento humano e conseqüentemente da sociedade na construção de um padrão teórico e positivo de sociedade Transnacional, sem contudo, exaurir a temática, mas tão somente, em alguma extensão, fomentar o debate.

Nesta toada, apresentaremos os pilares do constitucionalismo que resultam na manutenção das relações transnacionais, até chegarmos à harmonização das distintas soluções das diversas ordens. Além disso, tentaremos demonstrar a importância do comportamento humano na eficácia das relações transnacionais.

Relativamente à metodologia, foi empregada a base lógica indutiva com operacionalização das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, do fichamento e da revisão bibliográfica.

1. CONSTITUCIONALISMO

Apesar da nossa ideia de constituição estar ligada aos tempos modernos, o constitucionalismo tem origem na Idade Média. Na época, a expressão utilizada era “Politéia”, que tinha significado similar ao da constituição, apesar que “... o modelo de diferenciação hierárquica era incompatível com a Constituição em sentido moderno.”⁵

Por não ser vista como norma jurídica, a constituição, ou “politeia”, apresentava apenas traços tênues de limitação de poder, sem apresentar nada mais desenvolvido⁶.

Como bem definiu Norberto Bobbio: “(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”⁷

A Grécia teve um papel fundamental para a concepção do constitucionalismo através do fortalecimento da Democracia. A princípio, a ideia não era a limitação do poder, mas que o povo

⁵NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.11.

⁶O constitucionalismo antigo é o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder” (CANOTILHO, 1998, p. 48)

⁷BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 05

pudesse fazer parte ativa de todo o processo de constituição da Hélade.

Ainda sem falar em constituição moderna, pois essa ideia está ligada ao Estado, o que não existia na época. Na idade média, tínhamos, no entanto, diversos centros de poder que elaboravam normas, sem, contudo, haver subordinação uns aos outros.

Com o surgimento do Estado, cresce então o movimento do Constitucionalismo moderno, com o propósito de limitar o poder estatal. Nesse movimento, "...dois problemas foram fundamentais para o surgimento da Constituição em sentido moderno: de um lado, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos; de outro, associado a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder (inclusive mediante a participação dos governados nos procedimentos, sobretudo nos de determinação da composição de órgão de governo), que também se relacionava com a questão da crescente especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal."⁸

Para Marcelo Neves, o Constitucionalismo surge:

[...] como uma ponte de transição" institucional entre política e direito e, assim, serve ao desenvolvimento de uma racionalidade transversal específica, que impede os efeitos destrutivos de cada um desses sistemas sobre o outro e promove o aprendizado e o intercâmbio recíproco de experiências com uma forma diversa de racionalidade.⁹

Com essa concepção, passamos a ter o Constitucionalismo como um movimento jurídico, político, social, filosófico e até ideológico com o intuito de fixar e estabelecer limites jurídicos ao poder político, o que posteriormente, por essa análise semântica, deu origem a CONSTITUIÇÃO.

2. EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

A visão de constitucionalismo moderno¹⁰ está vinculada ao surgimento do estado moderno

[...] No bojo do processo amplo de transformação da forma primária de diferenciação social em determinados âmbitos espaciais da sociedade moderna, do tipo hierárquico para o funcionar a ideia de um poder político supremo acima do direito, que orientava a noção absolutista de soberania, perde o seu significado em face da pressão decorrente dos movimentos pela diferenciação do direito em relação à política. Esse desenvolvimento não é linear: implicou reações e só se realizou

⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. XXI.

⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 76.

¹⁰ O Constitucionalismo Moderno, por sua vez, inicia-se com a Revolução Norte-Americana, e com a Emancipação das Treze Colônias, até a promulgação da primeira Constituição escrita da história. (Monografia aprovada em 30/10/2012 no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação Lato Sensu, da Escola Superior de Direito Constitucional,) -RBDC n. 21 - jan./jun. 2013 - ISSN: 1678-9547 (versão impressa) - 1983-2303 (versão eletrônica)

plenamente em partes muito restritas do globo terrestre. Relacionou-se com o surgimento da Constituição como uma construção social da modernidade.”¹¹

Por isso fala-se em 4 fases:

Constitucionalismo das origens que vai do século XIV ao XVIII. Nesse período, o poder do governante estava vinculado aos Deuses, sendo os líderes seres divinos na terra que tinham seus poderes limitados pela bíblia.

Constitucionalismos das revoluções – período curto, porém importante, pois diz a respeito da revolução americana e francesa. Inicialmente em torno de 1787 na Europa e posteriormente 1791 na América do Norte.

O Direito Constitucional norteamericano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as Fundamental orders of Connecticut de 1639), integram-no, desde logo, no nível de princípios e valores ou de símbolos a Declaração de Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados¹²

Nesse período, com a constituição americana e francesa, surgem os elementos fundamentais para o constitucionalismo atual: Igualdade entre os indivíduos (homens livres).

Constitucionalismo liberal: período compreendido entre o século XIX e início do XX (1917).A soberania era limitada e começava-se falar em direitos individuais, bem como, a supremacia do estado passa a ser limitada e a legislação está acima de todos.

No intervalo de 30 anos,entre a primeira e segunda guerra mundial, o período de ESTADO DE NÃO DIREITO foi marcado pela ascensão dos regimes totalitaristas, onde pouco se falou em constitucionalismo.

Constitucionalismos da democracia constitucional após 1945 até os dias de hoje. Esse modelo, tem como base a função institucional do Estado. Tem-se então a premissa do Estado para o povo, e não ao contrário.

Os resultados vieram dos grandes movimentos sociais em busca da democracia, fazendo com que os cidadãos passassem a participar da política, primordialmente na escolha de seus representantes.

Mas sobre tudo, se estabelece uma relação entre Estado e poder discricionário a ser exercido pelos governantes, tudo norteado pelo princípio da legalidade.

¹¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p, 56.

¹² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1. p. 138

Partindo-se, portanto, das premissas acima declinadas e da hipótese de que as profundas mudanças ocorridas com a globalização solaparam de maneira irreversível as bases teóricas do Estado Constitucional Moderno, com sua pretensão de soberania, o que se objetiva é contribuir com reflexões iniciais destinadas ao necessário debate para a formação da base conceitual e de caracterização para a categoria Direito Transnacional.¹³

3. CONSTITUCIONALISMO UNIVERSAL: Influências Históricas, Econômicas, Filosóficas e Jurídicas.

Após a primeira guerra mundial, frente as omissões do Estado de Direito Liberal, justificou a necessidade da ampliação do direito nacional. Inicia-se assim, a construção de um núcleo constitucional que fosse possível aplicar e servir de base para discussão entre os países, em especial os ocidentais.

No século XX, iniciou-se a cobrança por postura proativa do estado na efetivação dos direitos sociais. Nessa conjuntura, surge, por exemplo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi o ponto de partida da expansão e prevalência das normas internacionais sobre o direito do trabalho.

Já em 1945, com o fim da segunda guerra mundial e o advento da Carta das Nações Unidas, instrumento constitutivo da ONU – Organização das Nações Unidas, é um marco significativo para o direito internacional contemporâneo e para as relações internacionais. Conforme elucida Álvaro Osório do Valle Simeão, é o “... início de uma capacidade normativa que tem por esteio político não o poder soberano de um estado, mas a conjugação de vontades nacionais voluntárias na tentativa de coordenar ações mínimas para garanti a paz e a segurança mundial”¹⁴.

Paulo Ferreira da Cunha¹⁵, em sua obra denominada Do Constitucionalismo Global, afirma que a dimensão universalista do direito constitucional moderno, se posiciona no sentido de que o constitucionalismo universal funda-se sobre valores e princípios constitucionais gerais e conclui que “O direito constitucional global é, assim, muito mais vasto e muito mais complexo que o seu pai, o direito constitucional que se apresentava como estritamente nacional (embora já tivesse um

¹³ Trata-se também de um esforço teórico desenvolvido na construção das bases epistemológicas que estão sendo adotadas no Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI (www.univali.br/ppcj), tanto em sua área de concentração, denominada CONSTITUCIONALISMO, TRANSNACIONALIDADE E PRODUÇÃO DO DIREITO, quanto em uma de suas linhas de pesquisa intitulada ESTADO E TRANSNACIONALIDADE

¹⁴ SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. Soberania, constitucionalismo e mundialização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, Do Constitucionalismo Global. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 15 – jan./jun. 2010.

¹⁵ CUNHA, Paulo Ferreira. 2010, p.09-10.

fundo comum nos princípios, muitas vezes), e que o seu avô, o direito político. O novo direito constitucional do mundo globalizado tem um novo rosto. Começa por ser muito mais técnico (e implica assim um procedimento e um processo constitucionais), e é assim mais eficaz. O constitucionalismo global é uma ideia dinâmica. Ele fará o seu caminho, com as mesmas dificuldades e as mesmas esperanças que a globalização pacífica e intercultural. Não deve nunca se tratar de uma globalização uniformizadora, mas de uma globalização que respeite as diferenças.

Com o advento do constitucionalismo universal, ficou reconhecido que a organização fundamental de um Estado Nacional se dá pela edição de uma carta constitutiva. Sendo assim, podemos afirmar que a constituição é como a certidão de nascimento de uma nação. Por sempre se tratar de um momento de ruptura e refundação, dos precedentes históricos, filosóficos, econômicos e políticos que antecedem a edição de uma constituição são orientadores do rumo que a nação refundada pretende imprimir.

4. SOCIEDADE EM TEMPOS DE TRANSNACIONALISMO

A sociedade clama por transformações a partir da constatação de problemas decorrentes da globalização, precisamente porque o “mercado mundial unificado implica uma proeminência do mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos.”¹⁶ Essas mudanças se tornam mais prementes, visto a imperiosa necessidade de uma globalização mais solidária, e isso acaba por influenciar no comportamento das pessoas¹⁷, que passam a se importar e exigir outras posturas dos Estados Nacionais com relação as relações com o mundo globalizado.¹⁸

Para Gómez o termo globalização “está atravessado por uma ambivalência ou imprecisão constitutiva em função da variedade de fenômenos que abrange e dos impactos diferenciados que gera em diversas áreas: financeira, comercial, produtiva, social, institucional, cultural, etc.”¹⁹

¹⁶MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito Transnacional, Soberania e o Discurso da Law and Economics. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

¹⁷ “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. “[...] abordar aspectos dessa nova era que vêm para conviver com a última modernidade e que, fatalmente, influencia e influenciará o Direito em seus diversos aspectos, tratando da necessidade de que seja um modelo que diferencie e conscientize, efetivamente, o ser humano, inteligente, criativo, dos demais seres vivos, tornando-o o grande promotor da preservação da natureza, ao contrário do que acontece atualmente”

¹⁸ Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 27.

¹⁹ GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente**. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 129.

Já para Cruz e Piffer “... a sociedade mundial designa diversidade e diferença pelo simples fato de ser um emaranhado de relações cada vez mais interconectadas e influenciadas pela globalização”²⁰

A nova ordem mundial, em que a globalização é um dos componentes mais significativos, implica também em discutir outros aspectos. Seria o caminhar em direção à “terceira via”²¹ e à social-democracia, entendida como o futuro político mais evidente, exigindo pensar em cinco dilemas básicos que envolvem: globalização, individualismo, esquerda e direita, ação política e problemas ecológicos.²²

Percebe-se então, uma outra globalização, ou uma reglobalização, onde o comportamento do ser humano, “O ser humano, dono de inteligência e diferente dos outros animais, está no planeta, provavelmente, para provar que pode sobreviver sem estar no estado de natureza.”²³ tem sido base para as mudanças e transformações das relações comerciais, uma vez que sem essa nova vertente, fatalmente as grandes empresas globais passam a perder espaço, neste sentido:

[...] o mundo escapa do naufrágio, pois - segundo o dito aplicado a si mesmo por Max Weber - a luz dos grandes problemas culturais continua a exercer o seu poder de atração, e mesmo os cientistas se vêem obrigados a reformular conceitualmente suas idéias, suas posições e orientações na multiplicidade não integrada de um mundo sem fronteiras.²⁴

Gómez²⁵ afirma que o termo globalização “está atravessado por uma ambivalência ou imprecisão constitutiva em função da variedade de fenômenos que abrange e dos impactos diferenciados que gera em diversas áreas: financeira, comercial, produtiva, social, institucional, cultural, etc.”

Já Cruz e Maurizio Oliviero anotam:

[...] o Direito transnacional 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

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Interfaces entre Direito e Transnacionalidade. Itajaí: UNIVALI, 2020.

²¹ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**, p. 74-78. O autor aponta como valores da terceira via: igualdade, proteção aos vulneráveis, liberdade como autonomia, não há direitos sem responsabilidades, não há autoridade sem democracia, pluralismo cosmopolita e conservadorismo filosófico.

²² GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 37-38.

²³ 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. 22

²⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 55

²⁵ GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). Globalização excludente. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 129.

sanções econômicas aleatórias para alcançarem seus objetivos, caracterizando um ambiente de completa renúncia aos parâmetros mínimos de humanidade.²⁶

Para esses conflitos oriundos das relações nacionais e transnacionais, Giddens sugere um tratamento especial, a “terceira via”²⁷

Ou seja, não há mais como seguir entendendo a globalização apenas nas relações comerciais, uma vez que os seus reflexos já atingem diretamente a vidas das pessoas, que passam a se comportar como leme, fazendo com que as operações também sejam focadas para mitigar esses reflexos.

Nesse sentido, Gómez orienta que “a globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos freqüentemente contraditórios, produtores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder.”²⁸

Temos a meu ver, a repetição da “controvérsia entre Marx e Weber: de um lado, o domínio da economia, e de outro, um pluralismo teórico capaz de abrigar aspectos econômicos, culturais e sociais dentro do campo temático da sociologia da globalização.”²⁹

No entanto, cresce uma globalização mais sutil, porém com resultados eficazes e que tem como pauta a ideologia que consegue justificar e potencializar todas as demais globalizações que atualmente são fundamentais do ponto de vista humano.

Anota Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodna:

Os riscos visíveis abrem para a discussão social certos automatismos que pareçam irreversivelmente determinados. Tudo que havia sido negociado e decidido, de maneira injustificada e a portas fechadas, por managers e cientistas, subitamente necessita de justificativas em meio ao redemoinho das controvérsias públicas.³⁰

A ideia passou a ser afastar a globalização de risco, passando a discutir de forma aberta, assim: AS VANTAGENS DA GLOBALIZAÇÃO.

²⁶ CRUZ, Paulo Márcio. OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre o direito transnacional. Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 17 – n. 1 - p. 18-28 / jan-abri 2012. p. 27.

²⁷ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**, cit., p. 74-78. O autor aponta como valores da terceira via: igualdade, proteção aos vulneráveis, liberdade como autonomia, não há direitos sem responsabilidades, não há autoridade sem democracia, pluralismo cosmopolita e conservadorismo filosófico.

²⁸ GÓMEZ, José Maria. Globalização da política: mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente**. p. 139.

²⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pg. 63.

³⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pg. 84.

Vários são os benefícios da Globalização, mas entre elas destacamos³¹:

1. REDUÇÃO DE BARREIRAS

Muitas barreiras de espaço e de tempo são constantemente vencidas, fazendo com que as empresas transnacionais, tenham maior acesso aos mercados consumidores e a novas oportunidades de empreendimento e de negócios.

2. AVANÇOS TECNOLÓGICOS E CIENTÍFICO

Nas relações transnacionais, os países em desenvolvimento se beneficiam com as soluções e avanços tecnológicos que adentram nos estados nacionais.

Já na ciência, toda a descoberta no campo da medicina, passa a ser de conhecimento do resto do mundo, quase que em tempo real.

3. ECONOMIA

Por ser um fenômeno na sua essência capitalista, a globalização fomenta uma evolução tecnológica, dos mecanismos de informação, de transportes e do surgimento de instituições transnacionais que dão suporte ao comércio mundial, “A globalização econômica, portanto, é uma realidade, e não se trata apenas de uma continuação de tendências de anos anteriores ou de uma reversão a elas.”³²

As grandes corporações transnacionais controlam o mercado mundial, espalhando seus investimentos por todos os continentes, e com isso, os estados nacionais também se favorecem a partir das divisas que passam a transitar no mercado interno.

5. OS RISCOS DE UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Por certo, que as gritantes discrepâncias na economia dos estados nacionais, advindas do capitalismo, impactam muito forte nas relações transnacionais.

As maiores críticas a respeito da globalização, é que ela se expande na sua maioria para as localidades mais desenvolvidas, e chega com menos intensidade nos estados nacionais economicamente dependentes, que segundo Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, “A partir da

³¹Cruz, 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. 66. “partir da perspectiva da globalização, muito mais do que em uma justiça comutativa ou distributiva, é necessário apostar em uma justiça social baseada na igualdade e na solidariedade entre todos os seres humanos ...”

³²GIDDENS, Anthony. **A terceira via**, cit., p. 40.

década de 80 do século passado, o homem deu-se conta, pela primeira vez, que poderia destruir a vida no planeta”³³

A globalização tem sua evolução fundada no capitalismo, tornando-a um subproduto do próprio capitalismo moderno.

O pensamento econômico liberal consolidou-se a partir do século XVIII, com a Revolução Industrial, e seu principal teórico foi Adam Smith, que com sua obra *A riqueza das nações*, investigação sobre a natureza e suas causas, contribuiu de forma significativa para dar os fundamentos dessa corrente econômica. Ao analisar as forças que fundamentavam a riqueza das nações, Smith concluiu que, invariavelmente, era a produção, em seu aspecto social, que impulsionava o progresso. Com isso, passou a privilegiar o trabalho e as relações sociais, avaliando que uma maior divisão social do trabalho por parte da indústria corresponderia um aumento de produtividade, do qual todos se beneficiariam.³⁴

Como exemplo temos a desigualdade no ritmo das informações. Algumas regiões, as mais desenvolvidas, conseguem expandir mais facilmente seus valores e suas informações, o que não ocorre em nações periféricas. Dessa forma, as culturas francesa, americana e inglesa são facilmente reconhecidas de forma globalizada.

O desemprego também é uma consequência nefasta causada pela globalização. É certo que nas relações transnacionais, os estados nacionais cujo o poder econômico é menor, acabem sofrendo por não conseguirem se adequar a competição cada vez mais desenfreada nas relações comerciais, “a sujeição dos sistemas econômicos nacionais aos interesses universalizados do capital e da atividade econômica, tornados possíveis pela conjugação tecnológica da cibernética, informática e automação.”³⁵

Essa relação de concorrência perpassa com força pela busca de matéria prima e mão de obra barata.³⁶ Ocorre que o alvo é justamente os países mais pobres, que por necessidade se sucumbem aos mais ricos.

No campo do Meio Ambiente, afirma Ulrich Beck:

³³ 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. 40.

³⁴ SMITH, Adam. **A riqueza das Nações**: investigação sobre a natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultural, 1985, passim.

³⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. **O Direito do Trabalho e as Questões do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: LTR, 1998, p. 26

³⁶ 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. 34.

Quem tiver a curiosidade de saber qual experiência política esta associada a consciência da crise ecológica acabara se deparando com uma infinidade de afirmações, entre estas a de que se trata de uma autopunição da civilização, algo que não deve ser atribuído a Deus, deuses ou a natureza, a decisões humanas e progressos da indústria que emergem das exigências de controle e direcionamento desta mesma civilização.³⁷

E segue:

o exemplo mais conhecido deste último caso é o desmatamento das florestas tropicais, que hoje consome anualmente 17 milhões de hectares de florestas; há ainda outros exemplos, como o lixo tóxico (inclusive o importado) e tecnologias ultrapassadas (por exemplo, as indústrias químicas e atômicas), e no futuro, indústrias genéticas e laboratórios de manipulação de genes e de genética humana.³⁸

Ulrich Beck desta ainda "...três espécies de riscos globais:" primeiro, os conflitos em torno de *bads*, a contrapartida de *goods*, isto é, a destruição ecológica condicionada pela riqueza e pelos riscos técnico-industriais (como a camada de ozônio, O efeito estufa, além das consequências imprevisíveis e incalculáveis da manipulação genética e do transplante de órgãos)."³⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É comum encontramos grupos antiglobalização, os receios estão fundados basicamente nas questões ambientais, direitos humanos e até com relação a democracia.

As opiniões se dividem, a partir do momento que é inegável considerar, que a globalização trouxe benefícios incomensuráveis, ao mesmo tempo que protagoniza crises mundiais, haja vista a voracidade nas relações comerciais.

De toda sorte, independentemente de concepções práticas pela globalização, as grandes corporações passaram a mudar o comportamento, e passaram a dar importância a questões que até então não tinham significado na operação. Foi nesse momento, que o homem começou a enxergar que sua posição é de suma importância para que os problemas trazidos pela globalização capitalista, pudessem ser considerados por aqueles que até então insistiam em ignorá-los.

As atitudes proativas, o surgimento e proliferação de entidades não governamentais tratando desses temas, demonstram que o ser humano já determinou participar das decisões e consequentemente interferir na forma e qualidade de vida planetária.

³⁷BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pg. 77.

³⁸BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pg. 81.

³⁹BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Pg. 80.

Já afirmava Giddens “As nações conservam, e vão conservar por um futuro previsível, considerável poder governamental, econômico e cultural sobre seus cidadãos e na arena externa. Frequentemente, contudo, elas só serão capazes de manipular esses poderes em ativa colaboração umas com as outras ...”⁴⁰

Mas é sabido que muito ainda precisa ser feito, principalmente estabelecendo controle das relações transnacionais. Os organismos já existentes, ainda não são suficientes para frear os estados nacionais que atropelam os valores defendidos mundialmente movidos pelo capitalismo.

Nota-se então, que o destino do planeta não está determinado, havendo a necessidade de severos ajustes a partir de diálogo intercultural, pautados na ética e no estado de direito.

Há uma emergência de novos atores que reivindicam a participação nos mecanismos de procedimentos e reflexos da globalização. E o mais importante, é que esses atores são transnacionais, mas que defendem os mesmos princípios. Isso acaba por forçar os agentes protagonistas a demonstrarem interesse e medidas concretas na mitigação dos males causados pela globalização.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

Bobbio, Norberto, 1909- **A era dos direitos** / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 48)

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),

CRUZ, Paulo Márcio. OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista NEJ – Eletrônica**, Vol. 17 – n. 1 - p. 18-28 / jan-abri 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**.3(1): 75-83 jan-jun, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. *In*: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e**

⁴⁰ GIDDENS, Anthony. A terceira via, cit., p. 42.

Transnacionalidade. Itajaí: UNIVALI, 2020.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Do Constitucionalismo Global.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 15 –2010.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via.** Rio de Janeiro: Record, 2001.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GÓMEZ, José Maria. **Globalização da política:** mitos, realidades e dilemas. In: GENTILI, Pablo (Org.). **Globalização excludente.** Petrópolis: Vozes, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. t. 1.

Monografia aprovada em 30/10/2012 no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação Lato Sensu, da Escola Superior de Direito Constitucional,) - RBDC n. 21 - jan./jun. 2013 - ISSN: 1678-9547 (versão impressa) - 1983-2303 (versão eletrônica)

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito Transnacional, Soberania e o Discurso da *Law and Econmonics*. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O Direito do Trabalho e as Questões do Nosso Tempo.** Rio de Janeiro: LTR, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SIMEÃO, Álvaro Osório do Valle. Soberania, constitucionalismo e mundialização do Direito. **Revista Jus Navigandi**, Do Constitucionalismo Global. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 15 – jan./jun. 2010.

SMITH, Adam. **A riqueza das Nações:** investigação sobre a natureza e suas causas. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica.** In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009.

O CARÁTER TRANSNACIONAL DA EDUCAÇÃO COMO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Andréia Pinto Favero¹

Heloise Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho está inserido na interseção entre os estudos contemporâneos relacionados à transnacionalidade e ao direito fundamental à educação e à sustentabilidade, considerando o fenômeno da globalização.

Tem-se por problema de pesquisa como o direito à educação, previsto como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável, pode ser instrumento para a sustentabilidade socioambiental e, portanto, meio para promoção da prosperidade e realização pessoal.

Parte-se da hipótese de que a efetivação do direito fundamental à educação é imprescindível para a superação da desigualdade e exclusão social frente ao contexto da globalização e suas consequências, mormente as sociais.

Com isso, o objetivo deste artigo é analisar a ação transnacional no estabelecimento da Agenda 2030, pela ONU, que traz, dentre 17 Objetivos e 169 metas, o direito à educação de qualidade.

Na sequência, pretende-se observar o papel da educação como importante meio de transformação social, sendo instrumento de inserção do indivíduo no mercado de trabalho e, ainda, importante mecanismo para a concretização do exercício pleno da cidadania.

Pondera-se a intensa transformação ocorrida na ordem mundial nas últimas décadas, ressaltando-se que o conhecimento efetivado perde valor frente ao surgimento de novas

¹ Promotora de Justiça Titular da 2ª Promotoria de Justiça de Itapema; Mestranda do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da UNIVALI com dupla titulação com a Universidade de Alicante - IUACA, endereço eletrônico: andreiaspfavero@gmail.com.

² Doutora e mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Doutora em Derecho e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Pós-doutoranda com bolsa concedida pela CAPES. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela UNIVALI; e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade AVANTIS. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; e dos cursos de Direito do Centro Universitário Avantis - Uniavan e da Faculdade Sinergia. Advogada. E-mail: heloisegarcia@univali.br

informações, de forma que as habilidades individuais devem ser fruto de constante desenvolvimento ao longo da vida.

As consequências nefastas do processo de globalização somente podem ser minimizadas com a preparação de crianças, jovens e adultos para o exercício da cidadania, o que possibilita efetiva participação social e a inserção e manutenção no mercado de trabalho desenhado nessa nova Era, fatores positivos do pleno e adequado acesso à educação de qualidade, direito humano fundamental previsto, em especial, no artigo 6º da CRFB/88, objetivo a ser implementado segundo previsão na Agenda 2030, firmada, dentre outros países-membros, pelo Brasil.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados o método cartesiano e no relatório de pesquisa foi empregada a base indutiva.

1. A GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE

O último quarto do século XX foi marcado pelo início de intensas mudanças tecnológicas, com o avanço dos meios de informação e de comunicação, as quais, com decisivo impulso político na década de 80, resultaram em um novo modelo de capitalismo de abrangência global em que os Estados passaram – por vontade própria ou não – a compartilhar a mesma ordem econômica, independentemente de suas realidades internas.

Anthony Giddens³ enfatiza que as alterações tecnológicas “aumentaram a velocidade e o alcance das interações entre as pessoas por todo o mundo” e, com base nisso, conceitua globalização como sendo o “fato de que estamos cada vez mais vivendo em um mesmo mundo, de modo que os indivíduos, grupos e nações se tornaram cada vez mais *interdependentes*”⁴.

Conquanto as questões econômicas e tecnológicas sejam dotadas de maior percepção, a globalização atinge a esfera individual da vida das pessoas (meios de comunicação; internet; contato com outras culturas; consumo global) e o caráter soberano do Estado-nação, o que Ulrich Beck⁵ denomina desnacionalização, entendida como uma “erosão, mas também a possível transformação do Estado nacional em transnacional”.

O novo mundo global importa na transformação do tempo e do espaço na vida dos

³GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012, p. 104.

⁴GIDDENS, Anthony. **Sociologia**, p. 102.

⁵BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 36.

indivíduos, os quais passam a ser direta ou indiretamente afetados por acontecimentos longínquos de sua localização física, de ordem econômica ou não, situação até então inexistente.

Deve-se conceber a globalização, segundo, Ulrich Beck⁶, como “experiência cotidiana da ação sem fronteira nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil”, e a ausência de fronteira em todos os aspectos que atingem a seara individual e de toda sociedade implica no “assassinato da distância, o estar lançado a formas de vida transnacionais, muitas vezes indesejadas e incompreensíveis”⁷.

O impulso político de estímulo à globalização resultou na relativização da soberania do Estado como consequência das decisões que os próprios Estados-nação promoveram ao dissolverem, como pontua Manuel Castells⁸, “regulações e fronteiras desde a década de 1980, nas administrações de Reagan e Thatcher, nos dois países então líderes da economia internacional”.

Da mesma forma, Beck⁹ enfatiza que na globalização existem “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 de atores transnacionais”.

Joana Stelzer¹⁰ esclarece que a globalização representa um sistema multidimensional, com ênfase econômica e comercial, e que tem por característica o “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”, alicerçado pelo grande desenvolvimento tecnológico e pela facilidade de acesso à comunicação e aos meios de transportes.

A relativização da soberania dos Estados pela interferência de organizações transnacionais foi ilustrada pelo Professor Rafael Padilha dos Santos e por Rodrigo Fernandes com a seguinte descrição:

[...] muitos Estados se viram obrigados a, por exemplo, firmar alianças militares com países mais fortes ou a perder sua independência em favor de organizações de Estados, como é o caso da União Europeia. O mesmo acontece considerando o processo de globalização econômica, já que a força dos

⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização, p. 46.

⁷ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 47.

⁸ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. A crise da democracia liberal. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 18.

⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá, 2009, p. 19.

mercados vem manejando os rumos da economia, o que pode inclusive causar prejuízos a muitos Estados. O poder centralizado estatal vem paulatinamente se esvaziando, como se observa, por exemplo, quando o Estado Constitucional Moderno contrai obrigações externas na forma de Tratados Internacionais e quando admite o controle de seus atos por organismos externos (como as Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos), em que o Estado transfere atribuições que antes competiam exclusivamente a si.¹¹

Além da interferência estatal e governamental, o espectro das alterações econômicas, sociais e políticas promovidas pela globalização, aspectos inter-relacionados, afetam qualquer indivíduo independentemente de sua localização, isso porque inexistente restrição física ou territorial para fenômeno ou consequência resultante da também conhecida mundialização. Nesse contexto, Anthony Giddens esclarece que:

[...] como membros de uma comunidade global, as pessoas cada vez mais percebem que a responsabilidade social não termina nas fronteiras nacionais, mas se estende além delas. Os desastres e injustiças que as pessoas enfrentam no outro lado do planeta não são apenas infortúnios que devemos suportar, mas representam motivos legítimos para ação e intervenção. Existe uma visão crescente de que a comunidade internacional tem a obrigação de agir em situações de crise para proteger o bem-estar físico ou os direitos humanos de pessoas cujas vidas estejam ameaçadas [...].¹²

O novo modelo capitalista, a flexibilização dos limites territoriais e a relativização da soberania do Estado-nação são condições operadas pela globalização, que traduzem em fatores responsáveis pela transnacionalidade.

Joana Stelzer¹³ entende a transnacionalidade como “fenômeno reflexivo da globalização”, que se revela pela flexibilização ou afastamento dos limites territoriais de nações nos “relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico-capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados”.

Como resultado da globalização, os acontecimentos ultrapassam as fronteiras naturais dos Estados e as relações então existentes demandam solução jurídica diversa do modelo até então suficiente, até porque, além do surgimento de novas relações de poder, novos fatores de incompatibilidade entre “os atores sociais e as unidades estatais passaram a ser colocados à prova a cada dia, fazendo com que o direito também se adeque aos novos acontecimentos, pois o direito

¹¹ FERNANDES, Rodrigo; SANTOS, Rafael Padilha dos. Transnacionalidade e os novos rumos do Estado e do Direito. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 645.

¹² GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012, p. 104.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. p. 21.

é um fato ou fenômeno social”¹⁴.

Ainda, Carla Piffer compila as principais características da transnacionalidade da seguinte maneira:

- [...] 1) As ocorrências transnacionais tendem a se apresentar como relações horizontais, pois horizontal é a linha que conecta e estabelece relações de todos com todos, rasgando as então despercebidas fronteiras nacionais estabelecendo ligações por onde passa, não possuindo um único ponto de partida nem mesmo um ponto de chegada;
- 2) As relações hoje estabelecidas perderam o caráter de excepcionalidade ou ocasionalidade; o que antes não afetava o sentimento de pertencimento ou as coordenadas culturais e institucionais de um determinado grupo ou país hoje demonstra sua característica transnacional por ser uma necessidade de inter-relação incentivada de vários modos, que atinge os mais profundos vínculos dos seres envolvidos;
- 3) Diante da desterritorialização houve o rompimento – de fato – da unidade estatal, marcado por novas relações de poder e competitividade, gerando conflitos e jogos de interesse sem origem definida;
- 4) Estabelecem-se redes de legalidades, por volta paralelas, outras sobrepostas, complementares ou antagônicas que são típicas das relações transnacionais e dão origem a constantes mutações ou transgressões das regras pré-estabelecidas, em que o Estado nacional atua como mero coadjuvante por meio do seu aparato estatal restrito às fronteiras nacionais ou a prévios acordos internacionais que possuem a característica de verticalidade e não horizontalidade;
- 5) Verifica-se o enfraquecimento dos sistemas de controle e proteção social diante das redes de legalidade estabelecidas, em que regras e normas parecem ser desafiadas por outras potenciais ou atuais, localizadas em outro território e ditadas por outras corporações transnacionais sob os ditames da Globalização.¹⁵

Em face às principais características da transnacionalização, como fenômeno da globalização, Ulrich Beck¹⁶ enfatiza que além da “sociedade dos Estados, em que as principais variáveis continuam a ser a regras da diplomacia e do poder nacional”, surge a “*subpolítica transnacional*”, que abriga atores mais díspares, como companhias internacional, Greenpeace, Anistia Internacional, além de Banco Mundial, OTAN, União Europeia etc”.

Como consequência da globalização, Staffen¹⁷ menciona a existência de um território mundial e o surgimento ordens supra e transnacional que implicam na “redução (crise) do Estado

¹⁴ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional**. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 31.

¹⁵ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 17/8/2010.

¹⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. p. 72.

¹⁷ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Legislar por indicador: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais**. **RIL Brasília**, v. 56, n. 221, p. 176, jan/mar.

e institui instrumentos de governança global”.

Diante disso, o Estado passa a sofrer interferências de atores transnacionais e, portanto, as decisões de governança estatal, internas, são influenciadas direta ou indiretamente por “agências de classificação de riscos; agências públicas de desenvolvimento internacional, como o Banco Mundial e a ONU; organismos governamentais de ajuda, como a Corporação do Desafio do Milênio, empresas globais e investidores”¹⁸.

Nesse contexto, em setembro de 2015, como ator transnacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) e 193 países-membros, mediante discussão com a sociedade civil e com base nos oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), estabeleceram 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), compostos por 169 metas, que formam nova agenda de desenvolvimento sustentável conhecida como “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, a fim de erradicar a pobreza e promover vida digna a todos, observando-se os limites do planeta.

A partir das conquistas e dos desafios derivados dos ODM, o plano de ação dos ODS traz nova ambição universal que visa ao equilíbrio das três dimensões de desenvolvimento sustentável, quais sejam, a econômica, a ambiental e a social, e, nesse último caso, a educação segue como objetivo importante a ser cumprido até o ano de 2030.

2. A EDUCAÇÃO COMO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

É inconteste que os direitos fundamentais são interligados e que o direito à educação está diretamente vinculado à concretização dos demais direitos fundamentais, com ênfase especial ao direito ambiental, motivo pelo qual convém citar que uma das alterações comportamentais advindas da globalização, seja na esfera individual seja na esfera coletiva, é o estímulo e a facilitação ao consumismo que, em progressão aritmética desmedida, traz prejuízos de toda ordem a um planeta de recursos finitos.

Considerando a premente necessidade de preservação ambiental frente aos desafios que se apresentaram com o crescente aumento do consumo e da extração de recursos naturais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado ao *status* de direito fundamental¹⁹.

¹⁸ STAFFEN, Marcio Ricardo. **Legislar por indicador: a iniciativa legislativa brasileira anticorrupção conforme a influência de atores transnacionais**. RIL Brasília, v. 56, n. 221, p. 176, jan/mar.

¹⁹ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

A preservação do meio ambiente como direito fundamental, nas palavras de Denise Schmitt Siqueira Garcia²⁰, constitui “novo componente cultural da dignidade humana na sua versão conceitual contemporânea, em decorrência especialmente dos riscos e ameaças existenciais postos pela degradação ambiental”.

O desenvolvimento econômico é necessário e, concomitantemente, é basilar a preservação dos recursos naturais, de modo que esses valores devem coexistir. Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo²¹, o desenvolvimento sustentável objetiva manter as “bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades” e garantir uma relação satisfatória com o meio ambiente, de modo que “as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição”.

O dever de proteção ambiental para as futuras gerações, como direito fundamental²², tem por fundamento o princípio da solidariedade intergeracional, isso porque “as gerações futuras nada podem fazer hoje para preservar o meio ambiente, razão pela qual toda a responsabilidade (e deveres correspondentes) de preservação da vida e da qualidade ambiental para o futuro recai sobre as gerações presentes”²³.

A responsabilidade de proteção do meio ambiente, como expresso no art. 225 da CRFB/88, não se limita ao poder público e, portanto, inclui toda a coletividade. Luís Paulo Sirvinskas²⁴ registra que “a atuação do Poder Público pode exteriorizar-se por meio de seus órgãos sob os ditames da lei, mas a coletividade não existe em si mesma senão nas pessoas e organizações que a compõem”.

Portanto, a conscientização ecológica e a responsabilidade da coletividade passam obrigatoriamente pela efetivação da educação ambiental²⁵, a ser implementada em todos os

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. [...]”.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto consolidado até a EC n. 106/2020. Art. 170, caput e inciso VII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 19 de maio de 2020.

²⁰ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Heloíse Siqueira. **O direito ambiental e sua ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com seus direitos fundamentais**. In: Clóvis Demarchi. Francisco Rodrigues de Oliveira Neto. Pedro Manoel Abreu. (Org.). Direito, Estado e Sustentabilidade. 1ed. São Paulo: Intelecto Editora, 2016, p. 68.

²¹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28.

²² Art. 225 da CRFB/88.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 267.

²⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 163.

²⁵ “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

níveis de ensino.

As questões ambientais, associadas a fatores econômicos, culturais, sociais e políticos, envolvem grupos e comunidades, falando-se, portanto, em socioambientalismo com fundamento o princípio da solidariedade.

Considerando a preocupação com as consequências sociais geradas pela globalização, dentre elas a exclusão social, em setembro de 2000, 191 países-membros da ONU pactuaram oito Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM)²⁶, quais sejam: 1. Erradicar a pobreza extrema e a fome; 2. Atingir o ensino básico fundamental; 3. Promover a igualdade de gênero e autonomia das mulheres; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde materna; 6. Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7. Garantir a sustentabilidade ambiental; 8. Estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

O fundamento, segundo Denise Siqueira Garcia e Heloise Siqueira Garcia²⁷, desse olhar repousa na “preocupação mundial com a melhoria da qualidade de vida das pessoas, com a finalidade de dar uma vida digna aos que não possuem, dentro de pelo menos, um mínimo existencial”.

Com base nos avanços obtidos mediante os ODM e o surgimento de novas necessidades e metas, em 2015, Assembleia Geral da ONU, formada por 193 países-membros e sociedade civil, definiu 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas²⁸, constantes de agenda global de desenvolvimento e previsão de metas até 2030 para “acabar com a **pobreza**, promover a **prosperidade** e o **bem-estar** para todos, proteger o **meio ambiente** e enfrentar as **mudanças climáticas**”.²⁹

O intenso desenvolvimento tecnológico e econômico, aliado ao grande apelo ao consumismo e a consequente extração de recursos naturais desmedida, somados ao fenômeno da exclusão social, são fatores que indicam ser o planejamento sustentável um imperativo de

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto consolidado até a EC n. 106/2020. Art. 225, §1º, VI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 19 de agosto de 2020.

²⁶. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Objetivos do Desenvolvimento do Milênio**. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015/sdg-overview1/mdg6.html>>. Acesso em 19 de agosto de 2020.

²⁷ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Heloise Siqueira. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e as novas perspectivas do desenvolvimento sustentável pela Organização das Nações Unidas**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 35, pp. 196-197, vol. esp., dez. 2016.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 30 maio. 2020.

²⁹. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015>>. Acesso em: 18 de agosto 2020.

governança, devendo passar, em primeira expressão, pelo acesso democrático do direito à educação, de concretização efetiva para cumprir o papel a que se destina.

A esperança na construção de um futuro socialmente sustentável, compreendendo-se a sustentabilidade em todas as dimensões, está depositada no cumprimento de todos os ODS, porém somente mediante o alcance do objetivo 4³⁰ é que os demais serão possíveis, justamente porque a educação é o principal instrumento para erradicar a desigualdade econômica e a exclusão social; para proteção do planeta da degradação; para possibilitar e assegurar vida próspera e plena realização social aos seres humanos; para auxiliar na promoção de sociedades pacíficas, justas e inclusivas, objetivos, esses, que dependem da educação de excelência aliada à equidade.

O Objetivo 4 da Agenda 2030 possui 7 metas, dentre as quais, a meta 4.1 prevê a garantia de ensino “equitativo e de qualidade, que conduza a resultados de aprendizagem relevantes e eficazes”. Também, na meta 4.4, que a educação a ser ministrada aumente “substancialmente o número de jovens e adultos que tenham habilidades relevantes, inclusive competências técnicas e profissionais, para emprego, trabalho decente e empreendedorismo”.

Considerando que a Agenda 2030 visa a prosperidade de forma que todos “os seres humanos possam desfrutar de uma vida próspera e de plena realização pessoal”³¹, essas ações são importantes instrumentos de combate a extrema pobreza e a exclusão social.

É incontroverso que a educação, que vai além da escolarização, deve possibilitar ao indivíduo viver de forma consciente e mediante sua plena capacidade – constante e em pleno desenvolvimento – nesta nova ordem global, visando justamente à inserção e à inclusão participativa, com liberdade de escolha de acordo com suas possibilidades reais. Porém, da mesma forma, é certo que o processo de educação e de escolarização também devem ser (re)pensados e adaptados a essas mudanças para que o fim almejado seja atingido.

³⁰ “Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida de todos.”

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Objetivo 4. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 30 maio. 2020.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 30 agosto. 2020.

3. A IMPORTANCIA DA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO INSTRUMENTO DE MODIFICAÇÃO SOCIOAMBIENTAL

O pedagogo francês Edgar Morin³² afirma a existência simbiótica entre indivíduo e sociedade, a qual se encontra presente no interior do indivíduo que se desenvolveu com a “linguagem, cultura, suas proibições, suas normas”, com isso conclui pela existência de um sistema em que “não apenas uma parte encontra-se no todo, mas o todo encontra-se na parte”.

Com essa premissa, o professor conclui que a globalização, ou mundialização como denomina, está no interior do indivíduo ao descrever a seguinte rotina:

[...] pela manhã, escuto informações do mundo em meu rádio fabricado no Japão, tomo um chá da China ou um café da Colômbia, como uma laranja do Marrocos, uma banana ou um abacaxi da África, uso um suéter de algodão do Egito, uma camiseta confeccionada na China, um casaco de lã de carneiro da Austrália, consulto meu computador, cujas peças são produzidas em um país asiático e montadas nos Estados Unidos, pelo um carro de origem coreana e, assim, sucessivamente. A mundialização está presente em nossas usinas metalúrgicas e têxteis, radicadas do Norte em nossos campos cerealíferos da região de Beauce, a sudoeste de Paris, voltados para a exportação, na enxurrada de turistas chineses e japoneses que se aglomeram diante da torre Eiffel.³³

Klaus Schwab³⁴ acredita que estamos no início da quarta revolução industrial³⁵, que tem por base a revolução digital e tem por característica “uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e poderosos que se tornaram mais baratos pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)”.

As intensas e cotidianas mudanças advindas do processo de globalização, em grande parte pelos avanços tecnológico e de informação, importa na permanente necessidade de inserção e de adequação do indivíduo na realidade mundial existente, o que torna, mais do que nunca, a educação permanente importante meio de inclusão social.

A concretização do direito à educação de forma que as capacidades físicas, intelectuais e morais de uma pessoa sejam plenamente desenvolvidas, de acordo com a individualidade e as habilidades naturais inerentes, tem a possibilidade de afastar o risco de exclusão social e marginalização.

³² MORIN, Edgar. **Ensinar a Viver**: manifesto para mudar a educação. Tradução Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 116.

³³ MORIN, Edgar. **Ensinar a Viver**: manifesto para mudar a educação. Tradução Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 116.

³⁴ SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. 1 ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 16.

³⁵ Considerando a primeira revolução industrial como decorrente da instalação de ferrovias e criação da máquina a vapor. A segunda revolução industrial originada pela invenção da eletricidade e linha de montagem que gerou a produção em massa. A terceira revolução como sendo a conhecida revolução digital ou do computador ocorrida na década de 1960.

O sociólogo Émile Durkheim descreve a educação como sendo:

[...] a ação exercida pelas gerações adultas sobre aquelas que ainda não estão maduras para a vida social. Ela tem como objetivo suscitar e desenvolver a criança um certo número de estados físicos, intelectuais e morais exigidos tanto pelo conjunto da sociedade política quanto pelo meio específico ao qual ela está destinada em particular.³⁶

Edgar Morin ressalta que educação não pode se restringir à transmissão de conhecimentos formais, isso porque, considerando sua relevância social, deve “estimular a autonomia e a liberdade do espírito”. E acrescenta:

[...] A educação para a liberdade da mente implica não apenas a familiaridade com escritores, pensadores, filósofos, mas também o ensino do que significa liberdade: a liberdade de pensar é a liberdade de escolha diante das diversas opiniões, teorias, filosofias. A liberdade pessoal reside no grau de possibilidade de escolha nas ocorrências da vida. [...].³⁷

Dada a importância da formação educacional para o exercício da cidadania, deve-se ponderar que a polarização entre a pobreza e a riqueza, inclusive considerando a exclusão daqueles que não se inseriram nesta nova realidade global ou cosmopolita, representa grave disparidade econômico-social e, por consequência, insustentabilidade. O contexto desigual degrada o ambiente físico e humano, ressaltando-se que a “degradação do meio e da sociedade afetam de modo especial os mais frágeis”³⁸.

O enfrentamento da desigualdade não é de fácil combate no atual cenário econômico global, muito pelo contrário, Anthony Giddens³⁹ entende que a igualdade deve ser compreendida como inclusão em seu aspecto mais amplo, com respeito “a cidadania, direitos e obrigações civis e políticos que todos os membros de uma sociedade deveriam ter, não apenas formalmente, mas como uma realidade em suas vidas”, além da participação e do envolvimento no espaço público.

O efetivo exercício da cidadania não se restringe à participação do processo eleitoral por meio do voto, mas, sim, como ressalta o professor Paulo Márcio Cruz, deve-se considerá-lo como “dimensão pública da participação do homem na vida social e política do Estado”⁴⁰, de forma que

³⁶ DURKHEIM, Émile; **Educação e Sociologia**. Tradução de Stephania Matousek, 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014 (Coleção Textos Fundantes da Educação), p. 53-54.

³⁷ MORIN, Edgar. **Ensinar a Viver**: manifesto para mudar a educação. Tradução Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Porto Alegre: Sulina, 2015, p. 51-52.

³⁸ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; DETTONI, Jovanir Lopes; SOUZA, Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria. A pobreza e a dimensão social da sustentabilidade. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de PósGraduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.2, 2º quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 510 .

³⁹ GIDDENS, Anthony. **A Terceira Viva**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 112.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Marcio. **Democracia e Cidadania**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, v.5, n.10, 2000. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1539>, p. 115.

o destino da sociedade depende de cidadãos conscientes, o que somente é possível quando existente uma educação de qualidade.

Ainda, a inclusão deve resultar de oportunidade que se faz mediante o acesso ao trabalho, “essencial para a autoestima e o padrão de vida”⁴¹, e o acesso à educação, essa última como um fim em si mesma por independe de sua importância “para as possibilidades de emprego”⁴².

Especificamente quanto a esse último importante meio de oportunidade inclusiva, Anthony Giddens⁴³ diz que a educação “pode ser definida como uma instituição social, que possibilita e promove a aquisição de habilidades e conhecimento e a ampliação dos horizontes pessoais”, além frisar que ela “pode ocorrer em muitos ambientes sociais”, diferentemente da escolarização realizada nos “ambientes especializados: as escolas”.

As alterações sentidas no mercado de trabalho em decorrência do fenômeno da globalização geram a necessidade de renovação do conhecimento e, em consequência “investimentos em educação e pesquisa”, conforme ressalta o sociólogo Ulrich Beck⁴⁴, e, além da construção de uma sociedade de conhecimento e pesquisa, é necessário “o prolongamento – e não redução – do período de formação e a quebra do seu vínculo com as aplicações técnicas imediatas, e também o direcionamento dos processos de formação para qualificações mais abrangentes”.

A Comissão Internacional sobre a Educação para o Século XXI apresentou um relatório para a UNESCO, conhecido inicialmente como Relatório Jacques Delors, com análises do universo educacional desde a educação básica até a educação superior, cujo documento salienta que, tendo em vista a complexidade do mundo atual em constante movimento, a educação “deve organizar-se em torno de quatro aprendizagens fundamentais que, ao longo de toda vida de cada indivíduo, serão de algum modo os pilares do conhecimento”⁴⁵, quais sejam, aprender a conhecer (processos cognitivos por excelência); aprender a fazer (desenvolvimento de potencialidades e valorização da competência pessoal); aprender a viver juntos (respeito a diversidade e adaptabilidade ao mundo em constante transformação); e, aprender a ser (desenvolvimento total do indivíduo).

⁴¹ GIDDENS, Anthony. **A Terceira Viva**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 112.

⁴² GIDDENS, Anthony. **A Terceira Viva**. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 113.

⁴³ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012, p. 590.

⁴⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 239.

⁴⁵ UNESCO, 2012. **Educação: um tesouro a descobrir**/(tradução José Carlos Eufrazio). 7. ed. Revisada – São Paulo: Cortez; Brasília, DF.

As mudanças que ocorrem no âmbito mundial tornam certa a importância da educação para que o ser humano consiga exercer seu papel de agente econômico, com integração no mercado de trabalho, e, conforme consta no documento citado, não se pode olvidar que o desenvolvimento dos talentos e das aptidões individuais corresponde “à missão fundamentalmente humanista”⁴⁶ dessa atividade.

Ainda, o sistema de ensino precisa estar atento à equidade que deve permear “qualquer política educativa e às verdadeiras necessidades de um desenvolvimento endógeno, respeitador do meio ambiente humano e natural e da diversidade de tradições e de culturas”⁴⁷.

Feita essa conexão, em menção a chamada revolução educacional, Bauman afirma que a educação visa, como expectativa imutável, preparar os jovens “para a vida segundo a realidade que tenderão a enfrentar”⁴⁸, mediante instrução baseada em conhecimento prático e concretamente aplicável, concluindo, por fim, que “ensino de qualidade precisa provocar e propagar a abertura, não a oclusão mental”.⁴⁹

A educação sempre teve seus desafios, mas nada se compara ao desafio operado pelo chamado mundo líquido-moderno a que Zygmunt Bauman se refere, um mundo submerso na ausência de solidez, seja das coisas seja dos vínculos humanos, em que as pessoas têm repulsa em viverem sem mudanças.⁵⁰

Nesse contexto, Bauman frisa que:

[...] a ideia de educação pode consistir em um “produto” feito para ser apropriado e conservado é desconcertante, e sem dúvida não depõe a favor da educação institucionalizada. Para convencer seus filhos da utilidade do estudo, pais e mães de outrora costumavam dizer que “aquilo que você aprendeu ninguém vai poder lhe tirar”. Esta talvez fosse uma promessa encorajadora para os filhos *deles*, mas, para os jovens contemporâneos, deve representar uma perspectiva horripilante.⁵¹

Além dessa aversão à perspectiva da concretude e linearidade da vida, a educação também tem como desafio a imprevisibilidade das intensas transformações cotidianas, isso porque o saber sempre foi avaliado como a capacidade de representação fiel do mundo, o que se tornou impossível em um mundo extremamente saturado de informações.

⁴⁶ UNESCO, 2012. **Educação: um tesouro a descobrir**/(tradução José Carlos Eufrázio). 7. ed. Revisada – São Paulo: Cortez; Brasília, DF, p. 69 .

⁴⁷ UNESCO, 2012. **Educação: um tesouro a descobrir**/(tradução José Carlos Eufrázio). 7. ed. Revisada – São Paulo: Cortez; Brasília, DF, p. 69 .

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Sobre Educação e Juventude**. Rio de Janeiro:Zahar, 2013, p. 25.

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Sobre Educação e Juventude**. Rio de Janeiro:Zahar, 2013, p. 25.

⁵⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Sobre Educação e Juventude**. Rio de Janeiro:Zahar, 2013, p. 25.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 42-43.

Edgar Morin⁵² afirma que a educação deve primar por um conhecimento multidimensional, com ferrenha crítica a fragmentação do ensino, isso porque o ensino deve “promover um conhecimento simultaneamente analítico e sintético que religa as partes ao todo e o todo às partes. Deve ensinar os métodos que permitem compreender as relações mútuas, as influências recíprocas, as inter-retroações”.

Por fim, como advertem Morin e Delgado Díaz⁵³, a educação deve preparar o indivíduo para o reconhecimento e o enfrentamento de desafios de ordem global, devendo o ensino se constituir “num dispositivo que habilite os seres humanos a alcançar uma consciência crítica de suas circunstâncias, suas atividades e sua vida”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho está inserido na interseção entre os estudos contemporâneos relacionados à transnacionalidade e ao direito à educação, considerando o fenômeno da globalização.

Elegeu-se como cerne da presente pesquisa investigar como a educação, como Objetivo de Desenvolvimento Sustentável previsto no Agenda 2030, pode ser instrumento para prosperidade e erradicação da pobreza. Partiu-se da hipótese de que o direito humano à educação é o único meio de emancipação imprescindível para a superação das mazelas da desigualdade social e da degradação ambiental.

Sob essa ótica, identificou-se que a hipótese se confirma à medida que o ensino deve ir além da escolarização e, portanto, ser constante ao longo da vida de todos e, com isso, possibilite o exercício irrestrito da cidadania no contexto da ordem global.

As mudanças ocorridas nas últimas décadas – econômicas, políticas e sociais –, impulsionadas por intenso desenvolvimento tecnológico, de comunicação e de informação, moldaram novo sistema capitalista que visa lucro incessante, passa pelo consumo excessivo, e retrata crescente aumento da desigualdade ou a exclusão social daqueles que não fazem parte dessa sistemática.

⁵² MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013, p. 198.

⁵³ MORIN, Edgar; DELGADO DÍAZ, Carlos Jesús. **Reinventar a Educação**. São Paulo: Palas Athena, 2016, p. 77.

Embora tenha sido tema constante os primórdios, a educação é importante meio para o desenvolvimento social, porém o simples acesso, sem que os demais direitos sociais sejam observados, pode implicar na ineficácia de seus reais propósitos, quais sejam, a formação e o desenvolvimento individual, o fortalecimento da cidadania, a diminuição das desigualdades e a mitigação da exclusão social.

A agenda de desenvolvimento sustentável 2030 da ONU traz a educação de qualidade como um importante objetivo para prosperidade dos povos, cuja implementação sofre riscos por conta da falta de condições mínimas adequadas, sem contar a deficiência e estagnação do processo educativo atual, nessa conjuntura social desfavorável.

Para que o Objetivo 4 e suas respectivas metas sejam alcançados são necessários consciência e comprometimento dos governantes, mas, da mesma forma, o engajamento da sociedade civil – inclusive docentes e discentes – no debate do tema, na implementação de medidas, na avaliação e reavaliação de ações, isso porque a educação, como direito social e com o resultado almejado, importa em imensurável benefício para toda coletividade e, em especial, para democracia.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo Parasitário**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo : Malheiros, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto consolidado até a EC n. 106/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 19 de maio de 2020.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes et al (coord.). Direitos Fundamentais Sociais*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas: ciência para uma vida saudável**. 1. ed. São Paulo: Cultrix,

2005.

CARVALHO, André de. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. A crise da democracia liberal. Tradução de Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DEATON, Angus. **A grande saída**: saúde, riqueza e as origens da desigualdade. Tradução de Marcelo Levy. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 maio. 2020.

Decreto nº 65.810, DE 8 DE DEZEMBRO DE 1969: Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. 1969. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>>. Acesso em: 30 maio. 2020.

Decreto nº 99.710, de 14 de setembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 30 maio. 2020.

Decreto-Lei n.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943: Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 30 maio. 2020.

DURKHEIN, Émile; **Educação e Sociologia**. Tradução de Stephania Matousek, 5 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014 (Coleção Textos Fundantes da Educação).

Ensinar a Viver: manifesto para mudar a educação. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Porto Alegre: Sulina, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIDDENS, Anthony. **A Terceira Viva**. Rio de Janeiro: Record, 1999.

Lei n. 13.005/014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. **PNE**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em 19 de maio de 2020.

Lei n. 9.394/1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **LDB**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm. Acesso em 19 de maio de 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as Democracias Morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MIRANDA, Jorge. **A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. n. 24. jul/dez 2006.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MORIN, Edgar; DELGADO DÍAZ, Carlos Jesús. **Reinventar a Educação**. São Paulo: Palas Athena, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 30 maio. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 30 maio. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PROVEDORIA DOS DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA. Organização das Nações Unidas. **Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos**. [S.l.]: UNDP, 2009. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso em: 30 maio 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição,**

Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial.** 1 ed. São Paulo: Edipro, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Sobre Educação e Juventude. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

Sociologia. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

UNESCO, 2012. **Educação: um tesouro a descobrir**/(tradução José Carlos Eufrázio). 7. ed. Revisada – São Paulo: Cortez; Brasília, DF.

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE EM UMA ANÁLISE TRANSNACIONAL

Camila Murara Nicoletti¹

Marcelo Buzaglo Dantas²

INTRODUÇÃO

Vivemos, atualmente, fase de grande aporte tecnológico. Produtos e serviços são rapidamente produzidos e prestados e, em escala planetária, disseminados a consumidores ávidos e insatisfeitos.

Produz-se mais, consome-se mais, gera-se resíduo e lixo. Aumenta-se o produto interno bruto, a concentração de riquezas em países desenvolvidos, o aporte de lixo aos subdesenvolvidos. Diminui-se a durabilidade de produtos, aumenta-se o consumo, gera-se o consumismo. A humanidade está em busca de satisfação imediata.

As empresas estão atentas às vulnerabilidades humanas da pós-modernidade. O tema central deste artigo analisa o fenômeno da obsolescência programada e o seu embricamento com o paradigma da sustentabilidade. Para tanto, expõe a noção de consumismo, o impacto das decisões e ações humanas para o alcance ou o afastamento da meta de sustentabilidade e apresenta a necessidade de visão ampliada, sob o enfoque da transnacionalidade ao proposto.

A relevância social e científica do tema é a necessidade de reflexão sobre a postura de Estados, empresas, consumidores e intervenientes, no mercado de consumo mundial.

O artigo tem como objetivo geral proporcionar conteúdo teórico científico para a compreensão do fenômeno da obsolescência programada e suas consequências globais. Como

¹ Juíza de Direito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Brasil. Mestre em Territorio, Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental pelo Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales, Universidade de Alicante – Espanha. Pós-graduada lato sensu em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Brasil. Pós-graduada lato sensu em Direito e Gestão Judiciária pelo Centro de Estudos Jurídicos - Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: camilanicoletti@tjsc.jus.br

² Advogado. Presidente da Comissão de Direito Ambiental do Instituto dos Advogados de Santa Catarina - IASC, Membro das Comissões de Direito Ambiental do Conselho Federal da OAB e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Mestre e Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Visiting Scholar da Elisabeth Haub School of Law - Pace University (White Plains/NY). Pós-Doutor em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade pela UNIVALI. Docente Permanente e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da UNIVALI. Professor Visitante da Widener University – Delaware Law School (EUA) e da Universidad de Alicante (ES).

objetivo específico, analisar o fenômeno da obsolescência programada como técnica para a manutenção do consumismo e suas implicações com o paradigma da sustentabilidade em uma análise transnacional.

Assumem-se como problemas de pesquisa as perguntas: o que é obsolescência programada? Qual a sua ligação com o consumismo? A obsolescência programada pode ser relacionada ao paradigma da sustentabilidade? O manejo dessa obsolescência tem impacto mundial e amplitude transnacional?

O trabalho foi dividido em três partes: as obsolescências, seus conceitos e tipos de obsolescência programada; o papel do consumismo para a obsolescência programada; a obsolescência programada e o paradigma da sustentabilidade em análise transnacional.

Como metodologia foi utilizada a base lógica do método indutivo de procedimento histórico, bibliográfico e documental. Para tratamento de dados o método cartesiano e no relatório de pesquisa a base indutiva. Acionadas, ainda, as técnicas do referente, categoria, conceitos operacionais, pesquisa bibliográfica e fichamento.

1. AS OBSOLESCÊNCIAS

Antes de adentrar na classificação propriamente dita, que se restringirá à obsolescência programada, é salutar conceituar, também, o termo “obsolescência” e alinhar o sentido de “obsolescência técnica”, para que haja um entendimento geral sobre o tema.

Para o fim desta pesquisa, a obsolescência pode ser definida como a degradação de um bem a ponto de fazê-lo perder valor e utilidade, por razões que são independentes de seu uso físico, mas ligadas a fatores como o do progresso técnico, evolução dos comportamentos, à moda, entre outros³.

A obsolescência técnica, em linhas gerais, é conceituada como a perda de utilidade de um determinado produto pelo avanço da ciência e da tecnologia. O uso daquele bem se torna arcaico, porque implementada significativa melhoria de desempenho a um novo, tal como ocorreu com a máquina de escrever e o computador; com os veículos de tração animal e os automotores; com o telégrafo e o telefone, por exemplo.

³ COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer CEMI/112, de 17 de outubro de 2013. **Por um consumo mais sustentável:** O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida.. Disponível em: https://webapi2016.eesc.europa.eu/v1/documents/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc/content. Acesso em 08/11/2019.

Latouche⁴ a conceitua e a exemplifica como:

Desclasificación de las máquinas y de los aparatos debido al progreso técnico, que introduce mejoras de todo tipo. Así, la locomotora de vapor vuelve obsoleta la diligencia, pero la máquina de coser de pedal hace lo mismo con la máquina de manivela, y la máquina eléctrica con la máquina de pedal. Antes, el hacha de piedra pulida había desclasificado la herramienta del paleolítico, pero luego fue superada a su vez por el hacha de bronce, y más tarde por el hacha de hierro. De todas maneras, hasta la denominada Revolución Industrial, esos cambios se operaban en el espacio de miles de años. Esta primera forma de obsolescência no se nos hizo familiar hasta la modernidade y las tormentas de innovaciones creadoras, para hablar como Schumpeter.

Segundo Leonard⁵, contudo, é importante atentar, ao fato, de que, na conjuntura tecnológica atual, embora o mercado de consumo apresente a todo momento novos produtos sob a roupagem de obsolescência técnica do anterior, grande parte dos casos revela, todavia, a própria obsolescência programada, como o que segue: “Os celulares de hoje, que têm uma vida útil média de apenas um ano, quase nunca estão tecnicamente obsoletos quando os descartamos os substituímos por novos. Trata-se simplesmente da ideia de “obsolescência planejada” em ação.”

Assim, a obsolescência técnica, derivada da transmutação profunda de um produto, é salutar e desejada. O que deve ser combatido é o fenômeno da obsolescência programada, que se passa a expor.

Para situar o assunto proposto, é importante expressar, ainda, que existe mais de uma classificação relativa à obsolescência programada⁶. Neste trabalho será utilizada a escolhida pelo Comitê Econômico e Social Europeu no Parecer CCMI/112⁷, denominado “Por um consumo mais sustentável: o ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida”.

Para tanto, o Comitê classificou a obsolescência programada em quatro vertentes: 1. Obsolescência programada em sentido estrito; 2. Obsolescência programada indireta; 3. Obsolescência programada por incompatibilidade e 4. Obsolescência programada psicológica.

⁴ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada. Barcelona: Ediciones Octaedro S.L., 2014, p. 34.

⁵ LEONARD, Annie. **A história das coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Zahar, 201, p. 175.

⁶ Tais como a de Packard que classifica a obsolescência programada em obsolescência da desejabilidade; obsolescência de função e obsolescência de qualidade, na obra intitulada “**A estratégia do desperdício**”. São Paulo: Ibrasa, 1965 ou de Latouche que trata a obsolescência programada como obsolescência em sentido estrito e em sentido amplo na obra “**Hecho para tirar**: La irracionalidad de la obsolescência programada”, já citada.

⁷ COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer CCMI/112, de 17 de outubro de 2013. **Por um consumo mais sustentável**: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida.. Disponível em: https://webapi2016.eesc.europa.eu/v1/documents/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc/content. Acesso em 08/11/2019.

A obsolescência programada em sentido estrito pode ser conceituada como a inserção preordenada, por fabricantes, de técnicas que limitem o tempo de vida útil dos produtos postos ao mercado de consumo. São estratégias para fomentar o consumismo, sem que o consumidor esteja consciente dessas condutas, impelindo-o a descartar produtos que estariam aptos para serem consertados e a adquirir o “falso novo”.

Pode se dar, ainda, com a introdução proposital de dispositivos internos aos produtos, ou com a utilização de insumos de baixa qualidade, de modo que a durabilidade daquele bem seja predeterminada por seu fabricante. Estabelece-se, portanto, unilateralmente, o tempo de vida do que é produzido, após o que, ao consumidor, não resta outra alternativa que não a de comprar novo bem atualizado.

O primeiro caso de que se tem notícia sobre essa forma de obsolescência remonta ao ano de 1924 e foi denominado cartel Phoebus⁸. Embora as empresas da época possuíssem tecnologia para fabricar lâmpadas com durabilidade de 2.500 horas, os fabricantes dominantes do mercado (General Electric, Osram e Phillips), em dezembro daquele ano, reuniram-se em Genebra para estabelecer que, a partir de então, as lâmpadas fabricadas deveriam ter vida útil máxima de mil horas. A conduta teve a pretensão de fomentar novas aquisições, por artil tecnológico inserto nos produtos.

Contudo, tal prática não se manteve restrita aos tempos passados. Segundo Latouche⁹:

Desde el principio, el fabricante concibe el producto para que tenga una duración de vida limitada, y esto gracias a la introducción sistemática de un dispositivo ad hoc. Puede tratarse, por ejemplo, de un chip electrónico insertado en una impresora con el fin de que se bloquee después de 18.000 copias, o de una pieza frágil que se prevé que provocará la avería del aparato cuando expire la duración de la garantía.

O caso citado pelo autor supramencionado - das fotocopiadoras alteradas artificialmente para quebrar foi, inclusive, objeto de menção específica pelo Comitê econômico e Social Europeu (CESE)¹⁰, quando da edição do Parecer CCMI/112 que conceituou as obsolescências:

1.2 O CESE preconiza a proibição total dos produtos cuja defeituosidade seja programada para provocar o fim da vida do aparelho. Estes casos, raros mas flagrantes, como o muito badalado das impressoras concebidas para deixarem de funcionar após um número específico de utilizações, apenas alimentam a desconfiança dos cidadãos em relação às empresas.

⁸ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada, p. 42.

⁹ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada, p. 34.

¹⁰ COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer CCMI/112, de 17 de outubro de 2013. **Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida**. Disponível https://webapi2016.eesc.europa.eu/v1/documents/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc/content. Acesso em 08/11/2019.

Essa espécie de obsolescência é altamente lesiva e, ocultada intencionalmente pelos fabricantes, retira do consumidor a possibilidade de reflexão consciente.

A segunda forma de obsolescência, denominada de obsolescência programada indireta, segundo o Comitê Econômico Social Europeu, pode ser conceituada como a impossibilidade de se consertar o produto, seja porque o fabricante não disponibiliza peças de reposição, seja porque os bens produzidos não permitem o reparo, impelindo o consumidor à aquisição de um novo.

Totalmente dissociado do parâmetro da sustentabilidade, impõe o descarte imponderado, aumentando significativamente, na era pós-moderna, os montantes de lixo eletrônico descartados em todos os pontos do planeta.

Nesta espécie de obsolescência, pode-se citar como exemplo o caso “Westley x Apple”¹¹. Trata-se de ação judicial submetida à corte americana de justiça, movida em face da empresa Apple, ante a constatação de que o produto *Ipod* foi fabricado com a duração média premeditada de dezoito meses, após o que sua bateria deixava de funcionar. O *design* hermeticamente fechado do produto não permitia que os consumidores consertassem a peça e o bem tornava-se, então, inservível. A fabricante já havia comercializado em torno de três milhões de unidades do produto e entabulou acordo para o fim da questão. Houve a troca das baterias e a extensão da garantia dos *ipods*, consolidando-se, assim, mais um exemplo atual de obsolescência.

O Parecer CCMI/112¹² foi o primeiro a abordar o tema perante a União Europeia, atento a esta espécie de obsolescência dispôs:

1.3 O CESE recomenda que as empresas facilitem a reparação dos seus produtos, o que deverá ser feito de três maneiras: tornar a reparação tecnicamente possível (p. ex., tablets digitais em que as pilhas estão soldadas ao casco para impedir a reparação e obrigar à aquisição de um novo aparelho); dar aos consumidores a possibilidade de adquirir peças sobressalentes até cinco anos após a aquisição; por último, a compra do produto deve ser acompanhada de informação sobre as possibilidades de reparação e a forma de as utilizar. De um modo mais geral, o parecer do CESE preconiza um forte apoio à dimensão social e às empresas de reparação. A abordagem para melhorar a confiança entre a empresa e os seus clientes deve ter especialmente em conta a possibilidade de apoio ao emprego que pode gerar.

Por fim, quanto a este ponto, tem-se a obsolescência psicológica. Caracteriza-se pela

¹¹ DANNORITZER, Cosima. **Comprar, tirar, comprar: la historia secreta de la obsolescência programada**. Produção de Cosima Dannoritzer. [S.l.], Arte France, Televisión Española, Televisió de Catalunya, 2011. (52min18s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>>. Acesso em 10/11/2019.

¹² COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer CCMI/112, de 17 de outubro de 2013. **Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida**. Disponível em: https://webapi2016.eesc.europa.eu/v1/documents/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc/content. Acesso em 08/11/2019.

crença da necessidade de outro produto, ainda que se tenha um anterior bastante similar e útil. Tem raiz nas vulnerabilidades subjetivas do consumidor, que, atraído por campanhas publicitárias, faz nascer no seu íntimo a falsa ideia de imprescindibilidade de um novo bem, que não foi submetido a alterações funcionais significativas, mas apenas de embalagem, aparência ou de itens periféricos. Pode-se citar como exemplos de primeiras grandezas, os *smartphones* e a moda.

Latouche¹³ acrescenta que o ideal para este modelo estudado, inclusive, é que não se tenha a necessidade de introduzir uma peça defeituosa aos produtos fabricados, senão lograr êxito a que esse bem se torne obsoleto com a ação de persuasão clandestina, por meio da publicidade.

Essa espécie de obsolescência para Latouche tem papel fundamental para o entendimento do momento de crise humana que vivenciamos na pós-modernidade, de nosso papel na sociedade de consumo, na visão do paradigma da sustentabilidade, em análise transnacional.

Importante mencionar, que, não raras vezes, a obsolescência psicológica se apresenta travestida de obsolescência técnica, na medida em que empresas apresentam ao consumidor novas versões de produtos em até seis meses do lançamento do anterior, tal como fez novamente a Apple, agora no caso de seus *Ipads*:

[...] a tática promovida pela empresa Apple, que, embora seja conhecida mundialmente por ser uma empresa “verde”, lançou no território nacional o iPad 4, poucos meses depois de ter colocado em circulação o iPad 3 no Brasil. Os usuários desse produto, diante do lançamento de uma nova versão que não apresentava consideráveis diferenças técnicas, mas exibia novo design, notaram que seu produto recém-adquirido, tornou-se obsoleto. Tal fato ensejou uma ação judicial, objetivando a substituição imediata do produto obsoleto¹⁴.

Condutas da espécie, não são nada menos do que subterfúgios para o acesso à mente consumidora, na intenção de mantê-la adicta à compra do novo, fomentando o ser humano a acumular desnecessidades, em prejuízo de todos e em escala planetária.

Dos exemplos apresentados, logo se vê que a obsolescência é de amplo espectro. Não se limita a um ou outro país, nem em incidência, tampouco em consequência e deve ser analisada por um viés transnacional.

¹³ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada, p. 42.

¹⁴ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A Obsolescência Programada e Psicológica e o desequilíbrio causado na dimensão econômica da sustentabilidade. In: _____. (Org.). **Estado, Transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajai: UNIVALI, 2018. T.4.

2. O PAPEL DO CONSUMISMO PARA A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Para o fim deste trabalho, adere-se ao conceito de Bauman¹⁵ sobre consumismo, na medida em que o autor entende o fenômeno como um atributo da sociedade atual. Um padrão de comportamento que elege o consumo como atividade central das relações sociais e como objetivo do ser humano.

É associado a desejos crescentes, originados de ações individuais, para a aquisição de coisas que sacrificam o bem-estar coletivo para o suprimento de vontades pessoais e formam um padrão de comportamento que destoa do paradigma da sustentabilidade.

Enquanto por meio do consumo se adquire bens e serviços para o atendimento de necessidades, o consumismo busca “satisfazer carências emocionais e sociais através de compras e demonstrar o valor pessoal por meio do que se possui”¹⁶.

Leonard salienta que o consumismo pressupõe: “impulso acima de ponderação; satisfação imediata; narcisismo em detrimento de sociabilidade; direito acima de responsabilidade”¹⁷.

Latouche confirma essa ideia, quando diz que “el hiperconsumo del individuo contemporâneo ‘turboconsumidor’ desemboca em una felicidad herida o paradójica”¹⁸.

Esse autor expõe que para que seja mantida a demanda de compra é necessário, também, que os objetos pereçam e que tal situação ocorra cada vez mais depressa. O consumismo se apresenta, assim, como um dos fundamentos da obsolescência programada¹⁹.

À medida que a produção de bens e serviços cresce na pós-modernidade (ou na modernidade líquida preferida por Bauman) para retroalimentar a desejabilidade do consumidor, também se desenvolveram estratégias para mantê-lo aderido a comprar: uma das primeiras mensagens foi a de que seria melhor possuir mais de uma unidade de cada produto e a outra de que alguns desses bens devem ser programados para o lixo²⁰.

Como expõem Maria Claudia da Silva Antunes de Souza e Josemar Sidinei Soares, a busca da satisfação de desejos humanos desequilibra a forma de vida das pessoas, porque é evidente que a ideologia consumista não proporcionará deleite integral e a velocidade com que os estilos

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 41.

¹⁶ LEONARD, Annie. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos, p. 158-159.

¹⁷ LEONARD, Annie. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos, p. 182.

¹⁸ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada, p. 18.

¹⁹ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada, p. 20.

²⁰ LEONARD, Annie. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos, p. 174 e 176.

de desejos se alteram diminui a vida dos produtos, tornando o círculo vicioso²¹.

Esse entendimento é, em muito, calcado no modelo de produção e consumo como motriz da economia, baseado em uma sociedade de crescimento. Se os sistemas de produção, extração, distribuição, consumo e descarte não forem reavaliados, o ritmo da economia matará o planeta²².

Até porque, embora produção e consumo se mantenham freneticamente no topo da cadeia econômica, a fome e a pobreza mundial não diminuíram significativamente, o que nos afasta do paradigma da sustentabilidade.

É preciso entender que “o impulso para o consumo excessivo não pertence à natureza humana, e tampouco é um direito natural”²³.

3. A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E O PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE EM ANÁLISE TRANSNACIONAL

A obsolescência programada, como visto, teve seu desenvolvimento acelerado e mundialmente difundido nas bases do consumismo, que, por sua vez, também se impulsionou, modernamente, no paradigma da liberdade. Por muito tempo, foi a liberdade que norteou o modo de agir do ser humano nos últimos dois séculos e balizou, inclusive, a ciência.

Sob a bandeira de progresso, ampliou-se o liberalismo econômico, de modo a produzir falhas mercadológicas, minimização de custos sociais e ambientais, entre outros, além de acarretar a produção de diversas externalidades negativas que redundam em evidentes malefícios coletivos.

No tema proposto, pode-se citar, tanto o descarte exacerbado de produtos eletrônicos artificialmente fabricados para estragar - o que redundam em consequências ambientais severas, quanto danos à psique humana com a adição ao consumo desarrazoado, para dizer o mínimo.

Vivemos desconsiderando uma importante informação de base lógica, apresentada no livro de Serge Latouche de que: “se o crescimento produzisse mecanicamente o bem-estar, deveríamos viver hoje num verdadeiro paraíso. Contudo, o que nos ameaça é bem mais o inferno”²⁴.

²¹ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. SOARES, Josemar Sidinei. Sociedade de Consumo e o consumismo: Implicações existenciais na dimensão da sustentabilidade. **Consumo sustentável, agroindústria e recursos hídricos** [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2018. – (Coleção Estado, transnacionalidade e sustentabilidade; t.4), p. 31

²² LEONARD, Annie. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos, p. 14.

²³ LEONARD, Annie. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos, p. 167-168.

²⁴ LATOUCHE, Serge. **Pequeno tratado do decrescimento sereno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Editora WMF Martins

O que se propõe neste momento, portanto, é relacionar e ponderar se a obsolescência programada está em aproximação ou afastamento do paradigma de sustentabilidade.

Para tanto, é preciso conceituá-la, sabendo-se que as dimensões da sustentabilidade são variáveis de acordo com a doutrina que se utilize como referencial e que muito comumente são limitadas a três – ambiental, social e econômica, chamadas de tripé. Contudo, este trabalho levará em conta uma visão ampliada, tal como fazem os autores abaixo colacionados.

Conceito bastante elucidativo sobre sustentabilidade é o encampado por Edis Milare²⁵:

[...] A sustentabilidade deve ser abordada sob vários prismas: o econômico, o social, o cultural, o político, o tecnológico, o jurídico e outros. Na realidade, o que se busca, conscientemente ou não, é um novo paradigma ou modelo de sustentabilidade, que supõe estratégias bem diferentes daquelas que têm sido adotadas no processo de desenvolvimento sob a égide de ideologias reinantes desde o início da Revolução Industrial, estratégias estas que são responsáveis pela instrumentalidade do mundo de hoje, tanto no que se refere ao planeta Terra quanto no que interessa à família humana em particular. Em última análise, vivemos e protagonizamos um modelo de desenvolvimento autofágico que, ao devorar os recursos finitos do ecossistema planetário, acaba por devorar-se a si mesmo.

Para Juarez Freitas²⁶, por sua vez, a sustentabilidade é um princípio constitucional de eficácia direta e imediata, com o condão de determinar a responsabilidade dos atores sociais pela concretização solidária do desenvolvimento (material e imaterial), inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, ético, inovador e eficiente. O objetivo é o de assegurar o bem-estar, tanto no presente quanto no futuro.

Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar reconhecem, em continuidade de análise, que o novo paradigma para esse momento histórico que vivemos – a sustentabilidade, deve ser dúctil, adequado à produção dialética e democrática, aproximativo dos povos e das culturas, a partir de suas múltiplas dimensões, que incluam as variáveis, ecológica, social, econômica e tecnológica, tendo como base contundente o meio ambiente.²⁷

A obsolescência programada deve ser avaliada, assim, levando-se em conta a necessidade imperiosa de aderência das condutas humanas ao marco da sustentabilidade nos termos assumidos nesta pesquisa.

Fontes, 2009, p. 25.

²⁵ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 70.

²⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade - Direito ao Futuro**, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 133-134.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Unisinos, v.3, n.1, janeiro-junho, 2011, p. 81.

É pertinente a ponderação de Maria Claudia da Silva Antunes de Souza e Josemar Sidinei Soares²⁸, ainda, sobre um aspecto profundo que permeia a sustentabilidade, de perspectiva existencial:

A sustentabilidade, portanto, não pode iniciar com políticas públicas e diretrizes jurídicas, antes depende de imposteria existencial. Enquanto a contemporaneidade seguir enfatizando o vínculo entre Felicidade e Consumerismo a tendência será sempre a organização dos estilos de vida direcionados à busca pela felicidade preponderantemente na dimensão do consumo. E isto provoca impactos nas questões da sustentabilidade. Portanto, antes da política e do direito há a necessidade de mudança cultural das sociedades contemporâneas.

Utilizar a sustentabilidade como paradigma de ações humanas, perpassa pela necessidade de se entender o significado desse termo.

O conceito de paradigma, no qual a sustentabilidade foi inserida, é muito bem explorado por Cruz e Bodnar quando citam Thomas Samuel Kuhn. Este autor define paradigma como aquilo que é partilhado por membros de uma comunidade, que “enquanto modelo compartilhado segue uma matriz composta por: a) generalizações simbólicas; b) crenças em determinados modelos heurísticos; e c) valores exemplares”²⁹.

Por esse prisma se extrai o encaixe ideal da sustentabilidade como o paradigma a ser alçado à pós-modernidade. Visto como um conjunto de normas e preceitos garantidor de direitos fundamentais, mas também norteador de ações para além do Estado, de cunho transnacionais.

Assim, é evidente que o consumismo se afasta desse objetivo, porquanto elege o consumo como elemento central das relações. A obsolescência programada, difundida em escala global, tais como os exemplos já citados, enfraquece a própria existência humana e contribui para que caminhemos em sentido contrário ao desejado para uma sociedade consciente de suas limitações.

Para o alcance da sustentabilidade não se propõe o retorno à pré-história, a abdicação absoluta do conforto e da tecnologia, mas o fomento a uma sociedade em que o objetivo de vida não esteja calcado no consumo como elemento determinante.

Leonard³⁰ expõe nesse ponto que os níveis mais altos de satisfação e felicidade dos americanos se deram no ano de 1957, no patamar de 35% das pessoas pesquisadas, o que nunca

²⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. SOARES, Josemar Sidinei. **Sociedade de Consumo e o consumismo**, p. 46.

²⁹ 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. 45.

³⁰ LEONARD, Annie. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Zahar, 201, p. 163.

mais se repetiu, embora a economia tenha crescido desde então. Essa mesma autora apresenta pesquisa realizada pela “New Economics Foundation”³¹ que conclui ser possível desenvolver uma vida longa e feliz com uma pegada ecológica, por exemplo, muito inferior à que possuem as nações altamente consumidoras.

Portanto, o modelo de crescimento atual, baseado preponderantemente na métrica econômica, ligado à produção industrial maciça e ao fomento desleal ao consumo, contribui para a perpetuação da obsolescência programada:

Esa crítica a la vinculación entre el sistema productivo y su efecto directo sobre la vida cotidiana viene señalada desde múltiples ámbitos en los que no nos extenderemos. Basta señalar como ha sido especialmente criticada la acción performativa de la publicidad, creando nuevas necesidades o dando forma a estilos de vida que llegan a ser asociales e incluso perjudiciales para la salud. La obsolescencia programada, no sólo por las innovaciones ya existentes, sino también por la fragilidad y necesidad de sustitución de bienes considerados duraderos. Se destaca también su insostenibilidad medioambiental o el despilfarro económico que representa en un mundo donde el hambre y la pobreza asolan a millones³²

Dantas, Oliviero e Cruz bem apontaram que a sofisticação das comunicações e também das redes sociais proporcionaram um aumento intenso de complexidade das sociedades no planeta, o que acarretou a “saturação seletiva de alguns corolários modernos”³³.

A sustentabilidade, neste momento do Antropoceno, precisa ser explorada, portanto, também no viés transnacional. O momento é decisivo e a necessidade de formulação de uma consciência compartilhada é indispensável, pois as intervenções humanas e as pautas globais estão cada vez mais intensas³⁴.

A transnacionalidade segundo Joana Stelzer³⁵ pode ser entendida como:

Fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e se liga fortemente à concepção de transpasse estatal. Enquanto globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único;

³¹ LEONARD, Annie. **A História das Coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Zahar, 201, p. 166.

³² ALAMINOS, Antonio. **La futura vida cotidiana en España**: La sociedad de consumo. OBETS. Revista de Ciencias Sociales. Vol. 8, n.º 1, 2013; pp. 15-57

³³ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 29-45, set. 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>, p. 31. Acesso em: 16/10 2020.

³⁴ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática, p. 31.

³⁵ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica in: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio.

Essa autora defende, ainda, que foram três os grandes processos para considerar a existência de uma transformação transnacionalizante: mundialização de estilos, usos e costumes; planetarização da gestão e globalização tecnológica, produtiva e comercial. Com a globalização, portanto, torna-se ingênuo negar a emergência de novos focos de poder, agora transnacionais, oriundos da intensificação do comércio e da tecnologia, do barateamento das comunicações e dos transportes³⁶. Portanto, é preciso, definitivamente, considerar também a dimensão tecnológica como faceta da sustentabilidade, para alinhá-la às demais e performar o seu hiperdesenvolvimento.

A obsolescência programada, em muito se vale do liberalismo econômico e do aceleração da tecnologia, assim como da desigualdade entre os Estados e da lentidão de regulamentações jurídicas, para se normalizar no cenário global.

O monopólio do que sempre se entendeu como Estado Constitucional Moderno, referencial da única fonte de lealdade política para seus cidadãos, gradativamente cede espaço a um novel conjunto de identidades políticas pluralistas e múltiplas³⁷. As pessoas passam a se identificar como membros de comunidades locais, mas, também, como “de uma nação ou uma federação multinacional, de uma região ou subcontinente, e como cidadãos do mundo³⁸”.

Em havendo a criação fática dessas novas estruturas, decorrentes da ampliação de poderes transnacionais, é preciso buscar respostas consentâneas, para que também se limitem esses poderes.

A solidariedade, inclusive global, tem papel importante como vetor permanente da sustentabilidade. As respostas de governança, atuações sociais públicas e privadas, devem ser direcionadas à unicidade, pois as questões de enfrentamento são, sabidamente, transnacionais e seus impactos são de natureza global. Há que se ter probidade nas relações em todos os níveis, como proclama Juarez Freitas.

É preciso desenvolver senso coletivo sobre os papéis e as responsabilidades de todos os

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009, p. 19.

³⁷ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. *Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática*, p. 36. Acesso em: 16/10 2020.

³⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. *Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática*, p. 36. Acesso em: 16/10 2020.

envolvidos, com enfoque de pertencimento “a uma comunidade global conectada e interativa”.³⁹

Evidente que não se pretende com essa proposta retroceder a conquistas de desenvolvimento da sociedade mundializada, até porque a faceta econômica é dimensão da sustentabilidade interligada às demais⁴⁰.

Mas, a União Europeia, por exemplo, atenta à insustentabilidade da estagnação no modelo atual, manifestou o desejo de adentrar a uma fase de transição econômica, passando de uma sociedade de desperdício para uma sociedade sustentável. O gigante europeu acordou para o entendimento de que o aprisionamento a dogmas da modernidade e o isolamento dos Estados em temas de amplo impacto não trará benefícios sequer a médio prazo.

Desde o ano de 2013, por meio do parecer CCMI/112⁴¹, o Comitê econômico social Europeu externou ao mundo sua preocupação com o consumo e tratou de maneira expressa do fenômeno da obsolescência programada.

O parecer observa que a obsolescência programada é preocupante a muito títulos (ambiental, social, tecnológico, de saúde pública, cultural e econômico). Deixa claro que está ligada ao modelo de produção industrial que estabelece taxas mínimas de renovação de seus produtos e pondera que os excessos dessa prática devem ser coibidos. Pretende a otimização da utilização dos produtos, o que não implica, necessariamente, em considerar que o ciclo de vida curto seja sempre prejudicial ao desenvolvimento, mas que se deve estar atento ao processo. O Comitê se posicionou pela proibição total da venda de bens que insiram defeituosidade programada, sob o fundamento de que tal prática descredibiliza as empresas e aumenta a desconfiança do consumidor europeu.

A diminuição do tempo de vida de um produto implica no aumento de utilização de recursos e, em seguida, gera acréscimo de resíduos sujeitos ao reprocessamento quando do descarte. Há o desperdício de recursos naturais e a emissão de poluentes aberrantes, cujos efeitos já são sentidos na atualidade e não passaram despercebidos pelo Comitê e não podem passar

³⁹ DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática, p., 31. Acesso em: 16/10 2020.

⁴⁰ 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, p. 44.

⁴¹ COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer CCMI/112, de 17 de outubro de 2013. **Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida..** Disponível em: https://webapi2016.eesc.europa.eu/v1/documents/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc/content. Item 1.16. Acesso em 08/11/2019.

também aos demais Estados⁴²:

Do ponto de vista ambiental, com um consumo anual de matérias-primas da ordem dos 60 mil milhões de toneladas, consumimos hoje em dia 50% mais recursos naturais do que há 30 anos. Um europeu, por exemplo, consome 43 kg de recursos por dia, contra 10 kg para um africano. A Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económicos (OCDE) calculou, com base nos níveis conhecidos em 1999, que com uma taxa de crescimento anual da sua produção primária de 2%, as reservas de cobre, chumbo, níquel, prata, estanho e zinco não ultrapassariam 30 anos, ao passo que as de alumínio e ferro se situariam entre 60 e 80 anos. Assim, aproxima-se uma fase de escassez para um número cada vez maior de materiais. Além disso, são gerados todos os anos na Europa (dados de 2012) 10 milhões de toneladas de resíduos de equipamentos elétricos e eletrónicos (REEE), um volume deve chegar aos 12 milhões em 2020. Além das políticas de reciclagem e de inovação, as políticas de recuperação apresentadas na nova diretiva da UE, que entrou em vigor em 13 de agosto de 2012, devem ser apoiadas paralelamente à luta contra a obsolescência programada.

Assim, verifica-se que a União Europeia, ainda que insira no modelo de produção e consumo baseado no crescimento económico, está atenta e consciente de que estratégias como a da obsolescência programada não podem permanecer em evolução, sob pena de afronta e descaso ao paradigma da sustentabilidade. Estabeleceu medidas de carácter supranacionais, é verdade, mas que já nos desperta em alerta, para a ampliação de olhar sobre o tema.

Contudo, é evidente que a intensificação do fenómeno da globalização não é restrita ao continente europeu, assim como não são só seus os danos oriundos da ação humana capitalista.

De se constatar, ainda, que os tratados internacionais são hoje insuficientes, pois se não o fossem, não estaríamos perpassando por essa crise existencial⁴³. Ainda que o aprofundamento ao tema do Direito Transnacional não seja objetivo direto deste trabalho, Heloíse Siqueira Garcia e Paulo Márcio Cruz foram precisos no argumento de que⁴⁴:

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.

⁴² COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer CCMI/112, de 17 de outubro de 2013. **Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida.** Disponível em: https://webapi2016.eesc.europa.eu/v1/documents/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc/content. Acesso em 08/11/2019.

⁴³ REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. *Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 3, p. 347-368, set./dez., 2013. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 05 maio 2019.

⁴⁴ GARCIA, Heloíse Siqueira, CRUZ, Márcio Paulo, **A sustentabilidade em uma (necessária) visão transnacional**. *Prisma Jurídico*: 2016, p. 15, Julho-Dezembro. Acesso em: 16/10/2020. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93449824008>> ISSN 1677-4760.

Segundo as informações veiculadas na ONU News, em julho de 2020, a China ocupa o topo do ranking em relação à produção de lixo eletrônico com o descarte de 10,1 milhões de toneladas, seguida dos Estados Unidos com 6,9 milhões de toneladas e Índia com 3,2 milhões de toneladas. Esses países são responsáveis por 38% de todo o lixo eletrônico que o mundo produziu no ano de 2019⁴⁵. A obsolescência programada, como visto, tem papel importante nessa produção.

Sugere-se neste trabalho que o combate à obsolescência programada seja iniciado com o enfrentamento transnacional em três eixos: ecoconcepção dos produtos, economia circular e economia da funcionalidade⁴⁶:

A ecoconcepção dos produtos: esta abordagem permite assegurar, desde a origem, a sustentabilidade dos recursos tendo em conta o impacto ambiental dos bens e a totalidade do seu ciclo de vida.

- A economia circular com vista a uma abordagem «cradle to cradle» (do berço ao berço), a fim de transformar os resíduos de uma empresa em recursos para outras.
- A economia da funcionalidade pretende desenvolver a utilização dos produtos em vez da sua posse. Nessa ótica, as empresas não vendem um produto mas sim uma função faturada consoante o seu uso. Nessa continuidade, os industriais têm todo o interesse em desenvolver objetos robustos, reparáveis e fáceis de manter e em assegurar uma cadeia de produção e uma logística adequadas no centro do seu modelo económico.

Os desvios da sociedade de consumo precisam ser corrigidos de maneira mais ampla, em ações transnacionais, calcadas na colaboração e na solidariedade, inclusive empática, que genuinamente se espera reconhecer a partir da globalização.

O motriz dessa atuação deve se direcionar a conceber produtos sólidos, duradouros e de qualidade; promover a possibilidade de reparação e a durabilidade desses bens; garantir uma melhor informação aos consumidores; reforçar o direito à garantia legal de conformidade e, inclusive, proteger os consumidores da obsolescência dos programas de informática, com apelo à transparência das relações. Em um mundo cada vez mais virtual, há que se estar atento aos meandros tecnológicos de mercado⁴⁷.

A criação de mecanismo de apresentação de queixas acessível a todos os países e a

⁴⁵ ONU NEWS. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/07/1719142#:~:text=A%20China%20C3%A9%20o%20maior,no%20mundo%20no%20ano%20passado.Acesso em: 16/10/2020.>

⁴⁶ COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer CCMI/112, de 17 de outubro de 2013. **Por um consumo mais sustentável: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida..** Disponível em: https://webapi2016.eesc.europa.eu/v1/documents/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc/content. Acesso em 08/11/2019.

⁴⁷ Mais informações no recente documentário “o Dilema das Redes”, disponível em <https://www.netflix.com/br/title/81254224>. Acesso em 15/10/2020.

avaliação da possibilidade de se criar um sistema independente de verificação e exclusão da obsolescência que o fabricante tenha incorporado ao produto, além do compartilhamento dos conhecimentos técnicos de países que já obtiveram êxito em combatê-la, também é sugerida.

De se concluir, assim, que a obsolescência programada destoa do paradigma da sustentabilidade em escala que merece especial atenção, principalmente neste momento histórico de crise multidimensional. A técnica não deve ser minimizada enquanto subterfúgio de mercado capaz de proporcionar insustentabilidade em diversos níveis.

O caminho de enfrentamento é longo, demanda engajamento coletivo e ainda conflita com o modelo de produção e consumo atual, mas já caminha em primeiros passos, com parâmetros que privilegiam os interesses gerais, ainda que os individuais sejam de corporações ou Estado⁴⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade pós-moderna se encontra hoje calcada em modelo de crescimento que prospecta condutas baseadas no aumento de capital, na concentração de riquezas, no acúmulo de bens materiais e no fomento ao desejo.

O ser humano está toxicodependente de todos os tipos de crescimento e a ânsia de consumir algo que refoge à necessidade; a possibilidade de se diminuir a vida útil dos bens para que continuemos no círculo vicioso do consumo e a gama de meios para adquirir o produto ou o serviço, não passaram despercebidos pelo mercado e pelos fabricantes.

O presente trabalho elegeu como problemas de pesquisa os questionamentos: o que é a obsolescência programada? Qual a sua relação com o consumismo? A obsolescência programada pode ser atrelada ao paradigma da sustentabilidade? O manejo dessa obsolescência tem impacto mundial e amplitude transnacional?

A pesquisa apresentou a diversidade de conceitos sobre obsolescência programada e elegeu a classificação utilizada pelo Comitê Social e Econômico Europeu para detalhar a obsolescência programada em sentido estrito; a obsolescência programada indireta; a obsolescência programada por incompatibilidade e a obsolescência programada psicológica.

Internalizados os conceitos, apontou o consumismo como fator determinante para a

⁴⁸ 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. 324, dezembro- 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413>. Acesso em 16/10/2020.

manutenção da obsolescência programada e concluiu que esta relação ocorre de maneira retroalimentar, pois para que seja mantida a demanda de compra é necessário, também, que os objetos pereçam e que tal situação ocorra cada vez mais depressa. O consumismo se apresentou, assim, como um dos fundamentos da obsolescência programada.

Os efeitos colaterais da obsolescência foram entendidos como nocivos e importantes, pois embora o consumismo aumente a perspectiva de necessidade sobre bens, a sua compra já não é mais capaz de proporcionar bem-estar duradouro.

A obsolescência programada deve ser avaliada, assim, levando-se em conta a necessidade imperiosa de aderência das condutas humanas mercadológicas, públicas e privadas, ao marco da sustentabilidade e esta deve ser analisada também sob viés transnacional.

O momento é decisivo e a necessidade de formulação de uma consciência compartilhada é indispensável, calcada em solidariedade global e em atitudes que transcendam os interesses individuais, ainda que estes últimos sejam os dos Estados, para que se combata com eficiência o estratagema.

As respostas de governança e atuações sociais públicas e privadas, devem ser direcionadas à unicidade, pois as questões de enfrentamento são, sabidamente, transnacionais e seus impactos são de natureza global. E é neste sentido que a obsolescência programada precisa ser abordada e combatida, pois não deve ser minimizada enquanto subterfúgio de mercado capaz de proporcionar insustentabilidade em diversos níveis.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALAMINOS, Antonio. **La futura vida cotidiana en españa**: La sociedad de consumo. OBETS. Revista de Ciencias Sociales. Vol. 8, n.º 1, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU. Parecer CCMI/112, de 17 de outubro de 2013. **Por um consumo mais sustentável**: O ciclo de vida dos produtos industriais e informação do consumidor a bem de uma confiança restabelecida. Disponível em: https://webapi2016.eesc.europa.eu/v1/documents/ces1904-2013_00_00_tra_ac_pt.doc/content. Acesso em 08/11/2019.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma de Direito na pós-modernidade. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico] - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012

DANIELI, Adilor. MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. As diretrizes institucionais do Comitê Econômico e Social Europeu sobre a obsolescência programada: uma análise à luz do paradigma da sustentabilidade. In DANTAS, Marcelo Buzaglo. SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (Orgs.) **Transnacionalidade, direito ambiental e sustentabilidade: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa**. Passo Fundo: Ed Universidade de Passo Fundo, 2014.

DANNORITZER, Cosima. Comprar, tirar, comprar: la historia secreta de la obsolescência programada. Produção de Cosima Dannoritzer. [S.l.], Arte France, Televisión Española, Televisió de Catalunya, 2011. (52min18s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o0k7UhDpOAo>>. Acesso em: 02 nov. 15. 17 min.33ss.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Marcio. Direito, transnacionalidade e sustentabilidade empática. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 29-45, set. 2016. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7911>>. Acesso em: 16/10 2020.

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

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A Obsolescência Programada e Psicológica e o desequilíbrio causado na dimensão econômica da sustentabilidade. In: _____. (Org.). **Estado, Transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2018. T.4.

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.

GARCIA, Heloise Siqueira, CRUZ, Márcio Paulo, **A sustentabilidade em uma (necessária) visão transnacional**. Prisma Jurídico: 2016, 15 (Julho-Dezembro): Acesso em: 16/10/2020. Disponível em:

LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**. La irracionalidad de la obsolescencia programada. Barcelona: Ediciones Octaedro S.L., 2014.

LEONARD, Annie. **A História das Coisas**. Trad. Heloisa Mourão. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ONU NEWS. Disponível em:
<https://news.un.org/pt/story/2020/07/1719142#:~:text=A%20China%20%C3%A9%20o%20maior,no%20mundo%20no%20ano%20passado>. Acesso em 16/10/2020.

PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

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. 324, dezembro-2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202/2413>. Acesso em: 16/10/2020.

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 18, n. 3, p. 347-368, set./dez., 2013. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 05 maio 2019.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. SOARES, Josemar Sidinei. Sociedade de Consumo e o consumismo: Implicações existenciais na dimensão da sustentabilidade. **Consumo sustentável, agroindústria e recursos hídricos** [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2018. – (Coleção Estado, transnacionalidade e sustentabilidade; t.4).

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

A PEGADA HÍDRICA COMO MÉTODO DE QUANTIFICAÇÃO DE UM BEM GLOBAL

Suzana Moraes Schappo¹

Denise Schmitt Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

Acredito que “os rios que percorrem o imaginário do meu país cruzam territórios universais e desembocam na alma do mundo”.³ A globalização pode ser compreendida pela metáfora das águas, que surgem naturalmente e percorrem o mundo inteiro, sem pedir permissão para atravessar fronteiras.

Este artigo tem por objeto a contextualização da globalização, da relevância dos recursos hídricos e da análise da sua destinação por meio do conceito de pegada hídrica.

No âmbito jurídico, a proteção ambiental está estampada na Carta Magna brasileira, que além de tutelar a vida como bem supremo, inconcebível sem água, dispõe acerca do meio ambiente ecologicamente equilibrado e regulamenta especificamente questões que concernem à água.

A concepção da globalização possui extrema relevância, pois está totalmente ligada com a realidade de livre comércio e consequente exploração de recursos naturais em todo o mundo. Diante disso, obtém-se como problema de pesquisa, as seguintes indagações: Quais os principais efeitos da globalização? É possível mensurar a importância dos recursos hídricos de forma local? O conceito da pegada hídrica pode ser tido como ferramenta para efetivação de preservação ambiental?

Tem-se, assim, como objetivo geral, após breve reflexão acerca da globalização, verificar o

¹ Mestranda em Territorio, Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental pelo Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales, Universidade de Alicante – Espanha. Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Brasil. Pós-graduada lato sensu em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí – Brasil. Advogada. Luiz Alves/SC. E-mail: suzana35624@oab-sc.org.br.

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

³ COUTO, Mia. **E se Obama fosse africano? Ensaios**. São Paulo: Companhia das letras, 2011. p. 5.

novo valor atribuído aos recursos hídricos, contextualizando-os com a concepção da pegada hídrica.

Quanto à justificativa, deve-se manter as atenções voltadas para a racionalização do consumo, como alternativa que visa diminuir os danos causados ao meio ambiente, de modo que o conhecimento acerca do efetivo gasto de água se apresenta como instrumento para promover a prevenção e também como um novo ponto de partida para desenvolver e aperfeiçoar metodologias de controle, especialmente dos recursos hídricos, em busca da hidroneutralidade.

O artigo se estrutura ao longo de três partes. Na primeira, serão abordados aspectos destacados da globalização e transnacionalidade. Em seguida, realiza-se a análise do panorama atual dos recursos hídricos. Na sequência, apresenta-se o conceito da pegada hídrica.

Como resultado esperado, almeja-se averiguar, de forma técnica, se a informação acerca da pegada hídrica pode ser considerada ferramenta para o alcance da preservação ambiental, como uma nova ética coletiva.

Para a percepção geral da justificativa e para a construção desta pesquisa científica, a metodologia utilizada foi a base lógica do Método Indutivo de procedimento histórico, bibliográfico e documental.

1. CONSUMISMO E GLOBALIZAÇÃO

Para compreender o caráter transnacional da flutuação dos recursos hídricos, é preciso conceber de que forma ocorre a circulação de bens pelo mundo. O consumismo tomou conta de nossas vidas. Desde os séculos XVIII e XIX, quando a partir da Revolução Industrial, ocorreu a substituição do trabalho artesanal pelo uso de máquinas e culminou no crescimento da produção de bens.

Com produções em larga escala, o segundo ponto sobreveio a ser incentivar as pessoas a consumirem mais. Somente com o consumo, as engrenagens girariam da maneira esperada: trabalho, produção, venda e lucro. Uma dinâmica interminável.

O imediatismo e o “comprar por comprar” passaram a ser a realidade de uma parcela massiva dos habitantes do planeta. “Nuestra sociedad ha unido su destino a una organización fundada sobre la acumulación ilimitada. Lo queramos o no, estamos condenados a producir y a

consumir siempre más.”⁴ A regra desse sistema é: trabalhar mais, produzir mais e consumir mais.

A limitada durabilidade dos produtos também vem sendo previamente desenhada. A obsolescência se divide em técnica, que consiste na perda de valor dos equipamentos em razão do lançamento de novos modelos que se apresentam mais completos (avanço natural da tecnologia), planificada, que decorre de defeitos, mesmo que prematuros, nos dispositivos, e simbólica, que incide na prematura desvalorização dos produtos em decorrência da publicidade e da moda. Assim, a obsolescência programada dos bens, obriga os membros da sociedade a nunca deixarem de adquirir. Além da questão técnica, a publicidade e a concessão de crédito fomentam o consumismo, Para Latouche: “la publicidad crea el deseo de consumir, el credito proporciona los medios y la obsolescencia programada renueva la necesidad. Constituyen unos auténticos <inductores del crimen> respecto a los ecosistemas y aceleran su destrucción”.⁵

Sem tempo para planejar as próprias vidas, sem tempo para acompanhar o crescimento dos filhos, ou ainda, tornar tenro o envelhecimento dos idosos, a sociedade líquida reduziu a sua existência ao trabalho e a acumulação por influência de fatores repetitivos inseridos nas mensagens explícitas e implícitas que se encontram por toda parte. “A sociedade centrada na expansão das necessidades é, antes de tudo, aquela que reordena a produção e o consumo de massa sob a lei da obsolescência, da sedução e da diversificação”.⁶

A obsolescência programada, que faz do consumo um hábito sem limites se choca com a questão ambiental, tendo em vista que os recursos naturais são limitados e a capacidade de reciclagem dos resíduos também. Ao acelerar a produção e o consumo “se agotan más rápidamente las existencias de minerales no renovables de manera directa y, de manera indirecta, se incrementa sin necesidad el consumo de energía”.⁷

Acerca da extrapolação humana do consumo – que visa atender necessidades de sobrevivência, para o consumismo – que se tornou um estilo de vida, afirma Bauman: A passagem do consumo ao “consumismo”, quando aquele [...] tornou-se especialmente importante, se não central, para a vida da maioria das pessoas, o verdadeiro propósito da existência.⁸

⁴ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. Tradução Roda Bertran Alcázar. Barcelona: Ediciones Octaedro, 2014. p. 13-14.

⁵ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. p. 20-21.

⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**: A moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução Maria Lucia Machado, São Paulo: Schwarcz, 2009. p. 134

⁷ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. p. 98.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 38-39.

Ulrich Beck aponta para a lacuna existente entre o consumismo e o esgotamento de recursos naturais como irresponsabilidade organizada: aquilo que molesta a saúde e destrói a natureza é “frequentemente indiscernível à sensibilidade e aos olhos de cada um e, mesmo quando pareça evidente aos olhos nus, exigirá, segundo a configuração social, o juízo comprovado de um especialista para sua asserção objetiva”.⁹

Assim como os impactos ambientais, que não se limitam ao espaço e tempo em que foram perpetrados, os costumes sociais já não se restringem a um limite geográfico. O fenômeno da globalização colocou o mundo todo em evidência.

A globalização quebra as fronteiras, amplia os mercados, e faz com que a distribuição de bens e a extração de recursos naturais percorra todo o planeta. “Globalização significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil”.¹⁰

Para Giddens:

A globalização, em suma, é uma complexa variedade de processos, movidos por uma mistura de influências políticas econômicas. Ela está mudando a vida do dia a dia, particularmente nos países desenvolvidos, ao mesmo tempo em que está criando novos sistemas e forças transnacionais. Ela é mais que o mero pano de fundo para políticas contemporâneas: tomada como um todo, a globalização está transformando as instituições das sociedades em que vivemos.¹¹

Desse ponto de vista, “a globalização é um processo dialético que produz as conexões e os espaços transnacionais e sociais, a desnacionalização, a experiência cotidiana da ação sem fronteira”.¹²

Importações e exportações de matéria prima, insumos, mão de obra e de métodos operacionais passaram a ser constantes. As grandes empresas já não estão estabelecidas em um país, mas em todo o território mundial. As relações já não são internacionais, são transnacionais.¹³ Constantemente, fabrica-se um produto com peças advindas de várias nações em determinado território, vendendo-o para todo o mundo. Até mesmo o verbo fabricar deu espaço ao termo

⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 32.

¹⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo**: respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 46.

¹¹ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 43.

¹² CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

¹³ 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, caracterizando especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito e transnacionalidade**. p. 16.

montar.

Ulrich Beck, em suas reflexões, identifica as características da globalização.

Dinheiro, tecnologia, mercadorias, informações e venenos "ultrapassam" as fronteiras como se elas não existissem. Até mesmo objetos, pessoas e ideias que os governos gostariam de manter no exterior (drogas, imigrantes ilegais, críticas à violação dos direitos humanos) acabam por encontrar seu caminho. Entendida desta forma, a globalização significa o assassinato da distância, o estar lançado a formas de vida transnacionais, muitas vezes indesejadas e incompreensíveis.¹⁴

Tudo o que é consumido e geralmente inadequadamente descartado demanda o emprego de importantes recursos naturais. Mas raramente este assunto é abordado. A crítica feita por Beck aponta que “crescem indústrias que possuem o potencial tecnológico para causar danos à vida e ao meio ambiente, sem que os países disponham dos meios políticos e institucionais para impedir as possíveis destruições”.¹⁵

Assim, estão consolidados os espaços transnacionais. “Espaços sociais transnacionais suprimem, conforme mencionado, a unidade territorial de uma comunidade.”¹⁶ Transnacional, no sentido de que surgem formas de vida e de atuação, “cuja lógica interna pode ser explicada pela riqueza das descobertas que conduziriam os homens a erigir e sustentar mundos de convivência e relações de intercâmbio "sem distâncias".¹⁷

Nesse contexto, observa-se a ausência de forças claramente estabelecidas para instituir diretrizes mínimas e fiscalizá-las no espaço transnacional. “A globalização “afasta-se” do Estado-nação no sentido de que alguns poderes que as nações costumam possuir, inclusive aqueles que são subjacentes à administração econômica keynesiana, foram enfraquecidos”.¹⁸

Morin afirma que “faltan también las autoridades legítimas dotadas de poder de decisión, y está ausente la conciencia de comunidad de destino indispensable para que la sociedad se convierta en Tierra-Patria”.¹⁹ O afastamento da racionalização acerca dos bens, agora consumidos de forma global, tornou-se uma das realidades que não conhecem fronteiras.

Os recursos naturais não podem ser limitados no espaço geograficamente demarcado. A criação de mecanismos de distribuição de bens ao redor do mundo construiu uma sociedade que

¹⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 47.

¹⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 81.

¹⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 61.

¹⁷ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo:** respostas à globalização. p. 67.

¹⁸ GIDDENS, Anthony. **A terceira via:** reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. p. 41.

¹⁹ MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad.** Tradução Núria Petit Fontseré. Madri: Paidós, 2011. p. 21.

age e consome de determinada maneira, sem levar em consideração as suas fronteiras (determinadas bebidas são consumidas no mundo inteiro, assim como determinados sanduíches, cafés, chocolates, vestimentas, calçados, etc. Para praticamente tudo, existe um padrão global de consumo e comportamento. Os recursos hídricos, por exemplo, flutuam pelo globo mesmo que de forma oculta, e a sua disponibilidade, frequentemente é decisiva para a instalação de empresas, geração de emprego e renda em determinado local.

2. A ÁGUA COMO BEM GLOBAL

Os recursos hídricos acompanham o conceito de globalização, ao passo que a água não conhece fronteiras: contorna os obstáculos e cobre todas as superfícies com sua força que está além do controle humano.

Tão globais quanto as incessantes relações negociais, os recursos hídricos são essenciais para a existência da vida, nas suas variadas formas. “Nem sempre de forma visível, a água está presente em toda parte: no ar, nas rochas, nos rios, na intimidade das células vivas, nos vegetais, nas calotas polares e no corpo dos seres animados. Até no meio do fogo existe água”.²⁰

A água consiste num caso particular de recurso renovável. Diferentemente das florestas e reservas minerais, que foram completamente destruídas, a água não pode simplesmente ser eliminada. “Qualquer que seja o seu uso, no final ela é restituída ao ambiente, retornando à sua origem”.²¹ Por conseguinte, a quantidade de água existente na natureza terrestre é constante: ela não se perde.

Porém “a água pode se tornar imprópria para o consumo humano devido à poluição, pode tornar-se de um acesso mais difícil devido ao assoreamento dos rios etc.”.²² Portanto, a sua distribuição no tempo e no espaço pode ser alterada em razão da periodicidade das chuvas e de outros fenômenos que alteram o ciclo hidrológico normal, revelando-se indispensável, o manejo adequado. E da forma que está relacionada à saúde, também transmite doenças quando de qualidade precária. “Nos países pobres chamados de terceiro mundo, mais de 80% das doenças e mais de um terço da taxa de mortalidade são em decorrência da má qualidade da água utilizada

²⁰ MIRANDA, Evaristo Eduardo de. **A água na natureza e na vida dos homens**. Aparecida: Ideias e Letras, 2004. p.17.

²¹ BRANCO, Samuel Murgel. **Água: origem, uso e preservação**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2003. p. 89.

²² MIRANDA, Evaristo Eduardo de. **A água na natureza e na vida dos homens**. p. 28.

pela população”.²³

O termo recursos hídricos abarca as águas superficiais ou subterrâneas para qualquer tipo de uso. A água está tão relacionada com a vida, que o corpo de um bebê é formado por aproximadamente 80% de água, ao passo que o organismo de uma pessoa idosa, possui em média 50%.

O seu uso é múltiplo. Forma os ecossistemas, o saneamento, abastece a população, as residências, rega as plantas, serve para transporte pela navegação, assume o papel de matriz energética, é essencial para a pesca, para a aquicultura, para as indústrias e é ainda uma alternativa terapêutica.

A distribuição e a disponibilidade de água potável determinaram importantes aspectos da vida econômica, social e cultural das populações do planeta, ao longo dos anos. Basta uma seca, uma chuva torrencial ou uma inundação para promover grandes migrações, extinções de civilizações e novas colonizações.

A densidade demográfica do Brasil revela que mais de quinhentos anos após a colonização, a massiva maioria da população continua concentrada nas cidades que se formaram no litoral do Oceano Atlântico, de norte a sul do País.

O Brasil detém 12% das reservas de água doce do planeta, perfazendo 53% dos recursos hídricos da América do Sul. Corpos d'água marcam grande parte das fronteiras do País. “São 83 rios fronteirizos e transfronteirizos, além de bacias hidrográficas e de aquíferos. As bacias de rios transfronteirizos ocupam 60% do território brasileiro”.²⁴

A nível global, as informações são de que a demanda por água irá aumentar de forma expressiva nas próximas décadas:

Além do setor agrícola, que é responsável por 70% das extrações de água em todo o mundo, são previstos grandes aumentos na demanda hídrica pelos setores industriais e de produção de energia. A urbanização acelerada e a expansão dos sistemas urbanos de abastecimento de água e saneamento também contribuem para a demanda crescente.²⁵

Em termos econômicos, é imperioso ressaltar que existem custos ainda não considerados na produção de bens que demandam grande quantidade de água. A produção de hoje certamente

²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 687.

²⁴ BRASIL. Palácio do Itamaraty. **Recursos hídricos**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/176-recursos-hidricos>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

²⁵ UNESCO. **Relatório mundial das Nações Unidas sobre o desenvolvimento dos recursos hídricos 2017**. Águas residuais: o recurso inexplorado. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000247552_por>. Acesso em: 05 ago. 2020.

traz custos maiores que a produção de vinte anos atrás, porque, dentre outros fatores, precisa contar com recursos naturais mais escassos e com investimentos em recomposição de fatores ambientais, que sejam imprescindíveis à nova produção.²⁶

O planejamento adequado, baseado em critérios corretos de uso das águas e dos solos, exploração de lençóis subterrâneos e descentralização das atividades produtivas, viabilizará o uso racional e a proteção da qualidade desse da água. “Atribuir valor à água: manejar a água de modo a refletir seu valor econômico, social, ambiental e cultural em todos os usos”²⁷ e agir adequadamente para lhe conferir um valor que reflita seus custos.

O fundamento constitucional brasileiro da Dignidade Humana, insculpido no artigo 1º, inciso III da Carta Magna, abarca, indissociavelmente, o direito à água potável, ao passo que o referido recurso natural está intimamente ligado à vida, bem jurídico supremo, tutelado ainda, nos artigos 5º e 225.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei n.º 9.433/1997, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), bem como, a Lei n.º 9.984/2000, que dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Assim como o Brasil, a maioria das nações vêm aperfeiçoando o arcabouço normativo relacionado aos recursos hídricos. Notadamente por conta de sua representatividade econômica e política, como um bem de valor global.

No caso da água, esta mesmo depois de sofrer tratamento químico ou de incidir sobre ela qualquer outra forma de força de trabalho, não sofre modificação não podendo ser considerada como mercadoria eis que é bem ambiental vital a sobrevivência das pessoas no planeta.²⁸

A governança da água tem se tornado pauta nas discussões políticas, econômicas, sociais e empresariais. “Os países cuidam cada vez mais de suas águas e alguns deles estão coibindo sua exportação”.²⁹ O despertar da consciência acerca da finitude não da água em si, mas da disponibilidade dos recursos hídricos, ocorre lentamente e nesse sentido “a gestão da água – e

²⁶ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 87.

²⁷ MIRANDA, Evaristo Eduardo de. **A água na natureza e na vida dos homens**. p. 32.

²⁸ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Água: bem ou mercadoria? ANTUNES, Maria Claudia de Souza Antunes; POMPEU, GinaVidal Marcilio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. (orgs.) **Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 201-202.

²⁹ MIRANDA, Evaristo Eduardo de. **A água na natureza e na vida dos homens**. p. 28.

não sua criação ou desaparecimento – é o grande desafio”.³⁰

A análise se concentra em torno da consolidação do espaço público e na abertura da gestão pública para a participação da sociedade civil na elaboração de suas políticas públicas, e na conturbada institucionalização de novas práticas participativas que rompem a dinâmica tradicional da gestão pública, especialmente na gestão dos recursos hídricos.

Ampliando o espaço das discussões, a ideia de governança é concebida como poder social que estabelece mediações entre Estado e sociedade civil, como espaço de construção de alianças e cooperação. Assevera Gabriel Real Ferrer: “es necesario re-considerar sistemáticamente la arquitectura, métodos y procedimientos de nuestro modelo de gobernanza de cara a asegurar el justo y suficiente acceso a sus distintos demandantes”.³¹ A Governança deve ser concebida como um sistema democrático de leis e instituições sociais e o seu progresso está diretamente relacionado com a regulação que receber, estabelecida por algum mecanismo de consenso democrático. A governança da água engloba a aspectos geográficos, tecnológicos, sociais e econômicos.

Nos últimos anos surgiram alguns instrumentos com o fito de ampliar as informações acerca dos impactos causados pela sociedade, de modo que a gestão se torne mais racional e sustentável, no sentido de não comprometer as futuras gerações.

Dentre essas iniciativas, temos, por exemplo, o CDP – Water Disclosure Initiative (CDP-Water), CEO Water Mandate, GEMI – Local Water Tool, World Business Council for Sustainable Development Global Water Tool, Ceres Aqua Gauge, WWF Water Risk Filter, a norma 14046 da International Organization for Standardization (ISO), World Resources Institute Aqueduct, Global Reporting Initiative (GRI) e Avaliação da Pegada Hídrica da Water Footprint Network, que será abordada com mais detalhes. Estas são ferramentas e iniciativas desenvolvidas com diferentes propósitos, mas que em geral tentam contribuir para melhorar a gestão dos recursos hídricos.

Destas, destaca-se no setor privado, a CEO Water Mandate, que em março de 2020 firmou parcerias com várias empresas líderes mundiais para lançar uma iniciativa conduzida pelo setor que visa preservar os recursos de água doce do mundo por meio de ações coletivas em bacias estressadas pela água e compromissos ambiciosos e quantificáveis. Juntamente com o CEO Water

³⁰ MIRANDA, Evaristo Eduardo de. **A água na natureza e na vida dos homens**. p. 33.

³¹ REAL FERRER, Gabriel. *Gobernanza del agua y ods 2030 Agua y Sostenibilidad*. ANTUNES, Maria Claudia de Souza Antunes; POMPEU, GinaVidal Marcilio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. (orgs.) **Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 115

Mandate, sete empresas lideraram a Coalizão, incluindo AB InBev, Diageo, Dow Inc., Ecolab, Gap Inc., Microsoft e PVH Corp. Essas empresas co-fundadoras – que servirão como líderes da Coalizão – e também os membros da coalizão, The Coca-Cola Company, Heineken, Levi Strauss & Co. e Woolworths - prometeram seu compromisso com a ação coletiva e o impacto positivo líquido e emitiram um apelo à ação para que outras empresas se juntem a eles.³²

As empresas que ingressam na Coalizão de Resiliência à Água se comprometem a fazer os investimentos necessários em suas próprias operações, além de trabalharem juntas por meio de ações coletivas, para cumprir três compromissos abrangentes até 2050:

1) Impacto positivo líquido da água: fornecer um impacto positivo líquido mensurável em bacias com estresse hídrico, com foco na disponibilidade, qualidade e acessibilidade dos recursos de água doce. O impacto líquido positivo da água é definido como contribuindo mais para a saúde da bacia do que o que é extraído dela.

2) Cadeia de valor resiliente à água: desenvolva, implemente e possibilite estratégias para apoiar as principais práticas de resiliência à água baseadas em toda a cadeia de valor global.

3) Liderança Global: Aumentar a ambição de resiliência à água por meio de divulgação pública e corporativa, além de inspirar outros líderes do setor a ingressarem na Coalizão.

A norma 14046 da International Organization for Standardization (ISO) aponta os princípios para avaliar e reportar os impactos dos produtos ou processos, com base na avaliação de ciclo de vida (ACV). A comunicação adequada da Pegada Hídrica, em conformidade com a norma ISO 14046, identifica os elementos que mais contribuem para o consumo de água durante o ciclo de vida (ACV), permitindo que as estratégias necessárias sejam definidas para reduzir o consumo.

Assim, a gestão da água nas sociedades contemporâneas possui grandes desafios. A tendência é que os recursos hídricos serão cada vez mais escassos e a sua qualidade será menor. Por esse motivo, é dever de toda a humanidade, encontrar alternativas para preservar a água, otimizando o seu uso e evitando ao máximo o desperdício.

Os indicadores de quanta água é utilizada para produzir os bens diariamente consumidos podem ser finalmente revelados para o bem da sociedade. “A revelação da ligação oculta entre o consumo e o uso da água pode formar a base para a formulação de novas estratégias de gestão de

³² United Nations Global Compact. **Global Business Leaders Unite for Water Resilience**. Disponível em: <<https://www.unglobalcompact.org/news/4532-03-23-2020>>. Acesso em 03 ago. 2020.

recursos hídricos”.³³ Como a água é parte indissociável do meio ambiente, que por si é um bem de todos (a nível global), desenvolveu-se uma metodologia para quantificar o gasto de água, a qual denomina-se pegada hídrica.

3. PEGADA HÍDRICA

Por decorrência lógica da crescente preocupação ambiental, aliada ao conhecimento científico de que os recursos naturais disponíveis são finitos, dentre eles a água, adotam-se indicadores para diagnosticar os impactos, ou ainda, as pegadas deixadas pelos seres humanos na Terra.

O conceito da pegada hídrica consiste em um instrumento analítico que pode ajudar na compreensão sobre como atividades e produtos interagem com a escassez e a poluição da água, seus impactos e o que pode ser feito para garantir que atividades e produtos não contribuam para o uso não sustentável dos recursos hídricos.

A pegada hídrica é um indicador que revela o consumo de água doce (em metros cúbicos por ano) envolvido na produção dos bens e serviços que consumimos. Este conceito foi lançado em 2002 por Hoekstra e Huang. A pegada hídrica de uma pessoa, comunidade ou corporação é definida como o volume total de água doce necessária para produzir os bens e serviços que consome.

É utilizada, assim, para medir “el volumen total de agua dulce usada para producir bienes o servicios, o consumidos por un individuo o comunidad”.³⁴ Logo, “la huella hídrica tiene dos dimensiones, una temporal y otra espacial; por tanto, para su correcto cómputo es necesario recopilar los datos recogidos en un periodo de tiempo determinado y un área concreta”.³⁵

O seu conceito e sua utilidade se difundem no âmbito acadêmico, de maneira transdisciplinar:

La huella hídrica es un indicador del uso de agua dulce que hace referencia tanto al uso directo del agua de un consumidor o productor, como a su uso indirecto. Es decir, ésta se utiliza para medir o cuantificar el volumen total de agua dulce usada para producir bienes o servicios, o consumidos por

³³ ALADAYA, Maite M.; CHAPAGAIN, Ashok K.; HOEKSTRA, Arjen Y.; MEKONENN, Mesfin M. **Manual de avaliação da Pegada Hídrica**: estabelecendo o padrão global. Tradução Solução Supernova. São Paulo: Earthscan, 2011. p. 02.

³⁴ OLTRA CÁMARA, Marco Antonio; JIMÉNEZ HONRADO, Félix. La huella hídrica en el sector agrario de la Vega Baja. MELGAREJO MORENO, Joaquín Melgarejo; ABADÍA SÁNCHEZ, Ricardo. **Agroalimentación, agua y sostenibilidad**. Orihuela: Universidad de Alicante, 2018. p. 91.

³⁵ OLTRA CÁMARA, Marco Antonio; JIMÉNEZ HONRADO, Félix. La huella hídrica en el sector agrario de la Vega Baja. MELGAREJO MORENO, Joaquín Melgarejo; ABADÍA SÁNCHEZ, Ricardo. **Agroalimentación, agua y sostenibilidad**. p. 93.

un individuo o comunidad. Se trata por tanto de un concepto de “reciente” incorporación pero de gran necesidad hoy en día para llevar a cabo un buen uso del agua.³⁶

A concepção de pegada hídrica foi elaborada a partir da perspectiva da água consumida pelas atividades humanas, permitindo analisar, portanto, a pressão causada aos sistemas hídricos pelos modos de produção e consumo.

La HH como indicador trata de otorgar la información necesaria de un proceso que involucre agua respondiendo a “dónde”, “cuando” y “cuánta”, se consume o contamina. la huella hídrica tiene dos dimensiones, una temporal y otra espacial; por tanto, para su correcto cómputo es necesario recopilar los datos recogidos en un periodo de tiempo determinado y un área concreta.³⁷

Nesse sentido, muitos países são exportadores de água. No caso do Brasil, parte da água é exportada na forma de soja e carne, por exemplo, “o plantio intensivo de espécies que precisam de muita água, como a cana-de-açúcar, culmina no esgotamento do lençol freático”³⁸ e faz com que o local do cultivo, mesmo sem possuir consciência, exporte a sua água de forma implícita no escoamento da produção.

Dessa maneira, o país importador não necessita usar a “água nacional” para obter determinados produtos, e assim, pode direcionar os recursos hídricos para outras finalidades.

A preocupação governamental com a destinação dos recursos hídricos e a gestão eficiente dos dados é parte da boa governança. Na ilustração abaixo, é possível verificar a flutuação dos recursos hídricos empregados nos produtos que circulam em diferentes países:

A autossuficiência de uma nação será de 100% quando toda a água necessária para os seus processos de produção, uso e consumo se encontrar disponível e for efetivamente obtida dentro do próprio território nacional. “O governo espanhol foi o primeiro a adotar formalmente o conceito de pegada hídrica ao solicitar análise da pegada hídrica no nível de bacias hidrográficas na elaboração dos planos de bacias”.³⁹

³⁶ OLTRA CÁMARA, Marco Antonio; JIMÉNEZ HONRADO, Félix. La huella hídrica en el sector agrario de la Vega Baja. MELGAREJO MORENO, Joaquín Melgarejo; ABADÍA SÁNCHEZ, Ricardo. **Agroalimentación, agua y sostenibilidad**. Orihuela: Universidad de Alicante, 2018. p. 91.

³⁷ OLTRA CÁMARA, Marco Antonio; JIMÉNEZ HONRADO, Félix. La huella hídrica en el sector agrario de la Vega Baja. MELGAREJO MORENO, Joaquín Melgarejo; ABADÍA SÁNCHEZ, Ricardo. **Agroalimentación, agua y sostenibilidad**. p. 93.

³⁸ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002. p. 158.

³⁹ ALADAYA, Maite M.; CHAPAGAIN, Ashok K.; HOEKSTRA, Arjen Y.; MEKONEN, Mesfin M. **Manual de avaliação da Pegada Hídrica: estabelecendo o padrão global**. p. 111.

É possível aplicar o método em estudos com diferentes propósitos e escalas, como em bacias hidrográficas, países, produtos e empresas. “E veja-se que sequer pode a “pegada hídrica” ter um valor universal, porque depende muito das condições de cada localidade”.⁴⁰

A avaliação da pegada hídrica pode auxiliar na compreensão sobre como atividades e produtos reagem com a escassez e a poluição da água, mas para chegar ao cálculo da pegada hídrica, faz-se necessário percorrer quatro fases: definição de objetivos e escopo, contabilização da pegada hídrica, avaliação da sustentabilidade da pegada hídrica e formulação de respostas à pegada hídrica.⁴¹

No sistema de produção a pegada hídrica do produto “p” (volume/massa) é igual à soma das pegadas hídricas relevantes do processo divididas pela quantidade produzida do produto “p”:

$$PH_{proc [p]} = \frac{\sum_{s=1}^n PH_{proc [s]}}{P[p]} \quad [\text{volume/massa}]$$

Onde $PH_{proc[s]}$ é a pegada hídrica do passo “s” do processo (volume/tempo) e $P[p]$ a quantidade produzida do produto “p” (massa/tempo). Na prática, os sistemas de produção com um único produto final raramente existem, assim, uma forma mais genérica de cálculo é necessária, de modo que possa distribuir a água utilizada em todo o sistema de produção para os diversos produtos finais resultantes daquele sistema sem que haja dupla contabilidade.⁴²

Três são os componentes da pegada hídrica: azul, verde e cinza. Ao passo que cada cor representa diferentes assimilações da água, de acordo com a fonte de consumo e o destino. Sinteticamente, azul, se refere aos recursos hídricos captados de fontes superficiais, verde, relaciona-se à água das chuvas que escoam na parte superior do solo ou na vegetação e cinza diz respeito ao volume de água necessário para diluir os poluentes empregados nos processos de produção/distribuição.

O grande objetivo, de acordo com os responsáveis pela concepção da pegada hídrica, é alcançar a hidroneutralidade. E para alcançá-la, existem duas condições: a primeira é adotar todas

⁴⁰ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ALBINO, Priscilla Linhares; PETERMANN, Vânia. “Pegada hídrica” e o valor da água: dimensões entre capitalismo, consumismo e justiça intergeracional. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; POMPEU, Gina Vidal Marcilio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. **Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴¹ ALADAYA, Maite M.; CHAPAGAIN, Ashok K.; HOEKSTRA, Arjen Y.; MEKONENN, Mesfin M. **Manual de avaliação da Pegada Hídrica: estabelecendo o padrão global**. p. 04.

⁴² ALADAYA, Maite M.; CHAPAGAIN, Ashok K.; HOEKSTRA, Arjen Y.; MEKONENN, Mesfin M. **Manual de avaliação da Pegada Hídrica: estabelecendo o padrão global**. p. 45.

⁴² ALADAYA, Maite M.; CHAPAGAIN, Ashok K.; HOEKSTRA, Arjen Y.; MEKONENN, Mesfin M. **Manual de avaliação da Pegada Hídrica: estabelecendo o padrão global**. p. 45.

as ferramentas e condutas possíveis para reduzir a pegada de água existente e a segunda é compensar os impactos da pegada residual, investindo em projetos que visam a utilização sustentável e equilibrada da água. Atingir a água neutra não significa que a utilização da água é reduzida a zero, mas que os efeitos negativos econômicos, sociais e ambientais externos são reduzidos, tanto quanto possível, e que os impactos restantes são integralmente compensados.⁴³

Outro aspecto importante é avaliar que a questão dos recursos hídricos está além da área geográfica da bacia hidrográfica. Ao mesmo tempo, calcular o valor econômico desse recurso natural, não deve atrapalhar o entendimento de que o acesso a ele continua um direito humano básico e de todos.

A ética do consumo efetivamente consciente eleva o poder dos consumidores, ao passo que institui um novo elemento de valor, o ambiental. “A sabedoria prática deve ser, então, uma capacidade verdadeira e raciocinada de agir no que diz respeito às ações relacionadas com os bens humanos.”⁴⁴

Cientes da pegada hídrica dos produtos que normalmente adquirem, os consumidores podem efetuar as suas compras de maneira mais racional, conectando os seus padrões de consumo ao cuidado com o meio ambiente. Logo, a pegada hídrica se revela como uma ferramenta de preservação ambiental global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise dos temas propostos, é clara a conclusão de que uma profunda reflexão ética sobre o modo de agir contemporâneo deve ocorrer como pressuposto da garantia de um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

O ordenamento jurídico vem se moldando com as metamorfoses constantes da sociedade, para além de regular as relações privadas decorrentes da multiplicidade de negócios jurídicos inovadores, convergir para a preservação do meio ambiente, dentro dos parâmetros da sustentabilidade, efetivando a justiça intergeracional.

A globalização retira limites geográficos dos impactos ambientais, especialmente no

⁴³ CHAPAGAIN, Ashok. K.; HOEKSTRA, Arjen Y. **The global component of freshwater demand and supply**: an assessment of virtual water flows between nations as a result of trade in agricultural and industrial products. *Water International*, 33 (1). Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/02508060801927812>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

⁴⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.p. 133.

tocante ao consumo, outorgando ao consumidor um poder sem precedentes. A construção de espaços transnacionais faz com que as dificuldades de tutelar as relações globais sejam amplificadas, ante a falta de diretrizes e fiscalizações com a força normativa correspondente.

Os recursos hídricos são importante objeto de estudo, que devem ser valorizados e protegidos, ao passo que essenciais para a vida. No entanto, é de suma importância romper com a ideia romântica da simplista economia de água residencial e reivindicar que a gestão hídrica ocorra com boa governança nas esferas agrícolas, industriais, governamentais e distributivas a nível global. É, por fim, pressuposto ético que o seu uso em termos quantitativos e até mesmo qualitativos seja informação de acesso a todos.

Nesse contexto, o conceito de pegada hídrica é essencial, pois a partir da informação de que uma xícara de café demanda 136 litros de água e uma camiseta de algodão requer 970 litros, pode-se despertar questionamentos acerca das reais necessidades, reavaliando os hábitos de consumo, a aquisição de produtos e sua origem. Pode-se ainda, compreender novas e reais riquezas das mais diversas nações, que na maioria das vezes não consideram os custos ambientais. Urge o reconhecimento e a ampliação da informação acerca do custo ambiental daquilo que se consome, ao passo que de forma implícita, novas riquezas vêm sendo reconhecidas: os recursos naturais e sua finitude.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALADAYA, Maite M.; CHAPAGAIN, Ashok K.; HOEKSTRA, Arjen Y.; MEKONEN, Mesfin M. **Manual de avaliação da Pegada Hídrica**: estabelecendo o padrão global. Tradução Solução Supernova. São Paulo: Earthscan, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

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

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRANCO, Samuel Murgel. **Água**: origem, uso e preservação. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

BRASIL. Palácio do Itamaraty. **Recursos hídricos**. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/desenvolvimento-sustentavel-e-meio-ambiente/176-recursos-hidricos>>.

Acesso em: 05 ago. 2020.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas**: ciência para uma vida sustentável. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

CHAPAGAIN, Ashok. K.; HOEKSTRA, Arjen Y. **The global component of freshwater demand and supply**: an assessment of virtual water flows between nations as a result of trade in agricultural and industrial products. *Water International*, 33 (1). Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/02508060801927812>>. Acesso em: 05 ago. 2020.

COUTO, Mia. **E se Obama fosse africano? Ensaios**. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Água: bem ou mercadoria? ANTUNES, Maria Claudia de Souza Antunes; POMPEU, GinaVidal Marcilio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. (orgs.) **Gestão das águas**: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidade de la obsolescencia programada. Tradução Roda Bertran Alcázar. Barcelona: Ediciones Octaedro, 2014.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**: A moda e seu destino nas sociedades modernas. Tradução Maria Lucia Machado, São Paulo: Schwarcz, 2009.

MIRANDA, Evaristo Eduardo de. **A água na natureza e na vida dos homens**. Aparecida: Ideias e Letras, 2004.

MORIN, Edgar. **La vía para el futuro de la humanidad**. Tradução Núria Petit Fontseré. Madri: Paidós, 2011.

OLTRA CÁMARA, Marco Antonio; JIMÉNEZ HONRADO, Félix. La huella hídrica en el sector agrario de la Vega Baja. MELGAREJO MORENO, Joaquín Melgarejo; ABADÍA SÁNCHEZ, Ricardo. **Agroalimentación, agua y sostenibilidad**. Orihuela: Universidad de Alicante, 2018.

REAL FERRER, Gabriel. Gobernanza del agua y ods 2030 Agua y Sostenibilidad. ANTUNES, Maria Claudia de Souza Antunes; POMPEU, GinaVidal Marcilio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. (orgs.) **Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ALBINO, Priscilla Linhares; PETERMANN, Vânia. “Pegada hídrica” e o valor da água: dimensões entre capitalismo, consumismo e justiça intergeracional. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; POMPEU, Gina Vidal Marcilio; FREITAS, Ana Carla Pinheiro. **Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

UNESCO. **Relatório mundial das Nações Unidas sobre o desenvolvimento dos recursos hídricos 2017.** Águas residuais: o recurso inexplorado. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000247552_por>. Acesso em: 05 ago. 2020.

United Nations Global Compact. **Global Business Leaders Unite for Water Resilience.** Disponível em: <<https://www.unglobalcompact.org/news/4532-03-23-2020>>. Acesso em 03 ago. 2020.

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: REFLEXÕES PARA O ORDENAMENTO BRASILEIRO A PARTIR DOS APORTES DO DIREITO AMBIENTAL TRANSNACIONAL

Luciano Trierweiller Naschenweng⁴⁵

Samantha Sabrine dos Santos⁴⁶

Heloise Siqueira Garcia⁴⁷

INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente ganha espaço destacado em nossa Sociedade, na medida em que esta vislumbra os efeitos danosos de deixar este bem jurídico fundamental à margem do ordenamento jurídico.

A população clama por respostas rápidas na solução dos conflitos ambientais. O lapso temporal de tramitação de uma ação civil pública ajuizada nas varas da fazenda pública em todo o Brasil, dependendo da complexidade da matéria ambiental, estima-se que dure aproximadamente 5 anos. Nesse contexto, também é comum a reforma de liminares concedidas nestas ações pelos Tribunais superiores.

Os motivos dessa demora são vários: despreparo dos operadores de direito em matéria

⁴⁵Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI com dupla titulação com a Universidade de Alicante – IUACA, Especialista em Ciências Criminais pela UNOESC e em Direito Ambiental e Urbanístico pela UNIDERP/LFG, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Promotor de Justiça Titular da 33ª Promotoria de Justiça da Capital, endereço eletrônico: lnaschenweng@mpsc.mp.br.

⁴⁶Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Especialista em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI, Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau - FURB; Advogada, endereço eletrônico: samantha-sabrine@hotmail.com.

⁴⁷Pós-Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI com bolsa de Estágio Pós-Doutoral pela CAPES. Professora colaboradora do curso de mestrado do PPCJ/UNIVALI. Doutora e Mestre em Ciência Jurídica pelo - PPCJ/UNIVALI. (CAPES - Conceito 6). Doutora em "Derecho" e Mestre em "Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad" pela Universidade de Alicante - Espanha. Pesquisadora dos Grupos de pesquisa vinculados ao CNPq "Centro de Estudos sobre Direito e Transnacionalidade", "Direito Prospectivo e Sustentabilidade" e "Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade". Pós-graduada em Direito do Trabalho pela UNIVALI. Pós-graduada em Ensino e Tutoria a Distância pelo Centro Universitário Avantis - UNIAVAN. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Membro do corpo editorial da Law and Society Review (ISSN: 1540-5893) e dos Anais de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade (ISSN: 2526-138X). Professora do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil da UNIVALI. Professora nos Cursos de Direito do Centro Universitário Avantis - UNIAVAN e do Sinergia Sistema de Ensino. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI contemplada com o Mérito Estudantil reconhecido pela OAB - Subseção Itajaí em virtude de desempenho acadêmico com maior média curricular. Advogada com inscrição número 38.153 junto à OAB/SC, militante nas áreas de Direito Civil, Direito do Trabalho e Direito Ambiental. ORCID: orcid.org/0000-0001-5010-6450, endereço eletrônico: heloisegarcia@univali.br.

ambiental e no julgamento de ações coletivas; acúmulo de processos nos cartórios judiciais; ausência de prioridade para as questões ambientais; decisões conflitantes nos Tribunais superiores e recursos previstos na lei processual civil que levam a impossibilidade de execução da sentença que prevê dentre outras a recuperação do dano ambiental.

Neste sentido, o presente trabalho pretende observar e identificar as origens e as características do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como mecanismo célere para solução negociada dos litígios ambientais no âmbito civil, e em especial, como instrumento extrajudicial legal e eficaz na recuperação e reparação do dano ambiental.

Sob essa ótica, são abordados os seguintes elementos: legitimidade, natureza jurídica, objetivos e efeitos do TAC. Por sua vez, discutem-se também outros elementos do TAC, entre os quais, as obrigações de recuperação e reparação do dano ambiental, a execução e a eficácia do ajuste.

Partindo desse instrumento extrajudicial legal e eficaz na recuperação e reparação do dano ambiental, objetiva-se analisar como o Direito Ambiental Transnacional pode aportar reflexões para o aprimoramento do exercício dessa modalidade de solução negociada de litígios ambientais, a serviço da proteção do meio ambiente.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁴⁸ foi utilizado o Método Indutivo⁴⁹, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁵⁰, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente trabalho foi composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵¹, da Categoria⁵², do Conceito Operacional⁵³ e da Pesquisa Bibliográfica⁵⁴.

⁴⁸ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed.ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

⁴⁹ “[...] 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**. p. 114.

⁵⁰ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁵¹ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

⁵² “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

⁵³ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

⁵⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

1. ELEMENTOS ESPECÍFICOS DO TAC NA SEARA DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

1.1. Origem

Consoante observado na Legislação brasileira, o surgimento do Compromisso de Ajustamento de Conduta, deu-se com a promulgação da Lei n. 8.069/90 – Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) – que previu em seu artigo 211 a seguinte disposição:

Art. 211. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.

⁵⁵

Todavia, cabe ressaltar que esta é uma legislação específica que dispõe sobre os direitos da criança e do adolescente, não permitindo a ampliação e a utilização deste mecanismo em outros casos, que não os previstos na Lei supra. Desta forma, coube ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) ampliar o uso do Compromisso de Ajustamento de Conduta, para além da barreira antes imposta pela Lei. Dispõe o artigo 113 do CDC:

Art. 113. Acrescentem-se os seguintes §§ 4º, 5º e 6º ao art. 5º. da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985:

"§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante combinações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial". (Grifou-se)⁵⁶

Ao dispor no CDC e no ECA a possibilidade firmar o Compromisso de Ajustamento de Conduta na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ocorreu a ampliação, para que o compromisso fosse firmado não só pelos órgãos públicos no caso das demandas do consumidor, mas também possibilitou que estes mesmos órgãos públicos firmassem o Termo ou Compromisso de Ajustamento de conduta em todas as hipóteses previstas no artigo 1º da Lei 7.347/85 consoante segue:

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.⁵⁷

Sendo assim, ampliou-se, significativamente, a possibilidade de tomar-se o ajustamento de conduta para solucionar questões diversas.

Hugo Nigro Mazzilli⁵⁸ expõe, claramente, o até aqui trazido. Diz ele:

Assim, criada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e depois generalizada pelo Código de Defesa do Consumidor, que inseriu um ss. 6º ao art. 5º da Lei n. 7.347/85, a transação extrajudicial na área de interesses transindividuais ficou denominada como compromisso de ajustamento.

Posto isso, é forçoso convir que o nome dado ao compromisso de ajustamento, seja ele Termo de Ajustamento de Conduta ou Compromisso de Ajustamento de Conduta não interfere no objetivo que a Lei conferiu ao instrumento, sendo descabido o patrocínio desta discussão.

A normatização no Ministério Público de todo o Brasil encontra-se presente no artigo 14 da Resolução n. 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público:

O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos prazos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no art. 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

⁵⁹

⁵⁷ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Lei da Ação Civil Pública**. Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 361.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2017. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Brasília, DF, 07 nov. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/501/&highlight=WyJyZXNvbHVcdTAWZTdcdTAWZTNvliwyMywicmVzb2x1XHUwMGU3XHUwMGUzbyAyMyJd?con> traste=2. Acesso em: 11 maio 2020.

Por consequência, verifica-se que a possibilidade de utilização do TAC encontra-se plenamente regulamentada, não somente na seara ambiental, como também na área da infância e juventude. Na sequência, observar-se-á a legitimidade para sua proposição.

1.2. Natureza jurídica

O ponto mais controvertido no tratamento doutrinário do TAC está na sua natureza jurídica. Nesse aspecto, Hugo Nigro Mazzilli⁶⁰ sustenta que o compromisso de ajustamento de conduta possui natureza de ato administrativo negocial, refutando qualquer característica contratual, pois seu objeto não trata de direitos patrimoniais de caráter privativo, nem pode o tomador do ajuste fazer concessões quanto ao conteúdo material da lide; bem como não se confunde com transação, pois a tomada de compromisso (que apenas é garantia mínima) pode não por termo à celeuma, decorrente da possibilidade de outros colegitimados não se satisfazerem com o acordo.

Sobre a natureza jurídica do TAC, Rodrigo Fernandes revela⁶¹:

Os debates existentes entre esta modalidade de compromisso podem ser seccionados em três correntes básicas de entendimento: a corrente que entende o compromisso como transação bilateral; outra como acordo em sentido estrito; e a que concebe o instrumento como ato administrativo.

Ainda que permaneça para o operador jurídico a polêmica da natureza jurídica do TAC, apontando-o ora como natureza de transação, ora com natureza de negociação, ora com natureza mista, segue indiscutível que o TAC poderá ser ajustado entre o colegitimado e o poluidor a forma como se dará a reparação ou recuperação do dano imposto ao meio ambiente, conforme se discorrerá nos tópicos subsequentes.

1.3. Legitimidade

Para se compreender o TAC, é imperioso saber quais são as partes legitimadas a firmar o compromisso, tanto como parte ativa, como passiva.

Fernando Reverendo Vidal Akaoui⁶² elucida que:

⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 452.

⁶¹ FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 56.

⁶² AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta Ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005, p. 67 e 72.

Assim, com a nova redação dada ao art. 5º. da LACP, houve expressa disposição, em seu ss. 6º., no sentido de que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Prossegue ainda o doutrinador acima citado:

Como já apontado, ainda que superficialmente, no presente trabalho, a Constituição Federal, assim como a legislação ordinária, optou corretamente por não concentrar a legitimidade para a propositura da ação civil pública nas mãos de um ou de poucos órgãos, ampliando a margem de proteção dos interesses e direitos difusos e coletivos com o alargamento do espectro de legitimados para esta mesma ação. Entretanto, ao introduzir no ordenamento jurídico a figura do compromisso de ajustamento de conduta, o legislador acabou, ainda que minimamente, restringindo a legitimidade para obtenção deste título executivo extrajudicial, conferindo-a apenas aos órgãos públicos co-legitimados ao ajuizamento da ação civil pública.

Tem-se, pelo disposto nas legislações que trazem a possibilidade de se tomar compromisso de ajustamento de conduta que os legitimados seriam única e exclusivamente os órgãos públicos colegitimados ao ajuizamento da competente ação civil pública.

Sobre esta questão, Luis Roberto Proença⁶³ adverte:

Nada foi dito pelo ss. 6º. do art. 5º. da Lei 7.347/85 sobre a necessidade de intervenção do Ministério Público para a validade ou eficácia de compromissos de ajustamento firmados por outros órgãos. Segundo entende Édis Milaré, “quando realizado por qualquer dos co-legitimados que não o Ministério Público, deve ser por este ratificado, sob pena nulidade”, e Fernando Grella Vieira, por sua vez, entende a participação do Ministério Público “indispensável para a eficácia do compromisso”. Com o devido respeito a estes posicionamentos, entretanto, não me parece assistir razão a seus autores. Não se pode aplicar analogicamente o previsto no ss. 1º. do art. 5º. Da Lei 7.347/85, que dispõe sobre a intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações civis públicas ajuizadas, à situação de todo diversa, referente ao compromisso firmado extrajudicialmente. A ação civil pública, apesar das peculiaridades da matéria no que toca aos interesses e direitos coletivos, pode fazer coisa julgada contrária a matéria no que toca aos interesses e direitos, sendo, assim, imprescindível a fiscalização exercida pelo Ministério Público, para suprir eventual falha do autor co-legitimado. Já no caso do compromisso de ajustamento de conduta, este nenhuma consequência tem quanto ao exercício da ação pelo Ministério Público ou por qualquer dos co-legitimados, se imprópria a solução adotada naquela avença.

Sob esta perspectiva, acredita-se que o posicionamento acima retratado é o mais acertado, haja vista, inclusive, não haver essa perspectiva de “anuência” ou “aval” do Ministério Público na legislação, tendo sido construção doutrinária tal entendimento.

Partindo-se do mencionado pressuposto, haveria uma ampla restrição no que prevê o texto legal, uma vez que, a participação do Ministério Público seria condição *sine qua non* para a

⁶³ PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

validade do TAC, firmado por qualquer outro legitimado que não o próprio órgão do Ministério Público.

Pode-se considerar que a participação do Ministério Público é importantíssima para dar maior legitimidade, ou mais do que isso, aumentar a eficácia e abrangência do próprio TAC. Entretanto, condicionar a validade do compromisso à participação do Ministério Público é onerar sua atuação, pois, o órgão dispõe de vários outros mecanismos legais para impedir a eficácia de um Compromisso que lesa o interesse que deve ser defendido.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli⁶⁴, acerca dos legitimados ativos:

Examinando-se o rol dos legitimados ativos, contidos no art. 5º. Da Lei da Ação Civil Pública e do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, podemos relacionar três categorias: a) a daqueles legitimados que, incontestavelmente, podem tomar compromisso de ajustamento: Ministério Público, União, Estados, Municípios e distrito Federal, bem como os órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, desde que especificamente destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; b) a dos legitimados, que incontestavelmente, não podem tomar o compromisso: as associações civis, as fundações privadas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista; c) a dos legitimados sobre os quais é questionável possam tomar esses compromissos, como as fundações públicas e as autarquias.

Ademais, prossegue Hugo Nigro Mazzilli⁶⁵, ao acrescentar mais um motivo que reforça a ideia da desnecessidade da intervenção Ministerial para a validade do TAC:

Por outro lado, como constitui o compromisso de ajustamento garantia mínima em favor do grupo lesado, sua celebração não é óbice a que os demais co-legitimados proponham eventual ação civil pública ou coletiva, sem que tenham de previamente desconstituir o compromisso por ação judicial própria, de caráter anulatório.

Assim, ainda que possa se discutir da propriedade ou impropriedade de desconstituir-se o TAC, através de ação anulatória, certo é que se os demais colegitimados, excluindo-se o Ministério Público, podem propor ação contestando o compromisso firmado, nada impede que se utilize o mesmo raciocínio lógico para afirmar-se que o Ministério Público poderá ajuizar ação visando desconstituir o ajustamento firmado, ou talvez, até mesmo, poderá ajuizar a competente ação civil pública.

⁶⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 369.

⁶⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 382.

Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado⁶⁶ pontua:

O termo de ajustamento pode ser convencionado antes do ajuizamento da ação, sem intervenção judicial. Neste caso, o ajustamento não transita em julgado, pois não há homologação judicial e, dessa forma, não impossibilita a qualquer outro legitimado, que não tenha intervindo no acordo, propor a ação civil pública, sem que para isso tenha que acrescentar provas.

Dos legitimados ativos para a apuração do dano ambiental através do Inquérito Civil e da celebração do TAC, o Ministério Público brasileiro detém uma estrutura técnica e qualificada para a condução da investigação e da celebração do TAC.

Nessa esfera, o Centro de Apoio Operacional de Informações Técnicas e Pesquisas (CAT) do Ministério Público do Estado de Santa Catarina é o responsável pela elaboração de estudos, laudos, vistorias e documentos técnicos, que servirão de base para as obrigações de fazer ou não fazer nas cláusulas do título executivo extrajudicial. Esse Centro de Apoio é constituído por servidores concursados com formação em geoprocessamento, agronomia, tecnologia da informação, geologia, engenharia sanitária e biologia.

Além disso, a reparação ambiental se não for possível *in natura* pode se dar através de medidas compensatórias que serão avaliadas e calculadas com a ajuda de profissionais técnicos sempre tendo em vista a dimensão do impacto causado ao meio ambiente.

Nesse sentido, é interessante salientar que, em outros países, como é o caso da Itália, a legitimidade para o trato de assuntos relacionados à natureza pertence aos Estados ou dos entes regionais, e não ao *parquet*, como ocorre no Brasil⁶⁷, muito embora o regime de repartição de competências constitucionais brasileiro permita que aqui tanto os Entes Públicos quanto o Ministério Público exerçam a tutela dos interesses do meio ambiente, de modo a salvaguardá-lo de maneira mais ampla possível.

Por fim, não se pode esquecer de mencionar a Defensoria Pública, que passou a ser legitimada ativa para a propositura de ações civis públicas a partir do advento da Lei nº 11.448/07, que deu nova redação ao art. 5º da Lei 7.347/85. Deste modo, não se pode negar, à Defensoria

⁶⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**: revista atualizada e ampliada. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.376.

⁶⁷ BEZERRA, Denisson Soares. O ministério público frente à questão ambiental: a atuação do parquet como guardião do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 7, n. 2, p. 1104, maio 2012. Quadrimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5619>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Pública, atribuição para celebrar TACs.⁶⁸

Uma vez delineada a legitimação ativa, em que se destaca o papel estrutural preponderante do Ministério Público, os legitimados passivos nos compromissos firmados serão sempre aqueles que provocarem danos, ou estiverem na iminência. Consoante já anteriormente exposto, pode-se afirmar que os legitimados passivos são aqueles que ferirem um dos incisos do artigo 1º da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública):

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.⁶⁹

Dessa maneira, evidencia-se a especial proteção aos direitos difusos e coletivos, enumerados no dispositivo supra, entre os quais, enfatiza-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme se discorrerá a seguir.

1.4. Objetivos e Efeitos

Vista a origem e os legitimados a firmar o Termo de Ajustamento de Conduta, cabe agora verificar quais os objetivos e os efeitos que o compromisso abarca, pois esse é o âmago da questão e é nesse tópico que irá se verificar o que pode e como podem os legitimados dispor do seu poder constituído.

Consoante ensina Paulo Affonso Leme Machado⁷⁰, certo é que:

⁶⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Lucas Dantas Evaristo. Aspectos polêmicos do termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; REZENDE, Elcio Nacur (Orgs). **Sustentabilidade e meio ambiente: efetividade e desafio**. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. Cap. 4. p. 109. Disponível em: https://cdnv2.moovin.com.br/livrariadplacido/imagens/files/manuais/346_sustentabilidade-e-meio-ambiente-efetividades-e-desafios.pdf. Acesso em: 26 jun. 2020.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Lei da Ação Civil Pública**. Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

⁷⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**: revista atualizada e ampliada. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p.374 e 374.

O Compromisso de ajustamento às exigências legais surge porque alguém – pessoa física ou jurídica, de Direito Privado ou de Direito Público – não está no presente, ou não estará no futuro, integralmente cumprindo a legislação Ambiental.

Prossegue ainda o doutrinador:

“Ajustar” tem diversas acepções, mas vale aqui mencionar “convencionar”, “combinar”, “estipular”. O termo “ajustamento”, se tivesse sido empregado pela lei de forma isolada, poderia conduzir à interpretação de que o ajustamento entre os órgãos públicos e os interessados seria um contrato ou convenção negociada conforme a vontade de ambas as partes. Contudo, a lei une dois termos: “ajustamento” e “obrigações legais”.

Assim, “ajustamento” não significa transigência no cumprimento das obrigações legais. O Ministério Público não pode fazer concessões diante de “interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput da CF). Dispor ou renunciar às obrigações legais é inadmissível por parte do Ministério Público.

O Ajustamento refere-se “às obrigações legais”. Nessas obrigações incluem-se comportamentos vinculados e discricionários. Nos comportamentos vinculados ou regrados não pode haver opção sobre sua exigibilidade imediata (a não ser que a legislação preveja prazos). Os comportamentos discricionários irão permitir a análise da Administração ambiental ou do Ministério Público quanto à sua conveniência e oportunidade, desde que a interpretação leve em conta o interesse ambiental.

Consoante leciona Édis Milaré⁷¹:

O TAC, por sua vez, é um mecanismo alternativo de solução de litígios ambientais que possibilita aos órgãos públicos legitimados tomar dos interessados compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais. Trata-se de figura peculiar de transação, na medida em que pode não apenas prevenir o litígio (propositura de ação civil pública) como também pôr-lhe fim (ação em andamento).

Ressalte-se ainda que vivenciamos uma imensa crise processual, proveniente da demora da instrumentalização do processo e da pouca experiência da sociedade em proteger juridicamente o meio ambiente. Além do que os mecanismos recursais e o número de processos em juízo dificultam um acesso mais completo à justiça, apesar da importância do sistema processual coletivo na atualidade.

Numa sociedade em que se deseja a imputação do ônus de reparar o dano ao degradador de forma célere, o TAC mostra-se como instrumento bastante ágil em detrimento das ações judiciais, que tendem a ser mais demoradas em face da razão processual.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o TAC é um instrumento que tende a ser cada vez mais utilizado – especialmente na tutela do meio ambiente – pois, o sistema processual brasileiro vive uma enorme crise, porque encontra no poder judiciário uma máquina lenta que beneficia a prática de atos inconsequentes e ilegais.

Deve-se salientar que a estruturação do sistema por vezes propicia a degradação do meio ambiente, não se podendo imputar, contudo, a integral responsabilidade da disseminação dos

⁷¹ MILARÉ, Edis. **A Ação Civil Pública após 25 anos: Efetividade e Desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.232 e 233.

ilícitos às fragilidades do sistema.

Por consequência, o TAC deverá, sempre, além de buscar a recomposição do dano, impor condições e restrições na atividade poluidora. Não se pode agir pensando que o compromisso será imposto e deverá ser assinado pela parte causadora do dano. Isso é uma atitude ultrapassada, não é com pressão que se irá obter a recuperação ou a reparação do dano ambiental.

O TAC, especialmente em matéria ambiental, não deve tornar-se um negócio vantajoso para o degradador, devendo para isso contemplar os danos morais coletivos decorrentes da conduta danosa, usando sempre de muita prudência para a averiguação do caso concreto e a responsabilidade do agente causador do dano primário.

1.5. Obrigações de recuperação e reparação do dano ambiental

O TAC compõe uma série de obrigações. Sem dúvida, a recuperação e reparação ambiental são as obrigações mais importantes no campo da proteção ao meio ambiente. Contudo, o dano ambiental é de difícil reparação e, por vezes, verifica-se este nem sempre é possível retornar ao *status quo ante*, situação ideal em que se obtêm a reparação integral, devendo-se laborar com as demais modalidades de reparação.

Apesar de ser prioritária a reposição natural na reparação do dano ambiental, na maioria das vezes, ela não leva à reparação integral do dano, sendo necessária, a conjugação com as medidas compensatórias.

Existem vários modelos e técnicas para a recuperação de uma área degradada, cuja escolha depende da situação de degradação da área e das condições de regeneração do ecossistema afetado. É por isso que há necessidade, para cada caso, de um Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) específico.

Na reparação do dano ambiental, as medidas compensatórias devem ser precedidas de valoração econômica dos danos ambientais e guardar compatibilidade com os laudos técnicos integrantes no Inquérito Civil.

A fiscalização do cumprimento das medidas compensatórias e a avaliação de seu êxito devem ser previstas no TAC, que poderá fixar, entre outras medidas assecuratórias, a obrigação de apresentação de relatórios periódicos que esclareçam o cumprimento do cronograma estabelecido e o resultado alcançado, por auditoria externa.

1.6. Execução

Cabe ao próprio membro do Ministério Público que firmou o TAC fiscalizar o seu efetivo cumprimento, ajuizando sempre que possível ação de execução de fazer com base no artigo 632 do Código de Processo Civil⁷²; ação de execução de não fazer com base no artigo 642 do Código de Processo Civil⁷³; ação de execução de coisa certa ou incerta, com fulcro no artigo 621 do Código de Processo Civil⁷⁴ e ação de execução por quantia certa com base no artigo 646 do Código de Processo Civil⁷⁵.

Para Fausto Luciano Panicacci⁷⁶ a execução do termo de compromisso de conduta poder se dar por qualquer dos colegitimados ainda que não tenha sido o tomador, desde que público, ou seja, desde que legitimado fosse para tomar o compromisso. Também, que foro competente para execução será o mesmo que o seria para propositura da ação civil pública, ou seja, o local do dano ou ameaça do dano, sendo irrelevantes ou nulas eventuais cláusulas de eleição de foro que divirjam da regra de competência fixada na legislação.

Para o êxito das ações de execução, é necessário que o Termo de Ajustamento de Conduta fixe e explicitamente as consequências do inadimplemento das obrigações pactuadas, tais como a execução específica, a possibilidade de impedimento do exercício de atividade, a incidência de multa, cláusula penal, improbidade administrativa, responsabilidade penal, improbidade processual.

Segundo a lição de Rochelle Jelinek⁷⁷, certo é que:

A experiência prática forense e os estudos teóricos realizados na consecução deste trabalho evidenciam que as dificuldades para a execução de obrigações previstas nos compromissos de ajustamento de conduta e, por conseguinte, para a efetivação dos direitos transindividuais devem-se muitas vezes mais razões de fato que de direito. Além da inexistência de um regramento específico na legislação para os processos de execução coletiva, a elaboração de compromisso de ajustamento sem técnicas adequadas e a tradicional resistência do Judiciário às inovações e à adoção de meios

⁷² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 maio. 2020.

⁷³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 maio. 2020.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 maio. 2020.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 maio. 2020.

⁷⁶ PANICACCI, Fausto Luciano. **Compromisso de ajustamento de conduta: Teoria, prática, vantagens da solução negociada e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 131-132.

⁷⁷ JELINEK, Rochelle. **Execução de Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2010, p.145.

executivos atípicos mais adequados à satisfação dos novos direitos são entraves que colaboram para a não efetivação dos direitos transindividuais.

Sob essa ótica, depreende-se que os problemas que acometem a efetividade da reparação do dano ambiental nas ações civis públicas também tangenciam o TAC à medida que se encontram dificuldades na sua execução.

1.7. Eficácia

Para garantir a sua eficácia, o TAC deve conter perfeita identificação das obrigações pactuadas: a cláusula obrigacional de indenizar deve ter o valor quantificado, o tempo, o local e a forma de pagamento, bem como a destinação do valor: a de entregar coisa, a individualização precisa desta, o tempo, o local e a forma de entrega, e o destinatário do bem; as de fazer e não fazer devem ter, além do resultado que visa a obter, o tempo, o local e o modo de cumprimento bem especificados, assim como os padrões de execução de obras ou atividades, que, em casos complexos, podem constar em planos ou projetos de recuperação apartados, mas que serão parte integrante do compromisso ajustado.

Para o seu sucesso, é importante que o compromisso de ajustamento fixe e explicitamente as consequências do inadimplemento das obrigações pactuadas, tais como a execução específica, a possibilidade de impedimento do exercício de atividade, a incidência de multa, cláusula penal, improbidade administrativa, responsabilidade penal e improbidade processual. A solução negociada, segundo Geisa de Assis Rodrigues⁷⁸, traz inúmeros benefícios:

Seguramente o maior benefício proporcionado pela conciliação às partes de um conflito é configurar uma alternativa ao processo, ou à continuidade do mesmo. É uma forma mais econômica de solucionar litígios porque poupa, totalmente ou parcialmente, a movimentação da dispendiosa máquina jurisdicional. Sob outra perspectiva a conciliação também se afigura bastante vantajosa porque tem o condão de acomodar melhor as desavenças dos envolvidos no conflito, que se sentem sujeitos da decisão e não objeto de um decreto de um terceiro, que por sua origem exógena sempre corre o risco de ter a pecha de injusto, e gerar uma insatisfação latente, ainda que o conflito tenha sido aparentemente dirimido.

Desta forma, o TAC apresenta muitas vantagens sobre a Ação Civil Pública, porque permite uma solução negociada para a recuperação e reparação do dano ambiental, ajudando a descongestionar a Justiça. Possibilita uma resposta mais rápida e eficaz à Sociedade e ao meio ambiente.

⁷⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 53.

2. A PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL TRANSNACIONAL

O meio ambiente pertence à humanidade, sendo a proteção dos recursos naturais e a consequente manutenção da vida humana e dos demais seres no planeta, um direito de todos. Sabemos que a ocorrência do dano ambiental que extrapola limites territoriais ou de soberania de nações, repercutindo no mundo inteiro.

Na lição de Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar⁷⁹:

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 do Estado.

A preservação do meio ambiente em nível nacional não garante a resolução dos problemas, sendo necessário levar as normas à esfera global. É certo que o Direito Ambiental tem propriedades de um direito transnacional, difuso e transindividual.⁸⁰ Para garantir a plena proteção dos ecossistemas no planeta, é necessário que o meio ambiente seja tratado como uma demanda transnacional e o que Direito Ambiental passe a contar com características fundamentais de um Direito Transnacional.

O Direito Transnacional permitirá o compartilhamento solidário das responsabilidades para a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.⁸¹ E também o compartilhamento ou aplicação de normas internacionais para o recuperação e reparação do dano ambiental. Constatado o dano ambiental, é dever do Estado criar e aplicar normas que assegurem a aplicação de sanções penais, administrativas e principalmente impor a obrigação de reparar os danos causados.

A proteção ao meio ambiente impõe um tratamento diferenciado, assim como a recuperação e reparação do dano ambiental tem que ser rápida e eficaz. De nada adianta um país

⁷⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 136. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁸⁰ PHILIPPI, Patricia Pasqualini; ZICARELLI, Leonardo. O direito transnacional ambiental e a proteção do direito ao desenvolvimento humano. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 1604, set. 2013. Quadrimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5420>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁸¹ BUSNELLO, Saul José. Direito transnacional e meio ambiente: ponderações sobre a relação homem x meio ambiente sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes e; VIEIRA, Ricardo Stanzola (org.). **AS DIMENSÕES TRANSNACIONAIS DO DIREITO AMBIENTAL: interfaces da governança ambiental e da sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2017. p. 398-414. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202017%20AS%20DIMENS%C3%95ES%20TRANSNACIONAIS%20DO%20DIREITO%20AMBIENTAL%20INTERFACES%20DA%20GOVERNAN%C3%87A%20AMBIENTAL%20E%20DA%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

ter uma norma dura e eficaz para proteção ambiental e para a recuperação e reparação do dano ambiental se o país vizinho ou no mesmo continente não adota a mesma postura.

E é nesse sentido que o Termo de Ajustamento de Conduta previsto unicamente na legislação brasileira pode contribuir como uma norma transnacional e servir como um importante instrumento de proteção do meio ambiente.

O desafio da busca pela efetividade na recuperação e reparação do dano ambiental também é enfrentado pela Espanha, que prevê em sua legislação a possibilidade de celebrar a *reparación em via convencional*.

Dessa forma, segundo Andrés Molina Giménez⁸²:

Una estrategia interesante es la reparación en vía convencional de los daños al medio ambiente por suelos contaminados. En efecto, las actuaciones para realizar la limpieza y recuperación de los suelos declarados como contaminados puede efectuarse mediante acuerdos voluntarios suscritos entre los obligados a realizar dichas operaciones y las Administraciones públicas competentes. Los costes de limpieza y recuperación de los suelos contaminados correrán a cargo del obligado, en cada caso, a realizar dichas operaciones, pero los convenios pueden establecer incentivos económicos (beneficios fiscales, subvenciones, etc.) que pueden servir de ayuda para financiar los costes de limpieza y recuperación de suelos contaminados.

Em que pesem as distinções entre os sistemas, evidencia-se que a busca pela efetividade da reparação ao dano ambiental abrange tanto o ordenamento jurídico brasileiro quanto o espanhol. Por consequência, a experiência brasileira utilizando o Termo de Ajustamento de Conduta como meio eficaz para a recuperação e reparação do dano ambiental pode ser aprimorada com base nos aportes da perspectiva transnacional em busca de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da CRFB/88, o Ministério Público brasileiro assumiu um novo papel institucional atuando como protagonista na solução negociada de conflitos de interesses difusos e coletivos.

⁸² “Uma estratégia interessante é a reparação na via convencional de danos ao meio ambiente por solos contaminados. Com efeito, as ações para executar a limpeza e a recuperação dos solos declarados como contaminados podem ser executadas mediante acordos voluntários assinados entre os obrigados a realizar as operações e as administrações públicas competentes. Os custos de limpeza e recuperação de solos contaminados correrão por conta do obrigado, em cada caso, a realizar as mencionadas operações, mas os convênios podem estabelecer incentivos econômicos (benefícios fiscais, subvenções, etc.) que podem servir de ajuda para financiar os custos de limpeza e recuperação de solos contaminados.” (Tradução livre do autor do presente artigo científico). MOLINA GIMÉNEZ, Andrés. *Eliminación de residuos sólidos y contaminación de suelos*. Máster en territorio, urbanismo y sostenibilidad ambiental en el marco de la economía circular. Alicante, Universidad de Alicante, 2018. (No publicado).

De todos os legitimados da Lei da Ação Civil Pública para a apuração do dano ambiental e da celebração do TAC, o Ministério Público evoluiu e detém uma estrutura técnica e qualificada de servidores públicos com formação em diversas áreas que são capazes de elaborar estudos, laudos, vistorias e documentos técnicos que servirão de base para as obrigações de fazer ou não fazer nas cláusulas do título executivo extrajudicial, em especial na recuperação e reparação do dano ambiental.

As rodadas de negociações do compromisso de ajustamento de conduta são significativamente mais dinâmicas que o processo judicial, permitindo mais agilidade e mais fluxos constantes de informações técnicas, as quais servem como critérios objetivos a subsidiarem os debates e as soluções.

Para sua efetividade, é vital que o compromisso de ajustamento fixe e explicita adequadamente as consequências do inadimplemento das obrigações pactuadas, tais como a execução específica, a possibilidade de impedimento do exercício de atividade, a incidência de multa, cláusula penal, improbidade administrativa e responsabilidade penal.

Nessa perspectiva, o Ministério Público atua, por meio de sua prerrogativa constitucional insculpida no artigo 129, inciso III, da CRFB/88, em defesa do meio ambiente, instrumentalizada a partir dos institutos positivados na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85). Esta normativa possibilita, uma vez aventada a existência de dano ambiental, a instauração de Inquérito Civil, bem como a posterior celebração de TAC, para além do ajuizamento de uma tradicional Ação Civil Pública.

Para viabilizar a recuperação e reparação do dano ambiental, o compromisso de ajustamento de conduta é lavrado em termo, e nele se contém uma obrigação de fazer ou não fazer; mediante esse instrumento, o causador do dano ambiental se obriga a adequar sua conduta às exigências da lei, sob pena de cominações já pactuadas no próprio instrumento, o qual terá força de título executivo extrajudicial.

O TAC, ao permitir a estabilização das relações entre empreendedores e Poder Público apresenta-se como implementador de políticas públicas visando ao desenvolvimento sustentável, além de ser uma alternativa para evitar embates judiciais infundáveis, nos quais a cognição judicial dificilmente será adequada. Possibilita assim uma resposta mais rápida e eficaz à Sociedade e ao meio ambiente.

Com o cumprimento deste instrumento extrajudicial a recuperação e a reparação do dano

ambiental tornam-se definitivas e com isso garantem o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Ao considerar o meio ambiente como um bem jurídico cuja tutela requer a aplicação de uma perspectiva transnacional e que Direito Ambiental possui características fundamentais de um Direito Transnacional, é possível afirmar que o Direito Transnacional Ambiental vislumbra o compartilhamento solidário das responsabilidades ambientais para a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações. Assim, a experiência da norma brasileira de recuperação e reparação do dano ambiental de maneira célere e eficaz através do Termo de Ajustamento de conduta pode ser aprimorada pela perspectiva ampla de aplicação do Direito Transnacional com vistas à garantia da proteção e da recuperação ambiental.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta Ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BEZERRA, Denisson Soares. O ministério público frente à questão ambiental: a atuação do parquet como guardião do meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 7, n. 2, p. 1085-1120, maio 2012. Quadrimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5619>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2017. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil.. Brasília, DF, 07 nov. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/501/&highlight=WyJyZXNvbHVcdTAwZTdcdTAwZTNvliwyMywicmVzb2x1XHUwMGU3XHUwMGUzbyAyMyJd?contraste=2>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 maio. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 maio. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Lei da Ação Civil Pública**. Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 11 maio 2020.

BUSNELLO, Saul José. Direito transnacional e meio ambiente: ponderações sobre a relação homem x meio ambiente sustentabilidade. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes e; VIEIRA, Ricardo Stanziola (org.). **AS DIMENSÕES TRANSNACIONAIS DO DIREITO AMBIENTAL**: interfaces da governança ambiental e da sustentabilidade. Itajaí: Univali, 2017. p. 398-414. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202017%20AS%20DIMENS%C3%95ES%20TRANSNACIONAIS%20DO%20DIREITO%20AMBIENTAL%20INTERFACES%20DA%20GOVERNAN%C3%87A%20AMBIENTAL%20E%20DA%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer (recurso eletrônico). Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Lucas Dantas Evaristo. Aspectos polêmicos do termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental. In: SOUZA, Maria Cláudia Antunes de; REZENDE, Elcio Nacur (Orgs). **Sustentabilidade e meio ambiente**: efetividade e desafio. 1. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. Cap. 4. p. 107-140. Disponível em: https://cdnv2.moovin.com.br/livrariadplacido/imagens/files/manuais/346_sustentabilidade-e-meio-ambiente-efetividades-e-desafios.pdf. Acesso em: 26 jun. 2020.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

JELINEK, Rochelle. **Execução de Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Direito Ambiental Brasileiro**: revista atualizada e ampliada. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O A defesa dos interesses difusos em juízo**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

MILARÉ, Edis. **A Ação Civil Pública após 25 anos**: Efetividade e Desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MOLINA GIMÉNEZ, Andrés. **Eliminación de residuos sólidos y contaminación de suelos**. Máster en territorio, urbanismo y sostenibilidad ambiental en el marco de la economía circular Alicante: Universidad de Alicante, 2018. (No publicado).

PANICACCI, Fausto Luciano. **Compromisso de ajustamento de conduta**: Teoria, prática, vantagens da solução negociada e meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14.ed. Florianópolis: EMais, 2018.

PHILIPPI, Patricia Pasqualini; ZICARELLI, Leonardo. O direito transnacional ambiental e a proteção do direito ao desenvolvimento humano. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali**, Itajaí, v. 8, n. 3, p. 1603-1621, set. 2013. Quadrimestral. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5420>. Acesso em: 12 ago. 2020.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

DESLOCAMENTO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

Gilson Jacobsen¹

Hellen Lopes Dutra Mazzola²

INTRODUÇÃO

Realizar um estudo acerca dos deslocamentos humanos, seja no contexto das mudanças climáticas e ambientais, seja no contexto dos desastres, vai muito além de uma abordagem de como os fatores de cunho ambiental podem alterar determinado *habitat*, pois diz respeito à sobrevivência e a toda sorte de outros desafios que recaem sobre inúmeros indivíduos ao redor do planeta.

Os fatores ambientais trazem consigo alterações de aspectos relacionados ao movimento de pessoas em nível global, abrangendo relações complexas e dinâmicas que ultrapassam as barreiras regionais e a própria história da humanidade³, tendo em vista que se tem presenciado o aumento vertiginoso dessa estratégia de adaptação humana.

Nesse trilhar, a novidade passa a residir na complexidade dos desafios que o fenômeno do deslocamento induzido por fatores ambientais impõe à dinâmica de uma sociedade⁴.

Isso porque os deslocamentos ambientais desafiam as abordagens tradicionais que, por vezes, subjagam e atrelam o indivíduo a determinada nação e os compromissos vinculados à territorialidade, à cidadania, à soberania nacional e à própria identidade cultural desse Estado.

A discussão, portanto, permeia a própria identificação da sociedade civil global.

Não por acaso, clama-se pela necessária criação de uma consciência global e solidária, com

¹ Docente Permanente dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor visitante da Widener University - Delaware Law School, EUA. Formador de Formadores da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, em Brasília/DF. Juiz Federal em Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: jacobsen@edu.univali.br

² Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2020). Graduada em Direito pela mesma instituição de ensino (2017). Assessora jurídica na Casa Civil do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: hellendutraa@hotmail.com

³ HETHERINGTON, Renée. **Living in a dangerous climate: climate change and humam evolution**. Nova Iorque, EUA: Cambridge University Press, 2012, p. 13.

⁴ FERREIRA, Helene Sivini; SERRAGLIO, Diogo Andreola. A proteção dos deslocados ambientais com destaque para a dimensão social do estado de direito ecológico. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (orgs.). **Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2017, p. 526.

o intuito de permitir a ampliação da visão humana para essa nova dinâmica ocasionada pelos deslocamentos ambientais, que, lado outro, coloca, potencialmente, todos em rota de colisão. Afinal, a problemática repercute em toda a humanidade, como num verdadeiro efeito bumerangue, como lembrado por Beck⁵.

Nesse contexto, exsurge a transnacionalidade como um vetor de suma importância para análise do fenômeno dos deslocamentos ambientais, à medida que um único - ou determinado - Estado resta incapaz, por si, de dar respostas consistentes à sociedade mundial.

É sob esse cenário que se insere o presente capítulo, cujo objetivo geral é analisar o fenômeno dos deslocamentos ambientais sob a perspectiva da transnacionalidade, apresentando-se como objetivo específico da investigação contextualizar o deslocamento ambiental em paralelo com o Direito Transnacional e suas nuances.

Para desenvolver a presente pesquisa, optamos pela utilização do método indutivo, acionando as técnicas da pesquisa bibliográfica, do referente, da categoria e dos conceitos operacionais⁶.

1. DESLOCAMENTOS AMBIENTAIS: COMPREENDENDO O FENÔMENO⁷

De início, mister destacar que, para os fins a que se destina o presente estudo, adotamos a denominação deslocamento ambiental assinalada pelo *Projet de Convention Relative Au Statut International des Déplacés Environnementaux*⁸, resultado do grupo de trabalho composto por economistas e juristas especialistas do direito ambiental e dos direitos humanos, sob o comando do professor emérito da Universidade de Limoges, Michel Prieur.

Assim, entende-se que a terminologia refere-se “[...] a indivíduos, famílias, grupos e populações que enfrentam mudanças brutais ou insidiosas em seu ambiente que inevitavelmente afetam suas condições de vida e os forçam a sair, com urgência ou em longo prazo, de seus lugares habituais de vida”⁹.

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 28.

⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 27 e 39.

⁷ Esse tópico contém fragmentos e transcrições de: MAZZOLA, Hellen Lopes Dutra. **Mobilidade humana por fatores ambientais na América do Sul: uma análise sob a óptica do regime climático internacional e boas práticas nacionais**. 2020. 114f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2020. Aguardando publicação.

⁸ Em tradução livre: Projeto de Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais.

⁹ Tradução livre do trecho: “Par << déplacés environnementaux >> on entend les personnes, familles, groupes et populations

Dito isto, verifica-se que o deslocamento é identificado a partir do seu caráter forçado de balizamento, ocorrendo quando o indivíduo se vê compelido a deixar sua moradia ou local de residência por ser a única alternativa para a manutenção de condições mínimas e adequadas de sobrevivência. Difere-se, portanto, do conceito de migração, em que a voluntariedade constitui o fator principal do processo decisório.

Assim sendo, “se, de um lado, a voluntariedade constituiria o motor fundamental para o processo decisório que baliza o ato de migrar, de outro, seria a compulsoriedade o fator principal para o deslocamento”.¹⁰

Nos termos da conceituação desenhada pela Organização Mundial para Migração (OIM), os deslocados por razões ambientais são:

Pessoas que se deslocam dentro do país em que residem ou que atravessam uma fronteira internacional e para quem a degradação, deterioração ou destruição do meio ambiente é a causa principal, mas não a única de seu deslocamento. Esse termo é usado como uma alternativa menos controversa à de um refugiado ambiental ou climático (no caso de pessoas que se mudaram para além de uma fronteira internacional), sem uma base legal ou razão de ser no direito internacional, para se referir a uma categoria de migrações por razões ambientais cujo movimento é claramente forçado¹¹.

Desde que a degradação ambiental e as mudanças do clima passaram a ser enxergadas como uma potencial ameaça à segurança nacional, a *questio* acerca da temática ambiental como um motor de propulsão para o deslocamento humano intensificou-se¹².

confrontés à un bouleversement brutal ou insidieux de leur environnement portant inéluctablement atteinte à leurs conditions de vie, et les forçant à quitter, dans l'urgence ou dans la durée, leurs lieux habituels de vie.” In: CRIDEAU/CRDP/UNIVERSITÉ DE LIMOGES/CIDCE. **Projet de Convencion Relative au Statut International des “Desplacés Environnementaux”**. Quatrième version. Limoges (France), 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1pkB4qgS81MuHKPaLnEf6wxJGbWM0M4UX/view>. Acesso em:

01 set. 2020.

¹⁰ MOREIRA, Julia Bertino; SALA, José Blanes. Migrações Forçadas: categorização em torno de sujeitos migrantes. In: JUBILUT, Liliana Lyra, FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias, LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes Forçadas: Conceitos e Contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37163892/BLANES_SALA_Jos%C3%A9_BERTINO_MOREIRA_J%C3%B3lia_Migra%C3%A7%C3%B5es_For%C3%A7adas_Categoriza%C3%A7%C3%A3o_em_torno_de_sujeitos_migrantes._In_Liliana_Lyra_Jubilut_Fernanda_de_Magalh%C3%A3es_Dias_Frinhani_Rachel_de_Oliveira_Lopes_Orgs._Migrantes_for%C3%A7ados_conceitos_e_contextos._Boa_Vista_Editora_da_UFRR_2018_p._15-42_. Acesso em: 03 fev. 2020, p. 14.

¹¹ Tradução livre do trecho: “Personas que se desplazan dentro del país en que residen o que han cruzado una frontera internacional y para quienes la degradación, deterioro o destrucción del medio ambiente es la causa principal pero no la única de su desplazamiento. Este término se utiliza como una alternativa menos controvertida a la de refugiado ambiental o de refugiado climático [en caso de quienes se han desplazado a través de una frontera internacional] sin una base jurídica o *raison d’être* en el derecho internacional, para referirse a una categoría de migrantes por motivos del medio ambiente cuyo movimiento sea, claramente, de carácter forzoso”. In: INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). **La movilidad humana en la agenda climática de las Américas: necesidades y oportunidades**. San José: Organización Internacional para las Migraciones, 2019, p. 10.

¹² DUN, Olivia; GEMENNE, François. Defining “Environmental Migration”. In: **Forced Migration Review: Climate Change and Displacement**. October, 2008. Disponível em: <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/climatechange/dun-gemenne.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2019. (Tradução livre da autora).

Com efeito, o Painel Intergovernamental sobre Mudanças do Clima (IPCC), órgão das Nações Unidas responsável pelo fornecimento de avaliações regulares de base científica das mudanças climáticas, seus impactos e riscos futuros, aponta que as mudanças do clima podem desafiar a mobilidade humana e desestruturar os sistemas migratórios. Esses impactos se expressam justamente pelo aumento do risco de deslocamentos forçados e pela impossibilidade de migrar de forma planejada¹³.

A propósito, António Guterres¹⁴ reconhece que o fenômeno da mudança climática não deve ser visto nem, tampouco, tratado de modo isolado das outras tendências globais que se encontram como condicionantes ao futuro do nosso planeta.

Não obstante esteja a se tratar de um fenômeno presente em todo o globo terrestre, o acesso, a análise e a compilação de dados referentes aos processos de deslocamento ainda se revela uma tarefa árdua, especialmente em virtude da lacuna existente na coleta e processamentos desses informes.

Os dados provenientes do Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno (IDMC, sigla em inglês) estimam que, de 2008 a 2019, cerca de 287,9 milhões de pessoas foram forçadas a se deslocar em razão de desastres naturais em todo o planeta, representando uma média de 24 milhões por ano, tendo as inundações, as tempestades e os terremotos como os principais fatores de propulsão¹⁵.

Igualmente, em análise aos dados coletados pelo IDMC, torna-se possível concluir que os desastres naturais tendem a induzir um número muito maior de deslocados internos do que os conflitos, tendo em vista que, se entre os anos de 2009 e 2019 a média dos deslocados por desastres foi aquela de 24 milhões por ano, a de deslocamentos provocados por conflitos alcançou o patamar de 7,5 milhões de indivíduos¹⁶.

Somente no ano de 2019, por exemplo, contabiliza-se que 24,8 milhões de indivíduos

¹³ CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. A mobilidade humana na agenda global do clima: uma questão de justiça climática. In: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. **Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2017, p. 484.

¹⁴ GUTERRES, António. Migration, Displacement and Planned Relocation. In: **United Nations High Commissioner for Refugees**, 2012. Disponível em: https://www.unhcr.org/news/editorial/2012/12/55535d6a9/migration-displacement-planned-relocation.html#_edn1. Acesso em: 09 mar. 2020. (Tradução livre da autora).

¹⁵ INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. **Global Internal Displacement Database: Displacement Data – 2019 internal displacement figures by country**. Disponível em: <https://www.internal-displacement.org/database/displacement-data>. Acesso em: 02 fev. 2020. (Tradução livre da autora).

¹⁶ INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. **Global Internal Displacement Database: Displacement Data – 2019 internal displacement figures by country**. Disponível em: <https://www.internal-displacement.org/database/displacement-data>. Acesso em: 02 fev. 2020. (Tradução livre da autora).

foram desalojados por catástrofes ambientais: quase o triplo dos deslocamentos provocados por conflitos no mesmo ano¹⁷. Importa salientar que esses dados representam somente os novos deslocamentos internos causados por desastres, não abarcando os deslocamentos externos ou aqueles ocasionados por degradações lentas do meio ambiente.

Por isso, acredita-se que aqueles números sejam ainda maiores caso se pondere também o cenário em que pessoas são obrigadas a se mudar de seu local de origem no contexto de eventos e processo de início lento, associados aos efeitos adversos da degradação ambiental e das mudanças climáticas. Daí os cientistas alertarem que os deslocamentos aumentarão na medida da intensidade e da frequência dos efeitos adversos das mudanças climáticas¹⁸.

Ocorre que, muitas vezes, o vínculo causal entre determinado fenômeno ambiental e o deslocamento é indireto e de difícil percepção; além do quê, são poucas as pessoas que se apresentam como migrantes ambientais ou - na expressão que preferimos - deslocados ambientais. Tudo a dificultar-lhes a identificação¹⁹.

Importante sublinhar, ademais, que também existem os deslocados internos, que são aqueles que não conseguiram transpor fronteiras para alcançar proteção em outras localidades; ou seja, por distintas razões - de cunho geográfico, referentes à guerra civil ou, ainda, por desastres ambientais -, essas pessoas ficaram impossibilitadas de sair de seus países de origem e, portanto, permanecem sob a proteção do seu próprio governo de origem²⁰.

Como consequência desse cenário retratado, os deslocamentos ambientais, nos últimos anos, têm sido objeto de debate sob distintos e diversos contextos geopolíticos.

Os deslocamentos em resposta às mudanças do clima e aos desastres ambientais, afinal,

¹⁷ INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. **Global Internal Displacement Database**: Displacement Data – 2019 internal displacement figures by country. Disponível em: <https://www.internal-displacement.org/database/displacement-data>. Acesso em: 02 fev. 2020. (Tradução livre da autora).

¹⁸ PLATFORM ON DISASTER DISPLACEMENT. **Internal Displacement in the Context of Disasters and the Adverse Effects of Climate Change**: Prevention, Protection and Solutions. 2020. Disponível em: <https://disasterdisplacement.org/internal-displacement-in-the-context-of-disasters-and-the-adverse-effects-of-climate-change-prevention-protection-and-solutions>. Acesso em: 09 abr. 2020.

¹⁹ COURNIL, Christel; MEYER, Benoit. Oportunidades e Limites de uma Proteção por Categoria em Benefício dos Migrantes Ambientais. In: JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente**: minorias ambientais. Barueri/SP: Manole, 2017. p. 67.

²⁰ MOREIRA, Julia Bertino; SALA, José Blanes. Migrações Forçadas: categorização em torno de sujeitos migrantes. In: JUBILUT, Liliana Lyra, FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias, LOPES, Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes Forçadas**: Conceitos e Contextos. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37163892/BLANES_SALA_Jos%C3%A9_BERTINO_MOREIRA_J%C3%BAlia_Migra%C3%A7%C3%B5es_For%C3%A7adas_Categoriza%C3%A7%C3%A3o_em_torno_de_sujeitos_migrantes._In_Liliana_Lyra_Jubilit_Fernanda_de_Magalh%C3%A3es_Dias_Frinhani_Rachel_de_Oliveira_Lopes_Orgs._Migrantes_for%C3%A7ados_conceitos_e_contextos._Boa_Vista_Editora_da_UFRR_2018_p._15-42_. Acesso em: 01 fev. 2019, p. 34-35.

revelam-se uma constante estratégia de adaptação racional na história da humanidade.

Ocorre que o sofrimento dos deslocados, em muitos casos, é tão intenso, que o psiquiatra e professor catalão Joseba Achotegui identificou uma novel doença: a síndrome de Ulisses ou síndrome de estresse múltiplo e crônico ligado a esse deslocamento²¹.

Com a globalização, novos desafios são lançados à sociedade, na medida em que surgem novas formas de relações humanas que ultrapassam as barreiras dos Estados. Também desponta o fenômeno da Transnacionalidade, como resultado de uma nova era, a possibilitar uma nova perspectiva analítica das mudanças e transformações vivenciadas.

2. A TRANSNACIONALIDADE COMO PERSPECTIVA ANALÍTICA

A história da humanidade se caracteriza por uma sucessão de delineados inerentes à própria evolução da humanidade²², que, por sua vez, se explicitam com novas formas de adaptação e de vida contemporâneas, a exemplo do fenômeno dos deslocamentos. Para Giddens²³, está a se falar das consequências da modernidade.

Afinal,

a sociedade contemporânea da globalização, da revolução tecnológica, da desterritorialização do Estado, do fenecimento das estruturas tradicionais da soberania desvela um tempo de grandes mudanças e transformações, as quais atingem espaços jurídicos, políticos, econômicos e até culturais. Surgem, então, novos direitos, novos atores sociais e novas demandas, as quais reclamam novas formas de equacionamento e proteção de bens juridicamente considerados relevantes²⁴.

Em paralelo, considera-se que as dinâmicas atuais provocam também a mudança dos centros de autoridades e de resolução de demandas, que não se restringem mais aos níveis internos, tampouco comportam soluções adstritas às esferas domésticas.

Segundo Rei²⁵, em vez de só intervir repressivamente, com olhos voltados para situações concretas do passado que não se conformassem com a legalidade, o Estado agora visa, ampla e

²¹ SILVA, José Carlos Loureiro da; CAETANO, João Calos Relvão. Os deslocados ambientais por eventos repentinos/específicos. In: JUBILUT, Lílilana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente: minorias ambientais**. Barueri/SP: Manole, 2017. p. 143.

²² SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 141.

²³ GIDDENS, Anthony. *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*. Bologna: Mulino, 1994.

²⁴ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 99.

²⁵ REI, Fernando Cardozo Fernandes. Vulnerabilidade ambiental e sua relação com riscos e segurança jurídica. In: JUBILUT, Lílilana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente: minorias ambientais**. Barueri/SP: Manole, 2017, p. 30.

preventivamente, o futuro, dependendo da colaboração e da própria participação daqueles outros atores e interessados.

Isso faz com que esse Estado, para além das fronteiras do poder político e do poder estatal, “tenha que incorporar diversas formas de expansão e diálogo e absorva responsabilidades globais, típicas de um Estado moderno, em um contexto de governança multinível”²⁶.

Há tempos se vivencia um processo de mutação e de novos acontecimentos, tão intrínsecos aos processos históricos dos povos e à superação de fases que conduzem a novos períodos²⁷. Adaptar-se, mais do que nunca, é preciso.

Os deslocamentos ambientais, como estratégia de adaptação racional, envolvem naturalmente níveis territoriais distintos, isto é, o território de origem, o de destino, o de trânsito, que, por sua vez, situam-se em esferas decisórias distintas: locais, nacionais e internacionais.

Tal qual manifesta Staffen²⁸, a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais e pessoas revela anseios de limitação jurídica, à proporção que o processo de globalização demanda ser compreendido como expressão de uma interdisciplinaridade sistêmica. O Direito Transnacional revela-se como um viés voltado à compreensão e à regulação das relações provenientes desses fluxos globalizatórios.

Isso porque,

[...] o Direito Transnacional estaria destinado a perpassar vários estados/territórios. Denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos, principalmente na limitação e na “republicanização” dos novos poderes deles surgidos²⁹.

Torna-se, assim, possível afirmar que o Direito Transnacional consubstancia-se na possibilidade de regulação dos problemas que ultrapassam as barreiras e as relações dos Estados, razão pela qual se entende que os acontecimentos de hoje são transnacionais.

²⁶ REI, Fernando Cardozo Fernandes. Vulnerabilidade ambiental e sua relação com riscos e segurança jurídica. In: JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente: minorias ambientais**. Barueri/SP: Manole, 2017, p. 30.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. A transnacionalidade, as migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. In: SANTOS, Rafael Padilha dos (Org.) **Migrações Transnacionais no Estado de Santa Catarina**. Itajaí: 2017, p. 78.

²⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo. COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 2020, p. . Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica. Acesso em: 05 set. 2020, p. 134-135.

²⁹ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Programa de Pós Graduação Stricto sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n. 1, 2012, p. 23.

Por conseguinte, tem-se que o fenômeno da transnacionalidade trouxe consigo novas ordens e desordens, afinal, “a expressão latina ‘trans’ significa algo que vai além de ou para além de, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, [...], num constante fenômeno de desconstrução e construção de significado”³⁰.

Demonstra Stelzer³¹, que a transnacionalização pode ser compreendida como um fenômeno que reflete a própria globalização, evidenciada pela desterritorialização das relações político-sociais a partir da promoção do sistema econômico capitalista, que articula o ordenamento jurídico mundial à beira das soberanias estatais.

Essa característica de desterritorialização conferida por Stelzer³² à transnacionalidade pauta-se no argumento de que o território transnacional “não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado, flutuando sobre os Estados e fronteiras, participando de diferentes níveis de integração”³³.

E é nesse cenário de concepção de demandas transnacionais - relativas à efetividade dos direitos difusos e transfronteiriços que decorrem de uma globalização multiforme e relativa à sobrevivência do ser humano no planeta - que o fenômeno da Transnacionalidade surge e avulta, como elucida Leite Garcia³⁴.

Dentre essas ocorrências insere-se o fenômeno do deslocamento de indivíduos por razões ambientais, a figurar como uma nova demanda transnacional.

3. OS DESLOCAMENTOS AMBIENTAIS NO CONTEXTO TRANSNACIONAL

Compreender o fenômeno dos deslocamentos humanos sob a perspectiva transnacional faz-se necessário em razão da percepção de que se está diante de um fenômeno reflexivo da globalização, evidenciado pela “desterritorialização” dos relacionamentos político-sociais e pela representação dos vínculos que perpassam os limites do próprio Estado. Está-se diante do

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. A transnacionalidade, as migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. In: SANTOS, Rafael Padilha dos (Org.) **Migrações Transnacionais no Estado de Santa Catarina**. Itajaí: 2017, p. 80.

³¹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

³² STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

³³ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. A transnacionalidade, as migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. In: SANTOS, Rafael Padilha dos (Org.) **Migrações Transnacionais no Estado de Santa Catarina**. Itajaí: 2017, p. 81.

³⁴ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 174-181.

“surgimento de algo novo, de uma espaço transpassante, que já não se encaixa nas velhas categorias modernas ligadas à limitação geográfica dos Estados”³⁵.

Os indivíduos submetidos aos fluxos de deslocamento humano são considerados, por vezes, vítimas do fenômeno da globalização. Tal afirmação, como discorrem Carla Piffer e Paulo Cruz³⁶, se dá:

[...] pela contradição existente entre a economia e o contingente humano, a qual pode ser evidenciada da seguinte forma: os fluxos de mercadorias e capitais foram liberados, fazendo com que o capital multinacional transferisse, paulatinamente, suas linhas de produção aos países que não observavam os direitos sociais. No entanto, o mesmo não ocorreu nem ocorre com a liberação do fluxo de pessoas, estando estas, cada vez mais reféns das políticas de controle de migração e refúgio.

De maneira quase inevitável, esse processo de transformação também acarreta um contínuo aumento da exclusão social, da marginalização, na amplificação das desigualdades sociais e no alcance de níveis alarmantes de pessoas que se deslocam pelo planeta, a abarcar aqueles que têm como vetor de indução de seus deslocamentos as causas de cunho ambiental. Eis a face humana da globalização.

E trazer a lume o debate acerca dos reiterados deslocamentos humanos por razões ambientais constitui um importante mecanismo de reflexão e busca de alternativas que estão além dos restritos lindes do Estado.

As novas conjunturas mundialmente vivenciadas vêm a demonstrar que as problemáticas, até então enxergadas sob o manto estatal, são, de fato, problemas humanos e, portanto, inevitavelmente problemas intrínsecos da própria humanidade.

Ao se tecer uma comparação entre os efeitos sociais da globalização e o cenário de risco ambiental vivenciado por muitos indivíduos, chega-se à questão da exclusão e das vulnerabilidades que enfrentam nesse processo ora analisado.

Isso porque, questões como renda ou poder de ação e resistência aumentam a resiliência³⁷.

Em outras palavras, “[...] As situações de risco e perigo não seriam catastróficas se as

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. A transnacionalidade, as migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. In: SANTOS, Rafael Padilha dos (Org.) **Migrações Transnacionais no Estado de Santa Catarina**. Itajaí: 2017, p. 81.

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. A transnacionalidade, as migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. In: SANTOS, Rafael Padilha dos (Org.) **Migrações Transnacionais no Estado de Santa Catarina**, Itajaí: 2017, p. 81.

³⁷ CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. A proteção dos direitos humanos dos deslocados ambientais internos vítimas de catástrofes ecológicas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente**: minorias ambientais. Barueri/SP: Manole, 2017, p. 101.

vulnerabilidades fossem resolvidas”³⁸.

Os deslocamentos humanos induzidos por fatores ambientais traduzem a busca dos indivíduos pelo verdadeiro e digno desenvolvimento humano, à medida que esses fluxos, como novas demandas sociais, decorrem da própria (re)configuração da identidade humana desvinculada de um Estado-nação. Afinal, o deslocado ambiental estabelece um processo de ligação transnacional, estabelecendo uma relação simultânea entre o seu país de origem e o seu país de destino.

Trata-se de um cenário transnacional que reclama a propositura de novas políticas para concretização de novos direitos a abrangerem essa forma de adaptação humana.

Perspectivas sob o pálio da solidariedade e da aproximação dos sujeitos sociais, para direcioná-los a um propósito comum, de modo a consolidar uma responsabilidade compartilhada, são indispensáveis aos novos rumos que a sociedade clama³⁹.

Aliás, ao contrário do que é pregado por algumas ideias xenófobas, principalmente em alguns países europeus, “[...] A imigração, de acordo, com estudos disponíveis, tem um impacto positivo nas contas públicas, no equilíbrio da segurança social e, em geral, na economia”⁴⁰.

Ferrer⁴¹ leciona que “a solidariedade é o fundamento de qualquer grupo humano e também do Estado, indispensável para a coesão social e para gerar a indispensável sensação de pertencimento entre os cidadãos”. Requer-se, portanto, a necessária criação de espaços públicos transnacionais “com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização”⁴².

Afinal, a solidariedade, como fundamento moral de transnacionalização do direito, traz consigo o cenário de superação do etnocentrismo, das estruturas de dominação, de modo a

³⁸ CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. A proteção dos direitos humanos dos deslocados ambientais internos vítimas de catástrofes ecológicas. In: JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente: minorias ambientais**. Barueri/SP: Manole, 2017, p. 101.

³⁹ SILVA, Luciana Bitencourt Gomes; VELHO, Milene Soares. O indigno tratamento aos imigrantes ilegais nos EUA como forma de violação transnacional aos direitos humanos. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio (Org.). **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 238.

⁴⁰ MATIAS, Gonçalo Saraiva. Demografia, migrações e sustentabilidade intergeracional. In: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (Coordenadores). **Justiça entre gerações: perspectivas interdisciplinares**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017. p. 398.

⁴¹ FERRER, Gabriel Real apud CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 131.

⁴² CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 58

possibilitar o novel arcabouço de cooperação de um direito transnacional⁴³.

Até mesmo porque, “cada um de nós compartilha com o restante da raça humana a condição de eterno estrangeiro em relação a um planeta que não escolhemos e que, dada a brevidade da vida, não conseguiremos, jamais, conhecer por inteiro. [...]”⁴⁴.

Ao abordarmos aqui a temática dos deslocamentos transnacionais, moveu-nos também o objetivo de tratar do respeito aos direitos dos indivíduos, não como pertencentes a uma única ou determinada comunidade, mas simplesmente como seres humanos, que, ao entrarem em contato com comunidades territorialmente delimitadas e distintas daquelas de sua origem, ambicionam tornar-se membros, em paridade de igualdade, no reconhecimento do direito inviolável de cada ser humano⁴⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde os primórdios da humanidade é possível verificar a ocorrência de fenômenos relacionados aos deslocamentos humanos como forma racional de adaptação. Entretanto, o panorama mundial pós-modernidade, que retrata a consolidação da globalização, trouxe consigo a intensificação e a complexificação das relações humanas, a abarcar os fluxos migratórios.

Indivíduos de diversas nacionalidades e culturas se deslocam por todas as regiões do planeta como nunca visto antes. O tema, até pouco tempo tratado sob enfoque internacional, assumiu dimensões que vão para além deste cenário. Atualmente, os deslocamentos humanos se apresentam como manifestações da transnacionalidade. Dentre os fatores de propulsão desses fluxos, destacam-se os vetores ambientais.

Objetivou-se, com o presente artigo, compreender o fenômeno do deslocamento ambiental, percorrendo pelo estudo da transnacionalidade como perspectiva analítica e a contextualização do fenômeno na perspectiva transnacional, trazendo a reflexão que novos espaços transnacionais possibilitam o exercício da solidariedade e amparo aos deslocados ambientais, cujo debate revela-se deveras necessário.

Assumir a transnacionalidade como elemento integrador dos deslocamentos humanos por

⁴³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. p. 194.

⁴⁴ MASI, Domenico De. **Uma simples revolução**. Tradução de Yadyr Figueiredo. Rio de Janeiro: Sextante, 2019. p. 255.

⁴⁵ QUINTERO, Jaqueline Moretti. Democracia e cidadania: aspectos migratórios catarinenses na atualidade. In: SANTOS, Rafael Padilha dos (Org.) **Migrações Transnacionais no Estado de Santa Catarina**, Itajaí: 2017, p. 71.

razões ambientais significa observar a própria face humana das dimensões de uma sociedade globalizada, possibilitando aos indivíduos deslocados a manutenção de laços e relações tanto com o *habitat* de origem quanto com a comunidade de destino.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. A mobilidade humana na agenda global do clima: uma questão de justiça climática. *In*: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França. **Estado de Direito Ecológico**: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2017.

CAPDEVILLE, Fernanda de Salles Cavedon. A proteção dos direitos humanos dos deslocados ambientais internos vítimas de catástrofes ecológicas. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente**: minorias ambientais. Barueri/SP: Manole, 2017.

COURNIL, Christel; MEYER, Benoit. Oportunidades e Limites de uma Proteção por Categoria em Benefício dos Migrantes Ambientais. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente**: minorias ambientais. Barueri/SP: Manole, 2017.

CRIDEAU/CRDP/UNIVERSITÉ DE LIMOGES/CIDCE. **Projet de Convencion Relative au Statut International des “Desplacés Environnementaux”**. Quatrième version. Limoges (France), 2018. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1pkB4qgS81MuHKPaLnEf6wxJGbWM0M4UX/view>

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 131.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. A transnacionalidade, as migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. *In*: SANTOS, Rafael Padilha dos (Org.) **Migrações Transnacionais no Estado de Santa Catarina**. Itajaí: 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DUN, Olivia; GEMENNE, François. Defining “Environmental Migration”. *In*: **Forced Migration Review**: Climate Change and Displacement. October, 2008. Disponível em:

<https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/climatechange/dun-gemenne.pdf>.

FERREIRA, Helene Sivini; SERRAGLIO, Diogo Andreola. A proteção dos deslocados ambientais com destaque para a dimensão social do estado de direito ecológico. *In*: LEITE, José Rubens Morato; DINNEBIER, Flávia França (orgs.). **Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2017.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GUTERRES, António. Migration, Displacement and Planned Relocation. *In*: **United Nations High Commissioner for Refugees**, 2012. Disponível em: https://www.unhcr.org/news/editorial/2012/12/55535d6a9/migration-displacement-planned-relocation.html#_edn1.

HETHERINGTON, Renée. **Living in a dangerous climate: climate change and human evolution**. Nova Iorque, EUA: Cambridge University Press, 2012.

INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE. **Global Internal Displacement Database: Displacement Data – 2019 internal displacement figures by country**. Disponível em: <https://www.internal-displacement.org/database/displacement-data>.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). **La movilidad humana em la agenda climática de las Américas: necesidades y oportunidades**. San José: Organización Internacional para las Migraciones, 2019.

MASI, Domenico De. **Uma simples revolução**. Tradução de Yadyr Figueiredo. Rio de Janeiro: Sextante, 2019.

MATIAS, Gonçalo Saraiva. Demografia, migrações e sustentabilidade intergeracional. *In*: SILVA, Jorge Pereira da; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (Coordenadores). **Justiça entre gerações: perspectivas interdisciplinares**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

MAZZOLA, Hellen Lopes Dutra. **Mobilidade humana por fatores ambientais na América do Sul: uma análise sob a óptica do regime climático internacional e boas práticas nacionais**. 2020. 114f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2020. Aguardando publicação.

MOREIRA, Julia Bertino; SALA, José Blanes. Migrações Forçadas: categorização em torno de sujeitos migrantes. *In*: JUBILUT, Liliana Lyra, FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias, LOPES,

Rachel de Oliveira (Org.). **Migrantes Forçadas: Conceitos e Contextos**. Boa Vista: Editora da Universidade Federal de Roraima, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37163892/BLANES_SALA_Jos%C3%A9_BERTINO_MOREIRA_J%C3%BAlia._Migra%C3%A7%C3%B5es_For%C3%A7adas_Categoriza%C3%A7%C3%A3o_em_torno_de_sujeitos_migrantes._In_Liliana_Lyra_Jubilut_Fernanda_de_Magalh%C3%A3es_Dias_Frinhani_Rachel_de_Oliveira_Lopes_Orgs._._Migrantes_for%C3%A7ados_conceitos_e_contextos._Boa_Vista_Editora_da_UFRR_2018_p._15-42_

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. *In: **Revista Novos Estudos Jurídicos***, Programa de Pós Graduação Stricto sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n. 1, 2012.

PLATFORM ON DISASTER DISPLACEMENT. **Internal Displacement in the Context of Disasters and the Adverse Effects of Climate Change: Prevention, Protection and Solutions**. 2020. Disponível em: <https://disasterdisplacement.org/internal-displacement-in-the-context-of-disasters-and-the-adverse-effects-of-climate-change-prevention-protection-and-solutions>.

QUINTERO, Jaqueline Moretti. Democracia e cidadania: aspectos migratórios catarinenses na atualidade. *In: SANTOS, Rafael Padilha dos (Org.) **Migrações Transnacionais no Estado de Santa Catarina***, Itajaí: 2017.

REI, Fernando Cardozo Fernandes. Vulnerabilidade ambiental e sua relação com riscos e segurança jurídica. *In: JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente: minorias ambientais***. Barueri/SP: Manole, 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SILVA, José Carlos Loureiro da; CAETANO, João Calos Relvão. Os deslocados ambientais por eventos repentinos/específicos. *In: JUBILUT, Liliana Lyra; REI, Fernando Cardozo Fernandes; GARCEZ, Gabriela Soldano (Editores). **Direitos humanos e meio ambiente: minorias ambientais***. Barueri/SP: Manole, 2017.

SILVA, Luciana Bitencourt Gomes; VELHO, Milene Soares. O indigno tratamento aos imigrantes ilegais nos EUA como forma de violação transnacional aos direitos humanos. *In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Marcio (Org.) **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade***. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 238.

STAFFEN, Márcio Ricardo. COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência. *In:*

NEOCONSTITUCIONALISMO, NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E OS DIREITOS DA NATUREZA

Alessandra Vanessa Teixeira¹

Carla Piffer²

INTRODUÇÃO

A Constituição é o principal elemento da ordem jurídica dos países ocidentais. As constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial são impregnadas de conteúdos axiológicos com o objetivo de assegurar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo surge como novo paradigma do Estado democrático de direito. Na América Latina, em razão de movimentos sociais acontecidos no início da década de 1980, surge um movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano”.

Deste modo, o objetivo geral deste artigo é tecer algumas considerações sobre o neoconstitucionalismo, também conhecido como constitucionalismo moderno, e do novo constitucionalismo latino-americano, afim de refletir acerca de seus diferenciais, apontando mudanças significativas que ocorreram em algumas Constituições da América Latina, como por exemplo, o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos e a constitucionalização do bem viver como princípio ético.

Para tanto, inicialmente faz-se breves considerações em relação ao constitucionalismo, para após fazer referência ao novo modelo jurídico formulado inicialmente na Itália e Espanha, o neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno ou também conhecido como constitucionalismo avançado.

Após, analisa-se o novo constitucionalismo latino-americano, que propõe a fundação de um novo Estado, o Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado para possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI, vinculada à linha de pesquisa “Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade”. Mestre em Direito (UPF). Especialista em Direito Público (IMED). Email: alessandra.sp@hotmail.com

² Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Professora do Mestrado Internacional Profissional em Direito das Migrações Transnacionais - UNIVALI. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Email: carlapiffer@univali.br

Estado.

Ao final, e relacionado ao novo constitucionalismo da América Latina, demonstram-se mudanças relevantes relacionadas ao giro ecocêntrico, presentes nas Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO OU CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Ao analisar a Constituição como documento político-jurídico, não há como esquivar-se da afirmação de que o texto constitucional traz em si um conteúdo ideológico, pois transporta, em si, um claro juízo de valor.

O constitucionalismo sempre foi impulsionado por uma ideia constitucional, ideia esta que se concretiza no momento em que se torna realidade, no momento em que reveste a forma de Constituição.

Deste modo, acerca do constitucionalismo, há que se fazer algumas considerações, a saber:

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.³

Por sua vez, Barberis⁴ entende que o termo constitucionalismo pode referir-se a três fatos distintos, embora conectados entre si:

Em um primeiro sentido, muito abrangente, constitucionalismo reenvia ao antigo ideal de governo das leis, ou melhor, de Direito; em um segundo sentido, mais estrito, designa a tradução própria dos séculos XVIII e XIX deste modelo na idéia de Constituição como instrumento para limitar o poder político; em um terceiro sentido – muito estrito e, não totalmente adequado - indica (a doutrina de) o Direito constitucional. Posto que a posição filosófica-jurídica denominada neoconstitucionalismo [...] retoma as ideias do constitucionalismo, e, ao menos nos dois primeiros sentidos do termo, parecem existir razões suficientes para admitir este estudo, embora não consolidado [...].

Canotilho⁵ conceitua o constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

⁴ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 259-260.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 45.

Em ordem histórica, o constitucionalismo moderno se afirmou com as revoluções burguesas na Inglaterra em 1688, nos Estados Unidos em 1776, e na França em 1789. Entretanto, é possível encontrar o embrião desse constitucionalismo já na Magna Carta de 1215. Neste referido documento, encontram-se presentes os elementos essenciais deste moderno constitucionalismo como limitação do poder do Estado e a declaração dos Direitos fundamentais da pessoa humana, o que a tornou uma referência histórica para alguns pesquisadores.

A Constituição política, tal como a é verificada hoje, resulta de um movimento ocorrido na transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito, do final do século XVIII, conhecido por constitucionalismo, pelo qual os Estados passaram a adotar leis fundamentais ou cartas constitucionais, reunindo, num documento escrito, sua organização política, bem como a declaração dos direitos dos indivíduos.⁶

Deste modo, a respeito do moderno de constitucionalismo, pode-se afirmar que este 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. Nestes termos, constitucionalismo indica uma ideologia institucionalizada consistente em romper com o antigo regime, com o intuito de transformar o Estado Absoluto em Estado Constitucional.

Assim, o constitucionalismo passa a ser visto como uma técnica da liberdade contra qualquer poder arbitrário. “É a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar”⁷.

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.⁸

Esta modernidade atribuída ao constitucionalismo pode ser evidenciada, de acordo com

⁶ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 02.

⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al 12.ed. Brasília: UnB, 1999, p. 247-248.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 46.

Ferrajoli⁹, por um constitucionalismo composto por um sistema de vínculos substanciais, de proibições e obrigações impostas pelas cartas constitucionais e precisamente pelos princípios e direitos fundamentais nelas estabelecidos.

A garantia jurídica de efetividade desse sistema de vínculos reside na rigidez das constituições, assegurados nas cartas constitucionais do período pós-segunda Guerra, por um lado pela previsão dos procedimentos especiais para sua reforma, e por outro pela criação de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. O resultado é um novo modelo de direito e democracia, *O Estado Constitucional de Direito*, que é fruto de uma verdadeira mudança de paradigmas referidas ao modelo legislativo de direito: uma mudança, creio, de que a cultura jurídica e política não tomou ainda consciência suficiente e de que, sobretudo, estamos bem longe de assegurar e elaborar suas técnicas de garantia.

Conforme ressalta Ferrajoli¹⁰, graças à rigidez das constituições, a legalidade modificou sua natureza. Para o autor, estas não são somente condicionantes e reguladoras, pois estão elas mesmas condicionadas e reguladas por vínculos jurídicos formais como também substanciais; não são mais simplesmente um produto do legislador, mas sim uma projeção jurídica da própria legislação e, portanto, um limite e um vínculo direto com o legislador.

As expressões neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno ou constitucionalismo avançado, aqui tratados como sinônimos, se referem a um novo modelo jurídico formulado inicialmente na Itália e Espanha. Referida expressão pode ser utilizada para fazer referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito, ou também como parte de alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político.

O neoconstitucionalismo não se refere, simplesmente, a um movimento, mas a um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados Constitucionais, especificamente àqueles que, a partir da Segunda-Guerra, em momento de repúdio aos regimes autoritários da época, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade - manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente um Tribunal Constitucional – como pode ser verificado nas Constituições da Itália de 1948, da Alemanha de 1949 e da Espanha de 1978.

No entanto, não pairam dúvidas a respeito da difusão de ideias e preceitos relativos ao neoconstitucionalismo no Estado contemporâneo, razão pela qual se faz necessário delimitar seu

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley Del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 71.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley Del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

conceito:

Em primeiro lugar, o constitucionalismo pode encarnar um certo tipo de Estado de Direito, designando portanto o modelo institucional de uma determinada forma de organização política. Em segundo lugar, o constitucionalismo é também uma teoria de Direito, mais concretamente aquela teoria apta para explicar as características de um dito modelo. Finalmente, por constitucionalismo se entende também a ideologia que justifica ou defende a fórmula política assim designada.¹¹

Sanchís¹² ressalta que o neoconstitucionalismo como ideologia apresenta diferentes níveis ou projeções:

O primeiro e menos problemático é o que pode se identificar com aquela filosofia política que considera que o Estado constitucional de Direito representa a melhor ou mais justa forma de organização política. [...] Uma segunda dimensão do constitucionalismo como ideologia é aquela que pretende oferecer consequências metodológicas ou conceituais e que pode se resumir assim: visto que o constitucionalismo é o modelo ideal de Estado de Direito, ao menos onde existe cabe conter uma vinculação necessária entre o Direito e a moral e postular portanto alguma forma de obrigação de obediência ao direito. Por último, a terceira versão do constitucionalismo ideológico, que costuma estar junto com a anterior e que talvez poderia denominar-se constitucionalismo dogmático, representa uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito [...].

Deste modo, o neoconstitucionalismo surge para como resposta à urgência de uma nova teoria do direito evidenciada no Estado constitucional de Direito que estaria evidenciada na crise do direito ou crise da lei, conforme enuncia Zagrebelsky¹³: “Estamos assistindo, inclusive nos países de democracia mais avançada, a uma profunda e crescente crise do direito, que se manifesta em diversas formas e inúmeros planos”.

Segundo Peña Freire¹⁴, o neoconstitucionalismo possui quatro formas de manifestação distintas. A primeira apresenta-se como uma forma de organização de comunidades políticas, ou seja, como um modelo constitucional, dotado de mecanismos normativos e institucionais inerentes a qualquer sistema jurídico-político, que limitam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais. A segunda forma de manifestação do neoconstitucionalismo diz respeito à ideologia que inspira e promove este modelo de organização. A terceira, abarca o neoconstitucionalismo teórico – ou teoria do direito – e pretende descrever as mudanças que a constitucionalização propôs para os conceitos básicos da teoria do direito, quer dizer, as

¹¹ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: **Neoconstitucionalismos**. 2. ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005, p. 122.

¹² SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: **Neoconstitucionalismos**. 2. ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005, p. 123.

¹³ ZAGREBELSKI, Gustavo, **El derecho dúctil**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 15-16.

¹⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. In **Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho. Buenos Aires, 2003. n. 22, p. 33.

mudanças do conceito de direito, da norma, da hierarquia normativa e na interpretação. A quarta manifestação do neoconstitucionalismo como método se opõe à tese da separação do positivismo metodológico, vez que sustenta a necessidade de conexão entre direito e moral.

Dentre as formas de manifestação do neoconstitucionalismo supra-apresentadas, baseando em Peña Freire¹⁵, a que mais interessa ao presente estudo refere-se à primeira, pois trata de um modelo jurídico-político e institucional, denominado pelo autor como Estado Constitucional de Direito.

Este pode ser posto em relação com o Estado de direito, embora o Estado constitucional acrescenta aos diversos mecanismos que asseguram a submissão do poder ao direito – governo *sub lege* – uma finalidade: garantir a preservação dos direitos que comumente se atribuem aos cidadãos seja frente a, ou através dos poderes públicos, incluindo entre estes também o legislador democrático. Talvez por este motivo, a expressão “constitucionalismo garantista” seja uma boa forma de referir-se não somente ao modelo que aqui denominaremos “Estado Constitucional de Direito” [...].

Conforme menciona Carbonell¹⁶, existem três níveis que devem ser considerados quando da análise do neoconstitucionalismo. O primeiro diz respeito aos textos constitucionais:

O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir depois da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo a partir dos anos 70 do século XX. Se trata de Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou separar os poderes públicos, mas que contêm altos níveis de normas “materiais” ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. Ademais, estas Constituições contêm catálogos amplos de direitos fundamentais, o que supõe um marco renovado de relações entre o Estado e os cidadãos, principalmente quanto a profundidade de graus de detalhes dos postulados constitucionais que estes direitos recorrem. Exemplos representativos destes tipos de Constituições são a Espanhola de 1978, a Brasileira de 1988 e a Colombiana de 1991.

O segundo nível apresentado por Carbonell¹⁷ refere-se às práticas jurisprudenciais, as quais, diante deste novo modelo substantivo de textos constitucionais, sofreram consideráveis mudanças:

Os juízes constitucionais tiveram que aprender a realizar suas funções sob novos parâmetros interpretativos, a partir do qual o fundamento legal se torna mais complexo. Entram em cena as técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, a projeção horizontal dos direitos, o princípio *pro persona* etc. Além disso, os juízes passam a ter que trabalhar com a dificuldade dos valores constitucionalizados e que requerem uma tarefa hermenêutica que seja capaz de aplicá-los aos casos concretos de forma justificada e razoável. [...] No paradigma

¹⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. In **Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho. Buenos Aires, 2003. n. 22, p. 33.

¹⁶ CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 198.

¹⁷ CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 198-199.

neoconstitucional, os juízes possuem grande relevância, pois o ordenamento jurídico deve estar garantido em todas as suas esferas através de mecanismos jurisdicionais.

O terceiro nível de fenômenos que fazem parte do neoconstitucionalismo são os desenvolvimentos teóricos, considerados por Carbonell como inovadores, os quais partem dos textos constitucionais fortemente substantivos e da prática jurisprudencial recém enunciada, mas também supõem contribuições em ocasiões não somente de explicar um fenômeno jurídico, mas também de criá-lo.

No entanto, na visão de Carbonell¹⁸, estes três elementos podem não ser considerados como inovadores, pois, para muitos, já estariam analisados sob as condições teóricas tradicionais do positivismo da metade do século XX. Sobre esta afirmação, enfatiza que: “Talvez tenham razão quem assim opina, mas sigo crendo que a novidade está no conjunto: talvez não tanto em um dos três elementos se os analisamos em separado, mas sim quando os colocamos em comum, em coordenadas de tempo e espaço muito parecidas”¹⁹.

Ocorre que uma das características principais do neoconstitucionalismo é a adoção de um “modelo de organização político-jurídica que representa um aperfeiçoamento do Estado de direito” em que “[...] os princípios predominam sobre as regras”²⁰, ou seja, caracteriza-se o neoconstitucionalismo por incorporar valores e orientações políticas, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Após as considerações sobre o neoconstitucionalismo, passa-se à análise do novo constitucionalismo latinoamericano, identificando seus principais aspectos.

2. NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: O BEM VIVER (SUMAK KAWSAY) E OS DIREITOS DA NATUREZA (PACHAMAMA)

Na América Latina, em razão de movimentos sociais acontecidos no início da década de 1980, surge um movimento denominado “novo constitucionalismo latinoamericano”, que propõe a fundação de um novo Estado, o Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado para possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado.

¹⁸ CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007

¹⁹ CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 202.

²⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: **Neoconstitucionalismos**. 2. ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005, p. 134.

Nesse contexto de necessidade de avanços político-institucionais e de transformações sociais profundas, é que alguns países latinoamericanos passaram a reconhecer a necessidade de reformular o seu projeto político-democrático, de modo a torná-lo mais eficaz, em particular, no resgate da proximidade dos seus cidadãos ao poder político governamental, e no reconhecimento das suas múltiplas condições existenciais e sociais e, ainda, na sua transformação em direitos inseridos nas novas constituições, os quais repercutiram em um processo conhecido como o novo constitucionalismo na América Latina.²¹

Germana de Oliveira Moraes e Raquel Coelho Freitas²², referem que “este movimento iniciou-se com a Constituição da Colômbia de 1991, logo após, em 1999, atingiu a Constituição da Venezuela e alcançou, assim, o seu ápice com as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009)”.

Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau²³ destacam que:

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha sido calificado como constitucionalismo sin padres, se diferencia en el campo de la legitimidad del constitucionalismo anterior por la naturaleza de las asambleas constituyentes. Desde las constituciones fundacionales latinoamericanas -que, por otro lado, fueron más cercanas al liberalismo conservador que al revolucionario- América Latina había carecido de procesos constituyentes ortodoxos -esto es, plenamente democráticos- y, en cambio, había experimentado en multitud de ocasiones procesos constituyentes secuestrados y dirigidos por las élites, en los que el pueblo no pudo participar de manera efectiva en el proceso fundacional. La evolución posterior del constitucionalismo latinoamericano, al igual que en Europa, se fundamentó en el nominalismo constitucional y, con ello, en la falta de una presencia efectiva de la constitución en el ordenamiento jurídico y en la sociedad. En general, las constituciones del viejo constitucionalismo no cumplieron más que los objetivos que habían determinado las élites: la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal.

Para os mesmos autores, “la principal apuesta del Nuevo constitucionalismo latinoamericano es en la búsqueda de instrumentos que recompongan la perdida (o nunca lograda) relación entre soberanía popular y gobierno”²⁴.

Pastor e Dalmau²⁵ explicam que trata-se de estabelecer mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído mediante novas formas de participação vinculantes, o que se

²¹ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 106.

²² MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 106.

²³ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latino-americano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n.9, Valencia, 2011, p. 11.

²⁴ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 34.

²⁵ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 34-35.

conecta diretamente com a originalidade constitucional, a qual se faz necessária para o exercício de inovação que apresentam as novas Constituições e que constitucionaliza vários dos instrumentos de participação, bem como as ânsias democráticas do continente.

Nesse aspecto, Moraes e Freitas²⁶ afirmam que “Esse novo tipo de democracia promove a participação direta do povo na elaboração e aprovação da constituição, como também no controle dos poderes estatais e das decisões tomadas pelos representantes políticos”. De acordo com as autoras, como resultado disso,

[...] as atuais constituições latino-americanas, objeto de recentes reformas, baseiam-se fundamentalmente em princípios juspositivistas e em mecanismos e procedimentos da democracia participativa, o que implica um maior detalhamento acerca dos conceitos e do campo de aplicação dos já mencionados princípios constitucionais, bem como a participação dos povos, nas decisões governamentais que, muitas vezes, podem determinar seus destinos. Como exemplos, citem-se o processo constituinte democrático realizado por uma assembleia eleita pelos cidadãos; a aprovação popular da nova constituição mediante um referendo; os mecanismos de participação cidadã na tomada de decisões políticas e no controle do poder público; além dos novos direitos fundamentais de alcance econômico, social, cultural e coletivo²⁷.

Segundo Dalmau²⁸, as grandes mudanças constitucionais se relacionam diretamente com as necessidades da sociedade, com suas circunstâncias culturais e com o grau de percepção que estas sociedades possuem sobre as possibilidades de mudança em suas condições de vida, uma vez que, na América Latina não cumprem com as expectativas esperadas, tendo em vista os tempos difíceis pelos quais tem passado.

Nesse sentido, Volkmer²⁹ entende que o novo constitucionalismo latinoamericano “surge como oportunidade para se repensar e reconstruir uma visão de mundo conectada com a Vida como expressão autêntica da harmonia da comunidade humana com a natureza”. Para Gudynas³⁰ essa nova tendência de constitucionalismo na América Latina traz um “desenvolvimento, menos interessado no material, e mais centrado no bem-estar das pessoas e na qualidade do meio

²⁶ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 107.

²⁷ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 107-108.

²⁸ DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyectode Constitución del Ecuador. **Alter Justicia**, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 23.

²⁹ WOLKMER. Antonio Carlos; WOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676/3811> Acesso em: 01 de julho de 2019, p. 997.

³⁰ GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. **Revista de Estudios Sociales**, Bogotá, n. 32, abril 2009, p. 37-38. Disponível em: <http://res.uniandes.edu.co/view.php/576/index.php?id=576>. Acesso em: 03 jul. 2019, p. 115.

ambiente”.

Nesse sentido, Moraes e Freitas³¹ aduzem que:

Nas Constituições do Equador, de 2008 e da Bolívia, de 2009, para além dessas significativas mudanças de avanço democrático, com a adoção de formas de democracia direta para legitimar seus governantes, e exatamente, em decorrência da ampliação desta participação popular, detectam-se câmbios substancialmente ainda mais profundos, mediante a institucionalização da proposta do bem viver, na vanguarda do giro ecocêntrico, superador do modelo antropocêntrico que alicerça os atuais sistemas jurídicos. Dentre as inovações introduzidas pela Constituição do Equador de 2008, destaca-se o reconhecimento dos direitos de Pachamama (*Derechos de la naturaleza*), no cenário maior de constitucionalização do *sumak kawsay* como direitos do bem viver. Na Bolívia, o bem viver ou *suma qumaña* oficializou-se como princípio ético-moral da sociedade plural na Constituição política do Estado da Bolívia de 2009 no contexto de refundação do Estado [...].

As autoras explicam que “Encontra-se implícita, na concepção do bem viver, e, é uma das consequências mais importantes que dela decorre, a atribuição de subjetividade de direitos à natureza (Pachamama)”³².

Segundo Alberto Acosta³³ “o Bem Viver, Buen Vivir ou Vivir Bien também pode ser interpretado como *sumak kawsay* (kichwa), *suma qamaña* (aymara) ou *nhandereko* (guarani), e se apresenta como uma oportunidade para construir coletivamente uma nova forma de vida”. Ainda, o mesmo autor afirma que “O Bem Viver é, essencialmente, um processo proveniente da matriz comunitária de povos que vivem em harmonia com a Natureza”³⁴.

O “bem viver” relaciona-se à melhoria da qualidade de vida das pessoas e pode ser entendido como:

[...] um compromisso com a mudança [...] que permite a aplicação de um novo paradigma econômico, cujo final não se concentra no material, na acumulação mecanicista e interminável de bens, mas em vez disso promove uma estratégia econômica inclusiva, sustentável e democrática. [...] Além disso, Bem Viver’ é construído [...] sobre a transição do atual antropocentrismo para o biopluralismo [...]. Finalmente, ‘Bem Viver’ também se baseia nas demandas por igualdade e justiça

³¹ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (*sumak kawsay*). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 108.

³² MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (*sumak kawsay*). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 108.

³³ ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 23.

³⁴ ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 24.

social, e no reconhecimento, avaliação e do diálogo dos povos e suas culturas, formas de conhecimento e modos de vida.³⁵

Portanto, o “bem viver” aposta em um futuro diferente, onde “é necessário construir relações de produção, de intercâmbio e de cooperação que propiciem suficiência – mais que apenas eficiência – sustentada na solidariedade”³⁶.

O maior potencial do Bem Viver reside nas oportunidades que ele gera para o diálogo com outros discursos modernos e as formas atuais do desenvolvimento, ampliando o quadro dos debates atuais e permitindo a possibilidade de aparecimento de concepções inovadoras, instituições e práticas através da aprendizagem coletiva.³⁷

Segundo Moraes e Freitas³⁸:

A força, a autoridade e a superioridade moral do viver bem derivam, paradoxalmente, da tragédia da história dos povos originários da América Latina, os quais, nada obstante a sucessão de etnocídios de grande parte deles, do saque cultural sofrido e de memoricídios perpetrados durante cinco séculos de colonização, sobrevivem e, com eles a cultura da vida, pelo menos, entre aquelas comunidades indígenas que resistiram, mantendo em suas territorialidades uma relação harmônica com a natureza.

Acosta³⁹ diz que “Não se pode confundir os conceitos de Bem Viver com o de ‘viver melhor’, que supõe uma opção de progresso material ilimitado. ‘Viver melhor’ nos incita a uma competição permanente com nossos semelhantes para produzir mais e mais, em um processo de acumulação material sem fim”. E o autor explica que o ‘viver melhor’ acaba incentivando uma disputa, sendo que o objetivo é viver em harmonia. Ele lembra que para que muitas pessoas consigam ‘viver melhor’, milhões de outras acabaram e acabam por “viver mal”. Portanto, “O Bem Viver não se trata simplesmente de um novo processo de exponencial e contínua acumulação material”.

Ainda, o autor ressalta que o maior desafio da humanidade é “superar o divórcio entre a Natureza e o ser humano”, já que a relação homem-natureza é fundamentada na construção do

³⁵ SENPLADES. **Plan Nacional para el Buen Vivir 2009- 2013**: construindo un Estado plurinacional e intercultural. Quito-Ecuador: SENPLADES, 2009, p. 10.

³⁶ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 27.

³⁷ VANHULST, J. V.; BELING, A. E. **Buen vivir**: Emergent discourse within or beyond sustainable development? *Ecological Economics*, 101, 54-63, 2014, p. 61.

³⁸ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 112.

³⁹ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 90.

Bem Viver. O autor destaca que a Constituição do Equador, de 2008, reconheceu a Natureza como sujeito de direitos, demonstrando com isso uma postura biocêntrica baseada “em uma perspectiva ética alternativa, ao aceitar que o meio ambiente – todos os ecossistemas e seres vivos – possui um valor intrínseco, ontológico, inclusive quando não tem qualquer utilidade para os humanos”. Já a Constituição da Bolívia, de 2009, apesar de também ser bastante inovadora, como a do Equador, não apresenta o mesmo “biocentrismo”, tendo em vista que “outorgou um posto importante à Pacha Mama ou Mãe Terra, mas, ao defender a industrialização dos recursos naturais, ficou presa às ideias clássicas do progresso, baseadas na apropriação da natureza.”⁴⁰

Volkmer⁴¹ assinala que

[...] as recentes Constituições da América Latina, como a do Equador de 2008 e a da Bolívia de 2009, incentivam e legitimam um horizonte para paradigmas alternativos e para um diálogo cultural de saberes. Inaugura-se, portanto, com o “Novo” Constitucionalismo latino-americano – centrado na concepção ética do “*buen vivir*” –, a redefinição de sociedade sustentável, erradicada de todas as formas produtivas de extrativismo e de visões mecanicistas de crescimento econômico, trazendo propostas inovadoras capazes de superar as ameaças globais à biodiversidade e de conscientizar a construção de uma sociedade que seja parte da natureza e que conviva harmonicamente com esta mesma natureza. (VOLKMER, 2014, p. 997)

Em relação aos direitos da natureza (pachamama), Gudynas refere que “Los derechos de la Naturaleza son mucho más que una mera adición ambientalista. [...] esos derechos implican un cambio radical en los conceptos de ambiente, el desarrollo y la justicia, entre otros”.

Para Acosta⁴², “Conceder direitos à Natureza significa, então, incentivar politicamente sua passagem de objeto a sujeito, como parte de um processo centenário de ampliação dos sujeitos de direito [...]”. O autor ainda ressalta que:

Adotar a definição pioneira de que a Natureza é um sujeito de direitos constitui uma resposta de vanguarda à atual crise civilizatória – e, como tal, tem sido aceita por amplos segmentos da comunidade internacional conscientes de que é impossível continuar com um modelo de sociedade predatória, baseado na luta dos seres humanos contra a Natureza. A definição de bem-estar e riqueza como acumulação de bens materiais, como resultado do crescimento econômico e do consumo ilimitados, não se sustenta mais. Neste sentido, é necessário reconhecer que os

⁴⁰ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 28.

⁴¹ VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676/3811> Acesso em: 01 de julho de 2019, p. 997.

⁴² ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 124.

instrumentos disponíveis para analisar estes assuntos já não servem. São instrumentos que naturalizam este padrão civilizatório, como se fosse inevitável.⁴³

Rubén Martínez Dalmau⁴⁴ explica que o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos é hoje um fato legal verificável em uma ampla variedade de países. O autor salienta que o momento histórico que tornou isso possível faz parte do processo emancipador produzido pela evolução dos direitos, processo este em que se inclui a proteção jurisdicional da natureza. Dalmau então questiona se a natureza **pode** ser titular de direitos e, se for o caso, se ela **deve** ser titular de direitos.

Após algumas considerações e reflexões, o autor conclui que sim, a natureza **pode** ser titular de direitos e explica que se os direitos objetivos forem uma decisão consciente, um construto social, pode ser aplicada a sujeitos que não humano, como ocorre de fato com o reconhecimento dos direitos de pessoas jurídicas e, ainda diz que as manifestações dos direitos dos animais são exemplos concretos de propriedade de direitos não humanos que apenas posições doutrinárias rígidas e mal argumentadas poderiam negar. Salienta que, de fato, existem cada vez mais sistemas legais que reconhecem a propriedade dos direitos à Natureza ou de certos componentes indivíduos particulares, como rios, montanhas ou lugares. Além disso, Dalmau conclui de forma afirmativa no sentido de que a natureza **deve** ser sujeito de direitos, já que, por um lado, a partir do prisma ético, a virada viocêntrica manifesta uma ética mais ampla, que reconhece o ser humano na estrutura natural em que ele desenvolve sua vida; portanto, considera-se a natureza e sua proteção como um dos principais elementos que tornam a dignidade humana efetivada. Por outro lado, segundo o autor, o reconhecimento da natureza como titular de direitos, ajuda a sua proteção através de garantias que a lei coloca a sua disposição, logo é sempre positivo ao decidir medidas para combater ameaças ao meio ambiente.⁴⁵

Acosta⁴⁶, então, aduz que “[...] reconhecer a Natureza como sujeito de direitos significa superar a tradicional visão constitucional do ‘direito a um ambiente saudável’, que está presente no constitucionalismo latino-americano há muito tempo”.

⁴³ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 127.

⁴⁴ DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. In: ACHURY, Liliana Estupiñán [et al.]. **La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático**. Bogotá: Universidad Libre, 2019, p. 36-37.

⁴⁵ DALMAU, Rubén Martínez. Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. In: ACHURY, Liliana Estupiñán [et al.]. **La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático**. Bogotá: Universidad Libre, 2019, p. 45.

⁴⁶ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 128.

Lembrando que o Equador foi o primeiro país a reconhecer constitucionalmente a natureza como sujeito de direitos, Acosta⁴⁷ refere: “O passo constitucional do Equador acabou ganhando transcendência planetária. Já é um marco histórico. Na verdade, porém, a aprovação dos Direitos da Natureza revitalizou uma discussão que estava presente em diversos lugares”.

Portanto, verifica-se um giro econcêntrico inaugurado pela Constituição do Equador em 2008, mediante o reconhecimento dos direitos da “pachamama” (da natureza) e a constitucionalização da proposta do *sumak kawsay* (bem viver), seguido pela Constituição da Bolívia em 2009, como se verá a seguir.

3. OS DIREITOS DA “PACHAMAMA” NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

A Constituição do Equador⁴⁸ de 2008 é conhecida por polêmicas inovações, “admitindo direitos próprios da natureza, direitos ao desenvolvimento do “bem viver” (*buen vivir* ou *sumak kawsay*) e o direito humano à água”⁴⁹.

Enquanto a maioria das Constituições na América do Sul positivam os direitos relacionados ao meio ambiente como direitos de terceira geração, enquadrando-os como direitos sociais, econômicos e culturais, o Equador se manifesta mundialmente com uma nova forma de convivência cidadã entre os seres humanos e a “Pachamama”.⁵⁰

O artigo 10⁵¹ da Constituição do Equador reconhece (ao lado das pessoas e coletividades) a Natureza como titular de direitos. Já o art. 14⁵² reconhece o direito da população de viver em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado garantindo a sustentabilidade e o “*buen vivir*”.

Contudo, o Equador avança muito mais, atribuindo direitos próprios à natureza e

⁴⁷ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016, p. 133-134.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

⁴⁹ VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676/3811> Acesso em: 01 de julho de 2019, p. 1005.

⁵⁰ GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. **Revista de Estudios Sociales**, Bogotá, n. 32, abril 2009. Disponível em: <http://res.uniandes.edu.co/view.php/576/index.php?id=576>. Acesso em: 03 jul. 2019, p. 32-33.

⁵¹ **Art. 10.** Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. **La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.** (grifos ausentes no original)

⁵² **Art. 14.-** Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

independientes de cualquier valoración humana. O Título II, Capítulo Sétimo, arts. 71 a 74⁵³ tratam sobre os direitos da natureza. Sobre isso, Volkmer⁵⁴ diz:

Temática geradora de polémica, repercussão e de novas perspectivas, a Constituição equatoriana rompe com a tradição constitucional clássica do Ocidente que atribui aos seres humanos a fonte exclusiva de direitos subjetivos e direitos fundamentais para introducir a natureza como sujeto de derechos. Há de ver, portanto, tal fundamentação no texto constitucional, em seu art. 71, ao proclamar que a reprodução e a realização da vida efetiva-se na própria natureza, compreendida como Pachamama, esta titular de um derecho a ser respetada em sua existência e regeneração de seus ciclos vitais, funções e procesos evolutivos. Assim, “toda persona, comunidad, povo, ou nacionalidad podrá exigir à autoridad pública o cumplimiento dos derechos da natureza. Para aplicar e interpretar estes derechos, deberán se observar os principios establecidos na Constitución (...). O Estado incentivará as personas naturales e jurídicas, e aos colectivos para que protejan a naturaleza, e promoverá o respeto a todos os elementos que forman um ecosistema”.

Nesse contexto, Alberto Acosta⁵⁵ entende que o “marco normativo terá que reconhecer que a natureza não é somente um conjunto de objetos que poderiam ser de propriedade de alguém, senão também um sujeito próprio com direitos legais e com legitimidade processual”.

Em relação aos termos “buen vivir” e “sumak kawsay”, que a Constituição equatoriana emprega, especialmente em seu art. 14 já citado acima, explica René Ramirez Gallegos⁵⁶ que o “buen vivir” não se embasa apenas em ter ou possuir, mas em ser, estar, fazer, sentir, em viver bem, em viver a plenitude. Afirma que o seu conceito é algo complexo, vivo, não linear, que vai se construindo historicamente e assim seu significado vai passando por reformulações. Compreende

⁵³ **Art. 71** - La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos em la Constitución, em lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman um ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

⁵⁴ VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676/3811> Acesso em: 01 de julho de 2019, p. 1006.

⁵⁵ ACOSTA, Alberto. **Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces**. A manera de prólogo. In: ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.) **Derechos de la Naturaleza**. El Futuro es Ahora. Quito: Abya Yala, 2009, p. 20.

⁵⁶ GALLEGOS, René Ramirez. **Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano**. Rebelión. [on line]. 2010. Disponível em: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=116667>. Acesso em: 03 jul. 2019.

que o “sumak kawsay” significa: suprir as necessidades, ter uma vida digna com qualidade, bem como uma morte, poder amar e ser amado, um florescimento de todos em harmonia e paz com a “naturaleza”, possuir tempo livre para contemplar e se emancipar.

Assim, a Constituição do Equador de 2008 deixa no passado o antropocentrismo e avança rumo ao ecocentrismo (ou biocentrismo), trata a natureza como sujeito de direitos, lhe atribui o direito à restauração, consagra a cultura do bem viver (“sumak kawsay”), ou seja, uma vida em harmonia com a “Pachamama” que reflete no modelo de desenvolvimento, na economia e em diversos outros pontos positivados em seu texto legal.

A Constituição Boliviana⁵⁷ não apresenta com tanta especificidade e clareza os direitos da “Madre Tierra” (natureza), entretanto não deixa de abordá-los no Título II, Capítulo V, artigos 33 e 34⁵⁸.

Verifica-se, então, que a Constituição Boliviana de 2009 reconheceu sua relevância, bem como sua necessária proteção e preservação. Primeiramente, dispõe no capítulo dos Direitos sociais e econômicos, em seu art. 33, o Direito que as pessoas devem ter ao “meio ambiente saudável, protegido e equilibrado. O exercício deste direito deve permitir aos indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, ademais de outros seres vivos, desenvolver-se de maneira normal e permanente.”

Na visão de Eugenio Raúl Zaffaroni⁵⁹, em um primeiro momento acredita-se que a Constituinte Boliviana vai inclinar-se para uma proteção apenas dos direitos humanos esquecendo-se dos direitos ecológicos, visto que enquadra os artigos em epígrafe em capítulo relacionado a direitos sociais e econômicos. Contudo, a mesma deixa evidente no art. 33 da Carta Constitucional, a preocupação não apenas com os direitos dos seres humanos, mas com todos os seres vivos ao mencionar: “El ejercicio de este derecho [...] además de otros seres vivos”. Destaca, ainda, que em função da atribuição de direitos à Madre Tierra”, qualquer pessoa poderá buscar a

⁵⁷ Disponível em: <http://www.mindef.gob.bo/mindef/node/28>. Acesso em 03 jul. 2019.

⁵⁸ **Art. 33** - Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Art. 34 - Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama e Gaia. In: **Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos**. Quito, Ecuador. 1ra. edición: julio 2011. Disponível em: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2012/05/Libro-Los-derechos-de-la-naturaleza-y-la-naturaleza-de-sus-derechos.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019, p. 19.

proteção da “naturaleza” através da intervenção judicial. Ambos os países latino-americanos asseguram os direitos da natureza, de forma expressa o Equador e tácita, a Bolívia. As consequências jurídicas são idênticas: a “Pachamama” passa a ser detentora de personalidade jurídica e qualquer indivíduo poderá defender seus direitos.

Em relação ao “buen vivir”, a Constituição Boliviana de 2009, diferentemente da Constituição equatoriana de 2008 (que consagra o “buen vivir” como um princípio, um direito e ainda um regime), apresenta o “vivir bien” no artigo 8º inciso I⁶⁰ como um princípio ético – moral.

A Constituição boliviana consagra o “vivir bien” de forma pluricultural, uma vez que traz ao seu texto a noção de uma vida em plenitude, conforme cada povo indígena que o compõem. Assim, positiva suma qamaña (“vivir bien”), ñandereko (“vida harmoniosa”), teko kavi (“vida buena”), ivi maraei (“tierra sin mal”), qhapaj ñan (“camino o vida noble”), todos em um mesmo nível sem qualquer hierarquia. Não estipula qualquer diferenciação com os demais princípios que arrola no inciso II do art. 8º⁶¹ que são: unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, respeito, complementariedade, harmonia, equilíbrio, etc.⁶²

Em relação à visão central dessas Constituições, Germana de Oliveira Moraes⁶³ afirma que

Emerge dos cenários, social, político e jurídico, na região dos Andes na América Latina, um constitucionalismo de feição ecocêntrica, o qual ostenta como bandeiras o reconhecimento dos direitos da natureza (Pachamama) e a cultura do Bem Viver, tendo como principais centros irradiadores de mudanças, o Equador e a Bolívia, cujas reformas constitucionais recentes respectivamente, em 2008 e 2009, a partir da inclusão dos povos indígenas e de outras minorias étnico-raciais, como atores sociais na atualidade, incorporaram vetustos valores resgatados das raízes pré-colombianas comuns, entre os quais sobressai o respeito à natureza e ao ambiente, vale dizer, o respeito prioritário à vida.

Verifica-se, diante do exposto que, tanto o Equador quanto a Bolívia, avançaram para um constitucionalismo ecocêntrico, onde se opera uma revolução paradigmática do Direito, a partir do giro ecocêntrico, mediante a constitucionalização dos direitos da natureza (Pachamama) e da

⁶⁰ **Artículo 8. I.** El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

⁶¹ Art. 8. II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

⁶² GUDYNAS, Eduardo. **Buen vivir:** Germinando alternativas al desarrollo. Alai – América Latina em Movimento. Quito, n. 462, fevereiro, p. 04, 2011. Disponível em: www.ambiental.net/publicaciones/GudynasBuenVivirGerminandoALAI11.pdf. Acessado em: 03 de jul. 2019, p. 04.

⁶³ MORAES, Germana de Oliveira. **O Constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas.** In: R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 123-155, jan./jun. 2013, p. 109.

cultura do Bem Viver.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível afirmar que o constitucionalismo moderno caracteriza-se pela existência de uma constituição jurídica, pela universalização dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias, e pelo aperfeiçoamento de técnicas que limitam o poder político.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo surge como forma de explicar o direito posto dentro do novo paradigma: o Estado democrático. Ainda, o neoconstitucionalismo é a ruptura com o constitucionalismo liberal de previsão meramente formal de direitos. É tentativa de garantia de direitos fundamentais para todos.

Já o novo constitucionalismo latino-americano veio a propor uma nova independência e a criação de um Estado plurinacional (plural), participativo e efetivamente democrático, ou seja, a criação/reconhecimento pela ordem jurídica de direitos existentes no seio social, de formas mais efetivas de participação popular e da construção de um Estado que reconheça a pluralidade e peculiaridade de seu povo.

Além disso, com as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) denota-se o giro ecocêntrico, principalmente com a prosposta da constitucionalização do bem viver (sumak kawsay) e do reconhecimento da natureza (pachamama) como sujeito de direitos.

O Bem Viver é tido como um conceito aberto e plural que só pode ser consolidado em um mundo pensado e construído democraticamente. Apesar de ser um conceito aberto, o Bem Viver se firma na vida em comunidade, no consumo consciente e nas relações de produção renováveis, sustentáveis e autossuficientes. São práticas que aspiram o bem-estar das coletividades e não aceitam a existência de grupos privilegiados às custas do sacrifício de outros.

Ao reconhecer a natureza como sujeito de direitos, na busca do equilíbrio entre a natureza e as necessidades dos seres humanos, a Constituição do Equador supera a tradicional previsão constitucional do direito a um ambiente saudável, presente na maioria dos textos constitucionais latino-americanos, e inclusive no texto constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Alberto. **Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces**. A manera de prólogo. In:

ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.) **Derechos de la Naturaleza**. El Futuro es Ahora. Quito: Abya Yala, 2009.

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016. 264 p.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al 12.ed. Brasília: UnB, 1999.

BOLÍVIA. **Constitucion Política del Estado**. Disponível em: <http://www.mindef.gob.bo/mindef/node/28>. Acesso em 03 jul. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyectode Constitución del Ecuador. **Alter Justicia**, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 17-27.

DALMAU, Rúben Martínez. Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. In: ACHURY, Liliana Estupiñan [et al.]. **La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático**. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacion alFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley Del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

GALLEGOS, René Ramirez. **Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano**. Rebelión. [on line]. 2010. Disponível em: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=116667>. Acesso em: 03 jul. 2019.

GUDYNAS, Eduardo. **Buen vivir**: Germinando alternativas al desarrollo. Alai – América Latina em Movimento. Quito, n. 462, fevereiro, p. 04, 2011. Disponível em: www.ambiental.net/publicaciones/GudynasBuenVivirGerminandoALAI11.pdf. Acessado em: 03 de

jul. 2019.

GUDYNAS, Eduardo. **El Mandato Ecológico**. Derechos de La Naturaleza y Políticas Ambientales en La Nueva Constitución. Quito: Abya Yala, 2009. p. 115.

GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. **Revista de Estudios Sociales**, Bogotá, n. 32, abril 2009. Disponible em: <http://res.uniandes.edu.co/view.php/576/index.php?id=576>. Acesso em: 03 jul. 2019.

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador. In: **Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos**. Quito, Ecuador. 1ra. edición: julio 2011. Disponible em: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2012/05/Libro-Los-derechos-de-la-naturaleza-y-la-naturaleza-de-sus-derechos.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

MORAES, Germana de Oliveira. **O Constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas**. In: R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 123-155, jan./jun. 2013.

MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. 218 p.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latino-americano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n.9, Valencia, 2011.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. In **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho**. Buenos Aires, 2003. n. 22.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: **Neoconstitucionalismos**. 2. ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005.

SENPLADES. **Plan Nacional para el Buen Vivir 2009- 2013**: construyendo un Estado plurinacional e intercultural. Quito-Ecuador: SENPLADES, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2002.

VANHULST, J. V.; BELING, A. E. **Buen vivir**: Emergent discourse within or beyond sustainable

development? Ecological Economics, 101, 54-63, 2014.

VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676/3811> Acesso em: 01 de julho de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama e Gaia. In: **Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos**. Quito, Ecuador. 1ra. edición: julio 2011. Disponível em: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2012/05/Libro-Los-derechos-de-la-naturaleza-y-la-naturaleza-de-sus-derechos.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

ZAGREBELSKI, Gustavo, **El derecho dúctil**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

PANDEMIA E RESPONSABILIDADE SANITÁRIA: AS INTERAÇÕES TRANSJUDICIAIS COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO

Juliana Araújo de Mello Canova¹

Nicole Felisberto Maciel²

Denise Schmitt Siqueira Garcia³

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto⁴ realizar uma análise da possibilidade dos Estados estabelecerem um acordo ou interações transjudiciais em relação a responsabilidade sanitária dos países a fim de evitar futuras pandemias, e, tem como objetivo⁵, primeiramente, explanar acerca das pandemias e epidemias que já assolaram o mundo, apontando os métodos de combate utilizados pelos Estados e a posterior percepção que, as doenças pandêmicas são um problema da globalização e, por fim, discutir sobre as interações transjudiciais como forma dos Estados estabelecerem entre si maior responsabilidade sanitária frente aos impactos globais que o desenvolvimento de uma atividade ou prática pode ocasionar na saúde mundial.

Para tanto, o presente artigo encontra-se dividido em dois itens.

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), por meio do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUC/CAPES), na linha de pesquisa Direito e Jurisdição. Pós-graduanda em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Endereço eletrônico: julianamcanova@gmail.com.

² Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (PPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), por meio do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP/CAPES), na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Pós-graduanda em Direito Médico pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Pós-graduanda em Relações Internacionais Contemporâneas pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Endereço eletrônico: nicole.maciel@edu.univali.

³ Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br.

⁴ “Objeto é o motivo temático (ou a causa cognitiva, vale dizer, o conhecimento que se deseja suprir e/ou aprofundar) determinador da realização da investigação”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007. p. 77.

⁵ “Objetivo é a meta que se deseja alcançar como desiderato da pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 77

No primeiro, tecer-se-ão alguns comentários sobre diversos cenários pandêmicos da história, evidenciando como a sociedade e os países lidavam com as doenças e quais foram as formas encontradas para a contenção da pandemia. Destacar-se-ão, ainda, episódios atuais de pandemia, em especial pela COVID-19, que demonstram que ainda falta responsabilidade sanitária por parte dos Estados e, sobretudo, trata-se de uma demanda transjudicial que carece de atenção.

No segundo e último item, apresentar-se-ão as interações transjudiciais, destacando-se seu conceito, características e condições, passando, para tanto, pelas figuras da comunicação/diálogo transjudiciais, bem como do transjudicialismo, a fim de demonstrar se existe ou não possibilidade de utilizá-la como mecanismo de prevenção e enfrentamento às pandemias.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a possibilidade das interações transjudiciais contribuírem para o debate sobre práticas de higiene e responsabilidade sanitária, e igualmente constituírem um caminho para a criação de mecanismos de controle e contenção de futuras pragas, seguidas das Referências Bibliográficas das obras consultadas.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁶ foi utilizado o Método Indutivo⁷, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁸, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente artigo é composto na base Lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁹, da Categoria¹⁰, do Conceito Operacional¹¹ e da Pesquisa Bibliográfica¹².

⁶ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 101.

⁷ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁸ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁹ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

¹⁰ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

¹¹ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

¹² “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

1. PANDEMIAS, EPIDEMIAS E CRISE SANITÁRIA GLOBAL

Para compreender a circunstância crítica que o mundo vive na atual pandemia do Coronavírus¹³ (COVID-19) é necessário apenas retroceder alguns anos na história para verificar que, na verdade, as epidemias e pandemias são o resultado de deliberados costumes do homem que afetam o meio ambiente e contribuem para a disseminação de pragas.

As doenças epidêmicas não são uma novidade, há registros muito antigos que revelam pragas que dizimaram populações, como no “[...] detalhado relato que Tucídides fez, em 430 a. C., da epidemia que sucedeu à invasão da cidade de Atenas durante a guerra do Peloponeso”¹⁴. Nas palavras de Tucídides¹⁵:

A coisa mais terrível de tudo foi o desespero em que as pessoas caíram quando eles perceberam que haviam contraído a praga; [...] Terrível também foi a visão de pessoas morrendo como ovelhas por terem contraído a doença por cuidar de outras pessoas. Isso realmente causou mais mortes do que qualquer outra coisa. Pois as pessoas tinham medo de visitar os doentes, então morreram sem ninguém para cuidar deles; na verdade, havia muitas casas em que todos os habitantes morreram por falta de atenção.

Antigamente, o surgimento de pragas estava relacionado a questões envolvendo religião e cultura. Na mitologia egípcia, à exemplo, a Deusa Sekhmet ao mesmo tempo que é reconhecida por ser a deusa da medicina é igualmente vista como vingativa por ter quase exterminado a humanidade e provocado epidemias, isso porque punia os humanos pelos erros que cometiam contra a Terra. Assim, a “[...] deusa-leoa Sekhmet, a qual era tanto uma divindade feroz e causadora de doenças quanto uma figura importante para curas e medicinas”¹⁶.

Ainda sobre o Egito, foi nesse território que iniciou a primeira pandemia que se tem

¹³ “Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19). Os primeiros coronavírus humanos foram isolados pela primeira vez em 1937. No entanto, foi em 1965 que o vírus foi descrito como coronavírus, em decorrência do perfil na microscopia, parecendo uma coroa.” BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é coronavírus? (COVID-19)**. 2020. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uiRKLsc7mDsJ:https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/coronavirus>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹⁴ CZERESNIA, Dina. Do contágio à transmissão: uma mudança na estrutura perceptiva de apreensão da epidemia. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 75-94, jun. 1997, p. 76. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701997000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹⁵ “The most terrible thing of all was the despair into which people fell when they realized that they had caught the plague; [...] Terrible, too, was the sight of people dying like sheep through having caught the disease as a result of nursing others. This indeed caused more deaths than anything else. For when people were afraid to visit the sick, then they died with no one to look after them; indeed, there were many houses in which all the inhabitants perished through lack of any attention”. (THUCYDIDES. **History of the Peloponnesian war**. London: Penguin Books, 1974. Translated by Rex Warner with an Introduction and Notes by M. I. Finley, p. 51. Tradução nossa. Disponível em: <https://b-ok.lat/book/2613852/1174da>. Acesso em: 31 ago. 2020).

¹⁶ RIBEIRO, Thiago Henrique Pereira. Combatendo um Demônio Egípcio: considerações acerca de magia, religião e figuras demoníacas no Egito Antigo. **Revista Jesus Histórico**, ano IX, v. 16, p. 121-135, 2016, p. 133. Disponível em: https://www.academia.edu/download/46625417/Combatendo_um_demonio_egipcio.pdf. Acesso em: 31 de ago. 2020.

registro, a Peste de Justiniano. A praga leva esse nome pois ocorreu durante o reinado do Imperador Justiniano I, instalando-se predominantemente entre os anos de 541 e 544 em Constantinopla. Expõe Gibert¹⁷:

Uma vez que atingiu o mar e através das rotas comerciais marítimas, espalhou-se em ambos os lados do Mediterrâneo afetando, no ano 541, a cidade de Constantinopla, e posteriormente se espalhando por toda a Europa. [...] Em Constantinopla, a epidemia atingiu seu pico no ano 542, com cerca de 5.000 mortes diárias estimadas (embora existam estimativas de até 10.000 mortes diariamente).

Nessa época, perpetuando a ideia sobre epidemia da mitologia egípcia, pouco se conhecia sobre as origens das pragas e acreditava-se que as doenças eram “[...] algo que entrava no corpo, como os espíritos, as possessões demoníacas ou flechas lançadas pelos deuses”¹⁸, sendo, no entanto, comprovado atualmente “[...] que se tratou de um surto de peste bubônica”¹⁹.

Tal fato fora evidenciado também pela Peste Negra, considerada “[...] a maior, a mais trágica epidemia que a história registra, tendo produzido um morticínio sem paralelo”²⁰. Avalia-se que a peste bubônica²¹ tenha sido a praga que devastou os continentes da Europa, África e Ásia no século XIV.

Em 1347, navios mercantes genoveses, do porto de Caffa, no Mar Negro, portadores da peste bubônica navegaram no Mediterrâneo. [...] Do porto de Caffa esses barcos fizeram escala na Sicília, Pisa, Gênova e Marselha, iniciando a extensão da pior pandemia de peste da história. [...] Durante os 5 anos que durou, teve um impacto muito alto na população europeia, causando alta mortalidade (até 30-40%), paralisando o crescimento populacional e criando grandes áreas de despovoamento²².

¹⁷ “Una vez alcanzó el mar y a través de las rutas comerciales marítimas se extendió a ambos lados del Mediterráneo afectando, en el año 541, a la ciudad de Constantinopla, y extendiéndose posteriormente por toda en Europa. [...] En Constantinopla, la epidemia alcanzó su punto álgido en el año 542 con unas 5.000 muertes diárias estimadas (aunque hay estimaciones de hasta 10.000 muertes diárias)”. (GIBERT, Cristina Rius I. La peste a lo largo de la historia. **Revista de Enfermedades Emergentes**, Barcelona, v. 18, n. 3, p. 119-127, set-dez. 2019, p. 121-122. Tradução nossa. Disponível em: http://www.enfermedadesemergentes.com/resumen.php?id_articulo=726. Acesso em: 31 ago. 2020).

¹⁸ CZERESNIA, Dina. Do contágio à transmissão: uma mudança na estrutura perceptiva de apreensão da epidemia. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 75-94, jun. 1997, p. 78. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701997000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2020.

¹⁹ MESQUITA, José Carlos Vilhena. Para a história da saúde no Algarve. As epidemias de cólera-mórbus no século XIX. **Al-'Ulyà**, v. 15, p. 101-134, 2016, p. 103. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.1/10865>. Acesso em: 31 ago. 2020.

²⁰ REZENDE, JM. **À sombra do plátano: crônicas de história da medicina**. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. As grandes epidemias da história. pp. 73-82. ISBN 978-85-61673-63-5, p. 78. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-08.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

²¹ “A peste é uma doença infecciosa causada pela bactéria *Yersinia pestis*, uma bactéria zoonótica, geralmente encontrada em pequenos mamíferos e suas pulgas. É transmitido entre animais por meio de pulgas. Existem duas formas clínicas principais de infecção por peste: bubônica e pneumônica. A peste bubônica é a forma mais comum e é caracterizada por gânglios linfáticos inchados e doloridos ou “bubões”. (World Health Organization. **Plague** Disponível em: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/plague>. Acesso em: 01 set. de 2020).

²² “En el año 1347 barcos mercantes genoveses, procedentes del puerto de Caffa, en el Mar Negro, portadores de peste bubônica navegaban por el Mediterráneo. [...] Desde el puerto de Caffa estas embarcaciones hicieron escala en Sicilia, Pisa, Génova y Marsella, iniciando la extensión de la peor pandemia de peste de la historia. [...] Durante los 5 años que duró tuvo un impacto altísimo em la población europea, causando una elevada mortalidad (hasta del 30-40%), paralizando el crecimiento demográfico y creando grandes áreas de despoblamiento”. (GIBERT, Cristina Rius I. La peste a lo largo de la historia. **Revista de Enfermedades**

Constatando que a propagação da doença se dava pelo fluxo contínuo de pessoas embarcando e desembarcando nos portos, a cidade de Veneza foi a pioneira em instituir a medida de quarentena como forma de diminuir a circulação da peste. Destaca Batistella²³:

Surgida em 1348 em Veneza, principal porto de comércio com o Oriente, a quarentena consistia na notificação de casos suspeitos às autoridades e no isolamento e observação rigorosa de pessoas suspeitas, embarcações e mercadorias por quarenta dias, em uma ilha situada na laguna. Posteriormente, outros locais foram designados com a finalidade de promover a reclusão quarentenária.

Percebeu-se com o tempo que o aumento populacional e o desenvolvimento da economia serviam de reflexo para que houvesse a proliferação de novas pragas, era, portanto, necessário ampliar as medidas de contenção além da quarentena que já estava sendo adotada.

A partir do século XVI, as doenças e a moléstia contagiosa passam a ser encaradas como consequência natural da globalização do comércio. E para o seu combate desenvolveram-se diferentes estratégias e novos ramos da ciência, com profundas alterações na organização social e no comportamento humano²⁴.

Pensando nisso, no ano de 1827 em Veneza foi aprovado uma nova Convenção Internacional sobre a prevenção da propagação da peste. Dentre as estratégias, estavam o período de quarentena para embarcações originárias de portos infectados por um período de dez dias, “[...] a vigilância sobre os passageiros desembarcados vindos de portos suspeitos e a proibição de importação de vários tipos de mercadorias advindas de portos infectados ou suspeitos [...]”²⁵.

Inicia-se nesse período uma maior preocupação dos Estados e a percepção que as doenças epidêmicas se tratava de um problema da globalização. Assim, em “1851 as potências europeias começaram a enviar os seus melhores especialistas a conferências sanitárias internacionais que visavam não só à discussão científica, como também apostavam na uniformização das medidas [...]”²⁶.

Emergentes, Barcelona, v. 18, n. 3, p. 119-127, set-dez. 2019, p. 122. Tradução nossa. Disponível em: http://www.enfermedadesemergentes.com/resumen.php?id_articulo=726. Acesso em: 01 set. 2020).

²³ BATISTELLA, C. Saúde, doença e cuidado: complexidade teórica e necessidade histórica. In: FONSECA, A.F.; CORBO, A.D. **O território e o processo saúde-doença**. Rio de Janeiro: EPSJV, Fiocruz, 2007, p. 36. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/39209/2/O%20territ%C3%B3rio%20e%20o%20processo%20sa%C3%BAde-doen%C3%A7a%20%20Sa%C3%BAde%2C%20Doen%C3%A7a%20e%20Cuidado.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

²⁴ MESQUITA, J.C.V. **Para a história da saúde no Algarve. As epidemias de cólera-mórbus no século XIX**. Câmara Municipal de Loulé, Faro, v.1, n.15, p.101-134, 2015, p. 106. Disponível em: <https://sapientia.ualg.pt/handle/10400.1/10865>. Acesso em: 02 set. 2020.

²⁵ DO NASCIMENTO, Dilene Raimundo; DA SILVA, Matheus Alves Duarte. Não é meu intuito estabelecer polêmica”: a chegada da peste ao Brasil, análise de uma controvérsia, 1899. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 1271-1285, 2013, p. 1273. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3861/386138081010.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

²⁶ ALMEIDA, Maria Antónia Pires de. A epidemia de cólera de 1853-1856 na imprensa portuguesa. **Hist. cienc. saúde-Manguinhos**,

No entanto os planos para conter o contágio de pragas, como “[...] medidas públicas de saneamento e higienização das cidades, nomeadamente a desinfecção ou fumigação das casas, das fontes e arruamentos; a exterminação dos agentes infestantes (ratos, pulgas mosquitos, e percevejos); [...]”²⁷ não foram suficientes, afinal, percebeu-se que os problemas sanitários dos Estados e a higiene pessoal da sociedade constituíam-se em grandes barreiras para se combater as epidemias. Salienta Almeida²⁸:

Apesar da circulação do conhecimento científico e da apropriação deste por parte das autoridades, que o usaram com combater a doença, a urgência das crises epidémicas não era compatível com o maior problema a resolver a longo prazo: a falta de higiene, tanto pessoal como das habitações, especialmente nas cidades.

E assim pode ser observado nas outras epidemias que foram surgindo posteriormente, como a gripe espanhola que “[...] foi um dos acontecimentos sanitários do século XX que mais fortemente atualizou a experiência trágica provocada por epidemias, as “pestes” que assolaram a humanidade no decorrer da história”²⁹.

O mesmo cenário repete-se com a atual pandemia dada pela nova variação do vírus Coronavírus. Muito embora ainda apresente estudos muito rasos sobre as causas da doença, há fortes indícios que o consumo ou contato com animais silvestres podem ter desencadeado o surto.

Isso porque, as primeiras pessoas acometidas pela doença tiveram acesso ao mercado de frutos do mar Huanan, em Wuhan na China. A suspeita, fez com que o comércio de animais fosse interrompido e que a limpeza do local fosse feita às pressas. Ainda que seja uma presunção sem a confirmação da interligação dos fatos, já existiam – muito antes do surgimento da COVID-19 – estudos que apontavam o nexo entre a proliferação de infecções, o consumo de animais exóticos e a existência de “mercados públicos” de animais silvestres.

Ocorre que, no de 2003 a China já havia enfrentado um surto similar pertencente à mesma

Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 1057-1071, Dec. 2011, p. 1062. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702011000400006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 set. 2020.

²⁷ MESQUITA, J.C.V. **Para a história da saúde no Algarve. As epidemias de cólera-mórbus no século XIX.** Câmara Municipal de Loulé, Faro, v.1, n.15, p.101-134, 2015, p. 106. Disponível em: <https://sapientia.ualg.pt/handle/10400.1/10865>. Acesso em: 02 set. 2020.

²⁸ ALMEIDA, Maria Antónia Pires de. Epidemias no Porto em 1918: Saúde e higiene na imprensa diária em períodos de crise sanitária. In A. L. Pereira e J.R. Pita (eds.), **Saberes e práticas em torno do adoecer da alma e do corpo.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 5. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/12243/5/artigo_epidemias_Porto_1918_MAPAAlmeida.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

²⁹ CZERESNIA, Dina. Influenza, a medicina enferma: ciência e práticas de cura na época da gripe espanhola em São Paulo. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 5, p. 1614-1616, Oct. 2005, p. 1614. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000500040&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 set. 2020.

família do novo Coronavírus, o SARS-CoV³⁰. Na época, a disseminação do vírus foi mais branda e as pesquisas não foram conclusivas se de fato a contaminação do vírus era feita de forma interespecíes. No entanto, alguns estudos realizados anteriormente ao SARS-CoV demonstravam o contrário, evidenciando a relação do vírus com mercados de animais vivos, como é o caso do Mercado de Guangdong, na China³¹:

Na China alguns animais silvestres típicos daquela região são vendidos vivos em mercados das cidades e consumidos como alimento. Estudos retrospectivos mostraram que as pessoas que apresentaram a doença durante a primeira epidemia tinham algum tipo de ligação com o mercado de animais silvestres de Guangdong. Amostras foram coletadas de várias espécies animais e em alguns destes animais foi detectado um vírus antigênica e geneticamente semelhante ao SARS-CoV.

No livro de Stefan Cunha Ujvari, “Pandemias: a humanidade em risco” de 2011 parece que o autor não só corroborava com a tese de que o vírus tinha uma ligação com os animais, como já previa que a epidemia de 2003 poderia regressar abruptamente³²:

Estudos em Hong Kong mostraram que cerca de 10% dos morcegos capturados eliminam vírus semelhantes ao da SARS em suas secreções e fezes. [...] A possibilidade de uma nova epidemia por alguns vírus semelhante ao de 2003 é considerável e virá, provavelmente, dos morcegos.

Nessa nova variação do Coronavírus – COVID-19 – os morcegos estão sendo apontados como um dos animais que poderiam carregar o vírus. Ademais, coincidentemente os morcegos são um dos animais vendidos no local que foram registrados os primeiros contágios da doença, o mercado de animais vivos de Wuhan. Por lá, os morcegos são bastante requisitados para compor o cardápio das famílias chinesas.

Todavia, ainda se trata de especulações, e conforme o autor Ujvari destaca, se o vírus realmente pertence aos morcegos, isso não impede que estes não infectem outros animais indiretamente, que podem igualmente servir de alimento para os seres humanos³³:

³⁰ “No final do ano de 2002 emergiu na China uma doença respiratória previamente desconhecida que foi denominada “Severe Acute Respiratory Syndrome” (SARS) e ficou conhecida no Brasil como Pneumonia Asiática”. (LOVATO, Luciane Teresinha; BRUM, Mário Celso Sperotto; SANTOS, Helton Fernandes dos. **Pneumonia asiática**: uma pequena revisão. **Revista Saúde - UFSM**, Santa Maria, v. 31, p.52-56, 2005, p. 53. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistasaude/article/view/6409/3891>. Acesso em: 03 set. 2020.

³¹ LOVATO, Luciane Teresinha; BRUM, Mário Celso Sperotto; SANTOS, Helton Fernandes dos. **Pneumonia asiática**: uma pequena revisão. **Revista Saúde - UFSM**, Santa Maria, v. 31, p.52-56, 2005, p. 54. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistasaude/article/view/6409/3891>. Acesso em: 03 set. 2020.

³² UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias**: a humanidade em risco. São Paulo: Contexto, 2011, p. 27. Disponível em: <https://elivros.info/livro/baixar-pandemias-a-humanidade-em-risco-stefan-cunha-ujvari-epub-pdf-mobi-ou-ler-online>. Acesso em: 04 set. 2020.

³³ UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias**: a humanidade em risco. São Paulo: Contexto, 2011, p. 27-28. Disponível em: <https://elivros.info/livro/baixar-pandemias-a-humanidade-em-risco-stefan-cunha-ujvari-epub-pdf-mobi-ou-ler-online>. Acesso em: 04 set. 2020.

Os morcegos percorrem quilômetros de distâncias levando o vírus para regiões distantes. [...] Sobrevoam criações de animais à noite, eliminando urina, fezes e secreções com vírus que podem alcançar os bebedouros dos animais ou reservatórios de água. [...] Porém, outros animais são sujeitos à infecção por vírus semelhantes ao da SARS, como gato selvagem e o doméstico, a raposa, o javali, o furão e o guaxinim – fortes candidatos à ponte de ligação entre o vírus do morcego e o homem. Criações de guaxinim são abundantes na China: fornecem a pele para o comércio e a carne para o consumo em pratos exóticos. O vírus pode saltar dos mamíferos alados e se disseminar nessas criações com facilidade.

Se considerar que o COVID-19 tem relações com o morcego, pela lógica do autor, não necessariamente o contágio possa ter se dado por eles, mas sim por outras vias, como o consumo de animais que estiveram em contato com o morcego.

Ainda que não restem indícios conclusivos sobre a raiz do contágio, se considerar que a pandemia atual se deu pelo consumo de animais como o morcego, e este cenário já era previsto por alguns estudiosos, especula-se se talvez não fosse à hora de um ponderamento sobre a responsabilidade sanitária de um país frente a uma pandemia que poderia ser evitada a fim de não ocasionar milhões de mortes humanas.

O debate é delicado e merece cautela, uma vez que alterar a cultura alimentar de um país, por exemplo, não é uma tarefa fácil. O consumo de determinados animais na China está relacionado a questões sociais, econômicas e tem igualmente relação com os setores de ordem espiritual e religiosa de uma nação com hábitos milenares.

Ainda assim, seria indispensável diante dos episódios de contaminação interespecíes (animais não humanos para animais humanos), bem como as epidemias que emergiram por conta de problemas de falta de higiene na história, que o bem-estar animal também fosse colocado em pauta, para tanto a proibição do comércio proveniente do tráfico ilegal de espécies que estão em vias de extinção. Estudos confirmam que as condições em que os animais são dispostos nos “Wet-markets”, os mercados úmidos da China são deploráveis³⁴:

Aqui os animais são acondicionados em gaiolas e as condições higiênicas são inevitavelmente ruins, com o derramamento de grandes quantidades de excrementos de animais. Esses excrementos de animais podem conter altas concentrações de zoonoses micróbios de risco potencial para a saúde humana. Comportamentos de alto risco dos clientes, como explodir a cloaca de galinhas comumente

³⁴ “Here, the animals are closely packed in cages and hygienic conditions are inevitably poor, with the shedding of large amounts of animal excreta. These animal excreta may contain high concentrations of zoonotic microbes of potential hazard to human health. Highrisk behaviors of customers, such as blowing the cloacae of chickens commonly practised to examine their healthiness, further increase the risk of transmission of these potential microbes. All these factors contribute to the role of these wet markets as a unique place for transmission of zoonotic disease to humans”. (Woo PC, Lau SK, Yuen KY. 2006. **Infectious diseases emerging from Chinese wet-markets: zoonotic origins of severe respiratory viral infections.** Current Opinion Infectious Diseases, v.19, ed.5. 401– 407, p. 403. <http://dx.doi.org/10.1097/01.qco.0000244043.08264.fc>).

praticadas para examinar sua salubridade, aumentam ainda mais o risco de transmissão desses micróbios em potencial. Todos estes fatores contribuem para o papel desses mercados úmidos como um local único de transmissão da doença zoonótica para humanos.

Mesmo destacadas as evidências acima, não se pode provar ainda que o novo Coronavírus seja fruto de uma contaminação pelo consumo de animais silvestres, mas a presença do debate já está sendo capaz de provocar nos chineses uma reflexão a respeito de seus valores perante a sua própria nação e os demais países do mundo. Recentemente “[...] a cidade chinesa de Shenzhen proibiu o consumo de cães e gatos como parte de uma restrição mais ampla ao comércio de animais silvestres desde o surgimento do novo Coronavírus”.³⁵

Demonstra-se, portanto, que diante do momento atual algumas medidas devem ser planejadas e moldadas a fim de que os Estados entrem em uma cooperação ambiental e sanitária. A inversão de valores, principalmente no que condiz ao manuseio e consumo de alimentos e práticas de higiene impactaria não apenas na saúde humana, mas no bem-estar do animal não humano e na segurança de um meio ambiente equilibrado.

Desse modo, estima-se que após esse período difícil provocado pelo novo Coronavírus a China e outros países adotem medidas³⁶ mais rígidas quanto à segurança e responsabilidade sanitária, servindo como impulso para que os Estados comecem a melhorar as suas legislações sanitárias, sistemas de saúde, e vigilância no controle de pandemias.

2. AS INTERAÇÕES TRANSJUDICIAIS COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO E ENFRENTAMENTO às PANDEMIAS

Tendo em vista os pontos até aqui apresentados, bem como levando-se em consideração o cenário ilustrado, destaca-se que, segundo matéria veiculada pelo The Washington Post³⁷, “a intensificação da agricultura, o desmatamento e a urbanização estão aproximando as pessoas dos animais, dando a seus vírus mais do que eles precisam para nos infectar: oportunidades”. Por conseguinte, a comunidade científica aponta a “necessidade de uma abordagem mais holística de

³⁵ O GLOBO. **Cidade chinesa proíbe consumo de cães e gatos após coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/cidade-chinesa-proibe-consumo-de-caes-e-gatos-apos-coronavirus.shtml>. Acesso em: 04 set. 2020.

³⁶ O GLOBO. **Coronavírus faz governo chinês rever legislação sobre mercados com animais vivos**. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-faz-governo-chines-rever-legislacaosobre-mercados-com-animais-vivos-24219721>. Acesso em: 04 set. 2020.

³⁷ The Washington Post. **The next pandemic is already coming, unless humans change how we interact with wildlife, scientists say**. 2020. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/science/2020/04/03/coronavirus-wildlife-environment/>. Acesso em: 05 set. 2020.

‘uma saúde’, que vê a saúde humana, animal e ambiental como interconectadas”.

Outrossim, as dificuldades encontradas tanto nas antigas pandemias como durante o Covid-19 representam a falta de cooperação entre os Estados e, portanto, a ausência de consciência global sobre questões sanitárias e de higiene que são demandas transnacionais³⁸. Com isso, “a verdade é que 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”³⁹.

Em razão disso, afirma-se que, nos dias de hoje, já não é o bastante apenas se valer da criação de inéditas teorias jurídicas aprimoradas no que concerne às matérias e institutos setoriais ligadas à convivência humana em sociedade. Faz-se escasso, por exemplo, entender de forma técnica o significado da legislação correspondente ao direito de propriedade, se este valor, por sua vez, não mais puder ser compreendido e conectado a demais expressões e às diversas relações que possui com demais institutos jurídicos, inclusive, em seus seguimentos econômicos, culturais e tecnológicos⁴⁰.

Nesse contexto, então, surgem as últimas figuras passíveis de análise nesta pesquisa, a se iniciar pela ideia de comunicação transjudicial, posto que a partir do momento em que não mais se encontram em pauta somente contendas locais, mas sim globais, é necessário, igualmente, ampliar a forma com a qual se pondera sobre quais soluções devem ser aplicadas ao caso concreto.

À vista disso, para André Lipp Pinto Basto Lupi⁴¹, “a comunicação transjudicial ultrapassa fronteiras nacionais e nela não há coordenação intergovernamental, nos moldes do Direito

³⁸ De fato, o crescimento das demandas transnacionais é cada vez maior, e segundo o professor Marcos Leite Garcia, essas demandas transacionais correspondem aos problemas das guerras, da destruição do planeta por tecnologias nucleares e ainda tão somente pela degradação do meio ambiente, que se agrava a cada dia. (GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais: o exato local da questão ambiental no seio da teoria dos direitos fundamentais de gregorio peces-barba. In: CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; GARCIA, Marcos Leite (org.). **Meio Ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2014. p. 159. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202014%20MEIO%20AMBIENTE,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE%20-%20VOLUME%20II.pdf>. Acesso em: 06 set. 2020).

³⁹ GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 14.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. Sequência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. ISSN 2177-7055. p. 250. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239/30798>>. Acesso em: 02 set. 2020.

⁴¹ LUPÍ, André Lipp Pinto Basto. O TRANSJUDICIALISMO E AS CORTES BRASILEIRAS: Sinalizações dogmáticas e preocupações. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 2009, p. 3. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6156>. Acesso em: 06 set. 2020.

Internacional Público. [...] O fenômeno traz consigo algo de inovador. Tem as sementes de um diálogo multicultural".

Tal fenômeno, mencionado há pouco pelo doutrinador indicado, diz respeito a essa nova visão de dialogar transjudicialmente, ou seja, ao se encarar o surgimento cada vez maior de discussões que são transnacionais, em outras palavras, discussões globais, é possível pensar em formas de transformar os novos problemas em diálogos transjudiciais e, assim, encontrar modos de enfrenta-los e até mesmo de preveni-los, levando-se em conta que toda e qualquer demanda judicial, dentre seus inúmeros objetivos, encontra atrelada a ela uma espécie de caráter preventivo.

Seguindo por esse caminho, chega-se ao momento de vislumbrar as interações transjudiciais como mecanismo de fomento e viabilização de se lidar mais satisfatoriamente com àquelas contendas que afetam diversos povos e nações ao mesmo tempo.

Nota-se que ao olhar para a parte ocidental do mapa já é possível perceber um crescimento da interação entre as cortes judiciais umas com as outras, o que fica evidente, principalmente, em razão do aumento da utilização de precedentes judiciais internacionais pelas cortes de outros países em suas justificativas quando da elaboração de decisões. É essa “troca” de precedentes judiciais internacionais entre as cortes de diferentes países que leva a denominação de interações transjudiciais. Tendo isso em mente, ressalta-se que tal crescimento tem se acentuado de forma que já existe quem defenda a promessa de criação de uma real comunidade global de cortes judiciais, capaz de oferecer novos caminhos, conteúdos e estabilidade ao direito internacional no plano interno⁴².

Nesse viés, corrobora Christine Oliveira Peter da Silva⁴³, ao afirmar que “as expectativas mundializadas e experiências forjadas em intensas relações entre o local e o global passam a ser o lugar da fala onde estão apresentadas as decisões de poder tomadas no contexto dos Estados Constitucionais contemporâneos”.

Ainda no que diz respeito aos precedentes judiciais, explica Ruitemberg Nunes Pereira⁴⁴:

⁴² PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, UniCEUB, Brasília, v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012. p. 3 Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2121>. Acesso em: 02 de set. de 2020.

⁴³ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE: UM OLHAR MEDIADO POR DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/transjusfundamentalidade-um-olhar-mediado-por-direitos-fundamentais>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁴⁴ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, UniCEUB, Brasília, v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012. p. 3 Disponível em:

Se considerarmos que os precedentes judiciais nascem numa determinada cultura, cumpre reconhecer que as interações transjudiciais suscitam importantes questões ética, políticas e até mesmo de ordem econômica, revelando-se um fenômeno sociológico complexo que acompanha o movimento de expansão internacional do direito e das funções judiciais.

Outrossim, diante do já exposto, conclui o mesmo autor que, “em verdade, as interações transjudiciais [...] decorrem de contingências de ordem política, cultural ou mesmo econômica, e não propriamente de imperativos jurídicos”.⁴⁵

Deve-se ter em mente, também, que as interações transjudiciais possuem invocação voluntária, ou seja, sua iniciativa parte habitualmente de ato voluntário. Ademais, pontua-se, igualmente por ser pertinente, que as interações transjudiciais resultam, em suma, do delíquio das regras de direito internacional, primordialmente, daquelas que foram alvitadas com a finalidade de conceder uma ampliação do papel das cortes internacionais ou supranacionais. O propósito inicial de tal alargamento dessas interações é evidenciar a voluntariedade ou liberdade, de certo modo, que as cortes domésticas detêm para eleger os precedentes não vinculantes que optarão por utilizar como parâmetros de suas decisões, da mesma maneira como realizam com seus materiais doutrinários. Tal liberdade concedida às cortes domésticas é o que gera o constante desgaste das cortes internacionais e supranacionais, fazendo com que se possa concluir que o aumento das interações transjudiciais no espaço sistema-mundo ocorre de forma inversamente proporcional à atuação das demais cortes (internacional e supranacional)⁴⁶.

Sublinha-se, por último, ser necessária a presença de algumas condições para que as interações transjudiciais possam ocorrer, sendo elas: a) identidade e autonomia judicial; b) autoridade, definida nesse caso como persuasiva e não coercitiva; c) reconhecimento de que todas as cortes devem atuar com cortesia e serem comprometidas com determinada região, ou com o chamado sistema-mundo, e que bem por isso possuem capacidades, competências e metodologias semelhantes⁴⁷.

Visto isso, aponta-se que atrelada às interações transjudiciais está a figura do

<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2121>. Acesso em: 02 de set. de 2020.

⁴⁵ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, UniCEUB, Brasília, v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012. p. 5 Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2121>. Acesso em: 02 de set. de 2020.

⁴⁶ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, UniCEUB, Brasília, v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012. p. 5-6. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2121>. Acesso em: 02 de set. de 2020.

⁴⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 99-139, 1994. p. 122-129. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 05 de set. de 2020.

transjudicialismo, que pode ser encarado, na visão de Ruitemberg Nunes Pereira⁴⁸, como:

[...] uma oportunidade para que cortes, tribunais e corpos judiciais domésticos, internacionais ou transnacionais possam refletir sobre a sua própria forma de ver o mundo a partir das questões que lhe são postas à apreciação em cada julgamento realizado e do modo como diferentes juízes internacionais examinaram o mesmo problema ou a mesma idéia ao longo do sistema-mundo. [...] A partir dessas premissas, podemos dizer que o transjudicialismo está relacionado à idéia de que é possível estabelecer interações dialógicas no contexto do sistema-mundo do capitalismo histórico entre cortes domésticas e cortes internacionais, ou entre umas e outras.

Na mesma direção, encontra-se Helena Vasconcelos de Lara Resende⁴⁹, ao afirmar que “a comunicação entre Tribunais, sugerida pelo termo transjudicialismo, revela a possibilidade de comunicação entre sistemas jurídicos diversos, independente do modelo de recepção da norma internacional adotado pela jurisdição nacional”.

Por fim, é possível observar a existência de notável pressentimento positivo acerca de tal ideia de comunicação entre as cortes, tendo em vista a existência de alguns benefícios decorrentes deste modelo, a saber: a) reforço de autoridade de tribunais internacionais; b) deliberação coletiva sobre problemas comuns; c) proveito de experiências de outros; d) informação fácil sobre interpretação de obrigações comuns; e) atenção à reciprocidade no cumprimento de obrigações internacionais⁵⁰.

Nesse panorama, após constatado que as pandemias e epidemias podem ser consideradas demandas transnacionais, a exemplo da atual situação mundial causada pelo COVID-19, e observado como as interações transjudiciais funcionam entre as cortes judiciais, é exequível visualizar a possibilidade daquelas contribuírem para o debate sobre, por exemplo, práticas de higiene e normas que atribuam responsabilidade sanitária às nações que possam ter comprovadamente dado causa à instalação e/ou agravamento de situações pandêmicas a nível mundial, de modo a constituírem um caminho para a criação de alternativas de controle e contenção de futuras pragas.

⁴⁸ PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, UniCEUB, Brasília, v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012. p. 18 e 22. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2121>. Acesso em: 02 de set. de 2020.

⁴⁹ RESENDE, Helena Helena Vasconcelos de Lara. **INTEGRAÇÃO ENTRE CORTES: O DIÁLOGO ENTRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa. Lisboa. 2017. p. 4. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/37109>. Acesso em: 04 set. 2020.

⁵⁰ LUPU, André Lipp Pinto Basto. O TRANSJUDICIALISMO E AS CORTES BRASILEIRAS: Sinalizações dogmáticas e preocupações. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 2009, p. 5. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6156>. Acesso em: 06 set. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos séculos a população mundial esteve exposta à alguns vírus e bactérias que foram letais para a saúde humana. Por um tempo, acreditou-se que os surtos epidêmicos poderiam estar associados a um castigo divino, entretanto, posteriormente, comprovou-se que se tratavam de doenças associadas principalmente à falta de constância higiênica da sociedade e à falta de mecanismos e responsabilidade sanitária dos territórios.

Assim, demonstra-se através do presente artigo, que mesmo com o passar dos anos, a atual pandemia do COVID-19 pode estar associada a falta de recursos sanitários dos Estados e práticas de higiene da população.

Desse modo, a pesquisa destaca que as doenças pandêmicas são problemas da globalização e, para tanto, representam demandas transjudiciais que os Estados não conseguem mais responder e suportar adequadamente.

O momento, portanto, requer discussão global e cooperação dos Estados no enfrentamento dessas doenças, as quais podem ser evitadas e controladas, seja mediante diálogo global ou por mecanismos propostos em comum acordo pelos países.

Nesse sentido, é essencial que haja a transparência e que se incentive às interações transjudiciais entre os Estados com o objetivo de que não haja futuros novos surtos. Da mesma forma, é imprescindível que os países comecem a estimular a conscientização sanitária para suas respectivas nações, afinal, será benéfico para a saúde global e refletirá na construção de um meio ambiente equilibrado e na manutenção de uma sociedade com qualidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Maria Antónia Pires de. A epidemia de cólera de 1853-1856 na imprensa portuguesa. **Hist. cienc. saude-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 1057-1071, Dec. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702011000400006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 set. 2020.

ALMEIDA, Maria Antónia Pires de. Epidemias no Porto em 1918: Saúde e higiene na imprensa diária em períodos de crise sanitária. In A. L. Pereira e J.R. Pita (eds.), **Saberes e práticas em torno do adoecer da alma e do corpo**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013. Disponível em: https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/12243/5/artigo_epidemias_Porto_1918_MAPAlmeida.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

BATISTELLA, C. Saúde, doença e cuidado: complexidade teórica e necessidade

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é coronavírus?** (COVID-19). 2020. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uiRKlsc7mDsJ:https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/coronavirus>. Acesso em: 31 ago. 2020.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. Sequência: **Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 239-278, dez. 2015. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n71p239/30798>. Acesso em: 02 set. 2020.

CZERESNIA, Dina. Do contágio à transmissão: uma mudança na estrutura perceptiva de apreensão da epidemia. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 75-94, jun. 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701997000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 31 ago. 2020.

CZERESNIA, Dina. Influenza, a medicina enferma: ciência e práticas de cura na época da gripe espanhola em São Paulo. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 5, p. 1614-1616, Oct. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2005000500040&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 set. 2020.

DO NASCIMENTO, Dilene Raimundo; DA SILVA, Matheus Alves Duarte. Não é meu intuito estabelecer polêmica”: a chegada da peste ao Brasil, análise de uma controvérsia, 1899. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 20, p. 1271-1285, 2013. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3861/386138081010.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos "novos" direitos fundamentais e as demandas transnacionais: o exato local da questão ambiental no seio da teoria dos direitos fundamentais de gregorio peces-barba. In: CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; GARCIA, Marcos Leite (org.). **Meio Ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202014%20MEIO%20AMBIENTE,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE%20-%20VOLUME%20II.pdf>. Acesso em: 06 set. 2020

GIBERT, Cristina Rius I. La peste a lo largo de la historia. **Revista de Enfermedades Emergentes**, Barcelona, v. 18, n. 3, p. 119-127, set-dez. 2019. Tradução nossa. Disponível em: http://www.enfermedadesemergentes.com/resumen.php?id_articulo=726. Acesso em: 31 ago. 2020.

histórica. In: FONSECA, A.F.; CORBO, A.D. **O território e o processo saúde-doença**. Rio de Janeiro: EPSJV, Fiocruz, 2007. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/39209/2/O%20territ%C3%B3rio%20e%20o%20processo%20sa%C3%BAde-doen%C3%A7a%20%20Sa%C3%BAde%20Doen%C3%A7a%20e%20Cuidado.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

LOVATO, Luciane Teresinha; BRUM, Mário Celso Sperotto; SANTOS, Helton Fernandes dos. Pneumonia asiática: uma pequena revisão. **Revista Saúde - UFSM**, Santa Maria, v. 31, p.52-56, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistasauade/article/view/6409/3891>. Acesso em: 03 set. 2020.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. O TRANSJUDICIALISMO E AS CORTES BRASILEIRAS: Sinalizações dogmáticas e preocupações. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 2009. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6156>. Acesso em: 06 set. 2020.

MESQUITA, José Carlos Vilhena. **Para a história da saúde no Algarve. As epidemias de cólera-mórbus no século XIX**. Câmara Municipal de Loulé, Faro, v.1, n.15, p.101-134, 2015. Disponível em: <https://sapientia.ualg.pt/handle/10400.1/10865>. Acesso em: 02 set. 2020.

O GLOBO. **Cidade chinesa proíbe consumo de cães e gatos após coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/cidade-chinesa-proibe-consumo-de-caes-e-gatos-apos-coronavirus.shtml>. Acesso em: 04 set. 2020.

O GLOBO. **Coronavírus faz governo chinês rever legislação sobre mercados com animais vivos**. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-faz-governo-chines-rever-legislacaosobre-mercados-com-animais-vivos-24219721>. Acesso em: 04 set. 2020.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, UniCEUB, Brasília, v. 9, n. 4, p. 169-199, 2012. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/view/2121>. Acesso em: 02 de set. de 2020.

RESENDE, Helena Helena Vasconcelos de Lara. **INTEGRAÇÃO ENTRE CORTES: O DIÁLOGO ENTRE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Lisboa. Lisboa. 2017. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/37109>. Acesso em: 04 set. 2020.

REZENDE, JM. **À sombra do plátano: crônicas de história da medicina**. São Paulo: Editora Unifesp, 2009. As grandes epidemias da história. pp. 73-82. ISBN 978-85-61673-63-5. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/8kf92/pdf/rezende-9788561673635-08.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

RIBEIRO, Thiago Henrique Pereira. **Combatendo um Demônio Egípcio: considerações acerca de magia, religião e figuras demoníacas no Egito Antigo**. Revista Jesus Histórico, ano IX, v. 16, p. 121-135, 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/download/46625417/Combatendo_um_demonio_egipcio.pdf. Acesso em: 31 de ago. 2020.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **TRANSJUSFUNDAMENTALIDADE: UM OLHAR MEDIADO POR DIREITOS FUNDAMENTAIS**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/transjusfundamentalidade-um-olhar-mediado-por-direitos-fundamentais>. Acesso em: 04 set. 2020.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication. **University of Richmond Law Review**, v. 29, p. 99-139, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 05 de set. de 2020.

THUCYDIDES. **History of the Peloponnesian war**. London: Penguin Books, 1974. Translated by Rex Warner with an Introduction and Notes by M. I. Finley, p. 51. Tradução nossa. Disponível em: <https://b-ok.lat/book/2613852/1174da>. Acesso em: 31 ago. 2020.

UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias: a humanidade em risco**. São Paulo: Contexto, 2011, p. 27. Disponível em: <https://elivros.info/livro/baixar-pandemias-a-humanidade-em-risco-stefan-cunha-ujvari-epub-pdf-mobi-ou-ler-online>. Acesso em: 04 set. 2020.

Woo PC, Lau SK, Yuen KY. 2006. **Infectious diseases emerging from Chinese wet-markets: zoonotic origins of severe respiratory viral infections**. *Current Opinion Infectious Diseases*, v.19, ed.5. 401–407. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1097/01.qco.0000244043.08264.fc>>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Plague**. Disponível em: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/plague>. Acesso em: 01 set. de 2020.

A MISTANÁSIA EM TEMPOS DE COVID 19 E A TRANSNACIONALIDADE

Bruna Elisa Ferreira Cavallazzi Póvoas¹

Heloise Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

No final do ano de 2019, o mundo foi surpreendido com um novo vírus, chamado de Coronavírus, causador da doença denominada COVID 19.

Em dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde³ “foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. [...] Uma semana depois, em 7 de janeiro de 2020, as autoridades chinesas confirmaram que haviam identificado um novo tipo de coronavírus.”

A Organização Pan – Americana da Saúde⁴, emitiu informativo esclarecendo que “os coronavírus são a segunda principal causa de resfriado comum (após rinovírus) e, até as últimas décadas, raramente causavam doenças mais graves em humanos do que o resfriado comum.” O que causou surpresa mundial, visto que tal vírus rapidamente levou centenas de pessoa à óbito.

É nos mesmos dizeres o entendimento do Ministério da Saúde do Governo do Brasil⁵,

Os coronavírus são uma grande família de vírus comuns em muitas espécies diferentes de animais, incluindo camelos, gado, gatos e morcegos. Raramente, os coronavírus que infectam animais podem infectar pessoas, como exemplo do MERS-CoV e SARS-CoV. Recentemente, em dezembro de 2019, houve a transmissão de um novo coronavírus (SARS-CoV-2), o qual foi identificado em Wuhan na

¹ Advogada especialista em Direito de Família e Sucessões. Mestranda em Ciências Jurídicas pelo PPCJ – Univali. Graduada em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville – FCJ.

² Doutora e mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ – UNIVALI. Doutora em Derecho e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Pós-doutoranda com bolsa concedida pela CAPES. Pós-graduada em Direito do Trabalho pela UNIVALI; e em Ensino e Tutoria a Distância pela Faculdade AVANTIS. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI; e dos cursos de Direito do Centro Universitário Avantis - Uniavan e da Faculdade Sinergia. Advogada. E-mail: heloisegarcia@univali.br

³ ORGANIZAÇÃO PAN – AMERICANA DA SAUDE. **Folha informativa COVID – 19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 Acesso em 17 de jul de 2020.

⁴ ORGANIZAÇÃO PAN – AMERICANA DA SAUDE. **Folha informativa COVID – 19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 Acesso em 17 de jul de 2020.

⁵ BRASIL – MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca> Acesso em 12 de agosto de 2020.

China e causou a COVID-19, sendo em seguida disseminada e transmitida pessoa a pessoa. A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves.

Por ser um vírus de fácil transmissão, em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde⁶ declarou a existência de uma pandemia, ocasionada pelo novo coronavírus.

Nos casos de contaminação mais leves, têm sido necessário apenas o isolamento social para evitar o contágio, entretanto, milhares de pessoas apresentaram quadro clínico grave, sendo o principal sintoma a dificuldade respiratória.

A ausência de políticas públicas adequadas em determinados Estados, ocasionou números inimagináveis de mortes. De acordo com a Organização Mundial da Saúde⁷, em agosto de 2020, atingimos uma marca de mais de vinte milhões de casos confirmados e os números de mortes ultrapassaram 750 mil casos.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a existência de protocolos transnacionais para alocação dos recursos disponíveis, certamente poupará tempo na luta contra a pandemia, diminuindo assim o número de óbitos. Então para alcançar o objetivo proposto, este artigo seguiu 3 linhas de pesquisa. Inicia-se pela breve explanação do assunto na introdução, posteriormente aborda-se a questão da mistanásia no contexto específico da pandemia do Covid-19 e por fim, a defesa do objetivo pretendido, que é demonstrar a importância da criação de espaços transnacionais hábeis a regulamentar protocolos de alocação de recursos em caso de pandemia.

Como já apresentado anteriormente, para alcançarmos os resultados almejados, utilizou-se o método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e análise de relatórios e documentos de órgãos oficiais como Organização Mundial da Saúde, Ministério da Saúde do Brasil.

Não se almeja exaurir o tema com presente artigo, mas sim provocar uma discussão para demonstrar que assuntos de saúde pública, especificamente a pandemia, também devem também ser alcançados pelos estudos da transnacionalidade.

⁶ ORGANIZAÇÃO PAN – AMERICANA DA SAUDE. **Folha informativa COVID – 19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 Acesso em 17 de jul de 2020.

⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Coronavirus Disease (Covid-19) Dashboard**. Disponível em: <https://covid19.who.int> Acesso em 15 de jul de 2020.

1. A MISTANÁSIA E A PANDEMIA DO COVID-19

Palavra de origem grega, *mis* (infeliz) e *thanatos* (morte), traduzida popularmente como morte infeliz, a mistanásia ou eutanásia social é a morte que ocorre fora de seu tempo de forma miserável atingindo, principalmente, “à grande massa de doentes e deficientes que não chegam à condição de pacientes, visto que estes não têm acesso efetivo ao sistema de saúde”.⁸

[...] a situação chamada eutanásia social nada tem de boa, suave ou indolor. Dentro da grande categoria de mistanásia quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana.⁹

A mistanásia é uma fatalidade, um evento não esperado e que, por razões alheias ao diagnóstico do paciente, ele vem a óbito. As maiores causas da mistanásia são erro médico, pobreza e ausência de políticas públicas na área da saúde. Este último, inclusive, foi o grande causador das milhares de mortes contabilizadas em decorrência da pandemia causada pelo novo coronavírus.

Ainda sobre a mistanásia Leo Pessini¹⁰, afirma que

Fatores geográficos, sociais, políticos e econômicos se juntam para espalhar pelo nosso continente a morte miserável e precoce de crianças, jovens, adultos e anciãos, a chamada *eutanásia social*, mais corretamente denominada mistanásia. Fome, condições de moradia precárias, falta de água limpa, desemprego ou condições de trabalho massacrantes, todos contribuem com sua parcela para espalhar a falta de saúde e uma cultura excludente e mortífera

A mistanásia nada mais é que uma fatalidade social.

A pandemia causada pelo novo coronavírus atingiu pessoas indiscriminadamente. Pobres e ricos, afro descendentes, brancos e pardos, jovens e idosos morreram vítimas da insuficiência de recursos no âmbito da saúde. Não há que se falar exclusivamente em nosocômios públicos, pois os hospitais privados também tiveram que atender pacientes acima da sua capacidade máxima e viram-se obrigados a escolher a quem atender.

Com o agravamento da situação mundial causada pela pandemia do Coronavírus, e o

⁸ LOPES, Cecília Regina Alves. **EUTANÁSIA: A última viagem**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 19, p. 1-26. jun./ dez. 2011. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1720/1363 Acesso em: 18 jul 2020

⁹ MARTIN, Leonard Michael. **Eutanásia e Distanásia**. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (orgs.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 172.

¹⁰ PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo/ Edições Loyola, 2004, pág. 211

contágio de mais de 29 milhões de pessoas no mundo, de acordo com os dados extraídos do portal da Organização Pan-Americana de Saúde¹¹, políticas de realocação de recursos e plano de contingência foram medidas emergenciais.

A AMIB – Associação de Medicina Intensiva Brasileira¹² esclarece que “a COVID-19 é uma doença que tem como característica a alta transmissibilidade e ainda exige a utilização de muitos recursos da área da saúde.”

De acordo com a Organização Mundial da Saúde, citada pela Associação de Medicina Intensiva Brasileira¹³, “14% dos casos identificados desenvolvem doença grave que exige internação hospitalar e oxigenoterapia e 5% vão necessitar de internação em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs). Entre esses últimos, a maioria vai necessitar de suporte ventilatório.”

E completa

A exemplo do que ocorreu em outros países, a alta demanda por serviços especializados de saúde, característica da COVID-19 pode levar a uma situação crítica em que a oferta de leitos de UTI e de ventiladores é insuficiente para atender a demanda de pacientes graves, a despeito dos melhores esforço de ampliação da rede de serviços emergenciais. Esse esgotamento de recursos, em especial de leitos de UTI, respiradores mecânicos e profissionais habilitados, poderá comprometer a oferta de cuidados tanto a pacientes portadores de COVID-19 quanto a pacientes portadores de doenças não pandêmicas. **Diante dessas circunstâncias, decisões em relação a quais pacientes serão alocados os recursos escassos tornar-se-ão inevitáveis.** (grifo nosso)

A urgência na criação de protocolos de alocação adequada dos recursos é algo indiscutível. Muitos países viram-se obrigados, por mais cruel que isso possa parecer, a estabelecer critérios próprios para determinar quem receberia os recursos hospitalares disponíveis. Foi nesse sentido os dizeres da Associação De Medicina Intensiva Brasileira¹⁴ ao esclarecer que

¹¹ ORGANIZAÇÃO PAN – AMERICANA DA SAUDE. **Folha informativa COVID – 19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil.** Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19>. Acesso em 17 de set de 2020.

¹² ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio__Versa_o_2__Protocolo_AMIB_de_alocac_a_o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf Acesso em 15 de jul de 2020.

¹³ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio__Versa_o_2__Protocolo_AMIB_de_alocac_a_o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf Acesso em 15 de jul de 2020.

¹⁴ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em:

[...] a ausência de um sistema de triagem apropriado quando medidas de contingenciamento forem esgotadas pode contribuir com o aumento do número de mortes desnecessárias, aumentar a carga de estresse moral dos profissionais da saúde e erodir a credibilidade da atenção em saúde na medida que decisões serão tomadas de maneiras inconsistentes e com critérios pouco claros e questionáveis.

Por fim, complementa que a prática de alocação de recursos em esgotamento não deve ocorrer em sigilo, e de maneira subjetiva. É imprescindível que as decisões sejam tomadas de forma ética e os protocolos a serem utilizados sejam claros, transparentes, e principalmente embasados no arcabouço legal brasileiro.¹⁵

Foi nesse sentido também o estudo promovido por Stafen¹⁶ onde afirma em suma que a publicidade e a transparência na escolha e aplicação dos protocolos reforça a os instrumentos de controlabilidade e não surpresa.

A criação de protocolos para enfrentamento da pandemia, não diminuiu o número de mortes decorrentes da contaminação pelo novo coronavírus, entretanto, criou regras concretas para a alocação dos recursos disponíveis.

Diante da pandemia de COVID-19, a AMIB oferece recomendações quanto aos princípios que devem nortear protocolos de triagem. Destacam-se os princípios de dignidade humana e vulnerabilidade que preconizam que pacientes não sejam abandonados ou não tenham acesso a cuidados terapêuticos adequados, ainda que não sejam priorizados para receber recursos escassos. [...] O uso de critérios de “gravidade” e “chance de sobrevivência”, de acordo com a Resolução no. 2.156/2016 do CFM, assim como a possibilidade de extensão da triagem aos que já estão internados na UTI, também é recomendado pela AMIB.¹⁷

Se é certo que o coronavírus matou pessoas de forma indiscriminada, também certo é que pessoas próximas aos 60 anos são as que representaram, e ainda apresentam os maiores índices de letalidade.

https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio__Versa__o_2__Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf Acesso em 15 de jul de 2020.

¹⁵ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em:

https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio__Versa__o_2__Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf Acesso em 15 de jul de 2020

¹⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo. **COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1o quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em 12 de out de 2020. p.139

¹⁷ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em:

https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio__Versa__o_2__Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf Acesso em 15 de jul de 2020.

Extraí-se do site do governo federal¹⁸, especificamente na página do Ministério da Saúde que

Pessoas acima de 60 anos se enquadram no grupo de risco, mesmo que não tenham nenhum problema de saúde associado. Além disso, pessoas de qualquer idade que tenham comorbidades, como cardiopatia, diabetes, pneumopatia, doença neurológica ou renal, imunodepressão, obesidade, asma e puérperas, entre outras, também precisam redobrar os cuidados nas medidas de prevenção ao coronavírus.

Na obra “A cruel pedagogia do vírus”¹⁹, Boaventura de Souza Santos tece uma análise detalhada sobre o enfrentamento ao novo coronavírus através dos grupos mais vulneráveis e discorre de forma sábia acerca dos idosos.

Este grupo, particularmente numeroso no Norte global, é, em geral, um dos grupos mais vulneráveis, mas a vulnerabilidade não é indiscriminada. Alias, a pandemia obriga-nos a uma maior precisão nos conceitos que usamos. [...] As condições de vida prevalentes no Norte global levaram a que boa parte deles fosse depositada (a palavra é dura mas é o que é) em lares, casas de repouso, asilos. Segundo as posses próprias ou da família, esses alojamentos podem ir de cofres de luxo para joias até depósitos de lixo humano. Em tempos normais, os idosos passaram a viver nestes alojamentos como espaços que garantiam a sua segurança. Em princípio, a quarentena causada pela pandemia não deveria afetar grandemente a sua vida, dado viverem já em permanente quarentena. O que sucederá quando, devido à propagação do vírus, esta zona de segurança se transforma em zona de alto risco, como está a acontecer em Portugal e em Espanha? Estariam mais seguros se pudessem voltar às casas onde viveram toda a vida, no caso improvável de elas ainda existirem? [...] E os idosos que vivem isolados não correrão agora um risco maior de morrer sem que ninguém dê conta?. [...] ²⁰

Lamentável é que um dos principais grupos alvo de proteção, seja também aquele que mais morre em decorrência da contaminação pelo coronavírus.

2. REGULAÇÃO EM NÍVEL TRANSNACIONAL

Observa-se que, para o coronavírus inexitem fronteiras geográficas, o mundo foi dominado por uma onda avassaladora que gerou crise econômica, abalo emocional, déficit educacional e milhares de mortes.

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos²¹, discorre a respeito da atuação, bem como da responsabilidade, do poder público em casos de excepcionais como da pandemia

¹⁸ BRASIL – MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Informações Atualizadas**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46764-coronavirus-43-079-casos-e-2-741-mortes> Acesso em 15 de jul de 2020.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra. Edições Almedina, 2020. p. 20.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra. Edições Almedina, 2020. p. 20-21.

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra. Edições Almedina, 2020. p. 21.

As pandemias mostram de maneira cruel como o capitalismo neoliberal incapacitou o Estado para responder às emergências. As respostas que os Estados estão a dar à crise variam de Estado para Estado, mas nenhum pode disfarçar a sua incapacidade, a sua falta de previsibilidade em relação a emergências que têm vindo a ser anunciadas como de ocorrência próxima e muito provável.

E completa afirmando que a China acionou métodos de repressão e de vigilância particularmente rigorosos para controle da pandemia. No entanto, é importante destacar que a China não é um país democrático e que, talvez, tais métodos utilizados no combate do COVID-19 não seriam aplicados com igual eficácia num país democrático.

Quer isto dizer que a democracia carece de capacidade política para responder a emergências? Pelo contrário, *The Economist* mostrava no início deste ano que as epidemias tendem a ser menos letais em países democráticos devido à livre circulação de informação. Mas como as democracias estão cada vez mais vulneráveis às *fake news*, teremos de imaginar soluções democráticas assentes na democracia participativa ao nível dos bairros e das comunidades e na educação cívica orientada para a solidariedade e cooperação, e não para o empreendedorismo e competitividade a todo o custo.²²

No entanto, nos dizeres de Staffen²³ é de suma importância que “chefes de Estado e/ou de governo assumam com responsabilidade humanitária, para além dos segredos de Estado, a real dimensão dos casos de COVID-19.” Ou seja, manter os protocolos de enfrentamento, de sucesso, em sigilo impede que outros Estados, se repliquem práticas de sucesso. Como é o exemplo da Rússia, citado também por Staffen²⁴

Presumindo a veracidade dos números informados pela Rússia (que até o momento consigna 306 testes positivos, 1 morto e 12 curados), é salutar que o governo de Moscou apresente as medidas executadas que fizeram de um Estado-continente, de extensa fronteira terrestre com a China e de intenso fluxo comercial e de pessoas, ser efetivo no labor de defender a população russa e que podem auxiliar na mitigação da Pandemia em outros lugares.

Infelizmente, nem todos os países podem seguir o mesmo protocolo, o que resulta na má alocação dos recursos disponíveis e desequilíbrios no combate a pandemia.

Não se pretende aqui culpar um Estado ou outro pela propagação do coronavírus no mundo, mas sim propor uma legislação transnacional que padronize o combate às mazelas decorrentes de uma pandemia, justamente porque não pode determinado país, na iminência de uma pandemia, ter desvantagem no combate à doença por conta do seu regime político, por exemplo.

²² SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra. Edições Almedina, 2020. p.8

²³ STAFFEN, Márcio Ricardo. **COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1o quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em 12 de out de 2020, p. 141

²⁴ STAFFEN, Márcio Ricardo. **COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1o quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em 12 de out de 2020, p. 141-142

O que se quer aqui é alertar sobre a urgência de um sistema único que possa dialogar igualmente com os Estados, respeitados suas particularidades.

Um exemplo da urgência na criação de espaços transnacionais é o fato de que os países criaram protocolos diferentes de alocação de recursos para tratamento dos infectados. Tal fato demonstra que um único evento pode ser tratado pelos Estados de formas diversas e, que ainda por questões culturais e políticas determinados Estados podem ser prejudicados pelas decisões tomadas por seus líderes.

O Brasil, por meio da AMIB – Associação de Medicina Intensiva Brasileira criou protocolos para auxiliar os médicos no direcionamento dos recursos disponíveis, em outras palavras, o que se decidiu, foi simplesmente quem receberia respirador e leitos de UTI e quem iria padecer sem atendimento.

Em março de 2020, a Itália também se viu obrigada a regulamentar protocolos que auxiliassem os médicos nas decisões que teriam que tomar quando, o número de leitos de UTI necessários fosse irrisório quando comparado ao que o país necessitaria, o que realmente aconteceu.

É da RACCOMANDAZIONI DI ETICA CLINICA PER L'AMMISSIONE A TRATTAMENTI INTENSIVI E PER LA LORO SOSPENSIONE, IN CONDIZIONI ECCEZIONALI DI SQUILIBRIO TRA NECESSITÀ E RISORSE DISPONIBILI²⁵, em livre tradução, Recomendações De Ética Clínica Para Admissão A Tratamentos Intensivos E Para Sua Suspensão, Em Condições Excepcionais de Desequilíbrio Entre As Necessidades E Recursos Disponíveis, que se extrai os protocolos criados para auxiliar os profissionais de saúde, na Itália, a agir na linha de frente contra o coronavírus.

A decisão do governo Italiano foi clara ao determinar que, com base no princípio da proporcionalidade do cuidado, em caso de escassez, a alocação de recursos de saúde deve garantir tratamentos intensivos aos pacientes com maiores possibilidades de sucesso terapêutico, ou aquele que tem maior expectativa de vida. Além da expectativa de vida, os médicos foram orientados a observar a gravidade da doença, a presença de comorbidades, o comprometimento de outros órgãos e sistemas e sua reversibilidade.

²⁵ SIAARTI – PRO VITA CONTRA DOLOREM SEMPER. **RACCOMANDAZIONI DI ETICA CLINICA PER L'AMMISSIONE A TRATTAMENTI INTENSIVI E PER LA LORO SOSPENSIONE, IN CONDIZIONI ECCEZIONALI DI SQUILIBRIO TRA NECESSITÀ E RISORSE DISPONIBILI** Disponível em <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> Acesso em 20 de jul de 2020.

O protocolo objetivou, também, facilitar a tomada de decisões e aliviar a tensão que pode causar nos médicos o fato de ter que escolher entre salvar uma ou outra vida. Ademais, padronizar os critérios entre os próprios profissionais da saúde, resulta em um sistema igualitário a todos os pacientes e garante a padronização dos protocolos.

Compulsando-se as recomendações é possível extrair-se que

1. Os critérios extraordinários de admissão e alta são flexíveis e podem ser adaptados localmente à disponibilidade de recursos, à possibilidade concreta de transferência de pacientes, ao número de acessos em curso ou previstos. Os critérios se aplicam a todos os pacientes intensivos, não apenas aos pacientes infectados com infecção por Covid-19.
2. A alocação é uma escolha complexa e muito delicada, também devido ao fato de que um aumento excessivo e extraordinário de leitos intensivos não garantiria o atendimento adequado a cada paciente e desviaria recursos, atenção e energia dos demais pacientes internados em terapia intensiva. Deve-se considerar também o previsível aumento da mortalidade por condições clínicas não relacionadas à epidemia atual, devido à redução da atividade ambulatorial cirúrgica e eletiva e à escassez de recursos intensivos.²⁶

No que se refere a idade, é importante destacar que o protocolo estabelece limites, não propriamente etários, mas sim daqueles que têm maiores chances de sobrevivência e para quem pode ter mais anos de vida salvos. Tal critério baseia-se num princípio utilitarista, objetivando em suma maximizar os benefícios para o maior número de pessoas.

Em um cenário de saturação total de recursos intensivos, a decisão de manter o critério “primeiro a chegar, primeiro a ser servido” equivaleria, a optar por não tratar quaisquer pacientes subsequentes que seriam excluídos da UTI.²⁷

Preciosíssimo é o item 5 da recomendação que prevê a possibilidade de atenção às Disposições Antecipatórias de Vontade, vez que esta é a única forma de garantir um fim de vida digno, em casos de impossibilidade de manifestação.

5. A possível presença de desejos previamente expressos pelos pacientes através de qualquer DAT (tratamento antecipado) deve ser cuidadosamente considerada e, em particular, o que foi definido (e junto com os cuidadores) por pessoas que já estão passando no tempo doenças crônicas por meio do planejamento de cuidados compartilhados.²⁸

²⁶ SIAARTI – PRO VITA CONTRA DOLOREM SEMPER. **RACCOMANDAZIONI DI ETICA CLINICA PER L'AMMISSIONE A TRATTAMENTI INTENSIVI E PER LA LORO SOSPENSIONE, IN CONDIZIONI ECCEZIONALI DI SQUILIBRIO TRA NECESSITÀ E RISORSE DISPONIBILI** Disponível em <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> Acesso em 20 de jul de 2020.

²⁷ SIAARTI – PRO VITA CONTRA DOLOREM SEMPER. **RACCOMANDAZIONI DI ETICA CLINICA PER L'AMMISSIONE A TRATTAMENTI INTENSIVI E PER LA LORO SOSPENSIONE, IN CONDIZIONI ECCEZIONALI DI SQUILIBRIO TRA NECESSITÀ E RISORSE DISPONIBILI** Disponível em <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> Acesso em 20 de jul de 2020.

²⁸ SIAARTI – PRO VITA CONTRA DOLOREM SEMPER. **RACCOMANDAZIONI DI ETICA CLINICA PER L'AMMISSIONE A TRATTAMENTI**

E por fim,

9. Os critérios de acesso à UTI devem ser discutidos e definidos para cada paciente o mais cedo possível, idealmente criando a tempo uma lista de pacientes que serão considerados merecedores de UTI quando ocorrer deterioração clínica, desde que a disponibilidade naquele momento permite. Qualquer instrução de “não intubar” deve estar presente no prontuário, pronta para ser usada como um guia caso a deterioração clínica ocorra precipitadamente e na presença de cuidadores que não participaram do planejamento e que não conhecem o paciente [...].²⁹

No Brasil, a AMIB, juntamente com o Conselho Federal de Medicina, criou suas próprias recomendações para alocação de recursos na ameaça de um esgotamento, e definiu que:

Assim, diante da possibilidade concreta do surgimento de situações de esgotamento de recursos para a assistir os pacientes, que, neste momento pandêmico, necessitem de cuidados de UTI, estamos propondo um protocolo de procedimentos claros, transparentes, éticos, racionais, legais e técnicos, inclusive para a adequada triagem, com o objetivo de proporcionar suporte e auxílio aos profissionais de saúde, que, no espectro de sua prática, deverão participar da tomada de decisões complexas relativas à alocação de leitos e ventiladores.

O modelo de triagem³⁰ proposto pela AMIB, é um modelo de triagem terciária, como extrai-se do referido documento

É baseado no modelo proposto por Biddinson *et al* e assemelha-se ao modelo proposto por White *et al* nas suas versões de 2009 e 2020. O protocolo de Biddinson *et al*, que tomamos como referência, é fruto de um processo que, inicialmente, contou com consultas a profissionais e à população de Maryland - EUA, seguida por grupos de trabalho que identificaram os temas e as perspectivas obtidas nesse processo de consulta. Finalmente, esses princípios foram incorporados em recomendações redigidas por um grupo de profissionais da saúde, bioeticistas e profissionais do direito. O protocolo final foi composto por um sistema de pontuação baseada em múltiplos critérios, que representam diferentes objetivos éticos: salvar o maior número de vidas; salvar o maior número de anos/vida; e equalizar as oportunidades de passagem pelos diferentes ciclos da vida.

No debate brasileiro, o ponto mais controverso foi a incorporação da faixa etária como um dos critérios de triagem, no entanto optou-se por buscar um equilíbrio entre elementos técnicos e

INTENSIVI E PER LA LORO SOSPENSIONE, IN CONDIZIONI ECCEZIONALI DI SQUILIBRIO TRA NECESSITÀ E RISORSE DISPONIBILI Disponível em
<http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> Acesso em 20 de jul de 2020.

²⁹ SIAARTI – PRO VITA CONTRA DOLOREM SEMPER. **RACCOMANDAZIONI DI ETICA CLINICA PER L'AMMISSIONE A TRATTAMENTI INTENSIVI E PER LA LORO SOSPENSIONE, IN CONDIZIONI ECCEZIONALI DI SQUILIBRIO TRA NECESSITÀ E RISORSE DISPONIBILI** Disponível em
<http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> Acesso em 20 de jul de 2020.

³⁰ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em:
https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio__Versa__o_2__Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf Acesso em 15 de jul de 2020.

normativos.

No modelo de triagem em sua versão atual buscamos um critério alternativo à idade e que pudesse, sem impor viés discriminatório direto a nenhum subgrupo social, representar melhor o reconhecimento de que além da gravidade das disfunções orgânicas e da presença de comorbidades a reserva fisiológica de um paciente também está associada a piores desfechos como mortalidade hospitalar e mortalidade a longo prazo.³¹

Por uma questão de lógica, celeridade e utilidade, a padronização nos procedimentos sem dúvida traz maiores ganhos a um número maior de pessoas.

E, é nesse sentido que se defende a urgência de uma legislação transnacional hábil a regular e principalmente padronizar situações calamitosas e complexas como a da pandemia causada pelo novo coronavírus.

Nos dizeres de Oliviero e Cruz³²

É imperioso reconhecer o surgimento de fenômenos que alteram a compreensão tradicional e corrente das categorias modernas do Direito. Essas alterações permitem projetar mudanças que, embora careçam de sustentação empírica, defluem de um consenso mínimo axiológico gerador de novos modelos.

A pandemia ocasionada pelo novo coronavírus é um exemplo de fenômeno que altera a nossa compreensão tradicional, e justamente por esta razão deve ser vista de forma macro na sociedade atual, criando novos modelos de contingência dos seus efeitos, vez que os próprios Estados já não conseguem acompanhar a velocidade das mudanças sociais.

O coronavírus é um evento mundial, decorrente do evento denominado globalização, amplamente discutido por Ulrich Beck³³

Globalidade denomina o fato de que, daqui para a frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo "global – local".

³¹ ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em: https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio__Versa__o_2__Protocolo_AMIB_de_alocac_a_o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf Acesso em 15 de jul de 2020.

³² OLIVIERO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, Itajai, Vol. 17 - n. 1 - jan-abr 2012 Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178> Acesso em 12 de out de 2020, p. 21.

³³ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização.** São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.31

Beck³⁴ completa afirmando que

[...] a sociedade mundial tomou uma nova forma no curso da globalização, relativizando e interferindo na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de relações conectadas entre si cruza as fronteiras territoriais estatais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência.

Sobre o espaço transnacional, Garcia, Santos e Garcia³⁵ explicam que

O Estado nacional, como se sabe, é um Estado territorial, ou seja, baseia seu poder num lugar concreto, com o controle das instituições, a criação de leis, a defesa de fronteira, ou seja, proteção de sua soberania. Em contrapartida, a sociedade global advinda da globalização e suas nuances, ramifica-se em várias dimensões, se mescla e ao mesmo tempo relativiza o Estado nacional, e apresenta uma multiplicidade de círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e modos de vida que transpassam em todas as direções as fronteiras territoriais do Estado nacional. E isso se reflete em vários pilares da autoridade nacional estatal: fiscalidade, atribuições especiais da polícia, política externa e defesa. É essa sociedade global que reclama por uma tratativa jurídica e política que ultrapasse as barreiras do Estado nacional e apresente soluções aos seus problemas.

E completam³⁶

Acredita-se que a melhor conceituação e visualização do Estado Transnacional está na conjugação de todas as nuances conceituais e caracterizadoras apresentadas: o Direito Transnacional é um conjunto de ordens, normas e princípios evoluídos das concepções dos direitos internos, dos direitos humanos e da Economia frente à influência do cenário global decorrente da globalização, pautados pela Solidariedade sustentável, pela Justiça Ambiental e pelos próprios direitos humanos, cuja aplicação é garantida mundialmente pela organização jurídica interna dos Estados nacionais a indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados, ou outros grupos sociais e institucionais.

Stelzer³⁷ define a transnacionalização da seguinte maneira:

A Transnacionalização pode ser compreendida como um fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultra valorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem da soberania dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente com a concepção do transpasse estatal.

É inegável que vivemos em mundo globalizado, no entanto também, indiscutível a independência dos Estados, e por isso fica sempre a dúvida, como podem dois institutos coexistirem, se conflitantes em sua essência?

A cada dia se vivencia uma interação maior entre os Estados, e segundo Piffer e Cruz³⁸:

³⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.18

³⁵ GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 16.

³⁶ GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 20/21

³⁷ STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização de dimensão Jurídica**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.). **Direito de transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 21.

Todas estas características simplesmente demonstram que a sociedade mundial e sua relação com os Estados não possuem um viés estritamente objetivo. Inicialmente, porque conduz à necessidade e possibilidade da emergência de um “Estado mundial” que, por possuir esta característica múltipla aceitaria e legitimaria a coexistência das mais variadas relações sociais e culturas em um local livre, ou seja, não restrito à figura de um único Estado nacional. Em segundo lugar, ante à inadequação e impossibilidade de manutenção de um modo de ser único e de um estereótipo homogêneo, que deixou de ser, há tempos, a identificação de um Estado ou das pessoas que nele vivem. Ora, a sociedade mundial designa diversidade e diferença pelo simples fato de ser um emaranhado de relações cada vez mais interconectadas e influenciadas pela globalização.

Piffer e Cruz³⁹, ao citarem os estudos de Vagts afirmam que para o autor, seriam três os elementos caracterizadores do Direito Transnacional: 1) assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; 2) assuntos que não comportam uma clara distinção entre Direito Público e Privado; e 3) assuntos que comportam fontes abertas e flexíveis, como o *soft law*.

Constata-se que o sistema jurídico atual já não mais consegue atender a complexidade das demandas atuais. Segundo Piffer e Cruz⁴⁰,

[...] para perquirir tal mudança, precisamos nos desprender da imagem dos Estados soberanos e independentes, pois a maioria das ordens jurídicas e não jurídicas que hoje coexistem comportam diversos tipos de relações que integram e complementam, e não podem ser pressagiadas no campo teórico.

Oliviero e Cruz⁴¹, afirmam que “O que nos autoriza a estimular o debate sobre o Direito Transnacional é a necessidade da existência de espaços públicos transnacionais, ou seja, da criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais”.

E completam

O Direito Transnacional só fará sentido caso possa ser aplicado por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção, além de capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes.

A atuação dos órgãos e dos organismos transnacionais se daria em âmbitos difusos transnacionais, como na questão ambiental, na manutenção da paz, nos direitos humanos, dentre outros, a exemplo dos instrumentos de atualmente existentes, como anteriormente mencionados.

³⁸ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional**. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 30

³⁹ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional**. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 36

⁴⁰ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional**. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 37

⁴¹ OLIVIERO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional**. Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, Vol. 17 - n. 1 jan-abr 2012 – p. 22, Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178> Acesso em 12 de out de 2020.

Há muito se vem estudando que os reflexos jurídicos das relações transnacionais, no âmbito dos direitos humanos, direitos ambientais e relações trabalhistas, no entanto com o aparecimento do coronavírus, percebe-se que questões de saúde pública também devem ser alvo do denominado pluralismo jurídico transnacional.

Após 10 meses de pandemia, o mundo sofreu transformações incalculáveis e certamente que jamais serão capazes de regressar ao *status* anterior ao coronavírus. Os impactos dessa nova realidade nos levam a caminhar para a frente, ampliando cada vez mais o espaço para comunicação transnacional, evitando assim a ocorrência de novos casos de mistanásia na iminência de nova pandemia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Praticamente não se tem notícias de quem não tenha sido afetado de alguma forma pelo vírus, e não só negativamente, pois muitos negócios foram grandemente beneficiados pelos reflexos da pandemia, como por exemplo a indústria farmacêutica e as provedoras de teleconferências. No entanto, infelizmente observou-se muito mais reflexos negativos, principalmente quanto ao número de vidas perdidas vítimas desse mal. Como presente estudo, concluiu-se que situação mundial certamente teria apresentado reflexos diferentes se tivéssemos um organismo transnacional, interessado no bem comum e engajado em dar aos Estados tratamento equânime em situações excepcionais como esta.

A morte por ausência de recursos para tratamento do Covid-19, a mistanásia, é algo que já alcançou os 5 continentes. Para evitar que esse cenário se repita, é imperativa a necessidade de criação de espaços transnacionais capazes de regulamentar e ainda padronizar os protocolos de enfrentamento de pandemias com maior equivalência entre os Estados.

Um plano de contingência transparente a nível transnacional deve ser capaz de suprir as desigualdades existentes entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, para que, eventualmente na iminência de outra pandemia, possamos diminuir significativamente os efeitos e reflexos decorrentes de um evento desta magnitude.

A criação de um espaço transnacional não impedirá a ocorrência de uma nova pandemia, o que vai definir o tamanho da catástrofe é o amadurecimento das pessoas para lidar com situações excepcionais e *sui generes* como esta e a existência de leis transnacionais que unifiquem os procedimentos e os protocolos de combate.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSOCIAÇÃO DE MEDICINA INTENSIVA BRASILEIRA. **Recomendações da AMIB (Associação de Medicina Intensiva Brasileira), ABRAMEDE (Associação Brasileira de Medicina de Emergência, SBGG (Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia) e ANCP (Academia Nacional de Cuidados Paliativos) de alocação de recursos em esgotamento durante a pandemia por COVID-19.** Disponível em:

https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio__Versa__o_2__Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf Acesso em 15 de jul de 2020.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo.** Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL – MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Informações Atualizadas.** Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46764-coronavirus-43-079-casos-e-2-741-mortes> Acesso em 15 de jul de 2020.

BRASIL – MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença.** Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca> Acesso em 12 de agosto de 2020.

GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade.** Itajaí: UNIVALI, 2020.

LOPES, Cecília Regina Alves. EUTANÁSIA: A última viagem. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 19, p. 1-26. jun./ dez. 2011. Disponível em: www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1720/1363 Acesso em: 18 jul 2020.

MARTIN, Leonard Michael. Eutanásia e Distanásia. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel (orgs.). **Iniciação à bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

OLIVIERO, Maurizio. CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional.** Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, Vol. 17 - n. 1 - p. 18-28 / jan-abr 2012. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635/2178> Acesso em 12 de out de 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN – AMERICANA DA SAÚDE. **Folha informativa COVID – 19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil.** Disponível em:

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 Acesso em 17 de jul de 2020.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: por que abreviar a vida?** São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo/ Edições Loyola, 2004.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional.** In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Interfaces entre Direito e Transnacionalidade. Itajaí: UNIVALI, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus.** Coimbra. Edições Almedina, 2020.

SIAARTI – PRO VITA CONTRA DOLOREM SEMPER. RACCOMANDAZIONI DI ETICA CLINICA PER L'AMMISSIONE A TRATTAMENTI INTENSIVI E PER LA LORO SOSPENSIONE, IN CONDIZIONI ECCEZIONALI DI SQUILIBRIO TRA NECESSITÀ E RISORSE DISPONIBILI Disponível em <http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20%20Covid19%20%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf> Acesso em 20 de jul de 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1o quadrimestre de 2020. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em 12 de out de 2020.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização de dimensão Jurídica.** In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.). Direito de transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Coronavirus Disease (Covid-19) Dashboard.** Disponível em: <https://covid19.who.int> Acesso em 15 de jul de 2020.

A PANDEMIA DE 2020 COMO UM DESASTRE TRANSNACIONAL E UM NOVO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL PARA O MOMENTO POSTERIOR

Rozi Engelke⁴²

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a temática da Teoria Jurídica e Transnacionalidade, analisando as alterações provocadas pela pandemia decorrente do Coronavírus (COVID-19), um desastre biológico transnacional segundo a OMS e declarada no Brasil como emergência de saúde pública de importância internacional (lei nº 13979/2020) e a relação de suas consequências com o neoliberalismo.

Este pequeno estudo dedica no primeiro item, especial atenção aos conceitos de pandemia, as características no novo Coronavírus, responsável pela doença COVID-19 e o impacto desta na sociedade civil a atrair uma crise econômica comparável com a crise de 1929. Em análise também, a caracterização da pandemia como desastre biológico transnacional, capaz de comprometer a estabilidade social e atrair uma crise econômica. Como corolário do neoliberalismo em oposição ao *welfare state*, perpassa o estudo pela sugestão de alteração de percepção da economia, convolvando a atual economia linear em economia circular e conjugando a ideia de decrescimento da sociedade como forma de estabilização pós-pandemia.

Após, no item subsequente, além da posição em relação à sociedade, desenvolve-se a ideia de um Novo Direito do Trabalho baseado em três alicerces a regulação estrita do tempo de trabalho, garantia da renda mínima universal e defesa do meio ambiente do trabalho, para que haja uma melhor qualidade de vida para os Brasileiros no futuro.

O objetivo investigatório do presente artigo consiste em apresentar uma sugestão de um Novo Direito do Trabalho para, em conjugação ao decrescimento da economia, garantir uma melhor qualidade de vida à população economicamente ativa do Brasil como forma de evitar ou minimizar futuros efeitos de novas emergências de saúde pública ou pandemia que certamente

⁴² Mestranda em Território, Urbanismo y Sostenibilidad Ambiental pelo Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales, Universidade de Alicante – Espanha. Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Brasil. Juíza do Trabalho Titular da 12ª Vara do Trabalho de Porto Alegre no TRT da 4ª Região. E-mail: roziengelke72@gmail.com. Vice coordenadora acadêmica da Escola Judicial do TRT da 4ª Região na gestão 2019-2021.

Artigo científico para a disciplina de Teoria Jurídica e Transnacionalidade, ministrada pela professora Dra. Heloíse S. Garcia.

virão ocorrer.

Para o presente estudo, concernente à metodologia empregada, foi utilizado o método indutivo e para sua conclusão uma base lógica dedutiva. Este artigo visa a conclusão da disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade e o tema tratado adere ao seu referente por se tratar a pandemia de um desastre biológico transnacional.

1. PANDEMIA COMO DESASTRE TRANSNACIONAL. CRISE ECONÔMICA E LIÇÕES DECORRENTES.

1.1 A pandemia decorrente da COVID-19 como desastre biológico transnacional

O ano de 2020 iniciou já com informações da China, acerca do Coronavírus, uma nova versão de outro já conhecido pela ciência de longa data, que teria sido transmitido de animais para pessoas (vírus zoonótico)⁴³.

O Coronavírus não é novo para a comunidade médica, é uma família de vírus que causam infecções respiratórias, já tendo sido identificado pela primeira vez esse agente infeccioso em humanos e isolado em 1937, porém, somente foi descrito como Coronavírus em 1965, quando a análise de perfil na microscopia revelou sua aparência semelhante a uma coroa. Já o novo vírus, descoberto apenas em 31 de dezembro de 2019, foi nomeado tecnicamente de SARS-COV-2, sendo da mesma família, motivo pelo qual começou a ser chamado de novo Coronavírus. Os primeiros casos desse agente foram registrados em Wuhan, na China⁴⁴.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou em 30 de janeiro de 2020 que o surto da doença causada pelo novo Coronavírus (COVID-19) – doença respiratória nova, cuja transmissão ocorre principalmente de pessoa a pessoa – constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional⁴⁵.

Na sequência, entrou em vigor, no Brasil, a lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, onde o governo federal tratou de forma inicial as medidas que poderiam ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do

⁴³ Neste sentido o doutrinador Délton Winter Carvalho, em opinião apresentada sob o título A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2>. Acesso em 27.04.2020

⁴⁴ Entenda a diferença entre Coronavírus, Covid-19 e Novo Coronavírus. <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/entenda-a-diferenca-entre-coronavirus-covid-19-e-novo-coronavirus>. Acesso em 20.04.2020

⁴⁵ Novel Coronavirus(2019-nCoV) Situation Report – 10. Disponível em https://www.who.int/docs/default-source/Coronaviruse/situation-reports/20200130-sitrep-10-ncov.pdf?sfvrsn=d0b2e480_2. Acesso em 20.04.2020

Coronavírus responsável pelo surto⁴⁶.

Somente em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que a doença provocada pelo Coronavírus (COVID-19) como uma pandemia, conforme anunciado pelo chefe da agência, Tedros Ghebreyesus, em Genebra nesta data⁴⁷.

A pandemia provocada pelo Coronavírus (COVID-19) é um desastre biológico transnacional.

Conforme afirma Délton Winter Carvalho⁴⁸, desastres correspondem:

[...] a uma relação semântica pendular entre: (i) causas e (ii) consequências, de tal magnitude capazes de comprometer a (iii) estabilidade social. Os desastres consistem, conceitualmente, em cataclismo sistêmico de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas.

O mesmo autor, mas em outro artigo⁴⁹, apresenta conclusão de que a pandemia provocada pelo Coronavírus (COVID-19) é um desastre, tanto que assim se posiciona:

Os números da Covid-19 demonstram, sem necessidade de maior aprofundamento, que esta se enquadra como desastre, também a partir da análise de sua intensidade, superando não apenas o número de óbitos (a), mas o número de atingidos (b), como também, a declaração de Estado de Emergência (d). Não bastassem todos estes “atributos”, a presente pandemia tem um gravíssimo efeito colateral econômico.

Releva notar que a declaração de pandemia demonstra a preocupação que o novel vírus despertou na comunidade mundial.

Para que a pandemia seja declarada é porque o pior cenário foi verificado em termos de áreas infectadas: ela acontece quando uma epidemia alcança níveis mundiais, afetando várias regiões ao redor do globo terrestre. Para a OMS declarar a existência de uma pandemia, países de todos os continentes precisam ter casos confirmados da doença⁵⁰.

Antes do COVID-19, a última pandemia verificada ocorreu em 2009, quando a gripe A (Influenza) foi assim declarada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

A caracterização como desastre transnacional é verificada porquanto a Transnacionalidade

⁴⁶ Brasil. Lei nº 13979/2020. Disponível em http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em 20.04.2020

⁴⁷ Coronavírus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 51. https://www.who.int/docs/default-source/Coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10. Acesso em 21.04.2020

⁴⁸ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020. p. 52-60.

⁴⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2>. Acesso em 27.04.2020

⁵⁰ Entenda a diferença entre epidemia, pandemia, endemia e surto. <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/entenda-diferenca-entre-epidemia-pandemia-endemia-e-surto.html>. Acesso em 21.04.2020

remeteria à ideia daquilo que “[...] atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por consequência, traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado⁵¹.”

Assim, o reconhecimento da pandemia decorrente do Coronavírus como desastre transnacional pode ser fundamentado porque a pandemia já foi declarada pela OMS, considerando que a doença possui casos confirmados em todos os continentes do planeta; o desastre é reconhecido pelo governo federal quanto editou a lei nº 13979/2020 declarando as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavirus.

Conforme o “Centre for Research on the Epidemiology of Disasters”⁵² desastres tratam-se de situações que superam a capacidade local, necessitando um pedido de auxílio externo em nível nacional ou internacional, bem como eventos imprevistos e, frequentemente, súbitos, que causam grande dano, destruição e sofrimento humano. Para este centro de pesquisa, ao menos um dos critérios que seguem deve ser preenchido para a configuração de um evento danoso à condição de desastre: (a) 10 ou mais mortes humanas (efetivas ou presumidas); (b) pelo menos 100 pessoas atingidas (necessitando de comida, água, cuidados básicos e sanitários; desalojados e feridos); (c) ter sido declarado estado de emergência; (d) ter havido um pedido de ajuda internacional. No caso concreto o número de mortes é ainda incontável, o número de atingidos supera a casa de milhões pelo mundo, sendo que só no Brasil já supera 1.000.0000 e o estado de emergência foi declarado pelo governo federal.

E, por fim, o desastre é transnacional porque se evidencia do atingimento global da pandemia, a sua desterritorialização, decorrente de um ordenamento jurídico mundial à margem da soberania dos Estados. O Estado soberano não desaparece, mas relativiza-se em determinadas dimensões legais. É o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidade entre atores de unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais. Discorrendo sobre a transnacionalidade pede-se vênica para parafrasear Joana

⁵¹ GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança Transnacional**. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. Interfaces entre Direito e Transnacionalidade. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 18.

⁵² Vos, F.; Rodriguez, J.; Below, R.; Guha-Sapir, D. **Annual disaster statistical review 2009: the numbers and trends**. Brussels: Cred, 2010. p. 12. Disponível em https://www.who.int/hac/techguidance/ems/annual_disaster_statistical_review_2009.pdf. Acesso em 16.06.2020.

Stelzer⁵³.

A transnacionalidade surge como fenômeno reflexivo da globalização que possibilitou, desde o início, a maior amplitude deste desastre biológico que se espalhou pelo mundo a ponto de gerar uma pandemia e agora precisa de uma ordem transnacional para tratamento e erradicação deste vírus – ou no mínimo o seu controle.

O efeito da transnacionalização do desastre não significa uma redução da soberania de cada país, mas um ordenamento comum com força cogente nos vários Estados como forma de uma deliberação comum para erradicar a COVID-19. Neste ponto, a OMS deve agir como personagem principal.

Somente uma análise global dos efeitos transnacionais desta pandemia pode vir a salvar o Brasil e demais países envolvidos de uma crise econômica que se avizinha.

1.2. A crise econômica, decrescimento e uma economia circular aplicada

Os efeitos do COVID-19 aumentam temores de recessão seguida de depressão na economia mundial. As bolsas de valores passaram por momentos difíceis em todo o mundo e, na Europa, a recessão parece inevitável. A paralisa da China no início do ano pesa fortemente no crescimento doméstico de inúmeros países porque as cadeias de suprimentos de multinacionais precisam de componentes produzidos nas fábricas chinesas para garantir sua produção. O consumo nos países ocidentais será fortemente afetado. Turismo, transporte aéreo, lazer já estão sofrendo as consequências. Uma recessão global seguida de depressão está se aproximando. Na Europa, isso parece inevitável. A economia mundial caminha na corda bamba já a algum tempo e a pandemia decorrente da COVID-19 parece ser um forte golpe⁵⁴.

Cabe observar que uma depressão econômica é caracterizada por um estado agravado de recessão sempre acarretando consequências negativas para a economia mundial. Há diferenças entre recessão e depressão econômica. Recessão ocorre quando há declínio do Produto Interno Bruto (PIB) por dois ou mais trimestres consecutivos. Depressão econômica, por sua vez, consiste num longo período caracterizado por vertiginosa queda do PIB, numerosas falências de empresas,

⁵³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009. P. 12

⁵⁴ Alcoforado, Fernando. **O MUNDO RUMO À DEPRESSÃO ECONÔMICA**. 2020. https://www.academia.edu/42211547/O_MUNDO_RUMO_%C3%80_DEPRESS%C3%83O_ECON%C3%94MICA. Acesso em 21.04.2020

crescimento elevado do desemprego, escassez de crédito, baixos níveis de produção e investimento, redução das transações comerciais, alta volatilidade do câmbio, com deflação (queda nos preços) ou hiperinflação (alta de preços) e crise de confiança. As maiores depressões econômicas da história foram as de 1815, 1873 e 1929. Entre elas, a mais grave foi, sem dúvidas, a de 1929⁵⁵.

Um novo Direito do Trabalho no Brasil, baseado em uma nova razão do mundo é a resposta para o enfrentamento deste e dos próximos desafios que a população brasileira precisa enfrentar.

Este desastre transnacional, tem várias lições a nos dar, se quisermos recebê-las. A primeira delas é a insustentabilidade do modelo anterior, baseado na exploração ilimitada da mão de obra - seres humanos - e da terra - recursos naturais finitos, a chamada economia linear⁵⁶.

Nas palavras de Latouche⁵⁷ sobre a forma atual de tratamento do nosso planeta: “A capacidade de regeneração da Terra já não consegue acompanhar a demanda: o homem transforma os recursos em resíduos mais rápido do que a natureza consegue transformar esses resíduos em novos recursos”.

No Brasil, sob o aspecto político, estamos na passagem do neoliberalismo para algo ainda pior, como um ultraliberalismo⁵⁸, classificado como um neoliberalismo selvagem. Mas talvez mais importante que constatar o fracasso é identificar que a tragédia global, que ora se desenrolou, está embutida no modelo neoliberal.

Parafraseando Paulo Marcio Cruz⁵⁹, no nível econômico, o neoliberalismo professa que o mercado livre, que se tem hoje em dia, coordena adequadamente as ações individuais de caráter econômico para se conseguir um acervo de riquezas maior do que se poderia ter com outros métodos de organizar a economia, principalmente frente àquelas perpetradas pelo Estado de Bem-Estar, como a planificação, intervenção e economia mista.

Assim, para o neoliberalismo, a racionalidade dos agentes individuais, famílias e empresas,

⁵⁵ O conceito não é da autora, mas disponível em vários sítios da internet de forma ampla, sem que se tenha localizado a fonte oficial.

⁵⁶ A Fundação Ellen MacArthur define economia linear como aquela que empresas extraem materiais, aplicam energia para fabricar um produto, vendem o produto a um consumidor final que, em seguida, o descarta quando não funciona mais ou não serve ao propósito do usuário.

⁵⁷ LATOUCHE, Serge. **Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno**. Tradutora Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2009. 1.ed. p. 27

⁵⁸ ROCHA, Bruno Lima. **Estamos diante de uma ameaça ultraliberal?** Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/582176-estamos-diante-de-uma-ameaca-ultraliberal>. Acesso em 22.05.2020.

⁵⁹ CRUZ, Paulo Marcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Ed Juruá. Curitiba. 3ª ed. ISBN: 85-362-0257-2. P. 233

que buscam a máxima vantagem nas transações econômicas que fazem, assegura o uso mais eficiente e econômico dos escassos recursos disponíveis atualmente no mercado e na economia. Não há uma preocupação com o bem-estar coletivo, mas apenas com o individual, onde as pessoas mais destacadas ou mais meritórias obtêm, inegavelmente, maiores vantagens.

Na concepção do mesmo autor, para os neoliberais, os governos têm uma racionalidade diferente. Não tendo que fazer frente à necessidade de obter recursos através do lucro para manter-se atuando no mercado, não balizam seus custos com seus benefícios. Sua mentalidade é mais política, já que supõe, na ótica neoliberal, que uns cidadãos são mais dignos que outros para receber o dinheiro público. Por estas razões, suas decisões não logram soluções ótimas do ponto de vista do uso dos recursos públicos escassos, mas sim, desperdícios e obras que se mostram verdadeiros “elefantes brancos”. A visão é estritamente econômica.

A crítica ao *Welfare State* é outro tema recorrente dos neoliberais. Esta crítica tem dois aspectos: um deles é, naturalmente, o gasto público gerado pela intervenção estatal. O financiamento da seguridade social absorveria a poupança das famílias e das empresas, impedindo que fossem usados de forma mais eficiente, como na atividade produtiva. Desta maneira a poupança, que já seria limitada pelo crescimento incessante da pressão fiscal, dizem, desvia-se para o financiamento de atividades não produtivas, subtraindo-a de setores produtivos. O outro aspecto é mais filosófico, já que encara o Estado de Bem-Estar como uma ameaça à liberdade individual ou, pelo menos, como um fator inibidor à iniciativa privada e ao “direito que tem cada pessoa de valer-se por seus meios”⁶⁰, na medida em que os cidadãos se acostumam ao paternalismo do Estado que, ao garantir uma proteção muito ampla para as eventualidades da vida profissional, tira dos indivíduos o estímulo ao trabalho e os faz menos aptos para assumir riscos e para obter maiores vantagens numa economia competitiva.

Contudo, sob o aspecto social, a pandemia deflagrada pelo Coronavírus demonstra uma lição muito importante: os desastres biológicos transnacionais - este, os do passado recente e os próximos - tomam proporções catastróficas devido ao modelo. Em relação à crise da Covid-19, essa constatação é fácil: O estilo de vida atual tornou o vírus um potencial massacre de proporções mundiais. O vírus, provavelmente surgido de uma exploração animal, aproveitou-se da grande circulação de pessoas no mundo para de maneira quase instantânea estar presente nos quatro cantos do mundo.

⁶⁰ TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**, p. 389 in CRUZ, Paulo Marcio. Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo. Ed Juruá. Curitiba. 3ª ed. ISBN: 85-362-0257-2. P. 234.

Entretanto, esta crise nos mostra que isso não seria suficiente para realizar o estrago que vivenciamos em termos de contágio e morbidade, estilo de vida e economia no Brasil: o que realmente causou o isolamento social e um alto número de mortes é a precarização de vida e trabalho e desmonte do Estado de Bem-Estar Social, tornando grande parte da população totalmente vulnerável.

O neoliberalismo critica o chamado Estado de Bem-Estar Social, ou *Welfare State*⁶¹ e defende o estado mínimo, onde a sociedade civil seria o gerador da solidariedade social, neste sentido defende David Green citado por Anthony Giddens⁶²:

No neoliberalismo os pequenos pelotões da sociedade civil deveriam ter permissão para florescer e o farão se não forem impedidos pela intervenção estatal. Diz-se que as virtudes da sociedade civil, se esta fosse deixada por sua própria conta, incluiriam: “Bom caráter, honestidade, dedicação, hora, serviço, autodisciplina, tolerância, respeito, justiça, auto-aperfeiçoamento [sic], confiança, civilidade, firmeza, coragem, integridade, diligência, patriotismo, consideração pelos outros, frugalidade e reverência.

Ainda, parafraseando Giddens, desta vez por ele mesmo, o neoliberalismo seria antagonista do *Welfare State*, por dizer que é um dos seus traços mais característicos, onde diz que esse é a fonte de todos os males, de maneira muito parecida àquela como o capitalismo era visto outrora pela esquerda revolucionária.

Prossegue o Anthony Giddens sobre o neoliberalismo e o Estado do Bem-Estar dizendo:

O que provê o bem-estar social se o *welfare state* deve ser desmantelado? A resposta é um crescimento econômico conduzido pelo mercado. *Welfare* deveria ser entendido não como benefícios estatais, mas como maximização do progresso econômico, e, portanto, riqueza geral, permitindo-se ao mercado operar seus milagres. Essa orientação é geralmente acompanhada de um desprezo pelos problemas ecológicos como histórias de terror⁶³.

Contudo, o neoliberalismo, que agora segue as pegadas preconizadas por Anthony Giddens deixa a antever que a exploração da mão de obra pelo próprio homem e da terra quanto aos seus recursos finitos, não podem subsistir porquanto não se verifica concretizado o crescimento

⁶¹ De início, chama a atenção de que a expressão *welfare state* foi empregada originalmente pelo político inglês, Alfred Zimmern, nos anos 1930, para contrastar a evolução do Estado britânico, de um *power state* para um *welfare state*. No entanto, o conceito de Estado de bem-estar social não pode ser reduzido à concepção original de Zimmern. Este é usado no debate contemporâneo como um Estado que provê “um conjunto de programas governamentais para assegurar o bem-estar dos cidadãos face às contingências da vida moderna, individualizada e industrializada. KERSTENETZKY, Celia Lessa Kerstenetzky. **O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão**. In CADERNOS do DESENVOLVIMENTO, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, pp.313-320, jul.-dez. 2013 p. 313

⁶² GREEN, David. **Reinventing Civil Society** in GIDDENS, Anthony. A terceira via. Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Aria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2001 (p. 22).

⁶³ GIDDENS, Anthony. A terceira via. Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Aria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2001 (p. 23-24).

econômico previsto por Green se desmantelado o Estado do Bem-Estar.

Quanto aos recursos finitos da terra, explorados pela economia linear, já foi objeto de análise por esta mesma autora em dissertação do mestrado quando defende a convolação para a economia circular⁶⁴:

Atualmente a economia linear é baseada em extrair recursos naturais, transformar em bens utilizáveis pela sociedade, consumir e descartar, já a economia circular inova o ciclo de vida útil dos recursos, baseando-se na ideia em extrair recursos naturais, transformar em bens utilizáveis pela sociedade, consumir, gerar resíduos sólidos, transformar estes em matéria prima secundária e transformá-los em novos bens utilizáveis pela sociedade num ciclo permanente de reciclagem com descarte menor de resíduos.

Assim, dentre várias mudanças necessárias, mister também uma nova visão sobre a forma em que o homem explora os recursos naturais bem como trabalho remunerado é exercido hoje no Brasil, trazendo-se uma nova luz para análise.

2. NOVO DIREITO DO TRABALHO APÓS A PANDEMIA

A pandemia há de se encerrar, espera-se, em momento breve, quiçá no final de 2020, contudo, essa é uma crise que segue várias outras e tem conduzido o Brasil no caminho do neoliberalismo e, talvez, o ultraliberalismo, caminho esse que se tem por equivocado em face do desmonte e excesso de crítica ao *welfare state*.

2.1. Diversas formas de trabalho e o decrescimento

A técnica do isolamento social tem sido a estratégia para combate à pandemia, como já o foi em Veneza à época da peste negra⁶⁵. Esta estratégia decorre atualmente da insuficiência do sistema de saúde, sendo que os países em que não há um serviço público suficiente são e serão os mais atingidos, e aqueles com bom serviço público de saúde sairão melhor desta pandemia. Assim, parece clara a ligação entre a presente crise e o modelo dominante que rechaça o *welfare state*⁶⁶.

⁶⁴ ENGELKE, Rozi. **O trabalho em cooperativas de reciclagem no Brasil como forma de implementar a Economia Circular e alcançar a Sustentabilidade Social**. Dissertação de mestrado acadêmico. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Ainda não defendida.

⁶⁵ RAMOS, Diana. **Quarentena e Isolamento: A Peste Negra e a origem da Quarentena em Veneza**. Disponível em <https://www.bn.gov.br/acontece/noticias/2020/04/quarentena-isolamento-pestes-negra-origem-quarentena>. Acesso em 20.05.2020

⁶⁶ Sobre o tema do welfare State e formas de sair da crise a Celia Lessa Kerstenetzky, Ph.D em Ciências Políticas fala em entrevista sobre como a Itália mantém o welfare State e os fundos de crise mantidos para os empregados e empregadores saírem da crise. Disponível em

Mas não é só isso: a constatação não é só de que a grandiosidade da crise é devida ao modelo adotado até aqui, mas também de que o neoliberalismo é absolutamente incapaz de fazer-nos sair dessa crise, para não dizer que ele só tem condições de piorar a situação. Não se deve buscar a volta de uma normalidade que nos fez chegar até aqui, mas sim construir uma nova razão do mundo, conforme preceitua Rodrigo de Lacerda Carelli⁶⁷.

Esperar que os governantes e o povo amadureçam a ponto de chegar nos ditames preconizados por David Green – acima citado e para um estado neoliberal – parece-nos pouco salutar e de uma utopia inenarrável.

Neste sentido, nos cabe imaginar uma solução viável. Veja-se que a crise ecológica não foi suspensa com a pandemia: pelo contrário, ela se tornou mais visível. Águas límpidas surgem em balneários antes tido como inóspitos, céus azuis surgem acima de cidades antes que tinham um teto cinza sobre as cabeças de seus habitantes, salvando dezenas de milhares de vidas pela redução da poluição⁶⁸.

A continuação de uma sociedade baseada no consumismo levará à extinção de nossa espécie, haja vista que o planeta Terra irá subsistir, a espécie humana é que tende a desaparecer⁶⁹. Deve haver claramente uma mudança na forma de vida na Terra do Antropoceno⁷⁰, baseada atualmente em um crescimento eterno e contínuo, em um planeta de recursos finitos.

Esse pressuposto só pode causar cada vez mais crises, progressivamente mais graves e mais traumáticas. Ora, justamente uma das lições mais claras da pandemia é que não precisamos comprar tanto. Se para salvar a economia temos que reabrir os negócios para voltarmos a comprar o que não precisamos nessas semanas de quarentena, o problema, logicamente, está na própria economia. Ou seja, uma outra economia deve ser criada, na qual não sejamos obrigados – ou nos sintamos obrigados pela mídia, a comprar aquilo que não nos é necessário.

Outro ponto importante é a redução da nossa circulação. Esses dias de quarentena

https://www.youtube.com/watch?v=FUIH1Kl6Bbc&feature=youtu.be&fbclid=IwAR1XFT4cX0YAz0iOrRCLxHuWGuAii-woAWRbBR0-EXErJobyQ_QmgZdreE. Acesso em 20.05.2020.

⁶⁷ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **LINHAS DE UM DIREITO ECOLÓGICO DO TRABALHO: ECOLOGIA SOCIAL E LIÇÕES DA PANDEMIA**. Disponível em <http://www.cwacipping.net/sistema/cliente/materia?security=d323dde58da9.8542818.14187354&rn=1>. Acesso em 07.05.2020

⁶⁸ PAIVA, Victor. **Canais de Veneza estão com águas cristalinas por ausência de turistas**. Disponível em <https://www.hypeness.com.br/2020/03/canais-de-veneza-estao-com-aguas-cristalinas-por-ausencia-de-turistas/> e Confinada, Nova Délhi redescobre o céu azul e respira melhor. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/22/interna_internacional,1140892/confinada-nova-delhi-redescobre-o-ceu-azul-e-respira-melhor.shtml. Acesso de ambos em 20.05.2020

⁶⁹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 43

⁷⁰ VEIGA, José Eli da. **O ANTROPOCENO E A CIÊNCIA DO SISTEMA TERRA**. São Paulo: Editora 34, 2019.

demonstram que não é necessário que transitemos tanto, o que nos expõe a todos os tipos de riscos e acarreta boa parte da poluição de nossas cidades. Se não iremos comprar tanto ou circular tanto, não precisaremos produzir tanto. E não é só isso: deveremos produzir de forma diferente, em cadeias locais de fornecimento, em produção e circulação direta, tanto de bens de consumo quanto de alimentação, aproveitando dos chamados "circuitos curtos de comercialização"⁷¹. O comum deve estar presente nas novas formas de produzir e consumir.

Assim, entraríamos numa sociedade do decrescimento imaginada por Latouche⁷²:

O decrescimento é um *slogan* político com implicações teóricas, uma 'palavra-obus' como diz Paul Aries, que visa acabar com o jargão politicamente correto dos drogados do produtivíssimo. Ao contrário de uma ideia perversa que não produz necessariamente uma ideia virtuosa, não se trata de preconizar o decrescimento pelo decrescimento, o que seria absurdo; considerando bem, contudo, não o seria nem mais nem menos do que pregar o crescimento pelo crescimento... A palavra de ordem 'decrescimento' tem como principal meta enfatizar fortemente o abandono do objetivo do crescimento ilimitado, objetivo cujo motor não é outro senão a busca do lucro por parte dos detentores de capital, com consequências desastrosas para o meio ambiente e, portanto, para a humanidade.

O decrescimento da economia não deve ser entendido como um mal, mas sim um objetivo a se atingir, um caminho e um método para a solução dos problemas dos seres humanos neste planeta. Isso somente será possível com a mudança do paradigma, e com o fim da lógica financeira como vetor da economia, com a eliminação do poder dos acionistas sobre os rumos das empresas e dos Estados, o que, no final das contas, determina a vida de todas as pessoas no mundo.

Deve haver a redistribuição das riquezas no mundo para dar conta dessa nova realidade, por meio de tributos pagos pelos mais ricos a financiar as mudanças que deverão ocorrer para garantir uma relativa estabilidade na vida no planeta.

Essa nova visão econômica deve ser universal: seus destinatários não poderão ser classificados com o objetivo de eliminação de qualquer pessoa de sua abrangência. As categorias de empregado, trabalhador autônomo, trabalhador eventual, empresário, cooperado, todas perderão validade ou sentido, sendo necessária uma radical mudança no que se considera como trabalho.

⁷¹FANTINI, Andrea; ROVER, Oscar José, CHIODO, Emilio. **Agroturismo e Circuitos Curtos de Comercialização de Alimentos Orgânicos na Associação "Acolhida na Colônia" - SC/Brasil**. Revista de Economia e Sociologia Rural. Disponível em <https://doi.org/10.1590/1234-56781806-94790560310>. Acesso em 20.05.2020.

⁷² LATOUCHE, Serge. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*. Tradutora Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2009. 1.ed. P. 4

2.2 Direito Trabalho e uma nova visão. Um Novo Direito do Trabalho

A pandemia nos ensina que as pessoas têm diversos afazeres além do que se considera hoje como trabalho juridicamente relevante, qual seja, a realização de tarefas para outra pessoa em troca de pagamento pecuniário, conceito básico que nos é trazido pela CLT em seu art. 3º⁷³ como conceito de empregado. Neste momento percebe-se a relevância das tarefas para a sociedade.

Isoladas, as pessoas compreenderam a importância do trabalho doméstico e do cuidado para a economia do lar, ou melhor, para a própria vida na sociedade. Tais tarefas são trabalho e não é admissível que tais atividades não sejam valorizadas.

O aprofundamento da relação das pessoas com os instrumentos virtuais faz com que as pessoas percebam que isso é trabalho: *lives*, *posts*, curtidas, textos, mensagens, tudo isso é trabalho que gera riqueza na sociedade e devem ser consideradas como tal⁷⁴.

A higiene pessoal e cuidados com a saúde, como idas a médico e a dentista, ou cortar o cabelo, fazer pedicure e exercícios físicos, meditação, ioga, terapia ou mesmo tomar sol também são atividades humanas essenciais que devem ser considerados como trabalho, pois beneficiam toda a sociedade ao trazer saúde para seus membros. Neste sentido quando o Ministério da Educação e Cultura conceitua a saúde: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença⁷⁵”. A pandemia nos ensina que a enfermidade de um pode refletir na saúde da coletividade.

Um Novo Direito do Trabalho surge e será central na nova sociedade pós-pandemia. Para funcionar, de início, esse direito deve ser universal, no mesmo conceito de universal do *Welfare State*: seus destinatários não poderão ser classificados com o objetivo de eliminação de qualquer pessoa de sua abrangência. As categorias de empregado, trabalhador autônomo, trabalhador eventual, empresário, cooperado, todas perderão o sentido conceitual atual. Outro ponto central do Novo Direito do Trabalho é uma radical mudança no que se considera como trabalho.

Assim, a definição de trabalho deve mudar para toda forma de atividade humana que tenha valor social reconhecido. Isso não quer dizer que toda forma de trabalho deva ser remunerada

⁷³ CLT. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

⁷⁴ Neste sentido Joyce Macedo defende em Como ganhar dinheiro com o Instagram disponível em <https://canaltech.com.br/redes-sociais/como-ganhar-dinheiro-com-o-instagram/>. Acesso em 20.05.2020

⁷⁵ Secretaria de Educação Fundamental. **SAÚDE**. <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf> Acesso em 20.05.2020

direta e proporcionalmente a uma tarefa realizada, ou que todos os beneficiados pelo trabalho sejam considerados empregadores, mas sim que todo trabalho deve ser valorizado de alguma forma (na forma de serviços públicos, por exemplo) e todos aqueles beneficiados pelo trabalho alheio, seja de uma pessoa definida ou a partir da multidão, direta ou indiretamente, deverão contribuir para essa valorização, seja remunerando o trabalhador ou pagando impostos que serão revertidos a toda a sociedade, e que alcançarão aqueles que realizaram o trabalho.

Essa segunda forma de remuneração, inclusive, é a mais adequada ao trabalho da multidão, em que micro tarefas são distribuídas por toda a sociedade, como por exemplo em posts em redes sociais e mensagens de WhatsApp. O conceito de empregador deverá ser alterado também, para retornar ao simples e efetivo "empregar ou utilizar alguém em sua atividade econômica", dando margem à figura do co-empregador ou co-empregadores quando um trabalho beneficiar toda uma cadeia produtiva, que será integralmente responsável pelos direitos daquele que trabalha⁷⁶. O fim é de distribuir melhor a riqueza criada pela sociedade e que hoje deixa de ser remunerada e é apropriada por algumas pessoas.

O Direito do Trabalho passaria a funcionar por um tripé de atuação: regulação estrita do tempo de trabalho, garantia da renda mínima universal e defesa do meio ambiente do trabalho⁷⁷.

2.2.1 Regulação estrita do tempo de trabalho

O Direito do Trabalho é essencial não somente para a valorização de atividades até agora segregadas e subvalorizadas no mundo atual, mas também para a redução da produção e do consumo, ou seja, do trabalho como se concebe hoje deve ser readequado ao novo paradigma.

Atualmente não só se consome demais, mas também se trabalha demais. E isso é uma mudança de crucial relevância para o novo modelo que se propõe. A hipótese de horas de trânsito para ir e voltar do trabalho e jornadas de 12 horas são completamente devastadoras da vida em nosso planeta, não só para o trabalhador que tem a vida colonizada, mas indiretamente todos os que sofrem com o cataclisma ecológico que se verifica⁷⁸.

⁷⁶ Sobre o tema, verificar conceitos de grupo econômico e responsabilidade solidária e subsidiária no direito do trabalho, além do quanto previsto na súmula nº 331 do TST.

⁷⁷ Conforme alhures registrado, a ideia original é de Rodrigo de Lacerda Carelli e aqui desenvolvida, sendo agregados novos conceitos.

⁷⁸ Sobre o tema Marisa Aparecida Elias e Vera Lúcia Navarro discorrem sobre a relação entre o trabalho e o adoecimento nos profissionais de enfermagem no Brasil. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692006000400008>. Acesso em 21.05.2020

Além disso, hoje há uma invasão do tempo de trabalho remunerado sobre o tempo de vida completamente inaceitável, que ficou ainda mais claro durante a pandemia, em que os trabalhadores sonham em retornar aos escritórios das empresas para proteger seu tempo de viver. O tempo de trabalho deve ser reduzido para a proteção das pessoas, para que não se adoentem e ocupem os hospitais de maneira desnecessária e indesejada.

Economistas afirmam que o nível de emprego anterior não será alcançado no curto ou mesmo médio prazo, devido à necessidade de medidas futuras para contenção do vírus e a profundidade da crise econômica, só comparável à década de 1930⁷⁹. Assim, este é o momento para alterações tão profundas quanto as realizadas após esse período de crise no século passado.

E uma primeira providência é justamente afastar a ideia habitual e notória entre a população de que não há trabalho para todos. Inicialmente, isso decorre da utilização de um conceito propositalmente restrito de trabalho, que elimina a valorização de uma série de atividades humanas, em sua maior parte realizada pelas mulheres. Assim, a eliminação do viés de gênero do conceito atual de trabalho, além dos demais vieses que impedem que outras atividades sejam reconhecidas como trabalho, de pronto aumentaríamos o trabalho existente.

A partir disso, partiríamos para sua distribuição. Como é cediço, uma das principais variáveis para o emprego é o tempo de trabalho, a jornada de trabalho⁸⁰. Quanto maior a jornada de trabalho realizada em um país, menos pessoas ocuparão postos de trabalho. Ao inverso, quanto menor o teto da jornada de trabalho, mais pessoas estarão ocupadas. A carga horária semanal deve ser diminuída até um ponto ideal em que toda a população economicamente ativa possa estar em atividade.

Para este sistema não são permitidas as horas extraordinárias ou suplementares, sendo estas apenas excepcionais, na esteira das origens da CLT em 1943 que ainda prevê em seu art. 61: *“Art. 61 - Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto”*. Em que pese o conceito de jornada extraordinária original tenha uma semântica com a extraordinariedade da prorrogação da jornada de trabalho, hoje o conceito parece ser tido como ultrapassado, sendo

⁷⁹ Neste sentido: GODOY, Denyse; ESTIGARRIBIA, Juliana; FLACH, Natália; FLACH, Rodrigo. **Quem vai salvar a economia do coronavírus?** Disponível em <https://exame.com/revista-exame/quem-vai-salvar-a-economia/>. Acesso em 21.05.2020

⁸⁰ A palavra “jornada” tem origem no termo em italiano “giorno” que significa dia. Portanto, a jornada refere-se sempre ao tempo de trabalho durante um dia. É a duração diária do trabalho.

normal jornadas de 12 horas. Ou seja, o que era para ser excepcional, apenas extraordinário, parece ter se tornado o normal nas atividades econômicas⁸¹.

Essa limitação estrita da jornada deve ser realizada em relação a todo trabalhador, e não em relação a um emprego. Assim, se um trabalhador prestar serviços a mais de um tomador, essas cargas horárias deverão ser somadas. O enfoque do Novo Direito do Trabalho sai do emprego ou mesmo do posto de trabalho e passa para a pessoa que trabalha, sempre visando aos fins da saúde deste trabalhador.

Essa regulação deve ser realizada para qualquer tipo de trabalhador, não fazendo sentido a diferenciação entre qualificação de empregado ou autônomo – em suas várias espécies como cooperado, avulso, empresário individual (MEI) ou empreiteiro. A pandemia nos mostra que certos valores de segurança e saúde da sociedade prevalecem sobre o interesse individual, inclusive com regulamentação sobre o tema na lei nº 13979 de 06 de fevereiro de 2020.

Da mesma forma como uma pessoa não tem o direito de descumprir as normas de isolamento social e frequentar ambientes públicos como praia, restaurantes e bares, os trabalhadores passariam a não ter o direito individual de ultrapassar a jornada de trabalho, para proteção da sua saúde e de todos, para a proteção ao meio-ambiente, além do interesse social na distribuição do trabalho. Exceções poderiam ser imaginadas e regulamentadas para casos excepcionais como pesquisadores, professores e alguns outros casos eventuais e normatizados.

Para o cumprimento dos objetivos do Novo Direito do Trabalho, a forma de remuneração por tarefa ou produção deve ser proibida porquanto enseja que o trabalhador destine o maior tempo de trabalho com vistas a perfazer maior contraprestação pecuniária⁸².

Aqui não se quer desestimular o empreendedorismo, mas a exploração da mão-de-obra trabalhadora com mais horas de trabalho em troca de uma percepção pouco maior de dinheiro.

A regulação da jornada assume um caráter muito maior do que o atual, que tem objetivos muito restritos e se submete ao interesse particular e imediato do trabalhador e do empresário. A carga horária também não pode ficar a cargo da autorregulação coletiva, exceto para a obtenção de sua redução, tendo em vista especificidade dos representados. Hoje a Constituição Federal

⁸¹ Por não ser o objeto do artigo, sequer se entra na discussão sobre os bancos de horas, possibilidades de compensação de jornada sem o pagamento do adicional de horas extras e prorrogação normal de jornada de trabalho em atividades insalubres.

⁸² Neste sentido, podemos facilmente citar motoboys que recebem por entregas, motoristas por aplicativo e de táxis que recebem apenas pela corrida que fazem, entre outros cuja criatividade por ser exercida futuramente para sua exemplificação.

permite a negociação coletiva para alterar os limites da jornada de trabalho⁸³, mas tal vai ao encontro dos preceitos do Novo Direito do Trabalho.

Outra necessária ligação entre o Direito Coletivo de Trabalho e o Novo Direito do Trabalho é que as organizações representativas da sociedade civil, inclusive sindicatos, devem ser ampliadas e se voltarem para a multidisciplinaridade e a visão holística⁸⁴ dos problemas para perceber todas as suas facetas.

2.2.2 Garantia de renda mínima ou renda básica universal

Somente com a renda mínimo ou renda básica universal seria possível ao mesmo tempo realizar o decrescimento e impedir que as pessoas concorram pelos postos de trabalho, aceitando baixos salários e grandes jornadas, ou seja, é uma das bases do Novo Direito do Trabalho.

Não se pode olvidar, ainda, que há uma geração de desempregados digitais que perderam seus postos de trabalho em face de inovações tecnológicas e – de uma forma ou de outra – não se adaptam às novas tecnologias. Para esta geração é também possível defender benefícios continuados como uma renda básica universal, até o encerramento desta geração. Não se pode olvidar que há pessoas que não se adaptam com a tecnologia pela provável falta de acesso a elas no período anterior ao laborativo - período de crescimento e formação. Para estes, há de existir a renda básica universal como forma de subsistência⁸⁵.

E aqui não se está falando do seguro-desemprego⁸⁶ cuja garantia é temporária, mas de uma renda pequena, mas que garanta a subsistência do trabalhador, aliada a cursos de qualificação, para sua recolocação no mercado de trabalho.

2.2.3 Defesa do meio ambiente do trabalho

O Novo Direito do Trabalho deve entender o trabalho de forma holística, inserido nas

⁸³ Constituição Federal, art. 7º, inciso XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 26.03.2019

⁸⁴ No modo geral, a ideia de observar ou analisar algo ou alguma área da vida de forma global, ou seja, como um todo e não de maneira fragmentada

⁸⁵ Este assunto já foi desenvolvido por esta autora no artigo: **O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: Uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro**. 2020. Revista Científica da Escola Judicial do TRT da 4ª Região. 2ª ed. “no prelo”

⁸⁶ No Brasil a lei nº 7998/90 regulamenta o seguro-desemprego, cujo pagamento mensal máximo é de seis meses, conforme o preenchimento dos requisitos legais.

relações amplas entre as pessoas e os demais elementos deste planeta. O trabalhador será respeitado como mais um elemento da Gaia⁸⁷, e visto como um elemento central por ser hoje a principal força geológica do planeta. Assim, o meio ambiente do trabalho deve integrar-se totalmente com o meio ambiente em geral. A saúde e a higiene do trabalhador devem ser garantidas dentro e fora do ambiente de trabalho, não podendo haver qualquer diferenciação.

Um descontrole no meio ambiente de trabalho causa necessariamente distúrbios no meio ambiente e vice-versa.

O direito a um meio ambiente saudável vem previsto na Constituição Federal, no 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”*.

Na mesma esteira da proteção constitucional o meio ambiente do trabalho também encontra sua proteção, conforme previsto no art. 200, VIII: *Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: ... VIII) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”*.

Os princípios ambientais da precaução e da prevenção deverão ser cotejados quando dos axiomas como o da inovação ou progresso em perfectibilizam. A vida, dentro e fora dos postos de trabalho, é o bem jurídico máximo a ser preservado, sendo inalienável e inegociável.

Adicionais de insalubridade e periculosidade, por serem facetas de mercantilização da saúde, serão substituídos por incentivos positivos e negativos de eliminação dos riscos⁸⁸, sendo vedado ao empregador pagar valor pecuniário para não precisar minimizar riscos ambientais.

A produção, como teve diminuída a sua função de crescimento, que foi substituída pela de preservação, terá como principal norte a proteção ao meio ambiente do trabalho, que conjugará a proteção aos trabalhadores aos demais seres habitantes deste planeta.

⁸⁷ A hipótese Gaia é abordada pelo Autor José Eli da Veiga. Segundo a hipótese, o planeta Terra é um imenso organismo 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. De acordo com a hipótese, os organismos bióticos controlam os organismos abióticos, de forma que a Terra se mantém em equilíbrio e em condições propícias de sustentar a vida. A hipótese Gaia sugere também que os seres vivos são capazes de modificar o ambiente em que vivem, tornando-o mais adequado para sua sobrevivência. Dessa forma, a Terra seria um planeta cuja vida controlaria a manutenção da própria vida através de mecanismos de feedback e de interações diversas.

⁸⁸ A Constituição Federal em seu art. VII prevê no inciso XXIII o pagamento de valores pelo empregador quando a atividade for sujeita a riscos nocivos ou perigosos: “XXIII. adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas que muito precisa ser feito e esta pandemia decorrente do Coronavírus (COVID-19) e a provável crise econômica que se avizinha, apenas retirou o véu da doença que acomete nossa sociedade.

Foi preciso um desastre biológico transnacional para que as pessoas verificassem que o próprio ser humano pode ser responsável por parte do adoecimento do planeta Terra com seu excesso de trânsito, excesso de consumo, descarte excessivo de produtos que poderiam retornar à cadeia produtiva, conforme preceitos da economia circular. É preciso mudar para que a própria raça humana não seja extinta do Planeta Terra, não apenas em decorrência do Coronavírus (COVID-19), mas das políticas econômicas neoliberais que estavam indo na direção de políticas ultraliberais no Brasil.

Para um melhor panorama brasileiro a ser almejado no momento pós-pandêmico, um decrescimento da economia pode ser cogitado pela aplicação dos circuitos curtos de compras, o retorno parcial do *Welfare State*, uma redistribuição das riquezas para dar conta dessa nova realidade, por meio de tributos pagos pelos mais ricos a financiar as mudanças que deverão ocorrer para garantir uma relativa estabilidade na vida no planeta.

Um Novo Direito do Trabalho pode ser pensado para dar mais qualidade de vida aos trabalhadores, com alteração dos conceitos de empregado e empregador, visando abranger todas as formas de trabalho e não apenas o conceito tradicional de trabalho subordinado previsto no art. 3º da CLT, alicerçado em um tripé de valores: regulação estrita do tempo de trabalho, garantia da renda mínima universal e defesa do meio ambiente do trabalho.

A regulação do tempo de trabalho viria na forma de limitação da jornada de trabalho para que as horas despendidas no trabalho remunerado fossem reduzidas para que toda a população economicamente ativa tivesse postos de trabalho disponíveis.

A garantia da renda mínima universal poderia ser pensada como forma de realizar o decrescimento econômico e da produção e impedir que as pessoas concorram pelos postos de trabalho, aceitando baixos salários e grandes jornadas, além de permitir uma garantia de subsistência aos chamados desempregados digitais.

Por fim, o meio ambiente do trabalho deve integrar-se totalmente com o meio ambiente em geral e a saúde e higiene do trabalhador devem ser garantidas dentro e fora do ambiente de trabalho, não podendo haver qualquer diferenciação, sendo vedada a monetarização das

condições nocivas e perigosas do trabalho, sendo premissa do empregador a redução destas condições em detrimento da monetarização do risco à saúde e integridade física.

Essa é uma análise rápida dos efeitos da pandemia e como podemos tirar vantagens deste momento como forma de implementar novos conceitos de saúde e preservação da sociedade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALCOFORADO, Fernando. **O mundo rumo à depressão econômica.** 2020. https://www.academia.edu/42211547/O_MUNDO_RUMO_%C3%80_DEPRESS%C3%83O_ECON%C3%94MICA. Acesso em 21.04.2020

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 20.05.2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 26.03.2019

Brasil. **Lei nº 13979/2020.** Disponível em http://planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em 20.04.2020

BRASIL. **Lei nº 7.998/90.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7998.htm. Acesso em: 20.05.2020.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Linhas de um Direito Ecológico do Trabalho: Ecologia Social e lições da Pandemia.** Disponível em <http://www.cwacipping.net/sistema/cliente/materia?security=d323dde58da9.8542818.14187354&rn=1>. Acesso em 07.05.2020

CARVALHO, Délton Winter de. **A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2>. Acesso em 27.04.2020

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

Confinada, Nova Délhi redescobre o céu azul e respira melhor. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/04/22/interna_internacional,1140892/confinada-nova-delhi-redescobre-o-ceu-azul-e-respira-melhor.shtml. Acesso em 20.05.2020

Coronavírus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 51. https://www.who.int/docs/default-source/Coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10.

Acesso em 21.04.2020

CRUZ, Paulo Marcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Ed Juruá, 2002

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009

ELIAS, Marisa Aparecida; NAVARRO, Vera Lúcia. **A relação entre o trabalho, a saúde e as condições de vida: negatividade e positividade no trabalho das profissionais de enfermagem de um hospital escola**. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692006000400008> Acesso em 21.05.2020

ENGELKE, Rozi. **O futuro do mercado de trabalho em face das novas tecnologias: Uma análise do arcabouço jurídico de tutela no direito do trabalho brasileiro**. 2020. Revista Científica da Escola Judicial do TRT da 4ª Região. 2ª ed. “no prelo”

ENGELKE, Rozi. **O trabalho em cooperativas de reciclagem no Brasil como forma de implementar a Economia Circular e alcançar a Sustentabilidade Social**. Dissertação de mestrado acadêmico. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. Ainda não defendida.

Entenda a diferença entre Coronavírus, COVID-19 e Novo Coronavírus. [https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/entenda-a-diferenca-entre-Coronavírus-COVID-19-e-novo-Coronavírus](https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/entenda-a-diferenca-entre-Coronavirus-COVID-19-e-novo-Coronavirus). Acesso em 20.04.2020

Entenda a diferença entre epidemia, pandemia, endemia e surto. <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/03/entenda-diferenca-entre-epidemia-pandemia-endemia-e-surto.html>. Acesso em 21.04.2020

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 10-28.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Aria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GODOY, Denyse; ESTIGARRIBIA, Juliana; FLACH, Natália; FLACH, Rodrigo. **Quem vai salvar a**

economia do coronavírus? Disponível em <https://exame.com/revista-exame/quem-vai-salvar-a-economia/>. Acesso em 21.05.2020

GREEN, David, Reinventing Civil Society in GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Aria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2001.

KERSTENETZKY, Celia Lessa Kerstenetzky. O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão. In **Cadernos do desenvolvimento**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, pp.313-320, jul.-dez. 2013

LATOUCHE, Serge. **Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACEDO, Joyce. **Como ganhar dinheiro com o Instagram**. Disponível em <https://canaltech.com.br/redes-sociais/como-ganhar-dinheiro-com-o-instagram/>. Acesso em 20.05.2020

Novel Coronavírus (2019-nCoV) Situation Report – 10. Disponível em https://www.who.int/docs/default-source/Coronaviruse/situation-reports/20200130-sitrep-10-ncov.pdf?sfvrsn=d0b2e480_2. Acesso em 20.04.2020

PAIVA, Victor. **Canais de Veneza estão com águas cristalinas por ausência de turistas** Disponível em <https://www.hypeness.com.br/2020/03/canais-de-veneza-estao-com-aguas-cristalinas-por-ausencia-de-turistas/>. Acesso em 20.05.2020

ROCHA, Bruno Lima. **Estamos diante de uma ameaça ultraliberal?** Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/582176-estamos-diante-de-uma-ameaca-ultraliberal>. Acesso em 22.05.2020.

VEIGA, José Eli da. **O Antropoceno e a Ciência do Sistema Terra**. São Paulo: Editora 34, 2019.

Vos, F.; Rodriguez, J.; Below, R.; Guha-Sapir, D. **Annual disaster statistical review 2009: the numbers and trends**. Brussels: Cred, 2010. p. 12. Disponível em https://www.who.int/hac/techguidance/ems/annual_disaster_statistical_review_2009.pdf. Acesso em 16.06.2020.

AS DEMOCRACIAS LIBERAIS E AS NOVAS AMEAÇAS ADVINDAS JUNTO À PANDEMIA DA COVID-19

Matheus José Vequi¹

Eduardo Augusto Fernandes²

Rafael Padilha dos Santos³

INTRODUÇÃO

As democracias liberais do século XXI encontram-se constantemente ameaçadas pelo autoritarismo, pelo isolacionismo, pelo populismo, pelo advento de crises econômicas e pelas inúmeras formas de intolerância. Juntam-se a estes tradicionais riscos, as transformações sociais decorrentes da pandemia da COVID-19. As formas de autoritarismo, consubstanciadas nos governos de decretos e no uso das tecnologias de monitoramento, revestem-se de aparente legalidade ao se vincularem ao discurso de premente necessidade de respostas rápidas no combate ao coronavírus.

Neste sentido, cabe lançar um olhar sobre as novas ameaças à liberdade que surgem no horizonte das democracias liberais, muito em virtude da pandemia da COVID-19. Não se pretende, como é importante esclarecer, identificar todas os riscos quais tais regimes estão submetidos, mas sim abordar as temáticas mais latentes no cenário atual.

Assim, a presente pesquisa tem como escopo identificar as principais ameaças com as quais as democracias liberais se deparam frente as transformações sociais advindas da pandemia da Covid-19. Neste sentido, definiu-se o seguinte problema de pesquisa: quais riscos à existência das democracias liberais advêm das transformações sociais provocadas pela pandemia?

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Graduado em Direito pela Univali e Graduando em Administração Pública pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Endereço eletrônico: matheusvequi@univali.br.

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) em regime de dupla-titulação com o Mestrado em Derecho Público da Universidad de Caldas (Colômbia). Graduado em Direito na Escola de Ciências Jurídicas e Sociais da Univali. Endereço eletrônico: fernandes.eduardo@edu.univali.br.

³ Doutor em dupla titulação pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil) e pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor no Programa de PósGraduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e também no Curso de Mestrado Profissional Internacional Conjunto em Direito das Migrações Transnacionais, coordena o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito das Migrações Transnacionais, leciona na Graduação no Curso de Direito da UNIVALI, e também é advogado. E-mail: padilha@univali.br.

Visando cumprir o objetivo proposto e responder a problemática levantada, o primeiro tópico trata das recentes arbitrariedades observadas a partir da centralização de poder em diversas democracias no mundo, analisando as necessidades de limitação sobre o poder de legislar via decreto em situações de emergência. A segunda parte do trabalho apresenta o risco iminente à liberdade, em virtude da expansão do uso das tecnologias de monitoramento em larga escala, destacando o seu processo de aceitação social frente a pandemia. Por fim, o terceiro tópico oferece uma reflexão acerca endurecimento do discurso protecionista e seus reflexos sobre o liberalismo político.

Registra-se, quanto à Metodologia empregada, que na Fase de Investigação foi utilizado o Método hipotético dedutivo, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano, e, os resultados expressados, compostos conforme a base lógica indutiva⁴.

1. A AMEAÇA DO AUTORITARISMO

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial de Saúde (OMS) recebeu um alerta sobre o surgimento de inúmeros casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei na República Popular da China. Na semana seguinte, autoridades chinesas confirmavam a presença de um novo tipo de coronavírus, identificado como SARS-CoV-2, responsável pela transmissão da COVID-19⁵. O rápido alastramento da doença, fez com que a OMS declarasse emergência de saúde pública de importância internacional no dia 30 de janeiro de 2020, quatro dias após o Brasil confirmar seu primeiro caso da patologia⁶. Naquele momento, o SARS-CoV-2 já havia se espalhado por todos os continentes. Dada a crise global de saúde pública que se alastrava na mesma medida em que causava pânico aos seres humanos⁷, no dia 11 de março de 2020 a OMS alterou o status da COVID-19 para o de pandemia⁸.

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

⁵ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em: 18 jun. 2020.

⁶ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Brasil confirma primeiro caso de infecção pelo novo coronavírus**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6113:brasil-confirma-primeiro-caso-de-infecc-ao-pelo-novo-coronavirus&Itemid=812> Acesso em, 18, jun. 2020.

⁷ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **World Health Organization Guidelines, COVID-19 Pandemic and Transnational Law**. 2020. UNIO Eu law Journal. Disponível em: <https://officialblogofunio.com/2020/06/12/world-health-organization-guidelines-covid-19-pandemic-and-transnational-law/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

⁸ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **OMS afirma que covid-19 é agora caracterizada pandemia**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812> Acesso em 18 de jun. 2020.

A situação de urgência causada pela vertiginosa propagação da COVID-19 ao redor do mundo, somada a ineficácia dos medicamentos empregados no tratamento dos infectados e a indicação da OMS pelas medidas profiláticas não farmacêuticas⁹ como métodos mais adequados para a prevenção do SARS-COV-2¹⁰, fizeram com que diversos países adotassem em nível governamental e hospitalar estratégias como o isolamento e a quarentena, a depender dos índices proporcionais de contágio. Tais medidas de contenção, além de impactarem na diminuição da propagação do coronavírus, acarretam em restrições ao exercício de direitos fundamentais, dado que recursos como o lockdown, por exemplo, implicam na retenção do transporte público, na suspensão das aulas e na interrupção do funcionamento de estabelecimentos públicos e privados que prestam serviços não essenciais.

Necessário esclarecer que tais direitos não possuem caráter absoluto, “uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna”¹¹, havendo, neste caso específico, o choque direto entre o direito fundamental à liberdade individual, à reunião e ao lazer, e o direito fundamental à saúde pública. Ademais, mesmo expoentes liberais, como Hayek¹², admitem a possibilidade de restrições ao direito de liberdade quando em calamidades temporárias, “[...] ocasiões em que a subordinação de quase tudo à necessidade imediata e premente, é o preço que temos de pagar pela preservação, a longo prazo, da nossa liberdade”.

No entanto, observa-se que para além das medidas urgentes motivadas pela necessidade de respostas rápidas em face da COVID-19, diversos líderes de governo estão valendo-se da situação calamitosa como pretexto para concentrar poderes emergenciais e governar via decretos, numa escalada autoritária que impõe riscos à estabilidade das democracias, especialmente aquelas mais jovens. Tal situação não pode ser tratada como inesperada, uma vez que é comum aos “aspirantes a autocratas”, como advertem Levitsky e Ziblatt¹³, se aproveitarem de situações

⁹ As definições foram acordadas na 58ª Assembleia Geral da OMS (23 de janeiro de 2005) e promulgadas no Brasil por meio do decreto Legislativo nº 395, de julho de 2009, e do Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020. Para mais: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **58ª Assembleia Mundial de Saúde: Revisão do Regulamento Sanitário Internacional**. 2005. p. 8-9. Disponível em: <http://www.saude.pi.gov.br/uploads/divisa_document/file/104/revisao_regulamento_sAnitario_internacional.pdf> Acesso em 15 de jul. 2020.

¹⁰ OPAS - Organização Pan-Americana de Saúde. **Folha informativa – COVID-19** (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em 15 de jul. 2020.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48.

¹² HAYEK, Frederich August von. **O caminho para a servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 187.

¹³ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 108.

emergências “para justificar medidas antidemocráticas”, sendo que “uma das grandes ironias de como as democracias morrem é que a própria defesa da democracia é muitas vezes usada como pretexto para a sua subversão”.

Em El Salvador, por exemplo, o Presidente Nayib Bukele¹⁴, instituiu “Centros de Contenção” para deter cidadãos que desrespeitavam a quarentena ou que, por viagem ao exterior, poderiam estar contaminados com o coronavírus. Em 15 de abril, cerca de quatro mil pessoas eram mantidas nestas instalações que não possuíam triagem prévia ou condições de prover água, alimentação e medicamentos a todos os detidos. Bukele acumula tensões com os demais poderes constituídos, além de ter ocupado o Congresso Nacional com as forças armadas em fevereiro, se recusou a cumprir a determinação da Suprema Corte do país para a soltura imediata dos não contaminados dos Centros de Contenção. O presidente ainda determinou um cerco a cidade de La Libertad via twitter, após receber vídeos do funcionamento de comércios da região. Somente dias mais tarde o ato foi publicado no Diário Oficial.

Em Israel, o primeiro-ministro, Benjamin Netanyahu¹⁵, decretou a quebra do sigilo de celulares de cidadãos infectados para rastrear os aparelhos a partir do uso de dados móveis. Além disso, fechou temporariamente os tribunais do país na semana em que iniciaria o julgamento no qual é acusado de suborno, fraude e quebra de confiança.

Vladimir Putin¹⁶, na Rússia, endureceu as normas contra aqueles que disseminam notícias consideradas falsas sobre a pandemia. No entanto, cabe apontar que o governo é suspeito de subnotificar os números da COVID-19 no país. Algumas cidades têm utilizado o sistema de reconhecimento facial para localizar indivíduos que deveriam estar cumprindo medidas de isolamento.

Já o primeiro-ministro da Hungria, Viktor Orbán¹⁷, garantiu no mês de março, por lei aprovada pela Assembleia Nacional, na qual possui maioria, o direito de prorrogar o estado de

¹⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. **Presidente de El Salvador usa quarentena para radicalizar autoritarismo no país.** 2020. <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/presidente-de-el-salvador-usa-quarentena-para-radicalizar-autoritarismo-no-pais.shtml>>. Acesso em 15 de jul. 2020.

¹⁵ O GLOBO. **Os movimentos de Netanyahu: combatendo o coronavírus ou arriscando a democracia de Israel?** 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/os-movimentos-de-netanyahu-combatendo-coronavirus-ou-arriscando-democracia-de-israel-24313000>> Acesso em 15 de jul. 2020.

¹⁶ EL PAÍS. **Pandemia ameaça facilitar erosão da democracia em países como Hungria e Rússia.** 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-31/coronavirus-poe-a-democracia-de-quarentena.html>>. Acesso em 15 de jul. 2020.

¹⁷ FOLHA DE SÃO PAULO. **Com 'lei do coronavírus', premiê húngaro obtém poder ilimitado para governar.** 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/03/primeiro-ministro-da-hungria-obtem-poder-para-governar-por-decreto.shtml>>. Acesso em 15 de jul. 2020.

emergência por tempo indeterminado. Na prática, o premiê adquiriu o poder de governar via decretos. Orbán concentrou poderes para suspender eleições e sessões do parlamento sem restrição temporal. O texto aprovado ainda prevê a pena máxima de oito anos para os cidadãos que descumprirem a quarentena, e de 5 anos para aqueles que divulgarem notícias consideradas incorretas sobre a pandemia.

Frente ao cenário crítico, o International Institute for Democracy and Electoral Assistance¹⁸ (IDEA) publicou a carta aberta “Um apelo à defesa da democracia”. No texto, a entidade alerta para o fato de Estados estarem utilizando da pandemia como subterfúgio para ampliação do controle sobre a população, representando uma clara ameaça ao futuro das democracias liberais. Segundo a carta, era esperado que governos autoritários se beneficiassem da situação de contingência para reforçar seu domínio político, mas determinados governos eleitos democraticamente estão trilhando o mesmo caminho de centralização de poderes de emergência “que restringem os direitos humanos e aprimoram a vigilância do Estado sem levar em consideração restrições legais, supervisão parlamentar ou prazos para a restauração da ordem constitucional”. Num momento em que as casas legislativas estão sendo ignoradas, a liberdade de expressão violada e as minorias “usadas como bode expiatório”, faz-se importante destacar que “[...] a repressão não ajudará a controlar a pandemia. Silenciar a liberdade de expressão, aprisionar dissidentes pacíficos, suprimir a supervisão legislativa e cancelar indefinidamente as eleições nada faz para proteger a saúde pública”.

É importante destacar que muitos dos líderes autoritários que ora centralizam poderes emergenciais, gozam de alta aprovação popular em seus países. Essa aprovação, todavia, não garante a estabilidade destes regimes, uma vez que Levitsky e Ziblatt¹⁹ demonstram que democracias poderão “[...] não morrer nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder”.

No século XX, como explica Arendt²⁰, regimes totalitários se aproveitaram do colapso do sistema de classes e de uma sociedade formada por uma massa de homens insatisfeitos e desesperados, para chegar e se manter no poder. A imensa população, desorganizada, descontente e que tinha como semelhança apenas um desprezo geral pelas autoridades e uma

¹⁸ INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE (IDEA). **Um apelo à defesa da democracia**. 2020. Disponível em: <<https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/call-defend-democracy>>. Acesso em 15 de jul. 2020

¹⁹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. p. 15.

²⁰ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 440.

descrença no sistema político e partidário como solucionador dos conflitos sociais, foi desestimulada na crença da democracia como modo de organização social e convencida de que os “parlamentares eram espúrias”. Estes fatores, além de prepararem o terreno para o surgimento do regime nazista, demonstraram “que o governo democrático repousava na silenciosa tolerância e aprovação dos setores indiferentes e desarticulados do povo, tanto quanto nas instituições e organizações articuladas e visíveis do país”.

É essencial que, mesmo em situação excepcionais, haja o respeito pelas regras do jogo democrático²¹ e as suas vias tradicionais, como os parlamentos, os partidos políticos e as liberdades individuais. São estas as responsáveis por limitar o poder do Estado. Ao abandoná-las, abre-se o campo instável e permissivo do poder discricionário, que como adverte Friedman²², poderá ser utilizado para fazer o justo, mas terá a mesma força para realizar vontades nocivas ao interesse público. Assim, em que pese a necessidade de respostas rápidas a situações emergenciais, como a pandemia da COVID-19, não há que se olvidar do respeito as bases democráticas, principalmente aos princípios relacionados à preservação da liberdade, quais sejam, “a limitação e descentralização do poder do governo”²³.

Destaca-se que o emprego temporário de tecnologias de monitoramento no auxílio ao desenvolvimento de práticas que diminuam a propagação da COVID-19, bem como o cerceamento de direitos fundamentais por prazo delimitado, quando necessários a efetividade das ações paliativas adotadas por cada Estado, não são objeto de críticas neste contexto. Restrições deste tipo são necessárias a manutenção das próprias democracias em tempos extraordinários.

No entanto, o abuso de poderes emergenciais e a inobservância das regras do jogo democrático, consubstanciam-se como ameaças a estabilidade das democracias liberais. Haja vista que intervenções que ora objetivam a garantia da saúde e do bem-estar da população, poderão abrir caminho para uma escalada autoritária. Hoje, mais do que em outros tempos, democracias requerem às lideranças, ampla publicidade dos atos, transparência no processo de imposição de limitações aos direitos individuais, expondo com clareza a base científica que sustenta as restrições, os prazos para encerramento do cerceamento de liberdades e o prognóstico de resultados das medidas adotadas para contenção da pandemia.

²¹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 117.

²² FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: LTC, 2014. p. 12.

²³ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. p. 12.

2. A AMEAÇA DO MONITORAMENTO TECNOLÓGICO

“Quis custodiet ipsos custodes?” (Quem vigia o vigilante?) é a questão clássica que inquietou durante séculos todos os ramos do pensamento político. Para Bobbio, no entanto, os tempos hodiernos reservam uma pergunta mais urgente, que deverá ser respondida sob pena do perecimento da democracia como regime do poder público em público, qual seja: “quem controla os controladores?”. A indagação surge em meio à discussão a respeito dos possíveis benefícios à democracia trazidos com o que chama de “computadorocracia”. O autor é cético em relação as eventuais vantagens do uso da tecnologia para a construção de um ambiente em que os indivíduos exerçam maior controle sobre os seus representantes. Ao invés disto, sua hipótese é a de que as novas ferramentas digitais possuem mais contribuições a oferecer aos governos em sua ambição de monitorar os cidadãos.²⁴

O temor é motivado. Nem os déspotas ou reis absolutos, estes que dispunham de inúmeros espiões sob seu comando, puderam ter sobre seus súditos a quantidade de informações que os governantes, nas democracias modernas, podem obter sobre seus cidadãos a partir da utilização de dados coletados por cérebros eletrônicos. “O ideal do poderoso sempre foi o de ver cada gesto e escutar cada palavra dos que estão a ele submetidos (se possível sem ser visto nem ouvido): hoje este ideal é alcançável”²⁵.

Há uma longa distância entre a realidade da vigilância em Estados autoritários (o governo chinês dispõe de um sistema de monitoramento que conta com quase 600 milhões de câmeras com reconhecimento facial) e Estados democráticos. Contudo, com o advento da pandemia, mesmo democracias consolidadas passaram a utilizar tecnologias de monitoramento. Países como Israel, Hungria e Rússia estão rastreando os celulares de seus cidadãos a partir dos dados móveis. Gigantes tecnológicas como Google e Apple lançaram em parceria o aplicativo Contact Tracing. A ferramenta utiliza o Bluetooth dos aparelhos para identificar indivíduos que tenham se aproximado, e informa caso tenha existido contato com alguma pessoa infectada. Itália e Suíça já utilizam o aplicativo e outros 22 países tem interesse em implementá-lo.²⁶

O emprego destas tecnologias nas democracias ocidentais adquiriu maior aceitação social ao se vincular ao discurso de premente necessidade de respostas rápidas no combate ao

²⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. p. 54-55.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. p. 54.

²⁶ UOL. **Apple e Google lançam tecnologia de rastreamento de contato contra covid-19**. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/reuters/2020/05/20/apple-e-google-lancam-tecnologia-de-rastreamento-de-contato.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 25 jul. 2020.

coronavírus. No entanto, a falta de informações referentes ao período de coleta de dados e ao tempo de armazenamento são algumas das lacunas que podem ensejar um avanço do poder estatal sobre os direitos individuais. A utilização das informações obtidas pela via tecnológica, mesmo com razoável motivação, necessita de boas práticas. Sem a devida atenção, esta justificativa pode servir apenas para fragilizar a privacidade, a liberdade e a democracia.

Hoje, os instrumentos de vigilância ao alcance de líderes autoritários muito se distinguem daqueles produzidos pelos regimes totalitários do século XX, pois enquanto naquele período imperava a noção cujo as ações deveriam ser reprimidas, hoje elas são incentivadas, pois cada interação gera dados (informações) que conferem maior controle aos governos. “La nueva concepción de poder no consiste en el control del pasado, sino en el control psicopolítico del futuro”.²⁷

O poder da vigilância por via tecnológica pode ser melhor observado no exemplo trazido por Harari²⁸. O autor explica que Israel é a sede de algumas das melhores indústrias de segurança cibernética do mundo. Esta tecnologia de ponta também é utilizada no conflito contra os palestinos. “Em outubro de 2017, um trabalhador palestino postou em sua conta privada no Facebook uma foto sua no trabalho, ao lado de uma escavadeira. Junto à imagem ele escreveu “Bom dia!””. No entanto, o algoritmo não traduziu corretamente as letras árabes, fazendo com que a mensagem “Ysabechhum!” (“bom dia”), fosse identificada como “Ydbachhum” (“mate-os”). “Suspeitando que o homem pudesse ser um terrorista que tencionava usar uma escavadeira para atropelar pessoas, as forças de segurança de Israel rapidamente o prenderam”. Após a identificação do erro ele foi libertado. O incidente demonstra de maneira clara o grau de vigilância e eficácia que as novas tecnologias podem imprimir.

Quando os “[...] palestinos fazem uma ligação telefônica, postam alguma coisa no Facebook ou viajam de uma cidade para outra, é possível que estejam sendo monitorados por microfones, câmeras, drones ou softwares espiões israelenses”. Depois de reunidos, estes dados são analisados por softwares que auxiliam na identificação de possíveis ameaças sem a interferência de tropas local. É pela eficiência tecnológica que Israel pode despender um pequeno número de soldados para monitorar cerca de 2,5 milhões de pessoas. “Os palestinos podem administrar algumas cidades e aldeias na Cisjordânia, mas os israelenses controlam o céu, as ondas de rádio e

²⁷ HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. Barcelona: Herder Editorial S. L., 2014. p. 33-34.

²⁸ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 68.

o ciberespaço”.²⁹

A vigilância digital, como explica Han³⁰, possui enorme eficiência por seu caráter ilimitado, que ao não encontrar os obstáculos físicos da espionagem analógica, torna o indivíduo observável a partir de todos os ângulos, inclusive o psicológico. Com a big data, todos os passos da vida digital, cada frase pesquisada no navegador ou site acessado, gera dados que são organizados e armazenados, o hábito digital proporciona uma representação muito exata da personalidade, mais precisa que a auto imagem que criamos de nós mesmos.

A capacidade humana de simular e dissimular fatos e sentimentos, sempre se colocou como aliada da preservação da liberdade pelo entrave ao ímpeto dos Estados totalitários de controlar por completo o fluxo de informações. É esta aptidão a principal arma contra regimes autoritários, dado que permite ao homem manter distante do conhecimento de todos ideologias que poderiam ser caracterizadas como subversivas. O segredo, como nos explica Bobbio³¹, não oferece espaço ao controle, sendo o meio de tornar possível algo que, se público fosse, não poderia ser viabilizado.

A partir do momento em que incontáveis dados e informações tornam-se conhecidos por meio dos algoritmos de Big Data, permitindo acesso ao “reino inconsciente de nossas ações”, sendo inclusive capazes de criar vontades que escapam a consciência, o autor³² afirma que desenvolve-se o potencial de criar um *self* suscetível a exploração psicopolítica. Mais do que isto, entendendo a liberdade nos termos de Jouvenel³³, ou seja, como a “vontade que não está sujeita a outras vontades humanas, mas rege sozinha nossas ações, detida apenas quando ofende as bases indispensáveis da vida social”, a sociedade está colocada diante da ameaça de destruição da noção de escolha e, conseqüentemente, da própria liberdade.

O escândalo do vazamento de informações de usuários do facebook³⁴ utilizados pela Cambridge Analytica na campanha presidencial de Donald Trump em 2016, ilustra a dimensão do problema a ser enfrentado pelas democracias modernas nas próximas décadas. Neste sentido,

²⁹ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. p. 68.

³⁰ HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder**. p. 46.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: fragmentos de um dicionário político**. 20 ed. São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 34-36.

³² HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder**. p. 49-51.

³³ JOUVENEL, Bertrand de. **O Poder: história natural de seu crescimento**. São Paulo: Peixoto Neto, 2010. p. 397.

³⁴ THE NEW YORK TIMES. **Cambridge Analytica and Facebook: the scandal and the fallout so far**. The Scandal and the Fallout So Far. New York, abril de 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>. Acesso em: 17 jul. 2020.

vislumbra-se no horizonte a previsão quase que profética de Han³⁵, quando afirma que o dataísmo, visto como filosofia e ideologia, conduzirá a humanidade ao “totalitarismo digital”.

O avanço do Estado no uso indiscriminado de novas tecnologias para coleta de informações referentes aos seus cidadãos, possui o potencial de suprimir a evolução política observada até o surgimento das modernas democracias. Isto pela ameaça de destruição das bases liberais democráticas, especialmente no tocante a substituição da lógica de máximo controle dos cidadãos sobre o poder pela caminhada em direção ao máximo controle dos governantes sobre os súditos.

Enquanto as democracias propiciam espaço à contestação pública e à transição de governos por meio de eleições competitivas, os regimes totalitários esmagam movimentos insurgentes que, porventura, ameassem seu poder. Deste modo, mesmo em situação excepcionais, é essencial que haja respeito pelas regras do jogo democrático³⁶ e as suas vias tradicionais, como os parlamentos, os partidos políticos e os direitos fundamentais. São estas estruturas as responsáveis por limitar o poder do Estado. Ao abandoná-las, abre-se o campo instável e permissivo do poder discricionário, que como adverte Friedman³⁷, poderá ser utilizado para fazer o justo, mas terá a mesma força para realizar vontades nocivas ao interesse público. No mais, é importante destacar que “a grande ameaça à liberdade está constituída pela concentração do poder”. Mesmo que havendo boa-fé dos detentores das tecnologias que controlarão o fluxo de informações, e não sejam eles corrompidos pelo exercício do poder, sua mera existência “atrairá homens de tipos diferentes”, caracterizando-se, portanto, um risco aos ideais políticos hodiernos.

3. A AMEAÇA DO ISOLACIONISMO

A partir da década de 1980, como nos explica Hirst³⁸, as democracias ocidentais e suas bases liberais se tornavam incontestáveis no mundo, afinal sobreviveram ao imperialismo, ao nazifascismo e ao comunismo, havendo enfim se provado como forma ideal de organização social. No entanto, a crise de representação instalada em diversas democracias está abalando as bases do liberalismo político e econômico. Conforme adverte Castells³⁹, ocorrem hoje “amplas

³⁵ HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. p. 47.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 117.

³⁷ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. p. 11-12.

³⁸ HIRST, Paul. **A democracia representativa e seus limites**: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 7-8.

³⁹ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018. p. 7.

mobilizações populares contra o atual sistema de partidos políticos e democracia parlamentar sob o lema “Não nos representam!”. Não é uma rejeição à democracia, mas à democracia liberal tal como existe em cada país”.

A partir da rejeição das massas ao sistema posto, ganham relevância diversos movimentos e lideranças que negam a política e o sistema partidário. Muitos destes ecoam discursos que disseminam ideais intolerantes, xenófobos e racistas para estimular o nacionalismo e atacar a ideia de sociedade mundial e globalização. Isto pois, como enfatiza Beck⁴⁰, tais categorias relativizam e interferem na atuação do Estado Nacional, haja vista que “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”.

De maneira mais específica, o autor⁴¹ define sociedade mundial como o “conjunto das relações sociais, que não estão integradas a política do Estado nacional ou que não são determinadas (determináveis) por ela”, e globalização como processo pelo qual os Estados Nacionais “veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais⁴²”.

Outro fator importante para se compreender o rápido alastramento da insatisfação para com a globalização está no aspecto econômico, mais precisamente no enorme poder exercido por grandes conglomerados e a consequente inferiorização dos indivíduos. Neste sentido, faz-se importante destacar que a globalização permite as empresas transnacionais recuperar um papel de domínio que havia se perdido com o advento do Estado de bem-estar social. Com o advento do processo de globalização os grupos econômicos devem ser atraídos “com a queda das regulamentações ecológicas, sindicais, assistenciais e fiscais) para que assim possam desproporcionar um número cada vez maior de postos de trabalho e ao mesmo tempo fazer crescer a produção e o lucro”⁴³.

⁴⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18.

⁴¹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** p. 29-30.

⁴² “Transnacionalização pode ser compreendida como fenômeno reflexivo da Globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por um sistema econômico capitalista ultra valorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal. Enquanto a globalização remete à ideia de conjunto de globo, enfim, o mundo sistematizado como único, a transnacionalização está atada à referência do estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio”. STELZER, Joana. *O Fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica*. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009. p. 21.

⁴³ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** p. 14-16.

Conforme Cruz⁴⁴, é possível afirmar “que a globalização põe a soberania dos estados em questão”, haja vista o movimento de expansão dos direitos, estes que permitiram a formação de um Estado, está em xeque a partir das tendências globalizantes.

Beck⁴⁵ mostra que o poder exercido por empresas transnacionais pode ser compreendido por quatro fatores:

primeiro: elas podem exportar postos de trabalho que tem os menores custos e os menores impostos possíveis para a utilização de mão-de-obra. [...] *segundo*: elas estão capacitadas (em função do amplo alcance dos meios técnicos de informação) para distribuir produtos e serviços nos mais diversos lugares. [...] *terceiro*: suas posições lhes permitem criar confrontos entre Estados nacionais ou locais de produção e com isto realizar "pactos globais", tendo para si os menores impostos e as melhores condições de infraestrutura; podem ainda "punir" os Estados nacionais sempre que estes se tornarem "caros" ou "pouco propícios para investimentos"; [...] *quarto*: podem escolher de modo autônomo seus locais de investimento, produção, recolhimento de impostos e de sede na selva da produção global e confrontá-las uma a uma. Deste modo, os dirigentes podem viver e morar nos lugares mais belos e pagar impostos nos mais baratos.

Nesta mesma linha, Castells⁴⁶ afirma que se une a crise de representação uma crise de identidade, reflexo da globalização. “Quanto menos controle as pessoas têm sobre o mercado e sobre seu Estado, mais se recolhem numa identidade própria que não possa ser dissolvida pela vertigem dos fluxos globais. Refugiam-se em sua nação, em seu território, em seu deus”.

Este temor desencadeado pela globalização e reforçado nos discursos de diversos líderes mundiais com tendências ao autoritarismo, promovendo o Estado nacional como refúgio em face das mudanças. Como mostra Castells⁴⁷, o terrorismo justifica a proteção do Estado e a imigração e o multiculturalismo “induzem o chamamento à comunidade identitária”. Os setores mais vulneráveis são movidos pelo medo a se juntarem aqueles que discursam contra o establishment e reduzem os problemas de modo grosseiro e irreal, mesmo quando estes estão vinculados a ideais odiosos.

É assim que a crise de legitimidade democrática foi gerando um discurso do medo e uma prática política que propõe voltar ao início. Voltar ao Estado como centro da decisão, acima das oligarquias econômicas e das redes globais. Voltar à nação como comunidade cultural da qual são excluídos os que não compartilham valores definidos como originários. Voltar à raça, como fronteira aparente do direito ancestral da etnia majoritária. Voltar, também, à família patriarcal, como instituição primeira de proteção cotidiana diante de um mundo em caos. Voltar a Deus como fundamento. E, nesse processo, reconstruir as instituições de coexistência em torno desses pilares herdados da história e

⁴⁴ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009. p. 128.

⁴⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** p. 17.

⁴⁶ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. p. 15.

⁴⁷ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. p. 29.

agora ameaçados pela transformação multidimensional de uma economia global, uma sociedade de redes, uma cultura de mestiçagem e uma política de burocracias partidárias. A reconstrução parte de uma afirmação encarnada num líder ou numa causa que surge em contradição com as instituições deslegitimadas. A nova legitimidade funciona por oposição. E se constrói em torno de um discurso que projeta uma rejeição geral ao estado de coisas, prometendo a salvação por meio da ruptura com essa ordem incrustada nas instituições e com essa cultura das elites cosmopolitas, suspeitas de desmantelar as últimas defesas da tribo ante a invasão do desconhecido⁴⁸.

Para estes grupos, a pandemia da COVID-19 é tratada, de modo equivocado, como mais uma evidência do fracasso da globalização. Enquanto isto, líderes populistas, como Donald Trump⁴⁹, encontram novos argumentos para justificar o protecionismo e manter a guerra comercial, tudo em meio a declarações que reforçam a xenofobia, tratando a SARS-CoV-2 como o “vírus-chinês” produzido em laboratório.

Nota-se, no entanto, que o recente ensaio publicado por Harari⁵⁰, demonstra de modo suficiente, como a cooperação, e não o isolamento, são os maiores aliados na luta contra as epidemias. Não é a globalização a responsável pela disseminação das pandemias, haja vista que já no século XIV a Peste Negra dizimou a Europa, vitimando quase um terço da população. A principal diferença entre as épocas é que, enquanto no século XIV a doença era atribuída a fúria divina, hoje a cooperação internacional culminou num avanço científico capaz de, em menos de duas semanas, identificar o vírus, sequenciar seu genoma e criar um exame efetivo. Quando os cientistas compreenderam o que causa as epidemias, foi muito mais fácil lutar contra elas. As vacinas, os antibióticos, mais higiene e infraestruturas médicas muito melhores permitiram que a humanidade virasse o jogo contra seus predadores invisíveis”.⁵¹ Ainda há muito para ser feito, como mostra Staffen⁵², pode-se verificar a existência de uma lacuna no que diz respeito a prevenção, as pesquisas para vacinas e fármacos com comprovada eficácia no tratamento do coronavírus, bem como a falta de instrumentos econômicos para zelar pelo bem-estar das populações de países mais vulneráveis.

⁴⁸ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. p. 30.

⁴⁹ UOL. **Trump diz que vírus foi criado em laboratório na China e a ameaça com tarifas**. Abril de 2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/efe/2020/05/01/trump-diz-que-virus-foi-criado-em-laboratorio-na-china-e-a-ameaca-com-tarifas.htm>. Acesso em: 20/08/2020

⁵⁰ HARARI. Yuval Noah. **Na batalha contra o coronavírus, a humanidade carece de líderes: o antídoto contra a epidemia não é a segregação, e sim a cooperação**. Abr. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/opinion/2020-04-13/na-batalha-contra-o-coronavirus-a-humanidade-carece-de-lideres.html>> Acesso em: 15 jul. 2020.

⁵¹ HARARI. Yuval Noah. **Na batalha contra o coronavírus, a humanidade carece de líderes: o antídoto contra a epidemia não é a segregação, e sim a cooperação**. 2020.

⁵² STAFFEN, Márcio Ricardo. **COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 18, jul de 2020.

As democracias liberais conviviam num cenário de múltiplas crises antes mesmo do surgimento da pandemia da COVID-19. Este novo ingrediente fez crescer a insatisfação com o processo de globalização e ataca diretamente aspectos caros ao liberalismo, tais como o ideal da tolerância, a sociedade aberta e o multiculturalismo. A essencialidade da discussão repousa no fato de ser questionável a sobrevivência da própria democracia distante dos preceitos liberais.

Afinal, como explica Bobbio⁵³ “o Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas também jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos”. Primeiro “na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático”. Em segundo lugar “na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais”. Tem-se assim que “é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais”. A maior “prova histórica desta interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa demonstrou-se como a centralização do poder político oferece um risco inerente às liberdades individuais e ao processo democrático. Esta centralização poderá ser justificada a partir de inúmeros argumentos que possuem como fundo comum o temor dos indivíduos, como a necessidade de conter a disseminação do vírus e a suposta eficiência da centralização do poder político no campo político e econômico.

O abuso de poderes emergenciais, a inobservância das regras do jogo e a restrição de liberdades individuais consubstancia-se como grave ameaça ao futuro das democracias liberais. Haja vista que intervenções que ora objetivam a garantia da saúde e do bem-estar da população, poderão abrir caminho para uma escalada autoritária.

É importante lembrar que, em essência, democracias liberais possuem grande capacidade de adaptação aos valores humanos e justamente por isso derrotaram regimes

⁵³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. p. 38

autoritários ao longo do século XX. Assim, é fundamental observar os riscos impregnados à centralização do poder político. O nazismo, o comunismo e o fascismo são exemplos trágicos das consequências da escolha por este caminho. Quando no poder, despotismos terminam, invariavelmente, usurpando a dignidade humana e solapando as liberdades individuais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 440.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: fragmentos de um dicionário político. 20 ed. São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 34-36.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 14. ed. Rio de Janeiro / São Paulo: Paz & Terra, 2017. p. 132.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2018.

EL PAÍS. **Pandemia ameaça facilitar erosão da democracia em países como Hungria e Rússia**. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2020-03-31/coronavirus-poe-a-democracia-de-quarentena.html>>. Acesso em 15 de jul. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Com 'lei do coronavírus', premiê húngaro obtém poder ilimitado para governar**. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/03/primeiro-ministro-da-hungria-obtem-poder-para-governar-por-decreto.shtml>>. Acesso em 15 de jul. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Presidente de El Salvador usa quarentena para radicalizar autoritarismo no país**. 2020. <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/presidente-de-el-salvador-usa-quarentena-para-radicalizar-autoritarismo-no-pais.shtml>>. Acesso em 15 de jul. 2020.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e Liberdade**. São Paulo: LTC, 2014. p. 12.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica**: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder. Barcelona: Herder Editorial S. L., 2014. p. 46.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yuval Noah. **Na batalha contra o coronavírus, a humanidade carece de líderes**: o antídoto contra a epidemia não é a segregação, e sim a cooperação. Abr. 2020. Disponível em:

<<https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-04-13/na-batalha-contr-o-coronavirus-a-humanidade-carece-de-lideres.html>> Acesso em: 15 jul. 2020.

HAYEK, Frederick August von. **O caminho para a servidão**. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 187.

HIRST, Paul. A democracia representativa e seus limites: O Estado, a Sociedade Civil e o Colapso do Socialismo Soviético. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992. p. 7-8.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE (IDEA). **Um apelo à defesa da democracia**. 2020. Disponível em: <<https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/call-defend-democracy>>. Acesso em 15 de jul. 2020.

JOUVENEL, Bertrand de. **O Poder: história natural de seu crescimento**. São Paulo: Peixoto Neto, 2010. p. 397.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 108.

LUPI, André Lipp Pinto Bastos. **Jurisprudência brasileira e transnacionalidade**: uma análise do transjudicialismo. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e transnacionalidade. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009. p. 128.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. Porto Alegre: L&PM. 2018. p. 59.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48.

O GLOBO. **Os movimentos de Netanyahu**: combatendo o coronavírus ou arriscando a democracia de Israel?. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/os-movimentos-de-netanyahu-combatendo-coronavirus-ou-arriscando-democracia-de-israel-24313000>> Acesso em 15 de jul. 2020.

OPAS - Organização Pan-Americana de Saúde. **Folha informativa – COVID-19** (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em 15 de jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Brasil confirma primeiro caso de infecção pelo novo coronavírus**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6113:brasil-confirma-primeiro-caso-de-infecc>

ao-pelo-novo-coronavirus&Itemid=812> Acesso em, 18, jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **OMS afirma que covid-19 é agora caracterizada pandemia.** Disponível em: <<https://www.paho.org/bra/index.php?option=comcontent&view=article&id=6120:oms-afirmaque-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812>> Acesso em 18 de jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **OMS declara emergência de saúde pública de importância internacional.** Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em: 18 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **58ª Assembleia Mundial de Saúde: Revisão do Regulamento Sanitário Internacional.** 2005. p. 8-9. Disponível em: <http://www.saude.pi.gov.br/uploads/divisa_document/file/104/revisao_regulamento_sAnitario_internacional.pdf> Acesso em 15 de jul. 2020.

OSBORNE, Roger. **Do povo para o povo: uma nova história da democracia.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014. p. 422-423.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **World Health Organization Guidelines, COVID-19 Pandemic and Transnational Law.** 2020. UNIO Eu law Journal. Disponível em: <https://officialblogofunio.com/2020/06/12/world-health-organization-guidelines-covid-19-pandemic-and-transnational-law/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

STAFFEN, Márcio Ricardo. **COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica> Acesso em: 18, jul de 2020.

STELZER, Joana. **O Fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica.** CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e transnacionalidade. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009. p. 21.

THE NEW YORK TIMES. **Cambridge Analytica and Facebook: the scandal and the fallout so far.** The Scandal and the Fallout So Far. New York, abril de 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/04/04/us/politics/cambridge-analytica-scandal-fallout.html>.

Acesso em: 17 jul. 2020.

UOL. **Apple e Google lançam tecnologia de rastreamento de contato contra covid-19.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/reuters/2020/05/20/apple-e-google-lancam-tecnologia-de-rastreamento-de-contato.htm?cmpid=copiaecola> Acesso em: 25 jul. 2020.

FAKE NEWS SOB A ÓTICA DA TRANSNACIONALIDADE: UMA ANÁLISE ACERCA DA IMPORTÂNCIA DE UMA REGULAMENTAÇÃO GLOBAL

Felipe da Silva Claudino¹

Giovana Beatriz Riehs Lucaora²

Heloise Siqueira Garcia³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objeto o fenômeno das *Fake News* sob e sua abrangência transnacional. O seu objetivo consiste em delimitar os contornos de uma regulação e instituição que possa responsabilizar os danos causados pelas *Fake News*.

Diante disso, parte do pressuposto que o fenômeno das *Fake News* é um caso transnacional por excelência, o qual necessita de uma proteção e regulamentação global, vez que a disseminação de informações inverídicas e os seus eventuais danos ultrapassam fronteiras, de forma a causar prejuízos a toda humanidade.

Nesse prisma, o item 1 discorre acerca do fenômeno da transnacionalidade, que, por sua vez, é caracterizado pela superação dos limites nacionais e dos sistemas jurídicos tradicionais,

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestrando em Território, Urbanismo e Sustentabilidade no Marco da Economia Circular pela Universidade de Alicante. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Diferenciação, na linha Sustentabilidade Socioambiental, Ecocomplexidade, Políticas Sanitárias e Ambientais. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Advogado. E-mail: felipesclaudino@gmail.com

² Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestranda em Território, Urbanismo e Sustentabilidade Ambiental no Marco da Economia Circular pela Universidade de Alicante. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Advogada. E-mail: giovanalucaora@hotmail.com

³ Doutora e mestre em Ciência Jurídica pelo PPCJ (Univali). Doutora em derecho e mestre em derecho ambiental y de la sostenibilidad pela Universidade de Alicante (Espanha). Pós-doutoranda com bolsa concedida pela Capes. Pós-graduada em direito do trabalho pela Univali; e em ensino e tutoria a distância pelo Centro Universitário Avantis (Uniavan). Graduada em direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (PPCJ) da Univali; e dos cursos de direito do Centro Universitário Avantis (Uniavan) e da Faculdade Sinergia. Advogada.

sendo intimamente ligado a globalização.

Por outro lado, o item 2 trata da responsabilidade civil nas *Fake News*, sendo imperioso ressaltar os conceitos de ambos os institutos, a fim de compreender o fenômeno da responsabilidade civil nas *Fake News* como um todo, e, com isso, averiguar o preenchimento de todos os pressupostos que ensejam a devida reparação, especialmente os danos sociais, visto que estes sucedem a manipulação da opinião pública e a lesão as normas do princípio da boa-fé objetiva, tudo em escala social.

Além disso, o item 3 analisa a correlação entre a transnacionalidade e o fenômeno das *Fake News*, no qual aborda a evidente dicotomia entre a liberdade de expressão e segurança, bem como casos práticos (por exemplo, o Corona Vírus), em que evidencia a necessidade de uma regulamentação global, a fim de orientar como os indivíduos devem proceder diante desse tipo de notícia e, por conseguinte, combatê-las, através do instrumento da responsabilidade civil.

Por fim, utiliza-se o método indutivo para a elaboração do presente artigo, tanto na fase de investigação, quanto na apresentação dos resultados, sendo adotadas as técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1. O FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE

O poema *The Tiger* de William Blake⁴ apresenta um animal flamejante que circunda a noite ameaçando os vulneráveis. Sua ferocidade é temível, mas sua beleza é fascinante. “Tigre, tigre que flamejas; nas florestas da noite. Que imortal olho ou mão conseguiria conceber tua cruel simetria?”

Este animal terrível, espantoso e magnificamente belo foi concebido por alguém inexplicável, impossível de se contemplar. Não é possível identificar este criador ou, muito menos, questioná-lo sobre a intenção da criação deste animal no qual é de força e beleza ainda não mensurável.

A globalização, assim como o Tigre de Blake, é um fenômeno no qual é possível contemplar sua beleza, identificar sua força e capacidade de modificação do *status quo*, mas ainda não é possível delimitar seus efeitos, sejam benéficos ou maléficos. Percebe-se que ela é complexa, e quaisquer análise deve-se levar em conta este fenômeno.

⁴ Poetry Foundation. **The Tyger By William Blake**. Disponível em: <https://bit.ly/2EQndmX>. Acesso em: 01 mai 2020.

Para Giovanni Olsson⁵, a globalização “não se trata de fenômeno topologicamente limitado, sob controle direto do pesquisador, cuja expressão semiótica possa ser manejada, como lâmina de amostra sob a lente do microscópio, ou possa ser estancada, como amostra congelada, para ser apreciada mais tarde”.

A corrente mais popular da origem da globalização é que ela é oriunda do capitalismo. Pode-se dizer que este sistema econômico em desenvolvimento juntamente com o processo de colonização do século XVII, proporcionou situações que poder-se-ia definir como marco inicial da globalização. A “*British East India Company and the Hudson Bay Company*” (Companhia da Índias Orientais) é um exemplo de ator não-estatal transnacional, talvez o primeiro. Constituída na forma de companhia, tinha autorização para comercializar entre as Índias e as Américas, possuía exército próprio e controlava o fluxo de vários produtos e informações nestas regiões.

Com a explosão da tecnologia, segundo James Rosenau⁶, se “eliminou distâncias geográficas e sociais com o auxílio de aviões supersônicos, computadores, satélites e todas as outras inovações que permitem hoje, mais do que nunca, que pessoas, ideias e produtos atravessem tempo e espaço da forma mais segura e mais rápida”.

As empresas extrapolam as fronteiras territoriais de suas sedes espalhando seus produtos e serviços em todos os países; os Estados nacionais, antes protagonistas das relações internacionais, perderam sua força e influência política diante destas corporações que espalham seus tentáculos empresariais e cultivam sua “cultura” por todo o globo. Uma verdadeira doutrinação dos consumidores à sua maneira, fazendo com que a cultura local, cada vez mais fraca, sucumba de vez, predominando os ideais das grandes companhias.

As relações internacionais, antes limitadas aos Estados nacionais soberanos e negociadas através de pactos ou tratados internacionais, hoje se apresenta de maneira inovadora. Com o advento da internet e a democratização dos meios de transporte e comunicação, os particulares passaram a estabelecer relações jurídicas com outros particulares de outros países criando situações ainda não imaginada pelo legislador.

Assim, os meios de transporte e comunicação cada vez mais eficientes fazem com que a produção rompa os limites físicos das empresas e permite a alocação de recursos produtivos em diferentes lugares. A matéria prima é extraída em um país, transformada em outro, montada em

⁵ OLSSON, Giovanni. **Relações internacionais e seus atores na era da globalização**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 90.

⁶ ROSENAU, James. **Turbulence in World Politics**, Brighton, 1990, p. 17.

um terceiro, para o consumo em, ainda, um outro país, normalmente mais desenvolvido. Esta forma de manufatura global cria relações jurídicas nacionais e internacionais.

Portanto, globalização é, nas palavras de Fabrício Wloch⁷, um fenômeno que “envolve o ser humano em todos os contextos de sua vida, intensificando as relações e encurtando as distâncias, de forma a criar uma nova dinâmica econômica e política entre os Estados e diminuindo as distâncias entre as pessoas”.

Tudo isso se constitui uma nova área de estudo, diferente do direito internacional, este limitado a participação de pessoa jurídica de direito público com soberania, realizado, na maioria das vezes, através de agentes políticos.

Diante de todos estes fatos, Philip C. Jessup não encontrava o termo apropriado para definir as normas que regulavam estas relações e passou a utilizar a expressão Direito Transnacional. Portanto, transnacional seriam todas as normas que envolviam indivíduos, estados, organizações estatais ou não-estatais. Ele foi o primeiro a escrever sobre a dimensão jurídica da transnacionalidade.

Na obra *Transnational Law* de 1956, Philip C. Jessup⁸ escreveu que “o termo ‘Direito transnacional’ inclui todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria padrão”.

Este ramo do direito evoluiu com a colaboração de inúmeros outros autores, com destaque a Detlev Vagts e Henry Steiner. Eles constataram os problemas legais transnacionais no sistema nacional e, também, transnacional, utilizando-se de exemplo o pós-guerra do Vietnã, conflitos entre Legislativo e Executivo dos Estados Unidos da América sobre acordos e relações internacionais, e sobre a abrangência transnacional dos Direitos Humanos.

Assim, Detlev Vagts⁹ constatou três elementos que caracterizam o Direito transnacional, sendo eles assuntos que: ultrapassam as fronteiras nacionais, apresentam impossibilidade de distinção clara entre público e privado, e contenham fonte aberta e flexível, não somente as tradicionais (listadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça), incluindo *soft*

⁷ WLOCH, Fabrício. Globalização e superação da soberania moderna. **Revista O Estado no mundo globalizado: soberania, transnacionalidade e sustentabilidade**, Itajaí, p. 19, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/37EAryZ>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁸ JESSUP, Phillip C. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956. p. 2 (Texto original: “[...] the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.”).

⁹ VAGTS, Detlev F. **Transnational business problems**. New York: The Foundation Press, 1986.

*laws*¹⁰. Desse modo, este direito não se resume a uma análise de leis e normas, incorporando nela o comportamento dos atores nas práticas transnacionais. Portanto, vai além de uma análise legal.

Além disso, Harold Hongju Koh¹¹ apresenta um questionamento sobre o que é Direito transnacional e qual sua importância. Ele, de maneira sucinta, responde que Direito transnacional representa um híbrido do Direito nacional e internacional e que vem assumindo um significado cada vez maior em nossas vidas. A Teoria do Processo Jurídico Transnacional que Koh¹² desenvolveu mostra na prática como e onde os atores interagem, públicos ou privados, interpretando, executando e internalizando o Direito transnacional.

Utilizando-se de uma analogia tecnológica, ele compara o Direito internacional ao sistema tecnológico de troca de arquivos. Para isso, a lei poderia ser “baixada” do sistema jurídico internacional para o nacional, por exemplo, a internalização ou incorporação de um direito humano reconhecido por tratado internacional na legislação interna; a lei poderia ser “enviada e, então, baixada”, ou seja, uma lei local é reconhecida internacionalmente como um direito fundamental, celebrada em pacto internacional e então incorporada ao sistema jurídico nacional; ou ainda, a lei poderia ser “emprestada” ou “horizontalmente transplantada” de um sistema jurídico a outro de mesmo nível.¹³

Este Processo Jurídico Transnacional caracteriza-se por ser: não tradicional, afasta as dicotomias históricas que envolve o Direito internacional, público/privado e nacional/internacional; não estatal, ou seja, inclui além dos Estados, atores não estatais; é dinâmico, se transforma de público para privado, de nacional para internacional, e vice-versa, em constante evolução; e é normativo, neste processo de interação cria-se novas normas, que são interpretadas, executadas e internalizadas.¹⁴ Esse é um processo plural de normas que se entrelaçam e guiam futuras interações.

¹⁰ Steiner, Henry S. Constructing and developing transnational law: the contribution of Detlev Vagts. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). **Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 10-16.

¹¹ KOH, Harold H.. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <https://bit.ly/3bq9TBk>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹² KOH, Harold H. **Transnational Legal Process**. Faculty Scholarship Series. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3bsEuhV>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹³ KOH, Harold H.. **Why Transnational Law Matters**. p. 745. Disponível em: <https://bit.ly/330qS9s>. Acesso em: 28 abr. 2020.

¹⁴ KOH, Harold Hongju. **Transnational Legal Process**. Nebraska Law Review, v. 75, p. 181-206, 1996, p. 184 (“Transnational legal process has four distinctive features. First, it is nontraditional: it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private. Second, it is nonstatist: the actors in this process are not just, or even primarily, nationstates, but include nonstate actors as well. Third, transnational legal process is dynamics, no static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from public to the private, from domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is normative. From this process of interaction, new rules of law emerge, which interpret, internalize, and enforce, thus beginning the process all over again).”

Ao desenvolver a Teoria do Transconstitucionalismo, Marcelo Neves¹⁵ utilizou-se de uma concepção metodológica que visa a coordenação para o modelo de Direito transnacional.

Essa expressão criada por Marcelo Neves¹⁶, o transconstitucionalismo, não se resume a um constitucionalismo internacional, ou transnacional, ou supranacional, trata-se de desafios a serem enfrentados emergentes de um novo sistema global oriundos de problemas jurídicos que transpassam as fronteiras geopolíticas penetrando em outras ordens jurídicas. Para alcançar esta solução, deverá ser envolvido tribunais de todo o tipo, estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas.

O transconstitucionalismo não tem por objetivo unificar o ordenamento jurídico em um único, ou um ponto de partida para esta ordem, ou mesmo seu ponto final. Diante desta sociedade contemporânea hiper complexa, ele se torna um fator de integração sistêmica. Com o objetivo de incentivar a comunicação constitucional, a integração das ordens constitucionais (estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais) apresenta a necessidade de construção de “pontes de transição”, segundo Neves¹⁷.

Estas “pontes” promovem uma “conversa” entre as ordens constitucionais fortalecendo estes entrelaçamentos, cortando transversalmente a elas e reconhecendo a existência de “racionalidades transversais parciais”, incentivando, ao mesmo tempo, cooperação e conflito.¹⁸

O modelo transconstitucional supera a dicotomia monismo/pluralismo através da relação entre identidade e alteridade de maneira complementar, reconstruindo aquela continuamente mediante o entrelaçamento transconstitucional de uma com a outra.¹⁹

Em suma, a globalização como fenômeno socioeconômico mudou as relações jurídicas tradicionais criando uma nova realidade para o direito. O termo “*trans*”, de origem latina, significa além²⁰, através e, também, é formador da palavra trasbordar. As relações jurídicas contemporâneas transbordam os limites nacionais, extravasam os sistemas jurídicos tradicionais, organizados, classicamente, por Hans Kelsen²¹. Quando Jessup nomeou este fenômeno como

¹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹⁶ NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. p.14.

¹⁷ NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. p.38.

¹⁸ NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. p.238.

¹⁹ NEVES, M. **Transconstitucionalismo**. p.25.

²⁰ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Programa de Pós Graduação Stricto sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 23, jan-abr 2012.

²¹ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

transnacional foi exato, preciso, pois ele traduz com clareza toda a complexidade dos efeitos destas interações, pois não se resume a uma relação.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS FAKE NEWS

Inicialmente, antes de tratar sobre o conceito das *Fake News*, é importante analisar o que vem a ser o termo pós-verdade, que, por sua vez, foi eleito em 2016 pelo dicionário de Oxford como concepção do ano, sendo, portanto, apontado como consequência desses eventos.

Segundo o referido dicionário, *post truth* ou pós-verdade relaciona-se à situação na qual os fatos possuem menor influência em formar a opinião pública do que aqueles que recorrem a emoções e crenças pessoais.²²

Assim, a emoção se apresenta de grande importância na pós-verdade e, com isso, a racionalidade é colocada de lado. O público é visto como uma audiência que “consome entretenimento e os papéis sociais são reinventados. Com isso, na era da pós-verdade, se ligar emocionalmente tem apresentado mais resultado do que a verdade em si”.²³

Nesse sentido, o fenômeno das *Fake News* (notícias falsas) representa a larga disseminação desses conteúdos (pós-verdade), tanto na televisão, rádio ou jornal impresso, quanto na internet e redes sociais. Nessa seara, complementa Ana Carolline de Souza Gomes²⁴: “Esse termo representa as notícias ou informações falsas disseminadas como se verdadeiras fossem, por vezes, usando de sensacionalismo ou com um interesse próprio de tornar a mentira uma verdade fabricada, tratando-se de uma manipulação de fatos inverídicos para que tenham a aparência de reais.”

Com isso, é evidente que tal fenômeno se apresenta como um comportamento ludibrioso, realizado com o intuito de gerar danos através da dissimulação da verdade fática, o qual merece total atenção dos operadores do direito e legisladores, a fim de proteger, especialmente, os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Nesse viés, no que diz respeito a proteção, é importante analisar de que forma se perfaz a responsabilidade civil nesses casos. Isso porque, no meio digital, são vislumbradas,

²² OXFORD. Dictionary. **Word of The Year 2016**. Disponível em: <https://bit.ly/32j5llZ>. Acesso em: 24 ago. 2020.

²³ SOUZA, Nayara Iris Silva e. A disseminação de fake news no caso do coronavírus (COVID 19): uma análise discursiva. **Revista MEMENTO**, Rio Verde, p. 3, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3iNlziT>. Acesso em: 17 ago. 2020.

²⁴ GOMES, Ana Carolline de Souza. **A responsabilidade civil das redes sociais em decorrência das fake news divulgadas em suas plataformas quando violadoras de direitos da personalidade**. 2018. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito), Programa de graduação em Ciência Jurídica, PB, Santa Rita, 2018. p. 34.

principalmente, nas redes sociais, espaços de larga divulgação, especialmente, em virtude da qualidade comunicativa e transfronteiriça das redes sociais, de modo que, uma notícia falsa, hoje, pode “ser transmitida em um país e logo ser replicada em diversos outros países, atingindo um número indefinido de leitores, que, por sua vez, poderão compartilhar a notícia”²⁵, e, conseqüentemente, gerar danos a toda humanidade.

Nesse sentido, complementam Ricardo Cavedon, Heline Sivini Ferreira e Cinthia Obladen de Almendra Freitas²⁶:

Toda atividade realizada por meio de computadores e da internet apresenta riscos, visto que pessoas não autorizadas podem acessar a informação que trafega em redes de computadores (seja essa rede uma intranet, seja a internet), sendo até mesmo possível caracterizar facilmente a transnacionalidade de eventuais condutas delituosas ocorridas nas redes computacionais pelo simples fato de estar a informação, na maioria das vezes, disponibilizada mundialmente, com acessos ou incursões que podem advir de qualquer parte do mundo.

Assim, resta evidente a figura da transnacionalidade no fenômeno das *Fake News*, principalmente quando estas transparecem no meio digital, visto que as informações, por sua vez, inverídicas, perpassam fronteiras, os quais estão disponíveis em toda uma rede de acesso mundial, ocasionando danos sociais, e, por conseguinte, devendo estes serem reparados.

Com relação a reparação, é importante, primeiramente, compreender o conceito de responsabilidade civil que, segundo Caio Mário da Silva Pereira²⁷, consiste na “efetivação da reparabilidade do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”.

Em outras palavras, a responsabilidade civil se perfaz como um princípio que subordina a reparação à sua incidência no causador do dano²⁸, o qual possui quatro pressupostos, sendo eles: ação ou omissão do agente, a culpa, a relação de causalidade e o dano sofrido pela vítima.

Entretanto, ressalta-se que, diante da nova realidade tecnológica, estes tradicionais pressupostos devem ser repensados, tendo em vista que o dano, por exemplo, é muito mais extenso por causa da comunicação em massa transfronteiriça das redes sociais.

²⁵ GUIMARAES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake news e COVID 19. **Revista Dom Total**, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3174tb9>. Acesso em: 18 ago. 2020.

²⁶ CAVEDON, Ricardo et al. O meio ambiente digital sob a ótica da Teoria da Sociedade de Risco: os avanços da informática em debate. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, p. 211, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Yeok6d>. Acesso em: 18 ago. 2020.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 28.

²⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Repensando a responsabilidade civil nos conflitos de natureza ambiental. **Revista Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, UNIVALI, p. 158, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3oKHPPC>. Acesso em: 31 out. 2020.

Assim, a ideia de dano local ou regional no tradicional sistema jurídico da responsabilidade civil é modificada, uma vez que o “dano passa a tomar proporções antes nunca imaginadas”.²⁹

Especificamente, referente ao dano, é imperioso consignar, além daquele de cunho moral e material, a existência de uma nova lesão, o qual é denominada, segundo a doutrina, de dano social, cujo está previsto no Enunciado 456³⁰ da V Jornada de Direito Civil do CJF, que dispõe:

Enunciado 456. A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas.

Nesse viés, nota-se uma total compatibilidade entre os danos sociais e o fenômeno das *Fake News*, uma vez que estas atingem a sociedade como um todo, “rebaixando a qualidade de vida dos indivíduos enquanto integrantes desta sociedade”.³¹

Desse modo, a compreensão da disseminação de *Fake News* como dano social torna-se incontroverso, visto que sucede a manipulação da opinião pública e a lesão as normas basilares do princípio da boa-fé objetiva, tudo em escala social.

Dessa forma, percebe-se uma notória quebra social e descrença nos meios jornalísticos, que, por sua vez, “fomentam um ciclo vicioso de disseminação de *Fake News* por veículos alternativos de notícias que terminam por diminuir a qualidade de vida social como um todo”³², especialmente, quando se tratam de assuntos relativos a política e saúde, o qual será abordado posteriormente.

Além disso, é importante analisar acerca da legitimidade, tanto ativa (isto é, quem propõe a ação de reparação, especialmente, por danos sociais), quanto passiva (ou seja, quem responde pelos prejuízos ora causados).

Pois bem. De acordo com o que preceituam as normas processuais, tem-se como legítimo para propor a referida demanda, aquele que detém o poder de ajuizar ações coletivas referente a reparação de cunho geral, isto é, o órgão do Ministério Público, conforme dispõe o artigo 5º,

²⁹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do marco civil da internet (Lei n. 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, p. 157, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Emnihg>. Acesso em: 20 ago. 2020.

³⁰ BRASIL. **Enunciado da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://bit.ly/34iuiXq>. Acesso em: 23 ago. 2020.

³¹ GUIMARAES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake news à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 109, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2FiageT>. Acesso em: 20 ago. 2020.

³² GUIMARAES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. **Fake news à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social**. Acesso em: 20 ago. 2020.

inciso I, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).³³

Por outro lado, quanto a legitimidade passiva, é imperioso examinar, antes de tudo, de que forma sobreveio tal responsabilização.

Ora, ressalta-se que, com o avanço da utilização da internet e das redes sociais, bem como as mudanças advindas desta nova realidade, foi importante normatizar esse meio que, por sua vez, “representa um pertinente cenário para difundir informações e para a prática da cidadania”.³⁴

Nesse viés, é de relevância estabelecer os direitos e deveres tanto dos usuários, quanto dos provedores, bem como concretizar a proteção do Poder Público, a fim de que seja garantida a cidadania e a ordem, respectivamente.

Diante disso, por meio da ascensão do uso da internet, foi estabelecida a Lei 12.965/2014, denominada como Marco Civil da Internet. Esta, por sua vez, ressalta a proteção à liberdade de expressão (artigo 5º, incisos IV e IX, da CRFB/88), sendo inclusive, posta como um fundamento do uso da internet, conforme preceitua o artigo 2º do mesmo dispositivo.

No entanto, ressalta-se que, por mais que os sujeitos possuam o direito de expressar suas crenças no meio digital e realizar referidas publicações, estas não podem extrapolar os limites estabelecidos pela lei.³⁵ Ou seja, caso haja violação, surgirá a responsabilidade pelos prejuízos causados, de modo a reparar o dano sofrido pela vítima e, com isso, restabelecer a normalidade das relações sociais.

Mas, quem, de fato, irá responder por tais prejuízos? Pois bem. Conforme preceitua o artigo 19³⁶ da Lei 12.965/2014, serão responsabilizados os provedores de conteúdo e, ainda sim, somente após uma notificação judicial. Ou seja, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor apenas será responsabilizado civilmente por danos gerados por terceiros se, após uma ordem judicial específica, não tomar as providências para tornar indisponível tal conteúdo.

Dessa forma, verifica-se uma clara tutela da liberdade de expressão, sendo esta uma

³³ GUIMARAES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. **Fake news à luz da responsabilidade civil digital**: o surgimento de um novo dano social. Acesso em: 20 ago. 2020.

³⁴ GOMES, Ana Caroline de Souza. **A responsabilidade civil das redes sociais em decorrência das fake news divulgadas em suas plataformas quando violadoras de direitos da personalidade**. p. 44.

³⁵ CASTRO, André Giovane de; FORNASIER, Mateus de Oliveira et al. Leis brasileira e atuação dos tribunais quanto à possibilidade de indenização contra danos à privacidade do indivíduo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3mCtHWA>. Acesso em: 31 out. 2020.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 12.965/2014**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/32mrw13>. Acesso em: 23 ago. 2020.

garantia e um direito fundamental, que apenas pode ser limitada e tolhida através de uma decisão judicial.

Por fim, é imperioso destacar acerca da culpa do indivíduo, um dos pressupostos da responsabilidade civil. Segundo Glayder Daywerth Pereira Guimarães e Michael César Silva³⁷, “a dissimulação realizada quanto a veracidade da informação, isto é, o falseamento do conteúdo propagado, qualifica-se como culpa *lato sensu*”. Por outro lado, é possível perceber a culpa *stricto sensu*, na modalidade imprudência, no tocante à propagação das *Fake News*, ou seja, no caso de inobservância do dever de averiguação da notícia.

Dessa forma, é evidente que restam preenchidos todos os pressupostos que ensejam a responsabilidade civil, sendo elas: a conduta, isto é, a disseminação das *Fake News*; a culpa, tanto em sentido amplo, no que se refere a inveracidade do conteúdo, quanto em sentido estrito, no tocante ao não cumprimento do dever de averiguar tal notícia; a relação de causalidade, sendo esta um liame entre a propagação e os prejuízos sofridos; e, por fim, o dano social em si, por conta da manipulação da opinião pública e a lesão ao princípio da boa-fé objetiva, tudo a nível transnacional.

3. O FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE NAS *FAKE NEWS*

“A Terra é plana”, “as vacinas causam autismo”, “desodorante pode causar câncer de mama”, “vitamina C com água e limão cura coronavírus”, são apenas algumas das mais variadas notícias falsas propagadas pela rede mundial de computadores, ou simplesmente, internet.

As notícias falsas, popularmente adotada a nomenclatura *Fake News*, traz consigo, antes de tudo, um questionamento: Pode-se chamar de notícia o que é falso? Pois bem. Por notícia, tem-se que é o relato de um fato ocorrido, e, por sua vez, falso, é tudo aquilo, então, que não é verdadeiro, ou seja, que é inventado (uma história). Portanto, o termo empregado para *Fake News* (notícia falsa) é, evidentemente, contraditório, visto que este se trata de uma obra de ficção ou até mesmo, em casos mais graves, de um estelionato social.

Essas notícias, assim, causam um desserviço ao influenciar pessoas, principalmente com baixa instrução, pois além de ter “fundamentação”, mesmo seguindo uma lógica cientificamente duvidosa, se apresentam visualmente de maneira a enganar o consumidor, com o intuito de

³⁷ GUIMARAES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. *Fake news à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social*. Acesso em: 20 ago. 2020.

induzi-lo ao erro, através de orientações inverídicas.

Além do mais, cumpre ressaltar que é de grande dificuldade apurar a amplitude e extensão deste tipo de notícias, pois com a disseminação dos meios de comunicação e a tecnologia utilizada para repassar as *Fake News* (por muitas das vezes criptografada de ponta a ponta), não é possível mensurar até onde ela poderá e irá chegar.

Diante de tudo isso, nota-se uma evidente dicotomia entre liberdade e segurança. Até onde deverá prevalecer a liberdade de expressão em face da segurança social?

Pois bem, como já mencionado anteriormente, com o advento do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2012), os provedores passam a ter responsabilidade civil sobre o conteúdo por eles publicados, mesmo estes não produzindo coisa alguma, ou seja, trata-se de conteúdo de terceiros, somente respondendo com o descumprimento de ordem judicial de remoção.

Verifica-se, então, que o Marco Civil da Internet representa um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, porém este não consegue alcançar um tema tão sensível como as *Fake News*, fazendo com que, atualmente, tramite, no Congresso Nacional, projeto de lei regulando tal matéria.

Ademais, é imperioso ressaltar que o mundo tem presenciado inúmeros ordenamentos jurídicos que tentam inibir o uso deste tipo de notícia, entretanto depara-se com outro tema de ordem constitucional, sendo este: a soberania. Nesse sentido, poderia uma nação ter soberania sobre uma organização estabelecida em outro país?

Em relação a saúde, especificamente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera o movimento anti-vacina como uma ameaça mundial. No Brasil, por exemplo, doenças erradicadas, como o sarampo, estão ganhando destaque nos jornais pelo aumento de sua disseminação, em face da falta de vacinação infantil.

Além disso, convém ressaltar que a situação da pandemia causada pelo Coronavírus (COVID-19) não é diferente. Com a determinação de quarentena em muitos países e a reclusão em domicílio das pessoas, aumentou e muito o número de notícias falsas relacionadas a este vírus. A falta de informação, por ser um vírus novo e de conhecimento da tecnologia, fez com que uma onda deste tipo de informação se espalhasse pelo mundo todo.

Nesse aspecto, as *Fake News* vinculadas ao COVID-19 geraram problemas de saúde, bem como de gestão pública e de ordem política, pois como vivemos em um ambiente de pós-verdade, o sentimento gerado por uma informação torna-se mais relevante que a atribuição de critérios

científicos que deveriam pautar as notícias. Assim, ao se transmitir uma notícia, o jornalismo de informação é substituído pelo jornalismo de opinião, deixando de se transmitir o fato e, por conseguinte, a opinião do interlocutor, a fim de transmitir para o ouvinte, o telespectador ou, mesmo o leitor, a função de distinguir a opinião do fato em si.

Além do mais, com o dinamismo da sociedade atual, fica cada vez mais difícil de averiguar todas as nuances de um fato. A tecnologia acelerou a forma que a informação viajasse pelo mundo e, diante disso, não encontra limites territoriais e linguísticos. Portanto, percebe-se que esse é um problema que não tem como ser resolvido de maneira isolada, pois as notícias falsas não respeitam a soberania de um país, é algo que vai além, ou seja, é um fenômeno transnacional.

Nesse viés, percebe-se que com a tecnologia que hoje é oferecida, não existe mais monopólio da informação, isto é, cada indivíduo possui condições de produzir seu próprio conteúdo e, assim, disponibilizá-lo nos mais variados formatos de mídia digital, alcançando pessoas de toda parte do mundo.

Salvo raros países, a tecnologia efetivou direitos da cidadania, o qual tornou a democracia mais concreta, bem como concedeu a possibilidade de participação direta no processo legislativo (no Congresso Nacional há enquetes nos projetos de lei, para saber a posição da população, a respeito do tema em questão, e, também há audiências públicas virtuais, disponível pela internet, para discussão sobre os temas de interesse público), com liberdade de expressão e democratização do acesso às informações.

Assim, nota-se, mais uma vez, que se está diante de uma disputa antagônica, pois de um lado, a tecnologia efetivou liberdades e democratizou o acesso e, por outro, esse excesso de liberdade impôs uma sensação de insegurança, expondo riscos, e, por conseguinte, colocando a sociedade em perigo, sendo, evidentemente, necessário uma adequada e eficaz regulação.

Logo, o Constitucionalismo surge, diante da necessidade de frear o poder estatal sobre o povo, sendo uma verdadeira limitação à atuação do Estado totalitário, o qual deve respeitar os direitos individuais, e garantir, inicialmente, as liberdades do indivíduo.

Nesse sentido, cumpre destacar a obra “A Lei” de Frédéric Bastiat³⁸ que retrata exatamente isso. O autor afirma que pelo simples fato de existir a liberdade é que os homens foram levados a fazer leis. Diante disso, assim como a lei é uma espada de dois gumes e garante o limite ao Estado

³⁸ Bastiat, Frédéric. **A Lei**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

(visando a garantir as liberdades), também limita a atuação do indivíduo em sociedade. Desse modo, a lei deve ser um preceito negativo, pois como limitador da liberdade, não deve dizer o que fazer, mas apenas orientar ao que não fazer.

Dessa forma, a disseminação das *Fake News*, objeto em questão, não encontra limites territoriais e, com a globalização e o uso de tecnologias, o mundo se tornou “um lugar só”, ou seja, os indivíduos consomem e contratam produtos e serviços de todo o lugar, fazendo com que as companhias globais lancem seus tentáculos por todo o planeta. Com isso, a soberania de uma nação não detém o poder de impor sanção a uma empresa estrangeira, o qual torna a transnacionalidade perceptível.

No mesmo posicionamento, discorre Harold H. Koh³⁹ acerca do Direito transnacional, o qual afirma que o ordenamento jurídico é criado com a importação e exportação de normas em um Processo Jurídico Transnacional.

Assim, resta constatado que a propagação das *Fake News* são fatos que ocorrem por todo o planeta, fazendo com que uma nação ou um grupo de nações não consiga(m) impor limites à estes agentes que produzem este tipo de conteúdo informativo ou “mal informativo”. Dessa forma, nota-se que há uma necessidade de regulação não internacional (tendo em vista que envolve, principalmente, agentes estatais com soberania), e, acima de tudo, uma necessidade de adesão maior, ou seja, algo transnacional, envolvendo o maior número de atores possíveis.

Portanto, as *Fake News* são fatos reais, que ocorre diariamente, colocando a sociedade, não somente a nacional, mas de todo o planeta em risco, com informações e orientações erradas. Assim, resta evidente que o mundo necessita de uma regulamentação (global) dos meios de tecnologia, a fim de orientar como um indivíduo pode proceder diante desse tipo de notícia, bem como combater, através do instrumento da responsabilidade civil, de forma transnacional e eficaz, os danos sociais sofridos pela sociedade como um todo.

Nesse sentido, percebe-se que as *Fake News* não são apenas uma desinformação, mas são um risco aos direitos e garantias individuais, sendo uma ameaça à: liberdade de expressão, saúde pública, segurança, cidadania, ao processo político eleitoral, dentre muitos outros, podendo interferir e decidir o futuro de uma geração.

Com isso, por se tratar de um fenômeno transnacional, é imperioso, por fim, questionar-se:

³⁹ KOH, Harold H.. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int’l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <https://bit.ly/3i34brF>. Acesso em: 28 abr. 2020.

de que forma se deve proceder diante de uma *Fake News*?

A primeira reação que se deve ter diante de uma informação é saber se ela é falsa ou verdadeira. Porém, surgem as primeiras dúvidas: quem irá julgar este item? Será uma máquina ou um algoritmo? Será uma pessoa ou um grupo de pessoas?

Caso sejam pessoas a tomarem estas decisões, serão estas contratadas? Ou será um trabalho voluntário? Será por indicação política, através de concurso, ou eleita?

Além disso, surgem os questionamentos sobre quem terá soberania sobre este item a ser julgado e, por conseguinte, atribuir a responsabilidade. Será do emissor ou da hospedagem? Do receptor ou do dano? De um órgão internacional ou mesmo transnacional? Será público, privado, ou, ainda, misto?

Portanto, verifica-se que se está diante de um fato que gera inúmeros efeitos jurídicos, com total influência na política, saúde pública, opinião pública, dentre outros, não sendo possível, ainda, determinar a melhor maneira de regulá-lo. Desse modo, o fenômeno das *Fake News* é algo novo, o qual não é possível ainda mensurar seus efeitos, mas já é certo que causa riscos e danos, devendo estes serem reparados civilmente, não somente ao indivíduo, mas a sociedade como um todo, pois coloca em perigo toda a comunidade global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização fez do mundo um lugar “menor”, espalhando estes efeitos pelos quatro cantos do planeta. As relações internacionais, antes limitadas a agentes políticos com soberania, se apresentam, principalmente nos últimos anos, através de atores privados, criando um novo fenômeno, sendo este, o transnacional. É assim denominado, pois transborda as fronteiras geograficamente definido pela geopolítica tradicional.

Ou seja, a transnacionalidade possui o prefixo *trans* pois vai além, e, em decorrência disto, se vê a notória necessidade de um espaço transnacional para tutelar direitos. Estes direitos, por sua vez, deverão ser reconhecidos pelos envolvidos e tutelados de maneira a proteger os cidadãos do mundo.

No caso, especificamente, das *Fake News*, objeto em questão, nota-se claramente que estas são questões transnacionais por excelência, haja vista que as informações, por um lado inverídicas, transpassam fronteiras, os quais estão disponíveis em toda uma rede de acesso

mundial, ocasionando danos sociais a toda humanidade.

Dessa maneira, percebe-se uma total dicotomia entre a liberdade de expressão e segurança, pois por mais que os sujeitos possuam o direito de expressar suas crenças no meio digital e realizar referidas publicações, estas não podem ultrapassar os limites fixados pela lei. Isto é, caso haja violação, surgirá a responsabilidade pelos prejuízos causados, de modo a reparar o dano sofrido pela vítima e, conseqüentemente, restabelecer a normalidade das relações sociais.

Mas a questão é: e se no caso, este conteúdo inverídico perpassar fronteiras e, por conseguinte, ferir a saúde e segurança não só de um indivíduo mas de uma sociedade como um todo?

Nesse aspecto, o referido artigo aborda um caso típico e atual, sendo o Corona Vírus (COVID 19) um exemplo disso. Nota-se, que nessa questão, as notícias falsas, como a disseminação das curas milagrosas, não só ferem a dignidade da pessoa humana, como também podem levar inúmeras pessoas a morte.

Assim, verifica-se uma tamanha importância de uma regulamentação global acerca da matéria, visto que as *Fake News* passaram a atingir a sociedade, em escala mundial, devendo estas serem reparadas pelos danos sofridos.

E não só reparadas, mas que também haja uma regulamentação no sentido de prevenção da propagação das *Fake News*, a fim de orientar como um indivíduo pode proceder diante desse tipo de notícia.

Dessa forma, constata-se que o fenômeno das *Fake News* ainda possui lacunas a serem preenchidas, de modo que, necessária uma total atenção dos operadores do direito e dos legisladores, a fim de combater estas referidas notícias e, especialmente, proteger os direitos fundamentais da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Lei nº 12.965/2014, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/32mrw13>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BASTIAT, Frédéric. **A Lei**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

BRASIL. **Enunciado da V Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://bit.ly/34iuiXq>. Acesso em: 23 ago. 2020.

CASTRO, André Giovane de; FORNASIER, Mateus de Oliveira et al. Leis brasileira e atuação dos tribunais quanto à possibilidade de indenização contra danos à privacidade do indivíduo. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 10, n. 4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3mCtHWA>. Acesso em: 31 out. 2020.

CAVEDON, Ricardo et al. O meio ambiente digital sob a ótica da Teoria da Sociedade de Risco: os avanços da informática em debate. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, p. 211, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Yeok6d>. Acesso em: 18 ago. 2020.

GOMES, Ana Caroline de Souza. **A responsabilidade civil das redes sociais em decorrência das fake news divulgadas em suas plataformas quando violadoras de direitos da personalidade**. 2018. 63 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito), Programa de graduação em Ciência Jurídica, PB, Santa Rita, 2018. p. 34.

GUIMARAES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake news e COVID 19. **Revista Dom Total**, Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3174tb9>. Acesso em: 18 ago. 2020.

GUIMARAES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. Fake news à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 109, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2FiageT>. Acesso em: 20 ago. 2020.

JESSUP, Phillip C. **Transnational law**. New Haven: Yale University Press, 1956.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOH, Harold H. **Transnational Legal Process**. Faculty Scholarship Series. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3bsEuhV>. Acesso em: 28 abr. 2020.

KOH, Harold H. **Transnational Legal Process**. Nebraska Law Review, v. 75, p. 181-206, 1996.

KOH, Harold H. **Why Transnational Law Matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em: <https://bit.ly/3bq9TBk>. Acesso em: 28 abr. 2020.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do marco civil da internet (Lei n. 12.965/14). **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, p. 157, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2Emnihg>. Acesso em: 20 ago. 2020.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Programa de Pós Graduação Stricto sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 23, jan-abr 2012.

OLSSON, Giovanni. **Relações internacionais e seus atores na era da globalização**. Curitiba: Juruá, 2003.

OXFORD. Dictionary. **Word of The Year 2016**. Disponível em: <https://bit.ly/32j5lIZ>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 12. ed. rev. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POETRY FOUNDATION. **The Tyger By William Blake**. Disponível em: <https://bit.ly/2EQndmX>. Acesso em: 01 mai 2020.

ROSENAU, James. **Turbulence in World Politics**, Brighton, 1990.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Repensando a responsabilidade civil nos conflitos de natureza ambiental. **Revista Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**, UNIVALI, p. 158, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3oKHPPC>. Acesso em: 31 out. 2020.

SOUZA, Nayara Iris Silva e. A disseminação de fake news no caso do coronavírus (COVID 19): uma análise discursiva. **Revista MEMENTO**, Rio Verde, p. 3, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3iNlziT>. Acesso em: 17 ago. 2020.

STEINER, Henry S. Constructing and developing transnational law: the contribution of Detlev Vagts. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord.). **Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

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

WLOCH, Fabrício. Globalização e superação da soberania moderna. **Revista O Estado no mundo globalizado: soberania, transnacionalidade e sustentabilidade**, Itajaí, p. 19, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/37EAryZ>. Acesso em: 25 out. 2020.

ENSAIO SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO TRANSNACIONAL

Douglas Fílipi Mafra¹

Laudelino João da Veiga Netto²

Carla Piffer³

INTRODUÇÃO

É sabido à exaustão que a globalização trouxe substanciais alterações na concepção da sociedade mundial e, por consequência, remodelou a ideia de soberania 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”⁴.

Nessa ordem, as mutações de toda ordem geradas pelo fenômeno da globalização atingem inclusive os direitos “mais caros”, na medida em que, na ausência de conteúdo normativo idôneo a satisfazer as mais variadas, complexas e geograficamente distintas transações, o neoliberalismo mantém seu reinado e, a despeito da retórica poética que o cerca, a verdade é que o capital, e tão somente ele, passa a regular as relações numa ambiência em que “tudo pode ser vendido e comprado, já que a categoria Direitos Fundamentais é extinta e tudo passa a ser de propriedade, negociado no Grande Mercado globalizado”⁵.

Deveras, a transnacionalidade é uma realidade e a ausência de respostas concretas aos efeitos deletérios dela também, motivo pelo qual proposituras, as mais variadas, visam teorizar e positivar um modelo de Direito Transnacional definitivamente eficaz.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica (UNIVALI). Advogado. Itajaí/SC – Brasil. E-mail: douglas@douglasmafra.adv.br

² Mestrando em Ciência Jurídica (UNIVALI). Especialista em Direito Tributário (FGV). Advogado. Itajaí/SC – Brasil. E-mail: laudelino@jaimedaveigaadvocacia.com.br

³ Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Professora do Mestrado Internacional Profissional em Direito das Migrações Transnacionais - UNIVALI. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Email: carlapiffer@univali.br.

⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 18.

⁵ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito Transnacional, Soberania e o Discurso da Law and Economics. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 75.

O presente trabalho objetiva perquirir acerca da possibilidade de eventual contribuição da Análise Econômica do Direito na construção de um padrão teórico e positivo de Direito Transnacional, desde já esclarecendo-se que nem de longe se tenciona exaurir a temática, mas tão somente, em alguma extensão, fomentar o debate.

Para tanto, inicialmente serão tecidas breves considerações acerca da transnacionalidade e do Direito Transnacional; na sequência far-se-á uma incursão nos fundamentos de base da Análise Econômica do Direito e, ao fim, o cotejo de possíveis achados úteis à elaboração teórica e positiva do Direito Transnacional.

Relativamente à metodologia, foi empregada a base lógica indutiva com operacionalização das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, do fichamento e da revisão bibliográfica.

1. TRANSNACIONALIDADE E O DIREITO TRANSNACIONAL

É certo que a globalização implicou na desnacionalização e possível transformação dos Estados nacionais em Estados transnacionais⁶, de modo que o Estado, sob os efeitos da livre comercialização, perde drasticamente seu poder de exercício de soberania, dando vida a um enorme plexo unitário (sociedade mundial) que caminha a passos largos (pelo capital) sem Estado e sem governo mundial.

Não obstante os esforços destinados à teorização do fenômeno global, o fato é que o conceito de globalização passa ao largo de uma definição consensual⁷, de sorte que para Anthony Giddens, à grosso modo e a exemplo, consiste na “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos que ocorreram a muitas milhas de distância, e vice-versa”⁸.

Em que pese a ausência de uma teoria de base ou mesmo de uma conceituação universalmente aceita, a distinção promovida por Ulrich Beck no que se refere à globalismo e globalidade (ou globalização) denota vital importância, posto que enquanto o primeiro

⁶ Quanto aos Estados transnacionais, Beck faz questão da utilização do termo no plural, mencionado que estes nasceriam da reforma do espaço político internacional com a criação de organizações complexas com identidade e soberania próprias. Com base nesses fundamentos, Ulrich Beck propõe um modelo de Estado Transnacional, fundado na cooperação entre Estados e na cessão de parcelas da soberania dos Estados nacionais aos Estados Transnacionais. BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. p. 197.

⁷ Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 27.

⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 69.

designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se, portanto, da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo. O procedimento é monocausal, restrito ao aspecto econômico, e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão – a econômica –, que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as outras dimensões – relativas à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio subordinador do mercado mundial.⁹

O segundo

significa: Já vivemos há tempos em uma sociedade mundial, ao menos no sentido da ideia de espaços isolados se tornou fictícia. [...] “Mundial”, na expressão “sociedade mundial”, designa então *diferença*, *diversidade*, e “sociedade” designa não-integração, de tal forma que se pode compreender (seguindo o argumento de M. Albrow) a sociedade mundial como *diversidade sem unidade*. [...] Globalidade denomina o fato de que, daqui para a frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta, e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo “global-local”. Compreendida deste modo, globalidade designa apenas a nova situação da segunda modernidade.¹⁰

Noutras palavras, o globalismo, alimentado pela ideologia neoliberal, reduz a globalização e seus mais variados atores, componentes e dimensões, a uma só perspectiva: a econômica.

Alexandre Morais da Rosa critica com veemência esse proceder, enfatizando que o princípio jurídico que lhe sustenta é o do *melhor interesse do mercado* e que “não há mais lugar para o Estado-nação entregue ao jogo sem regras de uma globalização neoliberal do pensamento único”, precisamente porque o “mercado mundial unificado implica uma proeminência do mercado como lugar vazio, destruindo os ordenamentos jurídicos internos”¹¹. Verdadeiramente o “Direito tornou-se num bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada”¹².

Desponta com clareza que a liberdade que orientou os desígnios do Ocidente capitalista até a década de 1960 do último século (modernidade) não mais atende ao cenário atual transnacional, caracterizado, nas palavras de Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, “como uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes do direito”, sendo que o alcance destas perpassa

⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 27-28.

¹⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 29 e 31.

¹¹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito Transnacional, Soberania e o Discurso da Law and Economics. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

¹² ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006. p. 07.

pela reformulação de “um novo paradigma do direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões aplicadas”¹³.

Veja-se que no mais das vezes sequer “é possível distinguir o que é interno ou externo num determinado fenômeno político, econômico e social”¹⁴, na medida em que

o que é vivido, e normalmente estudado como algo que aconteceu “dentro” de países, revela-se como parte de processos internacionais muito mais amplos de mudança política e econômica. Através das histórias “nacionais” a competição internacional desempenha um papel formativo bastante central, como influência [...] portanto, não pode haver uma história puramente nacional de qualquer Estado: da mesma forma, não pode haver teoria da economia, do Estado e das relações sociais que negue o impacto formativo, residual ou recente, do internacional.¹⁵

Ultrapassadas questões outras que introduzem e circundam a temática de base, para Detlev Frederick Vagts¹⁶ são três as elementares de caracterização do Direito Transnacional: “1) assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; 2) assuntos que não comportam uma clara distinção entre Direito Público e Privado; e 3) assuntos que comportam fontes abertas e flexíveis, como o *soft law*”¹⁷.

Decerto é que na atual conjuntura pós-modernidade, não é mais suficiente a elaboração de teorias jurídicas complexas e sofisticadas para equacionar as mais sensíveis e complexas frentes de abordagem do fenômeno da convivência humana¹⁸, resultando por corolário que o novo paradigma do direito “deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos”¹⁹.

A valer, para além de um aparato jurídico efetivamente eficaz, um idealizador imanente de sobrevivência humana precisa decisivamente ganhar corpo entre todos aqueles que habitam a sociedade mundial. Quiçá, este pensar caloroso encontre eco naquilo que se convencionou chamar de “boa Governança”²⁰ ou também, à luz da filosofia chinesa, no termo-chave “Tudo Sob o

¹³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011. p. 76.

¹⁴ SÁ, Luis. **Soberania e Integração na CEE**: contribuição para o estudo das limitações de soberania e independência decorrentes da adesão à CEE. Lisboa: Caminho, n. 24, 1987. p. 22.

¹⁵ HALLIDAY, Fred. **Repensando as Relações Internacionais**. Tradução de Cristina Sorcanu Pecequilo. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 1999. p. 17-18.

¹⁶ VAGTS, Detlev Frederick. **Transnational business problems**. New York: The Foundation Press, 1986.

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017. p. 53.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011. p. 80.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011. p. 80.

²⁰ Nesse sentido: GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional.

Céu” que, composto por um conceito denso – subdividido em uma trindade de significados²¹ –, bem desvela que “o mundo físico foi criado, mas um mundo humanizado ainda precisa ser feito”²².

As dificuldades encontradas no dinâmico contexto atual da comunidade mundial, inclusive, impelem à superação das teorias monista e dualista que outrora se ocupavam em regular as relações entre o direito interno dos Estados e o direito internacional, de modo que o pluralismo jurídico clássico parece invariavelmente perder força para um novo pluralismo jurídico transnacional, exatamente porquanto “as complexas redes de relações jurídicas que operam na esfera transnacional não mais se amoldam às incipientes teorias jurídicas que justificam o monismo e o dualismo”²³. É que sendo a transnacionalidade “aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por consequência, traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado”²⁴.

Derradeiramente, cabe enfatizar que o fenômeno de corporificação de um Direito Transnacional urge como necessidade primária de resgate de parâmetros mínimos de humanidade, consoante anotam Cruz e Maurizio Oliviero:

[...] o Direito transnacional 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.²⁵

À luz de todo o até aqui arrazoado, malgrado os problemas transfronteiriços do mundo globalizado ganhem contornos assustadores (v.g. os ambientais, migratórios, etc.) e as discussões em torno de uma *Transnational Law* já tenham se iniciado na segunda parte do século passado²⁶, é forçoso convir que sequer a categoria base da temática (globalização) pode ser havida como uma premissa estável. Não por outro motivo senão pela inegável complexidade do arranjo

In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 10-28.

²¹ “(1) a Terra ou todas as terras sob o céu; (2) uma escolha comum feita por todos os povos do mundo, ou um acordo universal nos ‘corações’ de todos os povos; (3) um sistema político para o mundo com uma instituição global para garantir a ordem universal.”

²² TINGYANG, Zhao. A Political World Philosophy in terms of All-under-heaven (Tian- xia). **Diogenes**. 221 n. 56 v. Issue 1, 2009. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/home/dio>>. Acesso em 05 de set/2020.

²³ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 29.

²⁴ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 24-25.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista NEJ – Eletrônica**, Vol. 17 – n. 1 - p. 18-28 / jan-abri 2012. p. 27.

²⁶ Nesse sentido e época: JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. p. 12.

estrutural da problemática, a edificação de um Direito Transnacional se encontra em fase embrionária.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Direito e Economia caminham de mãos dadas desde há muito tempo, sendo que, para alguns, esta junção constitui o fenômeno de maior relevo na literatura jurídica²⁷; no Brasil, a abordagem é denominada de “Direito e Economia” ou “Análise Econômica do Direito” (AED), também vulgarmente difundida como “Teoria Econômica do Direito”. Esta concepção teórica foi apresentada na década de 60²⁸, nos Estados Unidos²⁹, e idealizada por Guido Calabresi³⁰, Ronald Coase³¹ e Gary Becker³². Com o passar do tempo, ganhou novos rumos, especialmente com as contribuições de Robert Cooter com Thomas Ulen³³, Richard Posner³⁴ e Ejan Mackay com Stéphane Rousseau³⁵.

Tecidas tais considerações, à guisa de imprescindível introdução a este modelo teórico, deve-se estudar, em primeiro lugar, as duas disciplinas que dão amparo dogmático à teoria, ou seja, Direito e Economia. Conforme Miguel Reale³⁶:

[...] Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é, principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, por o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor [...].

Lado outro, Economia “é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos”³⁷. Ao contrário do que o senso

²⁷ Cuida-se do “mais influente movimento de pensamento jurídico no período pós-Segunda Guerra Mundial”. In: HARRIS, Ron. “The Uses of History in Law and Economics” in **Theoretical Inquiries in Law**, 4 Theoretical Inq. L. 659, 2003. Ver também: GHILARDI, Dóris. **Afeto e economia: reflexões sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica**. 2015. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2015, p. 09.

²⁸ Para Posner, a chamada Teoria Econômica do Direito ou Análise Econômica do Direito só começa a tomar forma “...em algum momento entre 1958 e 1973”. POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 04.

²⁹ Especificamente nas universidades Chicago, Yale e Berkeley, tendo depois se espalhado para o mundo. POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 04.

³⁰ CALABRESI, Guido. **Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**. *The Yale Law Journal*, vol. 70, n. 4, 1961, p. 499-553.

³¹ COASE, Ronald. **The problem of social cost**. *The Journal of Law and Economics* 3, p. 1-44, outubro de 1960.

³² ECKER, Gary. Crime and Punishment: an Economic Approach. *Journal of Political Economy*, vol. 76, p. 169-217, mar.-abr. 1968.

³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 5ª ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2008.

³⁴ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 9ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

³⁵ MACKAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

³⁶ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117-118.

³⁷ ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2 ed. London: Macmillan, 1945, p. 81. Disponível

comum adota, então, a Economia não é o estudo da inflação, do desemprego, dos ciclos econômicos de outros fenômenos macroeconômicos alheios às preocupações diárias do sistema legal. A Economia é o estudo das consequências das decisões ou escolhas dos indivíduos, sob quaisquer aspectos. Para melhor entender, nas palavras do professor Bruno Meyerhof Salama³⁸:

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade.

Observa-se que Direito e Economia apresentam significados bastantes divergentes, porém, na visão de Ivo Gico Junior³⁹, dialogam entre si com o intuito de alargar a compreensão e o alcance do Direito, bem como para melhorar a evolução, a execução e a apreciação das normas jurídicas, máxime em relação às consequências. Por isto, o entrelaçamento entre a Economia e o Direito auxilia os governantes, não só para lhes explicar os efeitos de uma política sobre a eficiência da utilização dos recursos disponíveis, senão também no que diz respeito à identificação dos efeitos sobre a distribuição dos gastos e da riqueza. É dizer, a Ciência Econômica proporciona ao Direito uma teoria que possibilita prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento dos agentes econômicos⁴⁰.

Na percepção de Posner, a Análise Econômica do Direito compreende “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”⁴¹. Para Nicholas Mercuro e Steven Medema, trata-se da “aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais”⁴².

Na perspectiva de Julio Cesar Marcelino Junior⁴³, este modelo

em: <http://mises.org/sites/default/files/qjae12_4_5.pdf>. Acesso em 05 de set/2020.

³⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

³⁹ GICO JUNIOR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. In: *Direito e Economia no Brasil*. Luciano Benetti Timm (Org.). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

⁴⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25. A esse respeito, ver também: GONÇALVES, Jéssica. **Análise econômica do direito**: possibilidade motivacional para as decisões judiciais a partir da eficiência. 2014. Artigo científico (Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014.

⁴¹ POSNER, Richard A. “**The Economic Approach to Law**”. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

⁴² MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law** – From Posner to Post-Modernism, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 3.

⁴³ MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à Justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 65.

[...] objetiva a compreensão do universo jurídico, a partir de pressupostos e valores metajurídicos próprios da Economia, que podem ser manejados no momento da criação na norma jurídica e também no momento de sua verificabilidade, na hipótese de aplicação ao caso concreto. Assim, tem-se uma racionalidade econômico-jurídica que interage com o meio de modo a influenciar o âmbito jurídico, principalmente no que se refere à interpretação, considerando novos padrões econômicos-valorativos quando da apreciação de demandas judiciais.

Assim é que, o conceito de Análise Econômica do Direito pode ser desvelado como a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos no julgamento da concepção, da forma, dos processos e dos impactos do Direito e das instituições legais para uma maior eficiência alocativa, com o fito de almejar o bem-estar dentro da moral⁴⁴. Mais resumidamente, é a tentativa da aplicação em casos concretos de modelos e paradigmas econômicos na interpretação, análise e aplicação do Direito.

Indo além, para Posner esta concepção pode ser dividida em dois níveis epistemológicos; um que ele nomeia de positivo (ou descritivo) e outro que ele nomeia de normativo (ou prescritivo). O primeiro aborda como o Direito repercute sobre o campo fático, ou seja, como o comportamento dos agentes é influenciado pelas leis, enquanto que o último refere à análise de quais situações e de que forma os conceitos jurídicos se relacionam com os conceitos de justiça e eficiência, maximizando tanto a satisfação e o bem-estar, quanto à riqueza⁴⁵.

Dito de outra forma, a

Law and Economics procura analisar estes campos desde duas miradas: a) “positiva”: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e “bem-estar”, cujo critério é econômico de “maximização de riqueza”; e, b) “normativa”: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do “bem estar social”, cotejando-as com as consequências.⁴⁶

Cooter assere que o nível epistemológico positivo dá abertura para algumas interpretações, sendo duas merecedoras de evidência neste trabalho. A primeira, intitulada como explicativa, trata sobre a capacidade explicativa da teoria econômica. Esta interpretação sustenta que “a economia explica o direito, mas não chega a uma explicação completa” pois “não capta toda a realidade subjacente”⁴⁷, precisando, destarte, da contribuição de outras áreas de conhecimento. Já a segunda interpretação, intitulada preditiva, diz que a Economia pode ser aplicada para

⁴⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 89.

⁴⁵ POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 8.

⁴⁶ LINHARES, José Manoel Aroso; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61.

⁴⁷ COOTER, Robert. “**Law and the Imperialism of Economics**: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books”. *UCLA Law Review*, v. 29, 1982, p. 1260.

antever as consequências das várias regras jurídicas. Esta interpretação busca identificar os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o desempenho dos atores sociais relevantes em cada caso. A interpretação preditiva procura modelar o desempenho humano para que seja possível ao profissional do Direito compreender os capazes efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais.

Um dos axiomas da AED “é precisamente o de que as pessoas reagem a incentivos, e de que as normas fornecem às pessoas um quadro de incentivos inteiramente similar àquele que é veiculado pelos preços nos mercados tradicionais”⁴⁸. Equivale a dizer, a Economia empresta ao Direito uma teoria do comportamento que ajuda prever como os indivíduos reagem às leis, viabilizando o mapeamento da eficiência destas.

Esse traço comportamental se sustenta na previsibilidade de uma escolha racional⁴⁹, partindo da premissa de que o proceder humano tende para a maximização racional, na busca da decisão mais eficiente para o atendimento do seu próprio bem-estar⁵⁰. O que faz o agente escolher entre a postura “A” por vez da “Z” é justamente a divergência entre as preferências e obstáculos para atingir a sua satisfação, o que inclui conhecimento, tempo, dinheiro, entre outros. Neste diapasão, quando frente à necessidade de escolha, decide pela postura que mais aumenta seus benefícios e diminui eventuais prejuízos. Atinge, então, o ótimo se a escolha proporciona a esse consumidor a maior utilidade, ou seja, o maior nível de satisfação dentro das possibilidades disponíveis e restrições presentes.⁵¹

Tendo-se clareza quanto às dimensões da AED, passa-se, finalmente, à análise de eventuais convergências e contribuições dela sobre a construção de um modelo teórico de Direito Transnacional.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DIREITO TRANSNACIONAL

Das linhas anteriores deste artigo restou evidente que a era da pós-modernidade traz

⁴⁸ ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 22.

⁴⁹ “Uma concepção de racionalidade sustenta que um agente racional pode classificar alternativas conforme o grau de satisfação proporcionado. [...] Outra forma comum de entender esta concepção de comportamento racional é reconhecer que os consumidores optam por alternativas que sejam apropriadas para atingir as suas metas” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36-37).

⁵⁰ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. Traducción Eduardo L. Suárez. México: Fondo de la Cultura, 2007, p. 25-26.

⁵¹ POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. Traducción Eduardo L. Suárez. México: Fondo de la Cultura, 2007, p. 25.

desafios de uma intensidade tal que, invariavelmente, reclamam a releitura de aspectos políticos, sociais, culturais, econômicos e jurídicos.

É que a globalização forjou a denominada transnacionalidade e agora os problemas locais se projetam em um contexto de proporções geográficas mundiais, e vice-versa, alguns deles inclusive ameaçando a própria perpetuação da espécie humana (a exemplo os ambientais). E o pior: tudo isso em meio a uma diversidade de atores (estatais e não-estatais) e numa ambiência visivelmente carente de normatização, onde o neoliberalismo nada de braçadas e obedece, única e exclusivamente, a uma voz: a do capital.

Nesse complexo cenário, embora circundem inúmeras incertezas sobre a temática, uma coisa parece ser incontroversa: a necessidade de teorização e positivação de um Direito Transnacional.

Ocorre que teorias jurídicas complexas e sofisticadas, por si só, definitivamente não lograrão êxito, justamente porque

O Direito Transnacional só fará sentido caso possa ser aplicado por instituições com órgãos e organismo de governança, regulação, intervenção, além de capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes.⁵²

Não só a aplicação e a fiscalização, é preciso municiar os órgãos de controle com poderes coercitivos e sancionatórios, do contrário o capitalismo transnacional continuará regulando o *modus operandi* dos atores transnacionais, num mundo que, fazendo uso da distinção promovida por Beck, faz ouvidos moucos à globalidade para flertar com o globalismo.

Precisamente por este vértice que os dois níveis epistemológicos da Análise Econômica do Direito podem contribuir, isto é, tanto o normativo (ou prescrito) quanto o positivo (ou descritivo), este último subdividido nas interpretações de cunho explicativo e preditivo.

Isso porque galgando pelos contornos da AED, arremata-se que o *homem médio* orienta suas escolhas por um critério racional de eficiência, direcionado ao melhor aproveitamento de seu próprio bem-estar, daí a conclusão de que “provavelmente ao se aumentar os benefícios derivados da escolha de uma certa ação, é possível antever que o agente facilmente a adotaria”⁵³;

⁵² OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista NEJ** – Eletrônica, Vol. 17 – n. 1 - p. 18-28 / jan-abri 2012. p. 22

⁵³ COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 184-185.

noutro giro, “se o que for aumentado forem as sanções e/ou os custos, a previsão é no sentido de que o agente deixe de agir de determinado modo”⁵⁴.

Então é que, uma vez mapeados os diversos componentes e fatores nocivos à sociedade transnacional, essa faceta comportamental da *Law and Economics* tem condições, portanto, de vaticinar as consequências com a implantação de um determinado conteúdo normativo e, bem por isso, auxiliar o criador dela a, manipulando os benefícios e malefícios da regra, obter o resultado que melhor lhe aprouver.

Não se está a asseverar que a junção de Direito e Economia seja capaz de fornecer fórmulas para dar respostas definitivas às problemáticas normativas, até porque, no dizer de Calabresi, isto beiraria ao “ridículo”⁵⁵, mas sim a afiançar que este fenômeno permeia o tecido da literatura jurídica e fatalmente maximiza a compreensão, análise e aplicação do Direito, viabilizando a maior quantidade de distribuição de bem-estar.

E esse viés econômico e comportamental que assegura a previsibilidade e maximização do bem-estar social, parece, inegavelmente, ir ao encontro dos anseios e postulados daqueles que ora se debruçam diuturnamente na elaboração de uma teoria de base do Direito Transnacional, sobretudo quando o capital se apresenta como epicentro e única linguagem verdadeiramente aceita na comunidade global.

Logicamente que a possível previsão das consequências fomentará toda sorte de conflito de interesses, mas como adverte Coase na obra “O Problema do Custo Social” (1960), ao fim e ao cabo a administração normativa está sempre atrelada (ao menos, deveria) a ideia de se evitar o maior dano, “sendo claramente desejável se as únicas ações realizadas fossem aquelas nas quais o ganho gerado valesse mais do que a perda sofrida”⁵⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização, potencializada pelos mecanismos tecnológicos, fez emergir toda a sorte de interações, entre entidades públicas e privadas, nacionais e internacionais, acabando por ignorar

⁵⁴ COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 184-185.

⁵⁵ CALABRESI, Guido. “Thoughts on the Future of Economics” **Journal of Legal Education** v. 33, 1983, p. 363.

⁵⁶ COASE, Ronald H. O problema do custo social. **Journal of Law and Economics** (Outubro, 1960), p. 1. Disponível em: <http://files.martinhobotelho.webnode.com.br/200000039-1d0b71e053/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf>. Acesso em: 05 de set/2020.

fronteiras territoriais e desnaturar a soberania do Estado-nação. Esta mundializada teia de operações desagua problemas complexos que não encontram respostas satisfatórias em quaisquer campos de incidência, tais como: político, social, cultural, econômico e jurídico.

Embora a solução desses impasses certamente perpassasse pela reconstrução de componentes axiológicos e metafísicos no âmago de todos aqueles que habitam a sociedade mundial, mostra-se imprescindível a codificação de uma teoria eficaz de Direito Transnacional, sem prejuízo da utilização de ferramentas outras como, a exemplo, o transconstitucionalismo⁵⁷ e o transjudicialismo⁵⁸.

Empós se analisar as dimensões e o alcance da Análise Econômica do Direito, inferiu-se que os dois níveis epistemológicos de atuação desta teórica podem contribuir para a construção de um modelo teórico e positivo de *Transnational Law*, notadamente no que concerne à produção e modulação do conteúdo normativo para maximização dos resultados almejados.

Qualquer perspectiva de Direito Transnacional só terá minimamente eficácia se revestir órgãos de controle com legitimidade suficiente a escorreita aplicação, regulação, intervenção e fiscalização, além de mecanismos de caráter coercitivo e sancionatório que façam valer estes postulados; é nesta fenda que a *Law and Economics* – dotada de uma teoria comportamental – pode trazer contribuições substanciais, antevendo posturas e consequências com a adoção de determinada conteúdo normativo, bem assim manipulando o binômio vantagens-desvantagens para atingir o desiderato da *mens legis* e com isso entregar a maior quantidade de bem-estar social.

De todo o modo, o tema em voga se situa em um universo de incertezas em que o emprego sucessivo do prefixo “trans”, *de per si*, revela o quão desafiador será a construção de um arranjo normativo-jurídico efetivamente equidistante, de maneira que os ensaios conectivos aqui expostos seguramente demandam maior investigação e aprofundamento.

Seja como for, enquanto isso o capitalismo global segue tornando as pessoas gélidas, imediatistas e superficiais, alimentando aquilo que Zygmunt Baumann reputou por bem chamar de “modernidade líquida”⁵⁹.

⁵⁷ Nesse sentido: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

⁵⁸ Nesse sentido: RUISTEMBERG, Nunes Pereira. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 169-199.

⁵⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito: programa e guia de estudo**. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CALABRESI, Guido. "Thoughts on the Future of Economics" **Journal of Legal Education** v. 33, 1983.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts. *The Yale Law Journal*, vol. 70, n. 4, 1961.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. **Journal of Law and Economics** (Outubro, 1960), p. 1. Disponível em: http://files.martinhobotelho.webnode.com.br/200000039-1d0b71e053/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf. Acesso em: 21 de nov/2019.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics* 3, p. 1-44, outubro de 1960.

COOTER, Robert. "Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books". *UCLA Law Review*, v. 29, 1982.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 5ª ed. Boston: Pearson Addison Wesley, 2008.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 3(1): 75-83 jan-jun, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista NEJ – Eletrônica**, Vol. 17 – n. 1 - p. 18-28 / jan-abri 2012. p. 27.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. *In*: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017. p. 53.

ECKER, Gary. Crime and Punishment: an Economic Approach. *Journal of Political Economy*, vol. 76, p. 169-217, mar-abr, 1968.

GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. *In*: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020.

GHILARDI, Dóris. **Afeto e economia**: reflexões sobre o duplo discurso no direito de família e a aplicação da análise econômica. 2015. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo. **Introdução ao Direito e Economia**. *In*: Direito e Economia no Brasil. Org. Luciano Benetti Timm. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GONÇALVES, Jéssica. **Análise econômica do direito**: possibilidade motivacional para as decisões judiciais a partir da eficiência. 2014. Artigo científico (Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí, 2014.

HALLIDAY, Fred. **Repensando as Relações Internacionais**. Tradução de Cristina Sorcanu Pecequilo. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 1999. p. 17-18.

HARRIS, Ron. “The Uses of History in Law and Economics” *in Theoretical Inquiries in Law*, 4 Theoretical Inq. L. 659, 2003.

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

LINHARES, José Manoel Aroso; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução de Rachel Sztajn.

2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARCELINO Junior, Julio Cesar. **Análise Econômica do acesso à Justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law** – From Posner to Post-Modernism, Princeton: Princeton University Press, 1999.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Direito Transnacional, Soberania e o Discurso da **Law and Economics**. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho** – una restrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POSNER, Richard A. **“The Economic Approach to Law”**. Texas Law Review, v. 53, n. 4, 1975.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9ª ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

POSNER, Richard. **El Análisis Económico del Derecho**. 2. ed. Traducción Eduardo L. Suárez. México: Fondo de la Cultura, 2007.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2 ed. London: Macmillan, 1945. Disponível em: <http://mises.org/sites/default/files/qjae12_4_5.pdf>. Acesso em 17 de nov/2019.

RUITENBERG, Nunes Pereira. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 4, 2012.

SÁ, Luis. **Soberania e Integração na CEE**: contribuição para o estudo das limitacoes de soberania e independência decorrentes da adesão à CEE. Lisboa: Caminho, n. 24, 1987.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos de globalização. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

TINGYANG, Zhao. **A Political World Philosophy in terms of All-under-heaven (*Tian-xia*)**. Diogenes. 221 n. 56 v. Issue 1, 2009. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/home/dio>>. Acesso em 05 de set/2020.

VAGTS, Detlev Frederick. **Transnational business problems**. New York: The Fundation Press, 1986.

O COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E O DIREITO TRANSNACIONAL

Mell Mota Cardoso Conte¹

Heloise Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva evidenciar a importância e necessidade da utilização do Direito Transnacional no combate a violência doméstica contra a mulher no ambiente doméstico.

Conforme se observa, infelizmente, os índices são precisos ao confirmar que a violência contra a mulher atinge níveis pandêmicos, sendo a violência de gênero enraizada em nossa sociedade.

A Lei nº 11.340/2006 muito embora referência no que se refere ao combate da violência doméstica, é resultado da provocação internacional da vítima Maria da Penha que, incessantemente, lutou por 19 anos para ver seu agressor ser penalizado.

Neste cenário, considerando que as normas e políticas públicas internas são insuficientes para controlar, quiçá extinguir, a violência contra mulher, mostra-se oportuno a formação de uma rede internacional, com reflexos efetivos na compilação de legislação internacional e sem fronteiras e limites físicos para criação de mecanismos de combate.

A metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a dedutiva e sua operacionalização se deu com base nas técnicas do referente, categorias básicas e conceitos operacionais.

¹ Advogada. Especialista. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora do Curso de Direito, UNIVALI/Campus Tijucas.

² Pós-Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ/UNIVALI com bolsa de Estágio Pós Doutoral pela CAPES. Professora colaboradora do curso de mestrado do PPCJ/UNIVALI. Doutora e Mestre em Ciência Jurídica pelo - PPCJ/UNIVALI. (CAPES - Conceito 6). Doutora em "Derecho" e Mestre em "Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad" pela Universidade de Alicante - Espanha.

1. DO GÊNERO

A Lei n. 340/2006 [Lei Maria da Penha], em seu conteúdo, apresenta sujeito ativo e passivo muito bem definido, por sinal, com influência de questões de gênero.

[...] Representa a Lei Maria da Penha elevada expressão da busca das mulheres brasileiras por igual consideração e respeito. Protege a dignidade da mulher, nos múltiplos aspectos, não somente como um atributo inato, mas como fruto da construção realmente livre da própria personalidade. Contribui com passos largos no contínuo caminhar destinado a assegurar condições mínimas para o amplo desenvolvimento da identidade do gênero feminino³.

A mulher, por vezes, poderá ser autora do delito/crime, contudo, sempre será vítima, em razão, justamente, da natureza originária da norma criada para proteger mulheres em situação de risco.

MASSON⁴ identifica gênero apresentando diferenças entre homens e mulheres:

Aquilo que identifica e diferencia os homens e as mulheres, ou seja, o gênero masculino e o gênero feminino. De acordo com a definição “tradicional” de gênero, este pode ser usado como sinônimo de “sexo”, referindo-se ao que é próprio do sexo masculino, assim como do sexo feminino.

NADER E RANGEL⁵ com o intuito de desmistificar a conceituação de gênero realizam estudo acurado procurando evidenciar diferenças sociais e biológicas existentes entre homens e mulheres:

O conceito de gênero evoluiu e transformou-se em referência para a construção social das diferenças entre homens e mulheres, sem, contudo, desconsiderar as diferenças biológicas existentes entre os sexos. Os aspectos biológicos dos sexos pertinentes à compreensão do gênero dentro das ciências sociais passam a ser encarados, de maneira ampla, ou seja, a organização social é considerada o fator esmagadoramente preponderante. Seguindo essa concepção, o termo gênero supõe a imbricação do social e do biológico, quando entende que sobre as diferenças biológicas outras são construídas. No entanto, o feminino e o masculino não se constroem independentemente, mas, sim, um em relação ao outro, a partir do processo de diferenciação, não significando, contudo, que o masculino e o feminino sejam polos opostos. Falar de gênero em vez de sexo feminino ou sexo masculino tem, pois, implicações políticas e sociais. Seu conceito representa um marco decisivo na rejeição do determinismo biológico nas relações entre homens e mulheres na sociedade, imprimindo à identidade feminina e masculina um caráter histórico e cultural.

O que se pode observar é que a intenção do legislador com a criação da Lei nº 11340/2006 foi evidenciar a diferença entre homens e mulheres, justamente em razão de fatores sociais, biológicos e históricos. Não se pode olvidar que, por muitos anos, consagrou-se a cultura da

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Proteção da mulher** [recurso eletrônico]: jurisprudência do STF e bibliografia temática / Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019. p. 34.

⁴ MANSSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.p.539/540.

⁵ NADER, Maria Beatriz, RANGEL, Lúvia de Azevedo Silveira. **Mulher e gênero em debate**: Representações, poder e ideologia. Dados eletrônicos. Vitória: EDUFES, 2014. p.14.

submissão e a agressão contra a mulher era algo aceitável, rotineiro e comum.

Aliás, essa violência doméstica e familiar contra a mulher é fruto de uma histórica condição geral de subordinação, inferioridade (jurídica, inclusive) e submissão à vontade masculina, refletindo distinção de tratamento até os dias atuais, infelizmente. O combate a essa opressão precisa se iniciar, portanto, no âmbito da própria família, em sentido lato⁶.

OLIVEIRA E BERNARDES⁷ ao abordar as múltiplas camadas da violência doméstica, ressaltam a questão de gênero:

Voltando á análise da Lei Maria da Penha, o componente de reconhecimento da lei parece evidente, na medida em que ela representa a compreensão de que mulheres são especialmente vulneráveis á violência doméstica devido à institucionalização de padrões valorativos depreciativos. A Lei também tem o mérito de abordar a violência doméstica como um problema com múltiplas camadas, avançando para além de uma resposta meramente repressiva do Estado.

Assim, resulta evidente que a Lei Maria da Penha objetiva o amparo e a proteção ao gênero feminino, diante de todo contexto social, histórico, biológico e psicológico que a mulher foi inserida no decorrer de séculos.

2. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO AMBIENTE DOMÉSTICO⁸

Desde 2006, com a entrada em vigor da Lei n. 11.340, a norma penal brasileira conta com legislação específica para o combate da violência contra a mulher no ambiente doméstico.

A Lei Maria da Penha, que recebe este nome em homenagem a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de reiteradas práticas de violência doméstica, nasceu como forma de responsabilização internacional ao Estado brasileiro, “por negligência e omissão em relação à violência doméstica.”⁹

Sobre as agressões suportadas por Maria da Penha Maia Fernandes, CUNHA e PINTO¹⁰ relatam:

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil Famílias**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. P. 105.

⁷ OLIVEIRA, Adriana Vidal de, BERNANDES, Márcia Nina, COSTA, Rodrigo de Souza. **Violência Doméstica, discriminação de gênero e Medidas Protetivas de Urgência** p. 27

⁸ Item extraído do Artigo Da decretação da prisão preventiva nos casos de descumprimento de medidas protetivas de urgência: a segregação como meio de combate a violência doméstica contra a mulher. Apresentado no I Encontro Virtual CONPEDI – 2020 de autoria CONTE, Mell Mota Cardoso, BARCELOS, Murilo Justino.

⁹ DIAS, MARIA BERENICA. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14.

¹⁰ CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: A Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25.

O motivo que levou a lei ser “batizada” com esse nome, pelo qual, irreversivelmente, passou a ser conhecida, remonta ao ano de 1983. No dia 29 de maio desse ano, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista M.A.H.V, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Em razão desse tiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e a quarta vértebras, suportou lesão que a deixou paraplégica.

[...]

Mas as agressões não se limitaram ao dia 29 de maio de 1983. Passado pouco mais de uma semana, quando já retornara para sua casa, a vítima sofreu novo ataque do marido. Desta feita, quando se banhava, recebeu uma descarga elétrica que, segundo o autor, não seria capaz de produzir-lhe qualquer lesão.

Oportuno registrar que Maria da Penha Maia Fernandes travou uma verdadeira odisséia na busca de responsabilização pelas agressões sofridas, buscando, de todas as formas, a penalização de seu agressor.

Em decorrência das reivindicações de Maria da Penha, bem como da interferência internacional, adveio a Lei n. 11.340/2006, que possui seus fundamentos nos direitos humanos, princípio da dignidade da pessoa humana, bem como proteção de gênero.

Sobre o tema, PRADO e SANEMATSU¹¹ explicam:

A Lei Maria da Penha é focada especialmente na violência doméstica e familiar baseada no gênero, contemplando a criação de mecanismos tanto para coibir os casos de violência quanto para preveni-los. Ao reconhecer a situação de vulnerabilidade e de risco para as mulheres a Lei define os mecanismos – e quem é responsável por aplicá-los – para prevenir a violência, proteger as mulheres agredidas e responsabilizar os agressores. Por tudo isso é considerada pela ONU uma das três legislações mais avançadas do mundo no enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres.

Vale lembrar que gênero, está relacionado a identificação feminina, não sendo necessário que a vítima seja biologicamente mulher, mas sim, que se identifique como tal.

TELLES¹², preleciona sobre questão de gênero:

O uso do gênero como posicionamento político permite que a mulher faça parte da agenda dos direitos humanos, propiciando um acesso à cidadania. Situações ou condições sociais aceitas e impostas por uma cultura baseada em papéis naturalizados de gênero passam a ser considerados violações dos direitos humanos. O que era tomado por natural passa a ser compreendido como discriminatório e violento o que acarretou, ao mesmo tempo, na responsabilização do Estado e da sociedade pela promoção ou manutenção da desigualdade de gênero.

Fazendo uma análise sobre gênero e violência doméstica, PRADO¹³ esclarece:

¹¹ PRADO, Debora; SANEMATSU, Mariza; **Feminicídio:#Invisibilidademata**. Fundação Rosa Luxemburgo. São Paulo. Instituto Patrícia Galvão. 2017. p.120

¹² Telles, Maria Amélia De Almeida. **Breve História do Feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2006. p. 57.

A Lei Maria da Penha é focada especialmente na violência doméstica e familiar baseada no gênero, contemplando a criação de mecanismos tanto para coibir os casos de violência quanto para preveni-los. Ao reconhecer a situação de vulnerabilidade e de risco para as mulheres a Lei define os mecanismos – e quem é responsável por aplicá-los – para prevenir a violência, proteger as mulheres agredidas e responsabilizar os agressores. Por tudo isso é considerada pela ONU uma das três legislações mais avançadas do mundo no enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres.

Assim, a Lei Maria da Penha, em sua essência, busca combater todas as formas de violência contra a mulher no ambiente doméstico e familiar, preservando a saúde física, mental, sexual, psicológica e financeira da mulher.

Sobre o tema, DIAS¹⁴ preleciona:

Primeiro, a Lei define o que seja violência doméstica (art. 5º): “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Depois, estabelece seu campo de abrangência. A violência passa a ser doméstica quando praticada: a) no âmbito da unidade doméstica; b) no âmbito da família; ou c) em qualquer relação íntima de afeto, independente da orientação sexual.

Neste contexto, oportuno enfatizar que, a agressão ocorre em razão da existência de vínculos afetivo, de afinidade ou sanguíneo, todos praticados com abuso da relação existente entre vítima e agressor.

Sobre as origens da violência doméstica, FARIAS¹⁵ esclarece:

Aliás, essa violência doméstica e familiar contra a mulher é fruto de uma histórica condição geral de subordinação, inferioridade (jurídica, inclusive) e submissão à vontade masculina, refletindo distinção de tratamento até os dias atuais, infelizmente. O combate a essa opressão precisa se iniciar, portanto, no âmbito da própria família, em sentido lato.

O que se observa, é que a violência tem origem na relação existente, sendo que o agressor, “se vale da condição privilegiada [...], intimidade, privacidade que tenha ou tenha tido com a vítima, bem como da relação de hierarquia ou poder que detenha sobre a vítima para praticar a violência¹⁶”.

Outrossim, o artigo 5º, da Lei n. 11.340/2006, estabelece os conceitos necessários para compreensão de âmbito da unidade doméstica, âmbito familiar e relação íntima e de afeto.

¹³ PRADO, Debora; SANEMATSU, Mariza; **Feminicídio:#Invisibilidademata**. 2017. p.120

¹⁴ DIAS, MARIA BERENICA. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência e familiar contra a mulher. 2007. p. 40

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil**: Famílias. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 105.

¹⁶ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti. **Violência Doméstica contra Mulher no Brasil: análise da Lei “Maria da Penha”**, nº 11.340/06. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 55.

- I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
- II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
- III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Por sua vez, o artigo 7.º, da Lei 11.340/06, contempla as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher:

- I – A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e a autodeterminação;
- III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
- IV- a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades⁵¹. Ainda mais, é provocada pela dilapidação de bens materiais ou não de uma pessoa e causa danos, perdas destruição e outros
- V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação.

Tratando-se de multiplicidade de condutas, as quais ocorrem substancialmente em ambiente privado, afeto muitas vezes apenas ao agressor e vítima, o combate a violência familiar e responsabilização do agressor é de extrema dificuldade, pela forma como se manifesta e os sentimentos que regem a relação.

3. DO DIREITO TRANSNACIONAL

Diante da urgência de tratar o combate a violência doméstica contra a mulher, é importante que seja desenvolvida uma rede de proteção que agregue esforços nacionais e internacionais, de modo que não existam fronteiras para consolidação de legislação específica.

Neste sentido, o Direito Transnacional ganha especial sentido, principalmente em razão da sua característica global e sem fronteiras.

Sobre o Direito Transnacional, importante contemplar:

O Direito Transnacional é um conjunto de ordens, normas e princípios evoluídos das concepções dos direitos internos, dos direitos humanos e da Economia frente à influência do cenário global decorrente da globalização, pautados pela Solidariedade sustentável, pela Justiça Ambiental e pelos próprios direitos humanos, cuja aplicação é garantida mundialmente pela organização jurídica interna dos Estados nacionais a indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados, ou outros grupos sociais e institucionais¹⁷.

Portanto, o termo Direito Transnacional deverá ser utilizado “para incluir todas as normas que regulassem atos ou fatos que transcendessem fronteiras nacionais.”¹⁸

Outrossim, certo é que o Direito Transnacional, possui relevante valor na ordem jurídica em razão das possíveis relações internacionais políticas, sociais, econômicas e globais.

Neste cenário, CRUZ E BODNAR¹⁹ prelecionam:

O cenário transnacional da atualidade pode ser caracterizado como uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes do direito. Estas respostas dependem de um novo paradigma do direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas.

Oportuno registrar que, o Direito Transnacional existe perfeitamente e ao mesmo tempo que “outras soberanias”, visando a aproximação entre os povos e a solução de problemas econômicos, ambientais e de responsabilidade social e global.

O Direito Transnacional, que seria destinado a limitar poderes transnacionais, estaria “desterritorializado”, sem uma base física definida, 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 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 leis²⁰.

Assim, a utilização do Direito Transnacional é de extrema importância no que se refere a criação de norma jurídica específica a ser aplicada em cenário internacional com coercitividade e

¹⁷ GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança Transnacional**. In: GARCIA, Heloíse Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira, CRUZ, Paulo Márcio. Interfaces entre Direito e Transnacionalidade. Itajaí: UNIVALI, 2020 [p. 10-28] p. 20/21

¹⁸ OLIVEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre Direito Transnacional. Revista Novos Estudos Jurídicos. Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28. Jan-abr.2012. p. 22.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio, BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade**. RECHTD/UNISINOS. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Porto Alegre, v. 3, p.75-83, 2011. p. 76.

²⁰ OLIVEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre Direito Transnacional. Jan-abr.2012. p. 24.

legitimidade para ser exigida em território nacional.

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 Internacional²¹.

Destarte, resulta evidente que o Direito Transnacional se preocupa em regulamentar questões globais, com problemas e ferramentas interdisciplinares, uma vez que, com a transnacionalidade, não há fronteiras.

4. A BUSCA PELO COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO CENÁRIO TRANSNACIONAL

Certamente, a origem para criação de legislações destinadas a proteção da mulher, possui suas raízes nos direitos humanos, uma vez que “[...] a violência contra a mulher constitui ofensa à dignidade humana [...]”²².

Neste íterim, pode-se afirmar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, além de objetivar a valoração da vida humana em todos os sentidos, buscou evidenciar a obrigação dos Estados “em relação aos seus cidadãos, configurando também um modelo de uma sociedade global livre e democrática”²³.

Desta feita, após a criação da Declaração Universal, várias foram as legislações criadas para preservar a integridade física e psicológica do homem, primando pelo progresso da humanidade.

Oportuno registrar que, esse movimento para criação de normas, também resultou na criação de legislações específicas de amparo ao gênero feminino, ressaltando-se, assim, a reunião de grupos em redes transnacionais.

Narrando a evolução de alguns marcos históricos, colhe-se da doutrina:

A emergência das redes transnacionais de mulheres está profundamente imbricada com os encontros organizados por diversos órgãos do sistema ONU, especialmente a partir da declaração da Década da ONU para a Mulher. As prevenções para as quatro Conferências da ONU (México em 1975, Copenhague em 1980, Nairóbi em 1985 e Beijing em 1995), além da Conferência de Viena sobre Direitos Humanos (1993) e a Conferência do Cairo sobre População e Desenvolvimento (1994),

²¹ OLIVEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre Direito Transnacional. Jan-abr.2012. p. 23.

²² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 229.

²³ CAMPOS, Amini Haddad, CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 137.

reuniram números imprevistos de grupos de mulheres e permitiram que eles se articulassem em redes²⁴.

Ao se falar do combate a violência doméstica contra a mulher no cenário transnacional, importante ressaltar que a criação da Lei n. 11.340/2006 possui, em suas origens, forte interferência internacional para sua confecção.

Conforme outrora mencionado, diante da busca incessante por responsabilização penal de seu agressor, Maria da Penha levou a conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA a lentidão da justiça brasileira em aplicar a pena e julgar seu agressor.

Em razão das reivindicações de Maria da Penha, “a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou em 2001 o Relatório 54/2001 que apontava a situação da Violência Doméstica contra Mulher no Brasil²⁵”.

Sobre o tema, CAVALCANTI²⁶ contempla:

A Comissão concluiu que o Estado Brasileiro não cumpriu o previsto no artigo 7º da Convenção de Belém do Pará e nos artigos 1º, 8º e 25 do Pacto de São José da Costa Rica pelo fato de que havia se passado mais de 19 anos sem que o autor do crime de tentativa de homicídio de Maria da Penha fosse levado a julgamento. Recomendou o prosseguimento e intensificação do processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra a mulher no Brasil e, em especial recomendou simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias do devido processo [...].

Ainda, BERNARDES²⁷ acrescenta:

No mérito, a Comissão destacou que os fatos do caso constituem exemplos de um padrão sistemático de negligência estatal com relação à questão da violência doméstica e que esta violência traduz e reproduz uma ordem social discriminatória contra as mulheres, restringindo sua possibilidade de viver em condições de paridade com os homens. Menciona diversas estatísticas que mostram a gravidade do problema da violência doméstica especialmente contra as mulheres

Neste diapasão, resulta evidente que a criação da Lei Maria da Penha foi uma resposta do Estado Brasileiro ao cenário internacional diante da interferência de esferas transnacionais.

²⁴ OLIVEIRA, Adriana Vidal de, BERNANDES, Márcia Nina, COSTA, Rodrigo de Souza. Violência Doméstica, discriminação de gênero e Medidas Protetivas de Urgência P. 55/56

²⁵ FERRACINI NETO, Ricardo. A violência contra a mulher e a transversalidade de gênero. 2.ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPodvm, 2019. p. 305.

²⁶ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti. Violência Doméstica contra Mulher no Brasil: análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06. 4.ed. Salvador: JusPodvm, 2012. p. 201/202.

²⁷ BERNARDES, Marcia Nina. Aspectos Transnacionais da Luta contra a Violência Doméstica e Familiar no Brasil. Direito, Estado e Sociedade. n. 45. Jul/dez 2014. [p. 119-144]. p. 123.

De fato, por vezes, estruturas nacionais não permitem que certos temas cheguem à esfera pública ou, quando chegam, que sejam convertidos em políticas públicas oficiais, porque atendem a grupos sociais invisibilizados, porque desafiam grandes interesses econômicos ou por qualquer outro motivo. Nesses momentos, esferas públicas transnacionais podem ser determinantes. Assuntos que não encontram espaço na agenda política nacional podem ser tematizados nesses espaços transnacionais e, depois, serem incluídos de volta na pauta política doméstica em uma nova configuração de poder²⁸.

Destarte, não se pode olvidar que diante da apreciação do tema em nível internacional, motivou a discussão interna, porquanto, a existência de norma em espaço transnacional, resultou na mola propulsora para criação da legislação específica em cenário nacional.

Desta feita, as interferências no cenário internacional resultaram, sem dúvidas, na criação de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, o fortalecimento de redes de proteção e legislação transnacional poderá ser fator importante para, além das fronteiras, exterminar a violência doméstica contra a mulher.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infelizmente, a cultura da violência contra a mulher no ambiente doméstico decorre de questões históricas. A mulher, em vários momentos, apresenta-se como submissa e, diante de fatores emocionais, financeiros e psicológicos sofre incessantemente no seio do ambiente familiar,

As estatísticas são alarmantes ao constatar que muito embora exista lei específica, a norma não é suficiente no combate efetivo e na prevenção de novos casos.

Assim, torna-se necessário a formação e aplicação do Direito Transnacional como forma de combate efetivo à violência contra a mulher no ambiente doméstico, primando-se pela criação de legislações que transcenderam aos limites físicos.

Certo é que, qualquer violência contra a mulher, dever ser tratada não somente como violência de gênero, mas também como uma afronta a dignidade humana, necessitando de legislação eficaz com penalidades efetivas que coíbam a continuidade do crescimento dos números alarmantes de vítimas.

Assim, torna-se de extrema importância não apenas o reconhecimento de direitos e punições por parte do direito positivo interno, mas também a compilação de normas

²⁸ OLIVEIRA, Adriana Vidal de, BERNANDES, Márcia Nina, COSTA, Rodrigo de Souza. Violência Doméstica, discriminação de gênero e Medidas Protetivas de Urgência. Curitiba: Juruá. 2016. p. 41.

transnacionais que ultrapassem qualquer limite na busca do combate a violência doméstica contra a mulher.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BERNARDES, Marcia Nina. **Aspectos Transnacionais da Luta contra a Violência Doméstica e Familiar no Brasil**. Direito, Estado e Sociedade. n. 45. Jul/dez 2014. [p. 119-144].

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Proteção da mulher** [recurso eletrônico]: jurisprudência do STF e bibliografia temática / Supremo Tribunal Federal. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2019.

BRASIL. **Lei n. 11.340/2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 01/05/2020.

CAMPOS, Amini Haddad, CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos Humanos das Mulheres**. Curitiba: Juruá, 2008.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti. **Violência Doméstica contra Mulher no Brasil**: análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06. 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

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

CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: A Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, MARIA BERENICA. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERRACINI NETO, Ricardo. **A violência contra a mulher e a transversalidade de gênero**. 2.ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPodvm, 2019.

GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Governança Transnacional**. In: GARCIA, Heloise Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloise Siqueira, CRUZ, Paulo Márcio. Interfaces entre Direito e Transnacionalidade. Itajaí: UNIVALI, 2020 [p. 10-28].

MANSSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

NADER, Maria Beatriz, RANGEL, Livia de Azevedo Silveira. **Mulher e gênero em debate: Representações, poder e ideologia**. Dados eletrônicos. Vitória: EDUFES, 2014.

OLIVEIRA, Adriana Vidal de, BERNANDES, Márcia Nina, COSTA, Rodrigo de Souza. **Violência Doméstica, discriminação de gênero e Medidas Protetivas de Urgência**. Curitiba: Juruá. 2016.

OLIVEIRO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre Direito Transnacional**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 17, n. I, p. 18-28. Jan-abr.2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Debora; SANEMATSU, Mariza; **Feminicídio:#Invisibilidademata**. Fundação Rosa Luxemburgo. São Paulo. Instituto Patrícia Galvão. 2017. p.120

Telles, Maria Amélia De Almeida. **Breve História do Feminismo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

A TRANSNACIONALIDADE DO REGULAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA SUCESSÓRIA E A SUA APLICAÇÃO UNIVERSAL

Marise Dornelles Brea¹

Denise Schmitt Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto retratar o fenômeno da transnacionalidade do Regulamento Europeu Sucessório – RES – nº 650/2012, de 4 de julho de 2012, adotado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia. Será abordada brevemente a formação da União Europeia e dos princípios que a alicerçaram, a elaboração do regulamento sucessório tratando da matéria relativa à competência, ao reconhecimento e execução das decisões, à aceitação e execução de atos autênticos em matéria de sucessões e a lei aplicável nas sucessões transfronteiriças.

O seu objetivo é destacar o aspecto prático da transnacionalidade em matéria sucessória da União Europeia e da sua incidência nos ordenamentos jurídicos, não só dos Estados Membros da União Europeia como em todo o ordenamento jurídico planetário.

Para tanto, o artigo está dividido em quatro tópicos principais. No primeiro, é feita uma breve abordagem sobre a questão do conceito de Transnacionalidade e de Direito Transnacional.

O segundo item trata da Transnacionalidade do Ordenamento Jurídico da União Europeia (EU), da formação da União Europeia e dos tratados constitutivos. Comenta brevemente sobre dois Princípios fundadores do ordenamento jurídico da UE dos quais decorre a Regulamentação Sucessória como Instrumento prático da transnacionalidade, nomeadamente o Princípio da Livre Circulação de Pessoas, Mercadorias e Serviços e do Princípio do Reconhecimento Mútuo de Decisões Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil. No terceiro, é abordada a incidência da

¹ Mestranda em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho (UMinho - Portugal) e em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali - Brasil); Tabela de Notas no Estado do Rio Grande do Sul, especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito de Família e Sucessões; Bacharel em Direito pela Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul. Contato pelo email: marse.dornelles@terra.com.br - Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/> ID Lattes: 8400974836545085

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

transnacionalidade da matéria sucessória da União Europeia nos ordenamentos de Estados Membros e nos Estados Terceiros; da noção de “regulamento” no âmbito do ordenamento jurídico da EU; passando a tratar especificamente sobre o Regulamento 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia e seu reconhecimento; do seu procedimento; da executoriedade e da declaração de executoriedade.

No quarto e último capítulo, trata da repercussão transnacional do regulamento sucessório europeu quanto à lei aplicável, da regra geral, da escolha da lei e da aplicação universal do regulamento sucessório europeu.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados neste artigo, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos da aplicação transnacional do Regulamento Sucessório Europeu e a repercussão nos ordenamentos jurídicos dos considerados como Estados Terceiros.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação, foi utilizado o Método Indutivo, na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano, e, o Relatório dos Resultados é composto na base lógica indutiva.

1. TRANSNACIONALIDADE E O DIREITO TRANSNACIONAL

1.1 A Transnacionalidade

A expressão latina “trans”, segundo AVILÉS³, 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. Assim, transnacionalidade liga-se à concepção do transpasse estatal.

O Estado nacional, segundo GARCIA e SANTOS⁴, é um Estado dimensionado territorialmente, onde o seu poder é exercido num lugar concreto, com o controle das instituições e de fronteiras, com seu ordenamento jurídico próprio, visando a proteção de sua soberania. Por outro lado, com o advento da globalização⁵ e suas nuances, vislumbrou-se o aparecimento de uma

³ AVILÉS, Antonio Ojeda. **Derecho transnacional del trabajo**, p. 24.

⁴ GARCIA, Heloise Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, P. 16.

⁵ Para STELZER, a Transnacionalidade está intimamente relacionada com a globalização, e vem a ser um fenômeno onde as relações humanas querem sejam sociais, políticas, culturais, religiosas ou comerciais estão ligadas a um transpasse estatal, ou seja, transpõem as barreiras ou limites territoriais geográficos impostos por Estados, não mais ficando delimitadas naquele espaço de

“sociedade global” que ramificou-se em várias dimensões, que se mescla com o Estado Soberano e ao mesmo tempo o relativiza, apresentando, no entender dos autores, uma multiplicidade de círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e modos de vida que transpassam em todas as direções as fronteiras territoriais do Estado nacional.

Abordar a transnacionalidade como fenômeno significa, conforme PIFFER⁶, cogitar a possibilidade de modificar as concepções sobre as relações “transpassantes” que afetam direta ou indiretamente a todos, a fim de ordenar um claro senso de responsabilidade com relação aos efeitos das ações políticas e econômicas em um mundo globalizado. Isso porque, a globalização ocasionou novas situações antes não vivenciadas nem pensadas, circundadas por articulações que diferem do espaço real e não mais atendem a espaços territoriais pré-definidos.

Tal fenômeno repercute em vários pilares do estado nacional: ‘fiscalidade, atribuições especiais da polícia, política externa e defesa’⁷, e reclama por uma tratativa jurídica e política que ultrapasse as barreiras da autoridade estatal soberana e apresente soluções aos seus problemas.

Conforme CRUZ e BODNAR⁸, o cenário transnacional da atualidade pode ser caracterizado como uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes do direito. Estas respostas dependem de um novo paradigma do direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas, indicando para tanto o Direito Transnacional.

1.2 O Direito Transnacional

Segundo observam OLIVEIRO e CRUZ⁹, um dos primeiros pesquisadores modernos a utilizar o termo Direito Transnacional foi Philip Jessup, em sua obra denominada **Transnational Law**¹⁰, em 1965. Nessa obra, Jessup tenta tratar dos problemas aplicáveis à comunidade mundial inter-

atuação .STELZER, Joana. Transnacionalização: o emergente cenário do comércio mundial. In: Revista Portuária, Itajaí, Julho de 2009. Disponível em: <http://www.revistaportuaria.com.br/colunas/391>. Acesso em: 30 de junho de 2020.

⁶ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>> acesso em 05 de agosto de 2020.

⁷ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Tradução de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 1998. Título original: Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung, p. 19.

⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. RECHTD/UNISINOS- Revista de Estudo Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Porto Alegre, v. 3, p. 75-3, 2011. P.76

⁹ OLIVEIRO, Mauricio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Programa de Pós Graduação Strito sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n.1, p. 21-22.

¹⁰ JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965. P. 12.

relacionada, que 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. Para ele o Direito Transnacional inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o Direito Internacional Público quanto o Privado estão incluídos, assim como estão outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais.

Assim, este vem a ser o motivo de não utilizar da denominação como um Direito Internacional, mas sim um Direito Transnacional, pois abrange qualquer ato normativo que venha a regular qualquer atividade, no caso em tela as relações humanas, onde se toma uma proporção que transcende os limites territoriais de atuação, tratando todos como um só.

GARCIA e SANTOS.¹¹ complementam o conceito aduzindo que o Direito Transnacional é um conjunto de ordens, normas e princípios evoluídos das concepções dos direitos internos, dos direitos humanos e da Economia frente à influência do cenário global decorrente da globalização, pautados pela Solidariedade sustentável, pela Justiça Ambiental e pelos próprios direitos humanos, cuja aplicação é garantida mundialmente pela organização jurídica interna dos Estados nacionais a indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados, ou outros grupos sociais e institucionais.

Nesse sentido, a União europeia, segundo SILVA¹² é o exemplo de projeto de integração regional mais complexo e evoluído no mundo, formada e consolidada pela reformulação do Estado-nação. Sendo a transnacionalidade, o palco onde se descortina o amadurecimento da integração regional, onde a União Europeia é um ator protagonista desse cenário, e o Direito Comunitário ou transnacional representam a expressão mais bem-acabada das novas formas de engrenagem jurídica a regular esse universo.

¹¹ GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, P. 20.

¹² SILVA, Karine de Souza. A Consolidação da EU e do Direito Comunitário no Contexto Transnacional. Obra Guia: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR. Juriá Ed., 2009 P. 100.

2. A TRANSNACIONALIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO DA UNIÃO EUROPEIA (EU)

2.1 A Formação da União Europeia

A União Europeia é uma união económica, política e social de características únicas, constituída hoje por 27 países europeus (O Reino Unido saiu da União Europeia em 31 de janeiro de 2020) que, em conjunto, abarcam grande parte do continente europeu.

O Tratado de Lisboa, assinado pelos Estados-membros da União Europeia em 13 de dezembro de 2007, é o atual instrumento normativo que faculta personalidade jurídica à União Europeia. A comunidade europeia tornou-se realidade graças a essa engenhosa e articulada estrutura jurídico-política, que lhe serve de sustentáculo. Tal arquitetura jurídica, constituída basicamente pelo Direito Comunitário (compreendido no Direito Transnacional conforme entendimento acima mencionado), ganhou vida com o objetivo de regulamentar as relações travadas no âmbito da União, superando os ambiciosos desafios emergentes, principalmente aqueles decorrentes de sua inserção no ordenamento jurídico dos Estados-Membros.

A ordem jurídica da União Europeia tem criado direitos individuais em benefício de todos os cidadãos dos Estados-Membros, seja diretamente através dos Tratados (Direito originário), seja através dos Regulamentos, Diretivas e Decisões (Direito derivado). Nesse contexto, as jurisdições nacionais desempenham um papel de guardiãs da legalidade da União, asseguram uma aplicação efetiva e homogênea da legislação europeia e evitam qualquer interpretação divergente.

Assim, os órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros são, por natureza, os primeiros garantes do direito comunitário. Para assegurar este papel, os juízes nacionais podem, e por vezes devem (através do Reenvio Prejudicial), dirigir-se ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) a fim de solicitar o esclarecimento de um ponto de interpretação do direito comunitário, para poderem verificar a conformidade da respetiva legislação nacional com este direito ou ainda para fiscalizar a legalidade de um ato de direito comunitário.

Como ressalta CRUZ e STELZER¹³, o modelo de integração europeia permitiu a reinterpretação da soberania nacional ao passo que cria uma entidade supranacional marcada pela ideia de solidariedade. No entender dos autores, tornou evidente o distanciamento do Direito Internacional Público clássico e abriu espaço para o surgimento do chamado Direito Comunitário

¹³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER Joana. Direito e transnacionalidade. Curitiba, PR. Juriá Ed., 2009. P. 114.

ou transnacional, fundado na passagem de parcelas da soberania dos Estados para a União Europeia.

Esse direito comunitário ou transacional, não se confunde com o direito internacional clássico (tanto público, quanto privado) e, naturalmente, com o direito nacional dos estados-membros ou participantes das comunidades em destaque.

No entanto, o direito comunitário da União Europeia é, por natureza, supranacional, uma vez que coexiste com os direitos nacionais dos estados-membros da comunidade de nações (melhor se diria de estados) a que pertence, mas, nas questões efetivamente comunitárias há o seu primado, ou seja, em um conflito de leis prevalece o direito da União¹⁴.

2.2 Princípios fundadores do ordenamento jurídico da UE dos quais decorre a Regulamentação Sucessória como Instrumento prático da transnacionalidade

2.2.1 Princípio da Livre Circulação de Pessoas, mercadorias e serviços

A liberdade de circulação é um dos pilares da União Europeia, e fundamenta-se na livre movimentação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. Em razão da aplicação deste princípio de forma prática no espaço da União Europeia, surgiu a necessidade da criação de toda um ordenamento jurídico decorrente da premência de regular as relações interpessoais transfronteiriças que impactaram em todos os ramos do direito. Por conseguinte, o princípio da Livre Circulação de Pessoas na União Europeia é um dos princípios que oferecem sustentação ao processo de integração europeia.

Na verdade, conforme SOUZA¹⁵, a livre circulação de pessoas só passou a existir verdadeiramente com a instituição da cidadania europeia, quando então as pessoas deixaram de ser vistos unicamente como trabalhadores. Um aspecto jurídico relevante nesta matéria, conforme cita o autor, é a Diretiva 2004/38¹⁶ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, a qual entrou em vigor em todos os Estados membros em 30 de abril de 2006, e que veio reformular os instrumentos da União Europeia. Segundo ele, esta diretiva veio simplificar e reforçar o direito de livre circulação e o direito de residência para o cidadão da União Europeia e seus familiares, estabelecendo que a livre circulação de pessoas é uma das liberdades fundamentais para o

¹⁴ Nesse sentido, CRUZ, Paulo Márcio; STELZER Joana. Direito e transnacionalidade. Curitiba, PR. Juriá Ed., 2009. P. 114 a 116.

¹⁵ SOUSA. Domingos Pereira (2018). Direito da União Europeia. Ed. Quid Juris, p.58

¹⁶ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>. Acesso em 19 jun 2020.

mercado interno, definido como um espaço sem fronteiras internas e incentivando os cidadãos da União a exercer o direito à livre circulação e residência e os Estados-Membros a reduzir ao estritamente necessário as formalidades administrativas. Também obrigou os Estados-Membros a definir melhor o estatuto dos membros da família e a circunscrever a possibilidade de recusar a entrada ou pôr termo ao direito de residência.

Em seguida, o direito secundário foi ampliando as categorias de beneficiários, mantendo, no entanto, a conotação econômica subjacente a esta liberdade fundamental. Em certas circunstâncias, nomeadamente por via de acordos de cooperação ou de associação, os trabalhadores de países terceiros podiam se beneficiar destes direitos.

Em termos gerais, conforme afirma RODRIGUES ¹⁷, o direito de livre circulação e permanência dos nacionais dos Estados-Membros é atualmente irrestrito para aqueles que trabalham noutro Estado-Membro. Já a permanência para os nacionais de um Estado-Membro que procuram emprego noutro Estado-Membro é condicionada a certos limites de tempo que os Estados-Membros devem determinar de forma razoável. Por seu turno, os não ativos devem demonstrar que dispõem de recursos suficientes e de seguro de saúde válidos. Os estudantes estão sujeitos a condições semelhantes.

As declarações do direito de circular e residir livremente na União independente de critérios socioeconômico franqueou uma nova fronteira no processo de construção europeia. Com efeito, o Tribunal de Justiça reconheceu efeito direto ao artigo 18º do TCE (atual artigo 21 do TFUE) . As decisões do Tribunal de Justiça revelariam o potencial de integração do estatuto de cidadania, precisando as condições e os limites do exercício do direito de circular e residir.

O artigo 20.º, nº 1 do TFUE (ex-artigo 17º TCE) institui a cidadania da União Europeia, estabelecendo que “é cidadão da União qualquer pessoa que tenha nacionalidade de um Estado membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui.” E no nº 2 dispõe que os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados.

Observe-se que esse dispositivo (artigo 20º) por si só já permite vislumbrar que os direitos da cidadania podem ser invocados pelos cidadãos da União Europeia, seja perante o seu próprio Estado, seja perante qualquer outro Estado membro e até mesmo em um Estado terceiro, pelo benefício do compartilhamento de proteção diplomática e consular, evidenciando que os direitos

¹⁷ RODRIGUES, Gabriela Cunha. Enciclopédia da | União Europeia, Coordenação: Ana Paula Brandão; Francisco Pereira Coutinho; Isabel Camisão e Joana Covolo de Abreu. Dezembro 2017, editora Petrony, p. 244

inerentes à cidadania e o princípio da não discriminação existem independentemente da nacionalidade, como tem sido confirmado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da EU .

Não podemos deixar de mencionar, ainda, os acordos de Schengen¹⁸, que foram dos mais significativos marcos quanto à circulação de pessoas, no entanto, com a consagração da cidadania europeia pelo Tratado de Maastricht, a liberdade de circulação de pessoas alcançou um novo patamar, estando hoje consagrado esse direito no Artigo 21.º, n.º 1 do TUE¹⁹ onde determina que: “Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação.”

2.2.2 Princípio do Reconhecimento Mútuo de Decisões Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil

A União Europeia atribuiu-se como objetivo manter e desenvolver um espaço de liberdade, de segurança e de justiça²⁰, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros, facilitando o acesso à justiça, nomeadamente através do Princípio do Reconhecimento Mútuo de Decisões Judiciais e Extrajudiciais em Matéria Civil²¹.

A União Europeia entende que num verdadeiro espaço europeu de justiça, os particulares e as empresas devem ser livres de exercer plenamente os seus direitos. O objetivo principal da cooperação judiciária em matéria civil consiste em estabelecer uma colaboração mais estreita entre as autoridades dos países da UE, a fim de se ultrapassar eventuais obstáculos resultantes das incompatibilidades entre os diferentes sistemas judiciários e administrativos (reconhecimento mútuo e execução das decisões, acesso à justiça e harmonização das legislações nacionais, Artigo 3, n.º 2 do TUE).

¹⁸ A área criada em decorrência do acordo é conhecida como espaço Schengen e não deve ser confundida com a União Europeia. Trata-se de dois acordos diferentes, embora ambos envolvendo países da Europa. Posteriormente, o Tratado de Lisboa, assinado em 13 de dezembro de 2007, modificou as regras jurídicas do espaço Schengen, reforçando a noção de um "espaço de liberdade, segurança e justiça", que vai além da cooperação policial e judiciária e visa a implementação de políticas comuns no tocante a concessão de vistos, asilo e imigração, mediante substituição do método intergovernamental pelo método comunitário.

A saber, o Acordo de Schengen propriamente dito, de 14 de junho de 1985, e a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, que foi assinada em 19 de junho de 1990 e que entrou em vigor em 26 de março de 1995. Disponível em: <https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/elibrary/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf> Acesso em: 15/07/2020.

¹⁹ Tratado de Funcionamento da União Europeia (Versão Consolidada), publicado no JOUE n.º C-202, de 7 de junho de 2016. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF – Acesso em 01 de jan de 2020.

²⁰ O Artigo 3.º, n.º 2 do TUE declara que “a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.”

²¹ Artigo 67.º, n.ºs 1 e 4 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

A fim de criar gradualmente esse espaço, a União se propôs a adotar medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil que tenham incidência transfronteiriça, quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno²².

Os seus objetivos principais, segundo Bux²³, são:

A segurança jurídica e um acesso simples e eficaz à justiça, o que implica uma identificação fácil da jurisdição competente, uma indicação clara do direito aplicável, assim como procedimentos de reconhecimento e de execução rápidos e eficazes nas suas relações transfronteiras em matéria de direito civil, visando, para isso, simplificar os instrumentos de cooperação transfronteiriços entre as instâncias judiciais civis nacionais e apoiar a formação dos magistrados e de funcionários e agentes de justiça.

A legislação neste domínio complexo e sensível abrange o direito civil clássico, que inclui um leque variado de domínios, desde o direito da família e sucessões ao direito da compra e venda e também o direito processual, que, até a pouco, era uma prerrogativa exclusiva dos Estados-Membros.

Assim, Dentre os principais atos jurídicos adotados, decorrentes desses princípios transnacionais acima mencionados, é do nosso interesse o Regulamento (EU) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho²⁴, que trata do ordenamento relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu²⁵, que é, de alguma forma, segundo Pereira, “um contributo útil e uma chamada de atenção para a realidade que hoje se vive, de livre circulação de pessoas na União Europeia”.²⁶

3. A TRANSNACIONALIDADE DO REGULAMENTO SUCESSÓRIO Nº 650/2012 (RES) DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA

3.1 Regulamentos como «leis» da União

Os Regulamentos são atos jurídicos através dos quais as instituições da União podem interferir mais profundamente nas ordens jurídicas nacionais e têm duas características não

²² Nsº 1. e 2. a) do artigo 81 do Tratado de Funcionamento da União Europeia; Considerando (1) do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de julho de 2012.

²³ UDO Bux, A cooperação Judiciária em matéria civil, sítio do Parlamento Europeu, Fichas Temáticas sobre a União Europeia, pesquisa em 12/12/19: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/154/a-cooperacao-judiciaria-em-materia-civil>.

²⁴ JOUE L 201/107, DE 27.7.2012.

²⁵ JOUE L 201/107, DE 27.7.2012.

²⁶ PEREIRA, Rui Alves (2015). Regulamento da União Europeia em Matéria Sucessória. Ed. Vida Económica, p.11.

habituais no direito internacional e que são mais próprias do Direito transnacional²⁷:

- A primeira característica é o seu caráter comunitário, que consiste na particularidade de imporem um direito igual a toda a União sem ter em conta as fronteiras e com validade uniforme e integral em todos os Estados-Membros. Isto significa que um Estado-Membro não pode, por exemplo, aplicar as disposições de um regulamento apenas parcialmente ou decidir quais as que irá aplicar para, desse modo, excluir as normas a que um Estado-Membro já se tenha oposto durante o processo de decisão ou que sejam contrárias a certos interesses nacionais. Os Estados-Membros também não podem recorrer a normas ou usos do direito nacional para se subtraírem à obrigatoriedade das disposições dos regulamentos.
- A segunda característica é a sua aplicabilidade direta, ou seja, o fato de o disposto nos regulamentos estabelecer um mesmo direito que não carece de normativas especiais de aplicação de caráter nacional, conferindo direitos e impondo obrigações diretamente aos cidadãos da União. Os Estados-Membros, incluindo as suas instituições, tribunais e autoridades, estão diretamente vinculados ao direito da União e devem respeitá-lo da mesma forma que o direito nacional.

As similitudes destes atos jurídicos com as leis nacionais são manifestas e, enquanto forem adotados no âmbito do chamado processo legislativo ordinário com o Parlamento Europeu serão considerados «atos legislativos».²⁸

3.2 O Regulamento Europeu nº 650/2012 de 4 de julho (RES)

O Regulamento Europeu sobre Sucessões (RES)²⁹, por ter sido emanado do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, é por assim dizer, considerado um “ato legislativo transnacional e supranacional”. Veio em atendimento ao objetivo da UE de facilitar o bom funcionamento do mercado interno, suprimindo os entraves à livre circulação de pessoas³⁰, que se defrontavam com dificuldades para exercerem os seus direitos no âmbito de uma sucessão com incidência transfronteiriça. Desta forma, permite, no espaço europeu de justiça, que os cidadãos tenham a possibilidade de organizar antecipadamente a sua sucessão³¹, com a sua aplicabilidade alicerçada no Princípio do Reconhecimento Mútuo de Decisões Judiciais e Extrajudiciais em

²⁷ Nesse sentido OLIVEIRO, Mauricio; CRUZ, Paulo Marcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Programa de Pós Graduação Stricto sensu em Ciências Jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, jan-abr 2012.

²⁸ «O ABC do direito da União Europeia» pode ser encontrada na Internet em <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/f8d9b32e-6a03-4137-9e5a-9bbaba7d1d40>. Comissão Europeia Direção-Geral da Comunicação Unidade «Informação dos Cidadãos» 1049 Bruxelas BÉLGICA - Manuscrito concluído em dezembro de 2016.

²⁹ Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32012R0650>

³⁰ O artigo 18º do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) (atual artigo 21 do TFUE) prescrevia que qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas no Tratado;

³¹ Considerando (7) do Regulamento (UE) n.º 650/2012 de 4 de julho

Matéria Civil, pedra angular do direito transnacional da EU.

Este Regulamento aplica-se às sucessões por morte, que são aquelas que se concretizam pela transferência dos direitos e obrigações que integram o patrimônio do de cujus para a titularidade dos seus sucessores, de pessoas falecidas a partir de 17 de agosto de 2015 (inclusive), salvaguardando, no entanto, a validade das disposições por morte ou a escolha da lei feita pelo falecido, se efetuadas antes daquela data.

Para que os cidadãos possam se beneficiar com toda a segurança jurídica, das vantagens oferecidas pelo mercado interno, o regulamento pretende permitir-lhes conhecer antecipadamente qual será a lei aplicável à sua sucessão. Para tanto, o legislador introduz normas harmonizadoras de conflitos de leis para evitar resultados contraditórios. A regra principal tem por objetivo assegurar previsibilidade no que se refere à lei aplicável com a qual a sucessão apresente uma conexão estreita. Por razões de segurança jurídica e para evitar a fragmentação da sucessão, esse regulamento incide sobre a totalidade da sucessão, ou seja, todos os bens da herança, independentemente da natureza dos bens e independentemente de estes se encontrarem situados noutro Estado-Membro ou num Estado terceiro.

Para tanto, entendeu o legislador europeu que o RES deveria assumir a forma de “Regulamento”, justamente para lhe conferir imperatividade e aplicabilidade direta, ou seja, aquisição de força vinculativa com independência de quaisquer mecanismos de acolhimento, transposição e reforço, como resulta de forma direta da interpretação do 2.º parágrafo do artigo 288 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.³²

Desta forma, o diploma é aplicável em todos os Estados-Membros, com exceção da Dinamarca e da Irlanda, em virtude da sua especial posição relativa ao Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça no âmbito do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, pelo que, para efeitos do presente Regulamento, são considerados Estados terceiros.

O ato europeu em referencia não opera qualquer harmonização ou unificação do direito material sucessório dos Estados-Membros. Pelo contrario, trata-se de uma uniformização transversal do direito internacional privado das sucessões.

O Regulamento, na verdade, vem estabelecer regras comuns para os Estados-Membros a

³² Artigo 288.o (ex-artigo 249.o TCE) do TFUE. Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

ele vinculado nos vários domínios do direito aqui ora entendido como transnacional, ou seja: nos conflitos de leis (a determinação da lei aplicável às sucessões internacionais), nos conflitos de jurisdições (a competência judiciária internacional para as sucessões), e no reconhecimento de sentenças em matéria sucessória e na aceitação internacional de documentos autênticos nacionais.³³

É justamente essa uma das características mais marcantes do Regulamento, tratar-se de um regulamento triplo que, mormente por atender ao Princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil, estabelece um mecanismo que facilita o reconhecimento e execução de decisões entre os diferentes Estados-membros, inclusive com a criação do denominado Certificado Sucessório Europeu, o que, no contexto de uma sucessão transfronteiriça, traz a vantagem de oferecer um alto grau de efetividade na institucionalização e instalação do princípio da confiança mútua entre os órgãos dos vários Estados Membros, suprimindo os entraves, no âmbito sucessório, à livre circulação de pessoas.

3.2.1. Do Reconhecimento

Segundo CHAVES³⁴, “o reconhecimento judicial é a aceitação do que se considera como verdadeiro ou legítimo” no âmbito das Sucessões da União Europeia (RES).

Prescreve o n.º 1 do artigo 39º do Regulamento 650/2012: “As decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem necessidade de recursos a qualquer procedimento”.

Assim, conforme o regulamento dispensa-se qualquer exigência sobre as decisões proferidas num Estado-Membro (Estado Requerente), de forma a facilitar todo o processo sobre a sucessão. Não podendo a decisão sobre a sucessão ser objeto de revisão quanto ao seu mérito pelo Estado-Membro onde se pretende o reconhecimento da decisão sobre a sucessão (Estado Requerido)³⁵.

Ainda, à luz do seu objetivo geral, isto é, o reconhecimento mútuo das decisões proferidas nos Estados-Membros em matéria sucessória (independente de terem sido proferidas em

³³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico. Granada: Comares, 2014. p. 22.

³⁴ CHAVES, João Queiroga, Sucessões, Certificado Sucessório Europeu – Ed. QUID JURIS, p.63

³⁵ PEREIRA, Rui Alves – Regulamento da União Europeia em Matéria Sucessória, Guia Prático, Ed. Vida Económica, p. 43.

processos contenciosos ou não contenciosos), o RES determina no considerando nº (59), que as normas relativas ao reconhecimento, à executoriedade e à execução de decisões devam ser semelhantes às de outros diplomas legais da União no domínio da cooperação judiciária em matéria civil³⁶.

No entanto, aqui (no RES), temos que o reconhecimento é suscetível de ser denegado, quer a título incidental, quer principal como se depreende do n.º2 e do n.º. 3 do artigo 39º do Regulamento. Como observa Marinho³⁷, o RES contempla dois tipos de acolhimento interno de decisões sucessórias, o reconhecimento incidental e o reconhecimento a título principal.

No **reconhecimento incidental**, a questão é suscitada perante um órgão jurisdicional como objeto lateralizado, colocado à margem do eixo da discussão, em sede de defesa ou num âmbito instrutório.

No **reconhecimento a título principal**, regulado nos artigos 45.º a 58.º, a finalidade central do processado é o acolhimento interno da decisão proferida noutro Estado-Membro mediante tomada de posição expressa de órgão jurisdicional com vista à ponderação da pretensão de acolhimento.

Assim, na apreciação prévia que tem de ser feita para que uma decisão de sucessão transfronteiriça de um Estado-Membro possa ser reconhecida noutro Estado-Membro, apenas os aspectos formais são objeto de apreciação, mas não o conteúdo ou a essência da decisão, o chamado mérito da causa.

3.2.2 Do Procedimento da Executoriedade.

O pedido de declaração de executoriedade – *exequatur* – é apresentado perante o Tribunal ou autoridade do Estado-Membro da execução, sendo que este órgão competente é o constante de uma comunicação prévia dos Estados-Membros à Comissão, realizada ao abrigo do estabelecido no artigo 78.º, conforme determina o artigo 45.º do RES.

O procedimento específico que regula a apresentação do pedido de execução, previsto no

³⁶ Considerando (UE) nº. 59 do regulamento 650/2012. À luz do seu objetivo geral, isto é, o reconhecimento mútuo das decisões proferidas nos Estados-Membros em matéria sucessória, independentemente de terem sido proferidas em processos contenciosos ou não contenciosos, o presente regulamento deverá prever normas relativas ao reconhecimento, à executoriedade e à execução de decisões semelhantes às de outros diplomas legais da União no domínio da cooperação judiciária em matéria civil.

³⁷ MARINHO, Carlos M.G. de Mel, Sucessões Europeias- O novo regime sucessório europeu, Edição Quid Juris, 2015, p. 96.

artigo 46.º do diploma, regula-se pela lei do Estado-Membro onde o processo executivo vai iniciar-se.

Inovou o RES ao não exigir do requerente que tenha endereço ou um representante autorizado no Estado-Membro da Execução.

No que tange à competência territorial, esta é determinada com base na noção do local de domicílio do exequente ou do local de execução – nº 2.º do artigo 45.

Conforme observa Marinho³⁸:

O RES apenas incide sobre o reconhecimento, a executoriedade e a execução das decisões proferidas nos Estados-Membros. Tal resulta com nitidez do disposto no nº. 1 do artigo 39.º e no considerando n.º (59). Fica, assim, de fora da sua ambição regulatória um enorme acervo de decisões relevantes neste domínio: as proferidas em Estados terceiros, ainda que reportadas à sucessão de cidadãos europeus.

Ressaltando que, por não se encontrar previsto no Regulamento, o órgão jurisdicional ao qual tenha sido solicitada a emissão de declaração de executoriedade não realizará, qualquer outro controle suplementar, nomeadamente no que respeita a pressupostos da concessão do exequatur ou conteúdo do decidido. Uma vez cumprida as exigências formais enunciadas no nº. 1 do artigo 46, a decisão é imediatamente declarada executória.

No entanto, a cópia da decisão que reúna as condições necessárias para comprovar a sua autenticidade referida na alínea “a)” do nº 3 do artigo 46.º, é indispensável uma vez que contém os elementos decisivos para a apreciação da pretensão.

3.2.3 Da Declaração de Executoriedade

Cumprido o procedimento exigido para a apresentação do pedido, a decisão é declarada imediatamente executória e sem verificação dos fundamentos do não reconhecimento do artigo 40º do Regulamento.

Nesta fase inicial do processo, a parte contra a qual a execução é requerida, não pode fazer observações ou exercer qualquer outra atividade processual, conforme artigo 48.º do diploma. Esse regime foi definido, segundo Marinho ³⁹, “com vista a introduzir celeridade no processo de reconhecimento e evitar escolhos entorpecedores.”

³⁸ MARINHO, Carlos M.G. de Mel, Sucessões Europeias- O novo regime sucessório europeu, Edição Quid Juris, 2015. P. 100

³⁹ MARINHO, Carlos M.G. de Mel, Sucessões Europeias- O novo regime sucessório europeu, Edição Quid Juris, 2015. P. 103.

A avaliação feita pelo órgão jurisdicional do Estado-Membro de execução pode incidir apenas sobre algum ou alguns pedidos apreciados pela decisão a rever, se “não puder ser proferida quanto a todos”, podendo também o requerente pedir que a declaração de executoriedade seja “limitada a partes de uma decisão”, tudo nos termos do estabelecido no artigo 55.º.

Qualquer dos fundamentos de não acolhimento previstos no artigo 40.º do diploma pode ser invocado nas alegações do(s) recorrentes(s), bem como a falta de pressupostos do reconhecimento que o órgão jurisdicional de primeira instância cumpria avaliar.

Conforme artigos 60.º e 61.º do regulamento, os autos autênticos e as transações judiciais em matéria sucessória transnacional, podem ser reconhecidos através do referido procedimento, e a recusa ou revogação destes atos apenas pode ocorrer em casos de manifesta contrariedade à ordem pública e em sede de recurso interposto (n.ºs 3 dos artigos 60.º e 61.º).

Conforme esclarece Marinho⁴⁰, o legislador europeu definiu “Ato Autêntico” como sendo “um documento em matéria sucessória que tenha sido formalmente redigido ou registrado como tal num Estado-Membro e cuja autenticidade: i) esteja associada à assinatura e ao conteúdo do ato autêntico, ii) tenha sido atestada por uma autoridade pública ou outra autoridade habilitada para o efeito pelo Estado-Membro de origem”, o que invoca a atividade notarial.

Deve-se levar em conta as flagrantes distintas vertentes latina e anglo-saxónica dos modelos de notariado na Europa, umas vezes investidos da qualidade de órgãos jurisdicionais por vontade expressa do legislador interno e outras intervindo à margem dessa qualidade. Assim, esclarece o considerando n.º (22), que caso exerçam funções jurisdicionais, os notários estão vinculados às regras de competência jurisdicional, e as decisões que tomam deverão circular de acordo com as disposições relativas ao reconhecimento, executoriedade e execução das decisões. Quando não investidos, os notários não estão vinculados às tais regras e os atos autênticos que exaram deverão circular de acordo com as disposições relativas aos atos autênticos.

O acolhimento transfronteiriço dos apontados atos tem duas dimensões fundamentais: a) probatória ou de aceitação, conforme n.º 1 do artigo 59.º e b) relativa à executoriedade, conforme n.º 1 do artigo 60.º.

No tocante à executoriedade dos atos autênticos, apenas difere das decisões judiciais o

⁴⁰ MARINHO, Carlos M.G. de Mel, Sucessões Europeias- O novo regime sucessório europeu, Edição Quid Juris, 2015. P. 107 e 108

fato de que o pedido deve vir acompanhado de uma certidão notarial emitida pela autoridade (Notário) que exarou o documento, conforme disposto no n.º 2 do artigo 60.º.

Já quanto à função probatória, também aqui não se dispensa a atividade prévia do interessado na demonstração, devendo ser solicitada “à autoridade que exarou o ato no Estado-Membro de origem que preencha” formulário pré-estabelecido “descrevendo a força probatória do ato autêntico no Estado-Membro de origem”. Nesse contexto, não existindo contestação, o ato tem de imediato, efeitos equiparáveis no Estado-Membro em que se realiza a atividade instrutória. Por outro lado, se for objeto de contestação não terá força probatória enquanto pendente de decisão no órgão jurisdicional competente, conforme artigo 59 do Regulamento.

Quanto ao que se reporta às transações judiciais - leia-se ajustes, acordos de negociação em matéria sucessória homologada por um tribunal ou celebrada perante um tribunal no decurso de uma ação - o RES apenas versa sobre a aquisição de sua executoriedade externa, nos termos do disposto no artigo 61.º.

Em ambos as situações (atos autênticos e transações judiciais), como bem pontua Marinho⁴¹, o único limite ao funcionamento desses regimes “reside na contrariedade à ordem pública do Estado Membro em que vise o acolhimento interno. Também apenas sobre essa matéria se pronunciará um eventual recurso”.

No entanto, o RES veio a permitir que o fenómeno sucessório transfronteiriço seja abordado como uma forma preventiva de conflitos no contexto familiar, por possibilitar a organização antecipada da sucessão de modo a evitar situações juridicamente complexas e legados conflituosos para os herdeiros, prestigiando o Princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil, visto que estabelece mecanismos que obtêm a compatibilização das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflito de lei e de jurisdição, facultando o reconhecimento e execução de decisões entre os diferentes Estados-Membros.

4. A REPERCUSSÃO TRANSNACIONAL DO REGULAMENTO SUCESSÓRIO EUROPEU QUANTO À “LEI APLICÁVEL”

4.1 A Regra geral

⁴¹ 1 MARINHO, Carlos M.G. de Mel, Sucessões Europeias- O novo regime sucessório europeu, Edição Quid Juris, 2015. P. 09

A lei (substantiva) aplicável à integralidade da sucessão está prevista no Capítulo III do Regulamento.

Quando falamos em lei aplicável à integralidade da sucessão, nos termos do Regulamento, estamos nos referindo às normas jurídicas em vigor no respectivo Estado-Membro ou de um Estado Terceiro (Instituto Sucessório), incluindo as normas de direito internacional privado, na medida em que aquelas remetam para um Estado-Membro ou um Estado Terceiro que aplicaria a sua própria lei.

Como bem esclarece MARINHO⁴², O RES não contém normas materiais ou substantivas de Direito Internacional Privado. **Apenas enuncia critérios de seleção de uma lei aplicável num contexto plurinacional**, ou seja, com conexões a diferentes Estados. Tais regras unicamente designam a lei aplicável a uma determinada sucessão *mortis causa* que possua elementos transnacionais no seu âmbito concreto.

Assim, no que concerne à regra geral à lei aplicável, deverá ser considerado o nº 1 do artigo 21º do RES que indica: “Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei do Estado onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito”.

Observa-se que o Regulamento não faz referência a qualquer prazo para que uma pessoa se considere residente habitual, nem sequer consagra um conceito de residência habitual. Assim, a determinação da residência habitual do falecido à data do óbito deverá estar sujeita a uma avaliação global das circunstâncias da vida do falecido durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito.

Nesse tocante, o nº 2 do artigo 21 prevê que, excepcionalmente, caso resulte claramente de um conjunto de circunstâncias que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável, será aquela a lei a aplicar.

4.2 A Escolha da lei

O artigo 22.º consagra a escolha de lei (*professio iuris*) em matéria sucessória, o que é uma novidade para a maioria dos Estados-Membros isto é, uma autonomia da vontade (autonomia

⁴² MARINHO, Carlos M.G. de Melo (2015). Sucessões Europeias. Ed. Quid Juris. P. 67.

conflitual) que permite ao *de cujus* submeter à sucessão a lei (substantiva) da sua nacionalidade, que será aplicada a todo o conjunto da sucessão (artigo 23.º)⁴³.

Assim, em face do artigo 22.º, n.º 1 do RES, uma pessoa pode escolher como lei para regular toda a sua sucessão a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito. Sendo que, uma pessoa com nacionalidade múltipla, pode escolher a lei de qualquer dos Estados de que é nacional no momento em que faz a escolha.

A autonomia da vontade está limitada à escolha da lei da nacionalidade do autor da herança, no entanto, se o *de cujus* possuía mais do que uma nacionalidade, o preceito permite a escolha da lei de um ou outro dos Estados de onde é nacional. Qualquer outra **escolha** não poderá ser aceita, nomeadamente a escolha da lei da residência habitual, da situação dos bens, da lei aplicável ao regime matrimonial (como na Finlândia), etc.

A justificativa para tanto, depreendesse do Considerando 38 do RES, onde a escolha deverá limitar-se à lei do Estado da sua nacionalidade a fim de assegurar a conexão entre o falecido e a lei escolhida e de evitar que seja escolhida uma lei com a intenção de frustrar as expectativas legítimas das pessoas com direito à legítima.

Percebe-se que a autonomia da vontade restou limitada, o RES não permite a seleção de uma qualquer lei mas, apenas a da nacionalidade do declarante nos termos do estabelecido no nº 1 do artigo 22.º. Porém, uma vez realizada essa escolha nos termos permitidos pelo RES, a eleição não tem limites objetivos ou subjetivos, designadamente os que poderiam emergir de cláusulas de ordem pública internacional ou de regras de reserva de soberania atinentes à proteção da sucessão legitimária, o que significa, por exemplo, que um cidadão com nacionalidade de outro estado que tutele firmemente a posição dos herdeiros legitimários poderá adquirir a nacionalidade de um outro Estado em que essa proteção não exista, seja mitigada ou distinta e escolher a lei desse País sem que tal escolha possa ser objeto de oposição válida que permita

⁴³ Artigo 23.º Âmbito da lei aplicável: 1. A lei designada nos termos do artigo 21.º ou do artigo 22.º regula toda a sucessão. 2. Essa lei rege, nomeadamente: a) As causas, o momento e o lugar da abertura da sucessão; b) A determinação dos beneficiários, das respetivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios, incluindo os direitos sucessórios do cônjuge ou parceiro sobrevivente; c) A capacidade sucessória; d) A deserção e a incapacidade por indignidade; e) A transmissão dos bens, direitos e obrigações que compõem a herança aos herdeiros e, consoante o caso, aos legatários, incluindo as condições e os efeitos da aceitação da sucessão ou do legado ou do seu repúdio; f) Os poderes dos herdeiros, dos executores testamentários e outros administradores da herança, nomeadamente no que respeita à venda dos bens e ao pagamento dos credores, sem prejuízo dos poderes a que se refere o artigo 29.º, n.os 2 e 3; g) Responsabilidade pelas dívidas da sucessão; h) A quota disponível da herança, a legítima e outras restrições à disposição por morte, bem como as pretensões que pessoas próximas do falecido possam deduzir contra a herança ou os herdeiros; i) A colação e a redução das liberalidades, adiantamentos ou legados aquando da determinação das quotas dos diferentes beneficiários; j) A partilha da herança.

tutelar a posição desses herdeiros.

Como bem salienta MARINHO⁴⁴, o Regulamento constitui um regime centrado na figura do autor da sucessão que se abstrai da posição dos demais sujeitos, bem como dos interesses específicos de natureza político-social, econômica e de promoção da família dos Estados.

4.3 Aplicação universal

Portanto, a repercussão transnacional do regulamento sucessório europeu é vislumbrada de forma explícita em todo o capítulo III do Regulamento (artigos 20.º a 38.º) que contém as disposições sobre a lei aplicável à sucessão e dispõe sobre as regras que deverão ser usadas sempre que uma jurisdição (ou outra autoridade competente para tratar matérias sucessórias) de um Estado vinculado pelo Regulamento deva determinar a lei aplicável a uma sucessão.

Dai verifica-se que estas disposições do Regulamento sobre conflitos de leis são aplicáveis *erga omnes*, conforme BONOMI e WAUTELET⁴⁵, **portanto compreendidas também nas relações com os Estados não vinculados pelo Regulamento.**

A sua aplicação universal é expressamente consagrada no artigo 20.º do Regulamento, nos termos do qual ***“é aplicável a lei designada pelo presente regulamento, mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro.”*** O mesmo acontece com as regras relativas à competência. Se for certo que não regulam a competência jurisdicional dos Estados terceiros, estão destinadas a substituir-se inteiramente, nas matérias por elas regidas, às regras de competência em vigor nos Estados-Membros, com ressalva das convenções internacionais em vigor (artigo 75.º).

Portanto, perante a elaboração de um procedimento de habilitação de herdeiros e/ou partilha cuja sucessão tenha uma dimensão internacional (com a existência de pelo menos um elemento de estraneidade), há desde logo, que compulsar as regras do Regulamento respeitantes à lei aplicável à sucessão (elementos de conexão) e determinar a lei aplicável ao conjunto da sucessão, utilizando na elaboração do ato o direito sucessório material assim designado⁴⁶.

⁴⁴ MARINHO, Carlos M.G. de Melo (2015). Sucessões Europeias. Ed. Quid Juris. p. 75 e 76.

⁴⁵ BONOMI Andrea e WAUTELET Patrick, Le droit européen des successions [...], p. 28. a 33.

⁴⁶ Nesse sentido, BONOMI, Andrea e WAUTELET, Patrick, op. cit., p. 277 e ss., ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012”, InDret, Revista para Análisis del Derecho, in <http://www.indret.com/pdf/972.pdf>, e ANGELO DAVI e ALESSANDRA ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato [...], cit., p. 29 e ss. Vide ainda AFONSO PATRÃO, “Poderes e Deveres de Notário e Conservador na Cognição de Direito Estrangeiro”, Cadernos do Cenor, 2, p. 9-38, in <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/27244>.

Assim, nos termos do artigo 20.⁹⁴⁷ em virtude da aplicação universal das regras de conflitos do Regulamento, qualquer que seja o Estado-Membro que decida ou aplique o direito sobre a sucessão, esta será regida pela mesma lei.

Portanto, as regras de conflitos do Regulamento podem conduzir à aplicação da lei de um Estado terceiro, ou seja, à aplicação de uma lei estrangeira. Será o caso, como veremos, do autor da sucessão ter uma nacionalidade estrangeira (de um Estado Terceiro) tendo a sua residência habitual num Estado-Membro da UE, e ter escolhido a lei da sua nacionalidade para regular toda a sucessão conforme o artigo 22.⁹⁴⁸.

Ou, ainda, do autor da sucessão ser nacional de um Estado Membro e ter a residência habitual no momento do óbito em um Estado terceiro e não ter feito uma escolha de lei válida a favor da(s) sua(s) nacionalidade(s) (artigo 22.⁹). Nesse caso aplicar-se-á à sucessão, em princípio, a lei substantivado do Estado estrangeiro. A regra geral ou supletiva, como já mencionado, é a da “residência habitual no momento do óbito”, (artigo 21.⁹, n.⁹ 1). Neste caso, se o falecido no momento do óbito tinha a sua residência habitual em um Estado terceiro, a lei substantiva aplicável à integralidade da sucessão, por força do Regulamento, será a do Estado estrangeiro. Sendo que, os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro onde se encontram os bens da herança serão competentes para decidir do conjunto da sucessão se o falecido possuir a nacionalidade desse Estado-Membro ou tiver tido a sua residência habitual anterior nesse Estado-Membro⁴⁹ (art. 10, 1)⁵⁰.

⁴⁷ Artigo 20 do Regulamento 650/2012 da UE: Será aplicável à sucessão a lei designada pelo regulamento, mesmo que não seja a lei de um Estado-Membro.

⁴⁸ Artigo 22 do Regulamento 650/2012 da UE: Escolha da lei. 1. Uma pessoa pode escolher como lei para regular toda a sua sucessão a lei do Estado de que é nacional no momento em que faz a escolha ou no momento do óbito. Uma pessoa com nacionalidade múltipla pode escolher a lei de qualquer dos Estados de que é nacional no momento em que faz a escolha. 2. A escolha deve ser feita expressamente numa declaração que revista a forma de uma disposição por morte ou resultar dos termos dessa disposição. 3. A validade material do ato pelo qual foi feita a escolha da lei é regulada pela lei escolhida. 4. Qualquer alteração ou a revogação da escolha da lei deve preencher os requisitos formais aplicáveis à alteração ou à revogação de uma disposição por morte.

⁴⁹ Exemplo (1): A, de nacionalidade francesa, teve a sua última residência habitual no Brasil. Deixa bens imóveis na França, o que atribui competência às jurisdições francesas para conhecer da sucessão [artigo 10.⁹, n.⁹ 1, al. a)]. Em face do artigo 21.⁹, 1.⁹, a lei aplicável ao conjunto da sucessão é a lei brasileira. O artigo 10 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) determina que “a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens”. Todavia, se A tb deixou bens no Brasil, deve-se observar o § 1.⁹ do art. 10 LINDB que prescreve: “A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus.” Assim que, será necessariamente aplicada a lei brasileira caso não haja herdeiros brasileiros interessados ou a lei francesa se existirem herdeiros brasileiros e se assim optarem em caso de ser a lei francesa mais favorável.

⁵⁰ Artigo 10, 1 do Regulamento 650/2012 da EU: Competências residuais. 1. Sempre que a residência habitual do falecido no momento do óbito não esteja situada num Estado-Membro, os órgãos jurisdicionais do Estado-Membro onde se encontram os bens da herança são, contudo, competentes para decidir do conjunto da sucessão se: a) O falecido possuir a nacionalidade desse Estado-Membro no momento do óbito; ou, se tal não se verificar; b) O falecido tiver tido a sua residência habitual anterior nesse Estado-Membro e se a ação for intentada no prazo de cinco anos a contar da data da mudança da residência habitual.

Porem, observe-se que a conexão “última residência habitual” poderá ser afastada se o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do n.º 1, devendo, neste caso, ser aplicável ao conjunto da sucessão a lei daquele Estado. O artigo 21.º, n.º 2⁵¹, estabelece, portanto essa cláusula de exceção⁵².

Nestas situações, o acesso à lei estrangeira e a sua aplicação poderão representar alguma complexidade para o Estado-Membro da EU que tiver a competência para aplicá-la. O Regulamento admite, porém, em certas condições, o reenvio (artigo 34º e Considerando 57) sempre que a lei aplicável, designada pelo Regulamento (artigo 20.º), seja a lei de um Estado terceiro, e a possibilidade de afastar certas disposições da lei estrangeira quando a sua aplicação seja manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro (artigo 35.º⁵³ e Considerando 58⁵⁴).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito transnacional é uma área pulsante do atual contexto planetário onde as relações pessoais, governamentais e institucionais se entrelaçam em todos os ramos do direito. Não é mais possível pensar em um ordenamento jurídico hermético, impermeável e intolerante. A sociedade global, em que de fato vivemos, exige o seu reconhecimento também na esfera do direito para que as relações possam ser pacificadas.

A realidade da circulação de pessoas, bens e serviços em escala planetária, urge pela adoção efetiva e global de princípios reguladores e reconhecimentos mútuos de decisões judiciais

⁵¹ Artigo 21.º, n.º 2 do Regulamento 650/2012 da UE: Caso, a título excecional, resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do n.º 1, é aplicável à sucessão a lei desse outro Estado.

⁵² Exemplo (2): A, de nacionalidade portuguesa, decide ir trabalhar no Brasil. Muda efetivamente de casa e deixa de ter residência em Portugal. Admitamos que a sua residência habitual passou a ser o Brasil. No entanto, toda a sua família reside em Portugal, país onde se situam todos os bens que o falecido possuía. Neste caso, a ligação com Portugal parece ser manifestamente mais estreita que aquela que tinha estabelecido com o Brasil.

⁵³ Artigo 35: A aplicação de uma disposição da lei de um Estado designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro do foro.

⁵⁴ Considerando 58: Em circunstâncias excecionais, por considerações de interesse público, os órgãos jurisdicionais e outras autoridades competentes para tratar matérias sucessórias dos Estados-Membros deverão ter a possibilidade de afastar certas disposições da lei estrangeira quando a sua aplicação num caso específico seja manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro em causa. No entanto, os órgãos jurisdicionais ou outras autoridades competentes não deverão poder invocar a exceção de ordem pública para afastar a lei de outro Estado-Membro nem recusar reconhecer ou, consoante o caso, executar uma decisão já proferida, um ato autêntico ou uma transação judicial provenientes de outro Estado-Membro, quando a aplicação da exceção de ordem pública seja contrária à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial ao artigo 21.o, que proíbe qualquer forma de discriminação.

e extrajudiciais em matéria civil.

O Regulamento Europeu Sucessório aqui analisado, sem dúvida decorre da forte incidência do fenômeno da transnacionalidade onipresente no cenário da União Europeia, tendo aberto uma nova e marcante fase de construção de um Espaço Europeu de Justiça Comum, regulando ações e eventos de natureza sucessórias que transcendem fronteiras nacionais, sendo um instrumento jurídico próprio do direito transnacional.

As sucessões com conexões internacionais, a transmissão de bens por morte na Europa, pelo RES, passam a estar submetidas a um regime abrangente, transversal e unificador que assume toda a regulação nesta matéria e impõe o abandono de normas, critérios, práticas e conceitos de índole interna das soberanias estatais, possibilitando um verdadeiro transpasse estatal, orientando para a determinação da competência de órgãos jurisdicionais, definição da lei aplicável, reconhecimento, execução e executoriedade de decisões em matéria sucessória e o acolhimento e aceitação extra fronteira de atos autênticos e transações judiciais no contexto privado das sucessões.

É possível constatar que o RES foi erigido como um conjunto de normas de ambição inovadora, focado no cidadão e na facilidade da transmissão dos seus bens por morte que abrange dois núcleos temáticos por regra separados em termo de criação legislativa: os relativos à definição da competência judiciária e ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial e o a definição da lei aplicável.

Desta forma, é possível vislumbrar estarmos perante o primeiro encadeamento de normas de Direito Civil da União Europeia de ambição global que se manifesta em matéria sucessória com sua incidência nos ordenamentos jurídicos não só dos Estados Membros da União Europeia como em todo o ordenamento jurídico planetário, transpondo barreiras e limites territoriais geográficos impostos por Estados, não mais ficando delimitadas em um único espaço territorial de atuação.

Sem dúvida o direito transnacional ira transpor as barreiras dos Estados Nacionais e se imporá mesmo que por vias transversais, face a premência da sua necessidade em regular uma sociedade global que se apresenta como a verdadeira soberana.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Tradução de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 1998. Título original: Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung.

BONOMI, Andrea e WAUTELET, Patrick, op. cit., p. 277 e ss., ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, “**La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012**”, InDret, Revista para Análisis del Derecho, in <http://www.indret.com/pdf/972.pdf>

CARRASCOSA, Gonzáles, Javier (2014). In **Reglamento Sucesorio Europeo y Actividade Notarial, Cuadernos de Derecho Transnacional**, março 2014, vol. 6, n.º 1.

CHAVES, João Queiroga (2016). **Sucessões** – Certificado Sucessório Europeu. Ed. Quid Juris. Legislação da União Europeia: EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content> Legislação da União Europeia: EUR-Lex: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=celex%3A32012R0650> Legislação da União Europeia: Bruxelas, 01.03.2005 SEC (2005) 270, DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION Annexe au Livre Vert sur les Successions et Testaments: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0065:FIN:FR:PDF>

Comissão Europeia: <http://www.succession-europe.eu>.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR. Juriá Ed., 2009.

GARCIA, Heloíse Siqueira; SANTOS, Kassy Gerei dos; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Governança Transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020.

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

MARINHO, Carlos M.G. de Melo (2015). **Sucessões Europeias**. Ed. Quid Juris.

MARZOCCHI, Ottavio (2019). **Livre Circulação de Pessoas**. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/147/livre-circulacao-de-pessoas> - Acesso em 29 de dez 2019.

OLIVEIRO, Mauricio; CRUZ, Paulo Marcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Programa de Pós Graduação Stricto sensu em Ciências Jurídicas da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, jan-abr 2012

PAIS, Sofia Oliveira (2013). **Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia** - Uma

Abordagem Jurisprudencial. 3ª Edição, Ed. Almedina.

Parlamento

Europeu:

<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/security/20120302STO39884/successoes-transfronteiricas>

PEREIRA, Rui Alves (2015). **Regulamento da União Europeia** - Guia Prático. Ed. Vida Econômica.

PRES = Proposta de Regulamento Europeu sobre Sucessões. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52009PC0154>

RODRIGUES, Gabriela Cunha (2017). **Enciclopédia da | União Europeia**, Cordenção: Ana Paula Brandão; Francisco Pereira Coutinho; Isabel Camisão e Joana Covolo de Abreu. Ed. Petrony.

SILVA, Karine de Souza. **A Consolidação da EU e do Direito Comunitário no Contexto Transnacional**. Obra Guia: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER Joana. Direito e transnacionalidade. Curitiba, PR. Juriá Ed., 2009

SILVEIRA, Alessandra (2019). **Tratado de Lisboa** – Versão Consolidada. 4ª Ed. Ed. Quid Juris.

SILVEIRA, Alessandra (2011). **Princípios de Direito da União Europeia** – Doutrina e Jurisprudência . 2ª Edição, Ed. Quid Juris.

STELZER, Joana. **Transnacionalização: o emergente cenário do comércio mundial**. In: Revista Portuária, Itajaí, Julho de 2009. Disponível em: <http://www.revistaportuaria.com.br/colunas/391>. Acesso em: 30 de junho de 2020.

UDO Bux, **A cooperação Judiciária em matéria civil**, sítio do Parlamento Europeu, Fichas Temáticas sobre a União Europeia, pesquisa em 12/12/19: <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/154/a-cooperacao-judiciaria-em-materia-civil>.

MODAIS DE TRANSPORTE, CABOTAGEM E A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO

Sabine Müller¹

Oswaldo Agripino de Castro Júnior²

INTRODUÇÃO

O problema é a forte preponderância do modal rodoviário na matriz de transporte brasileira, em detrimento do modal aquaviário, que tem a cabotagem subutilizada. Isso contribui para o grande déficit de maritimidade do litoral brasileiro³ e a pequena quantidade de carga transportada pela cabotagem Brasil, vez que, atualmente, a divisão modal dos transportes em Toneladas por Quilômetro Útil (TKU) mostra 64,9% no rodoviário, 4,4 % no dutoviário, 14,9% no ferroviário, 15,7% no aquaviário e 0,03% no aéreo, conforme dados da Empresa de Planejamento e Logística.⁴

Ademais, esse problema se dá num ambiente transnacional, onde grandes grupos de transportadores marítimos buscam espaços de atuação com menor densidade regulatória.

Diante desse cenário, o objetivo geral do artigo é contribuir para o desenvolvimento da cabotagem brasileira na perspectiva transnacional. O artigo tem como objetivos específicos apresentar (i) os modais de transportes, (ii) discorrer sobre a cabotagem brasileira e (iii) e a transnacionalização do transporte marítimo.

Considerando a necessidade de transportar cargas de produtos e insumos entre cidades, Estados e até países, surgem os modais de transporte, os quais poderão ser realizados pelas vias

¹ Professora do Curso de Graduação em Direito Empresarial da Universidade do Vale do Itajaí. Pós-Graduada em Direito Processual Civil e Direito Digital Compliance, Mestranda em Direito Ambiental, Transnacionalidade, e Sustentabilidade com dupla titulação pela IUACA – Universidade de Alicante. Administradora de Empresas e Advogada, sócia fundadora da Muller advogados Associados. Conselheira Federal da OAB Nacional, Membro da Comissão Nacional de Direito Marítimo e Portuário da OAB, Vice-Presidente da Comissão de Transparência da OAB/SC, e Membro da Comissão de Reformulação do Quinto Constitucional da OAB/SC.

² Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, Pós-Doutoramento em Regulação de Transportes e Portos pelo Center Mossavar Rahmani of Business and Government – Kennedy School of Government - Harvard University, Advogado, sócio do Agripino & Ferreira. Membro consultor da Comissão de Direito Marítimo e Portuário do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

³ Acerca do tema: FOULQUIER, Éric. Le déficit de maritimeté Du littoral portuaire sud-américain. In: GUILLAUME, Jacques. **Les transports maritimes dans La mondialisation**. Paris: Harmattan, 2008, p. 211-244.

⁴ Empresa de Planejamento e Logística apud BRASIL, Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Antaq. **Estudo de Cabotagem. Subsídio ao debate regulatório sobre a competição no transporte de cargas no país, em médias e longas distâncias, com foco no transporte de contêineres na Cabotagem**. Brasília: Antaq, 2019, p. 34.

terrestre, aérea ou pelo mar ou rios, e com o crescimento da tecnologia e informação, a questão da logística desponta cada vez mais, razão pela qual vale o estudo através do presente artigo, que utiliza o método indutivo⁵, quanto à metodologia empregada.

O tema modais disponíveis contíguos às localidades de produção é de extremo valor e a análise da melhor maneira de transportar causa considerável impacto nos custos das mercadorias transportadas. Assim, podemos verificar que o transporte é uma das bases da economia de um país, constituindo um componente essencial para o desenvolvimento da capacidade produtiva de uma nação.

A cabotagem é um importante meio de transporte de mercadorias por meio fluvial no Brasil, considerando uma extensão costeira de aproximadamente 8.000 quilômetros, sem contar as vias fluviais internas que se fazem presentes em diversos estados da Federação. Todas essas características territoriais são favoráveis para uma modalidade de escoamento das mercadorias ainda pouco utilizada e que é caracterizada pela navegação entre portos marítimos de uma mesma nação.

O tema é relevante e possui assento no art. 178, parágrafo único da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras.

Por fim, quanto à questão da transnacionalidade do transporte marítimo, justifica-se a importância deste particular, tendo em vista que a maioria da tonelagem de porte bruto dos navios está registrada em bandeiras de conveniência, e no fato de que os países em desenvolvimento têm considerável participação no transporte marítimo de mercadoria internacional, ou seja, para importação e exportação.

1. MODAIS DE TRANSPORTE

Os modais de transporte no Brasil são classificados de acordo com sua modalidade, as quais são divididas em três: a aquática, a aérea e a terrestre e estes, por sua vez, se dividem em cinco,

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 114.

sendo eles o rodoviário, o ferroviário, o aquaviário, o aéreo e, por último, o duto viário.

1.1 Rodoviário

Sem dúvida, o modal de transporte rodoviário é o mais usado no Brasil, e teve investimentos desde os anos 1930, recebendo ainda mais recursos na década de 1950, com a montagem das originárias montadoras transnacionais de automóveis.

Segundo Dias⁶, o sistema rodoviário responde pelo transporte da maior parte das cargas movimentadas no Brasil. É o transporte mais empregado e com a maior capilaridade dos modais existentes no país e com elevado custo, sobretudo, por funcionário. Prossegue o autor, que essa realidade não se modificará sensivelmente tão cedo, mesmo que se tenha investimentos do governo federal no intuito de mudar esse cenário, alterando a matriz de transporte.

Mesmo que soframos com a falta de pavimentação das estradas, com altos custos de frete e grande probabilidade de extravio e maior tempo despendido para entregar as cargas ao seu destino final, o transporte rodoviário oferece benefícios muito relevantes que validam a sua procura, e as maiores prerrogativas são a acessibilidade e ganho de tempo em distâncias curtas e a flexibilidade da rota.

De acordo com Novaes⁷ e Jacobs e Chase⁸, a principal vantagem do transporte rodoviário é o fato deste poder chegar em qualquer localidade do território nacional, salvo nos locais muito longínquos e que, por sua própria natureza, não comportam o acesso rodoviário ou porque carecem de condições econômicas para demandar esse tipo de prestação de serviço.

1.2 Aéreo

O transporte aéreo, por ser realizado por aeronaves é sugerido especialmente para a transporte de produtos frágeis e também para eletrônicos em geral. Normalmente estes produtos são de alto valor e demandam prazos curtos de entrega.

Trata-se de modalidade com baixa adesão dos interessados, em virtude dos limites de transporte relacionados ao volume, tamanho e peso das cargas admitidas e com preços e tarifas

⁶ DIAS, Marco Aurélio E. **Administração de materiais: uma abordagem logística**. São Paulo: Atlas, 1993, p. 336-340.

⁷ NOVAES, Antônio Galvão - **Logística e gerenciamento da cadeia de distribuição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 250.

⁸ JACOBS, F. Robert e CHASE, Richard. B. **Administração de operações e da cadeia de suprimentos**. Porto Alegre: AMGH, 2012, p. 49.

bastante elevados.

Entretanto, o transporte aéreo tem muitos benefícios que podem atender necessidades peculiares de clientes específicos, como a maior agilidade e para grandes distâncias, prazos curtos para entrega e poucos riscos para a carga.

Segundo Novaes⁹:

além de transportar carga com velocidades muito superiores as demais modalidades, o transporte aéreo apresenta níveis de avarias e extravios mais baixos, resultando em maior segurança e confiabilidade. Por essa razão, não somente produtos de alto valor agregado, tais como eletrônicos e aparelhos de precisão, são transportados por avião, como também uma série de produtos sensíveis à ação do tempo, como alimentos perecíveis, flores, encomendas, correspondência etc.

Há alguns anos, o transporte aéreo de cargas era mais restrito às empresas que precisavam enviar suas mercadorias com urgência. Hoje, devido à praticidade e rapidez, pode-se perceber que também aumentaram os envios de objetos pessoais, sendo esta crescente devido às vantagens que ele proporciona.

1.3. Ferroviário

O transporte ferroviário é tido como o de menor custo quando considerado para atender a extensas distâncias e ideal para cargas de mercadorias tais como minério de ferro, café, soja, entre outros.

De acordo com a ANTF¹⁰,

Para se ter uma ideia da capacidade de transporte das ferrovias, um vagão graneleiro é capaz de carregar a mesma quantidade de soja que 2,5 caminhões bitrens. Além disso, para transportar a mesma carga, consome 70% menos combustível do que seu equivalente rodoviário. Ambos os fatores contribuem para um transporte 52% mais barato (R\$ 89,18 vs R\$187,46 para granel sólido agrícola, por mil TKU) e 66% menos poluente. Além dos fatores econômico e ambiental, o modal destaca-se por uma expressiva vantagem no quesito segurança.

Muito embora tenha sido considerado o modal de transporte mais importante e utilizado no Brasil até os idos da década de 1930, perdeu cada vez mais espaço para o transporte rodoviário, uma vez não ter a mesma flexibilidade de rota que o segundo, e diante da falta de planejamento e investimentos do governo na construção das ferrovias.

⁹ NOVAES, Antônio Galvão. **Logística e Gerenciamento da Cadeia de Distribuição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 251.

¹⁰ ANTF - **Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários na matéria Ferrovias e cargas e o futuro do Brasil com propostas para o novo governo federal 2019/2022**. Disponível em: < <https://www.antf.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Folder-presidencial4-v2-spread.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

De acordo com Caxito¹¹, o transporte ferroviário tem custo baixo, porém não tem muita flexibilidade e os prazos de entrega são longos e variáveis, além de haver necessidade em alguns casos, de baldeação para troca de trem, pois existem ferrovias que possuem bitola estreita, enquanto outras possuem bitola larga.

Considerando ser transportador de cargas e também de passageiros, Ballou¹² faz referência no sentido de que é importante registrar que a empresa ferroviária tem custos fixos elevados e custos variáveis relativamente baixos, e que o aumento do volume por trem e seus efeitos na redução dos custos de terminais podem produzir substanciais economias de escala, ou seja, custos unitários reduzidos para cargas de maior volume.

Para Novaes¹³, depois da privatização das ferrovias no Brasil houve um avanço nos serviços de transporte ferroviário e que mesmo que a rede ferroviária consista em ser relativamente pequena, considerando o território nacional, tem considerável potencial junto aos grandes centros produtores e consumidores.

Jacobs e Chase¹⁴ afirmam que o transporte ferroviário é o modal mais utilizado em produtos de grandes volumes e longas distâncias, que não tenham pressa na sua entrega, pois é um tipo de modal lento e com tempo de entrega bem maior, que também não permite alterar a rota de entrega dos produtos.

1.4 Aquaviário

O modal aquaviário é feito por mar, rios ou lagos e transporta cargas ou pessoas. É indicado para o transporte de mercadorias de baixo valor agregado, sendo possível transportar itens de diversas espécies, tais como minérios de ferro, petróleo, contêineres, soja, milho, bauxita, adubos, açúcar (granel), carvão mineral, etc. É capaz de atender a demandas de longas distâncias, porém, o tempo de entrega é mais demorado.

A utilização de vias aquáticas faz com que não haja a disputa de espaço com outros modais, no entanto, o seguro das mercadorias pode significar um alto custo para a empresa contratante.

Outra característica marcante desse modal é a viabilidade para o transporte de grandes

¹¹ CAXITO, Fabiano. **Logística: Um enfoque prático**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 271.

¹² BALLOU, Ronald. **Gerenciamento da cadeia de suprimentos/logística empresarial**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 52.

¹³ NOVAES, Antônio Galvão - **Logística e gerenciamento da cadeia de distribuição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 51.

¹⁴ JACOBS, F. Robert e CHASE, Richard B. **Administração de operações e da cadeia de suprimentos**. Porto Alegre: AMGH, 2012, p. 49.

quantidades de mercadorias, tendo um custo por metro quadrado e peso dos produtos muito menor, o que o torna atrativo ao contratante que dispõe de uma programação com possibilidade de maior “*transit time*”, bem como desembarços aduaneiros e portuários.

Segundo Ballou¹⁵, o maior investimento que o transportador hidroviário necessita fazer condiz àqueles pertinentes aos equipamentos de transportes e em instalações de terminais. As hidrovias e os portos são, via de regra, de propriedade e operações públicas, logo, pouco desses custos, especialmente no caso de operações nacionais, é cobrado dos transportadores.

Para Chopra e Meindl¹⁶, a principal prerrogativa do transporte hidroviário é o custo, considerando que os operacionais são realmente baixos, pois os navios têm grande capacidade, então, os custos fixos podem ser absorvidos pelos grandes volumes. Além disso, muitos navios realizam viagens programadas em baixa velocidade (o que se verifica na programação de tempo de trânsito no momento da contratação do serviço), o que reduz consideravelmente o consumo de combustíveis, tendo como consequência natural a menor emissão de poluentes, bem como custos menores na locomoção.

Segundo a CNT¹⁷,

o transporte hidroviário possui grande capacidade de movimentação de carga, baixo custo da tonelada transportada e reduzidas emissões de poluentes que, entre outros, fazem dele um modal muito adequado à movimentação de grandes volumes de mercadorias de baixo valor agregado (*commodities*) por grandes distâncias. Apesar dessas vantagens e de o Brasil possuir uma ampla rede hidrográfica, com 63 mil km de rios, são utilizados, comercialmente, pela navegação interior apenas cerca de 30,9% dessa rede; e somente 5% da movimentação de cargas no território nacional é realizada por esse modo de transporte. Em termos de densidade, o Brasil dispõe de apenas 2,3 km de hidrovias economicamente utilizáveis para cada 1.000 km² de área, enquanto países de dimensões semelhantes, tais como a China e os Estados Unidos, possuem, respectivamente, 11,5 km e 4,2 km de hidrovias por 1.000 km² de área. A baixa utilização do modal é consequência de entraves de infraestrutura, de operação, de gestão e burocráticos que dificultam ou impossibilitam a navegação. A existência desses entraves está relacionada, entre outros aspectos, a pouca atenção dada ao segmento nas políticas de Estado, à baixa efetividade dos planos e programas que contemplam o setor e aos reduzidos volumes de recursos destinados pelo Poder Público à melhoria das vias interiores.

Verifica-se que, se por um lado, o bom emprego do modal hidroviário é baixo devido à existência desses problemas acima descritos, por outro viés, observa-se que as chances de

¹⁵ BALLOU, Ronald. **Gerenciamento da cadeia de suprimentos/logística empresarial**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 52.

¹⁶ CHOPRA, Sunil e MEINDL, Peter. **Gestão da cadeia de suprimentos: estratégia, planejamento e operações**. São Paulo: Pearson, 2011, p. 32.

¹⁷ CNT - Confederação Nacional de Transportes – Aspectos gerais da navegação no interior do Brasil, 02/10/2019. Disponível em: <<https://cnt.org.br/aspectos-gerais-navegacao-brasil>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

desenvolvimento se mostram promissoras, considerando as projeções no longo prazo de aumento da produção e das exportações de produtos potencialmente “transportáveis” pela navegação interior, em especial *commodities* agrícolas e minerais, bem como diante da elevação da demanda pela movimentação de mercadorias com “espaço” de crescimento dentro do modal, a exemplo das cargas containerizadas.

1.5 Duto viário

Esse modal de transporte é feito por meio de dutos que podem ser aparentes, submarinos ou subterrâneos e com a ajuda do controle da pressão inserida nesses tubos. Esse tipo de modal vem se mostrando como uma das maneiras mais econômicas de transportar grandes volumes, especialmente quando se trata de óleo, gás natural e derivados, sobretudo quando confrontados com os modais rodoviário e ferroviário.

O uso mais notório é para o transporte de petróleo e, neste exemplo, os dutos são chamados oleodutos, mas também este modal é empregado para o carregamento de gases, fluídos líquidos e sólidos granulares.

O transporte duto viário atravessa longas distâncias e tolera a transferência de grandes volumes de maneira constante. Entretanto, tem um alto custo de investimento inicial, mas é considerado uma alternativa econômica viável para abastecimento contínuo de matriz energética, pois permite rapidez na comunicação entre os pontos de entrega e segurança no transporte.

De acordo com Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustível, a ANP¹⁸, ao tratar da movimentação de produtos líquidos, a logística da movimentação dos produtos líquidos por ela regulados, depende da infraestrutura de transferência e de transporte disponível no território nacional, composta pelos oleodutos e terminais de combustíveis líquidos e atuam neste mercado diversos tipos de empresas e consórcios de empresas que operam as instalações e oferecem serviços variados a exemplo do transporte duto viário, bem como armazenamento de produtos para terceiros, transporte multimodal e, ainda, diferentes tipos de serviços de carga e descarga de produtos, visando mudança de modal de transporte.

¹⁸ BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustível. Anp. Disponível em <<http://www.anp.gov.br/armazenamento-e-movimentacao-de-produtos-liquidos>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

2. CABOTAGEM

A cabotagem é um importante meio de transporte de cargas e pessoas por meio fluvial, considerando que realiza o transporte de produtos dentro da área costeira do próprio país, o que se mostra como importante meio de escoamento de mercadorias da produção de qualquer Estado que tenha ou não em sua área territorial, contato com o mar.

Conforme já anunciado neste artigo, é notório perceber que o escoamento das mercadorias no Brasil se realiza principalmente pelo transporte rodoviário, basta uma breve leitura a respeito do assunto em diversos tipos de notícias e periódicos para se notar que é consideravelmente grande o fluxo de caminhões que trafegam nas rodovias do país.

Em contrapartida, o Brasil tem uma extensão costeira¹⁹ de mais de 8.000 km de litoral, sem contar as vias fluviais internas que se fazem presentes em diversos Estados da Federação, sendo essas características territoriais absolutamente favoráveis para uma modalidade de escoamento de mercadorias pouco explorada no país, que é a Cabotagem.

Esse modelo de transporte fluvial caracteriza-se pela navegação entre portos marítimos, sem perder a costa de vista, diferentemente da navegação de longa distância, que por sua vez, atravessa oceanos e faz a ligação entre países com o transporte de mercadorias ou pessoas.

A Cabotagem está definida na Lei n. 9.432/1997, que regulamenta o art. 178 da Constituição Federal, em seu art. 2º, inciso IX, que assevera:

Art. 2º Para efeito desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições: [...]

IX – navegação de cabotagem: a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis²⁰.

Segundo o Acórdão nº 1.388/2019²¹, em que foram relatados e discutidos os autos de relatório de auditoria operacional (Antaq), com o objetivo de avaliar obstáculos ao desenvolvimento da navegação de cabotagem e de incrementar a participação do setor na matriz de transportes no Brasil, este é o conceito legal de cabotagem:

¹⁹BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Zona Costeira e Marinha. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zona-costeira-e-marinha.html>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

²⁰ BRASIL. Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9432.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1388/2019. Relator Min Bruno Dantas. Julgamento 12/06/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1383%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=74a42f30-6aea-11ea-897e-0f22d3e93d5d>. Acesso em: 12 jul. 2020.

51. De acordo com a Lei 9.432/1997, em seu art. 2º, inciso IX, navegação de cabotagem é aquela realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores.

52. Nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 178, parágrafo único c/c com a Lei 9.432/1997, o transporte de mercadorias na cabotagem é prioritariamente realizado por embarcações brasileiras, sendo permitido o uso de embarcações estrangeiras somente por meio de afretamentos autorizados pela Antaq, para Empresa Brasileira de Navegação (EBN) . Tal medida se constitui em verdadeira reserva de mercado, de modo a incrementar a marinha mercante brasileira e a indústria naval. Segundo estudo da agência da ONU Unctad (2018) , esta não é característica somente do mercado nacional, uma vez que 91 países, totalizando 80% das linhas costeiras mundiais, têm regras de proteção às embarcações de suas bandeiras nacionais.

53. Quando se estuda o setor de cabotagem, outros tipos de navegação são analisados, por estarem relacionados e não possuírem precisão em seus conceitos nos atos normativos em vigor. No jargão do setor, encontra-se: a) o transporte ao longo da costa brasileira entre dois portos brasileiros de produtos estrangeiros ainda não nacionalizados (ou seja, ainda sob controle aduaneiro), oriundos de navios de longo curso e que foram transbordados para navios menores de cabotagem (transporte ‘feeder’) ; b) o transporte de produtos nacionais em navios estrangeiros, entre dois portos brasileiros, aproveitando-se de escalas já programadas e de espaço disponível em navios de longo curso navegando na costa brasileira e que deve receber autorização da Antaq para ser realizado (transporte ‘waiver’); e, ainda, c) o transporte realizado entre portos de países vizinhos com acordo de isenção de tarifas, a exemplo dos integrantes do Mercosul (‘grande cabotagem’ ou ‘cabotagem internacional’).

54. Nas estatísticas divulgadas pela Antaq, a carga do tipo *feeder* é considerada como sendo carga de cabotagem, assim como a carga transportada por meio do *waiver*. A carga transportada por meio de acordos internacionais (a de grande cabotagem) é considerada longo curso.

A Cabotagem proporciona muitos benefícios, como a alta eficiência energética, maior capacidade de transportar diferentes tipos de cargas, maior capacidade de circulação de grandes quantidade de cargas por longas distâncias, menor número de acidentes, menor emissão de poluentes, menor congestionamento de tráfego, menor custo de infraestrutura, menor nível de avaria, menor custo operacional e menor impacto ambiental²².

O estudo da Antaq, descrito no relatório de auditoria operacional efetuado pelo Tribunal de Contas da União, proporcionou aspectos proeminentes a respeito da cabotagem, apresentando estudo de diferentes definições em diversos países²³:

União Europeia - Regulamento do Conselho (EEC) Nº 3577/1992, artigo 2º: “1. Serviços de transporte marítimo dentro de um Estado Membro (cabotagem marítima) significará serviços normalmente prestados por remuneração e incluirá em particular: (a) cabotagem continental: o

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de auditoria operacional: cabotagem**. TC 023.297/2018-2. Apenso: TC 003.329/2019-4. Acórdão n. 1383/2019. Relator Min. Bruno Dantas. Julg.12/06/19. Disponível em.: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2020.

²³ ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviário Estudo da Cabotagem. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/estudos/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

carregamento de passageiros ou bens por mar entre portos situados no continente ou o principal território de um e o mesmo estado membro sem escala em ilhas; (b) serviços de suprimento costeiros (*offshore*): o carregamento de passageiros ou bens por mar entre qualquer porto em um estado membro e instalações ou estruturas situadas na plataforma continental daquele estado membro; (c) cabotagem insular: o carregamento de passageiros ou bens por mar entre: portos situados no continente e em uma ou mais das ilhas de um estado membro e o mesmo estado membro, ou portos situados nas ilhas de um estado membro e o mesmo estado membro”. (grifo nosso)

Glossário OMC: “Em transporte marítimo, cabotagem significa operação de navios entre portos do mesmo país, usualmente ao longo da costa”(grifo nosso).

UNCTAD - Revisão 2017 do Transporte Marítimo: “Cabotagem é definida como transporte de passageiros, bens e materiais entre dois portos localizados no mesmo país, independente do país em que a embarcação está registrada. A cabotagem abrange operações domésticas de navios mercantes; essas incluem tráfego doméstico, bem como operações relativas a transbordos. A cabotagem pode envolver a operação de linhas regulares ou de viagens isoladas, e uma variedade de técnicas de manuseio de cargas”.

Glossário da OCDE de termos estatísticos: “Transporte marítimo entre dois portos (um porto de carregamento/ embarque e um porto de descarregamento/desembarque) situados no mesmo país independentemente do país em que a embarcação marítima está registrada. A cabotagem (contexto marítimo) pode ser efetuada por uma embarcação marítima registrada no país de notificação ou em outro país. Transporte dentro de um porto é incluído”.

Como pode se perceber pela leitura do trecho acima, é bastante ampla a definição internacional sobre a cabotagem marítima, de modo que não existe uma única definição adotada por todos os países que a utilizam como meio de transporte para circulação das mercadorias, produtos e insumos.

A Antaq apresentou estudo com esboço que faz alusão aos países membros das Nações Unidas que utilizam a Cabotagem como forma de escoamento e possuem legislação que regulamenta a atividade. O resultado da análise restou evidenciado no quadro apresentado a seguir²⁴:

²⁴ ANTAQ. Estudo da Cabotagem. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/estudos/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PAÍSES SEM LEIS DE CABOTAGEM (por razões geográficas ou legais)	PAÍSES COM LEIS DE CABOTAGEM
Afganistão, Andorra, Armênia, Áustria, Azerbaijão, Bahamas, Barbados, Bielorrússia, Bélgica, Belize, Butão, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Botswana, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Burundi, Camboja, Rep. Centro-Africana, Chade, Camarões, Chipre, Rep. Tcheca, Rep. Democrática da Coreia, Dinamarca, Djibuti, Dominica, El Salvador, Eritreia, Suazilândia, Etiópia, Gâmbia, Guatemala, Guiné, Hungria, Islândia, Irã, Iraque, Irlanda, Kiribati, Quirguistão, Laos, Letônia, Lesoto, Libéria, Líbia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malauí, Maldivas, Mali, Malta, Ilhas Marshall, Micronésia, Mônaco, Mongólia, Mianmar, Namíbia, Nauru, Nepal, Holanda, Nova Zelândia, Níger, Noruega, Omã, Paquistão, Palau, Panamá, Paraguai, Moldávia, Romênia, Ruanda, São Cristóvão e Neves, San Marino, São Tomé e Príncipe, Arábia Saudita, Senegal, Sérvia, Seychelles, Serra Leoa, Singapura, Eslováquia, Somália, África do Sul, Sudão, Suriname, Suíça, Tajiquistão, Macedônia, Timor Leste, Togo, Tonga, Trinidad e Tobago, Turcomenistão, Tuvalu, Uganda, Reino Unido, Uzbequistão, Vanuatu, Zâmbia, e Zimbábue.	Albânia, Alemanha, Argélia, Angola, Argentina, Austrália, Bahrein, Bangladesh, Benin, Brasil , Bulgária, Catar, Cabo Verde, Camarões, Canadá, China, Chile, Colômbia, Congo, Coreia, Costa Rica, Costa do Marfim, Croácia, Cuba, Emirados Árabes Unidos, Equador, Egito, Eslovênia, Estados Unidos, Guiné Equatorial, Estônia, Fiji, Finlândia, França, Gabão, Geórgia, Gana, Grécia, Granada, Guiné Bissau, Guiana, Haiti, Honduras, Iêmen, Índia, Indonésia, Israel, Itália, Jamaica, Japão, Jordânia, Cazaquistão, Quênia, Kuwait, Líbano, Lituânia, Madagascar, Malásia, Maurítânia, Maurício, México, Montenegro, Marrocos, Moçambique, Nicarágua, Nigéria, Papua Nova, Guiné, Peru, Filipinas, Polónia, Portugal, Rep. Democr. do Congo, Rep. Dominicana, Rússia, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Samoa, Ilhas Salomão, Espanha, Sri Lanka, Suécia, Síria, Tailândia, Tanzânia, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Uruguai, Venezuela, Vietnam

Logo, denota-se que o Brasil oferece as características adequadas quanto à forma de escoamento para a efetiva atividade da cabotagem, bem como traz legislação relacionada à matéria. Contudo, existem aspectos relevantes à atividade e às políticas aplicadas no Brasil que merecem abordagem em especial.

A análise da Antaq exibiu subsídios importantíssimos no que refere às dessemelhantes políticas praticadas, tanto quanto ao protecionismo ou liberalismo relacionado à atividade de cabotagem nos países apontados no referido estudo.

Observa-se que cada Estado procura concretizar uma política de modo a atender seus interesses, consoante foi orientado através do estudo da Agência Reguladora, a qual assinalou subsídios extraídos da *Seafarers' Rights International* (SRI).

Por meio do estudo foi possível verificar as diferenças existentes nas políticas aplicadas em cada Estado, e que se referem à definição, tipo de reservas e restrições aplicadas, tipos de embarcações abrangidas, tipos de tráfego, serviços e atividades cobertas, zonas marítimas e áreas de cobertura da cabotagem²⁵.

O Brasil reconhece uma política de proteção controlada à cabotagem, ou seja, constitui na existência de uma proteção à indústria de cabotagem marítima, mas concomitantemente, permitida a entrada de armadores estrangeiros sob condições controladas por meio de concessão de permissões ou licenças²⁶, vejamos o quadro a seguir:

²⁵BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Antaq. Estudo da Cabotagem. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/estudos/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

²⁶BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Antaq. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/estudos/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

Tipo de Política	Definição	Países
Políticas de proteção integral da cabotagem	Políticas que protegem totalmente a indústria marítima de cabotagem e que não permitem armadores estrangeiros. Quando permitem, o fazem sob condições estritas e por curtos períodos de tempo.	Japão, Estados Unidos e Peru
Políticas de proteção controlada da cabotagem	Políticas que protegem a indústria de cabotagem marítima, mas que permitem a entrada de armadores estrangeiros sob condições controladas por meio de concessão de permissões ou licenças.	França, Alemanha, Itália, Grécia, Portugal, Espanha, Finlândia, Suécia, Letônia, Eslovênia, Bulgária, Romênia, Croácia, Angola, Marrocos, Líbia, Tanzânia, Quênia, Turquia, Rússia, Jordânia, Índia, Coreia do Sul, Mianmar, Tailândia, Vietnã, Taiwan, Canadá, México, Cuba, Honduras, Nicarágua, Costa Rica, Panamá, Venezuela, Colômbia, Brasil, Equador, Uruguai, Argentina, Chile, Filipinas, Nova Zelândia.
Políticas de proteção parcial da cabotagem	Políticas que protegem a indústria de cabotagem marítima, mas que adotaram medidas liberalistas em certos segmentos do mercado de cabotagem	Moçambique, Malásia, Indonésia, China, Egito
Políticas de liberalização controlada da cabotagem	Políticas que permitem a entrada de armadores estrangeiros na indústria de cabotagem marítima sob um sistema de licenciamento.	Austrália
Políticas de liberalização integral da cabotagem	Políticas que permitem a entrada de armadores estrangeiros no comércio marítimo sem qualquer limitação.	Bélgica, Holanda, Dinamarca, Irlanda, Reino Unido, Noruega, Islândia, Malta, Chipre, Estônia, Lituânia, Polônia, Nigéria, África do Sul, Namíbia, Emirados Árabes, Líbano, Brunei, Camboja, Singapura.

Observando o quadro acima, podemos concluir que as políticas de protecionismo ou de liberalismo em relação à Cabotagem, acompanham ideologias distintas em diferentes países, ficando, pois a critério de cada nação estipulá-las conforme os interesses de cada um.

Destaca-se que as políticas protecionistas se relacionam intimamente com o interesse do Estado em realizar um fomento da sua economia local, geralmente usa-se como justificativa a manutenção de uma frota nacional no intuito de contribuir para reduzir o impacto adverso das despesas com fretes na balança de pagamentos, bem como apresenta a intenção de contribuir para assegurar o crescimento econômico e o bem-estar social, desenvolvendo a capacidade local em vários segmentos da cadeia de valor do transporte marítimo, particularmente na construção e reparo de navios, propriedade de navios, registro, operação e marítimos²⁷.

3. TRANSNACIONALIZAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO

O comércio entre os Estados é de extrema importância para o crescimento e desenvolvimento dos países, considerando que é através dele que se compra aquilo que não se produz e que se vende seus excedentes, sendo que toda essa movimentação de bens e serviços, faz com que a economia dos Estados não fique estagnada, e com isso sejam estabelecidas disposições e procedimentos econômicos nacionais, internacionais e transnacionais, bem como se

²⁷ BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Antaq. Disponível em: < <http://portal.antaq.gov.br/index.php/estudos/>>. Acesso em: 13 maio 2020.

implemente as balanças comerciais de cada nação.

Staffen²⁸, manifesta que “Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços.”

Grande parte dessas mercadorias que circulam pelo planeta através da importação e exportação, usam o modal de transporte marítimo, sendo que os portos, embarcações e instalações portuárias são verdadeiros centros em que circulam mercadorias originárias ou destinadas a diferentes países, existindo assim uma conexão entre a cabotagem, que se caracteriza pela navegação entre portos marítimos de um mesmo país, e a navegação de longo percurso ou distância que, por sua vez, atravessa oceanos e faz a ligação entre países com o transporte das mercadorias de todo o tipo que se pode imaginar.

Para Castro Júnior²⁹,

Todos os acontecimentos, sejam históricos, econômicos, políticos e religiosos, afetam de forma direta ou indireta o desenvolvimento das relações internacionais em qualquer parte do mundo, mesmo que esses não sejam relevantes para determinados Estados. O eixo global não possui limitações e vai além das fronteiras que a humanidade impõe.

Beck³⁰, explica que a globalização significa, antes de mais nada, a desnacionalização, a erosão e a possível transformação do Estado nacional em transnacional, sendo que Stelzer³¹, na mesma linha, menciona que “a globalização não se trata de um movimento isolado por fronteiras nacionais ou continentais, mas sim possui dimensões globais”.

Para Piffer e Cruz³², “Ora, a sociedade mundial designa diversidade e diferença pelo simples fato de ser um emaranhado de relações cada vez mais interconectadas e influenciadas pela globalização”.

E sobre o comércio mundial e a economia globalizada, que aqui guarda relação com este capítulo do artigo proposto, que é a respeito da transnacionalização do transporte marítimo, vale

²⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo. COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020, p. 133. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

²⁹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; STELZER, Joana; PAGNUSSATTO, Débora Alberti. Da Transnacionalização do Comércio mundial ao desenvolvimento local e social – Gestão e Função no Porto de Itajaí. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.). **Direito, regulação e logística**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 319.

³⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas a globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 36.

³¹ STELZER, Joana. Relações internacionais e corporações transacionais: um estudo de interdependência à luz da globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.) **Relações internacionais e globalização: grandes desafios**, p. 101. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999.

³² PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. In: GARCIA, Heloíse Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020, p. 30.

trazer os ensinamentos de Ulrich Beck,

O globalíssimo entoa a bela canção do livre comércio mundial. Acredita-se que a economia globalizada seja a mais adequada para oferecer o bem-estar por todo o mundo e desta maneira eliminar desigualdades sociais. Mesmo no que diz respeito à proteção ambiental, afirma-se, grandes avanços são conquistados com o livre comércio, pois a pressão da concorrência contribui para a proteção de fontes de matéria-prima e torna obrigatória uma convivência saudável com a natureza³³.

Portanto, o transporte marítimo nacional e internacional, considerando todas as suas peculiaridades, é fundamental para garantir os intercâmbios comerciais em um mundo globalizado, existindo uma afinidade direta entre o crescimento econômico das nações, o bem-estar mundial e a demanda por transporte marítimo de forma globalizada.

Importante registrar que todo esse intercâmbio comercial e transnacional acaba criando certa variação na oferta do serviço de transporte marítimo, e acrescidos a questão da falta de regras internacionais que normatize as questões relacionadas à concorrência neste mercado, fazem com que os países mais desenvolvidos, desenvolvam políticas de fomento ao transporte marítimo, e os países menos desenvolvidos ficam à sua mercê.

Entre as políticas, nota-se as questões estratégicas pertinentes ao transporte marítimo por meio das medidas que estabelecem tratamento diferenciado ao transporte marítimo, em especial a navegação de cabotagem que, no Brasil tem baixa participação do modal na matriz de transporte, se comparado ao rodoviário, por exemplo, conforme mencionado em capítulo anterior.

Segundo a ABAC - Associação Brasileira dos Armadores de Cabotagem, em matéria sobre a necessidade de desenvolver um modal estratégico³⁴, a importância das regras nacionais para a navegação está comprovada pelo comportamento das alianças mundiais das empresas de navegação, mitigados na navegação de cabotagem, considerando haver regras concorrenciais nacionais, limitados aos acordos de compartilhamento de espaço dos navios.

Esclarece ainda, que entre as operações de transporte que unificam a navegação cabotagem, tem o serviço denominado *feeder* (serviço alimentador), efetivado entre concentradores e portos com alguma restrição, sejam por motivos de menor circulação de cargas, limitações para atracação de navios maiores ou por outras questões legais.

³³ BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas a globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 206.

³⁴ ABAC - Associação Brasileira dos Armadores de Cabotagem, A necessidade para desenvolver um modal estratégico, disponível em <<http://www.abac-br.org.br/a-necessidade-para-desenvolver-um-modal-estrategico/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

Portanto, em virtude da existência de preceitos para a navegação de cabotagem, grande parte do fluxo de carga originadas ou destinadas ao exterior, são movimentadas pelos serviços *feeder*, especialmente as cargas containerizadas, sendo que as políticas de cabotagem alteram-se de país para país e em diferentes perspectivas, e estão fortemente adequadas às circunstâncias nacionais com distintos sistemas políticos, econômicos e legais.

De acordo com a ABAC³⁵, as normas relacionadas à navegação de cabotagem, normalmente são instituídos nas legislações da navegação, todavia podem ser também estabelecidos em legislação relacionadas a “registro de navios, imigração, emprego, tributação, alfândega, empresas, licenciamento, subsídios para a operação e construção de embarcações e investimento estrangeiro direto”. Prossegue no sentido de que estas disposições jurídicas e a inter-relação dentre as regras, acarretam certos problemas para a avaliação das políticas para a navegação de cabotagem em diversos países.

Em 2018 foi realizado um estudo pela UNCTAD – Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento³⁶, denominado *Rethinking Maritime Cabotage for Improved Connectivity*, em português “Repensando a cabotagem marítima para melhorar a conectividade”, que apresentou estudo sobre as políticas de cabotagem de diversos países, registrando que “Muitos países em desenvolvimento enfrentam vários desafios logísticos e de transporte que comprometem o nível de sua conectividade de transporte e sua capacidade de se conectar aos mercados globais”, e prossegue no sentido de que:

Um fator-chave que está surgindo cada vez mais como potencialmente importante para a conectividade marítima é o impacto das restrições à cabotagem marítima. Ao criar obstáculos e gargalos que podem prejudicar a entrega tranquila de serviços de transporte marítimo e aumentar os custos operacionais, as restrições de cabotagem marítima podem ser um impedimento para uma melhor conectividade de transporte marítimo³⁷.

De acordo com a ABAC³⁸, a publicação da UNCTAD apresenta várias considerações relevantes para a avaliação das políticas de cabotagem, sendo as principais:

- Uma análise dos compromissos específicos dos países em matéria de serviços de transporte marítimo no âmbito do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (*General Agreement on Trade in*

³⁵ ABAC - Associação Brasileira dos Armadores de Cabotagem, A necessidade para desenvolver um modal estratégico, disponível em <<http://www.abac-br.org.br/a-necessidade-para-desenvolver-um-modal-estrategico/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

³⁶ UNCTAD, 2018. *Rethinking Maritime Cabotage for Improved Connectivity*. Disponível em: <<https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1965>> Acesso em: 14 jul. 2020.

³⁷ UNCTAD, 2018. *Rethinking Maritime Cabotage for Improved Connectivity*. Disponível em: <<https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1965>> Acesso em: 14 jul. 2020.

³⁸ ABAC - Associação Brasileira dos Armadores de Cabotagem, A necessidade para desenvolver um modal estratégico, disponível em:<<http://www.abac-br.org.br/a-necessidade-para-desenvolver-um-modal-estrategico/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

Services – GATS) demonstra que a cabotagem marítima é geralmente excluída do âmbito do acordo e não está aberta à liberalização.

- Uma análise dos regimes aplicados à cabotagem marítima mostra que este setor é geralmente reservado aos navios de bandeira nacional ou aos transportadores nacionais. Em certas situações, as embarcações estrangeiras podem fornecer serviços de cabotagem através de uma licença de cabotagem temporária (*waiver*), desde que a empresa cumpra com vários requisitos.
- De acordo com a metodologia e o conjunto de dados da OCDE, as restrições de cabotagem referem-se principalmente a dois tipos de medidas que afetam a entrada estrangeira: (i) se os navios de bandeiras estrangeiras são totalmente excluídos da cabotagem, sem exceção, ou (ii) se estão parcialmente excluídos da cabotagem.
- Relação dos países que os navios de bandeira estrangeiras são totalmente excluídos da navegação de cabotagem, sem qualquer exceção, estão: Bélgica, Estônia, Grécia, Itália, Polônia, Suécia, Turquia, Estados Unidos, China, Colômbia, Indonésia, Lituânia;
- Relação dos países que os navios de bandeira estrangeiras são parcialmente excluídos da navegação de cabotagem: Austrália, Canadá, Coreia, Chile, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Israel, Japão, Coreia, Letônia, México, Portugal, Eslovênia, Espanha, Suécia, Reino Unido, Brasil, Costa Rica, Índia, Rússia, África do Sul.

No caso do Brasil, denota-se que a avaliação indicou que as restrições de cabotagem podem ter induzido um desenvolvimento nas estruturas de serviços que levam as transportadoras globais a converterem linhas de navegação nacional em operadores *feeder*, *serviço alimentador*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o conteúdo abordado, a fim de colaborar para a discussão sobre modais de transporte, cabotagem e a transnacionalização do transporte marítimo, no sentido de que tudo que é transportado gera receita e quanto melhor for o sistema de transporte, mais barato ficará o processo de deslocamento, pois reflete no custo final do produto, são feitas algumas conclusões que abaixo seguem.

Conectividade é a possibilidade de pessoas, empresas e países se vincularem. No setor comercial, a conectividade física possibilita a entrega de bens e serviços aos mercados locais, regionais e globais, sendo a transnacionalização do transporte marítimo, neste particular, um processo pelo qual se ultrapassa as fronteiras nacionais realizada pela cabotagem, englobando mais do que um país e se tornando transnacional.

A conectividade do transporte marítimo define até onde os países, comércios, fornecedores, negociantes, importadores, exportadores, fabricantes e consumidores são atendidos pelos serviços de transporte marítimo. No setor de transporte marítimo, a

conectividade do transporte marítimo de linha com relação ao comércio em contêineres é de particular relevância.

Diversos países em desenvolvimento confrontam-se com desafios logísticos e de transporte que comprometem o nível de sua conectividade de transporte e sua capacidade de se vincular aos mercados globais, considerando ser economias menores que enfrentam problemas em se beneficiar de oportunidades comerciais.

Neste contexto, um fator relevante é o impacto das restrições à cabotagem marítima. Ao criar barreiras e gargalos que podem prejudicar a entrega efetiva de serviços de transporte marítimo e majorar os custos operacionais, as restrições de cabotagem marítima podem ser um empecilho para uma melhor conectividade de transporte marítimo.

Diante dos dados proporcionados ao longo deste artigo, fica demonstrado que o transporte marítimo, e nomeadamente a navegação de cabotagem, é tratada de forma estratégica pelo motivo de ser o principal meio de transporte para viabilizar as relações comerciais. Neste escopo, é forçoso a entendimento de que as questões concorrenciais relacionadas ao serviço de transporte marítimo somente podem ser ponderadas em relação à legislação dos países em que estão sediadas as empresas de navegação, em razão da falta de regramento internacionais para o setor.

A regra no setor de transporte marítimo, especialmente pelos transportadores marítimos, é a busca por espaços de baixa ou nenhuma densidade regulatória para fins de redução de custos tributários, encargos sociais e *compliance* ambiental.

Por tais motivos, a maioria da tonelagem de porte bruto mundial é registrada em bandeiras de conveniência, o que se constitui num movimento de transnacionalização a exigir políticas de Estados onde operam tais navios, para a defesa do seu interesse nacional, especialmente em mercados concentrados e verticalizados como o transporte marítimo e a operação de contêiner.

Os inúmeros instrumentos apontados para promoção da navegação, praticados por diversos países, confirmam a importância da atuação do Estado para o desenvolvimento do modal da cabotagem, objetivando garantir a previsibilidade do suprimento do serviço de transporte marítimo, para acolher as demandas dos respectivos comércios nacional e, posteriormente, transnacional.

Contudo, os estudos realizados de modo recente sobre a cabotagem no Brasil, assinalam que, dentre as principais barreiras para o progresso do modal estão a ineficiência portuária,

demasiada burocracia, infraestrutura imprópria, inexistência de política de construção naval, de defesa da concorrência e multimodalismo, que são problemas não relacionados à navegação e que demandam soluções adequadas por meio de políticas de Estado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABAC - Associação Brasileira dos Armadores de Cabotagem, **A necessidade para desenvolver um modal estratégico**. Disponível em:<<http://www.abac-br.org.br/a-necessidade-para-desenvolver-um-modal-estrategico/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

ANTF - **Associação Nacional dos Transportadores Ferroviários na matéria Ferrovias e cargas e o futuro do Brasil com propostas para o novo governo federal 2019/2022**. Disponível em:<<https://www.antf.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Folder-presidencial4-v2-spread.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BALLOU, Ronald. **Gerenciamento da cadeia de suprimentos/logística empresarial**. São Paulo: Atlas, 2006.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas a globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL, Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Antaq. **Estudo de Cabotagem. Subsídio ao debate regulatório sobre a competição no transporte de cargas no país, em médias e longas distâncias, com foco no transporte de contêineres na Cabotagem**. Brasília: Antaq, 2019.

BRASIL. **Agência Nacional de Transportes Aquaviários**. Antaq. Disponível em:<<http://portal.antaq.gov.br/index.php/estudos/>>. Acesso em: 13 maio 2020.

BRASIL. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Antaq. **Estudo da Cabotagem**. Disponível em:<<http://portal.antaq.gov.br/index.php/estudos/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. **Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustível**. Anp. Disponível em<<http://www.anp.gov.br/armazenamento-e-movimentacao-de-produtos-liquidos>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997**. Dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9432.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Zona Costeira e Marinha**. Disponível em:<<https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zona-costeira-e-marinha.html>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 1388/2019**. Relator Min Bruno Dantas. Julgamento 12/06/2019. Disponível em:<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1383%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=74a42f30-6aea-11ea-897e-0f22d3e93d5d>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de auditoria operacional: cabotagem**. TC 023.297/2018-2. Apenso: TC 003.329/2019-4. Acórdão n. 1383/2019. Relator Min. Bruno Dantas. Julg.12/06/19. Disponível em.: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de; STELZER, Joana; PAGNUSSATTO, Débora Alberti. Da Transnacionalização do Comércio mundial ao desenvolvimento local e social – Gestão e Função no Porto de Itajaí. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Coord.). **Direito, regulação e logística**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CAXITO, Fabiano. **Logística: Um enfoque prático**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHOPRA, Sunil e MEINDL, Peter. **Gestão da cadeia de suprimentos: estratégia, planejamento e operações**. São Paulo: Pearson, 2011.

CNT - Confederação Nacional de Transportes – **Aspectos gerais da navegação no interior do Brasil**, 02/10/2019. Disponível em:<<https://cnt.org.br/aspectos-gerais-navegacao-brasil>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

DIAS, Marco Aurélio E. **Administração de materiais: uma abordagem logística**. São Paulo: Atlas, 1993.

JACOBS, F. Robert e CHASE, Richard. B. **Administração de operações e da cadeia de suprimentos**. Porto Alegre: AMGH, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. Florianópolis: Conceito, 2008.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. O direito transnacional e a consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. In: GARCIA, Heloise Siqueira; CRUZ, Paulo Márcio. **Interfaces entre Direito e Transnacionalidade**. Itajaí: UNIVALI, 2020.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **COVID-19 e a pretensão jurídica transnacional por transparência**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.15, n.1, 1º quadrimestre de 2020, p. 133. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

STELZER, Joana. Relações internacionais e corporações transacionais: um estudo de interdependência à luz da globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Coord.) **Relações internacionais e globalização: grandes**

desafios, p. 101. 2. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999.

UNCTAD, 2018. ***Rethinking Maritime Cabotage for Improved Connectivity***. Disponível em:
< <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1965> > Acesso em: 14 jul.
2020.

O PAPEL DO REGISTRADOR IMOBILIÁRIO NO ESFORÇO TRANSNACIONAL DE COMBATE À LAVAGEM DE CAPITAL³⁹

Lucas Paes Koch⁴⁰

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre o papel de controle que os registradores imobiliários brasileiros passaram a desempenhar no auxílio ao combate à lavagem de dinheiro em escala global após a edição do Provimento 88/2019 pelo Conselho Nacional de Justiça.

Especificamente, pretende-se analisar a importância da atuação do registrador imobiliário nos novos atributos de controle e transparência conferidos pelo legislador, que vão além dos atos inerentes aos assentos tabulares, constituindo um ambiente de *compliance* e colaboração com as autoridades públicas de maneira a potencializar os efeitos da publicidade registral e colocá-la de forma eficaz à serviço do Estado.

Atividade consolidada no cenário jurídico nacional, composta por profissionais especializados no trato com a propriedade imobiliária, as serventias registrais imobiliárias são guardiãs de informações revestidas de segurança jurídica e confiabilidade, uma vez que o título apontado para inscrição, previamente a seu assento tabular, submete-se a uma qualificação rigorosa, de tal sorte que os efeitos da publicidade sejam decorrentes de atos jurídicos que obedeçam às normas adjetivas e substantivas.

Em um plano transnacional de prevenção e combate à lavagem de capitais sua atuação é incentivada desde 2003, por intermédio das recomendações do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI), ocasião em que foram incluídos como profissionais sujeitos à implementação de programas contra à lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como incumbidos de comunicar à Unidade de Inteligência Financeira (UIF) transações suspeitas relacionadas a produtos de atividade criminosa ou ao

³⁹ Artigo produzido como trabalho final da disciplina Teoria Jurídica e Transnacionalidade, do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, ministrada pela Professora Doutora Heloíse Siqueira Garcia.

⁴⁰ Mestrando do Curso de Mestrado em Direito, Urbanismo e Meio Ambiente da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Notarial e Registral. Graduada em Direito pelo Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Interventor do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Laguna, Estado de Santa Catarina.

financiamento do terrorismo.

Como resposta normativa nacional, por intermédio da Lei 12.683/2012 foram inseridos no artigo 9º, XIII da Lei 9.613/1998 os registros públicos como sujeitos obrigados ao mecanismo de controle. Contudo, carecendo de regulamentação, os novos atributos só passaram a ser aplicados em fevereiro de 2020, após a entrada em vigor do Provimento 88/2019 do Conselho Nacional de Justiça.

Portanto, a questão que se debate é: a inclusão do registrador imobiliário como sujeito obrigado aos mecanismos de controle em um plano transnacional de prevenção e combate à lavagem de capitais e financiamento do terrorismo, bem como o compartilhamento de informações registrais com as autoridades públicas se demonstra eficiente para o fim a que se propõe?

Pretende-se considerar a resposta a esta indagação a partir da análise da legislação e doutrina.

Para desenvolvimento do tema utilizou-se como critério metodológico o método indutivo⁴¹ e como técnicas as da pesquisa bibliográfica⁴², da categoria⁴³ e do conceito operacional⁴⁴.

1. ESCALADA DA LAVAGEM DE DINHEIRO EM UM CENÁRIO TRANSNACIONAL

As associações criminosas se caracterizam na atualidade por suas elevadas complexidades a nível organizacional, que as transformam em autênticas empresas criminais, as quais passaram a adotar os modelos e estruturas da indústria e dos negócios. Pelo seu caráter muitas vezes transnacional, constituem verdadeiros complexos multinacionais do crime.⁴⁵

Com efeito, o crime organizado passou a ser concebido como ameaça comum a toda a comunidade internacional, que se encontrava fragmentada numa pluralidade de ordens jurídicas

⁴¹ O método indutivo caracteriza-se por pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-los de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 101.

⁴² A Pesquisa Bibliográfica trata-se da “técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas leis”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito, 2011, p. 207.

⁴³ A Categoria trata-se “[...] da 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. São Paulo: Conceito, 2011, p. 34.

⁴⁴ O Conceito Operacional consiste na “[...] 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**, p. 50.

⁴⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Criminalidad organizada y Mercados Ilegales**. San Sebastian: Eguzkilope, 1997, p. 216.

com princípios e regras próprias, voltadas ao enfrentamento dentro de suas fronteiras.⁴⁶ Nas palavras de Garcia:

[...] existem problemas que pertencem ao mesmo sistema funcional da sociedade mundial, que se reproduz com base no mesmo código lícito/ilícito. Implica na verificação de que o que antes era resolvido conforme normas de direito ordinário interno e tratados ratificados por Estados, transformou-se após a proliferação de ordens jurídicas e a emergência de casos jurídicos transnacionais (ou transterritorializados como menciona Neves) relevantes para diversas ordens jurídicas advindas da globalização, como, exemplo, os danos ambientais, as violações dos direitos humanos ou fundamentais, os efeitos do comércio e das finanças internacionais, e a criminalização transnacional.⁴⁷

Assim, da necessidade de aproximação dos sistemas jurídicos nacionais, bem como o enfrentamento de outros desafios associados ao fenômeno da globalização impulsionaram novas reflexões sobre a compreensão e organização da sociedade, conforme abordado por Cruz e Bodnar.

[...] a Sociedade em rede conectada e cada vez mais on line, formada a partir da “globalização” promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, 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. Como consequência, Beck indica o surgimento de uma faixa de ação própria das sociedades mundializadas. Isso pode ser percebido na relação dos estados nacionais com as empresas multinacionais, o que acaba vinculando um possível futuro Direito Transnacional. Essa previsão se justifica pela persecução da criminalidade transnacional, pelas possibilidades de realização de uma política cultural transnacional, pelas possibilidades de ação dos movimentos sociais transnacionais[...]⁴⁸

O combate à lavagem de dinheiro demanda uma ofensiva global harmoniosa, coordenada e célere, vocacionada a prevenção e repressão dessa modalidade delitiva organizada.

A legalização do dinheiro proveniente de práticas ilícitas capazes de gerar retornos econômicos é um efeito necessário e almejado pelo crime organizado, transpondo com frequência fronteiras políticas. Sua escalada global demanda uma resposta conjunta por todos os atores envolvidos, para que possa ser combatida com o vigor necessário, uma vez que o processo, iniciado na jurisdição da prática do crime-fonte, percorre um longo caminho até se encerra com o reingresso dos recursos no sistema econômico, revestido de uma aparente legalidade.⁴⁹

⁴⁶ CORRÊA, Luiz Maria Pio. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): Organizações Internacionais e Crime Transnacional**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal, 2013, p. 22-23.

⁴⁷ GARCIA, Heloise Siqueira. **Mecanismos transnacionais de combate à pobreza: uma possibilidade de análise a partir da solidariedade sustentável, da economia e da governança ambiental**. p. 354. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019.

⁴⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 32-33.

⁴⁹ DURRIEU, Roberto. **Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law**. Boston: Nijhoff Publishers,

O interesse pela “Globalização das Atividades de Lavagem de Dinheiro”⁵⁰ prosperou em função de uma série de vantagens que o transpasse dos limites nacionais proporciona, como: facilidades que a globalização oportuniza ao crime organizado para executar operações legais e ilegais em qualquer lugar do mundo de forma célere; desenvolvimento do livre comércio e dos sistema de comércio eletrônico que permitem operações comerciais rápidas e anônimas;⁵¹ possibilidade de fuga dos Estados que mantenham políticas públicas duras de controle à lavagem de dinheiro; vantagens obtidas com as dificuldades jurisdicionais enfrentadas no plano internacional no tocante a cooperação internacional e o compartilhamento de informações em países com sistemas penais e culturas administrativas diversas; benefício das deficiências técnicas de regulação internacionais e de suas aplicações.⁵²

Os elementos apontados revelam uma limitação global de integração dos mais variados sistemas jurídicos nacionais com os mecanismos de cooperação transnacionais postos, muito embora o aparato normativo internacional seja denso e fértil.

Constituindo um fenômeno jurídico-econômico de dinâmica evolutiva e transacional, a lavagem de capital se manteve à margem da atenção dos Estados por longo período⁵³. Seu combate é relativamente recente no cenário jurídico internacional, datando do final da década de setenta do século XX.⁵⁴

1.1 Regime Global

O primeiro país a criminalizar a prática da lavagem de capital foi a Itália, por força do Decreto-Lei 59, de 21 de março de 1978. A norma constituía uma resposta do Estado à comoção social gerada com o sequestro de Aldo Moro (considerado um dos mais influentes políticos italianos e apontado como o próximo presidente da Itália à época) pelos denominados Brigadas Vermelhas (de origens ideológicas ligadas ao marxismo-leninismo), o mais importante grupo armado italiano que objetivava desarticular o poder político estatal e promoviam uma série de

2013, p. 36.

⁵⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro, **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona, 1997, p. 55-56.

⁵¹ LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás Mendonza. **Delito de Lavado de Activos y Vinculación com el Crimen Organizado**. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás (Versão Eletrônica), ed. 35, 2018, p.21.

⁵² BLANCO CORDERO, Isidoro. **Criminalidad organizada y Mercados Ilegales**. San Sebastian: Eguzkilope, 1997, p. 223.

⁵³ DURRIEU, Roberto. **Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law**. Boston: Nijhoff Publishers, 2013, p. 45.

⁵⁴ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Criminalidad organizada y Mercados Ilegales**. San Sebastian: Eguzkilope, 1997, p. 229.

sequestros com finalidades econômicas⁵⁵.

Porém, foi após a tipificação pelos Estados Unidos da América⁵⁶, por intermédio da *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, a qual estabelecia rígidos mecanismos de combate ao narcotráfico visando privar os criminosos dos proveitos econômicos fruto de seus delitos, que se formou uma frente global de enfrentamento, acarretando no desenvolvimento de virtuosas normas internacionais.⁵⁷

A escalada da lavagem de dinheiro e a necessidade de criação de mecanismos de combate e prevenção dessa modalidade de crime em escala transnacional resultaram na elaboração de regras internacionais cogentes (tratados internacionais), bem como o desenvolvimento de recomendações internacionais não cogentes, igualmente observadas pelos Estado em face do vigor de suas bases técnicas e mecanismos de coerção indireta estabelecida pelos organismos internacionais.⁵⁸

No tocante às regras internacionais cogentes, as que mais se destacam foram as estabelecidas em três convenções das Nações Unidas: Convenção de Viena de 1988, Convenção de Palermo de 2000 e a Convenção de Mérida de 2003, as quais foram incorporadas formalmente ao ordenamento jurídico pátrio⁵⁹.

A Convenção de Viena de 1988 (promulgada pelo Decreto nº 154/1991) é considerada um marco internacional ao apresentar a primeira definição mundialmente aceita sobre o crime de lavagem de dinheiro, muito embora aplicada exclusivamente aos delitos relacionados ao tráfico de drogas⁶⁰. Como resultado prático, impôs aos Estados-signatários a obrigatoriedade de tipificação em suas legislações nacionais essa forma delitiva.

1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

[...]

⁵⁵ DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. 2006, p.72-73, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 07 de agost. 2020.

⁵⁶ FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. **El Delito Blanqueo de Capitales**. Colex Editorial Constitucion y Leyes, 1998, p. 52.

⁵⁷ MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p. 11-12.

⁵⁸ MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p. 9.

⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013, p.30.

⁶⁰ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Criminalidad organizada y Mercados Ilegales**. San Sebastian: Eguzkilope, 1997, p. 229.

ii) conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos;

ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão;⁶¹

Por sua vez, a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004), conhecida como Convenção de Palermo de 2000, elaborada na cidade de Palermo, Itália, no ano de 1999 e assinada em Nova Iorque, Estados Unidos da América, na Assembleia Geral do Milênio ocorrida em 2000, foi responsável por ampliar o combate à lavagem de dinheiro ao promover uma evolução da cooperação anteriormente estabelecida na Convenção de Viena, objetivando um enfrentamento mais eficaz do crime organizado transnacional, com especial enfoque aos crimes de corrupção e praticados por organizações criminosas. Apresenta como importante contribuição a figura da extradição, o estabelecimento de medidas de cooperação jurídica e a criação de Unidades de Inteligência Financeira – UIF pelos Estados-signatários.⁶²

1. Cada Estado Parte:

a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas;

b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.⁶³

⁶¹ BRASIL, Decreto 154/1991. **Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 07 de agost. 2020.

⁶² DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. 2006, p.145-146, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 07 de agost. 2020..

⁶³ BRASIL, Decreto 5.015/2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 07 de agost. 2020.

Por fim, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006), conhecida como Convenção de Mérida de 2003, ocupou-se de traçar medidas voltadas a prevenir, detectar e dissuadir com maior vigor as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente, bem como a promoção de uma cooperação transnacional voltado a sua recuperação, considerando a gravidade e as ameaças decorrentes da corrupção como financiadora de organizações criminosas infiltradas nas estruturas estatais, endossando a importância da criação de Unidades de Inteligência Financeira – UIF prevista na Convenção de Palermo.⁶⁴

1. Cada Estado Parte:

a) Estabelecerá um amplo regimento interno de regulamentação e supervisão dos bancos e das instituições financeiras não-bancárias, incluídas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem serviços oficiais ou oficiosos de transferência de dinheiro ou valores e, quando proceder, outros órgãos situados dentro de sua jurisdição que sejam particularmente suspeitos de utilização para a lavagem de dinheiro, a fim de prevenir e detectar todas as formas de lavagem de dinheiro, e em tal regimento há de se apoiar fortemente nos requisitos relativos à identificação do cliente e, quando proceder, do beneficiário final, ao estabelecimento de registros e à denúncia das transações suspeitas;

b) Garantirá, sem prejuízo à aplicação do Artigo 46 da presente Convenção, que as autoridades de administração, regulamentação e cumprimento da lei e demais autoridades encarregadas de combater a lavagem de dinheiro (incluídas, quando seja pertinente de acordo com a legislação interna, as autoridades judiciais) sejam capazes de cooperar e intercambiar informações nos âmbitos nacional e internacional, de conformidade com as condições prescritas na legislação interna e, a tal fim, considerará a possibilidade de estabelecer um departamento de inteligência financeira que sirva de centro nacional de recompilação, análise e difusão de informação sobre possíveis atividades de lavagem de dinheiro.

2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de efetivo e de títulos negociáveis pertinentes, sujeitos a salvaguardas que garantam a devida utilização da informação e sem restringir de modo algum a circulação de capitais lícitos. Essas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantidades elevadas de efetivos e de títulos negociáveis pertinentes.

3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas apropriadas e viáveis para exigir às instituições financeiras, incluídas as que remetem dinheiro, que:

a) Incluam nos formulários de transferência eletrônica de fundos e mensagens conexas informação exata e válida sobre o remetente;

b) Mantenham essa informação durante todo o ciclo de operação;

⁶⁴ DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. 2006, p.149, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 07 de agost. 2020.

c) Examinem de maneira mais minuciosa as transferências de fundos que não contenham informação completa sobre o remetente.⁶⁵

A constituição de unidades financeiras responsáveis por receber informações de atos jurídicos suspeitos dos mais variados atores públicos e privados com o objetivo de identificar a ilicitude de recursos financeiros demonstrou uma mudança de postura no combate à criminalidade ao priorizar a investigação dos benefícios econômicos do ilícito em detrimento do próprio ilícito.⁶⁶ Dentre os atores responsáveis por compor essa consistente cadeia de informações, estão os registradores imobiliários.

A construção de um regime global antilavagem de dinheiro parte dos tratados internacionais mas neles não se esgota. São integrados por inúmeras organizações internacionais e regionais, que por força de sua atuação e recomendação compõem uma densa rede de mecanismos vocacionadas a combater essa prática delitiva.⁶⁷

Essas organizações internacionais são resultado da percepção de que o combate à lavagem de capital é vão se aplicado apenas baseado em normas nacionais, um vez que “os criminosos procuram alguns países para efetuarem a “lavagem” de dinheiro, que são mais flexíveis em termos normativos, e muitas vezes, nem possuem leis, onde não há muito controle, facilitando, desta maneira, a atividade do crime.”⁶⁸

Da ideia concebida de que a lavagem de capitais deve se fundar em um esforço internacional mútuo que surgiram atores internacionais, tanto privados quanto intergovernamentais, voltados ao combate e estudo dessa prática. Dentre, destacam-se: Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI); Comitê de Supervisão Bancária da Basiléia; Grupo Egmont; Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL); Banco Mundial; Fundo Monetário Internacional (FMI), dentre outros.⁶⁹

Dentre os organismos, o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o

⁶⁵ BRASIL, Decreto 5.687/2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 07 agot. 2020.

⁶⁶ MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p. 9.

⁶⁷ DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. 2006, p.156-157, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 07 de agost. 2020.

⁶⁸ BIJOS, Leila; ALMEIDA, Marcio José de Magalhães. **A globalização e a “lavagem” de dinheiro: medidas internacionais de combate ao delito e reflexos no Brasil**. Brasília: Revista CEJ, ano XIX, n. 65, 2015, p. 89.

⁶⁹ MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p. 20-22.

Financiamento do Terrorismo (GAFI) é o que mais vem se notabiliza. Sua criação está associada ao objetivo específico de desenvolver, examinar e promover políticas públicas voltadas ao crime de lavagem de dinheiro, conduzindo a um aperfeiçoamento legislativo constante.⁷⁰

Constituído em 1989, atualmente é composto por 37 membros, dentre eles o Brasil (admitido em 2000), e 2 organizações regionais⁷¹. Para cumprir seu objetivo editou inicialmente 40 Recomendações, estabelecendo padrões internacionais a serem adotados pelos países no trato com a lavagem de dinheiro, as quais passaram por três importantes revisões nos anos de 1996, 2003 e 2012.⁷²

Dentre as recomendações, a criação de uma Unidade de Inteligência Financeira se demonstra peça central sob a qual gravitam os relatórios de operações suspeitas.

29. Unidades de Inteligência Financeira*

Os países deveriam estabelecer uma unidade de inteligência financeira (UIF) que sirva como um centro nacional de recebimento e análise de: (a) comunicações de operações suspeitas; e (b) outras informações relevantes sobre lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, e de disseminação dos resultados de tal análise. A UIF deveria ser capaz de obter informações adicionais das entidades comunicantes e ter acesso rápido a informações financeiras, administrativas e de investigação que necessite para desempenhar suas funções adequadamente.⁷³

Com efeito, pode-se constatar que a estrutura do combate à lavagem de dinheiro por intermédio da GAFI se sustenta em dois pilares centrais, sendo o primeiro a constituição e manutenção de uma Unidade de Inteligência Financeira (UIF) e segunda a realização de comunicação e alimentação das informações dessa unidade por pessoas obrigadas, uma vez que a ausência de dados daquela resultaria em uma organização estéril.⁷⁴

1.2 Regime Nacional

Ao integrar o grupo de nações que aderiram à Convenção de Viena contra o tráfico de drogas no ano de 1988, e ao incorporá-la no cenário jurídico nacional por intermédio da

⁷⁰ BIJOS, Leila; ALMEIDA, Marcio José de Magalhães. **A globalização e a “lavagem” de dinheiro: medidas internacionais de combate ao delito e reflexos no Brasil**. Brasília: Revista CEJ, ano XIX, n. 65, 2015, p. 895

⁷¹ FATF. **Which jurisdictions are members of the FATF?**, 2020. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/faq/membercountriesandobservers/#d.en.11224>> Acesso em: 07 agost. 2020.

⁷² MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p. 23.

⁷³ GAFI -Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo. **As recomendações do GAFI**. Fev. 2012, p. 32. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>, Acesso em: 07 de agost. 2020.

⁷⁴ MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p. 29.

promulgação do Decreto 154, de 26 de junho de 1991, o Brasil deu um importante passo no combate e criminalização da lavagem de capitais ao se obrigar juridicamente a tipificá-la.

Contudo, a ratificação da Convenção não produziu efeitos jurídicos imediatos, uma vez que carecia de norma dedicada à matéria para que ingressasse efetivamente no sistema global de prevenção e combate à lavagem de capitais.

Apenas no ano de 1998, por intermédio da Lei 9.613 (Lei de Lavagem de Dinheiro), após passar por um constrangimento internacional em face de sua inércia, foi que o país seguiu os passos das orientações internacionais e observou o regime global de proibição por intermédio de uma legislação mais rígida do que a própria Convenção de Viena, na esteira da revisão das Recomendações do GAFI, datadas de 1996.⁷⁵

Como resultado, foi criada uma estrutura de sustentação, incumbida de auxiliar no combate eficiente e eficaz à lavagem de dinheiro, conforme constou na própria exposição de motivos do projeto de Lei 2.688/1996, que dois anos mais tarde resultaria na Lei de Lavagem de Dinheiro.

81. [...] o projeto, tendo presente o fato de que a lavagem de dinheiro é o complemento de toda prática delituosa e de que essa operação só é possível com o trânsito desses recursos pelos setores regulares da economia, estrutura um regime administrativo de combate a essa operação ilícita, cujos pilares de sustentação podem ser resumidos em dois: a) fixação de procedimentos que dificultem o encobrimento da origem dos recursos e facilitem o trabalho de investigação; b) criação de um órgão especializado para investigar a prática de operações de lavagem.⁷⁶

A inauguração de um amplo e complexo sistema de cooperação e transmissão de informações a um órgão central brasileiro, constituído pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, alimentado pelos mais diversos setores da economia integrantes da esfera pública e privada foi um marco normativo e uma resposta às críticas internacionais.

A nova norma não instituiu apenas medidas facilitadoras do procedimento investigatório, mas definiu igualmente os sujeitos, suas respectivas obrigações, assim como as sanções a que estariam submetidos em caso de não cumprimento.⁷⁷

Criado no âmbito do Ministério da Fazenda, o COAF surgiu com a finalidade de “disciplinar,

⁷⁵ MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p. 38.

⁷⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Exposição de motivos n. 692 da Lei 9.613, de 1998**. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf>>. Acesso em: 07 agost. 2020.

⁷⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. **Exposição de motivos n. 692 da Lei 9.613, de 1998**. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf>>. Acesso em: 07 agost. 2020

aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas”⁷⁸ previstas na Lei de Crime de Lavagem de Dinheiro, sendo o órgão encarregado de elaborar relatórios anuais com o resultado de suas ações no combate à lavagem de dinheiro e de representar o Brasil em foros e grupos internacionais, cooperando com o GAFI, GAFISUD, CICAD/OEA, Grupo Egmont, entre outras entidades.⁷⁹

Órgão central nacional de todo o sistema de combate ao crime de lavagem de capitais, administra as transações suspeitas recebidas por intermédio de relatórios provenientes dos setores regulados, financeiros e não financeiros, de tal modo a processá-los, analisá-los, e transformá-los em informações capazes de proteger o sistema econômico das práticas ilícitas, auxiliando em investigações no âmbito administrativo e criminal e instruindo processos judiciais.⁸⁰

O esforço em se enquadrar às recomendações internacionais foi reconhecido pelo GAFI, quando avaliou que o país constituiu um sistema de prevenção e combate à lavagem de dinheiro estruturado na Lei 9.613/1998 e que a lei criminaliza a lavagem de dinheiro e adota as principais medidas preventivas, resultando na criação de uma unidade de inteligência financeira, assegurando medidas de congelamento e confisco, possibilitando uma cooperação internacional ampla.⁸¹

2. O REGISTRADOR IMOBILIÁRIO COMO NOVO ATOR NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

O registrador imobiliário, ao desempenhar o importante papel de guardião jurídico da propriedade privada, bem como garantidor mediato das liberdades concretas do povo, inclusive frente ao Estado, exerce uma função social essencialmente vocacionada à segurança jurídica, denominada por Monasterio Galli como Magistratura da Paz Social⁸².

Por intermédio deste relevante predicado, tem o poder de conduzir e tutelar ao ordenamento jurídico recursos mais eficientes e eficazes que a magistratura judicial, uma vez que

⁷⁸ BRASIL. Lei 9.613/1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 07 agost. 2020.

⁷⁹ DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso.** 2006, p. 176, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 07 de agost. 2020.

⁸⁰ CORRÊA, Luiz Maria Pio. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): Organizações Internacionais e Crime Transnacional.** Brasília: Gráfica e Editora Ideal, 2013, p. 42.

⁸¹ CORRÊA, Luiz Maria Pio. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): Organizações Internacionais e Crime Transnacional.** Brasília: Gráfica e Editora Ideal, 2013, p.189.

⁸² DIP, Ricardo. **Sobre a função social do Registro de Imóveis.** Disponível em: <<https://arisp.files.wordpress.com/2008/06/006-dip-funcao-social-do-registrador.pdf>> Acesso em: 07 de agost. 2020.

possui a oportunidade de aplicar as leis e a administração da justiça no cotidiano da vida do Direito, ou seja, no momento em que as relações se operam, em tempo de ajustá-las e mantê-las constituídas. Para tanto, ao desempenhar sua missão, conta com meios que não o dispõe o judicial, podendo convaler relações viciadas e infortunadas.⁸³

A prevenção jurídica e o controle sobre o tráfego imobiliário são elementos importantes e eficientes na outorga da segurança jurídica aos indivíduos e ao Estado. Conforme o direito evolui e as relações nacionais e transnacionais se intensificam, ganham notoriedade, ao passo que o registrador, ao exercer sua função qualificadora e franquear acesso e cognoscibilidade coletiva aos atos afetos ao imóvel, figura como um preventor jurídico por definição.

Prospera em nosso cenário jurídico a ideia de que ao registrador igualmente incumbe a tarefa de auxiliar no desenvolvimento urbanístico, social, ambiental e de controle, por intermédio de seus múltiplos atributos. A ampliação de sua atuação como sujeito obrigado ao mecanismo de controle prevista na recomendação 23 do GAFI e art. 9º, Parágrafo Único, XIII da Lei 9.613/1998, ratifica a importância de seu papel como atividade moderadora social.

Nos pensamentos de Miguel Ayuso⁸⁴, extraídos da obra *Las murallas de la ciudad: temas del pensamiento tradicional hispano*, o filósofo político espanhol retrata a defesa da comunidade humano em confronto com os que a querem destruir. A muralha não só representa o aspecto físico, mas exerce igualmente outras funções, como social, econômica, militar, mostrando-se necessária para o homem, para a família, para a sociedade, uma vez que toda morada está ameaçada e necessita de proteção.

Advertências nesse sentido foram proferidas por Saint-Exupéry em sua obra *Cidadela*.

[...] que el hombre es en todo semejante a la ciudadela. Destruye los muros para asegurarse la libertad; pero ya es sólo una fortaleza desmantelada, y abierta a las estrellas. Entonces comienza la angustia de no ser. Que haga su verdad del olor del sarmiento que se enrama o de la oveja que debe esquivar. La verdad se cava como un pozo.⁸⁵

Em tempos de novos rumos o compromisso dos registradores com o bem comum prevalece, mantendo as muralhas espiritualizadas erigidas. A magistratura registral supera as fronteiras da mera utilidade econômica da publicidade jurídica e revitaliza-se como uma consciência social que através de seus fólios conserva e efetiva, com a observância de seus

⁸³ CASTÁN TOBAÑES, José. **Función Notarial y Elaboración Notarial des Derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1946, p. 141.

⁸⁴ AYUSO, Miguel. **Las Murallas de la Ciudad: Temas del Pensamiento Tradicional Hispano**. Buenos Aires: Ethos, 2011, p. 239.

⁸⁵ SAINT-EXUPÉRY, Antoine. **Cidadela**. Traduzido por Hellen Ferro. Barcelona: Alba, 2017, p. 8.

princípios basilares, a publicidade jurídica e concretiza a paz social.

Hodiernamente, ao fôlio real compete a função substituinte das antigas muralhas, que guardavam as propriedades privadas e protegiam as cidades. Além, é fonte de colheita e expressão máxima da consciência individual e política da territorialidade, constituindo não apenas um símbolo, mas forma de efetivação progressiva das demarcações possessórias e dominiais, proporcionando a paz comunitária.⁸⁶

Seus objetivos são atingidos haja vista ter desenvolvido meios que possibilitam uma difusão coletiva das informações armazenadas. Na era do conhecimento, das novas tecnologias, em tempos em que o dinamismo nas relações vigora, supre a necessidade de se ter acesso a informações precisas, objetivas e fidedignas. Porém, possui disposição para ir além do que inicialmente se propõe, sua tábua registral comporta assentos por muitos ignorados, capazes de potencializar a vigilância sobre os crimes mascarados pelo fluxo imobiliário.

Nas lições de Balbino filho, a publicidade de informações seguras é a alma do registro de imóveis, por seu intermédio que o legislador oportuniza ao povo o conhecimento de tudo que lhe interessa, envolvendo determinados atos, deixando-o a par de todo o movimento de pessoas e bens.⁸⁷

Por meio da publicidade, dá-se conhecimento coletivo a um fato. Especificamente aos direitos reais, é essencial seu conhecimento por terceiros, para que operem todos os seus efeitos. Desta feita, a publicidade jurídica consiste em franquear acesso a determinadas informações por quem a ela demonstrar interesse.

No se puede alegar ignorancia, aunque el conocimiento no haya tenido lugar, ya que existe, en todo caso, la posibilidad de conocer el contenido del Registro. Esta cognoscibilidad o posibilidad de conocer se dirige fundamentalmente a terceros. Esto se explica porque las situaciones jurídicas objeto de publicidad son situaciones de transcendencia real, es decir, erga omnes, y si esto es así, ha de existir esa posibilidad de conocimiento por parte de todos aquellos a quienes puede afectar el derecho real.⁸⁸

O ofício imobiliário retrata fatos do cotidiano das relações jurídicas, constituindo uma necessidade de todos os tempos, sendo que suas informações interessam diretamente a integralidade da sociedade, tendo em vista que por seu intermédio são possíveis serem comprovados fatos com as mais variadas naturezas e objetivos. Seu feito mais imediato está em

⁸⁶ DIP, Ricardo. **Registro de Imóveis: princípios**. Tomo III. São Paulo: Editorial Lepando, 2019, p. 189.

⁸⁷ BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

⁸⁸ GARCIA GARCIA, Jose Manuel. **Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1988, p. 44.

tutelar todos os fatos que lhe são inscritos, conservando informações.

En sentido restringido, el vocablo “registro” es usado para señalar o referir a la oficina en donde se hacen constar debidamente ciertos hechos o acontecimientos que, voluntaria o involuntariamente, acaecen en la vida diaria de relación, y que producen, como resultado, la adquisición, modificación, permutación o extinción de derechos y obligaciones.⁸⁹

A sociedade se desenvolve quando as barreiras do que está obscuro se rompem e o direito à informação prospera. É dever do Estado, em observância ao princípio da informação, eliminar os segredos públicos e conduzir ao conhecimento coletivo o que lhe é afeto.

O dito popular “informação é poder” não é vão e adequa-se perfeitamente ao pensamento social voltado a preservação das instituições e combate às ilicitudes, pois quem conhece sabe das virtudes, debilidades, fortalezas e possui uma referência para o desenvolvimento de seus pontos vulneráveis.

Contudo, muito embora seja secular, a riqueza de informações sob a guarda desse magistrado da paz social por muito foi ignorada pelo próprio Estado, que de maneira míope a subutilizou.

No âmbito do combate à lavagem de dinheiro, sua atuação foi estabelecida somente no ano de 2003, uma vez que a primeira versão das Recomendações do GAFI, datadas de 1990, vocacionava-se a coleta de dados apenas do sistema financeiro.

Com o desenvolvimento dos tratados e normas internacionais e o aprimoramento das técnicas de enfrentamento à lavagem de capital, impulsionada por organismos públicos e privados, sentiu-se a necessidade da participação e integração de outros atores nessa complexa engrenagem.⁹⁰

Neste diapasão, por força da segunda revisão a que foram submetidas as Recomendações do GAFI, inseriu-se no cenário internacional a participação dos profissionais envolvidos nas operações de venda e compra de imóveis.

Atividades e Profissões Não-Financeiras Designadas (APNFDs)

22. APNFDs: devida diligência acerca do cliente

As obrigações de devida diligência acerca do cliente e manutenção de registros estabelecidas nas Recomendações 10, 11 12, 15 e 17 se aplicam às atividades e profissões não-financeiras designadas (APNFDs) nas seguintes situações:

⁸⁹ NERY, Argentino. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 6. v. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 1.

⁹⁰ MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018, p. 70.

[...]

(d) Advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores – quando prepararem ou realizarem transações para seus clientes relacionadas às seguintes atividades: Compra e venda de imóveis; Gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; Gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; Organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; Criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais.⁹¹

Muito embora a recomendação do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro tenha sugerido a participação do registrador imobiliário como pessoa obrigada a compartilhar as informações atinentes ao tráfego imobiliário, a redação da Lei 9.613/1998 manteve-se omissa até o ano de 2012, quando por intermédio da Lei 12.683 foi ampliado consideravelmente o rol do artigo 9º.

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

[...]

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;⁹²

Contudo, apenas por intermédio do Provimento 88/2019 do Conselho Nacional de Justiça que finalmente se estabeleceram diretrizes para a integração das informações registrais em prol do combate à lavagem de dinheiro, inaugurando assim um importante protocolo de prevenção institucionalizado no âmbito das serventias, instaurando uma política de prevenção e combate à lavagem de dinheiro, que consiste no levantamento e cadastro dos dados dos usuários do serviço e o registro das informações sobre as transações realizadas.⁹³

Essa política de prevenção à lavagem de dinheiro deve ser adotada internamente nas serventias de forma compatível com o volume de operações realizadas mas observando um procedimento mínimo de controle, conforme estabelecido no art. 7º do Provimento 88/2019 do Conselho Nacional de Justiça:

I - realização de diligência razoável para a qualificação dos clientes, beneficiários finais e demais envolvidos nas operações que realizarem; II - obtenção de informações sobre o propósito e a natureza da relação de negócios; III - identificação de operações ou propostas de operações

⁹¹ GAFI -Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo. **As recomendações do GAFI**. Fev. 2012, p. 32. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>, Acesso em: 07 de agost. 2020.

⁹² BRASIL. Lei 9.613/1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 07 agost. 2020.

⁹³ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. v.5. Tomo I. São Paulo: YK Editora, 2020, p. 558-559.

suspeitas ou de comunicação obrigatória; IV - mitigação dos riscos de que novos produtos, serviços e tecnologias possam ser utilizados para a lavagem de dinheiro e para o financiamento do terrorismo; e V - verificação periódica da eficácia da política e dos procedimentos e controles internos adotados. § 1º A política tratada neste artigo deve ser formalizada expressamente por notários e registradores, abrangendo, também, procedimentos para: I - treinamento dos notários, dos registradores, oficiais de cumprimento e empregados contratados; II - disseminação do seu conteúdo ao quadro de pessoal por processos institucionalizados de caráter contínuo; III - monitoramento das atividades desenvolvidas pelos empregados; e IV - prevenção de conflitos entre os interesses comerciais/empresariais e os mecanismos de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.⁹⁴

Com efeito, o Conselho Nacional de Justiça conferiu ao registrador a competência para avaliar a suspeição nas operações ou propostas de operações dos usuários do serviço, dispensando especial atenção àquelas incomuns ou suspeitas por suas próprias características, seja no tocante a partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade de instrumentos utilizados ou ausência de lastro econômico ou legal, e que possuam indícios de crime de lavagem de dinheiro.⁹⁵

Muito embora confira a responsabilidade de avaliação das transações suspeitas, o Provimento 88 não deixou inteiramente a critério do registrador a avaliação das suspeições. Objetivando facilitar e uniformizar essa avaliação, forneceu uma série de indicadores de suspeição para a realização da comunicação à UIF.⁹⁶

Assim, em se verificando a suspeita sobre a operação, o registrador tem o dever de realizar a comunicação à Unidade de Inteligência Financeira – UIF por intermédio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras – Siscoaf.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou analisar a inclusão do registrador imobiliário como sujeito obrigado aos mecanismos de controle em um plano transnacional de prevenção e combate à lavagem de capitais, bem como a eficiência do compartilhamento das informações registrais com as autoridades públicas.

⁹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento 88, de 1º de outubro 2019**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Provimento-n.-88.pdf>>. Acesso em: 07 agost. 2020.

⁹⁵ BRASIL. Lei 9.613/1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 07 agost. 2020.

⁹⁶ KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. v.5. Tomo I. São Paulo: YK Editora, 2020, p. 561.

Os assentos matriciais geram expressiva segurança jurídica nas transações imobiliárias, atingindo relevâncias nas esferas econômicas e sociais. Ao delegado da função registral imobiliária, a quem o estado atribui o ofício da tutela dessas informações, cabe a observância das normas e princípios, garantindo a segurança no tráfico imobiliário e a prevenção de litígios, através da adequada qualificação dos títulos aportados.

Todo esse complexo sistema de registro, com frentes múltiplas, visa assegurar o fundamental direito à propriedade. Na tábua real é onde se centralizam e devem se concentrar as informações pertinentes aos imóveis e titulares dos direitos reais que sobre ele se fundamentam, propiciando tranquilidade para seus detentores.

A propriedade imobiliária não é apenas uma instituição jurídica, é o objeto cujas forças do registro imobiliário são despendidas. É por ela, e para ela, que se constitui toda uma complexa cadeia de atos e procedimentos, visando garantir a quem as detém por direito, o repouso da segurança jurídica.

Contudo, os atos jurídicos que envolvem o tráfico imobiliário podem estar revestidos de uma falsa legalidade voltada a encobrir atividades criminosas. Assim, vocacionada à segurança jurídica e a redução de litígios, o registrador imobiliário demonstra ser um profissional capacitado para absorver os anseios da propagação da informação seguras e auxiliar o Estado em múltiplas frentes.

Em um cenário dinâmico, em que a precisão e objetividade das informações é fundamental, está apto a responder por um chamado transnacional vocacionado ao enfrentamento e combate ao crime de lavagem de dinheiro.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AYUSO, Miguel. **Las Murallas de la Ciudad:** Temas del Pensamiento Tradicional Hispano. Buenos Aires: Ethos, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

BALBINO FILHO. Nicolau. **Registro de imóveis.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BIJOS, Leila; ALMEIDA, Marcio José de Magalhães. **A globalização e a “lavagem” de dinheiro: medidas internacionais de combate ao delito e reflexos no Brasil.** Brasília: Revista CEJ, ano XIX, n. 65, 2015.

BIJOS, Leila; ALMEIDA, Marcio José de Magalhães. **A globalização e a “lavagem” de dinheiro: medidas internacionais de combate ao delito e reflexos no Brasil**. Brasília: Revista CEJ, ano XIX, n. 65, 2015.

BLANCO CORDERO, Isidoro, **El delito de blanqueo de capitales**. Pamplona, 1997.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **Criminalidad organizada y Mercados Ilegales**. San Sebastian: Eguzkilope, 1997.

BRASIL, Decreto 154/1991. **Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 07 de agost. 2020.

BRASIL, Decreto 5.015/2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 07 agost. 2020.

BRASIL, Decreto 5.687/2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 07 agot. 2020.

BRASIL. Lei 9.613/1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613.htm>. Acesso em: 07 agost. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Exposição de motivos n. 692 da Lei 9.613, de 1998**. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf>>. Acesso em: 07 agost. 2020.

CASTÁN TOBAÑES, José. **Función Notarial y Elaboración Notarial des Derecho**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1946.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento 88, de 1º de outubro 2019**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/10/Provimento-n.-88.pdf>>. Acesso em: 07 agost. 2020.

CORRÊA, Luiz Maria Pio. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): Organizações Internacionais e Crime Transnacional**. Brasília: Gráfica e Editora Ideal, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso**. 2006, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 07 de agost. 2020.

DIP, Ricardo. **Registro de Imóveis: princípios**. Tomo III. São Paulo: Editorial Lepando, 2019.

DIP, Ricardo. **Sobre a função social do Registro de Imóveis**. Disponível em: <https://arisp.files.wordpress.com/2008/06/006-dip-funcao-social-do-registrador.pdf> Acesso em: 07 de agost. 2020.

DURRIEU, Roberto. **Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law**. Boston: Nijhoff Publishers, 2013.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. **El Delito Blanqueo de Capitales**. Colex Editorial Constitucion y Leyes, 1998.

FATF. **Which jurisdictions are members of the FATF?**, 2020. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/faq/membercountriesandobservers/#d.en.11224> Acesso em: 07 agost. 2020.

GAFI -Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento ao Terrorismo. **As recomendações do GAFI**. Fev. 2012, p. 32. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>, Acesso em: 07 de agost. 2020.

GARCIA GARCIA, Jose Manuel. **Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario**. Tomo I. Madrid: Civitas, 1988.

GARCIA, Heloise Siqueira. **Mecanismos transnacionais de combate à pobreza: uma possibilidade de análise a partir da solidariedade sustentável, da economia e da governança ambiental**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2019.

KÜMPEL, Vitor Frederico; FERRARI, Carla Modina. **Tratado Notarial e Registral**. v.5. Tomo I. São Paulo: YK Editora, 2020.

LLAMACPONCCA, Fidel Nicolás Mendonza. **Delito de Lavado de Activos y Vinculación com el Crimen Organizado**. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás (Versão Eletrônica), ed. 35, 2018.

MIRON, Rafael Brum. **Notários e Registradores no combate à Lavagem de Dinheiro**. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2018.

NERY, Argentino. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 6. v. Buenos Aires: Depalma, 1980.

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

SAINT-EXUPERY, Antoine. **Ciudadela**. Traduzido por Hellen Ferro. Barcelona: Alba, 2017.

ILUMINISMO ÀS AVESSAS: O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 142 NO CORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988¹

Thiago Aguiar de Pádua²

Airto Chaves Junior³

INTRODUÇÃO

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre um dos principais problemas da democracia constitucional brasileira. Ressalte-se que o Partido Democrático Trabalhista ajuizou ação constitucional, por meio da ADI nº. 6.457, em petição elaborada pelo jurista Lucas de Castro Rivas, porque havia, mais uma vez, um terrível fantasma político rondando nossa arena constitucional.

Em sua petição, com base na excessiva discricionariedade política brasileira e no pano de fundo de nossa tragédia histórica de desrespeito à democracia, aliada à necessidade de limitar os poderes e privilégios do presidente, mencionou-se:

É um grande perigo mesmo para democracias de longa duração. Nos Estados Unidos, esse tipo de amplitude conceitual da autoridade do presidente sobre as Forças Armadas - lá, comandante-em-chefe - serviu de subterfúgio legal para reter até a lei criminal, apoiando graves violações de direitos humanos, campos de concentração para japoneses até, mais recentemente, tortura.

O referido caso em julgamento tratava exatamente da interpretação do extremamente problemático artigo 142 da Constituição de 1988. Este estudo analisa esse dispositivo constitucional e busca refletir sobre sua historicidade para apontar problemas mais complexos de sua vigência.

Os militares e as Forças Armadas Brasileiras, há muito, consideram-se “guardiões iluminados” quando, na verdade, são os responsáveis pela destruição da nossa cultura constitucional, sempre, de fato, a partir de uma preocupante interpretação do que hoje está

¹ Parte deste trabalho é baseado em texto elaborado para o Parecer Jurídico denominado “Parecer Aberto aos Brasileiros”, que trata da temática contida no 142 da CRFB/88. Trata-se, ainda assim, de pesquisa inédita.

² Professor do programa de pós-graduação Stricto Sensu em Direito (Mestrado em Direito - UDF). Doutor, Mestre e Bacharel em Direito. Ex-assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor do curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC). Advogado. E-mail: thiago.padua@udf.edu.br

³ Professor do programa de pós-graduação Stricto Sensu Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Cursos de Mestrado e Doutorado); Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNIVALI. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Advogado. E-mail: oduno@hotmail.com

inserido justamente no artigo 142 da Constituição de 1988.

A pesquisa reflete, a partir do método indutivo subsidiado pela pesquisa bibliográfica, a fragilidade da cultura democrática brasileira e o visível desrespeito às regras do jogo no cerne do constitucionalismo.

1. O CONTEXTO: DA FRAGILIDADE DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

A demonstração razoável da fragilidade de nossa democracia constitucional se encontra no fato de que se verificam muitas rupturas e poucos períodos de normalidade, e nem períodos alinhados aquilo que se entende por Democracia.

O momento atual, ao final deste primeiro quarto do século XXI, já em 2020, leva a fazer algumas reflexões que demandam mais do que preocupações abstratas. Datado de 2001 e, portanto, precisando ser muito pouco complementado, observam-se argutas reflexões históricas do cientista político Octaciano Nogueira⁴:

O Brasil, do descobrimento à independência, viveu trezentos e vinte e dois anos sem democracia, sem voto e sem Parlamento, embora não lhe faltassem muitos e variados governos. Depois de 1822, passamos a ter voto, Parlamento e governo, mas não chegamos a ter democracia, tal como a conhecemos hoje, pelo menos até 1934. Somados, são quatrocentos e trinta e quatro de nossos mal celebrados quinhentos anos. Um sinal de como é nova e precária a democracia entre nós. Nesses sessenta e sete anos [em 2020, 86]⁵, mal começamos a construí-la, e ainda não acabamos de aprimorá-la. Nem todos foram anos de democracia: vinte e oito deles foram de ditaduras, civil, de 1937 a 1945, e militar, de 1964 a 1984. O Congresso foi dissolvido duas vezes, em 1930 e em 1937, e fechado temporariamente em três ocasiões: 1966 (ato complementar 23), 1968-69 (ato complementar 38) e 1977 (ato complementar 102). A dissolução dos partidos ocorreu três vezes, em 1930, 1937 e 1965. Dos vinte e dois presidentes que ocuparam a presidência, de 1926 até 2003, só três, com exceção dos generais da ditadura, concluíram seus mandatos: Dutra, Juscelino e Fernando Henrique Cardoso, que será o primeiro, em todo o período, a receber a faixa de seu antecessor escolhido por eleição direta e passa-la a um sucessor investido das mesmas condições. Entre esses vinte e dois governantes, houve um suicídio e duas renúncias. Quatro foram depostos, um morreu durante o mandato e outro, antes da posse. Tivemos uma revolução, quatro golpes de Estado, quatro tentativas de golpe e três rebeliões. Entre os generais da ditadura militar, nenhum exerceu um mandato com a mesma duração dos demais. Costa e Silva permaneceu no poder dois anos, Castelo, três, Médici, quatro, Geisel, cinco e Figueiredo, seis.

Ou seja, trata-se de uma democracia extremamente fragilizada, com tradição de hipertrofia do Poder Executivo, com diversos golpes de Estado, fechamento do Congresso Nacional,

⁴ Conforme: NOGUEIRA, Octaciano. **A Democracia que Terminou em Tragédia** (prólogo), In: A Constituinte de 1946. Getúlio, o Sujeito Oculto. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. xiii-xiv.

⁵ Informação de atualização, sem o destaque e nem constante do original.

dissolução das instituições, afastamento de servidores públicos e até mesmo de Ministros do Supremo Tribunal Federal em 3 períodos distintos (1864, 1931 e 1968), num total de 15 juízes afastados. E isso tudo torna mais do que reprováveis quaisquer apologias a rupturas institucionais, celebração de golpes de Estado e manifestações que reivindicam o fechamento do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional.

A instalação da Constituinte, em fevereiro de 1987, e sua finalização em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, representa um relevante marco histórico, para além de suas duas “certidões de nascimento” (o discurso de José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal na abertura da constituinte, bem como o discurso de Ulysses Guimarães, deputado e presidente da Assembleia Nacional Constituinte).

Enquanto Moreira Alves dizia, em 1987, que a constituição a ser elaborada era um instrumento, mas que não poderia matar a fome e a sede das pessoas, e que deveria cuidar de implementar mecanismos de superação das crises (política, econômica e social), Ulysses Guimarães repudiava a ditadura, chamando a Constituição que estava nascendo de Constituição cidadã, que surgia para implementar a cidadania dos brasileiros.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, longe da perfeição almejada, ou do pragmatismo esperado, espelha os defeitos e as virtudes humanas dentro de uma verdadeira aura de humanismo (fraternidade) que representa sua alma, decorrente da necessidade de convivência pacífica, humanista e harmônica. Longe dos polos e dos extremos que caracterizam a mera política, revela-se aqui a clara mensagem perceptível desde o Preâmbulo até o último dos artigos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Democracia e República, dignidade de todos, sem distinção de qualquer natureza.

Para cada problema possível, uma resposta dentro dos estritos marcos do concretizado sonho constitucional. Para cada resposta não prevista, a confissão de sua incompletude, numa mensagem de humildade, presente na admissão de sua própria mudança por meio do mecanismo da Emenda Constitucional, balizada pelas limitações materiais, formais e circunstanciais.

A Constituição de 1988 não é um pacto suicida, senão o mais humano dos pactos civilizatórios. Ela também não é um caminhão desgovernado e sem freio que transida numa ladeira íngreme molhada e perigosa, senão um sóbrio e complexo normativo que fornece as balizas para o governo reto e para evitar o desgoverno.

Também não criou uma Federação Republicana, e sim uma República Federativa, quando a ordem dos fatores muda totalmente o resultado, num contexto que decorre da prévia experiência constitucional brasileira.

2. DA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DE 1891 ATÉ 1988

No que se refere ao art. 142 da atual Constituição Federal de 1988, observa-se que ele é absolutamente relevante. Trata-se da necessidade de refletir sobre questão relacionada à tradição constitucional brasileira desde 1891 até se chegar à abertura tutelada de poder (lenta, segura e gradual) em 1988, período em que se acorda depara com o pesadelo ditatorial.

Neste sentido, é preciso se percorrer as Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 (e Emenda n. 1/69), antes de se ingressar no atual ciclo constituinte, a se iniciar em fevereiro de 1987 e terminar em 5 de outubro de 1988 que, por sua vez, envolve o Anteprojeto Afonso Arinos, bem como o art. 192 do Substitutivo 1 (26/8/1987), o art. 160 do Substitutivo 2 (18/9/1987), o art. 167 do Projeto A (24/11/1987), o art. 148 do Projeto B (5/7/1988), e do art. 142 do Projeto C (15/9/1988) e da redação final na Comissão de Sistematização. Importa, neste ponto, verificar as diversas formas jurídicas, como gênese possível, e dos antecedentes remotos da pretensão de normatividade do art. 142 da CRFB/1988 nas Constituições de 1891⁶, 1934⁷, 1937⁸, 1946⁹, 1967¹⁰, na Emenda nº 1/69¹¹, e na Constituinte e Constituição de 1988 (Anteprojeto Affonso Arinos¹²;

⁶ Art. 14 - As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior. A força armada é essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos e obrigada a sustentar as instituições constitucionais. Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si. (...).

⁷ Art. 162 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, e, dentro da lei, essencialmente obedientes aos seus superiores hierárquicos. Destinam-se a defender a Pátria e garantir os Poderes constitucionais, e, ordem e a lei. (...).

⁸ Art. 161 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República. (...).

⁹ Art. 176 - As forças armadas, constituídas essencialmente pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei. Art. 177 - Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem. (...).

¹⁰ Art. 92 - As forças armadas, constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei. § 1º - Destinam-se as forças armadas a defender a Pátria e a garantir os Poderes constituídos, a lei e a ordem. (...).

¹¹ Art. 90. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei. Art. 91. As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, destinam-se à defesa da Pátria e à garantia dos poderes constituídos, da lei e da ordem. (...).

¹² Art. 413 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas na forma da lei, com base na hierarquia e na disciplina, sob o comando supremo do Presidente da República. (...).

Substituto 1, de 26/08/1987¹³; Substituto 2, de 18/09/1987¹⁴; Projeto A, de 24/11/1987¹⁵; Projeto B, de 05/07/1988¹⁶; Projeto C, de 15/09/1988¹⁷; Projeto D, de 21/09/1988¹⁸ e, por fim, o texto promulgado em 05/10/1988¹⁹.

Pois bem, a referência contida na **Constituição de 1891** é contextualizada a partir dos eventos relacionados ao golpe da Proclamação da República de 1889, vinculados ao chamado “militarismo brasileiro”, muito bem descrito por Aliomar Baleeiro²⁰, conforme se anota abaixo:

No período monárquico, o militarismo das repúblicas hispano-americanas – fonte e base do caudilhismo típico de todas elas – teve surtos esporádicos no reinado de Pedro I que, depois da Independência, logo depois de afastar os Andradas, procurou cercar-se de oficiais da tropa de linha, sobretudo os portugueses de nascimento, de permanecerem no serviço militar do Brasil. Logo que, na Bahia, os portugueses foram batidos em 2-7-1823 e embarcados a pulso de volta à ex-metrópole, o Imperador garantiu lugar no Exército brasileiro aos que quisessem ficar, fato esse gerador de desgosto entre os patriotas desconfiados das preferências lusófilas do trono. Apoiado nesses militares, dissolveu a Constituinte de 1823, exilou deputados e reprimiu brutalmente a revolução que os pernambucanos em 1824 opuseram ao imperial golpe de estado do ano anterior.

José Honório Rodrigues expõe isso na Constituinte de 1823, publicada em 1974: a maioria dos oficiais era estrangeira. Para 98 oficiais portugueses, havia apenas 47 brasileiros. Otávio Tarquínio de Sousa, historiador especializado nesse período e biógrafo de Pedro I, conta que, em festas de quartel, sem damas, ele dançava de par com os oficiais. Fez vir mercenários irlandeses e alemães e até pensou em utilizá-los para restringir as liberdades pleiteadas pelos brasileiros, atitude verberada por seu confessor e conselheiro íntimo Frei Arrábida. Mas esses mercenários, até certo ponto justificáveis pela Guerra da Cisplatina, tornaram-se incômodos e turbulentos, até que se revoltaram, e numa reação dos brasileiros, no Rio, cem deles foram mortos e feridos em combates de rua.

¹³ Art. 192. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais, e por iniciativa expressa destes, da ordem constitucional. (...).

¹⁴ Art. 160. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de um destes, da lei e da ordem. (...).

¹⁵ Art. 167. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de um destes, da lei e da ordem. (...).

¹⁶ Art. 148. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

¹⁷ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

¹⁸ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

¹⁹ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...).

²⁰ BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras, Volume II: 1891** – 3. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 35-37.

Quando, afinal, a 7 de abril de 1831, o povo do Rio rebelou-se contra o primeiro Imperador no Campo de Sant'Ana (atual Praça da República, no Rio), a tropa aderiu ao movimento e o monarca teimoso e imprudente acabou sem dispor sequer de sua própria guarda no palácio de São Cristóvão. A Regência, a duras penas, apoiando-se na Guarda Nacional, milícia de civis, gradualmente reduziu a tropa de linha em número e, conseqüentemente, na possibilidade de interferir nos destinos do País. Pedro II não tinha o gosto do aparato militar pela própria educação humanística, que lhe fez ministrar a Regência. Vestia-se de civil e, quando envergava uniforme, preferia o de Almirante. Por outro lado, os militares de prol, no Império, eram filiados aos dois grandes Partidos e dentro deles procediam como políticos civis. Francisco de Lima e Silva, pai do futuro Duque de Caxias, participou da Regência Trina.

O Marquês de Barbacena, constituinte de 1823, Ministro de estado e diplomata, não foi feliz na Guerra da Cisplatina, perdendo a Batalha de Itazaigó (Passo do Rosário). Rompeu com Pedro I e escreveu-lhe carta atrevidíssima, profetizando-lhe fim de vida num asilo de loucos, como acontecera a antepassados da dinastia dos Braganças. É certo que não foi estranho à conspiração de que resultou o 7 de Abril de 1831. Impunha-se como político e não como soldado. Caxias era um dos líderes do Partido Conservador e presidiu o Conselho de Ministros, além de ter sido ministro, deputado e senador. Osório, o outro grande soldado do Império, integrava o Partido Liberal e foi senador. Não procuravam influir como chefes militares, mas como políticos civis dentro dos quadros partidários a que pertenciam.

Livrou-se, o Império, destarte, do militarismo das repúblicas vizinhas. Só depois da Guerra do Paraguai os oficiais começaram a apresentar, como classe e em nome desta, reivindicações profissionais, muito embora Sérgio Buarque de Holanda aponte um jornal de militares em que se revela, antes da Guerra do Paraguai, o ressentimento dos homens de farda contra a influência dos juristas (o jornal os trata de "legistas"). Isso culminou nas "questões militares", que só explodiriam na década de 1880, depois de mortos Caxias e Osório, quando o exército já não contava com os dois chefes gloriosos e de grande autoridade moral sobre a tropa. Some-se a isso a influência positivista com os seus sonhos de "ditadura científica", que, já vimos, impregnara os jovens oficiais liderados por Benjamin Constant.

De tudo, resultou a República, que, se tinha raízes civis desde 1870, foi incontestavelmente o produto duma conspiração de quartéis e duma passeata militar. Todavia, o Governo Provisório, na maioria de seus membros, era constituído de civis e sofreu, de começo, a influência de Rui e dos "republicanos históricos", juristas e civis de São Paulo, isto é, Campos Sales, Aristides Lobo, Glicério, ligados a Quintino Bocaiúva. Embora grande a percentagem de militares na Constituinte de 1890-1891, a sua influência foi abafada pela dos civis, na maioria juristas e liberais. As tentativas militaristas, por essa época, encontravam palco nos governos estaduais, em que oficiais alçavam e logo depois derrubavam governos fardados ou paisanos.

Para contrabalançar o prestígio militar de Deodoro, que, sob ameaças, se fez eleger Presidente em fevereiro de 1891, a Câmara derrotou o Vice-Presidente por ele escolhido, o Almirante Wandenkolk, e elegeu Floriano, candidato da oposição. O Governo deste, depois do golpe d'estado de 3-11-1891, com a dissolução do Congresso, e do próprio golpe de Floriano, não convocada eleição presidencial depois da renúncia de Deodoro, deu novo surto ao militarismo favorecido pela necessidade da tropa para repressão da revolução gaúcha de 1893 e da chamada "guerra de Canudos".

Os oficiais que fizeram a República e a defenderam em 1893, muitos dos quais positivistas, animados do "esprit de corps", insinuaram a permanência de Floriano e, até depois da morte deste, em 1895, secretamente conspiraram para depor Prudente e instalar a "ditadura científica", de Augusto Comte.

O malogro do atentado contra o Chefe da Nação e o homicídio do Marechal Bittencourt, ministro da guerra, na defesa da vida de Prudente, trouxeram a este súbita popularidade ao lado da condenação aos florianistas, na maioria militares. Isso permitiu a Prudente de Moraes, ao terminar seu tormentoso período presidencial, dizer que pacificara o país e consolidara a ordem civil. E foi verdade, embora se permitisse algumas violências que o atritaram com o Supremo Tribunal.

Assim, explica-se a redação dos artigos 14 e 15 da Constituição de 1891, ao mencionar as FFAA como “instituições nacionais permanentes”, sendo “destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior”, além de “essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos”, como normatividade constitucional republicana precursora dos pilares da hierarquia e da disciplina, que deveriam estar “obrigada[s] a sustentar as instituições constitucionais”, ao tempo em que secunda os três poderes, mencionados como “órgãos da soberania nacional”, harmônicos e independentes entre si.

O contexto histórico, aliás, não prescinde da descrição do anterior período monárquico, dentro do qual havia intensa participação e influência dos homens da caserna nos destinos nacionais, menos militar que política, e das dificuldades de implementação nacional das Forças Armadas, como bem observado por Nelson Werneck Sodré em seu clássico “História Militar do Brasil”²¹.

Já, a **Constituição de 1934** trouxe, pela primeira vez a expressão “segurança nacional” e, conforme o texto, “as questões a ela ligadas seriam estudadas e coordenadas pelo Conselho Superior de Segurança Nacional, presidido pelo Presidente da República e pelos Ministros de Estado, bem como pelos chefes do estado-Maior do exército e da Armada (art. 159)”²². A estrutura, portanto, mudava para não mais garantir apenas os Poderes Constitucionais, mas também a “ordem e a lei”, num momento histórico de ascensão do fascismo na Europa, que vai encontrar no fascismo italiano, sobretudo na codificação de Rocco (1930), sua expressão máxima²³. Aliás, como registrado por Kristal Gouveia e por Arno Dal Ri Jr., sobre o referido período histórico que muito nos influenciou:

A edificação do regime fascista apoiou-se em uma série de movimentos de ordem política, social e jurídica na tentativa de tornar totalizante o domínio sobre os setores da vida dos indivíduos, utilizando-se das instituições como caixas de ressonância dos objetivos de um centro de poder total

²¹ SODRÉ, Nelson Werneck. **História Militar do Brasil**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

²² POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras, Volume III: 1934** – 3. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 36.

²³ DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. **A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930)**. Sequência, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

e unificador. São movimentos que, segundo Emilio Gentile, caracterizariam o fascismo italiano imposto por Benito Mussolini a partir 1924 como uma modalidade peculiar de totalitarismo.²⁴

Há, nesse contexto, uma concepção estatal que atribui “peculiar personalidade ao Estado”, com a centralização do poder, deixando de preponderar a proteção dos indivíduos, para que se privilegie o aspecto estatista, com o resgate do instituto da *laesa maiestas*, ideário presente do *ancien régime*, algo que:

(...) personifica um traço importante do regime autoritário fascista: a centralização estrutural da proteção jurídica ao Estado, a escolha de seus elementos como bens jurídicos tutelados e a definição das condutas puníveis: Estes elementos são representações das escolhas conscientes feitas em detrimento da proteção individual, vista somente como instrumental à vontade do Estado (e muitas vezes oposta à essa última, caso em que a vontade estatal deveria definitivamente prevalecer).²⁵

Isso invoca, como se sabe, a concepção fascista de Alfredo Rocco, Ministro da Justiça de Mussolini, com a oposição contra a filosofia contratualista e, portanto, contra “à *noção de que o poder estatal deriva das vontades dos indivíduos, que o delegam de acordo com uma dada limitação por elas imposta. Essas concepções, que ele chama de “ultra-individualistas” são diametralmente opostas à ideologia do fascismo*”²⁶.

Já sob o signo da **Constituição de 1937**, a partir da ditadura do Estado Novo, liderado por Getúlio Vargas, excluiu-se, sem pudor algum, os limites da lei, submetendo as FFAA à exclusiva autoridade do Presidente da República, consolidando muitos aspectos de caráter fascista, num contexto que passaria a ser repetido acriticamente nos demais textos constitucionais.

A seu turno, os artigos 176 e 177 da **Constituição de 1946**, já com a abertura democrática, instituiu novamente as FFAA a partir do duplo pilar da hierarquia e da disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, novamente restituída aos limites da lei, com as funções de defesa da pátria e da garantia das instituições e da lei e da ordem, sem esquecermos o contexto de que Getúlio Vargas afastado daquele ciclo de poder, acabou sendo o “*sujeito oculto da Constituinte*”, num jogo de cena percebido desde os anais da constituinte pelo cientista político Octaciano Nogueira²⁷.

Alguns anos depois, como cediço, em 31 de março de 1964, ocorre o advento do golpe civil-

²⁴ DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. **A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930)**. Sequência, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

²⁵ DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. **A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930)**. Sequência, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

²⁶ DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. **A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco (1930)**. Sequência, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

²⁷ Conforme: NOGUEIRA, Octaciano. **A Constituinte de 1946. Getúlio, o Sujeito Oculto**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

militar, com base num discurso inicial de “vacância da presidência da república”, depois ajustado com o Ato Institucional, de 9 de abril de 1964, que menciona curiosa fantasia travestida da farsa que concretiza, alegando: “Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular”.

É dentro deste espírito de farsa político-jurídica, a propósito, que as FFAA, fantasiadas de Poder Constituinte, precisaram esconder as pesquisas de opinião realizadas às vésperas do golpe de estado, pesquisas estas que apontavam que o presidente João Goulart, deposto pelo golpe, possuía 70% (setenta por cento) de aprovação, e ganharia as eleições do ano seguinte (1965), ou seja, o que se chamou de “Revolução de Março de 1964” na verdade não passou de “Golpe de Traição Instituinte”²⁸.

Dentro do mesmo espírito, com efeito, foram realizadas as modificações subsequentes, com a redação do artigo 92, da **Constituição de 1967**, e dos artigos 90 e 91 da Emenda n. 1/69, que realizaram a manutenção da essência da Constituição anterior, igualmente a partir do duplo pilar da hierarquia e da disciplina, igualmente sob a autoridade suprema do Presidente da República, novamente restituída aos limites da Lei, com as funções de defesa da pátria e da garantia das instituições e da lei e da ordem.

Com a devolução do poder aos civis, a partir da Constituinte (1987/1988), surgem novas discussões sobre o papel das FFAA. Inicialmente com o Anteprojeto Afonso Arinos que, em seu artigo 413, não inova em absolutamente nada, mantendo a mera reprodução dos modelos anteriores, secundado pelas outras propostas na Comissão de Sistematização, desde os Substitutivos 1 e 2 (respectivamente, os artigos 192 e 160) e dos Projetos A, B, C e D (respectivamente, os artigos 167, 148 e 142), que acabaram formando a versão aprovada e contida na redação final do atual art. 142 da Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, inovando na parte em que estabelece os três poderes como deflagradores do pedido de garantia das instituições e da lei e da ordem.

É sobre essa versão final do artigo 142 que alguns juristas têm sustentado a possibilidade de uma “intervenção militar constitucional”, como se as FFAA fossem uma espécie de “poder moderador”.

²⁸ Confira-se: BRASIL. Câmara dos Deputados. **Jango tinha 70% de aprovação às vésperas do golpe de 64, aponta pesquisa**. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <camara.leg.br/noticias/429807-jango-tinha-70-de-aprovacao-as-vesperas-do-golpe-de-64-aponta-pesquisa/>, acesso em 2020.

O jurista Ives Gandra da Silva Martins, num primeiro gesto de interpretação, mencionou que em razão de determinada decisão do Supremo Tribunal Federal, caso seja entendida como “indevida”, autorizaria que as FFAA realizassem intervenção “para que reponham a lei e a ordem, como está determinado no artigo 142 da Lei Suprema”²⁹.

Posteriormente, o mesmo jurista Ives Gandra retornou ao tema, face à polêmica causada, contextualizada por inúmeros atos antidemocráticos que contaram com a presença do Presidente da República, em que seus apoiadores se manifestaram sistematicamente com placas e gritos de apoio a uma “intervenção militar constitucional”, razão pela qual o respeitado jurista, defendendo posição exótica, disse que caberia as FFAA realizar “intervenção moderadora pontual, (...) diria qual a interpretação correta da lei aplicada no conflito entre Poderes, EM HAVENDO INVASÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA OU DE ATRIBUIÇÕES”, ou seja, com as Forças Armadas exercendo o poder moderador³⁰.

A seu turno, o atual Procurador-Geral da República, Sr. Augusto Aras, escolhido pela primeira vez desde 2003 sem que se observasse a norma constitucional não escrita (costume e precedente não judicial) da lista tríplice, ao participar “de entrevista ao programa Conversa com Bial, na TV Globo, [do dia 1/6] (...), afirmou “que um Poder que invade a competência de outro Poder pode ensinar uma intervenção das Forças Armadas”.

Por sua vez, outro jurista, o ex-Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador aposentado Ivan Sartori, e pré-candidato ao cargo de Prefeito de Santos/SP, também se manifestou, afirmando que “O que está acontecendo nesse país está exigindo uma operação do artigo 142 da Constituição Federal. Não é, de jeito nenhum, intervenção militar. Mas o presidente precisa garantir a lei e a ordem e chamar as Forças Armadas porque isso aqui está uma bagunça”³¹.

Mais recentemente, o jurista Ives Gandra, novamente consultado sobre o tema³², foi instado a dar um exemplo concreto, assim se pronunciando:

²⁹ MARTINS, Ives Gandra. **Harmonia e independência dos poderes?** Conjur, de 2 de maio de 2020.

³⁰ MARTINS, Ives Gandra. **Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes.** Conjur, de 28 de maio de 2020.

³¹ SARTORI, Ivan. **‘É inconstitucional’, diz Ivan Sartori, ex-presidente do TJSP, sobre decisão do STF.** Revista Oeste, de 23 maio 2020.

³² MARTINS, Ives Gandra. [Entrevista]. **Ives Gandra: Constituição permite 'intervenção pontual' das Forças Armadas.** O Antagonista, em 02 de junho de 2020.

O exemplo imaginário: o STF edita uma lei e manda prender o presidente do Senado por ter recusado-se a aceitar. “Ele pode recorrer às Forças Armadas dizendo: ‘Olha, aqui está no artigo 49, inciso 11 que cabe ao Legislativo zelar pela sua competência normativa’”.

O exemplo concreto: para Ives Gandra, em 2015, o então presidente do Senado, Renan Calheiros, poderia ter recusado a ordem de prisão de Delcídio do Amaral, determinada pelo STF. “Os senadores poderiam reclamar dizendo que foi desrespeitado o artigo 53. Se fizessem, as Forças Armadas poderiam dizer: – STF, espere um pouco até que o Senado decida. Isso é tentar repor a lei e a ordem”, disse o advogado.

Pois bem, sobre tais posicionamentos houve manifestação em sentido contrário através do parecer elaborado pela Presidência Nacional e da Procuradoria Constitucional do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (de 2 de junho de 2020), na defesa da ordem jurídica e do estado democrático de direito, como uma das funções institucionais da OAB, para quem as FFAA não exercem poder moderador.

A jurista Adriana Cecílio, resgatando a historicidade dos debates constituintes sobre o art. 142 da CRFB/88, também observou que muito embora os constituintes tenham discutido um suposto papel moderador das Forças Armadas, esse papel foi descartado³³. Isso também é corroborado pelas falas do então congressista constituinte, Fernando Henrique Cardoso, em diálogo com o general Leônidas Pires, e pelas lembranças de José Sarney sobre o episódio com o relator Bernardo Cabral³⁴.

O próprio congressista constituinte Bernardo Cabral, relator da Comissão de Sistematização, em entrevista ao Jornal do Brasil (em 2 de setembro de 1987), expressamente reconheceu o ambiente de golpe, já na constituinte, ao mencionar: “O anteprojeto de Constituição ora em discussão na Constituinte é, na verdade, fruto de um clima de insegurança, provocada pela ameaça de um golpe militar que acabou [...] ficando apenas nos boatos (...). Mas, onde há fumaça, há fogo”³⁵.

Não obstante, sabe-se que a Constituição não se permite interpretar em tiras, ou aos pedaços, conforme lembra o ministro Eros Grau. Mais do que isso, sobretudo para aqueles que não entenderam o momento democrático pós-1988, ou que ignoram as raízes históricas do próprio art. 142, e o seu sentido e significado, não vão jamais compreender que a Constituição de 1988 não tolera golpes e nem permite o seu próprio constituicídio.

³³ CECÍLIO, Adriana. **Documentos da Assembleia Constituinte revelam que deputados discutiram e descartaram papel moderador Forças Armadas**. Migalhas de 5 de junho de 2020.

³⁴ CARVALHO, Luiz Maklouf de. **1988: Segredos da Constituinte**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

³⁵ CABRAL, Bernanrdo. [Entrevista]. **Cabral diz que boatos de golpe condicionaram seu anteprojeto**. Jornal do Brasil, política, 2 de setembro de 1987.

Lenio Streck também se manifestou algumas vezes, afirmando a inadequação da leitura sobre o art. 142, asseverando que o “próprio teor literal — se assim se quiser tomar um textualismo — do artigo 142 afasta a possibilidade de ação autônoma das Forças Armadas sem a subordinação a um poder civil”³⁶, e, ainda, “o artigo 142 não permite intervenção militar. Qualquer manual de direito constitucional ensina o que é o princípio da unidade da Constituição”³⁷. Também calha mencionar o expressivo artigo dos juristas Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Thomas da Rosa de Bustamante e Emilio Peluso Meyer, no sentido de que “*no Estado Democrático de Direito, a legitimidade remete-se intrinsecamente à legalidade constitucional-democrática, posto que a pressupõe*”³⁸.

Pois bem, observa-se que não há na Constituição Federal de 1988 a previsão de que as Forças Armadas exerçam o papel de poder moderador, seja pela ausência de uma tal referência no art. 2º do texto constitucional, que prevê, numa ordem inclusive topográfica e proposital, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas nenhuma referência sobre um Poder Moderador.

Além disso, ressalte-se também a localização do art. 142, dentro do Título V da Constituição, na parte denominada “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”.

3. O PODER MODERADOR COMO “O FANTASMA” QUE RONDA O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

O Brasil adotou o “Poder Moderador” na Constituição de 1824, por influência de Benjamin Constant³⁹ que, por sua vez, foi influenciado pelos escritos de Clermont-Tonnerre (*Réflexions sur les Constitutions*).

Analisando o referido Poder Moderador, do ponto de vista da prática monárquica constitucional do Brasil-Império, a clássica obra de Góes e Vasconcellos, ao arrematar um raciocínio sobre o ponto central aqui institucionalizado:

³⁶ STRECK, Lenio. **Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142**. Conjur de 7 de maio de 2020.

³⁷ STRECK, Lenio. **Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar!** Conjur de 21 de maio de 2020.

³⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MEYER, Emilio Peluso. **A Constituição protege o sistema político contra qualquer intervenção militar**. Conjur, de 11 de outubro de 2017.

³⁹ CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une Monarchie constitutionnelle, essentiellement constitué de son Esquisse de Constitution*, H. Nicolle, 1814; CONSTANT, Benjamin. *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, A. Eymery, 1815.

(...) a chave da organização política é menos este ou aquele poder em si do que a divisão dos poderes, e que a missão de manter a independência, equilíbrio e harmonia não é característica de nenhum deles, mas destino de todos.⁴⁰

Conforme se vê, há prévia interpretação político-jurídica minoritária de juristas defensores de que as FFAA exerceriam, expressamente, a função (e desempenhariam o papel) de um Poder Moderador, malgrado a ausência de qualquer previsão de um “Quarto Poder” na Constituição Federal de 1988.

Além disso, duas instituições são conhecidas por terem recebido a atribuição constitucional de defensoras do Ordenamento Jurídico e do Estado Democrático de Direito: o Ministério Público (art. 127 da CRFB/88) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 44, I, da Lei Federal 8.904/94), mas não as FFAA.

Nenhuma das duas instituições, entretanto, pode realizar intervenção (ou “intermediação”), senão, no máximo, recorrer ao poder judiciário, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/88), buscando a salvaguarda da ordem jurídica e do estado democrático de direito.

A incompreensão do papel das FFAA, presente no art. 142 da CRFB/88, entretanto, é muito perigosa, sobretudo pela existência de uma certa literatura que advoga o papel “moderador miliciano”, escondendo, entretanto, seu caráter golpista e de ruptura⁴¹.

Conforme recordado por José Reinaldo Lima Lopes, observando de maneira percuciente o fato de que tal discussão consta da obra de Carl Schmitt, o famoso jurista do regime nazista do ditador Adolf Hitler, no que se refere à polêmica sobre “O guardião da Constituição”:

O debate sobre o Poder Moderador continuou vigoroso, sobretudo no entreguerras (1919-1939) na medida da crise das democracias liberais em processo de transformação. Vale a pena fazer menção apenas como exemplo da obra de Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (O defensor da Constituição) de 1931 em que está colocada justamente a questão de algum órgão ou poder com capacidade política e imparcialidade eleitoral para arbitrar conflitos constitucionais. O capítulo III começa com uma significativa nota a respeito do poder moderador do Império do Brasil, referindo-se à teoria e à prática que haviam sustentado por aqui o poder neutro. Schmitt chama atenção para o fato de o poder moderador, explicitamente adotado no Brasil e em Portugal, ser de fato uma

⁴⁰ VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862, p. 19-20.

⁴¹ STEPAN, Alfred. **Os militares na Política**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975; MORAES, João Quartim de. **Alfred Stepan e o mito do poder moderador**, *Filosofia Política*, (2): 163-99, 1985; MARTINS FILHO, João Roberto. **O Palácio e a Caserna: A dinâmica militar das crises políticas na Ditadura (1964-69)**. São Paulo: Alameda, 2020.

instituição típica em todas as Constituições burguesas liberais do século XIX, encarnado num ‘repertório de prerrogativas e poderes do chefe de Estado’ (Monarca ou Presidente do Estado).⁴²

De acordo com a leitura do próprio Carl Schmitt, o surgimento de uma teoria do poder neutro, intermediário e regulamentar – *pouvoir neutre, intermédiaire, et régulateur*- (moderador) decorria da luta da burguesia francesa “por uma Constituição liberal contra [o] bonapartismo e [a] restauração monárquica”⁴³.

Além disso, segundo o mesmo jurista nazista, escrevendo sob o aporte interpretativo da Constituição de Weimar, posteriormente destruída também pelo labor hermenêutico no sentido de que o executivo poderia exercer o poder neutro (moderador) e, portanto, seria o melhor defensor da Constituição, decorrente também da caricata e bizarra interpretação de que o simples fato de haver determinação constitucional de juramento (art. 42) no sentido de que o presidente “Defenderá a Constituição”, seria suficiente para a efetiva “garantia [de defesa] da constituição”⁴⁴.

Ou seja, aqueles que advogam o posicionamento de que as FFAA exercem o papel de “poder [neutro] moderador”, buscam, na verdade, fazer com que elas emulem o executivo nazista de Hitler, sem que exista qualquer base constitucional para isso na ora vigente Constituição Federal de 1988.

Além disso, dentro de nossa tradição, tais intérpretes buscam fazer com que as FFAA passem a exercer, na república, aquela atribuição monárquica da dualidade dos artigos 98 e 99 da Constituição Política do Império de 1824, que congregam a irresponsabilidade e o elemento sagrado do Imperador no exercício do Poder Moderador, absolutamente incompatível com o princípio republicano.

Parecem ainda desconhecer, ou talvez algo pior, também o fato de que no Império do Brasil, o Poder Moderador (Quarto Poder) era exercido por meio de um (e perante o) Quinto Poder, conforme José Honório Rodrigues⁴⁵ denominou o Conselho de Estado, o que torna muito suspeita a referida pretensão hermenêutica, eis que depois da revelação da gravação da reunião do Conselho de Ministros de Estado do dia 22 de abril de 2020, logo se percebe que tipo de reunião colegiada seria reitora de um exercício pretense do poder moderador.⁴⁶ Além disso, o já

⁴² LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

⁴³ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 194.

⁴⁴ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.

⁴⁵ RODRIGUES, José Honório. **Conselho de Estado: O quinto Poder?** Brasília: Senado, 1978.

⁴⁶ Dali, registraram-se com palavões, ódio aos povos indígenas, desrespeito com servidores públicos (“granada no bolso do inimigo”), falas clandestinas sobre “prisão de governadores e prefeitos”, desprezo para com pequenas e médias empresas

fatídico (e sempre lamentável) ato do atual chefe de Estado Federal, ao atribuir a si próprio a característica ou pretensão de ser ele mesmo a Constituição Federal (“Eu sou a Constituição”).

O paralelo óbvio da questão, evidentemente, reside no fato de que na Constituição do Império de 1824 cabia ao Conselho de Estado aconselhar o monarca no exercício das funções do poder moderador, exceto no caso de nomeação e exoneração de Ministros de Estado, conforme o art. 142, sendo certo que as funções do poder moderador estavam previstas no art. 101.

Aí o problema seria semântico: de poder “neutro” (moderador), passaria a “poder envolvido” (destruidor), como na Constituição de Weimar, sob a ótica de Carl Schmitt e de suas caricatas referências sobre o “poder neutro”.

Mesmo em leituras recentes sobre o “poder moderador”, em estudo comparado sobre os casos da presidência da república na França e na Itália, não se observam os requisitos imaginados por Benjamin Constant, decorrentes muito mais de uma má adaptação à República, convertendo-se num argumento de legitimação, ao invés de um argumento de “limitação”.⁴⁷

Convém recordar, a propósito, que no caso brasileiro, mesmo após a queda do regime monárquico, dois textos são fundamentais para compreender o trajeto acidentado de nosso republicanismo: o primeiro, de autoria de Ernest Hambloch⁴⁸, a despeito da intensa polêmica que causou, e do convite ao autor para deixar o país depois de sua publicação, identifica na práxis constitucional brasileira resquícios de uma irresponsabilidade imperial que sugeria a necessidade da adoção de um modelo parlamentarista com poder moderador; o segundo, de Borges de Medeiros⁴⁹, procurava aprimorar o Presidencialismo através da adoção do Poder Moderador, transformando o chefe do poder executivo em um primeiro magistrado, mais que num primeiro governante.

Contudo, ninguém foi tão longe ao tentar inserir as FFAA no turbilhão político como redentora dos problemas institucionais, no papel de poder neutro ou moderador, e os que repetem tal assertiva parecem ter outra coisa em mente, exceto os que fantasiam e se divertem o

(“perder dinheiro com pequenas e médias empresas”), desprezo, violência e omissão para com o Supremo Tribunal Federal (“botava esses vagabundos todos na cadeia. Começando no STF”), além da decisão de “armar a população” de forma estranha (“mandar um puta recado”), e tratamento indevido sobre importante patrimônio de todos os brasileiros “privatização” (“vender logo a p.*** do Banco do Brasil”), dentre outras falas absolutamente não republicanas, como a pretensão de interferência na Polícia Federal para salvar a família e os amigos do chefe de Estado Federal.

⁴⁷ SPONCHIADO, Lucie. **Des usages républicains de la thèse du «pouvoir neutre monarchique» de Benjamin Constant en France et en Italie**. In M.-A. Cohendet et A. Lucarelli, *L'équilibre légitimité-responsabilité-pouvoir*. Actes de la journée d'étude franco-italienne organisée le 7 novembre 2014 par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

⁴⁸ HAMBLOCH, E. **Sua majestade o presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2000.

⁴⁹ MEDEIROS, Borges de. **O poder moderador na república presidencial**. São Paulo: Forense, 2018.

absurdo.

Neste sentido, portanto, se as FFAA fossem um poder neutro (coisa que elas não são, pois o art. 142 não se refere a elas como “poder”), além de não poderem estar inseridas nas entranhas do governo, deveriam ostentar posição constitucional condizente com a referida expressão, com autorização constitucional no art. 2º da CRFB/88, e deveriam possuir atribuição de participação política no que se refere aos freios e contrapesos (*checks and balances*) quando eles não funcionassem adequadamente, combinando antes com o povo, evidentemente.

Ao que parece, uma tal concepção das FFAA como “poder neutro” ou “moderador”, além de não encontrar guarida no texto constitucional, e nem na tradição brasileira, exceto nas visões que ostentam um pragmatismo de ruptura, parecendo apelar para uma atuação de preponderância do “golpe”, confundindo moderação com golpe de estado, como uma espécie de “fantasma que ronda o constitucionalismo brasileiro”, arrastando suas pesadas correntes enferrujadas, cujo tilintar de elos e grilhões torna sua imagem insuportável aos olhos e ouvidos da balzaquiana constituição de 1988. É o que sugerem as leituras de Oscar Vilhena Vieira⁵⁰, José Reinaldo Lima Lopes⁵¹ e Alfred Stepan⁵², se a leitura privilegiar, evidentemente, o sentido de constitucionalismo democrático.

A bem da verdade, quem mais perto chegou de herdar formalmente a tradição de poder moderador foi o Supremo Tribunal Federal, conforme a referência de Lêda Boechat Rodrigues⁵³, em resgate de antigo diálogo do Imperador Pedro II, que pensava em transferir o poder moderador para uma Suprema Corte “*como aquela de Washington*”.

Aliás, parte de nossa tradição germânica, herdada da antecedente Representação de Inconstitucionalidade, impôs, mais que sutilmente, ao menos a partir de 1965 (EC n16/1965) a presença de um processo objetivo (*objektives verfahren*), sem sujeitos e vocacionado à pura Defesa da Constituição (*Verfassungsrechts-Bewahrungsverfahren*)⁵⁴, aliado ao fato de ser, como dito pelo ministro Moreira Alves, um processo que “não é uma Ação, no sentido clássico, genuíno

⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: RT, 1994.

⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

⁵² STEPAN, Alfred. **Os militares na Política**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975.

⁵³ Neste sentido: “Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington”. RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**, vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, 4(2), JUL-DEZ 2008.

⁵⁴ MENDES, Gilmar. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Feitas Bastos, 2000, p. 17.

do Direito Processual, [sendo] uma instituição de caráter político”⁵⁵, implementada pela própria ditadura civil-militar, tentando imitar a concepção kelseniana de Corte Constitucional (que derrotou a *perspectiva schmittiana* no pós-guerra).

Com isso, tem-se, no Brasil, uma Suprema Corte de tradição norte-americana, desde as premissas estabelecidas no caso *Marbury v. Madison* (1803) e com influências de Corte Constitucional, sendo certo que esta última se situa acima e fora da clássica tripartição de poderes, conforme ressaltam Mauro Cappelletti⁵⁶ e Inocêncio Mártires Coelho⁵⁷, deixando claro que em um tal modelo, seria o Supremo Tribunal Federal, e não as FFAA, que teria a proximidade do exercício de uma função (ou papel) moderador(a), embora sem deixar de reconhecer os diversos problemas constitucionais de uma tal formulação do tipo “colcha de retalhos”.

4. O SENTIDO E O ALCANCE DO ART. 142 DA CRFB/88

Pois bem, como visto, o art. 142 da CRFB/88 possui uma historicidade, muito embora não admita a interpretação de que seria permissiva ou autorizativa de que as FFAA exercessem o papel (ou função) de um poder neutro ou moderador.

Antes, o art. 142 estabelece que elas (as Forças Armadas), são constituídas pela junção das 3 forças (Marinha, Exército e Aeronáutica), como instituições nacionais permanentes e regulares, sob organização que remonta ao duplo pilar (hierarquia e disciplina), repetindo a referência de que respondem à “autoridade suprema do Presidente da República”, e destinam-se, conforme previsto, à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

No âmbito infraconstitucional pós-1988, a questão primeiro foi disciplinada por meio da Lei Complementar 69 de 1991, que dispunha sobre “*as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas*”, oriundo do Projeto de Lei Complementar nº 181 de 1989, enviado ao Congresso Nacional através da mensagem nº 695/89, que tinha a seguinte exposição de motivos⁵⁸:

⁵⁵ Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REPRESENTAÇÃO n. 700**, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.06.1967, RTJ 45, p. 714.

⁵⁶ Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais**. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 3, p. 38, 1961.

⁵⁷ Cfr. COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, número especial, 2015.p. 8.

⁵⁸ BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 26 de outubro de 1989, p. 12348.

MENSAGEM N° 695, DE 1989,

(Do Poder Executivo)

Excelentíssimos Senhores Membros do Congresso Nacional: Nos termos do parágrafo primeiro do artigo 64 da Constituição Federal, tenho a honra de submeter à elevada deliberação de Vossas Excelências, acompanhado de Exposição de Motivos dos Senhores Ministros de Estado da Marinha, Exército, Aeronáutica e Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, o anexo projeto de lei complementar que "dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas".

Brasília, 24 de outubro de 1989. –

José Sarney.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº 3.072/SC-1, DE 5 DE OUTUBRO DE 1989, DOS SENHORES MINISTROS DE ESTADO DA MARINHA. EXÉRCITO. AERONÁUTICA E CHEFE DO ESTADO-MAIOR DAS FORÇAS ARMADAS.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República:

1. A Constituição Federal reza em seu artigo 142 que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica, terão a sua organização, preparo e emprego regulados por normas gerais, estabelecidas em Lei Complementar.
2. O EMFA, em consequência, elaborou, no âmbito da Comissão Interforças de Estudos e Legislação das Forças Armadas (CIELFA), um texto básico da lei, sobre o qual as Forças Singulares se pronunciaram. A contribuição de cada Força Singular possibilitou a redação de um texto final, que catalisa o pensamento das Forças Armadas sobre tão importante questão, recebendo a aprovação do Conselho de Chefes do Estado-Maior (CONCEM).
3. Assim, Senhor Presidente, temos a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência o Projeto de Lei Complementar que "dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas". Aproveito a oportunidade para renovar a Vossa Excelência, Senhor Presidente, os protestos do nosso mais profundo respeito. - Almirante-de-Esquadra Henrique Sabóia, Ministro de Estado da Marinha – General de-Exército Leônidas Pires Gonçalves, Ministro de Estado do Exército - Tenente-Brigadeiro-do-Ar - Octávio Júlio Moreira Lima, Ministro de Estado da Aeronáutica - Almirante-de-Esquadra Valbert Lisieux Medeiros de Figueiredo, Ministro de Estado Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas. Aviso nº 761-SAP.

A referida norma foi substituída pela Lei Complementar 97 de 1999, oriunda do Projeto de Lei Complementar n.º 250 de 1998, enviado ao Congresso Nacional através da mensagem nº 1.418/99, que tinha a seguinte exposição de motivos⁵⁹:

Temos a honra de submeter a elevada consideração de Vossa Excelência projeto de lei complementar, em anexo, que dispõe sobre as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas, em decorrência da iminente criação do Ministério da Defesa.

2. A partir da determinação de Vossa Excelência, no discurso de posse em 1995, foram apresentadas, com base em estudos realizados pela Marinha, Exército, Aeronáutica e Estado-Maior das Forças

⁵⁹ BRASIL. Congresso Nacional. **Diário da Câmara dos Deputados**, de 22 de janeiro de 1999, p. 3228

Armadas, propostas para se conduzir a adaptação gradual das nossas forças de defesa às demandas do futuro que já apontavam na direção da criação do Ministério da Defesa.

3. Em outubro de 1997, Vossa Excelência determinou em reunião da Câmara de Relações Exteriores e de Defesa Nacional do Conselho de Governo, a criação do Ministério da Defesa e o início de sua implantação entre outubro e dezembro do corrente ano, com a consequente extinção dos atuais ministérios militares. Para alcançar esse objetivo criou o Grupo de Trabalho Interministerial composto pelos signatários da presente Exposição de Motivos (...).

Com efeito, observa-se que em nenhum momento as exposições de motivos disciplinam atuação moderadora, nem mesmo presente em suas exposições de motivos, e nem poderiam fazê-lo sem eivar ou inquinar os dispositivos legais de inconstitucionalidade, mas a curiosidade legislativa destina-se, antes, a verificar o nível e a intensidade da atuação das Forças Armadas do ponto de vista legal.

No que se refere ao emprego para Garantia da Lei e da Ordem, há o Decreto nº 3.897 de 2001, no qual se observa o PARECER AGU Nº GM-025, de 10 de agosto de 2001, do então Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes, que precedeu e orientou a edição do referido decreto, cuja conclusão é a que se segue:

O emprego, emergencial e temporário, das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem – viu-se – ocorre após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal (CRFB. Lei Complementar nº 97, de 1 999, art. 15, § 2º). Em outras palavras: o aludido emprego das Forças Armadas tem por finalidade a preservação (ou o restabelecimento) da ordem pública, inclusive pelo asseguramento da incolumidade das pessoas e do patrimônio (público, e privado). E a realçada preservação (ou restabelecimento) é da competência das Polícias Militares, nos termos da Lei Maior.

Assim, à vista do exposto, já se tem condições de perceber que o emprego das FFAA é algo excepcional, sempre na “Defesa das Instituições Democráticas”, jamais exercendo um indevido e inexistente “papel ou função moderadora”, e sempre vocacionadas para o desempenho de sua tríplice missão constitucional, nos termos do art. 142 da CRFB/88: a) defesa da pátria; b) garantia dos poderes constitucionais; e, c) garantia da lei e da ordem.

No primeiro caso (defesa da pátria), a interpretação sistemática leva à conclusão de que deve haver o exercício prévio da competência privativa do art. 84, XIX, com a declaração de guerra, no caso de agressão estrangeira, “autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional”, com a participação do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, § 1º, I, CRFB/88), e com a prévia decretação do Estado de Sítio, na forma (e segundo os estritos requisitos e prazos) do art. 137, II, da CRFB/88, com autorização do Congresso

Nacional, nos termos do art. 49, IV, da mesma CRFB/88.

Nos outros dois casos (garantia dos poderes constitucionais e garantia da lei e da ordem), deve se tratar de prévia Intervenção Federal ou Estado de Defesa, com a necessária aprovação do Congresso Nacional, conforme o art. 34, III e IV, da CRFB/88 (“pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” e “garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação”), sempre sob o signo da fiscalização do Congresso Nacional (art. 140) e a previsão da responsabilização (art. 141) dos agentes e executores, inclusive o Presidente da República, Ministros de Estado e militares (praças e oficiais) das FFAA.

Neste sentido, as medidas normativas utilizadas pelo Presidente da República devem ser submetidas ao Congresso Nacional, nos termos do art. 136, § 4º (em vinte e quatro horas), inclusive se estiver em recesso (art. 136, § 5º), mesmo (e também) os eventuais decretos de garantia da lei e da ordem.

Com efeito, os artigos 1º e 15, da Lei Complementar 97/99, somente são constitucionais se interpretados conforme à Constituição da República, o mesmo valendo para o Decreto nº 3.897/2001, caracterizada a atuação episódica e excepcional das FFAA, devidamente fundamentada, nos termos da exigida obediência irrestrita à Constituição Federal. Pelo emprego indevido das FFAA, aliás, é possível que o Presidente da República, ou os demais chefes de poder, respondam por crimes comum e de responsabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finda a pesquisa, pode-se concluir que, do ponto de vista constitucional, as Forças Armadas não foram elevadas pelo Constituinte Republicano de 1988 ao papel de “Poder Neutro” ou “Moderador”. Na verdade, isso nem mesmo pertenceu a tradição do constitucionalismo brasileiro no período republicano e, no período monárquico, essa perspectiva envolveu uma complexa ação do Monarca sob a orientação do Conselho de Estado.

Dessa forma, a admissão de que as Forças Armadas exercem uma espécie de função moderadora na República, a despeito da realidade normativa (e, portanto, tendo em vista a clivagem entre o país real e o país legal) só serve para diminuir sua função democrática e constitucionalmente delineada (e, infelizmente, presente numa boa fatia do pensamento político-jurídico nacional).

O fato é que, conforme se verificou, o art. 142 da atual Constituição de 1988 não pode ser

interpretado isoladamente. Não se pode admitir interpretação que ignore a “defesa do Estado e das instituições democráticas”, ou seja, a tríplice missão constitucional das Forças Armadas, quais sejam, “defesa da Nação”, a “garantia dos poderes constitucionais” e a “garantia da lei e da ordem”.

Com isso, as Forças Armadas só podem ser acionadas com a perspectiva prévia de existência de Estado de Defesa, Estado de Sítio ou Intervenção Federal, e sempre com a participação do Congresso Nacional nas funções de fiscalização, autorização e aprovação dessas medidas (pois é sempre possível a responsabilização de agentes e executores).

De fato, as Forças Armadas estão vinculadas aos pilares da hierarquia e da disciplina, como a possibilidade excepcional de auxílio nas atividades de serviço público, por se tratar de atividades anômalas (não constitucionais) atribuídas por lei. Ou seja, não se trata das previsões do pedido de garantia do direito de voto pelo Tribunal Superior Eleitoral (Lei Federal nº 4.737 / 1965), nem da possibilidade do uso do chamado “tiro de abate” para destruição de aeronaves hostis, por meio da Lei Federal n. 9.614 / 1998, entre outras hipóteses. Além disso, a Constituição de 1988 deixou de ser o documento do tipo que regulava a sociedade brasileira na década de 1930, pelo que, não mais permite uma interpretação peculiar baseada na doutrina da segurança nacional ou no rompimento do contratualismo ao prejuízo dos direitos individuais. Aliás, interpretações dessa natureza são típicas das sociedades fascistas. Hoje, os poderes constituídos pelo constituinte devem sempre privilegiar os direitos fundamentais do texto constitucional, bem como a separação dos poderes.

Desse modo, somente em um contexto de retrocesso (iluminismo às avessas) é que se poderia admitir que as Forças Armadas pudessem realizar uma espécie de fiscalização e moderação dos poderes (legislativo, executivo e judiciário). O artigo 142 da Constituição de 1988, portanto, não permite nenhuma intervenção militar na política, justamente porque as Forças Armadas devem obediência aos poderes constitucionais (constituídos). Qualquer postura que se afaste dessa perspectiva nada mais é do que vontade de poder, arbitrariedade e violência, infelizmente, algo bastante comum no retrovisor de nossa trajetória constitucional, mas que deve ser objeto de superação.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras, Volume II: 1891** – 3. ed. – Brasília: Senado Federal,

Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Jango tinha 70% de aprovação às vésperas do golpe de 64, aponta pesquisa. Fonte: Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <camara.leg.br/noticias/429807-jango-tinha-70-de-aprovacao-as-vesperas-do-golpe-de-64-aponta-pesquisa/>, acesso em 2020.

BRASIL. **Congresso Nacional**. **Diário da Câmara dos Deputados**, de 22 de janeiro de 1999, p. 3228.

BRASIL. **Congresso Nacional**. **Diário do Congresso Nacional**, Seção I, de 26 de outubro de 1989, p. 12348.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. **REPRESENTAÇÃO n. 700**, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.06.1967, RTJ 45, p. 714.

CABRAL, Bernanrdo. **[Entrevista]. Cabral diz que boatos de golpe condicionaram seu anteprojeto**. Jornal do Brasil, política, 2 de setembro de 1987.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais**. Revista de Direito Processual Civil, São Paulo, v. 3, p. 38, 1961.

CARVALHO, Luiz Maklouf de. **1988: Segredos da Constituinte**. Rio de Janeiro: Record, 2017.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; MEYER, Emilio Peluso. **A Constituição protege o sistema político contra qualquer intervenção militar**. Conjur, de 11 de outubro de 2017.

CECÍLIO, Adriana. **Documentos da Assembleia Constituinte revelam que deputados discutiram e descartaram papel moderador Forças Armadas**. Migalhas de 5 de junho de 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, número especial, 2015.

CONSTANT, Benjamin. **Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France**, A. Eymery, 1815.

CONSTANT, Benjamin. **Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une Monarchie constitutionnelle, essentiellement constitué de son Esquisse de Constitution**, H. Nicolle, 1814.

DAL RI JR., Arno; GOUVEIA, Kristal Moreira. **A Função da “Personalidade do Estado” na Elaboração Penal do Fascismo Italiano: laesae maiestas e tecnicismo-jurídico no Código Rocco**

(1930). Sequência, n. 81, p. 226-249, Apr. 2019.

HAMBLOCH, E. **Sua majestade o presidente do Brasil: um estudo do Brasil constitucional**. Brasília: Senado Federal, 2000.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS FILHO, João Roberto. **O Palácio e a Caserna: A dinâmica militar das crises políticas na Ditadura (1964-69)**. São Paulo: Alameda, 2020.

MARTINS, Ives Gandra. [Entrevista]. **Ives Gandra: Constituição permite 'intervenção pontual' das Forças Armadas**. O Antagonista, em 02 de junho de 2020.

MARTINS, Ives Gandra. **Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes**. Conjur, de 28 de maio de 2020.

MARTINS, Ives Gandra. **Harmonia e independência dos poderes?** Conjur, de 2 de maio de 2020.

MEDEIROS, Borges de. **O poder moderador na república presidencial**. São Paulo: Forense, 2018.

MENDES, Gilmar. **Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Feitas Bastos, 2000.

MORAES, João Quartim de. **Alfred Stepan e o mito do poder moderador**, Filosofia Política, (2): 163-99, 1985.

NOGUEIRA, Octaciano. **A Democracia que Terminou em Tragédia (prólogo), In: A Constituinte de 1946. Getúlio, o Sujeito Oculto**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRIGUES, José Honório. **Conselho de Estado: O quinto Poder?** Brasília: Senado, 1978.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal, vol. I**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SARTORI, Ivan. **‘É inconstitucional’, diz Ivan Sartori, ex-presidente do TJSP**, sobre decisão do STF. Revista Oeste, de 23 maio 2020.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História Militar do Brasil**. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

SPONCHIADO, Lucie. **Des usages républicains de la thèse du «pouvoir neutre monarchique» de Benjamin Constant en France et en Italie**. In M.-A. Cohendet et A. Lucarelli, L'équilibre légitimité-

responsabilité-pouvoir. Actes de la journée d'étude franco-italienne organisée le 7 novembre 2014 par l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

STEPAN, Alfred. **Os militares na Política**. Rio de Janeiro: Editora Artenova, 1975.

STRECK, Lenio. **Interpretações equivocadas sobre intervenção militar no artigo 142**. Conjur de 7 de maio de 2020.

STRECK, Lenio. **Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar!** Conjur de 21 de maio de 2020.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. Rio de Janeiro: Typ. Universal de Laemmert, 1862.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: RT, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, 4(2), JUL-DEZ 2008.