

DIREITO E TRANSNACIONALIZAÇÃO

Edição comemorativa aos cinco anos dos
Programas de Dupla Titulação em nível de
Doutorado da Univali com as Universidades
de Perugia, Alicante e Minho
(Itália) (Espanha) (Portugal)



ORGANIZADORES

**PAULO MÁRCIO CRUZ
MARCELO BUZAGLO DANTAS**

DIREITO E TRANSNACIONALIZAÇÃO

Edição comemorativa aos cinco anos dos
Programas de Dupla Titulação em nível de
Doutorado da Univali com as Universidades
de Perugia, Alicante e Minho
(Itália) (Espanha) (Portugal)

COLABORADORES

**Alexandre Morais da Rosa
André Lipp Basto Lupi
Bruno Smolarek Dias
Carla Piffer
Carlo Calvieri
Daniele Porena
Emanuela Cristina Andrade Lacerda
Gabriel Real Ferrer
Gilson Jacobsen
Guido Sirianni
Ildete Regina Vale da Silva
João Batista Lazzari
José Antônio Savaris
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Marcelo Buzaglo Dantas
Mário João Ferreira Monte
Maurizio Oliviero
Maury Roberto Viviani
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni
Paulo de Tarso Brandão
Roberto Epifanio Tomaz
Roseana de Alencar de Araújo
Zenildo Bodnar**



**UNIVALI
2013**

ISBN 978-85-7696-132-1

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

**Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa,
Extensão
e Cultura**

Valdir Cechinel Filho

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

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Vilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Dr. Paulo Márcio Cruz

Dr. Marcelo Buzaglo Dantas

Colaboradores

Alexandre Morais da Rosa

André Lipp Basto Lupi

Bruno Smolarek Dias

Carla Piffer

Carlo Calvieri

Daniele Porena

Emanuela Cristina Andrade Lacerda

Gabriel Real Ferrer

Gilson Jacobsen

Guido Sirianni

Ildete Regina Vale da Silva

João Batista Lazzari

José Antônio Savaris

Liton Lanes Pilau Sobrinho

Marcelo Buzaglo Dantas

Mário João Ferreira Monte

Maurizio Oliviero

Maury Roberto Viviani

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

Paulo de Tarso Brandão

Roberto Epifanio Tomaz

Roseana de Alencar de Araújo

Zenildo Bodnar

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni

Capa

Alexandre Zarske de Mello

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

Dr. Alexandre Morais da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

Este e-book foi possível por conta da Editora da UNIVALI e a Comissão Organizadora E-books/PPCJ composta pelos Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e Alexandre Morais da Rosa e pelo Editor Executivo Alexandre Zarske de Mello

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-202,
Itajaí - SC - Brasil - Bloco D1 - Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880

D628 Direito e transnacionalização [recurso eletrônico] / Organizadores: Paulo Márcio Cruz e Marcelo Buzaglo Dantas, Colaboradores: Alexandre Morais da Rosa... [et al.] - Dados eletrônicos. – Itajaí : UNIVALI, 2013.

Livro eletrônico.

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

Incluem referências.

Vários colaboradores.

Edição comemorativa aos cinco anos dos Programas de Dupla Titulação em nível de doutorado da Univali com as Universidade de Perugia (Itália), Alicante (Espanha) e Minho (Portugal)

ISBN 978-85-7696-132-1 (e-book)

1. Direito constitucional. 2. Juizados especiais federais. 3. Direito internacional. I. Cruz, Paulo Márcio. II. Dantas, Marcelo Buzaglo. III. Rosa, Alexandre Morais da. IIV. Título.

CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central Comunitária – UNIVALI

SUMÁRIO

PREFÁCIO	VIII
APRESENTAÇÃO	X
JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS:MUITO ALÉM DE PEQUENAS CAUSAS.....	15
Gilson Jacobsen	15
Zenildo Bodnar	15
Daniele Porena.....	15
MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS E MULTICULTURALISMO: um desafio para a união europeia	38
Liton Lanes Pilau Sobrinho	38
Guido Sirianni.....	38
Carla Piffer	38
A PROPRIEDADE ANTE O NOVO PARADIGMA DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO: A SUSTENTABILIDADE.....	56
Emanuela Cristina Andrade Lacerda.....	56
Alexandre Morais da Rosa	56
Gabriel Real Ferrer	56
EM BUSCA DE FUNDAMENTOS PARA O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: esboço de tendências teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial .	79
André Lipp Basto Lupi.....	79
Mário João Ferreira Monte	79
Maury Roberto Viviani.....	79
POR QUE A FRATERNIDADE É UMA CATEGORIA POLÍTICA DO E NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO?	100
Paulo de Tarso Brandão	100

Maurizio Oliviero.....	100
Ildete Regina Vale da Silva.....	100
O ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS: Uma análise crítico-propositiva ao modelo dos juizados especiais federais para obtenção de um processo justo.....	113
João Batista Lazzari.....	113
José Antônio Savaris.....	113
Daniele Porena.....	113
A TUTELA JURÍDICA DAS TRABALHADORAS EM DESTACADAS FONTES ORIGINÁRIAS, DERIVADAS E JURISPRUDENCIAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMUNITÁRIO E DA UNIÃO EUROPEIA.....	135
Roseana de Alencar de Araújo.....	135
Carlo Calvieri.....	135
O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS HUMANOS.....	161
Gabriel Real Ferrer.....	161
Marcelo Buzaglo Dantas.....	161
Natammy Luana de Aguiar Bonissoni.....	161
NOVA LEX MERCATORIA: ORDENAMENTO JURÍDICO SUPRANACIONAL (?).....	177
Roberto Epifanio Tomaz.....	177
Mario João Ferreira Monte.....	177
Osvaldo Agripino de Castro Júnior.....	177
O RESGATE DO HUMANISMO NATURAL E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DOS PRESSUPOSTOS POLÍTICO-ECONÔMICOS DA CULTURA JURÍDICA OCIDENTAL.....	192
Rafael Padilha dos Santos.....	192
Maurizio Oliviero.....	192

Liton Lanes Pilau Sobrinho	192
RECONHECIMENTO FORMAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS PRINCIPAIS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, EM NÍVEL INTERNACIONAL E NACIONAL	206
Bruno Smolarek Dias	206
André Lipp Pinto Basto Lupi	206
Maurizio Oliviero.....	206

PREFÁCIO

Honra-me sobremaneira fazer o prefácio desta obra coletiva elaborada com vistas a celebrar os 5 anos da Internacionalização do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

Trata-se da consolidação de um projeto que se constitui de um conjunto de ações que vêm sendo adotadas no que diz respeito à internacionalização do Curso, seguramente uma das mais intensas do país, seguindo assim as diretrizes da área do Direito junto à CAPES.

Os programas existentes no âmbito do PPCJ não são iniciativas isoladas, mas sim ações institucionalizadas e de longa duração ou definitivas.

De fato, desde 2005 o PPCJ/UNIVALI possui programa de dupla titulação de mestrado com a Universidade de Alicante - UA. Desde 2007 possui dupla titulação de doutorado com a Universidade de Perugia - UNIPG. E desde 2011 possui dupla titulação de mestrado e doutorado com a Universidade do Minho - UMINHO.

Além disso, desde que foi implantado o Programa Institucional de Doutorado Sanduíche, em 2011, o PPCJ/UNIVALI envia, anualmente, 06 (seis) doutorandos à UNIPG, UMINHO e UA para estágio de pesquisa de 04 (quatro) meses, sempre vinculados aos programas de dupla titulação.

De outro lado, desde que foi implantado o Programa Professor Visitante Estrangeiro – PVE, o PPCJ já teve 05 (cinco) docentes nesta condição e atualmente conta com 02 (dois) PVEs: Dr. Gabriel Real Ferrer (Universidad de Alicante) e Dr. Maurizio Oliviero (Università de Perugia).

Já foram titulados 15 (quinze) mestres e 10 (dez) doutores em dupla titulação com Itália, Espanha e Portugal.

Neste biênio (2014/2015), serão viabilizadas duas Escolas de Altos Estudos, uma com o Professor Doutor Michel Prieur (Université de Limoges), um dos principais nomes internacionais do Direito Ambiental e outra com o Professor Doutor Manuel Atienza (Universidad de Alicante), expoente internacional da Filosofia do Direito.

Ainda, o PPCJ/UNIVALI, em proporção ao seu corpo discente, também possui um dos maiores números de alunos PEC/PG de mestrado e doutorado, 10 (dez) até agora, sendo que 06 (seis) já titulados, oriundos de países como Angola, Moçambique, Santo Tomé e Príncipe, México, Colômbia e Peru.

É sabido também que o PPCJ/UNIVALI está, em proporção ao seu corpo docente, com considerável número de artigos, capítulos de livros e livros publicados em conjunto com autores estrangeiros.

Por tudo isto, há motivos de sobra para comemorar e a elaboração de um e-book especialmente organizado com esta finalidade é uma iniciativa que deve ser louvada.

O trabalho é composto de 12 artigos, todos eles escritos em coautoria pelo Doutor/Doutorando do PPCJ/UNIVALI e os Professores orientadores no Brasil e no exterior, nas diversas linhas de pesquisa que integram o Programa.

A qualidade dos textos, somada à perspectiva da internacionalização dos cursos, revela aquilo que muito orgulha a toda a comunidade científica da UNIVALI, ou seja, que o PPCJ é um centro de referência nacional e internacional no ensino da Ciência Jurídica.

Prof. Dr. Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa, Extensão e Cultura da Univali

APRESENTAÇÃO

A obra coletiva que ora temos a satisfação de apresentar, é fruto de trabalhos desenvolvidos no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - PPCJ/UNIVALI e visa a celebrar os primeiros cinco anos dos convênios de dupla titulação entre a referida entidade e três respeitadas Instituições de Ensino Superior europeias: Universidade do Minho (Portugal), Universidade de Perugia (Itália) e Universidade de Alicante (Espanha).

Neste contexto, a cada ano, os alunos dos Cursos de Mestrado e Doutorado do PPCC/UNIVALI, têm participado de atividades nas referidas instituições estrangeiras, o que propicia uma visão mais abrangente das áreas de pesquisa, com amplo acesso ao conhecimento e à bibliografia existente em diferentes países da Europa.

À vista disto e como forma de incentivar os Doutores e Doutorandos a aumentar a produção científica, tivemos a iniciativa de aproveitar a data em que se completa o primeiro quinquênio da existência dos convênios para dupla titulação, para elaborar uma obra que contempla parte dos estudos desenvolvidos pelos mesmos por ocasião de suas monografias de qualificação e teses. Os trabalhos contam com a orientação e a coautoria dos orientadores brasileiro e estrangeiro, o que comprova a profunda interação que há entre as respectivas instituições.

O trabalho desenvolvido pelo Doutorando João Batista Lazzaris, em coautoria com os Profs. Drs. José Antônio Savaris (PPCJ/UNIVALI) e Daniele Porena (Universidade Perugia), tem como título "O Acesso à Justiça nos Juizados Especiais: uma análise crítico-propositiva ao modelo dos Juizados Especiais Federais para a obtenção de um Processo Justo". No texto, os autores examinam e comparam o funcionamento dos Juizados Especiais Federais no Brasil e, embora constatem que a experiência foi bem sucedida, reconhecem que há necessidade de melhorias na forma do processamento das demandas, de modo a se poder atingir o ideal de Justiça.

Nesta mesma linha de raciocínio, o texto intitulado "Juizados Especiais Federais: muito além das pequenas causas", o Doutorando Gilson Jacobsen e os Profs. Drs. Zenildo Bodnar (PPCJ/UNIVALI) e Daniele Porena (Universidade de Perugia) investigam o

funcionamento dos Juizados Especiais Federais Brasileiros e sugerem, com base nas novas tecnologias disponíveis e na gestão, principalmente em países europeus, sejam adotadas medidas destinadas a possibilitar-lhes uma maior efetividade.

Já a Doutora Ildete Regina Vale da Silva, em conjunto com os Profs. Drs. Paulo de Tarso Brandão (PPCJ/UNIVALI) e Maurizio Oliviero (Universidade de Perugia), elaboraram o artigo "Por que a fraternidade é uma categoria política do e no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro?", em que se questiona se a fraternidade - equivalente em importância política à liberdade e à igualdade - seria um Princípio do Universalismo Político e, por consequência, uma Categoria Política, terminando por concluir afirmativamente, o que, segundo os autores pesquisados, "permite tornar a construção de uma Sociedade Fraterna critério de decisão adequada à Constituição Brasileira de 1988".

O Doutor Maury Roberto Viviani e os Profs. Drs. André Lipp Bastos Lupi (PPCJ/UNIVALI) e Mário João Ferreira Monte (Universidade do Minho) escreveram o artigo "Em busca de Fundamentos para o Constitucionalismo Global: esboço de tendências teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial", em que procuram identificar as tendências que permitam servir de marco inaugural para a criação de uma teoria da constitucionalização em nível global e seus respectivos limites. Apesar de reconhecerem as dificuldades da construção de um modelo como tal, admitem como necessária reflexão a respeito do tema, sempre com o cuidado de não se ultrapassar a essencialidade do papel dos Estados e dos direitos fundamentais.

"A Propriedade ante o Novo Paradigma do Estado Constitucional Moderno: a Sustentabilidade" é o texto elaborado pela Doutoranda Emanuela Cristina Andrade Lacerda, em coautoria com os Profs. Drs. Alexandre Morais da Rosa (PPCJ/UNIVALI) e Gabriel Real Ferrer (Universidade de Alicante). O trabalho parte da premissa de que a Propriedade Privada, nesta era de desenvolvimento global, precisa ser repensada, a fim de levar em conta a sua interação com o Meio Ambiente - observados, contudo, os preceitos fundamentais. Assim, o Direito de Propriedade passa a incorporar a sustentabilidade, esta que, na visão dos autores, surge como um novo paradigma e passa a constituir os objetivos das nações, um verdadeiro "metaprincípio a ser alcançado em prol de uma sociedade em constante crescimento garantindo-se um meio ambiente equilibrado sem prejuízo da garantia dos direitos individuais".

De autoria do Doutorando Rafael Padilha dos Santos e dos Profs. Drs. Liton Lanes Pilau Sobrinho (PPCJ/UNIVAL) e Maurizio Oliviero (Universidade de Perugia) tem-se o texto intitulado "O resgate do humanismo natural e suas contribuições para o desenvolvimento dos pressupostos político-econômicos da cultura jurídica ocidental". O trabalho centra-se nas contribuições do humanismo italiano para a formação da cultura política jurídica e econômica do Ocidente. Como bem observam os autores, ao superar o modelo instituído pela Igreja na Idade Média, os humanistas "redimensionam o sentido da vida humana em sociedade, gerando assim uma nova leitura do Estado, do direito, da economia, da soberania", o que, evidentemente, levou a uma profunda valorização do ser humano, tendo como consequência os conhecidos avanços em termos de criatividade, arte e civilidade.

A Doutora Carla Piffer e os Profs. Drs. Liton Lanes Pilau Sobrinho (PPCJ/UNIVALI) e Guido Sirianni (Universidade de Perugia) redigiram o texto intitulado "Migrações Transnacionais e Multiculturalismo: um desafio para a União Europeia". No texto, é abordada a questão da migração sob a ótica da globalização e da transnacionalidade, chamando-se a atenção para o fato de que a forma como aquela é enxergada pelos Estados que integram a União Europeia, ou seja, o fenômeno é visto como uma ameaça à segurança, à integridade e à instabilidade. O trabalho propõe a integração dos transmigrantes como forma de propiciar uma convivência multicultural, mantendo-se os traços culturais de todos os envolvidos. As diferenças culturais, segundo os autores, são valores a preservar e devem ser integradas e não separadas de maneira incomunicável por meio de um pluralismo cultural que somente induz as escolhas entre culturas.

"Nova Lex Mercatoria: Ordenamento Jurídico Supranacional (?)" é o título do trabalho do Doutorando Roberto Epifanio Tomaz e dos Profs. Drs. Osvaldo Agripino de Castro Júnior (PPCJ/UNIVALI) e Mario João Ferreira Monte (Universidade do Minho), no qual é analisado o conceito em questão (lex mercatoria), surgido na Idade Média para regular a atividade dos comerciantes e que reapareceu após os anos 60 do século passado como uma possível resposta aos desafios do comércio internacional em decorrência da globalização. A questão que permeia o artigo consiste em saber se seria possível adoção do sistema como um ordenamento jurídico supranacional, de vez que na sua formação não foi observado o princípio democrático. Após profunda análise dos diversos aspectos que envolvem o tema, os autores, embora reconheçam que seria desejável a adoção de um sistema como este,

concluem ser impossível a sua adoção, por afronta ao princípio democrático e pela necessidade de se buscar diminuir as desigualdades sociais. Inobstante, concluem que esta constatação deve servir de estímulo acerca da criação de "um direito transnacional do comércio, com a participação de todos os agentes nele interessados, como a comunidade internacional, representada por órgãos transnacionais e Estados-nações, juntamente com a classe comerciante, libertando a *lex mercatoria* do estigma de regras contidas apenas por um órgão de classe e servindo como suplemento essencial ao seu completo funcionamento".

O trabalho do Doutorando Bruno Smolarek Dias e dos Profs. Drs. André Lipp Pinto Basto Lupi (PPCJ/UNIVALI) e Maurizio Oliviero (Universidade de Perugia), cujo título é "Reconhecimento Formal do Direito à Educação nos Principais Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos, em nível Internacional e Nacional", busca justamente apresentar um panorama acerca do tema no Brasil e em diversos países do mundo. Os autores concluem que existem diferentes modelos no que toca ao Direito à Educação. Ainda em relação ao assunto, destacam a existência dos seguintes objetivos: a) o individualista e desenvolvimentista, no sentido de a educação fomentar o aprimoramento do indivíduo como membro do corpo social; b) a possível existência de uma sociedade plural, em virtude da liberdade de escolha dos sistemas que os pais elegem para seus filhos; c) a erradicação do analfabetismo. Terminam o texto, afirmando, com acerto, que "o objetivo da utilização do Direito à Educação é a composição de uma sociedade democrática, pluralista e que proporcione a todos a possibilidade de obtenção de critérios de desenvolvimento individuais e coletivos para todos".

Sob o título "Sustentabilidade: Um Novo Paradigma para o Direito", o Doutor Maikon Cristiano Glasenapp e os Profs. Drs. Paulo Márcio Cruz (PPCJ/UNIVALI) e Gabriel Ferrer (Universidade de Alicante) trataram neste artigo sobre esta nova vertente da Ciência Jurídica, que se consolida como parâmetro indutor das relações sociais, políticas, jurídicas e econômicas. Como bem assinalam os autores, em sua bem articulada conclusão, "a sustentabilidade representa um marco civilizatório. Produto da razoabilidade do consenso em prol da garantia e sobrevivência humana, e que deve ser analisada e considerada para efeito de quaisquer iniciativas públicas e privadas".

Fugindo à regra de ter sido elaborado por um Doutor/Doutorando e seus orientadores brasileiro e estrangeiro, o texto "O Processo de Internacionalização da

Proteção Ambiental e dos Direitos Humanos” é de autoria da Mestranda Natammy Luana de Aguiar Bonissoni (PPCJ/UNIVALI), do Pós-Doutorando Marcelo Buzaglo Dantas (PPCJ/UNIVALI) e do Prof. Gabriel Real Ferrer (Universidade de Alicante). No trabalho, procura-se analisar o processo de internacionalização do Direito Ambiental e dos direitos humanos, apresentando também as especificidades e a indissociabilidade entre ambos. Ainda, é traçado um panorama histórico acerca do tema e ressalta-se a importância da proteção destes direitos fundamentais, não só no âmbito interno de cada nação, mas também na esfera global, servindo às presentes e às futuras gerações.

Como dito no início desta apresentação, a presente obra coletiva se destina a celebrar os primeiros 05 (cinco anos) de existência dos convênios de Dupla Titulação do PPCJ/UNIVALI com as três respeitadas Universidades Europeias, o que é motivo de grande satisfação para todos os que participaram para que este objetivo se tornasse realidade.

Os organizadores agradecem a contribuição de todos os autores que participaram desta obra coletiva, assim como o indispensável apoio dado por Alexandre Zarske de Mello e toda equipe do PPCJ/UNIVALI, sem os quais o trabalho certamente não teria se concretizado.

Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz
Coordenador do PPCJ/UNIVALI

Prof. Dr. Marcelo Buzaglo Dantas
PPCJ/UNIVALI

JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: MUITO ALÉM DE PEQUENAS CAUSAS¹

Gilson Jacobsen²

Zenildo Bodnar³

Daniele Porena⁴

INTRODUÇÃO

Já se passaram doze anos desde que entrou em vigor a lei que instituiu os Juizados Especiais Federais no Brasil (Lei 10.259/2001), e o que se sabe e facilmente se percebe é que a grande maioria de seus usuários é constituída por pessoas de baixa renda, educação limitada e faixa etária elevada. E foi partindo dessa realidade e tendo detectado atrasos no andamento processual de alguns feitos que tramitam nesses juizados especiais, que o Conselho da Justiça Federal aprovou e o Superior Tribunal de Justiça encaminhou ao Legislativo, em meados de 2013, anteprojeto de lei que, ali, tornou-se o PL 5826/2013, o qual, dentre outras propostas de alteração na Lei 10.259/2001, pretende a extinção das Turmas Regionais de Uniformização, previstas atualmente no artigo 14 dessa lei.

Seria muito oportuno que, antes de qualquer mudança mais radical na lei, se investigassem as reais razões pelas quais há juizados especiais e turmas que funcionam bem e celeremente, enquanto outros apresentam problemas e atrasos.

Este estudo tem a pretensão de lançar um olhar condoreiro e em certa medida interdisciplinar e mais sociológico sobre alguns importantes aspectos que cercam os juizados nestes tempos de escala gigantesca e enorme complexidade⁵, em que a realidade emergente é radicalmente nova e intrinsecamente surpreendente⁶.

¹ Artigo baseado na Monografia de Qualificação da Tese de Doutorado de Gilson Jacobsen – Programa de Dupla Titulação pela Universidade do Vale do Itajaí, Brasil – UNIVALI, com orientação de Zenildo Bodnar, e pela Università degli Studi di Perugia, Itália – UNIPG, com co-orientação de Daniele Porena.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Doutorando em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia, Itália - UNIPG, Juiz Federal. E-mail: giljacobsen@gmail.com.

³ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da UNIVALI, Juiz Federal. E-mail: zenildo@univali.br.

⁴ Doutor em Teoria do Estado. Professor da Università Degli Studi di Perugia, Itália - UNIPG. E-mail: danieleporena@hotmail.com.

⁵ WAAL, Frans de. **A era da empatia**: lições da natureza pra uma sociedade mais gentil. Tradução de Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 45.

⁶ LASZLO, Ervin. **Um salto quântico no cérebro global**: como o novo paradigma científico pode mudar a nós e o nosso mundo. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 2012, p. 11.

1 JUDICIÁRIO E ACESSO À JUSTIÇA

Ao discorrer sobre a crise do Poder Judiciário no Brasil, FARIA⁷ pondera que o Judiciário está cada vez mais sob intenso fogo cruzado, e é visto e tratado como o mais anacrônico dos Poderes da República, já que imprensa e opinião pública o veem como moroso e inepto para prestar um serviço público essencial. Há quem chegue mesmo a fazer indagações sobre o futuro da instituição diante de um contexto repleto de desigualdades sociais e culturais.

A própria globalização econômica estaria a pôr em xeque as funções judiciárias, na medida em que gera formas de poder e de influência novas e autônomas que ameaçam a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicas e judiciais de um Estado que, tradicionalmente, sempre foi assentado na divisão e no equilíbrio dos poderes, nos princípios da soberania e da territorialidade, na distinção entre o público e o privado, e, bem assim, entre interesse individual e coletivo. Tudo sob o pálio do direito positivo, que sempre pretendeu ser um sistema lógico-formal de normas abstratas, claras e precisas. Mas o que se revela diante de um novo cenário globalizado é um Poder inserto em um Estado-Nação que vai perdendo sua autonomia decisória, e um ordenamento comprometido em sua unidade e ameaçado, por isso mesmo, em sua capacidade de programar comportamentos, escolhas e decisões⁸.

Seja como for, ainda segundo FARIA⁹, o Poder Judiciário não necessariamente sairá de cena, apesar de que pode vir a perder seu monopólio adjudicatório em algumas áreas e matérias. Na realidade, seu futuro depende do modo como irá se comportar diante: a) da exclusão social muitas vezes gerada pela globalização; b) de sua crescente presença no centro de discussões políticas, tendo que assumir cada vez mais o papel de gestor de conflitos e tendo, por isso mesmo, cada vez mais dificuldades para decidir; c) das exigências socioeconômicas de eficiência e previsão de seus tribunais; e, d) das expectativas geradas com a criação e instalação dos juzados especiais, estaduais e federais, que surgiram justamente para “viabilizar o acesso de contingentes expressivos da população aos tribunais”¹⁰.

Importa recordar que o sistema de justiça brasileiro já havia sofrido uma importante mudança na década de 80, sobretudo no âmbito das instituições, com o surgimento dos Juzados de Pequenas Causas (Lei 7.244/1984), concebidos pelo Executivo (Ministério da Desburocratização) como uma nova arena para mediação de conflitos¹¹ e no afã de dar

⁷ FARIA, José Eduardo. **A crise do Judiciário no Brasil**: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenador). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005* / Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 15-16.

⁸ FARIA, José Eduardo. **A crise do Judiciário no Brasil**: notas para discussão, p. 33.

⁹ FARIA, José Eduardo. **A crise do Judiciário no Brasil**: notas para discussão, p. 40-42.

¹⁰ FARIA, José Eduardo. **A crise do Judiciário no Brasil**: notas para discussão, p. 43.

¹¹ SADEK, Maria Tereza. **Juzados especiais**: da concepção à prática. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fnp3.braininternp.com.br%2Fupload%2Ffihb%2Farquivo%2FMaria%2520Tereza%2520Sadek.doc&ei=endiU8v9C6-t8gHx7YGYCA&usg=AFQjCNFKZ4IO5t-hFFRAs9hqUtgviVC60w>>. Acesso em: 24 ago. 2012, p. 2.

vazão à *litigiosidade contida*, já que muitos conflitos sociais não encontravam no Judiciário respostas eficazes, ou simplesmente sequer chegavam ao Judiciário¹².

Importante referir, também, que o surgimento dos juizados está inserido no movimento internacional de acesso à justiça, fazendo parte da terceira "onda" a que se referem CAPPELLETTI e GARTH¹³. A primeira onda esteve relacionada à assistência judiciária para os pobres; a segunda, à representação jurídica para os interesses difusos, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; a terceira, com o "ênfase de acesso à justiça".

Os juizados de pequenas causas brasileiros, porém, nunca conseguiriam superar as barreiras de uma complexa fase processual de execução, e por isso mesmo nunca chegaram a representar uma via realmente ágil para solver os graves problemas de acesso à justiça, sobretudo para as camadas mais desfavorecidas da população. Continuava-se com uma imensa e urgente necessidade de mudança, que também dizia respeito à necessidade de uma maior justiça social¹⁴.

Vale aqui recordar da precisa síntese de CLÉVE¹⁵, relativa a acesso à justiça: "Não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa".

2 A PROMESSA CONSTITUCIONAL E OS JUIZADOS ESPECIAIS

Os juizados especiais, nascidos daqueles juizados de pequenas causas, também representam a busca de uma resposta a um sistema de justiça fechado e de difícil acesso¹⁶.

Trata-se de forma singular e nova de garantia de direitos e solução de conflitos, sob lógica e princípios distintos dos verificados perante a justiça tradicional. É que, a rigor, a matriz dos juizados é a conciliação e não a sentença; a composição e não a estrutura adversarial¹⁷.

A Constituição de 1988, no seu artigo 98, inciso I, determinou a criação dos juizados especiais, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimento oral e sumaríssimo, prevendo, ainda, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. E isso se deu, quase sete anos depois, com a entrada em vigor da Lei 9.099/1995.

Os juizados especiais se apresentam, assim, como a solução para resolver as grandes questões do acesso à justiça, com um procedimento célere, informal e gratuito,

¹² CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedad**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 72.

¹⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Poder Judiciário**: autonomia e justiça. Revista dos Tribunais, v. 691, mai. 1993, p. 40.

¹⁶ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 3.

¹⁷ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 6.

“assegurando às partes, em tese, a equivalência de armas e a paridade processual, municiando o juiz de poderes especiais para decidir com equidade e com justiça efetiva”¹⁸.

Na prática, porém, os juizados especiais têm encontrado inúmeras dificuldades, desde suas condições materiais até aquelas relacionadas à filosofia e à mentalidade que devem cercá-los. Em muitos lugares, seu índice de congestionamento é expressivo¹⁹.

Na órbita federal, a Emenda Constitucional 22/1999 passou a prever a criação dos Juizados Especiais Federais, doravante aqui também chamados de JEFs; e, em 2001, por meio da Lei 10.250, foram eles organizados nas áreas cível e criminal. Cumpre distinguir, então, quais os tipos de juizados especiais que existem no Brasil atualmente.

3 AS DIFERENTES ESPÉCIES DE JUIZADOS ESPECIAIS

Além dessas duas modalidades de juizados especiais – estaduais e federais -, e graças ao bom desempenho dos JEFs, que necessariamente têm no polo passivo de suas demandas um ente federal, buscou-se repetir semelhante experiência nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios. E, por meio da Lei 12.153/2009, que entrou em vigor em 23 de junho de 2010, foram instituídos os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, com a regulamentação do seu procedimento, devendo ser considerado que, atualmente, não existem Territórios no Brasil²⁰.

Em suma, existem em vigor quatro leis distintas que regem o rito processual dos juizados especiais: a Lei 9.099/1995, dos Juizados Especiais Federais da Justiça Estadual; a Lei 10.259/2001, dos Juizados Especiais da Justiça Federal; a Lei 12.153/2009, dos Juizados Especiais da Fazenda Pública nos Estados, no Distrito Federal (nos Territórios) e nos Municípios; e, o Código de Processo Civil, que incide subsidiariamente sobre todas as leis antes citadas²¹.

Nesse ponto, porém, é preciso ter cautela. Não basta dizer-se que o CPC se aplica subsidiariamente aos JEFs, por exemplo, pura e simplesmente. Os juizados especiais “claramente almejam emancipação em face do processo civil tradicional”²².

É evidente que para solver uma questão processual no âmbito dos juizados pode o intérprete se valer dos conceitos e institutos processuais civis albergados no CPC. Até mesmo porque as leis que regem os juizados “não preveem todas as situações concretas possíveis de ocorrer no âmbito de sua competência”²³. Não se pode, porém, a esse pretexto,

¹⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

¹⁹ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 8-11.

²⁰ CARDOSO, Oscar Valente. **Juizados especiais da fazenda pública**: (comentários à Lei n. 12.153/2009), São Paulo: Dialética, 2010, p. 12.

²¹ CARDOSO, Oscar Valente. **Juizados especiais da fazenda pública**: (comentários à Lei n. 12.153/2009), p. 12.

²² CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coordenadores). **Juizados especiais federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012, p. 198.

²³ MANGONE, Kátia Aparecida. **Análise da aplicação do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Federais Cíveis**. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coordenadores). **Juizados especiais federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012, p. 148.

é desconsiderar os princípios informadores dos juizados especiais (celeridade, economia processual, oralidade, informalidade e simplicidade).

Então, viável é a incidência suplementar do CPC aos juizados especiais naquilo que não conflitar com a promessa constitucional e com os princípios que regem os juizados. Se houver conflito, não há que se aplicar o CPC subsidiariamente.

Cumpra agora fazer uma análise mais detida da realidade dos JEFs propriamente ditos.

4 OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS - JEFS

Alguns dados extraídos da pesquisa realizada pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em conjunto com o Centro de Estudos Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), durante os anos de 2011 e 2012, e que vieram a público no ano de 2013, com objetivo de produzir informações sobre alguns aspectos do funcionamento dos JEFs, especialmente aqueles que incidem sobre a promoção do acesso à justiça, são muito importantes e reveladores das virtudes e de algumas mazelas ainda vividas por esses órgãos jurisdicionais distribuídos pelo imenso território brasileiro.

O relatório principia por lembrar que a implantação dos JEFs repercutiu instantaneamente na Justiça Federal, com grande afluxo de novas ações a esses órgãos, atendendo a uma demanda reprimida por direitos que até então escapava ao abrigo do Judiciário. Apenas entre o primeiro e o segundo ano de funcionamento dos JEFs - 2002 e 2003 -, a distribuição cresceu mais de 2,6 vezes, passando-se de cerca de 350 mil processos distribuídos para aproximadamente 917 mil. Já no terceiro ano de funcionamento, 2004, atingiu-se o pico de demanda, com a marca de pouco mais de 1,5 milhão de processos. “A procura pelos juizados especiais federais sofreu um pequeno refluxo a partir de 2006, estabilizando-se, desde então, na casa de 1,2 milhão processos distribuídos anualmente”²⁴.

Ademais, a relevância dos JEFs para o sistema de justiça brasileiro reflete-se na comparação entre o volume de processos distribuídos nos juizados com aquele das varas comuns da Justiça Federal. No período 2002-2011 podem ser verificados dois importantes movimentos: nos anos iniciais o crescimento vertiginoso da demanda pelos JEFs, que chegou em 2005 a suplantar em quase 50% a procura pelas varas comuns; após 2008, passou a haver uma “crescente aproximação do quantitativo de processos distribuídos em ambos os órgãos, com ápice em 2011, indicando tendência de equilíbrio na distribuição da demanda entre as duas “portas de entrada” da Justiça Federal²⁵.

Contudo, o relatório da pesquisa também revela e alerta que, a esse alto número de processos distribuídos nos JEFs, têm correspondido taxas de congestionamento também altas, com o risco de que esses juizados venham a perder suas características essenciais, notadamente a celeridade²⁶.

De muito relevante para os propósitos do presente estudo é a constatação extraída pela observação direta do comportamento dos autores por parte dos pesquisadores, bem

²⁴ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 12-13.

²⁵ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 13.

²⁶ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 15-16.

como das entrevistas com eles realizadas, de que se tratam “majoritariamente de pessoas de baixa renda, com escolaridade precária, que não possuem as informações necessárias sobre seus direitos ou sobre o funcionamento do procedimento judicial”²⁷. O relatório chega a concluir, aliás, que as pessoas “são mal instruídas (nos casos em que têm representante legal constituído) e não protagonistas de ‘seu’ processo”²⁸.

O tempo médio de tramitação de um processo nos JEFs, segundo a pesquisa, é de um ano, oito meses e quinze dias, ou 624 dias, desde o protocolo da petição inicial até o arquivamento do processo com a baixa dos autos. Mas isso depende da região da Justiça Federal em que se encontram os juizados. Assim, a 2ª, a 4ª e a 5ª regiões mostram desempenho significativamente melhor do que a 1ª Região: “em média, o tempo de tramitação dos processos naquelas três regiões é aproximadamente 300 dias mais breve do que na 1ª Região”²⁹.

Além disso, quando ficam restritos aos juizados, ou seja, quando não são remetidos às turmas recursais pelo recurso próprio, os processos demoram, em média, 480 dias a menos³⁰.

No que diz respeito aos recursos, aliás, embora haja muito volume de trabalho nas Turmas Recursais, “o efetivo uso de recursos pelas partes não é alto, sendo as ações, em regra, resolvidas em primeiro grau”³¹. Assim, a interposição de recurso nominado ocorre em um quarto dos casos (24,9%), “sendo que em apenas 1% há recurso à Turma Regional de Uniformização e em 2% dos casos à Turma Nacional de Uniformização”³².

Mas o que se extrai da pesquisa com maior veemência é a certeza de que a lei, por si só, não é o bastante para garantir aos JEFs celeridade e eficiência. É necessário haver gestão, já que “os juizados especiais foram também uma aposta na reforma do funcionamento da Justiça, que impactaria o modelo de gestão tradicionalmente adotado”³³. Ademais, não há que se duvidar que a informatização e a virtualização da Justiça, acompanhadas de gestão, contribuem não apenas com a garantia da celeridade do processo, mas também com a redução de custos e melhorias para a qualidade do ambiente de trabalho³⁴. Aliás, para a qualidade do meio ambiente como um todo.

A seguir serão feitas algumas considerações em torno do procedimento que rege os JEFs, incluídas aí algumas ponderações sobre sua fase recursal.

5 PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO E A COMPLEXA FASE RECURSAL DOS JEFS

Os JEFs têm competência absoluta, não cabendo ao autor a opção pelo procedimento, como ocorre na Justiça Estadual. Além disso, a competência dos juizados federais abarca causas com valor de até 60 salários mínimos, ultrapassando o limite de 40

²⁷ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 97-98.

²⁸ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 98.

²⁹ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 112.

³⁰ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 116.

³¹ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 151.

³² IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 152.

³³ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 153.

³⁴ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais, p. 160.

salários mínimos que afeta os juizados estaduais e independentemente da complexidade da causa. Em relação à defesa técnica, a presença do advogado é dispensada nos JEFs, em primeira instância, independentemente do valor da causa. Quanto aos recursos, não há reexame necessário ou recurso de ofício, mesmo tendo o poder público como uma das partes. Tampouco há prazos especiais para a Fazenda Pública. Finalmente, em relação à execução, a lei prevê que se dará diretamente e sem a necessidade de constituírem-se precatórios, o que sempre foi uma das causas de morosidade nos juízos comuns³⁵.

Algumas especificidades decorrentes da Lei 10.259/2001, que deve ser lida e aplicada de forma conjugada com a Lei 9.099/1995 (art.1º da Lei 10.259/2001), dão contornos bem próprios ao dia-a-dia dos JEFs. Por exemplo, a lei preceitua que nos juizados especiais as sentenças serão líquidas (art. 38, par. único, da Lei 9.099/1995); ou seja, cada sentença de procedência já deverá indicar em quantos reais, exatamente, a parte-autora é credora da parte ré, o que pressupõe um *setor de cálculo* muito atuante e bem preparado, de preferência dentro da própria estrutura de cada JEF, a fim de interagir com os outros setores e dar vazão a uma grande quantidade de serviço com o mínimo de erro. Esse, aliás, é um dos pontos culminantes do grande sucesso de alguns JEFs e da derrocada de outros.

Uma das ameaças aos JEFs situa-se no gargalo que se cria quando há recurso, como se viu em tópico anterior. Contudo, sua legislação de regência, que deveria ter buscado reduzir drasticamente as instâncias recursais, agravou a situação ainda mais, criando, como instâncias revisoras e/ou uniformizadoras das decisões dos juizados, Turmas Recursais, Turmas Regionais de Uniformização e uma Turma Nacional de Uniformização, sem necessariamente se escapar das instâncias especial (STJ) e extraordinária (STF).

É que a lei dos JEFs tem uma extrema – poder-se-ia falar até em exagerada – preocupação com a revisão e a uniformidade das decisões; mas, na busca dessa uniformidade, acaba por colocar em risco um pilar fundamental dos JEFs que é justamente a celeridade, em completa desconsideração, ademais, à nova garantia fundamental da duração razoável do processo, que merecerá, mais adiante, uma análise mais aprofundada.

Nem por isso se podem debitar todos os problemas e contratempos dos JEFs ao seu intrincado e pouco racional sistema recursal. E, se a intenção é evitar a demora em se pôr fim aos litígios, talvez não baste pura e simplesmente suprimir uma instância intermediária, composta pelas atuais Turmas Regionais de Uniformização, como pretende o PL 5.826/2013, e concentrar a função uniformizadora de todas as Turmas Recursais em uma única Turma Nacional de Uniformização.

Moniz de Aragão³⁶ entende que o combate à lentidão processual não se faz com supressão de vias recursais, “mas com a aceleração generalizada da marcha da máquina judiciária”³⁷.

Por isso que, a rigor, não podem os recursos, tão somente, serem considerados os culpados por eventual morosidade do Judiciário. Até mesmo porque, ainda segundo Moniz

³⁵ CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, p. 60.

³⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coordenador). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 190.

³⁷ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Demasiados recursos?**, p. 191.

de Aragão³⁸, “sempre houve, há e haverá juízes com o serviço em dia, em atraso e muito atrasados. Por quê? Eis a pergunta que ninguém se interessa em responder. Fácil, muito mais fácil é atribuir a culpa aos litigantes e ao número de recursos, [...]”.

Perdura o mais grave problema do processo civil, qual seja o volume crescente de litígios a afligir todos os países. No Brasil, um paliativo que vem sendo adotado com frequência é a mudança da legislação, mas sem prévio e detido diagnóstico do que deve mesmo ser corrigido, o que costuma ser ineficaz. Na realidade, importa “alterar rumos e estruturas, simplificar procedimentos, corrigir abusos e distorções, adotar técnicas modernas, incluídas as de administração, máxime quanto a pessoal, incrementar soluções alternativas de disputas, tudo, porém, sabendo não existir receita milagrosa a prescrever”³⁹.

É de simplicidade e de celeridade, aliás, que se tratará no tópico seguinte, em contraponto com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

6 SIMPLICIDADE E CELERIDADE VS. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A rapidez é a essência dos juizados. Os princípios da simplicidade e da celeridade não foram colocados no artigo 2º da Lei nº 9.099/1995 como promessa vã do legislador. Desconsiderá-los corresponde a comprometer seriamente o funcionamento de qualquer juizado e a própria credibilidade depositada nessa importante e revolucionária nova face da Justiça brasileira.

A duração excessiva do processo, como há muito já exortava CAPPELLETTI⁴⁰, é um fenômeno que causa fatores de desigualdade e que não deve ser considerado somente desde um ponto de vista de eficiência ou ineficiência funcional e organizativa; mas representa também uma fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico.

É que não basta à prestação jurisdicional ser eficaz. Segundo ZAVASCKI⁴¹, “impõe-se que seja também expedita, pois que é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável e sem dilações indevidas”.

Mas se o escopo principal do processo é, como se propala, a pacificação social, já não é chegada a hora de, em certa medida e sob certas condições, começar a pensar-se em privilegiar a celeridade processual em detrimento de algumas garantias? Será que isso é possível e aceitável em um Estado Constitucional? Ou existem outras alternativas?

A resposta a esses questionamentos não é simples e envolve algumas graves reflexões. Vejamos.

A lentidão do processo beneficia, normalmente (há exceções), a parte mais forte (rica), que pode esperar muitos anos pela decisão. E sempre beneficia o réu que não tem razão⁴². Aliás, PORTANOVA⁴³ obtempera que “nem sempre todas as partes estão interessadas

³⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Demasiados recursos?**, p. 203.

³⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Demasiados recursos?**, p. 203-204.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias, sociedad**, p. 133.

⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. **Revista da Esmesc – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 6. p. 49-58, maio/1999, p. 52.

⁴² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 47.

no rápido andamento do feito. Não raro uma parte quer celeridade na solução do litígio e outra quer demora”.

Não é tarefa fácil precisar o que seja prazo razoável para o julgamento de um processo. Até porque nem sempre a questão trazida a juízo se encerra propriamente com o julgamento da causa. Também porque cada demanda tem seu tempo e, por isso, fatores internos e externos de cada processo devem ser ponderados⁴⁴.

A tutela jurisdicional é tempestiva, segundo lição de GAJARDONI⁴⁵, “quando os prazos legalmente prefixados para o trâmite e instrução do processo, concebidos em vista das circunstâncias de fato da demanda, do direito a ser protegido, do contraditório e da ampla defesa, são cumpridos pelas partes e pelo órgão jurisdicional”.

A razoabilidade da duração do processo afere-se mediante critérios objetivos, devendo ser observada em cada caso concreto. Crises passageiras do aparato judiciário podem justificar eventual duração exagerada do processo; mas não sua crise estrutural e duradoura⁴⁶.

E o direito fundamental à efetividade do processo, também chamado de direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa, “compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”⁴⁷.

Em relação ao dilema entre celeridade e segurança, o desafio é buscar conciliar uma justiça mais rápida com a sempre esperada segurança das decisões. Trata-se mesmo do grande desafio do processo contemporâneo esse de equacionar tempo e segurança, de forma a se respeitar o devido processo legal⁴⁸.

E a noção do processo como procedimento em contraditório⁴⁹ entre as partes suplanta a concepção de processo como relação jurídica, de modo que o contraditório deve ser entendido como oportunidade de participação paritária⁵⁰.

No fundo, esse contraditório atual do qual se está a tratar é uma projeção do primado da dignidade humana, e pressupõe, por isso mesmo, que se estabeleça uma relação dialógica (humana, portanto) entre o juiz e os outros sujeitos principais do processo; um intercâmbio de ideias, em que todos possam falar, ouvir e dizer, “para que todos possam ser influenciados reciprocamente”. Por isso também é necessário um novo juiz, pelo menos uma

⁴³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 26.

⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, p. 58.

⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, p. 60.

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, 10. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 320-321.

⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações, p. 52.

⁴⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, p. 41.

⁴⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 94.

⁵⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 452-453.

nova postura do juiz.⁵¹ Juiz que “tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, *mas fundamentalmente a ele também se submeter*”⁵².

É que na realidade o juiz, enquanto sujeito do processo, é terceiro imparcial, equidistante das partes, e deve sempre respeitar o direito destas ao contraditório, o que também implica não serem surpreendidas com decisões inesperadas ou fundamentadas em premissas que não puderam, antes, conhecer⁵³.

Mas é importante perceber que a condição legitimante da jurisdição, antes ligada às ideias de poder e de autoridade, vai gradualmente mudando para outro paradigma, “qual seja o da efetiva aptidão e idoneidade de uma dada instância, órgão ou agência, no setor público ou privado, para prevenir ou dirimir conflitos em modo justo e num tempo razoável”⁵⁴. Eis um grande desafio a ser enfrentado pelos JEFs, sob pena de perder sua legitimidade.

Para se compreender esse processo de mudança de paradigma em quase todos os setores, e prorrogando um pouco eventuais respostas àqueles questionamentos formulados há pouco, o próximo item principiará por tratar de sociedade de risco e de pobreza. E o item subsequente a esse tratará de globalização, tema afim. Vejamos.

7 SOCIEDADE DE RISCO, POBREZA E JEFs

Contemporaneamente, sabe-se e percebe-se que é incompleto qualquer esforço de tomar o direito por seu viés exclusivamente interno, isto é, de modo a desconsiderar os aspectos sociais, políticos, psicológicos, organizacionais, dentre outros, que o circundam⁵⁵.

E ninguém mais pode desconsiderar, na dinâmica das transformações sociais e políticas deste início do século XXI, que vivemos mesmo em uma sociedade de risco, com a acumulação e a esmagadora presença de riscos de toda ordem - ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais⁵⁶.

Daí que, conforme alerta de SCHWENCK⁵⁷, os operadores jurídicos devem se preparar para a solução dos novos problemas, que serão cada vez mais constantes e aflitivos.

Ademais, segundo BOBBIO⁵⁸, frente à transformação cada vez mais rápida do mundo, fruto de um progresso técnico vertiginoso e irrefreável, o desafio já não é “tanto resolver os novos problemas - sutis e cada vez mais específicos - mas, antes de tudo, entendê-los”.

⁵¹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, p. 465.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 648.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, p. 227.

⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, **Revista dos Tribunais**, vol. 926, dez. 2012, p. 148.

⁵⁵ ARAÚJO, Gisele Silva. Função social do direito. In: FERREIRA, Lier Pires *et alli* (Organizadores). **Curso de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 151-152.

⁵⁶ BUENO, Arthur. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 361.

⁵⁷ SCHWENCK, Terezinha. Os novos direitos. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 06, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2566>>. Acesso em 07 novo 2008.

Isto porque vivemos num mundo de transformações, que acabam afetando quase todos os aspectos do que fazemos. Para bem ou para mal, estamos sendo impelidos a uma ordem global que ninguém compreende plenamente, mas cujos efeitos se fazem sentir sobre todos⁵⁹.

Para LIPOVETSKY e JUVIN⁶⁰, parece que o mundo, o nosso mundo, acabou. Afinal, vivemos o que se tem chamado de *cultura-mundo*, que dirige desejos infinitos até um mundo finito, no qual parece impossível que todos disponham de meios para satisfazer todos os seus desejos segundo modelos californianos.

Ocorre que, segundo as lições de economia ecológica de DALY e FARLEY⁶¹, o consumo das pessoas não é um fim em si mesmo, mas um meio, tão-somente, para se conseguir o fim de melhorar o bem-estar humano. E a psicologia social sabe, há muito, que o sentido de bem-estar das pessoas é determinado em parte pelo seu sentido de relativa abundância ou privação. Isso explica por que estamos sempre numa corrida infinita de riqueza e consumo. Porém, essa corrida reduz cada vez mais nossa capacidade para resolver as nossas outras necessidades humanas.

Mas quais são nossas necessidades? As necessidades absolutas são as relativas à sobrevivência e estão biologicamente determinadas. Aproximadamente 1,2 bilhões de pessoas, em termos globais, e 28 por cento da população do Terceiro Mundo vivem em pobreza extrema e têm dificuldade de satisfazer até mesmo essas necessidades absolutas. E ainda haveria aquelas necessidades que são satisfeitas também em relação ao grupo social e ao ambiente⁶².

De todo modo, são enormes as evidências de que “os atuais níveis de consumo não poderão ser satisfeitos de maneira sustentável apenas com recursos renováveis e que, portanto, temos que limitar o consumo se não quisermos ameaçar o bem-estar das gerações futuras”⁶³.

A sociedade de consumo, que consome gente segundo GALEANO⁶⁴, obriga as pessoas a consumir, enquanto a televisão dá cursos de violência a letrados e analfabetos. A tal ponto que caminhar pelas ruas das grandes cidades latino-americanas está se convertendo em uma atividade de alto risco. Ficar em casa, também. Já se fala na cidade como prisão, pois em muitas de nossas cidades quem não está preso por obrigação, está preso de medo.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. Da democracia - para uma certa ideia da Itália. Tradução de Anna Bracchiolla Cabreira. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (Organizador). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 116-117.

⁵⁹ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolo**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Editora Record, 2003, p. 17.

⁶⁰ LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado**: un debate sobre la cultura planetaria. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011, p. 154.

⁶¹ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: princípios e aplicações. Tradução de Alexandra Nogueira, Gonçalo Couceiro Feio e Humberto Nuno Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 290-291.

⁶² DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: princípios e aplicações, 291-297.

⁶³ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: princípios e aplicações, p. 298.

⁶⁴ GALEANO, Eduardo. **Úselo e tírelo**: el mundo visto desde una ecología latinoamericana. Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta, 2004, p. 130-131.

Ainda conforme GALEANO⁶⁵, o sistema fabrica pobres e lhes declara guerra. E o que sucede é que muitas vezes a injustiça social se reduz a um assunto de polícia.

O que se evidencia mesmo é que, em um mundo unificado pelo dinheiro, a modernização expulsa muito mais gente do que integra⁶⁶.

Nas raízes do fenômeno, que são sociais, está uma combinação de filosofia de vida consumista e oportunidades cada vez mais restritas aos pobres⁶⁷, que, na realidade, sofrem um duplo estigma: desimportância e falta de mérito⁶⁸.

Por tudo isso, há que se compreender o tema da desigualdade para além da questão equivocadamente limitada da renda per capita. Isso porque a noção de desigualdade vai além; situa-se na relação que existe entre pobreza e vulnerabilidade social, corrupção, acumulação de perigos, bem como humilhação e negação de dignidade⁶⁹.

De fato, há evidência de que a desigualdade na distribuição do rendimento – e aqui não se está a falar apenas em pobreza absoluta - tem um relação direta com maiores taxas de mortalidade e morbidade. É dizer, os relativamente pobres têm maior incidência de mortes e doenças do que os relativamente ricos. E esse estresse causado por um menor controle sobre as circunstâncias da vida gera um maior risco, p.ex., de perda do emprego, além de um nível inferior de posição social e respeito, com maior incidência de situações vivenciadas de desrespeito e de vergonha, e isso, não raro, descamba para raiva e violência⁷⁰.

E é nesse contexto que velhos problemas como *pobreza* e *miséria* se situam e se renovam. Não como mero pano de fundo para atores que procuram os JEFs, mas como coadjuvantes mesmas daqueles (Outros) que quase nada têm, e que vivem em perene risco e em busca de reconhecimento, tanto no que toca ao direito em si, quanto no que diz respeito à solidariedade (eticidade)⁷¹.

Daí a imensa importância dos juizados especiais, quer estaduais quer federais, do ponto de vista do acesso à justiça e da concretização de direitos, em um país como o Brasil, que ainda convive com elevados índices de pobreza e de riscos de toda ordem.

⁶⁵ GALEANO, Eduardo. **Úselo e tírelo**: el mundo visto desde una ecología latinoamericana, p. 151-156.

⁶⁶ GALEANO, Eduardo. **Úselo e tírelo**: el mundo visto desde una ecología latinoamericana, p. 176.

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais uma era global. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 11.

⁶⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais uma era global, p. 15.

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais uma era global, p. 31.

⁷⁰ DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: princípios e aplicações, p. 327.

⁷¹ "Segundo Honneth, para cada forma de reconhecimento (amor, direito e solidariedade) há uma autorrelação prática do sujeito (autoconfiança nas relações amorosas e de amizade, autorrespeito nas relações jurídicas e autoestima na comunidade social de valores). A ruptura dessas autorrelações pelo desrespeito gera as lutas sociais. Portanto, quando não há um reconhecimento ou quando esse é falso, ocorre uma luta em que os indivíduos não reconhecidos almejam as relações intersubjetivas do reconhecimento. Toda luta por reconhecimento inicia por meio da experiência de desrespeito. O desrespeito ao amor são os maus-tratos e a violação, que ameaçam a integridade física e psíquica; o desrespeito ao direito são a privação de direitos e a exclusão, pois isso atinge a integridade social do indivíduo como membro de uma comunidade político-jurídica; o desrespeito à solidariedade são as degradações e as ofensas, que afetam os sentimentos de honra e dignidade do indivíduo como membro de uma comunidade cultural de valores." [SALVADORI, Mateus. **HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. Conjectura, Caxias do Sul, v. 16, n. 1, jan./abr. 2011, p.191].

E uma compreensão mais ampla dessa realidade deve passar por uma análise, ainda que breve, do fenômeno multifacetado da globalização. Até mesmo porque a pobreza, com a humilhação e a falta de perspectivas, é uma dedicada companheira de viagem, que, segundo BAUMAN⁷², persiste não apenas em países onde pobreza, miséria e desnutrição são de há muito conhecidas, mas está tornando a visitar terras das quais parecia ter sido expulsa e banida.

8 GLOBALIZAÇÃO E JEFS

Quando tratamos da atual globalização estamos na realidade a tratar de gigantescas alterações operadas no campo tecnológico, com formação de redes universais de interesses econômico-financeiros, e que tornaram possíveis, de um lado, por exemplo, progressos surpreendentes da informática e da cibernética. De fato, a era da informação que estamos vivendo se processa independentemente da soberania dos Estados nacionais e para além dos organismos transnacionais como União Europeia ou MERCOSUL⁷³.

De outro lado, é preciso que se tenha a percepção de que crescem, com a economia global, os abusos perpetrados pelo capitalismo internacional, notadamente em operações puramente especulativas. E, de uma certa forma, essa globalização da qual se trata não seria outra coisa senão um novo nome do imperialismo⁷⁴.

A globalização econômica também acaba pondo em xeque a centralidade e exclusividade das estruturas jurídicas e judiciais do Estado moderno, baseadas, até então, nos princípios da soberania e da territorialidade, sob o primado do equilíbrio entre os poderes, da distinção entre público e privado, entre o interesse individual e o coletivo. Enfim, a própria “concepção do direito positivo como um sistema lógico-formal de normas abstratas, genéricas, claras e precisas”⁷⁵.

Conforme lição de SEVERO ROCHA⁷⁶, a teoria jurídica da modernidade, toda ela, é ligada à noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu em uma dinâmica que se chama normativismo. E mesmo em uma sociedade globalizada o que ainda se tem é uma teoria jurídica originária na modernidade e presa às ideias de Estado e de norma jurídica. Porém, quando se ingressa em uma forma de sociedade assim globalizada ou transnacionalizada ou, ainda, pós-moderna, todo e qualquer enfoque ligado ao normativismo e ao Estado acaba por se tornar por demais limitado. Daí por que faz-se necessária uma epistemologia construtivista, que dê ênfase à temática da pluralidade social, da complexidade, dos paradoxos e riscos, e “que mostre algumas das consequências que esta perspectiva está provocando na teoria do Direito”⁷⁷.

⁷² BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais: desigualdades sociais uma era global**, p. 52.

⁷³ REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política: (ensaio)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

⁷⁴ REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política: (ensaio)**, p. 59.

⁷⁵ FARIA, José Eduardo. **A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão**, p. 33.

⁷⁶ SEVERO ROCHA, Leonel. Prefácio. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 9-10.

⁷⁷ SEVERO ROCHA, Leonel. Prefácio, p. 10.

E essa nova hermenêutica é aquela que surge quando se percebem as insuficiências da noção de norma jurídica, “e se começa a entendê-la como algo que não é completo, um conceito que é limitado, que deve ser completado pela interpretação social”⁷⁸.

Daí CAMPILONGO⁷⁹ afirmar que interpretação jurídica é interpretação do direito da Sociedade na Sociedade, e que, por isso mesmo, a recursividade ao social é inevitável e deliberada.

Na sequência, vai se examinar a relevância do aporte tecnológico ensejado por esses novos tempos, particularmente o processo-eletrônico, para o contexto dos JEFs; e debater algo acerca dos reflexos disso para o meio ambiente.

9 MEIO AMBIENTE, PROCESSO ELETRÔNICO E JEFs

Diante daqueles desafios gerados por riscos de toda ordem e pela globalização, os juizados especiais são também chamados a tomar uma nova posição, mais sintonizada com os imensos desafios ambientais enfrentados não só pelo Brasil, mas por todas as nações.

Tanto que a Declaração de Buenos Aires (2012), em sua versão final, incorpora as propostas apresentadas e aprovadas por unanimidade na Assembleia Plenária da XVI Edição da Cumbre Judicial Iberoamericana, realizada nos dias 25, 26 e 27 de abril de 2012, naquela capital da República Argentina. E afirma, expressamente, que é importante que os órgãos judiciários considerem suas responsabilidades socioambientais em seus planejamentos estratégicos, incluindo a preferência por práticas que combatam o desperdício de recursos naturais, incentivem a sustentabilidade e evitem danos ao meio ambiente.

Segundo ROVER⁸⁰, o uso de sistemas informatizados pela Justiça é a melhor das estratégias para realizar a sua função de solucionar os conflitos sociais. Para tanto, sustenta esse autor, é preciso inovar o direito, superar o individualismo e o conservadorismo e compreender as transformações que ocorrem na sociedade decorrentes das inovações tecnológicas e sociais, abrindo-se, pluridisciplinarmente, às novas formas de organizar a Justiça.

A adoção do processo eletrônico por parte da Justiça brasileira começou justamente nos JEFs, ora estudados. E muitas são as vantagens geradas pela implementação dessa importante prática cada vez mais presente no nosso dia-a-dia. Mas também há desafios que devem ser permanentemente considerados, enfrentados e vencidos, sobretudo com a segurança do sistema e, principalmente, com a saúde dos usuários.

O processo eletrônico deve ser analisado em uma dupla perspectiva: da sustentabilidade e, também, da ampliação ou da facilitação do acesso à justiça.

A implantação do processo eletrônico no Judiciário brasileiro teve início há pouco mais de uma década. Pode-se citar, como exemplo, a Justiça Federal da 4ª Região, que congrega os Estados do Rio Grande do Sul, do Paraná e de Santa Catarina, e que desenvolveu

⁷⁸ SEVERO ROCHA, Leonel. Prefácio, p. 11.

⁷⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 139.

⁸⁰ ROVER, Aires José. **Definindo o termo processo eletrônico**. Disponível em: <<http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/conceitoprocessoeletronico.pdf>>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

seu próprio sistema de processo eletrônico (softwares livres); inicialmente só para os feitos que tramitavam nos JEFs e, mais recentemente, para todos os seus processos.

O sistema permite o processamento das ações judiciais por meio de autos totalmente virtuais, dispensando por completo o uso do papel, proporcionando maior agilidade, segurança e economia na prestação jurisdicional.

A expansão do processo virtual foi disciplinada pela Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, autorizando o uso de meio eletrônico na tramitação de todas as ações cíveis, penais e trabalhistas em qualquer grau de jurisdição. Essa inovação legislativa, de fazer inveja a muitos países de primeiro mundo, propicia o uso dos meios mais avançados da tecnologia da informação para que o Judiciário brasileiro possa romper barreiras em busca de uma prestação jurisdicional mais célere e de maior qualidade. A busca do novo motivou a aprovação de medidas de modernização do Judiciário, para vencer a burocracia de seus atos e a morosidade na prestação jurisdicional⁸¹.

Com o processo virtual, em suma, as assinaturas são eletrônicas: sem caneta, sem carimbo. O processo pode ser acessado – e, bem assim, a ação que o deflagra pode ser ajuizada - de qualquer lugar do mundo, a qualquer hora, bastando uma conexão com a internet, o que hoje já se consegue com um mero aparelho de telefonia celular ou até mesmo com alguns jogos infantis. Como se intui, ganha-se tempo. O processo tende a ser mais célere; menos burocrático. Abandonam-se algumas expressões (folha). Surgem outras (evento).

O meio ambiente passa a ser o primeiro e o maior beneficiado com a adoção do processo eletrônico ou virtual, na perspectiva do desenvolvimento sustentável. De fato, todo indivíduo, família, organização e comunidade têm um papel vital a cumprir. Assim também as artes, as ciências, as religiões, as instituições educativas, os meios de comunicação, as empresas, as instituições não-governamentais e os governos são todos chamados a oferecer uma liderança criativa no que toca à sustentabilidade⁸². E é disso que também se cuida quando se aborda o tema do processo eletrônico no âmbito do Poder Judiciário. Afinal, “vinte e duas árvores são cortadas para se fazer uma tonelada de papel, sendo necessários 100.000 (cem mil) litros de água e 5.000 (cinco mil) KW/h de energia elétrica”⁸³. E com o processo virtual, vale repetir, não há mais papel.

Outro ganho ambiental que decorre da implantação do processo virtual é a sensível redução da necessidade de deslocamento físico das partes e de seus procuradores até os prédios da Justiça, o que faz diminuir as emissões de CO₂⁸⁴.

⁸¹ LAZZARI, João Batista. Justiça sem papel: uma realidade dos Juizados Especiais Federais do sul do Brasil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 18, jun. 2007.

⁸² COCA, Ana María Fernández. Los derechos socioambientales y sustentabilidad. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (coordenadores). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012, p. 352.

⁸³ PRESTES, Maria da Graça Orsatto. Gestão ambiental no poder judiciário: implementação de práticas administrativas ecoeficientes. IBRAJUS – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. **REVISTA ONLINE**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=27>>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

⁸⁴ DADICO, Claudia Maria. Levando a gestão ambiental a sério... **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 42, jun. 2011, p. 12. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao042/claudia_dadico.html>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

Mas para bem servir aos JEFs, essa importante ferramenta tecnológica há que se fazer acompanhar de competente e dedicada gestão. E é de gestão judiciária que se cuidará, ainda que brevemente, no tópico seguinte.

10 O IMPORTANTE PAPEL DA GESTÃO PARA O JUDICIÁRIO E PARA OS JEFS

Ações de modernização da gestão do Judiciário são essenciais, pois, a partir do momento em que o Estado detém o monopólio da jurisdição, deve desempenhar a atividade jurisdicional com eficiência e eficácia, de modo a acompanhar as transformações sociais e dar conta das demandas que lhe são propostas. Eis a percepção de PONCIANO⁸⁵, para quem, ainda, a modernização se desenvolve em várias frentes, por exemplo: capacitação dos recursos humanos (juízes e servidores), planejamento estratégico e investimento em recursos tecnológicos, principalmente em ferramentas tecnológicas proporcionadas pela tecnologia da informação.

Os grandes estudiosos de processo, segundo ANDREWS⁸⁶, devem manter suas mentes abertas para duas possibilidades: “a de que existem caminhos melhores para realizar coisas semelhantes e a de que, de tempos em tempos, maneiras interessantes e criativas de fazer novas coisas surgirão”. Por isso mesmo, é preciso que haja constante estímulo para que os problemas locais que afetam o sistema judiciário sejam pensados e soluções, de preferências simples e criativas, sejam encontradas.

Em relação à morosidade da Justiça, existe necessidade premente de ampla atualização legislativa, resumindo os ritos e encurtando procedimentos desnecessários e custosos. Mas cabe também ao Poder Judiciário, em suas práticas cotidianas, criar mecanismos, independentemente de qualquer modificação legislativa, para o equacionamento dos problemas decorrentes da morosidade⁸⁷.

E sob uma análise de maior espectro, as pressões decorrentes das inovações tecnológicas, dos novos paradigmas industriais, com desterritorialização da produção e transnacionalização dos mercados, e com uma nova divisão mundial do trabalho, tudo faz com que o Judiciário - com sua tradicional estrutura organizacional hierarquizada e fechada, e que sempre seguiu uma lógica de rígida e linear submissão à lei - tenha “de enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, de modernizar suas estruturas administrativas e de rever seus padrões funcionais, para tentar conseguir sobreviver como um poder autônomo e independente”⁸⁸.

Os JEFs vieram justamente para buscar reverter essa situação, mas por conta da grande demanda e de seu rito próprio, a necessidade de gestão faz-se sentir de modo muito

⁸⁵ PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Condicionantes externas da crise do Judiciário e a efetividade da reforma e do “Pacto Republicano por um Sistema Judiciário mais acessível, ágil e efetivo”. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009.

⁸⁶ ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**, 2012, p. 533.

⁸⁷ ARAGÃO, Ronivon de. Gestão de inspeção permanente em uma unidade judicial: uma proposta construída a partir da experiência no juizado especial federal adjunto à 7ª Vara Federal de Sergipe. In: *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 19, v. 1, mar./2009, p. 334.

⁸⁸ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 33.

destacado. Tanto que ATAIDE JUNIOR⁸⁹ pondera: “O caso dos Juizados Especiais é a prova mais contundente de que o direito processual, para se efetivar, depende da gestão judiciária. Sem iniciativa e criatividade judiciárias, o direito processual raramente acontece”.

Cumpra agora, então, por ocasião do último tópico, tratar da figura que tem a missão de, com iniciativa e criatividade, buscar tornar realidade a promessa de uma justiça efetiva e célere: o juiz.

11 O JUIZ DE UM NOVO TEMPO

Não bastam ao Poder Judiciário iniciativas modernizadoras tão somente em relação à descentralização administrativa, a investimentos em informática e instalações físicas e à mobilização pelo aumento do número de varas e juízes. É imprescindível que se busque eficiência operacional e justiça social⁹⁰.

Por isso mesmo, atualmente, o papel atribuído ao Judiciário exige dos juízes uma nova postura, desafiando-os a exercer seus poderes criativos à luz dos valores hauridos da Constituição⁹¹.

A perfeita percepção da função de julgar deve passar, segundo ROCHA⁹², pela compreensão da complexidade da vida humana e social e das relações vitais que se armam e se expandem nesse ambiente, já que não se esgotam nos silogismos legais, por mais perfeitos que possam ser imaginados por seus elaboradores.

Com a Lei 9.099/1995, o juiz transformou-se em figura mais atuante, com mais liberdade de ação e dotada de mais poder. A decisão, afinal de contas, não precisa mais ser restrita a parâmetros legais (v. artigos 4º, 5º e 6º)⁹³.

E os juizados especiais têm o mérito de prometer a liberdade das formas e não desmenti-la em seguida, conforme pondera DINAMARCO⁹⁴, tornando possível um processo que favoreça um contato mais espontâneo e informal do juiz com os litigantes e com as fontes de prova. Não se trata de abrir campo ao arbítrio, mas os juizados permitem ao juiz criar modos de tratar a prova, colher a instrução, sentir as pretensões das partes, interrogá-las livremente e dialogar com elas e com as testemunhas; tudo sem as formas sacramentais do processo tradicional. “Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação, ele não está ultrajando a garantia constitucional do contraditório”; ao contrário, deixando de lado o imobilismo do juiz-espectador, “ele dará oportunidades iguais às partes e, no informalismo de atos não desenhados minuciosamente em lei, garantirá que a luta entre elas se trave em *paridade em armas*”⁹⁵.

⁸⁹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, área de concentração em Direito das Relações Sociais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2013, p. 176.

⁹⁰ FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão, p. 23-24.

⁹¹ MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 41-42.

⁹² ROCHA, Cesar Asfor. **Cartas a um jovem juiz**: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 20.

⁹³ SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 7.

⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 129.

Porém, e tentando agora responder aquelas perguntas lançadas antes, relativas à possibilidade de, em certa medida e sob certas condições, privilegiar a celeridade em detrimento de algumas garantias, notadamente o contraditório e a ampla defesa, parece muito evidente que a busca por celeridade ou pela razoável duração do processo não pode ser feita a qualquer preço; é dizer, ferindo-se valores constitucionais conquistados ao longo dos séculos, mui especialmente o direito ao contraditório e à ampla defesa⁹⁶.

Nada é tão urgente que tenha que ser decidido no afogadilho, às pressas, sem uma análise mais refletida e com amparo no bom-senso. E é isso que garante qualidade às decisões.

Sensata a ponderação de HOFFMAN⁹⁷: “[...] Rejeita-se um processo extremamente lento e ineficaz, mas também um processo precipitado e decidido de forma incongruente”.

É preciso encontrar, segundo XAVIER e SAVARIS⁹⁸, “o ponto de equilíbrio entre a garantia constitucional da ampla defesa, com a utilização dos meios recursais disponíveis, e o direito fundamental à duração razoável do processo”.

ATAIDE JUNIOR⁹⁹ faz referência à necessidade de um *novo juiz*, que, para além de sua formação técnica, desfrute também de uma formação interdisciplinar que lhe permita conhecer a realidade social, econômica e mesmo psicológica relacionada à lide. E é exatamente com essa formação mais ampla que esse novo juiz se torna mais sensível, também, à necessidade de um novo processo, “menos burocrático e mais oral (ou virtual?), com a revitalização da audiência como instrumento destinado a oferecer uma solução jurisdicional mais rápida e efetiva”¹⁰⁰.

Para além disso, esse novo juiz deve, tanto quanto possível, conhecer e dominar as possibilidades hermenêuticas e argumentativas desses novos tempos.

A positivação é, como lembra DIAS¹⁰¹, uma estratégia institucional de coerência e de redução de complexidade, mas isso não libera o intérprete, hoje se percebe, de observar a compatibilidade entre os direitos fundamentais e as regras que os especificam.

Por isso mesmo, a garantia de público acesso ao Judiciário toca, na realidade, na garantia de práticas deliberativas pautadas pelo uso público da razão, sobretudo quando está em jogo a definição e a concretização de direitos fundamentais¹⁰².

E a Teoria da Argumentação Jurídica, “visa a questionar e demonstrar a *possibilidade* e a *viabilidade* de uma fundamentação racional do discurso especificamente *jurídico*, estipulando-lhe algumas *regras e formas*”¹⁰³.

⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, p. 323.

⁹⁷ HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coordenadores). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 326.

⁹⁸ XAVIER, Flávia da Silva; SAVARIS, José Antonio. **Recursos cíveis nos juizados especiais federais**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 31.

⁹⁹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O novo juiz e a administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69-72.

¹⁰⁰ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O novo juiz e a administração da justiça**, p. 72.

¹⁰¹ DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. Vol. 83, abr.-jun./2013, p. 102.

¹⁰² DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo, p. 112-113.

¹⁰³ TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 395, jan.-fev./2008, p. 613.

É que, como existe sempre uma margem de livre apreciação judicial, faz-se necessário controlar racionalmente as decisões judiciais, a fim de que não descambem, como pontuado antes, para o arbítrio de quem decide. Daí a exigência de justificação das decisões.

E se não há uma única resposta correta¹⁰⁴, sobretudo em relação aos casos chamados difíceis, e lembrando sempre que o texto normativo é mero projeto para solução do caso¹⁰⁵, então se sobreleva a importância da atividade judicial em nossos dias, já que só garantir pleno contraditório, ampla defesa e celeridade ou, ao menos, duração razoável ao processo não basta para se fazer justiça em determinados casos.

Por tudo isso, o que se evidencia na atualidade, segundo ATAIDE JUNIOR¹⁰⁶, é que está se experimentando um novo estágio metodológico do direito processual civil. Respiram-se os ares do que se pode chamar de processo civil pragmático, o quinto estágio metodológico¹⁰⁷, pois o pragmatismo tem orientado decisões em todos os planos de produção do direito processual¹⁰⁸. Isso através de um método que ajude a resolver problemas reais, que forneça meios concretos de atuação e decisão¹⁰⁹.

O pragmatismo jurídico, obviamente, não se vale apenas da economia para medir e avaliar as consequências práticas das proposições jurídicas. Seu enfoque é multidisciplinar e por isso mesmo também vai buscar conhecimentos, por exemplo, na administração e na sociologia¹¹⁰. Sobretudo, “é um método para concretizar as promessas contidas na Constituição. Os juízes pragmáticos não decidem segundo suas preferências pessoais, mas segundo os imperativos constitucionais”¹¹¹.

E os juizados especiais têm um papel importantíssimo nesse contexto, justamente porque não representam uma simples reforma ou mera introdução de mais uma estrutura judiciária; mas são, isto sim, a incorporação de um novo paradigma, tanto que hoje se pode falar de um antes e um depois dos juizados especiais¹¹².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode perceber, não basta pretender-se modificar a lei processual, no geral, ou a lei dos juizados especiais federais, no particular, para se conseguir superar alguns problemas e entraves que ainda afetam o sistema dos Juizados Especiais Federais. Faz-se necessário recorrer à gestão, com o aporte das novas tecnologias, como é o caso do processo eletrônico. E diante de um sistema jurídico aberto e incompleto, é preciso mais. É

¹⁰⁴ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio, p. 137.

¹⁰⁵ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio, p. 133.

¹⁰⁶ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 17.

¹⁰⁷ Os quatro estágios metodológicos anteriores seriam: a) sincretismo ou imanentismo; b) autonomismo ou processualismo; c) instrumentalismo; e, d) neoprocessualismo ou formalismo-valorativo.

¹⁰⁸ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 220.

¹⁰⁹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 46.

¹¹⁰ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 87.

¹¹¹ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo civil pragmático**, p. 98.

¹¹² SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática, p. 1.

preciso um novo juiz; o juiz de um novo tempo, globalizado e repleto de riscos, é verdade, mas também um tempo plural e aberto à interdisciplinaridade. Um juiz que saiba dialogar com as partes e argumentar através de suas decisões; preocupado com a celeridade, sem, contudo, relegar o contraditório e a ampla defesa; cômico, enfim, de que muitas vezes só o direito não é o bastante.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.

_____. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra; tradução do autor; [orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier]. - 2ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARAGÃO, Ronivon de. Gestão de inspeção permanente em uma unidade judicial: uma proposta construída a partir da experiência no juizado especial federal adjunto à 7ª Vara Federal de Sergipe. In: **Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, n. 19, v. 1, mar./2009, p. 333-374.

ARAÚJO, Gisele Silva. Função social do direito. In: FERREIRA, Lier Pires et alli (Organizadores). **Curso de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **O novo juiz e a administração da justiça**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Processo civil pragmático**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, área de concentração em Direito das Relações Sociais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor. Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart. Curitiba, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais uma era global. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOBBIO, Norberto. Da Democracia – para uma certa idéia da Itália. Tradução de Anna Bracchiolla Cabreira. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (Organizador). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BUENO, Arthur. Diálogo com Ulrich Beck. In: BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias, sociedad**. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

- CARDOSO, Oscar Valente. **Juizados especiais da fazenda pública**: (comentários à Lei n. 12.153/2009). São Paulo: Dialética, 2010.
- CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coordenadores). **Juizados especiais federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. **Revista dos Tribunais**, v. 691, mai. 1993.
- COCA, Ana María Fernández. Los derechos socioambientales y sustentabilidad. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Coordenadores). **Direitos fundamentais da pessoa humana**: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade, 2012.
- CUNHA, Luciana Gross Siqueira. **Juizado especial**: criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DADICO, Claudia Maria. Levando a gestão ambiental a sério... **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 42, jun. 2011, p. 12. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao042/claudia_dadico.html>. Acesso em: 28 de mai. 2013.
- DALY, Herman; FARLEY, Joshua. **Economia Ecológica**: princípios e aplicações. Tradução de Alexandra Nogueira, Gonçalo Couceiro Feio e Humberto Nuno Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. Vol. 83, abr.-jun./2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social**: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- FARIA, José Eduardo. A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenador). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005 / Escola Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução da 8. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**, São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- GALEANO, Eduardo. **Úselo e tírelo**: el mundo visto desde una ecología latinoamericana. Buenos Aires: Grupo Editorial Planeta, 2004.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Editora Record, 2003.
- HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coordenadores). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 321-346.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais. Série pesquisas do CEJ, 14. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

LASZLO, Ervin. **Um salto quântico no cérebro global**: como o novo paradigma científico pode mudar a nós e o nosso mundo. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2012.

LAZZARI, João Batista. Justiça sem papel: uma realidade dos Juizados Especiais Federais do sul do Brasil. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 18, jun. 2007.

LIPOVETSKY, Gilles; JUVIN, Hervé. **El Occidente globalizado**: un debate sobre la cultura planetaria. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial Anagrama, 2011.

MANGONE, Kátia Aparecida. Análise da aplicação do Código de Processo Civil aos Juizados Especiais Federais Cíveis. In: SERAU JR., Marco Aurélio; DONOSO, Denis (coordenadores). **Juizados especiais federais**: reflexões nos dez anos de sua instalação. Curitiba: Juruá, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O direito à tutela jurisdicional: o novo enfoque o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**, vol. 926, dez. 2012, p. 135-176.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coordenador). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 177-204.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo, 10. ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Condicionantes externas da crise do Judiciário e a efetividade da reforma e do “Pacto Republicano por um Sistema Judiciário mais acessível, ágil e efetivo”. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 31, agosto. 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PRESTES, Maria da Graça Orsatto. Gestão ambiental no poder judiciário: implementação de práticas administrativas ecoeficientes. IBRAJUS – Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário. **REVISTA ONLINE**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=27>>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política**: (ensaios). São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Cesar Asfor. **Cartas a um jovem juiz**: cada processo hospeda uma vida. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROVER, Aires José. **Definindo o termo processo eletrônico**. Disponível em: <<http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/conceitoprocessoeletronico.pdf>>. Acesso em: 28 de mai. 2013.

SADEK, Maria Tereza. **Juizados especiais**: da concepção à prática. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fnp3.braininternp.com.br%2Fupload%2Fihb%2Fa>>

rquivo%2FMaria%2520Tereza%2520Sadek.doc&ei=endiU8v9C6-t8gHx7YGYCA&usg=AFQjCNFKZ4IO5t-hFFRAs9hqUtgVIVC60w>. Acesso em: 24 ago. 2012.

SALVADORI, Mateus. **HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. Conjectura, Caxias do Sul, v. 16, n. 1, jan./abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHWENCK, Terezinha. **Os novos direitos.** Jus Navegandi, Teresina, a. 06, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2566>>. Acesso em 07 nov. 2008.

SEVERO ROCHA, Leonel. Prefácio. In: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A justificação do direito e sua adequação social:** uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 395, jan.-fev./2008.

WAAL, Frans de. **A era da empatia:** lições da natureza pra uma sociedade mais gentil. Tradução de Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

XAVIER, Flávia da Silva; SAVARIS, José Antonio. **Recursos cíveis nos juizados especiais federais.** Curitiba: Juruá, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. **Revista da Esmesc – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, v. 6. p. 49-58, maio/1999

MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS E MULTICULTURALISMO: UM DESAFIO PARA A UNIÃO EUROPEIA

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

Guido Sirianni²

Carla Piffer³

INTRODUÇÃO

É inegável que a globalização tem sido responsável por consideráveis transformações da sociedade. E esta, juntamente com a transnacionalidade, tem afetado a forma de pensar e de atuar do Estado. Neste contexto, analisa-se a imigração no âmbito da União Europeia, a ação de vir a se estabelecer em um dos Estados que a compõem, sob a ótica da transnacionalidade.

Parte-se do pressuposto de que o ato de migrar, de se movimentar para Estados em que o sujeito em movimento não possui a cidadania deste, envolve a figura do imigrante na sua condição de ser humano sujeito de direitos e obrigações. Estes imigrantes, como parte do componente humano das relações sociais que possuem ligação com a sobrevivência e o deslocamento do ser humano no planeta a partir dos efeitos da globalização, serão tratados como transmigrantes.

Nesta ordem, a imigração é abordada sob a vertente da transnacionalidade, pois denota a construção de elementos de ligação ou do estabelecimento de redes tanto com o país de origem quanto com o país de destino, com a característica peculiar de não haver necessariamente um único local de origem e um único local de destino. Denota-se que tais redes migratórias são também as responsáveis pelas ligações interpessoais que conectam imigrantes e não imigrantes em locais comuns, embora ambos possuam características culturais únicas, as quais devem coexistir sob a bandeira do multiculturalismo.

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica. (liton@univali.br)

² Graduado em Direito pela Università di Roma, advogado, Professor de Instituições de Direito Público junto ao Departamento de Ciências Políticas da Università degli Studi di Perugia – UNIPG e Professor de Direito Público junto ao Doutorado de Direito da mesma universidade. (guisir@yahoo.it)

³ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2014) em regime de Dupla Titulação com a Università degli Studi di Perugia – UNIPG, Itália. Bolsista da CAPES pelo Programa de Doutorado Sanduiche no Exterior – PSDE, no período de 01.04 a 31.07.2012 realizado junto à Università degli Studi di Perugia – UNIPG, Itália. Mestre pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC. (2008). Professora Universitária. (cpiffer79@hotmail.com).

Nesta perspectiva, pretende-se sustentar que a compatibilização das relações transnacionais não possuirão resquícios de efetividade e reconhecimento se continuarem sendo tratadas somente no âmbito dos Estados nacionais, as quais demonstram ser um grande e premente desafio à União Europeia em épocas transnacionais por vários motivos: pelo caráter negativo atribuído às migrações e a dicotomia existente entre a assimilação e integração dos envolvidos visando uma convivência multicultural.

1. MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS: CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

A fim de tentar evidenciar as mudanças das antigas Migrações que tinham como origem a Europa e destino o continente americano, em comparação com os movimentos verificados hoje, Gozzini demonstra que não é possível comparar os fatores propulsores destas grandes migrações com aqueles que contribuem com as ocorrências atuais. Da mesma forma não é possível responder também se as migrações de hoje representam maior ou menor quantidade das décadas precedentes⁴.

Isto porque devem ser levados em consideração contextos distantes tanto no tempo quanto no espaço, significando que o momento atual que envolve as migrações no planeta é novo, inédito, nunca antes percebido, e este ineditismo corresponde ao fato de se atribuir a estas o caráter transnacional⁵. O mundo assiste, portanto a ocorrência de migrações transnacionais ou transmigrações.

Quando Bauman inicia sua obra⁶ mencionando que somos uma soma de diásporas, talvez não seja possível evidenciar o alcance e abrangência desta afirmação, principalmente pelo fato do autor utilizar vespas e abelhas de colmeias distintas⁷ como objeto de análise. Isto porque, para ele, a fluidez da adesão e da constante mistura das populações são a norma também entre os insetos sociais: um implementado aparentemente de forma ‘natural’, sem necessidade de recorrer à comissões do governo, leis forçosamente criada, cortes supremas e centros de detenção temporários para os requerentes de asilo⁸.

⁴ GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005. p. 18.

⁵ Para efeitos deste estudo, a transnacionalidade é tratada como “fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais e corresponde aos vínculos que atravessam os limites do Estado e traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado”. 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.

⁶ BAUMAN, Zygmunt. **L’etica in un mondo di consumatori**. Bari: Laterza, 2010.

⁷ Para justificar esta afirmação o autor apresenta a seguinte metáfora: faz uma comparação com as colmeias de vespas e abelhas a partir de alguns estudiosos de um zoológico de Londres que se deslocaram para realizar um experimento no Panamá e verificaram que, em média, 56% das vespas mudam de colmeia durante sua vida. Estas, naturalmente são aceitas nas novas colmeias como parte integrante do novo grupo, ou seja, as colmeias são populações mistas de vespas nativas e vespas Imigrantes, que trabalham e vivem juntas, independentemente da origem dos seus integrantes. Assim o autor afirma que as vespas Imigrantes não são estranhas ao grupo, pois, quiçá, podem ser até parentes próximas das suas atuais colegas. BAUMAN, Zygmunt. **L’etica in un mondo di consumatori**. p. 03.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **L’etica in un mondo di consumatori**. p. 06.

A realidade é verdadeiramente esta: somos uma soma de diásporas verificadas no local e no global, ambas compostas por uma soma de diferentes etnias que não se reporta a governos e comissões para seu próprio reconhecimento. Significa, conforme afirma o autor que “Hoje em dia somos todos ou estamos rapidamente nos transformando como as vespas do Panamá”⁹. Tudo isso é verificado em virtude do caráter transnacional das migrações.

Neste norte, as migrações transnacionais podem ser definidas inicialmente como o processo mediante o qual os imigrantes constroem elementos de ligação tanto com seu país de origem quanto com seu país de destino, ou seja, entre diferentes diásporas. No entanto, para que se possa utilizar este conceito, faz-se necessário “Parar de compreender a migração como um processo que possui um local de origem e um local de destino”¹⁰.

Tal fato tornava-se comum, pois no passado, diante das dificuldades de comunicação e locomoção, os imigrantes rompiam quase que completamente as relações sociais e ligações culturais com seu país de origem, aderindo única e exclusivamente ao contexto econômico, político e cultural do país de permanência. Significa, portanto, que o “cordão umbilical” com a terra era cortado, o que era claramente justificável, pois os contatos mantidos entre terra de origem e de destino eram exclusivamente para transferir as experiências migratórias aos que continuavam na “terra-mãe” e nada mais.

Hodiernamente o então transmigrante se utiliza das “benesses” oferecidas pelas técnicas da globalização - como o aprimoramento dos meios de comunicação e a facilidade de mobilidade em curtos espaços de tempo por exemplo - para realizar uma migração, que hoje se apresenta como uma relação transnacional. Deste modo, a figura do transmigrante é “caracterizada pela participação simultânea em ambos os polos do movimento migratório e do frequente pêndulo entre eles”¹¹.

Assim, embora o Estado seja o ponto de partida para analisar a ocorrência das migrações transnacionais, esta possui uma perspectiva mais abrangente: não é possível analisar o fenômeno somente a partir do local de origem dos transmigrantes; noutro norte, também não se pode avaliá-lo dentro dos limites territoriais do destino das migrações. Muitas variáveis intercedem neste meio: quem sabe o transmigrante possui como origens locais diferentes do seu país e, quem sabe o destino atual seja um de muitos outros que estão por vir.

Resta levar em consideração e enaltecer que a transnacionalidade das migrações propicia o manutenção das ligações sociais do transmigrante com o seu país de origem, seus costumes e sua bagagem cultural. É isto que ele levará consigo na forma de bagagem e que denota o caráter transnacional da relação. Hoje, com a transnacionalidade das

⁹ BAUMAN, Zygmunt. *L'etica in un mondo di consumatori*. p. 09.

¹⁰ AMBROSINI, Maurizio. *Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali*. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 45.

¹¹ AMBROSINI, Maurizio. *Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali*. p. 45.

migrações, o imigrante traz consigo toda sua bagagem cultural e social e a insere no novo país estabelecendo novas interconexões com os territórios distintos, ou seja, continua mantendo um elo com seu país de origem e começa a construir relações no país de destino. Tal fato é chamado pela doutrina de redes migratórias.

Denota Ambrosini que “As redes de migração são definidas como conjuntos de laços interpessoais que ligam migrantes, migrantes precedentes e não migrantes nas áreas de origem e destino”¹². Esta é uma das principais diferenças entre os antigos e os novos processos migratórios. Diversamente dos grupos ou de qualquer outro tipo de junção social, as redes - que demonstram uma das características de relação transnacional das migrações - são atribuídas ao indivíduo e sobre o indivíduo: este será o nó, a sua única parte permanente e irremovível. Cada indivíduo é portador, teoricamente, de uma rede exclusiva que se liga às demais redes existentes, seja no país de origem ou no país de destino.

Os transmigrantes compõem, por sua vez, o fator humano de um processo social - as migrações transnacionais - que possui como produto as Redes migratórias, as quais são responsáveis pela manutenção e avivamento do processo de desenvolvimento de relações múltiplas de origem familiar, econômica, política e religiosa. O mais notável é que mesmo a mais rígida política migratória existente - a exemplo da atual política de imigração adotada pela União Europeia - não é capaz de conter este avivamento, nem mesmo de fazer cessar a manutenção das redes e, conseqüentemente, o seu caráter transnacional.

Para restar mais clara a ideia das redes migratórias, convém analisar o posicionamento de Baumann¹³ acerca das características do fator transnacional atribuído às migrações. Segundo o autor, a transnacionalidade é composta por todos os vínculos que perpassam os limites do Estado nacional. Isto significa que as migrações compõem, juntamente com tantos outros liames hoje estabelecidos sem limitação com o território soberano de determinado Estado, um dos aparatos transnacionais existentes. Para o autor, os processos transnacionais são dispostos em três planos: familiaridade à longa distância, transnacionalidade política ou religiosa e o plano das trocas entre as diásporas¹⁴.

De maneira muito simples é possível verificar que o fenômeno migratório se enquadra perfeitamente nos três planos da transnacionalidade: o primeiro, pois diz respeito às ligações que as famílias de Transmigrantes mantêm ou estabelecem com os costumes da sua pátria; o segundo se refere ao fato de que as discussões e lutas religiosas ou de ideologia política não se restringem mais aos limites geográficos do país de origem dos transmigrantes; o terceiro trata dos problemas similares evidenciados pelas diferentes

¹² AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. p. 16.

¹³ BAUMANN, Gerd. **L'enigma multiCulturale**. Bologna: Mulino, 2003. p. 160.

¹⁴ BAUMANN, Gerd. **L'enigma multiCulturale**. p. 161.

diásporas localizadas em um mesmo Estado quanto à luta por direitos considerados fundamentais, pela relutância quanto à exclusão social e xenofobia, por exemplo.

É obvio que estes três planos são genéricos e possuem subdivisões tão complexas quanto o próprio fenômeno. É também claro que a partir destes planos os transmigrantes tecem liames que permeiam suas relações no país de destino e interferem nas suas relações com o país de origem sem a necessidade de qualquer espécie de interferência ou autorização estatal.

Neste norte, Gozzini, defende que considerações desse tipo compõem um quadro mais amplo em que as redes comunitárias à distância, os fluxos de informação e conhecimento, correntes migratórias entre os locais de partida e de chegada de migrantes desempenham um papel igualmente importante, senão dominante. Através de gerações, o ‘transplante’ das comunidades migrantes construiu novas e especiais *hyphenated ethnic identities* (‘italo-americano’, ‘hispano-americanos’), uma espécie de identidade transnacional da ‘diáspora’ que mantêm uma relação com a pátria de origem, por sua vez, interligada em mais ou menos conflitante à lealdade nacional para o país de destino¹⁵.

Assumir a transnacionalidade como elemento das migrações significa observar com mais atenção uma das suas faces há tempos escondida e anulada, vez que elas não são compostas somente por uma viagem de ida a um país diferente. Isto é somente um detalhe frente a todas as relações, intercâmbios, influências e redes que circundam as migrações transnacionais, atravessando fronteiras, interagindo com os locais de origem e incorporando no cotidiano aspectos de bifocalidade e de estilos de vida transnacionais.

É a partir dos resultados das cadeias migratórias e das experiências das redes que o ciclo migratório transnacional se intensifica e é constantemente fomentado principalmente por fatores de ordem econômica avivada pelas dimensões – econômica, social e cultural - da globalização. Embora não seja possível medir a intensidade destas relações, o que se sabe é que um transmigrante é mais um ser humano envolvido em uma relação transnacional que se organiza por meio de redes migratórias e consegue, na maioria das vezes, manter vínculos que desconhecem a transposição de fronteiras ou nacionalidades, quer seja de forma direta por meio de comunidades de transmigrantes ou associações do tipo, quer de forma indireta por meio do envio de valores à terra de origem ou por testemunhos de atividades e experiências etc. E o território que compreende os Estados da União Europeia é a experiência viva desta ocorrência.

Nestes locais, muitos são os filhos de transmigrantes que, se questionados, nem sabem quais das origens formam ou contribuem para sua bagagem cultural. Sentem-se daqui, de lá, de todo lugar. Sentem-se transnacionais, nascidos na “tão sonhada Europa”,

¹⁵ GOZZINI, Giovanni. *Le migrazioni di ieri e di oggi*. Una storia comparata. p. 61.

com pais e parentes nascidos em outros locais, mas que conseguem contrabalançar o pertencimento, o respeito e a identificação. Deste modo, contrariamente às interpretações prevalentes que tendem a apresentar a instalação do transmigrante como um processo de implícito desligamento com a terra de origem, as redes das migrações transnacionais implicam na manutenção dos laços e das relações dos transmigrantes tanto com sua terra de origem quanto com a sociedade de destino.

2. AS MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS COMO UMA AMEAÇA A PARTIR DA VISÃO DA UNIÃO EUROPEIA

Diante da complexidade do fenômeno migratório, é corriqueira a ambiguidade acerca de qual migração o transmigrante deve escolher, como se este pudesse sempre optar racionalmente a respeito¹⁶. Esta pergunta parece endereçar a uma fácil resposta, mas seus fatores de interferência não são tão simples assim.

Embora a criação de políticas de Imigração restritivas por parte de muitos países - e notadamente pela União Europeia - tenham como objetivo a restrição das migrações consideradas irregulares, é forçoso afirmar que seus resultados tem se mostrado fracassados¹⁷. É publicamente reconhecido que “Maiores restrições nas fronteiras produzem mais ingressos ilegais e periódicas anistias dos clandestinos”¹⁸. Não é forçoso repetir também que o constante aumento de transmigrantes em condição irregular no território europeu tem sido visto como um problema de ordem pública¹⁹.

¹⁶ Conforme denota Mejias, “O Imigrante não quer deixar o local ao qual pertencia, pois o movimento de pessoas desde seus territórios de origem até os países do Norte, por exemplo, não corresponde somente a uma distribuição de Seres Humanos em áreas geográficas com distinto potencial de renda e expectativas, mas também representa a inviabilidade crônica que experimentam amplas regiões do planeta para oferecer condições de vida digna à maioria do seu povo”. MEJIAS, Felipe Morente. El reto de la inmigración para las Sociedades del bienestar. **Revista de Estudios Jurídicos n. 8/2008**. Universidade de Jaen, Espanha. Disponível em <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>>. Acesso em: 15 jan. 2014. p. 12.

¹⁷ A título exemplificativo, cita-se a constante luta do governo italiano contra a invasão de Imigrantes oriundos do Oriente Médio e do Norte da África em razão da “Primavera Árabe”. A este respeito, a agência de gestão e coordenação dos Estados membros da União Europeia para a segurança de fronteiras (Frontex) registrou um aumento de 80% no número de Imigrantes ilegais, o que atribuiu à 'Primavera Árabe'. O principal destino, durante o primeiro semestre de 2011, foi a ilha italiana de Lampedusa, onde chegaram mais de 50 mil Imigrantes ilegais, valor que foi considerado recorde absoluto desde a entrada em vigor dos controles de fronteira na União Europeia. As autoridades europeias também registraram um aumento de pessoas provenientes do Norte de África nas fronteiras da Grécia e de Malta, sendo em maior número os tunisinos, seguidos por afegãos, nigerianos e paquistaneses, de acordo com os dados divulgados pela Frontex. Dados obtidos do site da FRONTEX - Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (site oficial). Disponível em: <<http://www.frontex.europa.eu/>>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁸ GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. p. 141.

¹⁹ Ferrero trata do assunto fazendo menção ao papel desempenhado pela mídia, proliferando uma imagem errônea e homogênea acerca dos Imigrantes. Para o autor, por um lado são muito mais visíveis os migrantes que têm empregos precários, em particular aqueles relacionados ao comércio de rua ou fazendo ilegais negócios. Do outro, os Imigrantes que desenvolvem trabalhos de apoio familiar, na agricultura ou na indústria são quase invisíveis. Existe, portanto, um elevado grau de assimetria de divisibilidade humana, ainda mais realçado pelos meios de comunicação de massa. Basta dizer que, se três Imigrantes sequestrarem um ônibus conquistam as primeiras páginas dos jornais, enquanto dois milhões de Imigrantes que trabalham diariamente de maneira regular e pagas os impostos não fazem absolutamente notícia. O trabalho dos Imigrantes é invisível, enquanto faz notícia somente os delinquentes. FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce. Claudiana: Torino, 2007. p. 41.

No hemisfério Norte, especialmente nos países receptores de mão de obra, existe uma evidente percepção negativa tanto das migrações quanto dos transmigrantes²⁰. Manzano²¹ entende que esta imagem está estreitamente associada a dois fatores: por um lado, o fato de que nesta parte do mundo se tende a centrar a atenção nos Imigrantes ilegais, nas atividades das máfias que traficam seres humanos, nos problemas que suscitam sua integração com a população local; por outro, a referida imagem resulta também da crença comum de que os movimentos migratórios correspondem quase exclusivamente à direção Sul-Norte e, portanto, de que é fundamentalmente esse último que sofre as consequências.

No entanto, embora os nacionais tenham plena consciência da necessidade da presença dos transmigrantes para a realização de trabalhos aos quais os europeus não querem se submeter, estes insistem em fazer de conta que os transmigrantes são invisíveis em alguns momentos e, em contrapartida, os tratam como um distúrbio quando estes pugnam por qualquer reconhecimento. Vale destacar que “[...] é evidente que a Imigração é um fenômeno estrutural, baseado no fato de que os países pobres produzem migrantes e os países ricos têm necessidade de do trabalho dos migrantes. É evidente que se não existissem os Imigrantes a Itália não funcionaria”²².

Independentemente da certeza da necessidade da mão de obra imigrante - como exemplo cita-se o trabalho na agricultura, trabalhos domésticos e de cuidados com idosos²³ -, os países da União Europeia tendem a defender um fechamento das fronteiras para o recebimento deste contingente humano, o que só contribui para a clandestinidade e todas as mazelas advindas desta condição de vida. Isto é demonstrado pelas constantes alterações que produzem o enrijecimento das políticas migratórias nos países da União Europeia, inclusive na Itália. Sua ineficácia possui estreita ligação com a visão policíesca das migrações, segundo a qual os Transmigrantes apresentam uma ameaça à segurança do Estado e ao bem-estar da população nacional.

²⁰ MANZANO, Irene Rodriguez. Motores, dinámicas y consecuencias de los flujos migratorios internacionales: mitos e hechos. In, DELAYGUA, J. J. Forner. **Fronteras exteriores de La U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho**. Valencia: Escuela diplomática, 2007. p. 13.

²¹ MANZANO, Irene Rodriguez. Motores, dinámicas y consecuencias de los flujos migratorios internacionales: mitos e hechos. In, DELAYGUA, J. J. Forner. **Fronteras exteriores de La U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho**. p. 10-12.

²² FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce. p. 59.

²³ O caso das cuidadoras de idosos, chamadas de *badanti* (substantivo feminino, caracterizado por ser desenvolvido por mulheres não tão jovens que adentram ao território italiano e europeu, geralmente vindas do norte europeu, para trabalhar em residências para cuidar de pessoas idosas, em troca de humildes salários que, por ofertarem muitas vezes moradia e alimentação, tornam-se atrativos) é um bom exemplo desta situação. Ferrero relata em sua obra que as *badanti* são aceitas como pessoas que acudem os idosos italianos, as quais não são reconhecidas como pessoas que possuem o direito de viver como os italianos com direito ao lazer por exemplo. Cita o autor que é emblemático o caso de uma família italiana que tem em casa uma *badanti* clandestina e se lamenta da Imigração em geral. É um verdadeiro fenômeno de remoção coletiva, em que os italianos tem a necessidade do imigrado concreto em carne e osso, mas não aceita o fenômeno da Imigração enquanto tal. Significa que muitos italianos querem o trabalho dos Imigrantes, mas não os querem. FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce. p. 60.

Estereótipos como estes são comuns quando relacionados à diferença. Os discursos da mídia e da política conduzem a este pensamento unificador. Isto significa que o que as pessoas pensam e os pesadelos que possuem são muito piores do que a realidade. “Quer dizer que também a indústria da comunicação é geralmente uma verdadeira e própria indústria do medo”²⁴. Além disso, conforme se depreende da contribuição de Lopes conclui-se que:

Os discursos da política e as práticas atuais (legislação, policialização) induzem a pensar que imigrar é crime, pois a Imigração é controlada pela polícia, e os Imigrantes estão sujeitos a serem presos (ou confinados em centros de detenção, que é quase a mesma coisa) e deportados para seus países de origem, mesmo quando mais que Imigrantes, são *refugiados por motivos de subsistência*. A mídia já consagrou ao termo Imigrante uma condição de ilegalidade intrínseca²⁵.

Muitos continuam a reafirmar que os dados sobre a criminalidade são claros, pois os transmigrantes seriam os grandes responsáveis pelo aumento de crimes ocorridos. Conforme menciona Ferrero, tal afirmação seria irônica se não fosse triste, inicialmente porque os crimes praticados na Itália são, na sua maioria, de autoria jovem, e os transmigrantes jovens existem em maior quantidade se comparada à quantidade de jovens existente na sociedade italiana. Além disso, os dados mencionam que a prática de crimes é atribuída, em maior volume, aos clandestinos do que em relação aos regulares. Para o autor, isto somente demonstra a necessidade de promover políticas que favoreçam a regularidade e potencializem a integração social²⁶.

Dal Lago denota que no caso da Itália, o movimento de fechamento desta sociedade em relação aos imigrantes é verificado pelas diversas práticas sociais estabelecidas, a partir das quais os transmigrantes são excluídos e transformados em inimigos da sociedade. Para o autor, a situação de pânico instalada na sociedade italiana foi instigada pela mídia e pelas políticas de restrição dos Imigrantes, que resultou em vários decretos e provimentos de lei que possuíam o objetivo declarado de “filtrar” os Imigrantes, aceitando uma quantidade estabelecida de “bons” e fechando a porta na cara dos demais.

Cabe destacar que não se trata de defender cegamente que transmigrantes não são responsáveis pela prática de qualquer crime. Isto porque a criminalidade atinge qualquer nacionalidade²⁷, independente da condição de regularidade ou irregularidade da pessoa

²⁴ FERRERO, Paolo. *Immigrazione*. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce. p. 60.

²⁵ LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. *Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p. 64.

²⁶ FERRERO, Paolo. *Immigrazione*. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce. p. 42.

²⁷ Em sua obra, Dal Lago tenta tecer um comparativo a fim de demonstrar o por quê do alto índice de Imigrantes na população carcerária italiana expondo que: “Os Imigrantes estão super representados na população carcerária (uma média de 27%, com picos de 50% em algumas prisões), em parte porque eles não podem fazer uso de alternativas à prisão, se não possuírem a autorização de permanência no país. Como alguns estudos indicam, a probabilidade de que os estrangeiros sejam condenados é cinco vezes maior do que os italianos, e eles também são mais severamente condenados pela prática de um mesmo crime”. DAL LAGO, Alessandro. *Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale*. 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2008. p. 31.

envolvida. O que muda é o alcance da reprovação social, pois “é o sistema que empurra para a criminalidade”²⁸ e pré-define alguns como marginais: “Enquanto alvo das obsessões de uma sociedade e sendo legalmente inexistente porque é excluído do sistema jurídico nacional, um migrante é um ser puramente marginal”²⁹.

Seguindo o entendimento de Dal Lago, a discriminação dos transmigrantes se inicia a partir da linguagem utilizada para defini-los, a qual, mesmo utilizando termos diferenciados – como estranhos, extra-comunitários, clandestinos, do terceiro mundo -, não somente falsificam a realidade social e existencial destes, mas denotam que são naturalmente miseráveis, ameaçadores e dispostos à prática de crimes³⁰. Assim, deparados com as constantes ondas migratórias, os países europeus e principalmente a Itália, após uma primeira fase de indiferença, criou teorias excludentes, derrubando sobre os Imigrantes a própria incapacidade de afrontar as migrações transnacionais.

A violência racista das minorias ideológicas, a indiferença vinda de hostilidade das majorias silenciosas, a discriminação judiciária, a exclusão social são formas diversas nas quais uma Sociedade substancialmente unida e compactada quanto ao medo dos migrantes (a vergonha das suas diferenças ideológicas e políticas) constrói uma barreira intransitável entre ‘eles’ e ‘nós’, mesmo se a alguns deles se permite ficar temporariamente entre nós. ‘Eles’ são todos aqueles que, por qualquer motivo, pretendem viver entre nós mesmo não sendo como nós³¹.

Significa, portanto, que os transmigrantes são “os outros”, aqueles que possuem certa estraneidade frente a “nós”, donos do local onde “aqueles” pretendem se instalar. E as consequências tomam maiores proporções quando “os outros” implementam as redes migratórias, ou seja, produzem a integração de novos “outros” recém-chegados ou que ainda estão por vir. Às comunidades e redes familiares de transmigrantes que acolhem e integram os novos “outros” se contrapõem redes criminais que preveem uma divisão de controle territorial por nacionalidade e tipo de crime, existindo, portanto, um nexo errôneo entre criminalidade e migração.

Criar a figura do medo, do afastamento, da repugnância junto à sociedade de destino é muito mais simples para o Estado recebedor do que pensar em qualquer política de integração. Torna-se, portanto, muito mais conveniente manter viva a figura amedrontadora do Transmigrante a fim de desviar a atenção quanto aos problemas econômicos criados pela

²⁸ LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. **Direito de Imigração**: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos. p. 64.

²⁹ DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone**: l’esclusione dei migranti in una società globale. 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2008. p. 237.

³⁰ DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone**: l’esclusione dei migranti in una società globale. p. 43.

³¹ DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone**: l’esclusione dei migranti in una società globale. p. 44.

atual ordem mundial, responsáveis pela existência da grande maioria das Migrações desesperadoras pelo mundo³².

Deste modo, estas figuras tão temidas, dotadas de um *status* jurídico totalmente esvaziado, possuem duas opções: render-se ao mundo do crime ou ser a figura tão desejada por empresas e empreendedores que buscam incessantemente por sujeitos desesperados e amedrontados que não criarão óbices à realização de trabalhos em péssimas condições. Necessitam preencher os vazios deixados pelos afortunados que nasceram no hemisfério Norte; são eles que poderão realizar os trabalhos dos “cinco Ps”: “precários, pesados, perigosos, pouco pagos, penalizados socialmente”³³. E isto, além de ser uma afronta ao ser humano, tolhe qualquer possibilidade de integração dos transmigrantes na sociedade acolhedora.

3. A DICOTOMIA ENTRE A ASSIMILAÇÃO E A INTEGRAÇÃO DOS TRANSMIGRANTES

A complexidade dos problemas, a existência de perspectivas antagônicas, os processos de interação e de construção de formas diversas de convivência mais ou menos conflituosas na sociedade de destino resultam em uma série de interrogações acerca das migrações transnacionais e a forma como se dará a inserção dos transmigrantes nestes locais. Não restam dúvidas de que tais indagações foram consideravelmente acentuadas quando o fenômeno migratório passou a apresentar características de transnacionalidade, pois inéditas relações e novas formas de agir e de pensar passaram a fazer parte do seu contexto.

A natureza complexa das migrações transnacionais, compostas por uma pluralidade de fatores econômicos, sociais e culturais desencadeia um também complexo âmbito de relações sociais que envolve atuais, futuros e possíveis transmigrantes, sociedade de partida e de destino, ordens religiosas e Estados diversos. Deste modo, tais ocorrências cingem-se em torno da questão de como acolher o transmigrante e qual relação será estabelecida por este na sociedade receptora, se será assimilado ou integrado. Denota-se que ambos acontecimentos possuem estreita ligação com o multiculturalismo, embora o primeiro se apresente como um inimigo e o segundo como uma alternativa a um possível devir multicultural, conforme será mencionado a seguir.

A assimilação dos transmigrantes pode ser compreendida como um processo orgânico, unívoco e linear que possui o objetivo de fazer com que os envolvidos se adequem

³² Este é o posicionamento de Ianni, segundo o qual “Um dos aspectos mais notáveis das migrações em curso no século XX, continuando pelo século XXI, expressa o modo pelo qual se desenvolve a nova divisão transnacional do trabalho e da produção. Em sua grande maioria, os migrantes são ou se tornaram trabalhadores em busca de emprego. [...] Cabe reconhecer, no entanto, que a multidão de migrantes que se espalha pelo mundo envolve um vasto processo de transculturação”. IANNI, Octavio. **Capitalismo, Violência e Terrorismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 95-96.

³³ AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali**. p. 08.

ao novo contexto social, assumindo os hábitos mentais e os estilos de vida, tornando-se similares aos nativos, vindo até a serem confundidos com estes nas várias dimensões da vida quotidiana³⁴. Isto denota a experiência histórica dos Estados Unidos até a metade do século XIX, na qual o Imigrante era visto como um homem de lugar nenhum, um ser humano sem passado e, portanto, livre para aderir sem reservas à nova forma de vida³⁵. É de se notar que a assimilação dos transmigrantes e o multiculturalismo³⁶ se apresentam em um ambiente de contradições, dificilmente regulado por lei segundo critérios absolutos, correndo o risco de alimentar, ao invés de reduzir, o perigo de tendências separatistas e oposicionistas.

Para Ambrosini a assimilação possui características de uma assimilação forçada³⁷, a qual se torna inevitável e obrigatória na atual Sociedade globalizada e com alcance transnacional. Neste modelo os transmigrantes são inicialmente condicionados a esconder seus traços culturais e práticas sociais a fim de serem aceitos na sociedade de destino. Posteriormente possuem o dever de se camuflar o mais rápido possível para o seu próprio bem e não em prol do equilíbrio da sociedade receptora, devendo tornar-se parecidos para não serem percebidos como diferentes.

Tal fato serviu de modelo por muito tempo quando a base de análise eram as migrações internacionais, em que os envolvidos se desligavam quase que totalmente das suas origens e interrompiam a maioria das suas relações com a terra de origem e seus familiares. No entanto, quando se fala de migrações transnacionais, estas demonstram ser absolutamente incompatíveis com a prática de assimilações.

Ao defender qualquer possibilidade de simples assimilação do transmigrante se estaria impondo o abandono da identificação do mesmo como um ser humano único, como um preço a ser pago pelo direito de ser tratado igualmente aos demais. Além disso, não se pode olvidar que os transmigrantes sujeitos à assimilação reagem negativamente ao processo, pois “parte da culpa da ‘não-assimilação’ destes decorre de que a primeira reação de todos os estigmatizados é reivindicar o estigma pelo qual são discriminados”³⁸. Nesse sentido, as políticas de assimilação podem provocar efeitos contrários, qual seja, realçando as diferenças e apresentando-as como valores absolutos.

³⁴ Esta é a posição adotada por AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali**. p. 182.

³⁵ GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. p. 135.

³⁶ Tal afirmação é utilizada por Gozzini. Para a autora, “Ao assimilacionismo se contrapõe o Multiculturalismo, a um caldeirão de fusão, ao pote de salada: entre as funções da democracia liberal existe também aquela de proteger as diversidades das ações de homogeneização do Estado e do mercado, os direitos humanos fundamentais, incluindo o direito de conservar a própria identidade étnica (falar a própria língua, usar o véu ...), muitas vezes ameaçada por uma lealdade constitucional fundado, de toda maneira, na prevalência de uma identidade sobre as outras”. GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. p. 136.

³⁷ AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali**. p. 182.

³⁸ SAYAD, Abdelmalek. **Imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Editora da USP, 1998. p. 285.

Como alternativa à assimilação apresenta-se e defende-se a integração dos transmigrantes, seguindo os ensinamentos de Ambrosini, pois, “Uma vez libertado da hipotética assimilação à velha maneira, o conceito de integração pode servir para enfatizar seja a responsabilidade da sociedade de acolhimento com as suas instituições, no 'tratar como parecidos' os cidadãos estrangeiros, seja a autonomia destes últimos quanto a decidir os modos e as da sua própria inserção”³⁹.

O traço característico da integração e a razão pela qual ela se compatibiliza com o multiculturalismo é, inicialmente, a inserção do transmigrante em uma Sociedade que respeita a sua bagagem cultural e o seu respeito aos valores e conteúdos existentes na sociedade acolhedora. “Isso quer dizer que a integração se produz entre integráveis”⁴⁰ Integrar remete à convivência múltipla, ou seja, convive-se com a diferença, respeitando-a em espaços de tempo comuns. Posteriormente, deve-se levar em consideração também que a integração dos transmigrantes não pode ser gerenciada a partir de uma receita única, pois os envolvidos serão sempre de natureza muito diferente⁴¹.

Igualmente, deve-se ter em mente que o processo de integração atinge tantos as minorias⁴² quanto os grupos maiores, muitas vezes já erradicados no local de destino por muito mais tempo, influenciando também a sociedade acolhedora. Esta é a posição defendida por Ferrero ao afirmar que a integração, como em qualquer relação, não vincula somente quem está sendo integrado, mas também a sociedade de acolhimento, a qual deve oferecer a oportunidade de integração⁴³.

A coexistência de transmigrantes dotados de cargas culturais diversas pugna pelo seu reconhecimento como pertencentes às minorias, porém, concedendo-lhes as mesmas condições de direitos pertencentes aos demais. Infelizmente a prática se demonstra contrária a esta posição. Ao invés dos Estados – na condição de comunidades políticas – promoverem o conhecimento das diversidades a fim de gerar a participação e coexistência das diversas manifestações culturais existentes, sua atuação é totalmente contrária⁴⁴.

³⁹ AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali**. p. 208.

⁴⁰ SARTORI, Giovanni. **La sociedad multiétnica: pluralismo, Multiculturalismo y extranjeros**. Tradução de Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Madrid: Taurus, 2003. p. 117-118.

⁴¹ Deve-se enfatizar a concordância com Ambrosini quanto à pluralidade de variáveis da integração, pois “Imaginar a integração como um pacote único de normas, comportamentos, valores a seguir ou a largar no momento de ingresso no nosso ou em outro país é irrealista”. AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali**. p. 210.

⁴² A respeito das minorias, Miranda expõe que: “Diversas das minorias em sentido próprio são as comunidades de trabalhadores Imigrantes e as de refugiados. [...] Entretanto, quando os Imigrantes ou os refugiados são muito numerosos, se encontram radicados por períodos mais ou menos longos e até alguns ou os seus descendentes adquirem a Cidadania do Estado local, os problemas tornam-se mais complexos. Fala-se então, correntemente em Multiculturalismo – necessário, por certo, por respeito pelos direitos fundamentais, mas com os limites decorrentes da salvaguarda da identidade do país de acolhimento e, sobretudo, dos valores democráticos”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 86.

⁴³ FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce. p. 69.

⁴⁴ Como exemplo, cita-se a passagem colacionada por Gozzini, envolvendo o Governo francês: “Em dezembro de 2003, uma comissão de especialistas franceses [...] apresentou um relatório ao Presidente Chirac sobre a laicidade da escola que

Nas últimas décadas, marcadas pelas constantes restrições em matéria de aceitação dos transmigrantes, também os processos de integração destes se tornaram muito mais complexos na Europa. Gozzini⁴⁵ apresenta as três principais modalidades de integração ligadas à Cidadania e ora adotadas pela Europa: a primeira se reduz à aceitação dos transmigrantes por um período limitado de trabalho, durante o qual são substancialmente excluídos do direito de cidadania; a segunda corresponde a uma acolhida por tempo indeterminado incluindo o gozo de alguns direitos mas sem a concessão da cidadania; e a terceira modalidade se refere à concessão da cidadania plena.

Consciente de que o modelo de integração por meio da concessão da cidadania é inatingível, Habermas⁴⁶ declara que nas sociedades multiculturais a coexistência de formas de vida em igualdade de direitos significa a oportunidade assegurada de crescer de uma maneira sã em um mundo de fortes heranças culturais, e adverte:

É evidente que essa pluralização das formas de vida não se dá sem atritos. Por um lado, o Estado constitucional democrático está normativamente mais bem armado do que outras ordens políticas para problemas de integração desse gênero; por outro lado, esses problemas são de fato um desafio para os Estados nacionais de cunho clássico⁴⁷.

Uma das alternativas raramente utilizadas pelos Estados democráticos é a simples concessão da cidadania ou a lógica da cidadania, a fim de conferir aos diferentes – neste caso os Transmigrantes - direitos iguais a fim de homogeneizá-los. Mas Sartori adverte que “a política da cidadania para todos – sem olhar a quem – não é somente uma política destinada ao fracasso, mas, além disso, uma política que agrava e converte em explosivos os problemas que se pretende resolver”⁴⁸.

Isto porque uma eventual cidadania concedida a transmigrantes que não a desejam ou enfrentam-na como desnecessária produzirá efeitos contrários. “A experiência diz que conceder Cidadania não equivale a integrar. [...] A concessão de Cidadania dá força a agrupamentos de contra-cidadãos”⁴⁹. Por estas razões defende-se uma integração dos transmigrantes, com uma visão pluridimensional do fenômeno como um bem maior a ser perseguido, a qual não deve ser confundida com a assimilação, embora algumas políticas integracionistas de concessão da cidadania promovidas por alguns Estados demonstrem possuir fortes elementos de assimilação.

expressa parecer favorável à proibição de exibição de símbolos religiosos vistosos em prédios públicos (véu e burca), mas propõe de admitir o uso de símbolos mais discretos (emblemas, medalhas). Traduzida em lei entrando em vigor, esta configuração produzindo imediatamente reações negativas nas comunidades de Imigrantes e submeteu a alunos e professores de escolas públicas francesas a novas tensões conflitantes ao invés de abrir o caminho para futuras e positivas comparações”. GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. p. 139.

⁴⁵ GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. p. 140.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays. p. 205-206.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. p. 93.

⁴⁸ SARTORI, Giovanni. **La sociedad multiétnica: pluralismo, Multiculturalismo y extranjeros**. p. 112-113.

⁴⁹ SARTORI, Giovanni. **La sociedad multiétnica: pluralismo, Multiculturalismo y extranjeros**. p. 117-118.

Assim, partindo do pressuposto de que os fatores culturais condicionam os fatores políticos, e defendendo a procura por estatutos políticos compatíveis com a reivindicação da identidade cultural dessas minorias, a assimilação pura e simples deve ser recusada. É neste norte que se busca a preservação das diferenças culturais através da integração dos componentes envolvidos, ou seja, a valorização da diversidade por meio do multiculturalismo.

4. INTEGRAÇÃO E MULTICULTURALISMO FRENTE ÀS MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS

Não é descomedido repetir que diante dos acontecimentos proporcionados pela globalização vive-se um momento em que povo e população se confundem e que a ideia de um Estado formado por um povo e uma população, ambos homogêneos, não condiz, há tempos, com a realidade atual⁵⁰. Outra realidade é que o caráter transnacional das migrações redesenha a composição cultural dos Estados e influencia a vida de todos os envolvidos.

Canotilho, ao tratar dos problemas da Teoria da Constituição, notadamente quanto aos problemas de reivindicação do território, enuncia que “o velho ‘direito nas fronteiras’ é dissolvido [...]”, ressaltando que “as comunidades de Imigrantes e de refugiados criam o ‘quinto poder multicultural’ dentro das fronteiras dos estados de acolhimento”⁵¹. Cada um destes, estrangeiros⁵² ou Imigrantes - turistas ou vagabundos -, leva consigo uma bagagem cultural única, composta, evidentemente, por uma miscigenação de culturas muitas vezes já provada em outras gerações.

Neste contexto o multiculturalismo se apresenta como uma proposta possível. De crucial importância será também o papel desempenhado pela família do transmigrante e pela rede estabelecida a fim de contribuir para a integração multicultural. A este respeito Corti expõe que:

[...] foram os próprios filhos que ajudaram na integração dos pais no tecido social do país de chegada. As novas gerações têm transmitido de fato o conhecimento linguístico e Cultural aprendido na escola, têm transmitido em casa os gostos e costumes dos nativos, quebraram

⁵⁰ Hermann Heller trata do assunto classificando o Povo como formação natural e como formação Cultural. Segundo o autor, para analisar as atividades estatais que se relacionam com o Povo, se faz necessário esmiuçar a classificação acima a fim de evitar as perigosas confusões e erros a respeito do assunto. Deste modo, a primeira classificação se refere ao que este tem de natural, quer enquanto população, quer enquanto raça. Por sua vez, o povo como formação Cultural indica que “não há, porém, um só dentre os povos de Cultura que proceda de uma única comunidade originária. Todos, pelo contrário, formaram-se de grupos raciais e étnicos muito diversos”. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*. p. 183 e 195.

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1350.

⁵² Vale deixar registrado que a expressão estrangeiro muitas vezes é utilizada para designar um Imigrante. Tal tratamento não é errado, mas não pode ser olvidado que um Imigrante é sempre um estrangeiro, por não ser considerado nacional do Estado em que se encontra. Porém, o contrário pode não ser realidade, vez que o termo estrangeiro é mais amplo que o termo Imigrante, pois um estrangeiro pode ser um turista, por exemplo.

as regras em endógamas quanto às escolhas conjugais, abrindo mais espaço para uma vida social fora da família e do grupo étnico⁵³.

Este processo de abertura de trocas e de novas experiências alimentados pelas redes juntamente com as gerações familiares - não cancela as experiências anteriores “trazidas a tiracolo”. Muito pelo contrário. Estas são mantidas por meio de um processo de integração em que as relações estabelecidas no novo contexto não excluem o uso de modelos comportamentais que fazem parte da bagagem cultural do transmigrante. Na verdade, não são os transmigrantes os únicos protagonistas das mudanças, mas será a sociedade acolhedora que no seu complexo deve se abrir, se transformar e se renovar⁵⁴.

Diante destas novas interações é possível perceber que o processo de integração dos transmigrantes na sociedade de destino provoca recíprocas e fundadas adaptações de todos os envolvidos, ou seja, tanto dos nacionais quanto por parte dos recém-chegados, diante da aceitação da sua condição de ser humano. Está formado, portanto, o ciclo do multiculturalismo.

Como exemplo desta inteiração e consequente aceitação ou repulsão aos aspectos culturais dos transmigrantes cita-se o aumento verificado na abertura de restaurantes de comida estrangeira na Itália, embora tal ideia não seja amplamente aceita por muitos italianos⁵⁵. É claro que os hábitos alimentares – com notável importância atribuída à conservadora cozinha italiana - são somente uma das várias demonstrações da cultura de um povo, mas servem para confirmar a influência dos hábitos da Sociedade de acolhida dos transmigrantes e a possibilidade de uma convivência multicultural.

É a partir deste processo de intensas inter-relações estabelecidas a partir das migrações transnacionais em um ambiente multicultural que se almeja uma forma harmônica de coexistência do fator humano multicultural. Para isso, se faz necessário defender a liberdade como um valor fundamental; a liberdade de escolha cultural deve incluir o direito de optar por uma cultura ou por várias culturas⁵⁶. Corresponde, grosso modo, a uma universalização, em enorme escala, dos modos peculiares de vida – formas culturais, grupos étnicos e religiões – cujas consequências imediatas fazem-se sentir e influenciar nos locais mais diferentes e distantes do planeta.

Deste modo, a concepção multicultural pode ser associada a conteúdos e projetos emancipatórios e contra-hegemônicos e começa a ser efetivamente construída quando existir o reconhecimento das diferenças e estas forem protegidas em determinado espaço geográfico, coincidente ou não com as fronteiras estatais. A busca pelo sonho multicultural⁵⁷

⁵³ CORTI, Paola. **Storia delle migrazioni internazionali**. Roma-Bari: Laterza, 2010. p. 50.

⁵⁴ CORTI, Paola. **Storia delle migrazioni internazionali**. p. 51.

⁵⁵ Como exemplo desta inteiração e consequente aceitação dos aspectos Culturais dos Transmigrantes, cita-se o considerável aumento na abertura de restaurantes de comida estrangeira na Itália, embora os italianos intitulavam-se como possuidores de uma das melhores e mais tradicionais cozinhas do mundo. Segundo uma pesquisa realizada no ano passado, a metade dos italianos comeram ao menos uma vez em restaurantes étnicos, principalmente chineses. Um terço adquire produtos tipicamente estrangeiros presentes nas prateleiras dos supermercados, além de cozinhas em casa receitas étnicas. Os jovens são os mais influenciados pela cozinha étnica, modificando os próprios costumes alimentares. No norte se come mais em restaurantes étnicos; no centro se adquire mais produtos provenientes de países estrangeiros. Estes são alguns dados retirados de uma amostra de 1.000 italianos entrevistados no mês de julho de 2012 e realizada pela FONDAZIONE LEONE MORESSA. **Portal do novo cidadão**. Disponível em: <<http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2012/ottobre/rapp-flm-cucinatnica.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

⁵⁶ BAUMAN, Zygmunt. **La solitudine del cittadino globale**. Milano: Feltrinelli. 2010. p. 199.

⁵⁷ O sonho multicultural é citado por Baumann e o atribui a uma persistente visão de igualdade que vai além de toda e qualquer diferenciação Cultural. BAUMANN, Gerd. **L'enigma multiculturale**. p. 141.

é projetada em Estados multiculturais que somente se manterão coesos por meio de uma cultura política que contemple a democracia não apenas sob a forma de direitos à liberdade e direitos políticos à participação, mas também mediante o gozo de direitos sociais e culturais ao compartilhamento, respeitando as diferenças ou “estranhezas” de cada um.

Este compartilhamento propiciado pelo multiculturalismo como processo de integração humana e a realização das formas de conectividades que promovem o diálogo entre os elementos simbólicos para além das fronteiras nacionais contém por excelência um impulso propagador de seus atributos e demonstra ser um importante instrumento de reforço das identidades e características culturais de determinados grupos sociais inseridos em contextos globalizantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou demonstrar que a transnacionalidade, a partir da globalização, representa um novo contexto mundial, a qual envolve tanto os Estados quanto seu componente humano, estando dentre estes os transmigrantes. Entendida como um fenômeno reflexivo da globalização que alcança diferentes níveis de integração e é caracterizada pela desterritorialização das ocorrências políticas e sociais que ocorrem à margem das soberanias dos Estados, a transnacionalidade é responsável por questionar, a todo momento, a lógica e eficácia dos modelos pré-existentes.

Observou-se, portanto, o espaço compreendido pela União Europeia como palco de acontecimentos transnacionais, pois, além das próprias características dos singulares Estados-membros, sua integração é a expressão mais avançada do transbordamento das fronteiras nacionais e do transpasse da figura estatal quanto à livre circulação de mercadorias e pessoas e com relação à sua formação institucional e jurídica.

Neste contexto de transnacionalidade é que foram analisadas as migrações e atribuídas a estas o caráter transnacional. As migrações transnacionais são, portanto, um importante exemplo de relações transnacionais por serem induzidas pelas forças da globalização - a facilidade de locomoção e comunicação, bem como as razões econômicas que a envolvem - desconhecendo fronteiras ou modelos estatais pré-definidos.

Também foi verificado que as migrações transnacionais são vistas como uma ameaça aos Estados, por estarem caracterizadas por variados efeitos negativos. No entanto, a partir da análise do fator humano envolvido foi possível perceber que os transmigrantes contribuem positivamente para a sociedade onde estão instalados, razão pela qual se defendeu a necessidade de integração destes, afastando-se qualquer possibilidade de uma simples assimilação. Será a integração dos transmigrantes que irá permitir o manutenção dos traços culturais de todos os envolvidos, responsabilizar a sociedade de acolhimento com suas instituições e possibilitar a existência de uma convivência multicultural.

Deste modo, o multiculturalismo demonstra ser uma alternativa aos efeitos sociais, políticos e culturais da globalização sob os ditames neoliberais. A aceitação da diferença é uma das questões essenciais do multiculturalismo, vez que este se funda na reivindicação do reconhecimento das diferenças ou variedades culturais e isso conduz à afirmação de paridade das singulares identidades culturais, isto é, dos idênticos valores atribuídos a cada cultura existente em espaços comuns.

Trata-se, portanto, de uma mudança de paradigmas que afronta tanto o antigo modelo de Nação quanto a ideia de homogeneidade cultural fomentada pela globalização. No entanto, deve-se ressaltar que as diferenças culturais são valores a preservar, e coisa bem distinta é separar as culturas em espaços incomunicáveis através da defesa de um pluralismo cultural, pois este impede o diálogo, induz a escolhas entre culturas e acoberta seres humanos descontentes com sua própria existência.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transnazionali**. Bologna: Il Mulino, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **La solitudine del cittadino globale**. Milano: Feltrinelli, 2010.

BAUMANN, Gerd. **L'enigma multiculturale**. Bologna: Mulino, 2003.

BAUMANN, Zygmunt. **L'etica in un mondo di consumatori**. Bari: Laterza, 2010.

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

CORTI, Paola. **Storia delle migrazioni internazionali**. Roma-Bari: Laterza, 2010.

DAL LAGO, Alessandro. **Non-persone: l'esclusione dei migranti in una società globale**. 3.ed. Milano: Feltrinelli, 2008.

FERRERO, Paolo. **Immigrazione**. Fa più rumore l'albero che cade che la foresta che cresce. Claudiana: Torino, 2007.

FONDAZIONE LEONE MORESSA. **Portal do novo cidadão**. Disponível em: <<http://www.stranieriinitalia.it/briguglio/immigrazione-e-asilo/2012/ottobre/rapp-flm-cucinatnica.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2013.

FRONTEX - Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (site oficial). Disponível em: <<http://www.frontex.europa.eu/>>. Acesso em: 18 out. 2013.

GOZZINI, Giovanni. **Le migrazioni di ieri e di oggi**. Una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título original: Die postnationale Konstellation: Politische Essays.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

IANNI, Octavio. **Capitalismo, Violência e Terrorismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

LOPES, Cristiane Maria Sbalquero. **Direito de Imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de Direitos Humanos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MANZANO, Irene Rodriguez. **Motores, dinámicas y consecuencias de los flujos migratorios internacionales: mitos e hechos**. In, DELAYGUA, J. J. Forner. **Fronteras exteriores de La U.E. e inmigración a España: relaciones internacionales y derecho**. Valencia: Escuela diplomática, 2007.

MEJIAS, Felipe Morente. **El reto de la inmigración para las Sociedades del bienestar**. Revista de Estudios Jurídicos n. 8/2008. Universidade de Jaen, Espanha. Disponível em <<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej>>. Acesso em: 15 jan. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Sartori, Giovanni. **La sociedad multiétnica: pluralismo, Multiculturalismo y extranjeros**. Tradução de Miguel Ángel Ruiz de Azúa. Madrid: Taurus, 2003.

SAYAD, Abdelmalek. **Imigração ou os paradoxos da alteridade**. São Paulo: Editora da USP, 1998.

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

A PROPRIEDADE ANTE O NOVO PARADIGMA DO ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO: A SUSTENTABILIDADE¹

Emanuela Cristina Andrade Lacerda²

Alexandre Morais da Rosa³

Gabriel Real Ferrer⁴

INTRODUÇÃO

A Propriedade, ao longo da história da humanidade, ocupou lugar de grande destaque, seja quando guardava as características de propriedade pública, exclusiva do Estado, seja quando já passa a ser admitida a propriedade privada, que segundo a tríade dos contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau⁵, ocorreu somente com a formação do Estado.

Há muito, é sinônimo de *status* e poder, não sendo diferente nesta era de capitalismo marcadamente globalizado.

Superando-se os conceitos de um direito de Propriedade caracteristicamente individual, ordem impressa pela Revolução Burguesa, cujas principais marcas eram as liberdades individuais e o Estado não intervencionista, tem-se a Propriedade poder-dever, que deve estar Inserida Socialmente.

Na Pós-Modernidade, além de se pensar nas questões de Inserção Social⁶, há que se ater a questões que superam o Estado Nacional e atingem o planeta como um todo, como é o caso dos problemas ambientais.

Considerando-se que a todos, falando-se inclusive de Estados Internacionais, é garantido um meio ambiente sadio, direito este amparado por diferentes Constituições, é que cumpre pensar e discutir acerca dos novos paradigmas da propriedade que atendam aos anseios de toda a humanidade, especialmente no que tange a manutenção e garantia da

¹ Artigo desenvolvido com apoio da Capes, através do Projeto de Doutorado Sanduiche, desenvolvido por ocasião do estágio para pesquisa na Universidade de Alicante, na Espanha.

² Doutoranda do Curso de Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-SC. Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/5588795638008808>.

³ Doutor em Direito (UFPR), com estágio de pós doutoramento em Direito (Faculdade de Direito de Coimbra e UNISINOS). Mestre em Direito (UFSC). Professor Adjunto de Processo Penal e do CPGD (mestrado) da UFSC. Professor da UNIVALI. Juiz de Direito (SC). Pesquisa Judiciário, Processo e Decisão, com perspectiva transdisciplinar. Coordena o Grupo de Pesquisa Judiciário do Futuro (cnpq). Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/4049394828751754>

⁴ Professor Doutor na Universidade de Alicante, Espanha. Departamento de “Estudios Jurídicos del Estado”. Professor visitante do Programa de Pós-Graduação em Direito da Univali.

⁵ Em que pese se dar destaque para os citados autores, importante destacar que o contratualismo teve como representantes além dos três referidos acima: J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J. J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804), conforme Norberto Bobbio, in: BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 272..

⁶ OLIVEIRA, Álvaro Borges. **Novos Estudos Jurídicos**. In A função $f(x)$ do Direito das Coisas. V.11, n. 01. Jan-jun. 2006, p. 117-133.

propriedade privada, sob o ponto de vista da sustentabilidade, o que necessariamente perpassa uma análise dessa garantia via constituição.

Assim sendo, a fim de atingir os objetivos comuns da propriedade privada e da sustentabilidade é que emerge a discussão sobre esse novo paradigma norteador das mudanças sociais e especialmente legislativas.

O objetivo é tecer uma análise dos conceitos clássicos da propriedade privada, do Estado Constitucional Moderno e sua evolução, para então analisar como a sustentabilidade vem se mostrando como o novo paradigma norteador da composição de novos conceitos de institutos fundamentais à Sociedade.

1. O ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO

A formação ou surgimento do Estado Constitucional Moderno pressupõe uma evolução do Estado a partir das suas formas mais antigas de organização. Todavia, dado o objeto do presente, parte-se de uma construção a partir do Estado Moderno.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer o Estado Moderno é oriundo de um processo histórico com início nos séculos XII/XIV, e se estendeu até o século XVIII, apresentando-se ora como Estado Absoluto (soberano, monárquico e secularizado) e ora como Estado Liberal (capitalista, constitucional e representativo)⁷.

O Estado Liberal, explica Norberto Bobbio, se consolidou com a Revolução Francesa de 1789, e se caracterizava por apresentar a mínima intervenção do Estado, havendo supremacia constitucional e o império da lei, bem como houve a consagração do individualismo⁸ e da tolerância. Nesse mesmo sentido, Antonio Carlos Wolkmer ainda destaca que vigorava nessa forma de Estado o princípio da soberania popular e do governo representativo⁹.

Essa a concepção do Estado Liberal cuja estrutura foi preparada a partir do Estado Absolutista, no qual a ordem feudal e a organização do poder¹⁰ na sua máxima concentração era o que predominava, opera com fatores daí absorvidos, pois se aproveita das concepções absolutistas sob outra ótica, para possibilitar a sua governabilidade.

⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1990, p. 24-25.

⁸ Norberto Bobbio entende que a concepção individualista, determina que o indivíduo vem em primeiro lugar, e como tal deve ser observado, ou seja, tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, que é feito para o indivíduo e não ao contrário (o indivíduo feito para o Estado). BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Capus. 1992, p. 4.

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1990, p. 24-25.

¹⁰ De acordo com a definição de Norberto Bobbio: “Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção). Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito, mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um de um Governo de dar ordens aos cidadãos.” BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 933-934.

De acordo com José Luiz Bolzan de Moraes¹¹, o Estado Liberal é oriundo da crítica ao Estado Monárquico Absolutista, dos séculos XVII e XVIII, no qual o rei era o soberano e exercia plenamente e sem qualquer limitação constitucional o poder. Esse poder do soberano, ou do rei era de natureza divina¹², e essa concentração de poder dava ao soberano direito sobre a vida, liberdade e propriedade de seus cidadãos, determinando ainda a vida econômica dos mesmos.

Para José Luiz Bolzan de Moraes, há, portanto, nessa sociedade a inexistência de concorrência de poderes, e a monarquia detêm com exclusividade o mando sobre a vida das pessoas. E, destaca que o liberalismo tem como pensadores e fomentadores: Rousseau¹³, Sieyès¹⁴, Montesquieu¹⁵, Diderot¹⁶, Voltaire¹⁷, Adam Smith¹⁸, David Ricardo¹⁹, John Locke²⁰, entre outros, sendo que todos consolidaram um balanço crítico à sociedade absolutista-monarquista que culminou na Revolução Francesa, processo revolucionário de caráter político social que, de certa forma coincidiu com o fenômeno de caráter científico-tecnológico que foi a Revolução Industrial; ambos os eventos históricos deram origem simultaneamente, por um lado, a um novo tipo de sociedade: a sociedade capitalista e, por outro, a um novo tipo de Estado: o Estado Liberal²¹.

Em termos econômicos, verificou-se que a estrutura social do medievo se encontrava em decadência, e com isso cedia espaço para o surgimento e fortalecimento de uma nova sociedade na qual o comércio aparece como fonte fundamental de integração. O desenvolvimento do comércio, e o patente crescimento da produção, consumo e acumulação de riquezas vão delineando o capitalismo ainda no seio da ordem feudal.

Nesse sentido Karl Marx assinalou que “[...] a ordem econômica capitalista saiu das entranhas da ordem econômica feudal. A dissolução de uma produziu os elementos constitutivos da outra”²². A partir da Revolução Francesa, o patrimônio, segundo Norberto Bobbio, passou a valer mais que o indivíduo, a propriedade passa a ser o arrimo da nova

¹¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24

¹² DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo; Ícone. 1996, p. 47-49.

¹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 1983.

¹⁴ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu’ est-ce que le tiers état?)**. Tradução Norma de Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris. 1986.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachto. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

¹⁶ DIDEROT, Denis. **Obras I – Filosofia e Política**. Tradução Jacó Guinsburg. São Paulo: Perspectiva. 1 ed. 2000.

¹⁷ VOLTAIRE, François Marie Arouet Le Jeune. **Cartas Filosóficas**. Tradução Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora. 2001.

¹⁸ SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

¹⁹ RICARDO, DAVID. **Princípios de economia política e tributação**. Apresentação Paul Singer e Tradução Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural. 1982.

²⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. São Paulo, Abril cultural, Coleção Os Pensadores, 1973.

²¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24

²² MARX, Karl. **A origem do capital – a acumulação primitiva**. Tradução Walter S. Maia. São Paulo: global. 1979, p. 15.

sociedade, pois segundo o autor, “a esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa”²³.

Corroborando desse entendimento Vicente Barreto explica que o “Estado Liberal organizou-se, assim, de forma excludente; pela liberdade e igualdade, sim, mas prioritariamente dos proprietários”²⁴.

E assim, na era moderna, a partir da extração de mão-de-obra das colônias, inicia-se o fenômeno denominado por Norberto Bobbio de acumulação primária de capital, a qual leva a um surpreendente desenvolvimento da indústria manufatureira e à concentração de capital. Paralelo a isso, surge o Capitalismo Moderno, formado por uma mão-de-obra carente de tudo que “com a Revolução Industrial passa da fase manufatureira à do maquinismo”²⁵ e posteriormente, no fim do século XIX, leva a uma progressiva concentração societária do capital e ao aparecimento das sociedades acionárias gigantes, visando dominar a produção e o mercado mundiais “passa-se do capitalismo concorrencial ao capitalismo oligopolista e monopólico”²⁶.

Essa nova roupagem da economia e o tratamento à propriedade a partir da Época Moderna, surgida com a Revolução Francesa, intervém na concepção individualista da sociedade, produto da Ideologia Liberal da Era Moderna, e faz imergir uma nova postura não intervencionista do Estado, o que se consolida a partir da Revolução Industrial e dos movimentos pela busca de direitos sociais, principalmente a partir da Constituição Mexicana em 1917 e a de Wiemar em 1919.

Segundo Cesar Luiz Pasold, a partir dessas duas Constituições houve uma ruptura na forma de Estado, culminando, a partir de então, com o surgimento e confirmação do Estado Contemporâneo²⁷. Para o autor, o Estado Contemporâneo é a sexta forma de Estado²⁸, pois possui características peculiares que o diferenciam do superado Estado Moderno.

Paulo de Tarso Brandão²⁹ sustenta, na mesma linha de pensamento de Cesar Luiz Pasold, que inúmeras circunstâncias foram determinantes para as transformações na estrutura material do Estado e que desencadearam a transformação do Estado Moderno no Estado Contemporâneo. Dentre esses elementos, destaca o autor, tem-se entre outros: “a organização do capitalismo com a modificação da livre concorrência de mercado; a racionalidade do poder legal, entendido como modo de transmissão de comando concreto;

²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p. 123.

²⁴ BARRETO, Vicente. Ética, liberalismo e capitalismo. **Revista Brasileira de Filosofia**. São Paulo, v.2. fasc. 180, out/Nov/dez 1995, p. 411.

²⁵ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1033.

²⁶ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1034.

²⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora. co-edição Editora Diploma Legal. 3 ed. 2003, p. 57.

²⁸ Cesar Luiz Pasold apresenta uma classificação dos tipos históricos fundamentais de Estados até então vivenciados, com base na Teoria de Jellinek, e assim os classifica: 1º- os antigos Estados orientais; 2º- o Estado Helênico; 3º- o Estado Romano; 4º- o Estado da Idade Média; 5º- o Estado Moderno e 6º- o Estado contemporâneo. PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora. co-edição Editora Diploma Legal. 3 ed. 2003, p. 29-34.

²⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus. 2001, p. 41.

os movimentos sociais que eclodiram a partir da segunda metade do século XIX, ainda no seio do Estado Moderno; e, ainda, as novas concepções que impressionaram o pensamento político”³⁰.

Já para Paulo Márcio Cruz, Estado Constitucional Moderno é tratado como “gênero, do qual Estado Liberal, Estado Social, Estado de Bem Estar, Estado Contemporâneo e todas as outras denominações dadas às variações de seu âmbito de atuação são espécies”³¹, ou seja, há uma só matriz político-jurídica, com vários modelos que foram surgindo a partir de decisões ou necessidades ideológicas³².

Sob a ótica de Norberto Bobbio, essa distinção entre as formas de Estado, é matéria por assaz controvertida na doutrina, em especial no que pertine “às relações entre a organização política e a sociedade ou às diversas finalidades que o poder político organizado persegue nas diversas épocas históricas e nas diversas sociedades”. Diante disso o autor, entende que essas formas de Estado são “variadas e mutáveis que podem tornar incômoda, e talvez inútil, uma completa exposição delas”³³.

As mudanças nas concepções estatais perpassam a questão terminológica, colimando com transformações na sociedade, na administração do poder público, bem como na forma de participação dos indivíduos nas decisões. Tais fatos são apontados como decorrentes das mudanças operadas no poder³⁴, ou seja, na soberania estatal.

Segundo Paulo Márcio Cruz, um dos pilares teóricos do Estado Constitucional Moderno, é a transformação “da capacidade de coerção em Poder legítimo. Ou seja, na transformação do Poder de Fato em Poder de Direito”, e que isso historicamente esteve vinculado ao conceito de Soberania³⁵.

Coadunando desse pensamento, prescreve Cesar Luiz Pasold, que o Estado Contemporâneo tem como função principal, cumprir com eficácia sua Função Social, e para isso vale-se, ou precisa valer-se do Poder, sendo que este último tem sua origem na Nação ou no Povo³⁶.

³⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus. 2001, p. 53.

³¹ Sobre os conceitos dessas formas de Estado, ver: CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2002, em especial p. 164-201.

³² CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 42.

³³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987. p. 113.

³⁴ De acordo com a definição de Norberto Bobbio: “Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção). Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceptual pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem. O homem é não só o sujeito, mas também o objeto do Poder social. É Poder social a capacidade que um pai tem para dar ordens a seus filhos ou a capacidade de um de um Governo de dar ordens aos cidadãos.” BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 933-934.

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. In: **Novos Estudos Jurídicos**. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006, p. 42.

³⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora. co-edição Editora Diploma Legal. 3 ed. 2003, p. 60.

Esse Poder do Estado, de acordo com Norberto Bobbio, está atrelado ao conceito de soberania, e pode ser concebido de forma ampla ou restrita sendo o conceito em sentido lato intimamente ligado ao Poder Político, e em sentido estrito, com significação moderna aparece no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o Poder estatal, sujeito único e exclusivo da política³⁷.

Com o advento do Estado Constitucional Moderno e o conseqüente sobrepujar do Estado Absoluto, a Soberania foi transferida da pessoa do soberano para a Nação, que de acordo com Paulo Márcio Cruz, segue “a concepção racional e liberal defendida por pensadores como Emanuel Joseph Sieyès”³⁸.

A teoria de Emanuel Joseph Sieyès estabelece a Soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição do Estado Constitucional Moderno, ao afirmar que “em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação”³⁹.

Desse modo, Paulo Márcio Cruz defende que, desde seu início o Estado Constitucional Moderno teve em sua essência a manifestação da Soberania contrapondo qualquer interferência de poder externo. A consolidação do Princípio democrático, portanto, pressupõe a reafirmação da Soberania em relação às decisões internas das comunidades, proibindo qualquer interferência externa⁴⁰.

Para José Eduardo Faria⁴¹, o moderno significado de soberania é sinônimo de um Poder de mando inquestionável, supremo, inalienável, independente e exclusivo de determinada sociedade política. Este poder é, finaliza o autor, “um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos os seus habitantes”.

A partir da Segunda Guerra Mundial, em razão de tratados, convenções e acordos envolvendo diferentes Estados, fizeram emergir no seio destes, certo déficit da sua Soberania, o que decorre da inevitável necessidade de ingressar no âmbito de uma sociedade internacional, vinculando cada Estado a normas e obrigações externas.

Essa integração do Estado em nível internacional levou a uma crise da Soberania e crise do próprio Estado, que segundo Norberto Bobbio é verificada tanto na teoria quanto na prática. Segundo o autor, “está desaparecendo a plenitude do poder estatal, caracterizada

³⁷ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1.179.

³⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica. V. 41. Janeiro a Junho de 2007. Bauru: Edite. In. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno. 2007, p. 74.

³⁹ SIEYÈS, Emanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: (Qu'est-ce que le tiers état?)**. Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 113-114.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**: Divisão Jurídica. V. 41. Janeiro a Junho de 2007. Bauru: Edite. In. Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno. 2007, p. 75.

⁴¹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.

justamente pela Soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites”⁴².

Michael Hardt e Antonio Negri, afirmam que o “declínio da soberania dos Estados-nação, entretanto, não quer dizer que a soberania como tal esteja em declínio”, pois para os autores, as transformações contemporâneas concederam à Democracia uma nova forma, segundo eles, “composta de uma série de organismos nacionais e supranacionais, unidos por uma lógica ou regra única”. Essa lógica ou regra única, ou nova forma global, é definida pelos autores como Império⁴³, todavia alertam que esse Império não pode ser confundido com Imperialismo, pois se trata de “um aparelho de *descentralização* e *desterritorialização* do geral que incorpora gradualmente o mundo inteiro dentro de suas fronteiras abertas e em expansão”⁴⁴.

A crise que perpassa o Estado Constitucional Moderno atual, portanto, decorre das inúmeras transformações que se operam na sociedade contemporânea, a exemplo da globalização, da transnacionalidade, dos avanços tecnológicos, entre outros. Essas transformações culminam com o surgimento de teorias que defendem a superação dessa forma de Estado, propondo inclusive novas concepções a exemplo do Estado Cooperativo⁴⁵ de Peter Häberle⁴⁶.

2. A PROPRIEDADE E O ESTADO MODERNO

O advento do Estado Moderno introduz na sociedade um poder de unificação do poder político fragmentado, converge para o aperfeiçoamento de uma ordem jurídica baseada na lei e consubstanciada numa ótica individualista da sociedade. Garante certeza e estabilidade fundamentais a racionalidade econômica e eleva a propriedade ao grau de direito fundamental, pois passou a integrar os direitos garantidos constitucionalmente.

⁴² BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004, p. 1.187.

⁴³ Sobre o conceito de Império destacam os autores: “O conceito de Império caracteriza-se fundamentalmente pela ausência de fronteiras: o poder exercido pelo Império postula um regime que efetivamente abrange a totalidade do espaço, ou que de fato governa todo o mundo “civilizado”. Nenhuma fronteira territorial confina o seu reinado. [...] O objeto do seu governo é a vida social como um todo, e assim o Império se apresenta como forma paradigmática de biopoder. Finalmente, apesar de a prática do Império banhar-se continuamente em sangue, o conceito de Império é sempre dedicado à paz – uma paz perpétua e universal fora da História”. HARDT Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 14-15.

⁴⁴ HARDT Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 12.

⁴⁵ O Estado Constitucional Cooperativo é o modelo teórico proposto por Peter Häberle para desenvolver seu pensamento em torno da proposta de uma teoria da Constituição como ciência da cultura. Como modelo teórico, o Estado Constitucional – que tem como fundamento a lógica da cooperação – busca aperfeiçoar os Estados de Direito existentes com elementos que possibilitem uma aproximação entre os povos por meio do elemento cultural. SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. Análise Metológica de Peter Häberle. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_816.pdf>

⁴⁶ HABERLE, Peter. **Per uma Dottrina dela Costituzione Come Scienza dela Cultura**. Roma: CArocci, 2001.

O Estado Constitucional, de acordo com Marcelo Cerqueira, surgiu a partir da Revolução Francesa, que se desenvolveu em duas etapas: uma revolução em favor do Estado Constitucional (1789-1791) e outra revolução (1792-1794) contra o Estado Constitucional⁴⁷.

A Revolução Francesa ensaiaria, em poucos anos, diferentes sistemas políticos, como se realizasse experimentos dos modelos possíveis de democracia. Será o ponto de partida para o movimento de democratização que desde então impulsiona a história política dos povos. A Revolução Francesa fixou princípios políticos que, em seguida, se irradiaram para outros países e se mantêm permanentemente vivos: liberdade, igualdade e fraternidade⁴⁸.

No que tange a propriedade, até então considerada como um direito natural, inviolável e sagrado, com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, passa a ser um direito absoluto, exclusivo, quase ilimitado⁴⁹.

Assim considerada, possui estreita ligação com a visão atomística da sociedade, na qual o homem é senhor de si e de seus atos e ocupa especial lugar. Ao exercer seus atos, o indivíduo totalmente desvinculado dos outros indivíduos, possui autonomia de agir, o que significa ser livre, e nesse aspecto a liberdade confunde-se com a propriedade, pois ser proprietário significa ser livre.

O nexo do instituto da propriedade não se restringia à liberdade, pois recebeu prestígio tal, que outros institutos como os contratos, o regime matrimonial, foram sistematizados no Código de Napoleão como um dos diversos modos de aquisição da propriedade⁵⁰.

Assim a propriedade sob o pensamento do liberalismo⁵¹ transforma-se no mais importante dos direitos naturais, pressuposto de todos os outros. E dessa forma ingressou na codificação francesa, da qual influenciou as demais codificações liberais da época mantendo a mesma estrutura⁵².

Nos séculos seguintes XIX e XX, surgem extensões a propriedade, sobretudo no domínio dos bens incorpóreos, conforme observa John Gilissen, “o que antes não podia ser objeto de propriedade passou a sê-lo, de acordo com leis cada vez mais numerosas: as marcas de fábrica, as patentes de invenção, as obras artísticas e literárias, entre outras. Formou-se, assim, uma propriedade industrial, literária, artística e científica”⁵³.

⁴⁷ CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na História: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2006, p.

⁴⁸ CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na História: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2006, p.

⁴⁹ GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003, p. 646.

⁵⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 29.

⁵¹ LIBERALISMO, de acordo com Nicola Abbagnano é “[...] a doutrina que tomou para si a defesa e a realização da liberdade no campo político. Nasceu e afirmou-se na Idade Moderna e pode ser dividida em duas fases: 1ª do séc. XVIII, caracterizada pelo individualismo; 2ª do séc. XIX, caracterizada pelo estatismo”. Entende ainda o autor que Stuart Mill, é um dos maiores representantes do Liberalismo, máxime em sua obra *Sobre a Liberdade*, a qual classifica como “uma das mais nobres e apaixonadas defesas da liberdade”. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 605.

⁵² CORTIANO JUNIOR, Erouths. **O discurso jurídico da Propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 95/96.

⁵³ GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003, p. 647.

Além desse implemento nas características e formas de propriedade, as mudanças sociais passaram a influenciar sobremaneira os caracteres da propriedade, levando a evolução do absolutismo individual à noção de função social. Tal evolução adveio da contestação por toda a Europa acerca das reações provocadas pelo caráter individualista e absolutista até então impregnado à propriedade no Código Napoleônico de 1804.

No que tange aos dias atuais, transmuda-se mais uma vez a propriedade visando atender ao que se denomina atualmente de sustentabilidade, envolvendo ou atrelando novos paradigmas como meio ambiente, função social, inserção social, a sustentabilidade, a globalização^{54,55,56}, entre outras.

3. A FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E A SUSTENTABILIDADE

O enfoque dado à propriedade e sua função social insculpido no Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵⁷ refere-se à garantia e direito fundamental individual, porém, a propriedade não pode ser considerada um direito puramente individual, pois obedece também aos princípios da Ordem Econômica que tem por objetivo assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Para Konrad Hesse⁵⁸ “a base do asseguramento da existência e conformação de vida individual é, predominantemente, não mais a Propriedade privada no sentido tradicional do Direito Civil, senão o trabalho próprio e a participação nas prestações de assistência vital e assistência social estatal”.

A propriedade privada atualmente deve estar ajustada, segundo Konrad Hesse, “a um sistema amplo de medidas de planificação, guia e coordenação, em medida crescente, também, de proteção do meio ambiente, no qual mal ainda entra em questão o sistema social e econômico atual, fundamentalmente, assente sobre a propriedade privada, a liberdade contratual e o autocomando”, pois dessa forma atingirá os ditames constitucionais a que se propõem.

⁵⁴ De acordo com Luiz Carlos Delorme Prado, “o conceito globalização começou a ser empregado desde meados da década de 1980, em substituição a conceitos como internacionalização e transnacionalização. [...] Somente ao fim da década de 1980 e, particularmente, na década de 1990 é que o termo globalização veio a ser empregado principalmente em dois sentidos: um positivo, descrevendo o processo de integração da economia mundial; e um normativo prescrevendo uma estratégia de desenvolvimento baseado na rápida integração com a economia mundial. [...]”. Embora, destaque o autor que, o conceito de globalização não é matéria pacífica na doutrina entende que, “como todo conceito imperfeitamente definido, Globalização significa coisas distintas para diferentes pessoas. Pode-se, no entanto perceber quatro linhas básicas de interpretação do fenômeno: (i)- globalização como uma época histórica; (ii)- globalização como um fenômeno sociológico de compressão do espaço e tempo; (iii) globalização como hegemonia dos valores liberais; (iv) globalização como fenômeno socioeconômico”. PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Globalização**: notas sobre um conceito controverso. Disponível em: www.ie.ufrj.br, acesso em 20/05/2007, às 16:24.

⁵⁵ Jürgen Habermas, em sua obra “A inclusão do outro”, sustenta que Anthony Giddens, foi um dos teóricos que pioneiramente tratou de conceituar e abordar sobre o fenômeno globalização, a definiu como “o adensamento, em todo o mundo, de relações que têm por consequência efeitos recíprocos desencadeados por acontecimentos tanto locais quanto muito distantes. HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002, p. 138.

⁵⁶ Francis Fukuyama considera que a globalização representa a universalização dos valores de democracia liberal e ordem econômica baseada em princípios de economia de mercado, cujo exemplo ideal seria o modelo norte-americano. FUKUYAMA, Francis – **The End of History and the Last Man**, New York, Free Press,1992.

⁵⁷ Doravante apenas utilizar-se-á CRFB/88.

⁵⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 340.

Francisco Garrido Peña⁵⁹, no mesmo sentido defende que: “La propiedad privada es una institución que esta íntimamente vinculada con el concepto Del sujeto moderno y la representación de la libertad como ilimitada, característica también de la modernidad. Aquello que se tiene en propiedad se puede gozar y usar sin límites, sin más límites que la voluntad del propietario. Las libertades de los otros y los recursos naturales se ven amenazados por una institución que hace de cada propietario un soberano y un déspota. Es necesario pues limitar esta institución hasta la línea en que ponga en peligro las libertades de los otros o las condiciones ecológicas de reproducción de la vida”.

A propriedade e sua função social ao serem incluídas na ordem econômica, exige que a propriedade ligada às atividades econômicas, atenda além das necessidades particulares de seu proprietário, à sua função na sociedade e defesa do meio ambiente equilibrado.

Verifica-se que a função social, ou melhor Inserção Social^{60,61}, pode ser aplicada de várias formas. Se aplicada à propriedade privada, por exemplo, é a Inserção Social descrita no Artigo 5º da CRFB/88, já, se esta mesma propriedade estiver inclusa, também, como bem de produção, atenderá além daquela Inserção Social, a Inserção Social do Artigo 170 da CRFB/88, cumulativamente, pois lá a propriedade é estática, aqui ela passa a ser dinâmica e conseqüentemente a Inserção que se dá a propriedade em relação a sociedade é diferente. Ainda, tanto numa como na outra forma de Inserção Social não devem descuidar da função ambiental.

A CRFB/88, portanto, vinculou o cumprimento da função social às obrigações de defesa do meio ambiente, não sendo mais possível falar em propriedade privada absoluta e ilimitada. A propriedade sofre sim limitações e restrições, pois deve cumprir, além dos interesses do particular, também a função social e a função ambiental, pois conforme destaca Fernanda Cavedon⁶²:

A propriedade privada, absoluta e ilimitada, torna-se incompatível com a nova configuração dos direitos, que passam a tutelar Interesses Públicos, dentre os quais a preservação ambiental. Assim, o Direito de Propriedade adquire nova configuração, e passa a estar vinculado ao cumprimento de uma Função Social e Ambiental. É limitado no interesse da coletividade e a fim de adequar-se às novas demandas de ordem ambiental.

Destarte, a efetivação da aliança entre os princípios da ordem econômica estabelecidos constitucionalmente e os relativos aos direitos e garantias individuais concernentes à propriedade, deve-se procurar modelar as vantagens individuais e privadas do proprietário e os benefícios sociais e ambientais, referentes ao proveito coletivo. Essa é a propriedade que goza da tutela constitucional.

Na era das revoluções científica e industrial, o mundo era considerado uma enorme máquina, que trabalhava a todo vapor, utilizando de todos os recursos disponíveis em prol de seu crescimento, tendo como objetivo único o desenvolvimento tecnológico.

Paul E. Little diz que:

⁵⁹ PEÑA, Francisco Garrido. **De como la ecología política redefine conceptos centrales de la ontología jurídica tradicional: libertad y propiedad.** In VARELLA, Marcelo Dias & BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs). O novo em direito ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 219.

⁶⁰ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **A função (f(x)) do Direito das Coisas.** Novos Estudos Jurídicos, v. 11, p. 117-134, 2006.

⁶¹ OLIVEIRA, Álvaro Borges de. **Uma Definição de Propriedade.** Pensar (UNIFOR), v. 13, p. 10, 2008.

⁶² CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade.** Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 61.

A Revolução Industrial intensifica as noções constituintes da sociedade moderna (separação sujeito e objeto, progresso, acúmulo de bens e riquezas etc.). A natureza passa a ser percebida a partir da racionalidade econômica, ou seja, torna-se recurso natural ou matéria-prima a ser apropriada no processo de transformação produtivo.

[...]

Porém, a evidência dos problemas decorrentes desta maneira de conceber a natureza começa a encontrar um ambiente favorável ao seu afloramento [...]. O despertar de uma consciência das limitações dos recursos naturais, que antes eram vistos como infinitos, não ocorre por acaso.⁶³

A humanidade, em busca do poder econômico, ainda tem uma visão antropocêntrica e esquece da preservação do meio ambiente para as próximas gerações.

A sustentabilidade emerge então como o novo paradigma⁶⁴, capaz de equilibrar esses poderes do proprietário e os deveres sociais, ambientais sem se descurar com os objetivos de uma sociedade em constante mutação.

Pode-se conceituar-se como a busca do equilíbrio desse conjunto para que os recursos ambientais e o desenvolvimento socioeconômico garantam a proteção e a dignidade da vida, minimizando os riscos para as presentes e futuras gerações.

Para Enrique Leff, o princípio de sustentabilidade surge como a marca de um limite e o sinal que orienta o processo civilizatório da humanidade. A crise ambiental questiona a racionalidade e os paradigmas teóricos que impulsionaram o crescimento econômico e negaram a natureza. A sustentabilidade aparece como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica.⁶⁵

A sustentabilidade tem como princípio proporcionar um ambiente saudável, conciliando o desenvolvimento econômico com a proteção e preservação do meio ambiente. Com a vigência da CRFB/88, determinou-se que a ordem econômica observará a função

⁶³ LITTLE, Paul E. **Políticas ambientais no Brasil: análises, instrumentos e experiências**. p. 376.

⁶⁴ Paradigma: A categoria “Paradigma”, assim como tantas outras categorias, não possui um conceito operacional uníssono entre os doutrinadores, pois ao empreender essa tarefa, a ideologia e o âmbito social e cultural em que é tratada influenciam na construção da definição. Entretanto convém salientar que a primeira vez que o termo foi utilizado com especial rigor científico foi através de Thomas Khunn, na obra *A Estrutura das Revoluções*, em 1962. Nessa obra utiliza o termo “paradigma” para substituir o termo “verdade”, em face da dificuldade em se definir o que pode ou não ser verdadeiro. Thomas Khun assinala que paradigma é aquilo, ou o entendimento sobre alguma coisa determinada, que os membros de uma mesma comunidade comungam e enquanto tal segue a matriz composta dos elementos: generalizações simbólicas; crenças em determinados modelos heurísticos e valores exemplares. Identifica a ciência como um discurso legitimado pela aceitação do grupo. KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, pp. 125 e 142 e ss. Ainda acerca da importância da conceituação do termo paradigma, destaca-se o pensamento de Edgar Morin, que entende ser fundamental, pois no âmbito das ciências sociais, um paradigma, em todos os discursos proferidos, deve conter os conceitos fundamentais e as características mestras de inteligibilidade, bem como as relações lógicas existentes entre esses conceitos e categorias. Precisamente ao que ocorre com a evolução da “cientificização da questão vital ambiental do planeta. MORIN, Edgar. **O método 4: as idéias**. 3ª. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2002, p. 261. E por fim Paulo Marcio Cruz e Zenildo Bodnar, destacam a especial importância do termo para a ciência jurídica: “[...] no campo da Ciência Jurídica, com o Direito como seu objeto, por paradigma deve-se entender o critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade. Trata-se de um referente a ser seguido e que ilumina a produção e aplicação do Direito. CRUZ, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. In: O novo paradigma do direito na pós-modernidade. (RECHTD) 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011 © 2011 by Unisinos – doi: 10.4013/rechtd.2011.31.08, Acesso em 01/11/2013, às 11:56 (horário Espanha) 8:56 horário Brasil.

⁶⁵ CALGARO, Cleide; HOFFMANN, Eliane Willrich. **Função Social da Propriedade e Sustentabilidade**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1394>> Acesso em: 16/05/2012.

social e ambiental, na qual demonstram os interesses coletivos sobre a propriedade, dentre eles o interesse de gozar de um ambiente saudável, como o desenvolvimento econômico individual que traga vantagens para a coletividade.

No entendimento de Cleide Calgato, “a legislação brasileira, evolui muito ao tutelar a função social da propriedade, pois esta função está voltada principalmente para a questão socioambiental”⁶⁶. Pois, assim, há uma maior cautela do Poder Público, fazendo com que sejam respeitadas as limitações e restrições impostas sobre o direito de propriedade.

Conforme o artigo 1.228, parágrafo 1º, do Código Civil de 2002, o direito de propriedade deve ser exercido sem prejudicar a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, o patrimônio histórico e artístico, e evitar a poluição do ar e das águas. Portanto, tem como objetivo o uso moderado dos recursos advindos de seu domínio da propriedade, atendendo as limitações e restrições, garantindo que ela seja utilizada de maneira sustentável.

O direito de propriedade passa a ser objeto de limitações, tendo como objetivo à proteção legal do meio ambiente. O seu uso, gozo e fruição devem garantir a integridade do patrimônio ambiental, tendo, segundo Antônio Herman Benjamin, a propriedade privada que abandonar sua característica individualista e ingressar em uma nova fase, se submetendo a uma ordem pública ambiental⁶⁷.

Há portanto, a necessidade de integrar ao desenvolvimento da sociedade e do Estado outros critérios para se analisar a garantia de direitos individuais em prol dos interesses sociais mundiais. As fronteiras estatais no âmbito do direito ambiental, são suprimidas e como bem defende Peter Häberle, devem ser observadas e interpretadas sob o enfoque das diferentes culturas e cronologias. Logo, o modelo do Estado Constitucional Cooperativo busca se colocar no lugar do Estado Constitucional Nacional, constituindo-se na resposta jurídico-constitucional à mudança no Direito Internacional: a passagem do “direito de coexistência” entre os Estados para a cooperação na comunidade de Estados, de modo que a sociedade aberta de intérpretes da Constituição torna-se uma sociedade aberta internacional.

As alterações que permeiam a sociedade e os Estados Nacionais são produtos das constantes mutações e necessidades que surgem com os avanços e a necessidade de transformações, especialmente no que tange a uma vida melhor e mais saudável para o planeta que igualmente possibilite a continuidade do desenvolvimento.

4. A SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO NOVOS ELEMENTOS DE EVOLUÇÃO

A sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável são institutos e/ou termos que não se confundem. Gabriel Real Ferrer⁶⁸, ao se referir aos termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável sustenta que:

⁶⁶ CALGARO, Cleide; HOFFMANN, Eliane Willrich. **Função Social da Propriedade e Sustentabilidade**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1394>>.

⁶⁷ CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. p. 123.

⁶⁸ FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho**. In: Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico] Organizadores Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Denise Schmitt Siqueira Garcia ; Diego Richard Ronconi... [et al.]. – 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013, p. 9

Las palabras sirven para definir conceptos, pero a veces se usan para ocultarlos, para distraerlos sobre su auténtico significado. Igualmente, su uso indiscriminado, espurio y banalizante, hace que se corra el riesgo de que unas y otras, palabras y conceptos, se diluyan en la nada, máxime cuando, como es el caso, se toman como una moda, como complemento a cualquier discurso políticamente correcto.

Assim sendo, tomando em conta o objetivo da presente investigação, cumpre destacar que o termo sustentabilidade será estudado a partir das suas dimensões, e, da fenomenologia de novo paradigma, posto que passou a integrar de forma incisiva e definitiva o ordenamento jurídico, vislumbrando um novo horizonte, conforme as necessidades e postulados atuais, não se olvidando do antigo, porém mantendo o futuro como ponto de chegada.

O tema da sustentabilidade, ou como diz Edgar Morin⁶⁹, a ideia de “suportabilidade”, ingressou no universo jurídico somente modernamente, após a sociedade dar-se conta da degradação do meio ambiente⁷⁰ em face do avanço tecnológico e do risco das gerações futuras quedarem-se sem meios para sobreviver (pelo menos sem recursos naturais) e sem ter como dar continuidade ao desenvolvimento econômico.

O fenômeno chamado por Luis Herrero de “cambio social global” está mais do que premente nas sociedades atuais. Às mudanças no sistema ambiental se agregam ainda, o aumento da população mundial, a globalização econômica, o desenvolvimento das ciências e da tecnologia, tudo isso levou a um processo sem precedentes de degradação do planeta, que culmina na necessidade de transformação na “busca de un desarrollo humano sostenible que permita la coevolución del hombre y la naturaleza”⁷¹.

Todas as nações do mundo, como já mencionado, independentemente do regime social, do nível de conhecimento técnico-científico, a partir da revolução industrial e, especialmente em nome da busca pelo poder e crescimento econômico, passaram a explorar de maneira inexorável os recursos disponíveis no meio ambiente.

O avanço da tecnologia e das pesquisas técnico-científicas permitem processos de extração cada vez maiores dos recursos naturais, antes inacessíveis ou até mesmo, inimagináveis pelo homem (explorar as profundezas dos oceanos, do espaço cósmico etc), passam a fazer parte do dia a dia dos Estados.

Na história da civilização, o “gen egoísta”⁷² do homem, o levou a exploração até a exaustão de grandes regiões, para então serem abandonadas e substituídas por outra mais

⁶⁹ MORIN, Edgar. **A Via para o futuro da humanidade**. Tradução Edgard de Assis Carvalho; Maria Perasso Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013. Título Original: La voie pour l’avenir de l’humanité, p. 32.

⁷⁰ Meio Ambiente possui entre os doutrinadores da área, distintos conceitos, os quais englobam diferentes e muitas vezes comuns elementos, como o homem, a natureza (fauna e flora), o meio social, a cultura, entre outros, todavia, para José Rubens Moratto Leite, “qualquer que seja o conceito que se adotar, o meio ambiente engloba, sem dúvida, o homem e a natureza, com todos os seus elementos” e adverte que ““meio” e “ambiente” são sinônimos na acepção do termo e que a expressão “meio ambiente” é um pleonasma, mas que se consagrou e foi incorporada em várias legislações, e, apesar da redundância da composição, meio ambiente é comumente utilizado devido principalmente à fixação e arraigamento que se encontra na cultura nacional”. LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

⁷¹ HERRERO, Luis M. Jiménez. **Cambio global, desarrollo sostenible y economía ecológica**. In: HERRERO, Luis M. Jiménez; TAMARIT, Francisco J. Higón. *Ecología y economía para un desarrollo sostenible*. Patronat Sud-Nord. Solidaritat i Cultura – F.G.U.V. Publicacions de La Universitat de València: Valencia, ES. 2003, p. 17.

⁷² Essa expressão é tratada por Ramón Martín Mateo em sua obra **Nuevos instrumentos para la tutela ambiental**. Madrid: Trivium. 1994, p. 147.

produtiva. Os pequenos povoados em face das grandes extensões de terra existentes, possibilitavam que qualquer degradação ou prejuízo fosse totalmente esquecido juntamente com a área que era substituída por outra fértil, quando das crescentes migrações verificadas na antiguidade e ao longo da Idade Média.

Até o começo do século XX, a amplitude das atividades desenvolvidas pelo homem eram imperceptíveis, em face dos recursos naturais então existentes, e foram totalmente ignorados quaisquer possíveis malefícios.

Os primeiros danos irreparáveis deixados pelo homem podem ser verificados desde o feudalismo, assim como a exploração brutal, tanto da população escravagista, quanto da natureza. Em tempos bíblicos, remonta Grigori Jozin⁷³, "el cedro del Líbano era considerado uno de los árboles más estimados y notables". O intenso corte dessas árvores, para uso nas diferentes aplicações que o homem almejava, levou ao completo desaparecimento dessa vegetação, e conseqüentemente, acarretou numa massiva alteração da natureza no local.

Outras nações não ficaram para trás, pois a ordem era o crescimento econômico, a expansão do seu território, o poder, e assim Itália, Grécia, muitos outros países da Europa Ocidental, perderam seus bosques. A colonização da América praticamente acabou com as florestas da Ilha de Cuba. Outros lugares como Turquia, Grécia, Síria, Líbano entre outros, sofreram com a omissão ante a derrubada de suas florestas e destruição de grandes regiões de pastagem (estritamente necessário ao pastoreio naquela região)⁷⁴.

Um grande número de agricultores que passou a povoar as famosas planícies nos Estados Unidos, famosas justamente pela exuberante vegetação, deram fim a tudo, acarretando por conseguinte em sensíveis mudanças climáticas, a exemplo da grande seca de 1894 e as tempestades de areia de 1934 que praticamente varreram a superfície de grandes extensões de terras desses agricultores⁷⁵. A Rússia, igualmente não ficou para trás, pois com o desenvolvimento industrial a todo vapor, ainda no século XVII as fábricas de fundição de ferro iniciaram a extinção de bosques e ao voraz aproveitamento das riquezas naturais. Aliados às empresas russas, outras companhias capitalistas deram cabo a praticamente todas as florestas e recursos naturais que puderam.

Esse descuido se verifica também nas péssimas condições de trabalho, o que é registrado por Engels, sobre as condições dos trabalhadores de Londres, Liverpool, Manchester y outras cidades, nas quais a falta de sistemas de esgoto, ventilação, a contaminação do ar, em razão da evaporação dos resíduos, e, a falta de fornecimento de água, são causas de grandes contaminações e mortandade entre os trabalhadores da época⁷⁶.

⁷³ JOZIN, Grigori. **Business contra la naturaleza**. Tradução para o espanhol de Alexandr Noga. Editorial de la Agencia de Prensa Nóvosti: Moscou. 1984, p. 05.

⁷⁴ JOZIN, Grigori. **Business contra la naturaleza**. Tradução para o espanhol de Alexandr Noga. Editorial de la Agencia de Prensa Nóvosti: Moscou. 1984, p. 05.

⁷⁵ JOZIN, Grigori. **Business contra la naturaleza**. Tradução para o espanhol de Alexandr Noga. Editorial de la Agencia de Prensa Nóvosti: Moscou. 1984, p. 06.

⁷⁶ ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. Tradução B. A. Schumann; Edição José Paulo Netto. São Paulo: Boitempo, 2008. Título Original: Die Lage der Arbeitenden Klasse in England. Sendo esta a primeira obra do autor, escrita a partir de suas próprias observações.

A sociedade, na busca insaciável de poder e capital, olvidou-se tanto da natureza quanto da salubridade do ambiente à disposição da população, o que acarretou, obviamente, numa grande ameaça às gerações vindouras.

Com o passar dos tempos e após muitos Estados começarem e dar-se conta que o arsenal natural, fonte de bens materiais, de saúde e bem-estar do homem, disponíveis pela natureza, estava a ponto de extinguir-se, iniciaram as discussões, manifestações, reuniões e toda sorte de programas para não só entender o que esta acontecendo com o planeta, mas também para buscar possíveis soluções⁷⁷.

Após a verificação de inúmeros desastres naturais, aliado as incipientes investigações científicas, e tendo ainda a luta dos ecologistas e a pressão da opinião pública, não só no âmbito nacional, senão em âmbito internacional, se obtém os primeiros resultados, tais como, a produção de informes, a celebração de conferências sobre o meio ambiente e inúmeros encontros entre nações para tratar do meio ambiente em seus diferentes aspectos, abordando diferentes temas e preocupações.

Em que pese esse movimento que surge entre os anos sessenta e setenta ser muito diferente das primeiras tentativas intentadas no sentido de proteção do meio ambiente, posto que surge em meio a protestos políticos e crise ecológica, redundou numa difusão das ideias e inferiu uma resposta tanto da sociedade quanto das instituições políticas o que acarretou na normatização meio ambiental em muitos países.

Gabriel Real Ferrer, embora afirme a fixação de uma data sobre o nascimento do direito ambiental é inútil senão para uma via didática, admite que se isso for para fixar a emergencialidade do direito ambiental, entende que poderia se fixar como a “acta de nacimiento de Derecho Ambiental [...] diciembre de 1969, cuando en Estados Unidos se adopta la *National Environmental Policy Act*”, a qual passa a exigir avaliação de impacto ambiental para determinadas atuações, tendo sido a “primera institución jurídica propiamente ambiental”⁷⁸.

Ainda que exista essa divergência acerca do início do movimento entre os teóricos da área, pode-se verificar que a luta por transformações, em prol do meio ambiente saudável, tem sido a bandeira do movimento ecologista desde o século XIX. O incipiente processo de industrialização, o pedido, por diferentes setores, por melhoras ao meio ambiente e o surgimento da ecologia como ciência marcam o compasso de uma nova forma de entender o mundo.

⁷⁷ De acordo com Gabriel Real Ferrer: “Aunque que el interés por las expediciones científicas decayó a finales del XVII durante el XIX prosiguieron las exploraciones, así [arte de las realizadas por Alexander von HUMBOLD se desarrollaran en ese siglo, del mismo mdo que las de LIVINGSTONE, quien bautiza a las cataratas Victoria en 1855. Australia no se jó de ser colônia penitenciaria hasta 1852 y AMUNDSEN no llegó al Polo Sur hasta 1911. Las exploraciones científicas y sistemáticas a largo plazo de la Antartida comenzaron cone I Año Geofísico Internacional (1 de julio de 1957 al 31 de diciembre de 1958) en el que doce países establecieron más de sessenta estaciones científicas en la Antartida recorriendo buena parte de su território y completando, de algun modo, em mapa de la Tierra (aunque debe recordarse que, en 1891, el congreso Internacional de Geografía propuso cartografiar el mundo entero a una escala 1:1.000.000, tarea que se desarrollo durante muchos años y nunca concluyó). El impulso innato o cultural del hombre por descubrir nuevos horizontes, nuevas tierras prometidas, se canaliza entonces hacia el espacio exterior y hacia el mundo submarino, epro pronto se comprende su limitación.” FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002, p. 4

⁷⁸ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002, p. 6.

Após surgirem as primeiras formulações ecologistas no sentido de lutar para conservar o meio ambiente, tem início a criação de organizações filantrópicas ainda no século XIX, todavia, somente na segunda metade do século XX é que tomam o protagonismo esperado⁷⁹.

Emergem, também as primeiras tratativas teóricas e dogmáticas que contribuem para a evolução jurídica do tema “proteção ambiental”, dentre elas podem se destacar teóricos em diferentes países, a exemplo de Ramón Marin Mateo na Espanha, Cano e Pigretti na Argentina, Rebhinder e Bothe na Alemanha, Michel Prieur e Kiss na França, dentre outros⁸⁰.

Gabriel Real Ferrer observa, que para um correta compreensão do Direito Ambiental, necessário empreender diferentes enfoques, em especial três dos quais, “su progreso cronológico” para os quais se refere como ““olas” y su progresión técnico-jurídica, tienen que ver con su manifestación más externa o superficial y, el tercero, con su evolución conceptual y su incardinación en el sistema social actual, aspectos mucho más profundos y enjundiosos”⁸¹.

No tocante às “olas”, identifica na primeira, o caráter demográfico, impregnado como enfoque dos estudos e discussões o que motiva a construção e proliferação de legislações no sentido de estabelecer limites ao crescimento de muitos países. Nessa época já se vislumbra, por parte de alguns juristas, a importante evolução que se aproxima e destaca o limite de crescimento como novo paradigma dessa fase⁸².

Na segunda “ola”, em que pese os avanços serem verificados somente no plano teórico e na prática deixar a desejar, o crescimento de organizações não governamentais, ou agentes sociais, comprometidos com a proteção ambiental, aumentou substancialmente e desenvolveram-se legislações a partir da Conferência realizada em 1992. Note-se que, apesar desse crescimento da proteção através das legislações, Gabriel Real Ferrer, destaca que “uno de los resultados visibles de la Cumbre es que todos los países se aprestan a dotarse de abundante y moderna legislación ambiental, dando lugar a una oleada de normas a la que alguna vez he denominado la “generación de la fotocopia” pues se reproducen unas a otras sin consideración alguna a la realidad social, económica, jurídica y ambiental sobre la que se proyectan”. Essas legislações, em muitos casos, apresentam altos índices de exigência, o que se louva, entretanto em aspectos práticos e efetivos, pouco se verificou⁸³.

Nessa fase o paradigma do limite do crescimento amplia para o de um modelo de desenvolvimento, aliado ao combate da pobreza, pois se identifica que o imprescindível para

⁷⁹ Keneth E. Boulding, apresentou, pelo menos uma década antes dos informes de Clube de Roma, importantes trabalhos acerca do crescimento degenerado da humanidade e da economia em detrimento dos recursos disponíveis e, é sua a frase: “quem cre que o crescimento pode durar para sempre em um mundo finito, ou é um louco ou um economista”. FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002, p. 5 nota 08.

⁸⁰ FERRER, Gabriel Real. *In*: Clases de Derecho e Sostenibilidad, ministradas no Curso de Doutorado na Universidade de Alicante. Outubro de 2013.

⁸¹ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002, p. 6.

⁸² FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002, p. 6-7.

⁸³ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002, p. 9. Destaque mantido conforme o original.

garantir um meio ambiente saudável a todos, necessário é que os países pobres sejam atendidos e, assim emerge a solidariedade.

Os problemas são identificados, as legislações já preveem medidas para preservação, entretanto, não se dispõem de um meio de coação ou de uma autoridade que obrigue as nações a cumprir com os compromissos assumidos⁸⁴.

Por fim, na terceira onda, destaca o caráter político que emerge necessário em termos de proteção ambiental, se mostra necessário, que para atingir os níveis de proteção e solidariedade esperados, que exista uma governabilidade em nível internacional⁸⁵.

Assim evoluiu o Direito Ambiental e, conforme os problemas foram sendo percebidos ou constatados, através das diferentes áreas, seja jurídica, sociológica, econômica, tecnológica ou científica, foram surgindo movimentos e emergindo soluções, ainda que apenas teóricas, a fim de alcançar uma solução de manutenção da vida no planeta aliada a manutenção dos recursos naturais disponíveis.

Há ainda, para os economistas, um terceiro caráter fundamental, para o qual a sustentabilidade do ecossistema está condicionada, ou seja, a uma complexa integração de fatores biológicos, físicos e socioeconômicos, que constituem a base de todos os sistemas produtivos e que envolvem ainda os sistemas de gestão⁸⁶.

Progressivamente os conceitos tradicionais, para assegurar a exploração dos recursos às taxas compatíveis com o crescimento da biomassa, de acordo com Luis Jimenez Herrero, vão se incorporando “a los cambios de la economía, la sociología y la política hasta adquirir una dimensión múltiple e integral”. Para atingir o nível esperado sobre a estruturação conceitual, à essas mudanças agregam-se ainda as noções ecológicas de resiliência e capacidade de carga, em conjunto com as noções econômicas de capital natural e a noção social de equidade, as quais se entrelaçam para definir “más que un estilo de desarrollo, incluso una *forma de vida sostenible*, arropadas por nuevas consideraciones éticas”⁸⁷.

Efetivamente, os conceitos iniciais de sustentabilidade ligados às atividades agrárias, ou melhor, ao ecossistema agrário apresentam um caráter diferenciado, em que cumpre, num primeiro momento, suprir as necessidades mutantes de uma população em pleno desenvolvimento e crescimento até sua plena estabilização, ou seja, a preocupação inicial era manter as necessidades quantitativas e qualitativas, e posteriormente manter ou melhorar a qualidade do meio ambiente.

De uma maneira geral as ciências, em sua grande maioria, passaram a incluir a sustentabilidade na pauta de suas pesquisas e discussões, ainda que, por vezes criticada, a exemplo dos ecologistas em relação aos economistas, vez que entendem que a sustentabilidade para o economista sobrevive apenas para garantir o desenvolvimento

⁸⁴ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002, p. 9.

⁸⁵ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Revista Arazandi de Derecho Ambiental. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002, p. 10-11.

⁸⁶ HERRERO, Luis M. Jiménez. **Cambio global, desarrollo sostenible y economía ecológica**. In: HERRERO, Luis M. Jiménez; TAMARIT, Francisco J. Higón. *Ecología y economía para un desarrollo sostenible*. Patronat Sud-Nord. Solidaritat i Cultura – F.G.U.V. Publicacions de La Universitat de València: Valencia, ES. 2003, p. 43-48.

⁸⁷ HERRERO, Luis M. Jiménez. **Desarrollo sostenible: transición hacia la coevolución global**. Ediciones Pirámide: Madrid. 2000, p. 103. Destaque em itálico conforme o original.

econômico, fato é que, a manutenção do ecossistema deverá ser a premissa de todos, seja por que objetivo for.

Deixando de lado a divergência entre ecologistas e economistas, o que não se discute é a necessidade de rever as formas de desenvolvimento e crescimento, ou seja, ainda que sob enfoques distintos o resultado almejado é comum nos discursos, qual seja, a necessidade de mudança, ou seja a *metamorfose* sugerida por Edgar Morin⁸⁸, está latente no seio de todas as sociedades, e esta será a verdadeira origem.

O Termo sustentabilidade emerge, portanto, e ganha cada vez mais espaço nos discursos do desenvolvimento e/ou desenvolvimento econômico, pelos quais a sociedade precisa crescer atentando para a manutenção de forma perdurável dos recursos naturais ambientais sobre os quais descansa a exploração econômica⁸⁹.

Nesse sentido, seja sob a ótica dos ecologistas ou dos economistas, a necessidade de manutenção de um crescimento equilibrado e sustentável é fundamental e não são poucos que passam a tratar da sustentabilidade como sinônimo de desenvolvimento sustentável.

De qualquer forma, longe de propor uma conceituação estanque e definitiva, Gabriel Real Ferrer entende a sustentabilidade, como a capacidade de uma sociedade permanecer indefinidamente no tempo, desde que obedeça aos atuais padrões culturais e civilizacionais para respeitar a capacidade dos meios naturais no qual opera, e, que possam alcançar níveis de justiça social e econômicos que a dignidade da pessoa humana exige⁹⁰.

De acordo ainda com Gabriel Real Ferrer, o termo sustentabilidade diz respeito às atividades necessárias para se garantir uma vida do ecossistema saudável e não pode ser confundido com desenvolvimento sustentável.

Somente através de ações que propugnassem a preservação ambiental, é que se poderia ter o equilíbrio tão almejado pela sustentabilidade. As ações deveriam iniciar pelo meio ambiente, pilar principal da sustentabilidade, e, assim posteriormente, prosseguir ao social e econômico, igualmente necessários para garantir uma sobrevivência sustentável da raça humana no planeta. Atenta para este fato, e frisa que são conceitos totalmente diferentes, e que precisam ser cuidadosamente empregados, sob pena de olvidar do verdadeiro sentido, dos verdadeiros objetivos da sustentabilidade⁹¹.

Ramón Martín Mateo, de forma otimista defendia que “[...] Aunque estamos en estos momentos ayunos tanto de soluciones definitivas jurídicas como tecnológicas globalmente satisfactorias, podemos constatar, con una cierta satisfacción, que al menos existe una naciente conciencia sobre la necesidad de arbitrar medidas jurídicas que hagan imperativas

⁸⁸ MORIN, Edgar. **A Via para o futuro da humanidade**. Tradução Edgard de Assis Carvalho; Maria Perasso Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013. Título Original: La voie pour l’avenir de l’humanité.

⁸⁹ HERRERO, Luis M. Jiménez. **Cambio global, desarrollo sostenible y economía ecológica**. In: HERRERO, Luis M. Jiménez; TAMARIT, Francisco J. Higón. *Ecología y economía para un desarrollo sostenible*. Patronat Sud-Nord. Solidaritat i Cultura – F.G.U.V. Publicacions de La Universitat de València: Valencia, ES. 2003, p. 43.

⁹⁰ FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho**. In: *Revista de Derecho Ambiental: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y practica*. Director: Néstor A. Cafferatta. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Octubre/diciembre 2012, p. 65-82

⁹¹ FERRER, Gabriel Real. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Organizadores Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza; Denise Schmitt Siqueira Garcia; Diego Richard Ronconi. [et al.]. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013, p. 11

las conclusiones técnicamente conseguidas, para encauzar científicamente por cauces tranquilizadores el curso de la humanidad”⁹².

Ainda há muito para se evoluir, entretanto se os objetivos econômicos estiverem aliados aos objetivos e necessidades de preservação dos recursos naturais para continuidade da exploração e crescimento será possível um conluio social em prol do equilíbrio almejado por todos.

CONSIDERACOES FINAIS

O desenvolvimento da sociedade civil e do Estado constituiu-se a base da superação de importantes ciclos e conquistas. As necessidades e carências a medida que surgem obrigam o homem a buscar alternativas e respostas para a solução de seus conflitos, respostas estas nem sempre são facilmente encontradas, mas que devem ser buscadas nas experiências passadas.

As novas necessidades e exigências surgidas no âmbito da Sociedade, dentre as quais as de ordem ambiental, requerem uma reorientação do Direito num sentido social e ambiental, é por esse motivo que o Direito de Propriedade apresenta-se como um direito renovado, que passa a agregar em suas concepções a sustentabilidade, a fim de adequar-se às demandas sociais e ambientais da coletividade. Essa nova roupagem da Propriedade vincula a eficácia da Função Sócio-ambiental e do desenvolvimento econômico, convertendo-a em um instituto híbrido, no qual os interesses das diferentes esferas – público, privado e social mundial – recebem proteção.

A preocupação com a preservação do meio ambiente e a continuidade do crescimento econômico são temas que estão interligados e fazem parte da construção da tutela ambiental e da proteção da propriedade.

A sustentabilidade começa a apresentar seus contornos, uma vez que passa a integrar os discursos e preocupações de todas as nações. Ao assumir e substituir o paradigma do crescimento, que agora passa a constituir os objetivos das nações, o adjetivo sustentável incorpora o objetivo de crescimento e passa-se a tratar então, de desenvolvimento sustentável.

As diretrizes que passaram a integrar os planos de desenvolvimento e proteção da propriedade igualmente passaram a incluir a sustentabilidade como meta a ser alcançada em prol de uma sociedade em constante crescimento garantindo-se um meio ambiente equilibrado sem prejuízo da garantia dos direitos individuais.

Com os “Oito Objetivos do Milênio”, apresentados no ano 2000, nasce a ideia para fazer frente ao principais objetivos comuns das nações com a finalidade de se alcançar o tão almejado equilíbrio para a continuidade do crescimento, especificamente são eles: “1: acabar com a fome e a miséria; 2: educação básica para todos; 3: igualdade entre os sexos e valorização da mulher; 4: reduzir a mortalidade infantil; 5: melhorar a saúde da gestante; 6:

⁹² MARTIN MATEO, Ramón. **La Sostenibilidad para el desarrollo. La cumple de Johannesburgo.** In: MANGAS MARTÍN, Victor-Javier (Coordinador). *Educación Ambiental y Sostenibilidad.* Alicante: Universidad de Alicante. 2003, p. 19.

combater a Aids, a malária e outras doenças; 7: qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; 8: todo mundo trabalhando pelo desenvolvimento”.⁹³

Há que se ter o cuidado entretanto, para não confundir os termos – sustentabilidade e desenvolvimento sustentável- que por vezes são convenientemente confundidos, mas, como defende Gabriel Real Ferrer, trata-se de uma dicotomia na qual a sustentabilidade opera negativamente, pois seria um limite ao desenvolvimento sustentável se não observados os reais e necessários objetivos da preservação da vida humana.

A noção de sustentabilidade, portanto, corresponde a consciência de conservar um determinado sistema produtivo ou mais recentemente o patrimônio natural para as gerações vindouras sem provocar o esgotamento das fontes naturais ou ainda sem provocar efeitos irreversíveis, o que garante o desenvolvimento sustentável.

Atualmente os conceitos de desenvolvimento econômico ou de preservação do meio ambiente coexistem e passam a ser inseparáveis, mesmo porque a sociedade e o capitalismo são processos irreversíveis e que necessitam apenas de elementos que conciliem os interesses sociais com os individuais de forma harmônica e progressista.

De conseguinte, a reflexão proposta no presente trabalho, tem por objetivo evidenciar a necessidade de repensar na produção do direito, especialmente no que tange a propriedade privada no sentido de assegurar um desenvolvimento sustentável, que garanta às presentes e futuras gerações a existência de um planeta seguro, cujo bem-estar depende do equilíbrio do ecossistema que o acolhe, não se descurando da garantia necessária a propriedade para garantir o pleno desenvolvimento econômico na atual sociedade capitalista.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

BARRETO, Vicente. **Ética, liberalismo e capitalismo**. Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo, v.2. fasc. 180, out/Nov/dez 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

_____. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9 ed. 1987.

_____. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varriale. et. al. coord. trad. João Ferreira. rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacaís. Brasília: Universidade de Brasília. 12 ed. 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**: novos direitos e acesso à justiça. Florianópolis: Habitus. 2001.

⁹³ Disponível em: < <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>> Acesso em 06 de novembro de 2013, às 12:50 (horário da Espanha) e 9:50 (horário do Brasil).

CALGARO, Cleide; HOFFMANN, Eliane Willrich. **Função Social da Propriedade e Sustentabilidade**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1394>>

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CERQUEIRA, Marcelo. **A Constituição na História: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan. 2006.

CORTIANO JUNIOR, Erouths. **O discurso jurídico da Propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. Ensaio sobre a necessidade de uma teoria para a superação democrática do Estado Constitucional Moderno. *In: Novos Estudos Jurídicos*. v.11. n.1. Jan-Jun. Itajaí: Universidade do vale do Itajaí. 2006.

_____. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá. 2002.

_____. **Soberania e superação do Estado Constitucional Moderno**. *In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica*. V. 41. Janeiro a Junho de 2007. Bauru: Edite. 2007.

_____, Paulo Marcio; BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. (RECHTD) 3(1): 75-83 janeiro-junho 2011 © 2011 by Unisinos – doi: 10.4013/rechtd.2011.31.08, Acesso em 01/11/2013, às 11:56 (horário Espanha) 8:56 horário Brasil.

DIDEROT, Denis. **Obras I – Filosofia e Política**. Tradução Jacó Guinsburg. São Paulo: Perspectiva. 1 ed. 2000.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: ícone. 1996.

_____. **Las Transformaciones Del Derecho – Publico y Privado**. Tradução Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aires: Editorial Heliasta, s/d.

ENGELS, Friedrich. **Princípios Básicos do Comunismo**, outubro/novembro de 1847. Tradução Alvaro Pena et.alii. Lisboa: Avante. 1978.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRER, Gabriel Real. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Organizadores Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza; Denise Schmitt Siqueira Garcia; Diego Richard Ronconi. [et al.]. 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013.

_____, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. *Revista Arazandi de Derecho Ambiental*. Pamplona, Espanha. N. 1, 2002.

_____, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidade y transformaciones del Derecho**. *In: Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico]* Organizadores Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Denise Schmitt Siqueira Garcia ; Diego Richard Ronconi... [et al.]. – 1. ed. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2013.

_____, Gabriel Real. **Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho**. *In: Revista de Derecho Ambiental: Doctrina, Jurisprudencia, Legislacion y practica*. Director: Néstor A. Cafferatta. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Octubre/diciembre 2012.

FUKUYAMA, Francis. **The End of History and the Last Man**. New York, Free Press, 1992.

- GILLISEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2003.
- HABERLE, Peter. **Per uma Dottrina dela Costituzione Come Scienza dela Cultura**. Roma: CArocci, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002.
- HARDT Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 6. Ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- HERRERO, Luis M. Jiménez. **Cambio global, desarrollo sostenible y economia ecológica**. In: HERRERO, Luis M. Jiménez; TAMARIT, Francisco J. Higón. **Ecología y economia para un desarrollo sostenible**. Patronat Sud-Nord. Solidaritat i Cultura – F.G.U.V. Publicacions de La Universitat de València: Valencia, ES. 2003.
- _____, Luis M. Jiménez. **Desarrollo sostenible: transición hacia la coevolución global**. Ediciones Pirámide: Madrid. 2000, p. 103. Destaque em itálico conforme o original.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- JOZIN, Grigori. **Business contra la naturaleza**. Tradução para o espanhol de Alexandr Noga. Editorial de la Agencia de Prensa Nóvosti: Moscou. 1984.
- KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.
- LITTLE, Paul E. **Políticas ambientais no Brasil: análises, instrumentos e experiências**.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. São Paulo, Abril cultural, Coleção Os Pensadores, 1973.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.
- MARTIN MATEO, Ramón. **La Sostenibilidad para el desarrollo. La cumple de Johannesburgo**. In: MANGAS MARTÍN, Victor-Javier (Coordinador). Educación Ambiental y Sostenibilidad. Alicante: Universidad de Alicante. 2003.
- _____, Ramón. **Nuevos instrumentos para la tutela ambiental**. Madri: Triviun. 1994.
- MARX, Karl. **A origem do capital – a acumulação primitiva**. Tradução Walter S. Maia. São Paulo: global. 1979.
- _____. ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista (1848)**. Tradução: Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: LPM. 2006.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachto. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORIN, Edgar. **A Via para o futuro da humanidade**. Tradução Edgard de Assis Carvalho; Maria Perasso Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand. 2013. Título Original: La voie pour l’avenir de l’humanité.

_____, N, Edgar. **O método 4: as idéias**. 3ª. ed. Tradução de Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2002.

MOREIRA DA COSTA, Cássia Celina Paulo. **A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada**. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2003.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de. A função (f(x)) do Direito das Coisas. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 11. 2006.

_____. **Uma Definição de Propriedade**. Pensar (UNIFOR), v. 13, p. 10, 2008.

_____. **Novos Estudos Jurídicos**. In A função (f(x)) do Direito das Coisas. V.11, n. 01. Jan-jun. 2006.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC Editora. co-edição Editora Diploma Legal. 3 ed. 2003.

PEÑA, Francisco Garrido. De como la ecologia política redefine conceptos centrales de la ontologia jurídica tradicional: liberdade y propiedad. In VARELLA, Marcelo Dias & BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Globalização: notas sobre um conceito controverso**. Disponível em: www.ie.ufrj.br.

PROUDHON, Pierre Joseph. **O que é a propriedade?** São Paulo: Martins Fontes. 1988.

RICARDO, DAVID. **Princípios de economia política e tributação**. Apresentação Paul Singer e Tradução Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural. 1982.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 1983.

SIEYÈS, Emanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: (Qu'est-ce que le tiers état?)**. Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. **Análise Metológica de Peter Häberle**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/02_816.pdf>

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução Alexandre Amaral Rodrigues e Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

VARELLA, Marcelo Dias & BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs). **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VIANA, Marco Aurélio S. **Tutela da Propriedade Imóvel**. São Paulo: Saraiva. 1982.

VOLTAIRE, François Marie Arouet Le Jeune. **Cartas Filosóficas**. Tradução Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora. 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1990.

EM BUSCA DE FUNDAMENTOS PARA O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: ESBOÇO DE TENDÊNCIAS TEÓRICAS PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO ÂMBITO DE UMA NOVA ORDEM MUNDIAL¹

André Lipp Basto Lupi²

Mário João Ferreira Monte³

Maury Roberto Viviani⁴

INTRODUÇÃO

A publicação por Alfred Verdross, em 1926, da obra *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*⁵, a qual configurou um impulso temático inaugural para uma reflexão a respeito da concepção do Constitucionalismo Global⁶, ganha renovado interesse diante do processo de intensificação da sociedade mundial, principalmente porque o contexto de globalização que se desenvolve na atualidade atinge os mais diversos campos da atividade humana.

Entendendo-se que o Constitucionalismo Global, numa aproximação conceitual provisória, consiste na perspectiva que se refere à aplicação de princípios tipicamente constitucionais na esfera jurídica internacional/global, este artigo tem por objetivo identificar algumas das tendências e concepções teóricas que possam contribuir para uma melhor compreensão do fenômeno em estudo, escolhidas dentre outras, justamente por servirem de modelos alternativos, cada qual com as suas particularidades, nessa era caracterizada pela ótica “pós-nacional” ou das “constelações pós-nacionais”.

Algumas percepções podem justificar a abordagem, tais como as tendências desintegradoras do modelo de soberania estatal, a importância de novos atores adnata à

¹ Este artigo deriva de alguns dos aspectos abordados na tese de doutorado intitulada “**O Constitucionalismo Global no Cenário de uma Nova Ordem Mundial**: uma crítica a partir de uma *teoria forte* em face da realidade das relações internacionais contemporâneas”, submetida pelo Prof. Maury Roberto Viviani ao Curso de Doutorado em Ciência Jurídica - CDCJ da Universidade do Vale do Itajaí - Univali, no âmbito do convênio de dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia - UNIPG (Itália). A tese teve a orientação do Prof. Dr. André Lipp Pinto Basto Luppi e a coorientação da Prof. Dra. Luciana Pesole. Parte da pesquisa doutoral foi desenvolvida na Universidade do Minho - UMINHO (Portugal), por intermédio de bolsa concedida pela CAPES, cujo estágio teve a supervisão do Prof. Dr. Mário João Ferreira Monte.

² Doutor em Direito pela USP. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica - PPCJ da Univali

³ Doutor em Direito pela Universidade do Minho - UMINHO. Professor titular da Universidade do Minho - UMINHO (Portugal). Diretor do curso de Mestrado em Direito Judiciário e do Curso de Mediação Penal da Escola de Direito da Universidade do Minho.

⁴ Doutor em Ciência Jurídica pela Univali/UNIPG. Professor e Coordenador da Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Endereço eletrônico: mviviani@mp.sc.gov.br.

⁵ VERDROSS, Alfred. **Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft** (The Constitution of the International Legal Community). Wien - Berlin: Springer, 1926.

⁶ Para fins deste artigo, entende-se que as expressões “Constitucionalismo Global” e “Constitucionalismo Internacional” são sinônimas. Todavia, prefere-se a primeira em razão da sua amplitude significativa, de forma a permitir outras possibilidades além daquelas restritas à relação entre Estados.

proliferação de fontes normativas e de instâncias decisórias no cenário internacional, a confusão entre os limites externos e internos, bem como a existência de normas jurídicas internacionais com efeito *erga omnes* e *jus cogens*.

Os argumentos a seguir explorados, embora de maneira sintética, têm um caráter metodológico preliminar para permitir, ao final, examinar-se indutivamente a pertinência e as possibilidades de estudo que o tema comporta para o enfrentamento de uma nova ordem mundial, cuja feição começa a se descortinar, na qual os paradigmas característicos que se plasmaram na ideia de Estado-nação parecem não mais corresponder satisfatoriamente.

1. OS DESAFIOS DA GOVERNANÇA PARA ALÉM DA ESFERA ESTATAL

Como resposta ao ambiente multifacetado, no qual se intensificam as relações sociais mundiais de forma a incluir, além dos Estados, outros atores, como as organizações intergovernamentais e não governamentais, as forças de mercado e segmentos da sociedade civil, afigura-se necessária a reflexão sobre os limites e as possibilidades do aperfeiçoamento da governança tendo em vista os temas e os interesses envolvidos.

Inicialmente, cabe ressaltar que a categoria governança não se confunde com a categoria governo. A governança refere-se à existência de um processo político que “envolve a construção de consenso, ou a obtenção de consentimento ou aquiescência necessária para realizar um programa, em uma arena onde muitos diferentes interesses estão em jogo”.⁷ Quanto à categoria governo, refere-se a instituições formais que são parte de um sistema hierárquico-normativo. Governo tem o poder tanto de tomar decisões que são vinculativas como de reforçar seus cumprimentos, ou seja, por intermédio de autoridade.⁸ Conforme Rosenau, se os sistemas de regras dos governos podem ser pensados como estruturas, as de governança se caracterizam como funções sociais ou processos para a execução de diversas maneiras, em diversos momentos e em diversos lugares por uma ampla variedade de organizações.⁹

No entanto, é perceptível a existência de uma diversidade de interesses e finalidades, que podem ser identificados, conforme Hewitt de Alcántara, nos seguintes aspectos: a) para aqueles que desejam uma diminuição da presença marcante do Estado nas áreas econômica e social, de forma a deslocar parte da discussão da esfera governamental para o campo mais abrangente da governança; b) a utilização da expressão “boa governança” como facilitação de programas de reforma de Estado com um apelo mais técnico e menos político; c) outros, que não tem interesse na redução do papel dos governos nacionais, usam o conceito de

⁷ Conforme HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia. Uses and Abuses of the Concept of Governance. In: **Internacional Social Science Journal**, v. 50, 1998, p. 105-113.

⁸ Para uma distinção das categorias Governo e Governança, ver também: BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global Governance and the United Nations System**. United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 5. Numa tentativa de aperfeiçoamento conceitual, Brühl e Rittberger distinguem Governança Global de Governança Internacional: a Governança Global caracteriza-se por uma diminuição dos Estados e um acréscimo no envolvimento de atores não estatais. Enquanto que na Governança Internacional os destinatários e produtores de normas e regras são estados e outras instituições intergovernamentais, na Governança Global também são incluídos os atores não estatais (p. 2).

⁹ ROSENAU, James N. Governance in a New Global Order. In: HELD, David; MCGREW, Anthony. **Governing Globalization: power, authority and global governance**. Cambridge (UK): Polity Press, 2002 (reprinted in 2007, 2010). p. 72.

governança para os problemas que necessitam ação conjunta, em diversos níveis (do local ao supranacional), onde o Estado tem dificuldade ou não pode exercer liderança; d) fortalecimento da cultura cívica, promovendo a ação voluntária de forma a melhorar as bases sociais para a democracia; e) forma como a comunidade internacional pode construir instituições para promover a ordem e a justiça no contexto da globalização.¹⁰

Pode-se observar, conforme exemplificam Brühl e Rittberger, a dificuldade no cumprimento das metas e finalidades de governança nos sistemas internacionais, em que os Estados desempenham fundamental papel, como na insuficiência de proteção a determinados territórios ou populações quanto à guerra, as dificuldades de Estados e do sistema internacional em lidar com a prática de crimes que ultrapassam fronteiras (tráfico de drogas, terrorismo por organizações transnacionais, etc.) e de problemas ambientais. Ademais, em muitos Estados não é garantida a segurança jurídica. Essas dificuldades do sistema internacional em atingir as metas suficientes de governança podem ser percebidas também nas questões que envolvem a participação dos cidadãos nas decisões políticas, bem como no défict socioeconómico referente à desigualdades entre ricos e pobres. Podem também ser constatadas lacunas ou falhas jurisdicionais, operacionais, de incentivo e de participação, que contribuem para uma redução na legitimidade dos sistemas de governança internacional.¹¹

Peters, identificando resquícios de direito constitucional em diversos níveis de governança (como especificamente os direitos humanos e o comércio), visualiza a existência de uma rede constitucional, relacionada à interação entre normas e seus destinatários. Os elementos fragmentários de direitos constitucional nos níveis de governança podem ser observados "tanto 'horizontalmente' (setorialmente) como 'verticalmente' (que compreende tanto o nível internacional como o nacional), e nesses níveis os elementos constitucionais "poderiam complementar-se e sustentar-se um no outro". Esse entrelaçamento é que Peters denomina de "*constitucional network*".¹²

Também como resposta ao problema dos sistemas que se reproduzem de forma alargada no cenário ultra estatal, destaca-se a contribuição de Slaughter. Para a referida autora, diante da realidade em que se configuram a extensão e a natureza das redes governamentais existentes, tanto horizontais como verticais, vislumbra uma "nova ordem mundial", cujo conceito refere-se à atual infraestrutura mundial, ordem esta alicerçada numa complexa rede tridimensional de interações entre instituições dos Estados

¹⁰ HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia. Uses and Abuses of the Concept of Governance. In: **Internacional Social Science Journal**, v. 50, 2008, p. 105-113.

¹¹ Conforme BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century. In: RITTBERGER, Volker (Ed.). **Global Governance and the United Nations System**. United Nations University: United Nations University Press, 2001. p. 2 Especificamente sobre a diminuição da legitimidade nos sistemas de governança, p. 21-24.

¹² Conforme PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional**. Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 245. Para Peters (p. 246), "A edificação de uma rede constitucional transnacional, na qual as normas aplicáveis não podem ser alinhadas em uma hierarquia abstrata, tem ao menos uma importante consequência jurídica: a solução de eventuais conflitos entre o direito constitucional nacional e internacional requer um balanço dos interesses em casos concretos". No texto original: "La edificación de una red constitucional transnacional, en la cual las normas aplicables no pueden ser alineadas en una jerarquía abstracta, tiene al menos una importante consecuencia jurídica: la solución de eventuales conflictos enter el derecho constitucional nacional e internacional requiere un balance de los intereses de los casos concretos.

desagregados.¹³ Para Slaughter,¹⁴ em brevíssima síntese, questões como terrorismo, crime organizado, direitos humanos, meio ambiente, finanças, comércio, etc. são objeto de esforço conjunto dos governos, através de redes transnacionais, em razão da intensa interdependência. Se tradicionalmente a governança global resultaria da persecução dos próprios interesses nacionais pelos Estados, para Slaughter essa governança operacionalizaria-se de forma descentralizada por juízes, reguladores e legisladores, bem como por intermédio de organizações não governamentais que atuam em temas específicos. Um dos aspectos abordados diz respeito às interações entre juízes e tribunais nacionais, regionais e internacionais num complexo processo de globalização da jurisprudência (“transjudicialismo”).

Na avaliação desse promissor contexto, mesmo que diversas dificuldades possam ser apontadas, principalmente quanto à transparência e legitimidade, não impedem, mas servem de estímulo para o aperfeiçoamento necessário para as organizações e as redes de governança que refojam aos limites estatais. Pensa-se, diante disso, que os aspectos inerentes às características da esfera constitucional podem contribuir nesse sentido.

2. O CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO EM FACE DO FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

Conforme já expressado no intróito deste artigo, o processo de intensificação e de interdependência da sociedade mundial serve de motivo para renovar o interesse no debate sobre o Constitucionalismo Global. Essa sensação também é percebida por Dunoff e Trachtman quando admitem que a globalização poderia influenciar ou contribuir com a constitucionalização do direito internacional.¹⁵

De fato, pode-se constatar um relacionamento comum e de reforço mútuo de certos tipos de direitos na esfera internacional. Dessa maneira, a globalização possibilita acordos de cooperação, além de permitir interações internacionais, legais e institucionais, como no comércio internacional, no combate à criminalidade organizada, na gestão ambiental, etc. Ou seja, a necessidade de normas jurídicas internacionais originaria a demanda por normas internacionais constitucionais.

Para Peters, a antiga ideia de uma Constituição para a Comunidade Jurídica Internacional, já pensada mais propriamente desde Verdross, merece de fato ser reavaliada em face da crescente interdependência decorrente de problemas globais e deslocalizados, bem como pelo desenvolvimento de redes globais nas áreas da economia, da ciência, da política e do direito. Em decorrência, na análise de Peters, os Estados são destinados a processos de cooperação não só em relação a organizações internacionais, mas também em

¹³ Slaughter conceitua “Ordem Mundial” como “um sistema de governança global que institucionaliza a cooperação e suficientemente contenha os conflitos de tal forma que as nações e seus povos possam alcançar uma maior paz e prosperidade, melhorar a gestão da terra e atingir padrões mínimos de dignidade humana”. (Livre tradução). No original: “... a system of global governance that institutionalizes cooperation and sufficiently contains conflict such that all nations and their peoples may achieve greater peace and prosperity, improve their stewardship of the earth, and reach minimum standards of human dignity”. In: SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 15.

¹⁴ SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

¹⁵ DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A Functional Approach to Global Constitutionalism. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMANN, Joel P. (edit). **Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance**. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 5.

ração de tratados bilaterais e multilaterais. Ademais, migram para outros níveis as funções exercidas tradicionalmente pelas instâncias estatais/governamentais como a segurança, a liberdade e a igualdade e, por outro lado, atores não estatais atuam nos Estados bem como transnacionalmente para lidar com temas antes circunscritos às fronteiras domésticas, inclusive nas áreas militar e policial, tão ligadas ao ente estatal.¹⁶ Esse conjunto de fatores ocasiona um processo de governança para além dos limites estatais para lidar com temas de interesse público.

Diante disso, entende que as constituições estatais não mais dão conta de regular suficientemente a governança, afetando desde o princípio democrático até o próprio direito e a segurança das pessoas. Em consequência dessa “desconstitucionalização”, Peters propõe “buscar uma constitucionalização compensatória no plano internacional” para que, de forma abrangente em diversos níveis de governança, possa ocorrer uma efetivação constitucional completa.¹⁷ Ante o esvaziamento e a disfunção no campo das constituições estatais, o constitucionalismo compensatório no plano internacional teria por escopo a preservação dos princípios do constitucionalismo.¹⁸

3. O PROJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL

No âmbito da presente abordagem, também importa mencionar o projeto do Direito Administrativo Global (Global Administrative Law – GAL), criado pelo esforço conjunto de juristas como Sabino Cassese, Nico Krisch, Benedict Kingsbury, Richard B. Stewart, e outros, que surge como resposta a propagação e expansão dos sistemas regulatórios globais, que se multiplicam nas diversas áreas e se desenvolvem no ambiente ultraestatal, ou seja, escapam ao controle do Estado e são reguladas em nível global, como a pesca, o meio ambiente (ex: Organização Meteorológica Mundial, organismos encarregados da aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas e do Programa sobre o Meio Ambiente das Nações Unidas), o domínio marinho (a Organização Marítima Internacional, a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos, o Tribunal Internacional do Direito do Mar), a navegação aérea e marítima, a agricultura, alimentos, os serviços postais, as telecomunicações, Internet (a *ICANN - Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), a propriedade intelectual, as fontes de energia, o domínio econômico e financeiro (ex. Fundo Monetário Internacional, Banco Mundial), etc.¹⁹

A propósito, convém estabelecer uma conceituação de Direito Administrativo Global como

¹⁶ Conforme PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures. In: **Leiden Journal of International Law**. N. 19, 2006. p. 579-610. Texto também publicado em: PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional**. Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 207-261.

¹⁷ PETERS, Anne. Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures. In: **Leiden Journal of International Law**. N. 19, 2006. p. 580.

¹⁸ PETERS, Anne [2009d]. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Vol. 16 (Summer 2009). p. 405.

¹⁹ CASSESE, Sabino. **Global Administrative Law: an introduction**. 22/2/2005. Cassese prefere a expressão “sistema regulatório global” (*global regulatory system*) a frequentemente utilizada expressão governança global” (*global governance*).

aquele que compreende os mecanismos, princípios, práticas e apoiar os acordos sociais que os assegurem e que promovam ou que de outra forma afetem a *accountability* dos órgãos administrativos globais, em particular, garantindo o cumprimento dos *standards* adequados de transparência, participação, tomada de decisões fundamentadas, e legalidade, e promovendo a efetiva revisão das normas e das decisões que tomem. Os órgãos administrativos globais incluem órgãos reguladores intergovernamentais formais, redes regulatórias informais intergovernamentais e acordos de coordenação, entidades reguladoras nacionais que operam com referência a um regime internacional intergovernamental, órgãos reguladores híbridos público-privados e alguns órgãos reguladores privados que exerçam funções de governança transnacional de especial relevância pública.²⁰

A conformação de seu conceito inclui essa disciplina nascente no âmbito da administração regulatória e, portanto, com o caráter de Direito Administrativo, com o objeto da transparência, participação, *review* e *accountability* na governança global, nos seguintes principais âmbitos de regulação administrativa global: Administração Internacional (*International Administration*), por organizações internacionais; Administração em Rede (*Network Administration*), baseada em ação coletiva por redes transnacionais de acordos de cooperação por reguladores nacionais (como o *Basel Committee of National Bank Regulators*); Administração Distribuída (*Distributed Administration*) conduzida por reguladores nacionais sob tratados, redes, ou outros regimes cooperativos (como a *Basel Convention on Transboundary movement of Hazardous Wastes*); Administração Híbrida (*Hybrid Administration*), em arranjos entre privados e intergovernamentais, como a *ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*; e a Administração Privada (*Private Administration*), ou seja, instituições privadas que possuem funções regulatórias, como no caso da ISO (*International Organization for Standardization*).²¹

Para Krisch, existe uma significativa repercussão no Direito Internacional pelo fato de que o poder público cada vez mais é levado para o nível de governança global, de forma que os princípios políticos e jurídicos dos Estados também são transferidos para o âmbito global. Defende o pluralismo existente no Direito Administrativo Global como alternativa à constitucionalização da ordem política global numa estruturação unitária e coerente, pois esta última tende a minimizar a diversificação da política mundial.²²

Ao examinar o problema da proximidade do Direito Administrativo Global e do Constitucionalismo Global, Ming-Suo Kuo entende que ambas constituem o que se pode denominar de "public law", cuja relação assim é expressada

²⁰ Livre tradução: No original: "... as comprising the mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make. Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance". In: KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. *The Emergence of Global Administrative Law. International Law and Justice Working Papers 2004/1 (Law and Contemporary Problems)*, vol. 68, 2005. p. 17.

²¹ Extraído do sítio do Institute for International Law and Justice (New York University School of Law). In: <<http://www.iilj.org/GAL/GALworkingdefinition.asp>>.

²² KRISCH, Nico. *The Pluralism of Global Administrative Law. The European Journal of International Law*, v.17, 2006. p. 247-248.

Minha investigação sobre a relação entre direito administrativo e direito constitucional global sugere unidade da legalidade global, seja chamado de direito administrativo ou constitucionalismo global. Defendo que esta unidade identitária entre direito administrativo e direito constitucional no contexto global consistem em dupla reflexividade, enquanto um exame mais estreito essa unidade reflexiva é a fragmentação ou separação entre direito administrativo global e constitucionalismo, colocando desafios para o ideal da "rule of law" global". Por um lado, os administrativistas globais focam na coordenação geral ou racionalização de políticas administrativas, sem prestar atenção suficiente aos seus impactos no desenvolvimento de um constitucionalismo global. Por outro lado, como premissa do constitucionalismo global sobre as práticas de regulação global, os constitucionalistas globais esquecem os problemas inerentes ao direito administrativo global. Como resultado, o *status quo* do direito administrativo global somente pode se sustentar "terceirizando" os desafios fundamentais para o constitucionalismo global. Em suma, a legalidade global é salva de fragmentação não por um direito público global unitário, mas assumindo a "dualidade jurídica" que estamos acostumados no pensamento jurídico tradicional. (KUO, 2009, p. 467).²³

De fato, podem ser percebidas certas aproximações entre o Constitucionalismo Global e o Direito Administrativo. Se no aspecto conceitual o Direito Administrativo Global apresenta-se, *prima facie*, como um debate distinto, Schwöbel, entretanto, vê origem comum com o Constitucionalismo Global, "eis que enraizados em pensamentos semelhantes sobre mudanças no Direito Internacional e na esfera internacional em geral".²⁴

4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO SEM ESTADO: AS CONSTITUIÇÕES CIVIS COMO RESPOSTA À GLOBALIZAÇÃO POLICÊNTRICA

Também é de grande relevância referencial, como alternativa sistêmico-teórica às abordagens tradicionais vinculadas ao direito estatal ou constitucional, a contribuição de Teubner a partir de uma "Constitucionalização sem Estado", a respeito de um ordenamento jurídico mundial além das ordens políticas nacional e internacional, cujos candidatos a esse direito mundial sem Estado seriam, inicialmente, ordenamentos jurídicos de empresas multinacionais, direito do trabalho, área de padronização técnica e do autocontrole profissional, direitos humanos, proteção ambiental e inclusive o mundo esportivo (as

²³ Livre tradução. No texto original: My investigation of the relationship between global administrative law and global constitutional law suggests the unity of global legality, whether it be called administrative law or constitutionalism. I argue that this identitarian unity between administrative law and constitutional law in the global context consist of dual reflexivity, while on close inspection underneath this reflexive unity is the fragmentation or separation between global administrative law and global constitutionalism, posing challenges to the ideal of the global rule of law. On the one hand, global administrative lawyers focus on the global coordination or rationalization of administrative policies without paying sufficient attention to its impacts on the development of global constitutionalism. On the other hand, by premising global constitutionalism on the practices of global regulation, global constitutionalists overlook the problems inherent in global administrative law itself. As a result, the status quo of global administrative law can hold up only by "outsourcing" the fundamental challenges to global constitutionalism. In sum, global legality is saved from fragmentation not by a unitary global public law but instead by assuming the "legal duality" we have been accustomed to in traditional legal thinking. Conforme KUO, Ming-Sung. Between Fragmentation and Unity: the Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism. *San Diego International Law Journal*, v.10, 2009, p. 467.

²⁴ SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. p. 29.

“constituições civis” da sociedade mundial).²⁵ Decorre tal perspectiva de um policentrismo ocasionado pela globalização, envolvendo vários setores (político, econômico, ambiental, tecnológico, etc), em que se articulam diversos subsistemas autônomos com a esfera internacional relacionados com outros subsistemas parciais globais.

Esse direito global, que abrange os atores privados ou quase públicos no âmbito global, permite três considerações: 1) somente pode ser exposto adequadamente por uma teoria do pluralismo jurídico; 2) (como não internacional) é um ordenamento jurídico que não pode ser mensurado conforme os critérios de aferição dos sistemas jurídicos nacionais; 3) sua relativa distância das políticas internacionais não protegerá o direito mundial de uma repolitização. Contudo, essa repolitização não seria realizada pelas instituições políticas tradicionais, mas por variados processos por meio dos quais o direito mundial se acopla estruturalmente com discursos altamente especializados. Para Teubner, o direito mundial se desenvolveria não a partir dos centros políticos dos Estados-nação e das instituições internacionais, mas a partir das periferias sociais.²⁶

Teubner assevera que a proposta da constitucionalização sem Estado não é abstrata e normativa destinada a um tempo futuro, mas sim possui “a existência de uma tendência real que hoje é suscetível de ser observada”. Sua tese é assim explicitada:

A constituição da sociedade mundial não se faz realidade exclusivamente nas instituições representantes da política internacional, tampouco pode acontecer em uma constituição global que abarque todos os âmbitos sociais, senão que gera, por incremento, na constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial.²⁷

Para justificar a mudança de perspectiva de constituições únicas nacionais para a diversificação das Constituições civis da sociedade mundial, Teubner estabelece três circunstâncias: a primeira diz respeito ao dilema da racionalização, com base nas ideias desenvolvidas na obra *Theory of Societal Constitutionalism*, de David Sciulli,²⁸ em que este estabelece quatro impulsos que se opõem a uma tendência evolutiva massiva: 1) a fragmentação das lógicas de ação, com as consequências de diferenciação exacerbada, pluralização e fechamento recíproco de esferas de sentido separadas. 2) o caráter dominante do cálculo instrumental; 3) a substituição global da coordenação informal por organização burocrática; 4) o progressivo encerramento nas “estruturas de submissão ao

²⁵ A propósito da concepção do *Societal Constitutionalism*, ver: TEUBNER, Gunther. **Global bukowina**: legal pluralism in the World Society. (Appeared in: Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997, 3-28). TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, n. 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, p. 9-31. TEUBNER, Gunther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory? in Transnational Governance and Constitutionalism* (Christian Joerges, Inger, Johanne Sand & Gunther Teubner eds., 2004). TEUBNER, Gunther. **Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie (Global Civil Constitutions: Alternatives to a State-Centred Constitutional Theory)**, 63 ZAÖRV 3, 6 (2003).

²⁶ TEUBNER, Gunther. **Global bukowina**: legal pluralism in the World Society. (Appeared in: Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997, 3-28).

²⁷ Livre tradução. No original: “La constitución de la sociedad mundial no se hace realidad exclusivamente en las instituciones representantes de la política internacional, tampoco puede acontecer en una constitución global que abarque todos los âmbitos sociales, sino que se genera, por incremento, en la constitucionalización de una multiplicidad de subsistemas autônomos de la sociedad mundial”. TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 78.

²⁸ SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

futuro” (*carcasas de servidumbre del futuro*), fora da política, diante do aumento da organização formal, cujas consequências vinculam os indivíduos a regras.²⁹ A segunda circunstância refere-se à globalização policêntrica, no âmbito de uma multiplicidade de *global villages* autônomas, cada uma com uma dinâmica própria. Nesse sentido, “a globalização não significa simplesmente capitalismo global, senão a realização em escala mundial da diferenciação funcional”.³⁰ O terceiro diagnóstico circunstancial é denominado por Teubner de “*Creeping Constitutionalism*”. Considerando que a política internacional não pode abarcar uma constitucionalização de todo o conjunto da sociedade mundial, bem como diante da necessidade normativa de espaços autônomos para a reflexão, Teubner entende que é possível se indagar a respeito do potencial de autoconstituição dos setores sociais globais. Diante disso, destaca a importância da juridificação e da constitucionalização entendendo que “todo processo de juridificação contém necessária e simultaneamente normas constitucionais latentes”.³¹ De tal maneira, “a atualização da latência de elementos constitucionais comportaria a possibilidade de levar a cabo uma reflexão normativa dos processos fáticos de constitucionalização e influir em sua direção”.³²

Mais especificamente, Teubner escolhe questionar como a teoria constitucional inserida na tradição nacional-estatal poderia lidar com os novos desafios que se esboçam com três grandes tendências contemporâneas: a esfera digital, a privatização e a gênese de redes globais.³³

Diante da constatação que não é aplicável às “constituições civis globais” a dicotomia público/privado, Teubner entende que o Direito Internacional Público e o Direito Privado transnacional deveriam cooperar na “análise constitucional de regimes globais”. A teoria dos sistemas ofereceria três critérios: a sociedade mundial somente pode ser constitucionalizada de forma fragmentária, em “constituições de âmbitos sociais setoriais”; num sistema jurídico global não seria unitário, mas fragmentado; Não se deveria contar com uma integração das constituições civis parciais por uma constituição política de conjunto, “mas se pode afirmar que na colisão de diversas constituições parciais se originam conexões em rede das constituições”.³⁴

Essa concepção das constituições civis observa alguns requisitos, como relacionados por Canotilho: são limitadas a específicos subsistemas sociais, razão pela qual não aspiram ao qualificativo de constituição mundial; aperfeiçoa-se como constituições civis fora da esfera política, e portanto com autonomia das constituições parciais globais; são

²⁹ TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 81-86.

³⁰ TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 89.

³¹ Livre tradução. No original: “*Todo proceso de juridificación contiene necesariamente simultáneamente normas constitucionales latentes*”. TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 89-90.

³² Livre tradução. No original: “*La actualización de la latencia de elementos constitucionales comportaria la posibilidad de llevar a cabo una reflexión normativa de los procesos fáticos de constitucionalización e influir en su dirección*”. TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 94.

³³ TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 73.

³⁴ TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005. p. 110-111.

constituições que são dotadas de instrumento para a produção jurídica para sua regulação, além de fundamentarem suas normas com legitimidade superior.³⁵

Entretanto, entende-se que a concepção das “Constituições civis” globais, que subestima a presença estatal, pode ser controvertida justamente porque dispensa a essencialidade do papel dos Estados no desenvolvimento do Constitucionalismo Global.

5. A PROPOSTA DO TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO RACIONALIDADE TRANSVERSAL E ENTRELAÇAMENTO DE ORDENS NORMATIVAS DIVERSAS

Noutra vertente, mas que se assemelha ao Constitucionalismo Societal no que diz respeito ao problema da globalização policêntrica decorrente da intensificação da sociedade mundial e dos respectivos reflexos quanto à criação e à aplicação normativa pelos diversos atores que não se limitam ao âmbito estatal, Marcelo Neves propõe e desenvolve o conceito de Transconstitucionalismo, a respeito do qual, de forma descritiva, apresenta-se a seguir alguns pontos para uma aproximação do tema.

No ambiente globalizado e multifacetado convivem os ordenamentos jurídicos nacionais e os diversos outros ordenamentos, de tal forma que nos remetem a refletir sobre as relações e reflexos que se originam nesse cenário. Crítico³⁶ quanto às concepções de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local, Marcelo Neves introduz o conceito de Transconstitucionalismo. Como fundamento de sua argumentação, parte do conceito de “razão transversal” de Wolfgang Welsch³⁷, mas afasta-se “para analisar os limites e possibilidades da existência de racionalidades transversais parciais (“pontes de transição”) tanto entre o sistema jurídico e outros sistemas sociais (Constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial”.³⁸

Como pressuposto teórico, Neves propõe a superação do conceito de acoplamento estrutural entre sistemas funcionais da sociedade moderna de Niklas Luhmann.³⁹ Para tanto, utiliza o conceito de racionalidade transversal (Welsch), que diz respeito aos

³⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. “**Brançosos**” e **Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 296. O autor também desenvolve uma crítica a essa concepção de *constituições civis globais fora da política* (p. 298-300).

³⁶ Para Neves, “Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente”. In: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 131.

³⁷ Para uma aproximação quanto ao conceito de “razão transversal”: WELSCH, Wolfgang. *Rationality and Reason Today*. In: GORDON, Dane R; NIZNIK, Józef. **Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy**. Netherland/Georgia(GA): Rodopi, 1998. p.17 e seguintes. Para uma visão mais ampliada: WELSCH, Wolfgang. **Vernunft. Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1995, stw 1996.

³⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. xxii.

³⁹ Conforme Neves, “Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de *interpenetrações* concentradas e duradouras entre sistemas sociais”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.37). O conceito de acoplamento estrutural deriva da obra de Humberto Maturana e Francisco Varela, na área da biologia, mas trazido por Luhmann para o campo da sociologia. Sobre o desenvolvimento conceitual de acoplamento estrutural ver: LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas** (Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate). Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 128-151).

entrelaçamentos que servem de aprendizados ou influências recíprocas entre esferas da sociedade com racionalidades ou experiências diversas.⁴⁰

Em decorrência desses pressupostos, considera a Constituição de um Estado não só como acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, conforme tratado por Niklas Luhmann, “mas também como instância da relação recíproca e duradoura de aprendizado e intercâmbio de experiências com as racionalidades particulares já processadas, respectivamente na política e no direito”, e que a Constituição transversal “pressupõe que a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo, implicando observações recíprocas de segunda ordem”.⁴¹

Para se definir as questões que dizem respeito ao transconstitucionalismo é preciso desvincular, numa abertura do Constitucionalismo e do conceito clássico de Constituição ligada territorialmente a determinado Estado, até porque “Os problemas dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos ultrapassam fronteiras, de tal maneira que o direito constitucional estatal passou a ser uma instituição limitada para enfrentar esses problemas”.⁴² Portanto, é nessa lógica de raciocínio que afirma que os problemas constitucionais, por surgirem em diversas ordens jurídicas, diante de sua transterritorialidade exigem soluções no entrelaçamento entre as mesmas e não como circunscritas a determinado Estado.

Ao tratar especificamente do Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas e como estas podem tratar conjuntamente de problemas constitucionais, Neves expõe o entrelaçamento exemplificando com casos concretos. Aborda, então, o Transconstitucionalismo entre direito internacional público e direito estatal, entre direito supranacional e direito estatal, entre ordens jurídicas estatais, entre ordens jurídicas estatais e transnacionais, entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais e entre direito supranacional e direito internacional.⁴³

De todo modo, a concepção de Neves afasta-se da “tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma nova ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea”, mas reveste-se de significativa importância de compreensão e reflexão a respeito da integração da sociedade mundial em torno dos problemas constitucionais que lhe são comuns.

6. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA E O “CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL”

Uma das mais representativas tendências em voga é a alternativa do “Constitucionalismo Multinível” (*Multilevel Constitutionalism*), concepção esta cuja autoria comumente se atribui a Ingolf Pernice, para designar a experiência em curso na organização supranacional da União Europeia, cujo conceito serve para explicar a interação entre o

⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 34-50.

⁴¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 62-63.

⁴² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 119-120.

⁴³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 115-234.

ordenamento jurídico dos Estados-membros e o Direito da União Europeia, especialmente em razão da configuração originada dos tratados de Amsterdã e Lisboa.⁴⁴

Pernice, por ocasião de uma análise referente ao Tratado de Amsterdã, já pronunciava ser irrelevante “se a Europa tem uma Constituição”, eis que, sendo a União Europeia um sistema de poder compartilhado entre os níveis de governança regional(Länder), nacional e supranacional, já disporia do que denomina uma “Constituição Multinível”, formada mediante a relação entre as Constituições dos Estados membros vinculados por um corpo constitucional complementar, consistente nos Tratados Europeus.⁴⁵ Num artigo posterior, Pernice retoma o conceito, que é baseado em uma abordagem contratualista, argumentando que se trata de um sistema de poderes divididos para enfrentar os desafios da globalização na era pós-nacional, coexistindo as constituições nacionais e o desenvolvimento progressivo de uma autoridade supranacional pública.⁴⁶

⁴⁴ Para uma aproximação conceitual de *Multilevel Constitutionalism*, ver: PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. WHI – Paper 5/02. Walter Hallstein-Institut. Für Europäisches Verfassungsrecht Humbolt-Universität zu Berlin. In: www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf. Acesso em 21/05/2013. PERNICE, Ingolf. Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration: German Constitution and “Multilevel Constitutionalism”. in: RIEDEL, Eibe. (ed.). **German Reports on Public Law, 1998**. p. 40-65. PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited. **Common Market Law Review**, n. **36 (1999)**. p. 703-759 (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, 1999); PERNICE, I.; MAYER, F. Mayer. De la Constitution composée de l’Europe. **Revue trimestrielle de droit européen 36 (2000)**. p. 629 e seguintes. PERNICE, Ingolf. The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action. **Columbia Journal of European Law 15 (2009)**. p. 349 e seguintes. CANANEIA, Giacinto della. **Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?** (Versão revisada de Paper apresentado na 13ª German-Italian conference of public Law, Florence, 16-17/10/2009). In: www.zaoerv.de/70_2010_2_a_283_318.pdf. Acesso em 21/05/2013.

⁴⁵ No original: “A constitution made up of the constitutions of the member states bound together by a complementary constitutional body consisting of the European Treaties (Verfassungsverbund). The European Union is a divided power system, in which each level of government - regional (or Lander), national (State) and supranational (European) - reflects one of two or more possible political identities of the citizens concerned”. PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited. **Common Market Law Review**, n. **36 (1999)**. (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, 1999). p. 707.

⁴⁶ Segue a noção conceitual, em tradução livre: “O Constitucionalismo Multinível” destina-se a descrever e compreender o continuado processo de criação de novas estruturas de governança para complementar e construir sobre - e ao mesmo tempo mudando - as formas existentes de auto-organização do povo ou da sociedade. É uma abordagem teórica para explicar como a União Europeia pode ser conceituada como um assunto e uma criação de seus cidadãos tanto quanto os Estados são uma questão e uma criação de seus respectivos cidadãos. Os mesmos cidadãos são a fonte de legitimidade para a autoridade pública a nível europeu, bem como - em relação ao seu respectivo Estado-Membro - a nível nacional, e estão sujeitos à autoridade exercida em ambos os níveis. A Constituição Europeia poderia, então, ser composta pelas Constituições nacionais e pelos Tratados Europeus para um sistema constitucional duplo ou multinível. Em consequência, minha opinião é de que a Europa já tem uma constituição e o problema é melhorar os Tratados existentes para o fim de melhorar o sistema, não fazer uma nova Constituição”. No original: “*Multilevel Constitutionalism*” is meant to describe and understand the ongoing process of establishing new structures of government complementary to and building upon - while also changing - existing forms of self-organisation of the people or society. It is a theoretical approach to explaining how the European Union can be conceptualised as a matter and creature of its citizens as much as the Member States are a matter and creature of their respective citizens. The same citizens are the source of legitimacy for public authority at the European as well as - regarding their respective Member State - at the national level, and they are subject to the authority exercised at both levels. The European Constitution would, thus, be composed by the national constitutions and the European Treaties to a bi - or multilevel constitutional system. As a consequence, my view is that Europe has already a constitution and the issue is to improve the existing Treaties in order to improve the system, not to make a new constitution”. In: PERNICE, Ingolf. Multilevel Constitutionalism in the European Union. WHI – Paper 5/02. Walter Hallstein-Institut. Für Europäisches Verfassungsrecht Humbolt-Universität zu Berlin. In: www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf. Acesso em 21/05/2013. p.2.

O argumento da construção conceitual de Pernice, no entanto, tem alguns contrapontos importantes, pois depende do que se compreende como Constituição.⁴⁷ Além disso, é importante a crítica desenvolvida por Cananea, o qual, não sem reconhecer o valor global dessa teoria, aduz que o conceito de Constitucionalismo Multinível, embora apto a explicar a dinâmica da integração entre o direito nacional e o direito comunitário, não é suficiente a convencer, principalmente porque é um conceito descritivo e enfatiza a estrutura constitucional europeia na dimensão horizontal. Além de apontar ambiguidade no que concerne com relação ao termo “multinível”, também é ambíguo o ponto de vista normativo. De outro modo, entende que o conceito desenvolvido por Pernice não é convincente para aqueles que se preocupam com o problema subjacente com relação à coerência global do sistema jurídico.⁴⁸

Por outro lado, abordando a discussão sobre novos modelos em substituição ao paradigma clássico do constitucionalismo ocidental e também voltado especificamente ao âmbito do processo supranacional de construção europeia, Canotilho, opta por seguir, ao invés de conceitos como *Multilevel Constitutionalism*, uma teoria da interconstitucionalidade, já tratada anteriormente por Lucas Pires⁴⁹, a qual “como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”.⁵⁰

Não é despida de polêmica a questão quanto a possível existência de uma Constituição da União Europeia, ante os diversos e complexos problemas decorrentes de tal aceção, e é bem verdade que não há um texto constitucional estabelecido como ocorre tradicionalmente nos Estados. Contudo, é certo que todo sistema político tem uma constituição a lhe estruturar e fixar as regras, valores e objetivos comuns a serem seguidos pela sociedade.

Sob outro enfoque, Stein defende o ponto de vista do importante papel no processo de constitucionalização europeia a partir da Corte de Justiça, pela sua criação das doutrinas de efeito direto, da supremacia, e da noção de legislação europeia e poderes implícitos, mesmo não havendo uma constituição no sentido formal.⁵¹

O problema parece residir quanto à identidade coletiva europeia, ou seja, existe um povo europeu? Um demos? Por outro lado, trata-se de um processo espontâneo, ou é imposto “de cima para baixo”? A criação jurídica de uma cidadania europeia poderia ser complementar às cidadanias nacionais? Tais críticas parecem relevantes principalmente no sentido da legitimação da constitucionalização. Por outro lado, Varella ressalta o problema quanto à necessidade de entendimento da comunidade como um povo no sentido da

⁴⁷ KLABBERS, Jan. Setting the Scene. In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 22.

⁴⁸ CANANEA, Giacinto della. **Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?** (Versão revisada de Paper apresentado na 13ª German-Italian conference of public Law, Florence, 16-17/10/2009). P. 316-317.

⁴⁹ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 1997.

⁵⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 266. A propósito de uma crítica resumida das tendências do constitucionalismo global, ver p. 259-345.

⁵¹ STEIN, Eric. Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution. **American Journal of International Law**, n. 75. p. 1-27, 1981.

tradição constitucional, compartilhando valores político-jurídico, especialmente se for considerado que o modo de compreender a democracia contemporânea tem sua base no Contrato Social de Rousseau, em que cujo núcleo de origem e fim último do poder político é o povo. A análise realizada por Varella aponta como o problema crucial para a União Europeia “estaria na falta de relação entre os destinatários e os emissores do poder”, seja porque as instituições supranacionais (legislativo, executivo, judiciário) são formadas por eleição indireta, seja porque a União Europeia “tem uma política voltada não apenas para si, mas para o mundo. Suas decisões econômicas, políticas e jurídicas são sentidas em outros Estados, como uma união de grandes Estados, catalisada pela ação coordenada do sistema regional”.⁵² Num outro viés, pode-se mencionar a crítica de Avelãs Nunes, o qual repudia o caráter ideológico neoliberal no qual estaria inserida a eventual Constituição Europeia, de forma que enfatiza que o mercado não deve sobrepor-se à política.⁵³

Apesar dessas objeções, é possível perceber que, mesmo em fase inicial, existe um processo que abarca, senão uma tendência, um modelo peculiar para o exame das possibilidades da constitucionalização no espaço da União Europeia. A União Europeia desenvolve-se a partir de um componente político e cultural e de elementos compartilhados regionalmente e configura-se com características únicas, razão pela qual, no entender de Peters, não lhe tornam apropriada para um constitucionalismo mundial, embora reconheça que o modelo europeu teria o condão de estimular novas análises quanto ao governo democrático num nível global.⁵⁴

7. CONSTITUCIONALIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC

Os tratados instituidores de organizações internacionais podem induzir a discussão sobre uma constitucionalização nesse nível. O enfoque de uma Constituição no âmbito do comércio internacional, mais propriamente instituída a partir da Organização Mundial do Comércio – OMC é uma hipótese peculiar revestida de uma gama de posicionamentos acadêmicos longe de formarem um conjunto harmônico de entendimentos.

Kadelbach e Kleinlein identificam a partir da discussão usual alguns aspectos que podem sugerir a ideia de uma constitucionalização na mencionada organização, como quando as regras econômicas internacionais de longo prazo restringem os interesses de curto prazo tanto de particulares como de servidores governamentais. Num outro prisma, pode-se vislumbrar, pelo menos como possibilidade, resquícios de *rule of law* concernente a decisões geradas pelo sistema obrigatório de solução de controvérsias com caráter executório de um procedimento quase-supranacional. Quanto à hierarquia normativa, pode ser observada na prioridade interna que o tratado possui em detrimento de legislação derivada. Por outro lado, os referidos autores argumentam que determinadas disposições legislativas de organismos da OMC substituem as legislações nacionais (ex.: o *Codex*

⁵² VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito**: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 122.

⁵³ A propósito, AVELÃS NUNES, A. J. **A Constituição Europeia**: a constitucionalização do neoliberalismo. Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007.

⁵⁴ PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional**. Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 235.

Alimentarius Commission). Para Kadelbach e Kleinlein a OMC passa por um processo de juridificação, e não de constitucionalização, mas que, no entanto, “os standards pelos quais tal organização é medida mudaram, e que os critérios utilizados são tomados do Direito Constitucional”.⁵⁵

De todo modo, o desenvolvimento da atuação da OMC pode ocasionar déficits democráticos, de forma que as críticas nesse sentido poderiam ser compensadas mediante a integração por outras fontes, como os Direitos Humanos, razão pela qual Petersmann advoga o entendimento de que os direitos humanos devem ser integrados na OMC e que o órgão de Solução de Controvérsias (Panels) deve interpretar as exceções gerais e cláusulas de salvaguarda com base em direitos humanos, e, por outro lado, os tribunais nacionais deveriam aplicar as decisões da referida Organização, como fruto do direito fundamental ao livre comércio.⁵⁶

Ao contrário dos estudos que enfatizam as perspectivas baseada em aspectos institucionais (John Jackson)⁵⁷, do direito (Ernst-Ulrich Petersmann) e metafísicos (Joseph Weiler)⁵⁸, um artigo desenvolvido por Cass explora a ideia da constitucionalização ser realizada a partir das decisões do Órgão de Apelação da OMC que correspondam à produção de uma jurisprudência de tipo constitucional, animadas por um raciocínio de referência constitucional, como democracia, governança, desenho constitucional, justiça, afetação de responsabilização pública, etc. Este fenômeno é ilustrado por quatro tendências: a incorporação de doutrina constitucional (*constitutional doctrine amalgamation*), a constituição de um sistema (*system constitution*), a incorporação de temas específicos (*subject matter incorporation*) e a associação a valores constitucionais (*constitutional value association*).⁵⁹

Com destaque, Peters menciona, como um tema clássico do constitucionalismo por pretender conter o poder político para a salvaguarda da autonomia do indivíduo, a possibilidade de aplicação das regras do *GATT (General Agreement on Tariffs and Trade - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio)* numa perspectiva constitucional. A possibilidade dos participantes com interesses comerciais quanto à efetivação de regras do comércio internacional junto às cortes nacionais “fortaleceria aos indivíduos e permitiria ao poder judicial o controle dos executivos que, do contrário, gozam de uma discricionariedade sem

⁵⁵ KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas. *International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles*. Duncker & Humblot (Publish.). **German Yearbook of International Law**. n. 50. Berlim: Duncker & Humblot (Publisher), 2008. p. 19.

⁵⁶ PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. In: **The European Journal of International Law**, n. 13, 2002, p. 621 e seguintes. Ver, também: PETERSMANN, Ernst-Ulrich. The WTO Constitution and Human Rights. **Journal of International Economic Law**, v.3, p. 19-25, 2000.

⁵⁷ Jackson elabora sua análise sobre a constitucionalização no âmbito da OMC com ênfase no aspecto da estrutura institucional. In: JACKSON, John. The WTO “Constitution” and Proposed Reforms: Seven “Mantras” Revisited. **Journal of International Economic Law**. v. 4, 2001, p. 67-78.

⁵⁸ Weiler entende a constitucionalização do GATT em termos estruturais. WEILER, Joseph H.H (Ed.). **The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?** Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 230.

⁵⁹ Para Cass, os argumentos apresentados no referido artigo modificam a discussão quanto a OMC ser ou uma Constituição para o campo das especulações sobre a natureza do comércio internacional e da própria ideia de constitucionalização. In: CASS, Deborah Z. The “Constitutionalization” of International Trade Law: judicial norm-generation as the engine of constitutional development in International Trade. In: **The European Journal of International Law – EJIL**, v. 12. n. 1 p. 39-75, 2001.

limites na aplicação de regras que na realidade foram pensadas para controlar esses mesmos atores".⁶⁰

As considerações particularizadas no âmbito da OMC parecem não permitir ainda uma conclusão satisfatória quanto ao processo de constitucionalização, mas revestem-se de importância por analisarem a respeito da utilização de aspectos de cunho constitucional nessa específica organização internacional, ou seja, limitado a esse subsistema.

8. A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS COMO UMA CONSTITUIÇÃO PARA A COMUNIDADE INTERNACIONAL

Distintas escolas de pensamento, cada qual com suas particularidades, procuram sistematizar as razões e as consequências do Constitucionalismo Global, algumas delas mencionando o papel da Carta das Nações Unidas.⁶¹

A *New Haven School* (ou abordagem da Ciência Política), em que se sobressaem Myres McDougal e Michael Reisman, tem origem nos anos 50 do século passado, no período abrangido pela "guerra fria", e, destoando da tradição analítica com seu referencial nas regras, trata-se de escola orientada para o processo e o contexto. No que concerne à Carta da ONU, os referidos autores entendem que resulta de uma decisão constitutiva (porque identifica tanto os *decision-makers* como os procedimentos para a tomada de decisões) e que, embora tida apenas como uma parte de um amplo processo constitutivo, o que adota é apenas o início de um processo contínuo de mudança constitucional na comunidade mundial.⁶²

Na concepção do "construtivismo", Nicholas Onuf procura harmonizar a tradição analítica com abordagem de McDougal (*New Haven School*), por entender que tanto as regras como a realidade social são relevantes para o universo jurídico.⁶³ Para Onuf, qualquer sociedade, inclusive a sociedade internacional, é entendida tanto como algo (*thing*) como também como um processo (*process*).⁶⁴ Embora assevere que a sociedade internacional não tem uma constituição que seja anunciada como tal, argumenta que existem rudimentos de uma constituição no sentido material no que denomina o mais importante tratado multilateral, qual seja, a Carta das Nações Unidas. Mais especificamente, afirma que "Se a Carta contém uma constituição material, suas disposições encontram-se no Capítulo I

⁶⁰ PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. **La Constitucionalización de La Comunidad Internacional**. Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p. 237.

⁶¹ Para uma síntese quanto às abordagens de algumas destas escolas (ex.: a concepção inaugural de Verdross, a abordagem da New Haven School, a doutrina da Comunidade Internacional e a abordagem construtivista), ver: FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**. Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 27-51.

⁶² A propósito: MCDUGAL, Myres S.; REISMAN, Michael W. International Law in Policy-Oriented Perspective. In: **The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy. Doctrine and Theory** 103 (R.St. J. Macdonald & Douglas M. Johnston eds., 1986); REISMAN, Michael W. Les vues de la New Haven School of International Law (Artigo traduzido por Nicolas Castoldi). In: **L'Ecole de New Haven de Droit International**. Tradução sobre a direção de Julien Cantegreil. Paris: Pedone, 2010). Para um apanhado geral sobre a New Haven School ver: FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**. Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 36-41.

⁶³ ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society. **European Journal of International Law**, v.5, 1994, p. 1-19.

⁶⁴ ONUF, Nicholas. The Constitution of International Society, p. 1.

(Artigos 1 e 2)".⁶⁵ Identifica, por exemplo, que o Preâmbulo da Carta (*We the peoples of the United Nations* - Nós os povos das Nações Unidas) sinaliza uma regra de reconhecimento da soberania de vários dos povos, da mesma forma que o §1º do Artigo 2, em conjunto com o §7, oferece outra regra de reconhecimento.⁶⁶ A respeito do §4º do Artigo 2, Onuf vislumbra que se caracteriza como *jus cogens*, "uma regra imperativa do direito a qual somente pode ser substituída por outra regra também peremptória".⁶⁷ Aliás, acredita que todo o Capítulo I tem essa característica peremptória, atribuindo que o mesmo se destaca do resto da Carta das Nações Unidas e também do Direito Internacional. Pela aproximação do Capítulo I da Carta de um modelo de Constituição reforça seu status como uma Constituição material ("*That Chapter I approximates a model constitution strengthens the case for its status as a material constitution*").⁶⁸

Na análise de Dupuy, dois pontos podem ser destacados para o exame quanto à função e à posição da Carta das Nações Unidas: no sentido substancial, a confrontação dos princípios estabelecidos na Carta e aqueles mais evidenciados entre as normas que se compreendem como *jus cogens* e, no sentido instrumental ou formal, cabe verificar a eficiência dos mecanismos para garantir a implementação do conteúdo substancial da Carta por todos os Estados membros, especialmente em razão de aspectos práticos envolvendo a Corte Internacional de Justiça (ICJ) e o Conselho de Segurança das Nações Unidas.⁶⁹ Conforme Dupuy, a importância da promoção da Carta das Nações Unidas como uma constituição da comunidade internacional representaria um ambicioso projeto de cooperação envolvendo os Estados membros. Conforme conclui o referido autor, "é ao mesmo tempo o convênio básico da comunidade internacional e a constituição mundial, já realizada e ainda por vir".⁷⁰

Uma das abordagens a propósito do caráter constitucional da Carta das Nações Unidas mais evidenciadas na atualidade é aquela desenvolvida por Fassbender, ao identificar diversas características que a assemelham a uma Constituição no caráter normativo. Dentre essas características, pode-se mencionar, dentre outras: a) a própria denominação como uma Carta (Charter), ao contrário do usual termo "convênio" ou "tratado"; b) a expressão "*We the People of the United Nations*", que revelaria uma alusão ao poder constituinte; c) a história constitucional da comunidade internacional, que desde o ano de 1945 orbita em torno da Organização das Nações Unidas, que inclusive serve como foro privilegiado para temas globais, como os direitos humanos; d) a estruturação e o funcionamento da Organização, com dispositivos próprios de governança assemelhados às Constituições dos Estados; e) a hierarquia normativa, especialmente diante do disposto no art. 103 da Carta

⁶⁵ ONUF, Nicholas. *The Constitution of International Society*, p. 16.

⁶⁶ ONUF, Nicholas. *The Constitution of International Society*, p. 16.

⁶⁷ No original: "*a peremptory rule of law which may only be superseded by another such peremptory rule*". In: ONUF, Nicholas. *The Constitution of International Society*, p. 16.

⁶⁸ ONUF, Nicholas. *The Constitution of International Society*. **European Journal of International Law**, v.5, p. 1-19, 1994. p. 17.

⁶⁹ DUPUY, Pierre-Marie. *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. Vol. 1, 1997. p. 3-4.

⁷⁰ No original: "*It is at the same time the basic covenant of the international community and the world constitution, already realized and still to come*". Conforme DUPUY, Pierre-Marie. *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*. BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). **Max Planck Yearbook of United Nations Law**. Vol. 1, 1997. p. 33.

das Nações Unidas, o qual estabelece a primazia sobre qualquer outro acordo ou tratado ("uma ordem jurídica internacional sob as Nações Unidas"); f) o caráter de universalidade, abrangendo não apenas os Estados membros.⁷¹

Tais qualidades, embora assemelhadas aos aspectos inerentes às Constituições estatais, ainda parecem se apresentar prematuras para se atribuir à Carta das Nações Unidas o papel de Constituição da comunidade internacional. De todo modo, ao que parece, essa concepção apresenta-se com dificuldades para se concretizar na atualidade, indicando, dentre outros aspectos, necessárias modificações no âmbito das Nações Unidas para a ampliação de sua legitimação, a começar pelo Conselho de Segurança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme anunciado no pórtico desta abordagem, este artigo destina-se a organizar um breve apanhado de algumas das tendências teóricas que procuram enfrentar os novos desafios do mundo globalizado.

Os fragmentos que compõem esse estudo meramente preliminar, notadamente diante da internacionalização do Direito e das interações domésticas com o cenário que se desenvolve para além das tradicionais fronteiras jurídicas e políticas estatais, podem apontar alguns importantes rumos por onde as investigações e as reflexões possam trilhar.

Por outro lado, podem servir de estímulo para explorar um importante campo de pesquisa que se descortina com bastante atualidade: a perspectiva do Constitucionalismo Global.

Os limites e possibilidades de se transferir os aportes ligados ao Constitucionalismo, tais como a *rule of law*, a democracia, a separação dos poderes e o *check and balances*, a *accountability*, etc., para além das fronteiras do Estado pode parecer, num primeiro momento, um avanço que ainda recomenda cautela.

Pelo que se pode perceber dos fragmentos teóricos acima expostos, a transferência das mencionadas características, moldadas na experiência histórica no âmbito dos Estados, permitiria abordagens em dois aspectos: a constitucionalização global por intermédio de uma forma abrangente e unitária, como no caso da perspectiva da Carta das Nações Unidas como uma Constituição para a Comunidade Internacional, ou, de outro lado, pela constitucionalização da perspectiva pluralística, em uma série reunida de processos diferenciados.

De qualquer modo, essas perspectivas poderiam contribuir tanto para a elaboração de críticas para o enfrentamento dessa nova realidade global, como também para permitir alguma coerência ou relativa estabilidade, especialmente ao se considerar a natureza complexa e fragmentada do Direito Internacional, apesar das controvérsias que o tema poderia provocar.

O espectro de estudos parece ainda incipiente, mas o amadurecimento reflexivo a respeito mostra-se não só instigante, mas necessário. Contudo, há que se buscar na ampla gama de possibilidades maneiras de circunscrever as opções nos limites que não

⁷¹ Características conforme FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community**. Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009. p. 86-115.

ultrapassem a essencialidade, ainda, do papel dos Estados, bem da proteção dos direitos humanos, do pluralismo, da autonomia dos indivíduos, e das categorias que se harmonizem com os mais elevados valores da humanidade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AVELÃS NUNES, A. J. **A Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo.** Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/Revista dos Tribunais, 2007

BRÜHL, Tanja; RITTBERGER, Volker. **From international to global governance: Actors, collective decision-making, and the United Nations in the world of the twenty-first century.** In: RITTBERGER, Volker (Ed.). *Global Governance and the United Nations System.* United Nations University: United Nations University Press, 2001.

CANANEA, Giacinto della. **Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?** (Versão revisada de Paper apresentado na 13ª German-Italian conference of public Law, Florence, 16-17/10/2009). In: www.zaoerv.de/70_2010_2_a_283_318.pdf. Acesso em 21/05/2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brançosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CASS, Deborah Z. **The “Constitutionalization” of International Trade Law: judicial norm-generation as the engine of constitutional development in International Trade.** In: *The European Journal of International Law – EJIL*, v. 12. n. 1 p. 39-75, 2001

CASSESE, Sabino. *Global Administrative Law: an introduction.* 22/2/2005.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **A Functional Approach to Global Constitutionalism.** In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMANN, Joel P. (edit). **Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance.** New York: Cambridge University Press, 2009.

DUPUY, Pierre-Marie. **The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited.** BOGDANDY, Armin von; WOLFRUM, Rüdiger (Editors). *Max Planck Yearbook of United Nations Law.* Vol. 1, 1997.

FASSBENDER, Bardo. **The United Nations Charter as the Constitution of the International Community.** Leiden (Netherlands): Martinus Nijhoff, 2009.

HEWITT DE ALCÁNTARA, Cynthia. **Uses and Abuses of the Concept of Governance.** In: *Internacional Social Science Journal*, v. 50, 1998, p. 105-113.

JACKSON, John. **The WTO “Constitution” and Proposed Reforms: Seven “Mantras” Revisited.** *Journal of International Economic Law.* v. 4, 2001.

KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas. **International Law – a Constitution for Mankind? An Attempt at a Re-appraisal with an Analysis of Constitutional Principles.** Duncker & Humblot (Publish.). *German Yearbook of International Law.* n. 50. Berlim: Duncker & Humblot (Publisher), 2008.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard. **The Emergence of Global Administrative Law.** *International Law and Justice Working Papers 2004/1 (Law and Contemporary Problems)*, vol. 68, 2005.

KLABBERS, Jan. **Setting the Scene.** In: KLABBERS, Jan; PETERS, Anne; ULFSTEIN, Geir. **The Constitutionalization of International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

- KRISCH, Nico. **The Pluralism of Global Administrative Law**. The European Journal of International Law, v.17, 2006.
- KUO, Ming-Sung. **Between Fragmentation and Unity: the Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism**. San Diego International Law Journal, v.10, p. 439-467, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas** (Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate). Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MCDUGAL, Myres S.; REISMAN, Michael W. **International Law in Policy-Oriented Perspective**. In: The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy. Doctrine and Theory 103 (R.St. J. Macdonald & Douglas M. Johnston eds., 1986).
- ONUF, Nicholas. **The Constitution of International Society**. European Journal of International Law, v.5, 1994, p. 1-19.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PERNICE, Ingolf. **Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration: German Constitution and “Multilevel Constitutionalism”**. in: RIEDEL, Eibe. (ed.). German Reports on Public Law, 1998. p. 40-65.
- PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited**. Common Market Law Review, n. 36 (1999). p. 703-759 (Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, 1999).
- PERNICE, I.; MAYER, F. Mayer. **De la Constitution composée de l’Europe**. Revue trimestrielle de droit européen 36 (2000). p. 629 e seguintes.
- PERNICE, Ingolf. **The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action**. Columbia Journal of European Law 15 (2009). p. 349 e seguintes.
- PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in the European Union**. WHI – Paper 5/02. Walter Hallstein-Institut. Für Europäisches Verfassungsrecht Humbolt-Universität zu Berlin. In: www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0502.pdf. Acesso em 21/05/2013.
- PETERS, Anne. **Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental Norms and Structures**. In: Leiden Journal of International Law. N. 19, 2006.
- PETERS, Anne. **Constitucionalismo compensatório: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales**. In: PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J.; GUTIÉRREZ, Ignacio. La Constitucionalización de La Comunidad Internacional. Tradução de Mariano J. Aznar Gómez e Alejandra Laura Videla. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.
- PETERS, Anne [2009d]. **The Merits of Global Constitutionalism**. Indiana Journal of Global Legal Studies. Vol. 16 (Summer 2009).
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **The WTO Constitution and Human Rights**. Journal of International Economic Law, v.3, p. 19-25, 2000.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration**. In: The European Journal of International Law, n. 13, 2002, p. 621 e seguintes.
- PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 1997.

REISMAN, Michael W. **Les vues de la New Haven School of International Law** (Artigo traduzido por Nicolas Castoldi). In: L'Ecole de New Haven de Droit International. Tradução sobre a direção de Julien Cantegreil. Paris: Pedone, 2010.

ROSENAU, James N. **Governance in a New Global Order**. In: HELD, David; McGREW, Anthony. *Governing Globalization: power, authority and global governance*. Cambridge (UK): Polity Press, 2002 (reprinted in 2007, 2010).

SCHWÖBEL, Christine E. J [2011a]. **Global Constitutionalism in International Legal Perspective**. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A New World Order**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

STEIN, Eric. **Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution**. *American Journal of International Law*, n. 75. p. 1-27, 1981.

TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, vol. 14, n. 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, p. 9-31.

TEUBNER, Gunther. **Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?** in *Transnational Governance and Constitutionalism* (Christian Joerges, Inger, Johanne Sand & Gunther Teubner eds., 2004). TEUBNER, Gunther. *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie* (Global Civil Constitutions: Alternatives to a State-Centred Constitutional Theory), 63 ZAÖRV 3, 6 (2003).

TEUBNER, Gunther. **Global bukowina: legal pluralism in the World Society**. (Appeared in: Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth, Aldershot 1997, 3-28).

TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez-Jara Díez. Lima (Peru): ARA Editores, 2005.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013.

VERDROSS, Alfred. **Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft** (The Constitution of the International Legal Community). Wien - Berlin: Springer, 1926.

VIVIANI, Maury Roberto. **O Constitucionalismo Global no Cenário de uma Nova Ordem Mundial: uma crítica a partir de uma *teoria forte* em face da realidade das relações internacionais contemporâneas**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí (Convênio de Dupla Titulação com a Universidade de Perugia, Itália), 2014.

WEILER, Joseph H.H (Ed.). **The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?** Oxford: Oxford University Press, 2000.

WELSCH, Wolfgang. **Rationality and Reason Today**. In: GORDON, Dane R; NIZNIK, Józef. *Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy*. Netherland/Georgia(GA): Rodopi, 1998. p.17 e seguintes.

WELSCH, Wolfgang. *Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1995, stw 1996.

POR QUE A FRATERNIDADE É UMA CATEGORIA POLÍTICA DO E NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO?

“A utopia, então, não é tanto uma fuga da realidade, mas, sim, a tentativa de evocar com a escrita uma realidade melhor, graças à força do pensamento e da palavra”.
(Domenico de Masi)

Paulo de Tarso Brandão¹
Maurizio Oliviero²
Ildete Regina Vale da Silva³

INTRODUÇÃO

Passados 25 anos da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 e há, ainda, grande dificuldade em reconhecê-la como a principal instância normativa do Estado Democrático Brasileiro.

Encontra-se no texto do Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 uma chave de leitura: a adjetivação Fraterna, conferida à Sociedade Brasileira.

O Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 diz que a Sociedade Fraterna é a Sociedade a ser construída. Daí, a necessidade de desenvolver o estudo da Fraternidade.

A Fraternidade é um Princípio do Universalismo Político e, conseqüentemente, uma Categoria Política, representando um referencial teórico e prático ainda inédito e que não pode e não deve ser desprezado pelo Constitucionalismo Contemporâneo.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Brasil é considerado um país de reconhecida modernidade tardia, porque não implementou o Estado Social. A promulgação da Constituição Brasileira de 1988, instituindo um Estado Democrático, veio, justamente, para buscar suprir essa defasagem.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Professor do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em seus cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica.

² Doutor em Direito Comparado e Catedrático da Universidade de Perugia – Itália. Professor Titular das disciplinas de Direito Comparado e Direito Islâmico. Professor visitante com bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado, professor visitante e pesquisador em diversas universidades (*Columbia University, Al-Quds* de Jerusalém e *Heidelberg*, Alemanha – *Max Planck Institut* e Universidade de Alicante na Espanha. Embaixador do Programa Erasmus por Itália. (oliviero@unipg.it).

³ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2014) e mestre pelo mesmo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí/SC. (2009). Bolsista da CAPES pelo Programa de Doutorado Sanduiche no Exterior – PSDE, no período de 01.04 a 31.07.2012. Especialista em Direito do Trabalho e, atualmente, presta serviços de consultoria jurídica trabalhista na Empresa Irmãos Fischer S/A. Indústria e Comércio em Brusque/SC. (ildetervs@gmail.com).

É certo que a Constituição Brasileira de 1988 é um plano de desenvolvimento do projeto da modernidade, logo, é preciso fazer com que o Estado Democrático instituído - e esse, juntamente, com o Direito - sejam colocados à serviço da Sociedade, construindo-a, sem regredir nunca no nível cultural adquirido.

No entanto, no Brasil, a matriz teórica da Análise Econômica do Direito⁴, que tem fundamentado o discurso público e submetido o Direito a uma racionalidade do econômico, traz ranhuras à democracia e faz com que a Constituição Brasileira de 1988 não seja “levada a sério como limite e documento”⁵.

Constitucionalmente, os neoliberais conseguiram “substituir a histórica relação *causa-efeito* – que desde os gregos antigos se apresentava como parâmetro epistêmico -, pela ação *eficiente*, confundindo, não por acaso, *efetividade* (que visa aos fins), com *eficiência* (que está atrelada a meios)”⁶.

Sem maiores embaraços, a *eficiência*, atada aos parâmetros neoliberais da concorrência, produtividade e competitividade e, com aparência de ética universal e apresentada “como se fosse a única alternativa para a resolução dos problemas” é inserida no imaginário social pela *falácia desenvolvimentista* que, desde a modernidade, tem por base uma racionalidade dominadora, excludente e que encobre a diferença, a alteridade”⁷.

O principal disfarce do discurso neoliberal é o do desenvolvimento econômico: “naturalizado como sendo uma das exigências decorrentes da globalização, sem qualquer possibilidade de discussão”⁸. As questões sociais são despolitizadas pelo discurso político hegemônico, que indica “um caminho natural mercadológico da coisa. O antagonismo social é revelado em nome dos interesses da comunidade inserida na ordem mundial. A eficiência faz com que as ideias que ‘funcionam’ sejam aplicadas irrefletidamente, sem demoras.”⁹

A Constituição Brasileira de 1988 está “à deriva do discurso neoliberal”¹⁰ “é, preciso, de uma vez por todas, discutir e cambiar, pois, o critério”, porque o que existe no Brasil, é um *déficit* social e este é o motivo pelo qual as instituições da Modernidade devem ser defendidas do neoliberalismo pós-moderno¹¹. A interferência do paradigma neoliberal traz dificuldades para reconhecer a Constituição como a principal instância normativa do Estado Constitucional Brasileiro

⁴ A Análise Econômica do Direito é a denominação de um movimento metodológico que surge nos anos de 1960 – do século passado – na Universidade de Chicago e que “busca aplicar os modelos e teorias da Ciência Econômica na interpretação e aplicação do Direito”. Ronald Coase, Richard A. Posner e Guido Calabresi, sendo os dois primeiros professores da Universidade de Chicago e o último, professor da Universidade de Yale, são os ilustres precursores do movimento. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. p. 19.

⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. p. 16

⁶ MARCELINO JR., Julio Cesar. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus Editora, 2009. p. 185.

⁷ MARCELINO JR., Julio Cesar. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. p. 188-189.

⁸ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. p. 24-25.

⁹ ROSA, Alexandre Morais da. A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics). In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol 1 (6), Porto Alegre, 2008. p. 21.

¹⁰ ROSA, Alexandre Morais da. A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics). In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol 1 (6), Porto Alegre, 2008. p. 15 e 34.

¹¹ STRECK, Lênio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. p. 84.

2. CONTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E ESTADO CONSTIUCIONAL BRASILEIRO

O constitucionalismo pressupõe a existência de uma Constituição escrita e rígida, que contém um Tribunal Constitucional capaz de fazer valer os direitos fundamentais nela reconhecidos¹². A definição jurídica do termo constitucionalismo significa, “um complexo de instituições e de princípios que, essencialmente, teoriza a separação de poderes e a garantia dos Direitos Fundamentais do homem em contraposição ao absolutismo de outrora”.¹³

Constitucionalismo Contemporâneo é a expressão que Streck propõe para romper com o positivismo jurídico, em contraposição ao neoconstitucionalismo¹⁴. No período que segue a Segunda Guerra Mundial, o Constitucionalismo Contemporâneo se ergue em “contraposição ao neoconstitucionalismo, compreendido como um movimento que privilegiou a atuação de juízes e tribunais reconhecendo-lhes poderes discricionários, repriminando as teses positivistas”¹⁵ em virtude da nova forma de interpretar.

O Constitucionalismo Contemporâneo chegou ao Brasil nos anos 90 do século XX, estabelecendo um novo paradigma e/ou proporcionando novos fundamentos para introduzir uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito. Em tempos de intersubjetividade, é possível verificar que, no Brasil, o Constitucionalismo Contemporâneo não consegue superar a vigência dos Códigos - ainda que esses, em grande parte, de validade constitucional duvidosa – e, a resistência de significativa parcela de juristas, que continuam trabalhando com modelos liberais-individualistas¹⁶.

No Brasil, além de prevalecer as velhas formas de interpretar e aplicar o Direito, aposta-se, ainda no protagonismo judicial como forma de concretizar direitos fundamentais¹⁷. Os efeitos dessa aposta se contrapõe ao plano de desenvolvimento do projeto da modernidade, considerando que o judiciário brasileiro é formado, em grande maioria, por “juízes, advogados e promotores absolutamente ‘colonizados’ e ‘seduzidos’ pelo discurso econômico que possui como meta o desmantelamento estatal”¹⁸, em detrimento do plano que há na Constituição Brasileira de 1988 para o desenvolvimento do projeto da modernidade.

A destinação do Estado Democrático instituído pela Assembleia Nacional Constituinte é assegurar direitos sociais e individuais como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, considerados valores supremos de uma Sociedade Fraterna, pluralista e sem preconceitos. Esse plano de desenvolvimento do projeto da

¹² MATTEUCCI, Nicola. **El Estado Moderno**. Lexico y Exploraciones. Trad. Juan Marcos de Lafuente. Madrid: Uniòn Editorial, 2010. p. 173.

¹³ OLIVIERO, Maurizio. STAFFEN, Márcio Ricardo. Narcisismo Constitucional: Considerações sobre o Constitucionalismo Árabe a partir da Hermenêutica Filosófica. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 3 - p. 268-280 / set-dez 2011. p.270.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o Direito**. Desvelando obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 20.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o Direito**. Desvelando obviedades do discurso jurídico. p. 20.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Compreender o Direito**. Desvelando obviedades do discurso jurídico. p.20.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 17.

¹⁸ MARCELINO JR., Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. p. 185.

modernidade, traçado no Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, pode ser percebido através de uma simples leitura do texto da Constituição que é marcado

[...] pelo conjunto de seus princípios, por sua carta de direitos fundamentais, pela fórmula do Estado (Democrático de Direito) com a centralidade assumida por sua finalidade transformadora das circunstâncias históricas de exclusão e desigualdade social que caracterizam a história brasileira, seja durante o período monárquico, seja na fase republicana¹⁹.

O êxito desse modelo de Estado Constitucional está no caminho que se deve percorrer, ou seja, a democratização de mãos dadas com as melhorias das condições de vida e de renda da população.²⁰ Encontra-se, então, na tipologia dos Estados Constitucionais entendidos como resultado e prestação dos processos culturais - que vão passando de geração para geração e são sempre retomados como patrimônio cultural -²¹, essa perspectiva que, para o desenvolvimento do projeto da modernidade no Brasil, deve ter a pretensão de não regredir nunca no nível cultural adquirido, mantendo-o e, se possível, melhorá-lo²².

O Estado Constitucional Brasileiro entendido como progresso cultural, revela-se uma ideia otimista e um desafio para o futuro que permite compreender a Constituição Brasileira de 1988 como Projeto Cultural. A Constituição Brasileira de 1988 entendida como Projeto Cultural deve ser a expressão da condição do desenvolvimento cultural do povo Brasileiro, servindo de instrumento à auto-apresentação cultural, de espelho do seu patrimônio cultural e o fundamento da sua esperança²³, da sua realocação identitária. Consoante, é possível propor entender a Constituição Brasileira como um Projeto Cultural, uma proposta que serve compreender a Constituição Brasileira de 1988 com a principal instância normativa do Estado Constitucional Brasileiro.

Logo, a Constituição Brasileira de 1988 como Projeto Cultural é entendida como produto²⁴ de um processo²⁵ de transformação cultural do Estado Constitucional Brasileiro e, simultaneamente, um processo de construção da Sociedade Brasileira que é: uma Sociedade Fraterna, pluralista e sem preconceitos, uma perspectiva de discussão que pode e deve servir para cambiar o critério.

3. O PAPEL DO PREÂMBULO NA FORMAÇÃO DA CULTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

¹⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1 (6) Porto Alegre: 2008. p. 213.

²⁰ OLIVIERO, Maurizio. STAFFEN, Márcio Ricardo. Narcisismo Constitucional: Considerações sobre o Constitucionalismo Árabe a partir da Hermenêutica Filosófica. **Revista NEJ** - Eletrônica, Vol. 16 - n. 3 - p. 268-280 / set-dez 2011. p.273.

²¹ HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p.32.

²² HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p. 32. HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 02.

²³ HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p. 32-33.

²⁴ Produto - A etimologia da palavra produto tem origem no latim “*productus*, a , um, levado para diante, alogado, desenvolvido [...]”. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p.1556.

²⁵ Processo - A etimologia da palavra processo tem origem no latim “*processus, us*’ ação de adiantar-se, movimento para adiante, andamento”. HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p. 1555.

Entender o Estado Constitucional Brasileiro como progresso cultural e, portanto, uma aquisição cultural, conjuntamente com a ideia inicial de que Estado e Direito devem estar a serviço da Sociedade²⁶ constitui as primeiras premissas para compreender a Constituição Brasileira de 1988 como Projeto Cultural e, conseqüentemente, formar uma Cultura Constitucional.

Cultura Constitucional é definida por Häberle como a expressão adequada a tudo aquilo que atende à forma não estritamente jurídica da Constituição de uma comunidade política.²⁷

Na formação de uma Cultura Constitucional, o Preâmbulo é um elemento que oferece, ao direito constitucional, um campo de trabalho muito importante²⁸. A análise do preâmbulos, segundo Häberle, dá bons resultados às Constituições entendidas

como ordenamento jurídico fundamental do Estado e sociedade, constituição como processo público, como orientação para a contínua renovação dos pactos de tolerância entre os cidadãos, como legitimação, limitação e racionalização do poder tanto político quanto social e como expressão do estado de desenvolvimento cultural de um povo²⁹.

Os textos dos preâmbulos contêm fórmulas de compromisso e harmonização elaboradas pelos constituintes do Estado Constitucional para transmitir, mais ou menos conscientemente, uma linguagem justa para sintonizar o texto constitucional positivo sinalizado pela via da cultura³⁰. Os conteúdos culturais conferem aos preâmbulos uma validade mais profunda e uma capacidade vinculativa muito maior do que admite a interpretação tradicional do jurista constitucionalista³¹.

Os preâmbulos surgem como uma tentativa de manter a Constituição no tempo de reger a hereditariedade cultural e futuro cultural, a tradição e o progresso. Essas grandes dimensões correspondem também a uma linguagem de maior alcance. O constituinte se insere, deste modo, no contexto histórico mais amplo e não se concebe como um autônomo a esse respeito, explica Häberle. Do ponto de vista teórico e formal, o reconhecimento dessa obrigação pode ser considerado como uma forma de vinculação e obrigação para si e por si: na sua essência e na prática, trata-se de uma relação fiduciária sem a qual não seria possível produzir a Constituição concreta.³²

Os preâmbulos podem conter uma visão geral do contexto histórico e cultural da Constituição fazendo com que seja, sempre, a *quintessenza* do contexto da Constituição que,

²⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Vinte anos de Constituição, é hora de fazê-la valer. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. p. 367.

²⁷ HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p. 38

²⁸ HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p. 92-93.

²⁹ [...]: costituzione come ordinamento giuridico fondamentale di Stato e società, costituzione come processo pubblico, come cornice per il continuo rinnovo dei parti di tolleranza tra i cittadini, come legittimazione, limitazione e razionalizzazione del potere tanto político quanto sociale e come espressione dello stato di sviluppo culturale di un popolo. Questa concezione della costituzione, basata sul diritto e sulle scienze della cultura, dà buona prova specialmente nell'analisi dei preamboli. HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p. 93.

³⁰ HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p. 92.

³¹ HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p. 92.

³² HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura**. p. 94

reconhecido como componente do texto constitucional, é, enfim, possível obter um conteúdo legal diferenciável com precisão.³³

Nessa perspectiva, encontra-se no Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 um elemento da Cultura Constitucional e seu texto é a expressão da ideia para a qual o Estado Constitucional Brasileiro foi instituído e, logicamente, os termos dessa ideia devem ser conhecidos e comunicados àqueles a quem o Estado Constitucional Brasileiro é destinado, inicialmente, a servir, ou seja, a Sociedade Brasileira.

A fórmula prescrita no texto do Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 comunica ao povo Brasileiro a destinação do Estado Constitucional instituído, que é e deve ser, a construção de uma Sociedade Fraterna, pluralista e sem preconceitos:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade Fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O Estado Constitucional é instituído e anunciado ao mesmo tempo que se torna anunciador de uma Sociedade Fraterna, pluralista e sem preconceitos, sendo esta que é, e deve ser, a Sociedade Brasileira. Logo, a Sociedade Fraterna é o tipo de Sociedade Brasileira a ser construída.

Contemporaneamente, as categorias pluralista e sem preconceitos podem ser facilmente relacionadas à Sociedade e compreendidas no contexto constitucional e político. Inobstante, o mesmo não ocorre com a palavra Fraterna que confere qualificação e identificação à Sociedade Brasileira. Para construir uma Sociedade Fraterna, o estudo da Fraternidade se apresenta como exigência e demanda à organização da ordem social e convivência política no Estado Democrático Brasileiro, e na formação de uma Cultura Constitucional.

4. FRATERNIDADE: PRINCÍPIO FUNDAMENTAL E FUNDANTE DA E NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 diz que a Sociedade Fraterna é a Sociedade a ser construída, daí a ideia da Fraternidade ser um princípio fundante da Constituição Brasileira e princípio fundamental tal como é a liberdade e da igualdade.

Reporta-se a ideia da Fraternidade que, juntamente, com a liberdade e a igualdade constituíram a síntese política e cultural do universalismo político. A relação de interdependência entre os três princípios constitui “um precedente teórico de notável relevância”³⁴ e um fundamento teórico ainda inédito à Humanidade, justificado na constatação de que os princípios da liberdade e da igualdade - que muitas vezes competiram

³³ HÄBERLE, Peter. *Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura*. p. 94

³⁴ BAGGIO, Antonio Maria. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In: *Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da Fraternidade na política*. Trad. Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p.09.

entre si - são incompletos ou ainda não atingiram toda a sua potencialidade.³⁵ Não obstante, a Fraternidade permaneceu esquecida, “inédita e irresolvida em relação aos outros temas da igualdade e da liberdade”³⁶.

A síntese do universalismo Moderno – Liberdade, Igualdade, Fraternidade³⁷ - oculta uma realidade de consequências enigmáticas e paradoxais que precisam ser esclarecidas³⁸. A compreensão da tríade como um precedente teórico de notável relevância perpassa, necessariamente, pelo fato de a Fraternidade ter sido esquecida, pelo menos teoricamente, no cenário político do mundo ocidental. Raramente se encontra um verbete específico à Fraternidade nos dicionários políticos. O fato da doutrina política não ter incorporado a nova condição que a Fraternidade ascendeu na Modernidade, pode ser verificada nas diversas disciplinas que têm a Política como objeto de estudo, nas quais a ideia de Fraternidade não aparece nos ensinamentos consolidados³⁹. A ausência da Fraternidade nos dicionários políticos é uma falha que não se justifica, além de uma lacuna que não deve ser desprezada⁴⁰. Bobbio diz que é uma “lacuna não sem influência, visto que se trata de um dos princípios chaves do tríptico”⁴¹. Logo, convém apostar na Fraternidade⁴².

No Brasil, convém apostar na ideia de Fraternidade como princípio fundante e princípio fundamental da e na Constituição Brasileira de 1988, no desenvolvimento do projeto da modernidade.

A ideia da Fraternidade traz um precedente teórico de grande valor e, ainda, inédito, possível de se reportar na atualidade, porque permite pensar a igualdade e à diversidade humana, a partir dos Estados Constitucionais, sem pretender alcançar o espírito universalista de uma Cultura, muito ao contrário.

As lições deixadas pela história devem ser aprendidas, cuidando para não incorrer nos erros já experimentados nos últimos dois séculos. A recuperação e valorização da Fraternidade - o Princípio Esquecido - em sua dimensão Política deve fazer brotar uma

³⁵ BAGGIO, Antonio Maria. **Il Dibattito intorno all'idea di Fraternità: prospettive di ricerca politologica**. <http://www.cittanuova.it/FILE/PDF/articolo20813.pdf>. Acesso em 08 de setembro de 2010.

³⁶ RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 09.

³⁷ Há alguns aspectos nos fatos históricos revelando que, os três princípios comumente referenciados como lema da Revolução Francesa não são a sua causa, mas as consequências que dela decorrem, formando uma “fenomenal síntese cultural e política”. Baggio pondera que, embora não se possa atribuir à Revolução Francesa a paternidade histórica da tríade, pode-se reconhecer que, somente a partir desse evento histórico, a liberdade e a igualdade se tornam “princípios constitutivos da ordem pública e se impõem”. BAGGIO, Antonio Maria. *Fraternidade e reflexão politológica contemporânea*. In: **Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da Fraternidade na política**. p. 10.

³⁸ MARRAMAO, Giacomo. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. p. 186.

³⁹ BAGGIO, Antonio Maria. *Fraternidade e reflexão politológica contemporânea*. In: BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da Fraternidade na política**. p. 09.

⁴⁰ Raramente capita di trovare una specifica voce a essa dedicata nei lessici politici: non a caso (per limitarci al lessico contemporaneo degli italiani) una tale voce non è rinvenibile neppure nell'edizione aggiornata del Dizionario di politica (1983) di Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Paquino. Lacuna non influente, visto che si tratta di uno dei principi-chiave del <<trittico>>. MARRAMAO, Giacomo. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. p.186.

⁴¹ [...] *del Dizionario di politica* (1983) di Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Paquino. Lacuna non influente, visto che si tratta di uno dei principi-chiave del <<trittico>>. MARRAMAO, Giacomo. **Passaggio a Occidente**. Filosofia e globalizzazione. p. 186.

⁴² RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p.136.

relação entre os três princípios que, juntos, devem constituir um fundamento garantidor do sentido pleno que a Política pretendeu construir através da história⁴³.

5. FRATERNIDADE COMO CATEGORIA POLÍTICA

A Fraternidade na condição de Princípio do Universalismo Político é uma palavra estratégica para expressar uma ideia capaz de compor uma Categoria⁴⁴ Política e que deve ser (re)construída, na atualidade, buscando, não só compensar todo esse tempo de ausência na teoria e prática da Política, mas de criar critérios de decisão adequada à Constituição Brasileira de 1988.

Marramao recorda que a definição aristotélica do homem como animal racional (*zoon lógon échon* - antecedida pelos pré-socráticos e pela sofística maior) tem, já a partir de Sócrates, a concepção de uma importante ideia no sentido de compreender uma nova forma de prática e busca incessante do saber por via dialógica, recebendo o nome de filosofia atribuída à *polis*, espaço próprio do homem⁴⁵. Para Marramao, essas são premissas que darão pleno sentido à célebre definição aristotélica do homem como *zoon politikón*, como animal *naturaliter* político; quem vive fora da *polis* é uma besta ou um Deus⁴⁶.

A palavra Política deriva de *polis*. *Polis*, segundo Mateucci, é o resultado de um lento e espontâneo desenvolvimento da convivência civil na história social e política grega⁴⁷. Historicamente, desde a época da *polis*, a palavra Política sofreu muitas transformações, modificando em muito o seu conceito⁴⁸ e dando origem a distintos significados, tanto na linguagem comum como na linguagem científica⁴⁹. Mateucci afirma que, atualmente, nos países democráticos, há uma grande nostalgia pela Política que já não existe, uma Política que dá sentido à existência⁵⁰.

Na concepção de Bobbio⁵¹, Política é uma expressão de estudo das atividades que têm relação com o Estado, buscando, mais especificamente, verificar as possibilidades de cumprimento da finalidade última do Estado, que deve estar a serviço da Sociedade para a qual ele se destina⁵².

Os sinais de que a Política não tem mais o sentido da existência são percebidos nas limitações que os princípios da liberdade e da igualdade têm sofrido nesses Estados. A manifestação desses sinais ocorrem através de duas tipologias, segundo Baggio: externa e interna. A externa se refere “às relações entre as regiões geopolíticas e econômicas em que o

⁴³ BAGGIO, Antonio Maria. **La Fraternità: una nuova categoria nello spazio pubblico**. p. 12.

⁴⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e Prática**. p. 25.

⁴⁵ MARRAMAIO, Giacomo. **La passione del presente**. Breve lessico della modernità-mondo. p.157-158.

⁴⁶ ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. Título Original: Politikón.

⁴⁷ MATTEUCCI, Nicola. **El Estado Moderno**. Lexico y Exploraciones. p. 315.

⁴⁸ MATTEUCCI, Nicola. **El Estado Moderno**. Lexico y Exploraciones. p.328-329.

⁴⁹ MATTEUCCI, Nicola. **El Estado Moderno**. Lexico y Exploraciones. p. 337.

⁵⁰ MATTEUCCI, Nicola. **El Estado Moderno**. Lexico y Exploraciones. p. 339.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. Verbete “Ciência Política”. In: BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varrialle. *et al.* 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. v. 2, p. 954.

⁵² BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. A Fraternidade como uma categoria (da) política. In: **Revista Diálogos Críticos**. Seção Ciências Jurídicas. Vol 2 (1) Maranhão, 2012. p. 03.

Planeta se divide”⁵³, entre os muitos exemplos possíveis, está o fato de não se aplicar os indicadores do não desenvolvimento apenas aos países não desenvolvidos, mas também aos mais fortemente industrializados⁵⁴. Um sinal paradoxal e, ao mesmo tempo, significativo da tipologia externa, está nas relações entre os hemisférios norte e sul sobre os quais, por muitas décadas, era comum pensar

[...] que esses conceitos correspondiam a delimitações geográficas precisas; hoje, no entanto, existem Terceiro Mundo e um Quarto dentro do Primeiro e do Segundo, não compostos por imigrantes recentes e pobres, mas produzidos pela própria incerteza do sistema, ou seja, pela fragilidade que continua a acompanhar a realização dos princípios da liberdade e da igualdade⁵⁵.

A tipologia interna é, segundo Baggio, aquela que ocorre justamente nas Sociedades mais industrializadas, na qual há uma tendência em acreditar que a liberdade e a igualdade foram concretizadas em virtude da produção de bens materiais e culturais, em quantidade maior que as necessidades da população. De maneira inesperada, contudo, “essas sociedades continuam permeadas de amplas faixas de pobreza”⁵⁶.

Diante desse cenário global, insinua-se a renúncia dos grandes Princípios do Universalismo Político, justificando que esses seriam impossíveis de serem realizados nas Sociedades amplas e complexas. Baggio observa que, em alguns casos, busca-se manter a satisfação imediata com aquilo que parece ser mais fácil, desistindo, simplesmente, de lutar para manter um horizonte ideal de pensamento⁵⁷. Em outros casos, “os princípios universais são modificados, modulados de maneira diferente, quase como se houvesse um desejo de mudar a perspectiva da cultura política sem, entretanto, dar um aviso explícito dessa intenção”⁵⁸.

É, justamente no processo de substituição de tríades, que muitos aspectos deveriam ser analisados, diz Baggio, chamando a atenção para um aspecto, especialmente: “a passagem de uma tríade a outra corresponde à passagem de uma concepção da vida e da pessoa a outra”⁵⁹. Em outras palavras, explica que a percepção do conceito de Pessoa é modificada quando se deixa de valorizar a dimensão política para valorizar apenas a dimensão privada, ou seja, tudo fica reduzido àquilo que é pessoal. Nesse sentido, voltar a atenção à tríade tradicional tem o significado de “libertar-se”, de dar uma guinada, de abertura a um projeto de transformação⁶⁰ social, pela organização da Sociedade – (re)pensando-a - e pela convivência política.

Evidencia-se que (re)propor a tríade é (re)propor a Fraternidade como Princípio do Universalismo Político e, portanto, como Categoria (da) Política. Nessa perspectiva, a Fraternidade tem uma relação de interdependência com a liberdade e a igualdade. A relação de interdependência entre os três princípios é uma relação dinâmica e de significados

⁵³ BAGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. p. 11.

⁵⁴ BAGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. p. 11-12.

⁵⁵ BAGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. p. 11-12.

⁵⁶ BAGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. p. 12.

⁵⁷ BAGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. p. 13.

⁵⁸ BAGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. p. 13.

⁵⁹ BAGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. p. 15.

⁶⁰ BAGGIO, Antonio Maria. **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. p. 15.

inéditos e, ainda, inexplorados. No momento em que a relação de uma com a outra é considerada, cada uma delas alcança o seu próprio significado e a Fraternidade alcança a sua essencial forma de politização nessa relação⁶¹.

Na história da Humanidade, a ausência da Fraternidade como Princípio do Universalismo Político resultou na falta do êxito pretendido com a liberdade e a igualdade, despertando um sentimento de ineficácia das ações políticas, acompanhada de uma debilidade do pensamento. Percepção essa que não resulta apenas na falta dos conhecimentos individuais em específico, explica Baggio, mas na falta de um método com o qual se desenvolve o pensar e o agir político⁶². O resultado da aplicação separada e contraposta desses dois princípios produziu sistemas sociais e econômicos que só parcialmente poderiam reproduzir as suas intenções, simplesmente porque são expressões parciais de humanismo e, em não poucos casos, os ideais de liberdade e igualdade ligados ao poder resultaram em ações contrárias do que aquelas que inicialmente haviam sido propostas⁶³.

A Fraternidade como Categoria Política significa dizer que através dela será possível “formar juízos políticos em número ilimitado, porém, tomando uma natureza precisamente determinada: formando tais juízos se produz pensamento político, através da ótica da Fraternidade”⁶⁴.

Fraterno é relativo ou pertencente a irmão, Fraternal, do vocábulo *fraternu* em uma declinação de *fraternus*. Nos dicionários de língua portuguesa a palavra Fraternidade - *fraternitas, fraternitatis e fraternitate* - é o substantivo feminino que denota a ideia de: “(a) laço de parentesco de irmãos; irmandade; (b) união, afeto de irmão para irmão; (c) o amor ao próximo; fraternização; (d) a harmonia e união entre aqueles que vivem em proximidade ou que lutam pela mesma causa etc.⁶⁵”. o significados quais sejam: (a) unir(-se) como irmãos; confraternizar(-se); (b) travar amizade íntima; confraternizar; (c) associar-se (a outrem); irmanar-se; e, (d) comungar as mesmas ideias ou convicções de; harmonizar-se, confraternizar-se⁶⁶.

A adjetivação que a palavra Fraternal concede e projeta à Sociedade Brasileira no texto do Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 dá a ela uma condição de verbete com aceção constitucional e política ainda inexplorada no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, requerendo, assim, uma melhor compreensão do sentido que essa ideia compõe, além de dar origem a um referencial teórico e prático com condição para restituir à Política o sentido da existência. E, nessa perspectiva, construir uma Sociedade Fraternal é condição para tornar o tipo de Sociedade que se quer construir, critério de decisão adequada à Constituição Brasileira de 1988.

⁶¹ BAGGIO, Antonio Maria. **La Fraternità: una nuova categoria nello spazio pubblico**. p. 09.

⁶² BAGGIO, Antonio Maria. **La Fraternità: una nuova categoria nello spazio pubblico**. p. 10.

⁶³ BAGGIO, Antonio Maria. **La Fraternità: una nuova categoria nello spazio pubblico**. p. 11.

⁶⁴ BAGGIO, Antonio Maria. La Fraternidad como Categoría Política. In PIETRO, Antonio Márquez (Coord.). **Fraternidad y Justicia**. Granada: Editorial Comares. 2012. p. 07.

⁶⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p. 927.

⁶⁶ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p. 927.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com relação a pergunta elaborada como título desse artigo: Por que a Fraternidade é Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro? Responde-se que: A Fraternidade é uma Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro, porque há, no texto do Preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, de forma precisa e convencionada, a expressão da ideia para a qual o Estado Constitucional Brasileiro é instituído e destinado a servir, ou seja, a Sociedade Brasileira.

O Preâmbulo entendido como um elemento que compõe a Cultura Constitucional, além de dar uma visão geral do contexto histórico e cultural da Constituição, oferece, também, maior validade e capacidade vinculativa de interpretação à Constituição, conferindo, assim, legitimidade ao Estado Constitucional. O texto do Preâmbulo na Constituição Brasileira é o vetor necessário à compreensão da destinação dada ao Estado Democrático instituído.

A adjetivação Fraternal conferida à Sociedade Brasileira revela uma realidade social a ser construída: uma Sociedade Fraternal. Nessa perspectiva, o estudo da palavra Fraternal se apresenta como exigência e demanda à organização da ordem social e convivência política no Estado Democrático Brasileiro, constituindo, assim, uma Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo.

A Fraternidade entendida como uma Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo contém um referencial teórico e prático que permite tornar a construção de uma Sociedade Fraternal critério de decisão adequada à Constituição Brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. Título Original: Politikón.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

____ (Org.). **O Princípio Esquecido/2**: Exigências, recursos e definições da Fraternidade na política. Trad. Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

____ La Fraternidad como Categoría Política. In PIETRO, Antonio Márquez (Coord.). **Fraternidad y Justicia**. Granada: Editorial Comares, 2012.

BIBLIOTECA DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/jose-sarney>. Acesso em 20 fevereiro 2014.

BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Trad. Carmem C. Varrialle. et al. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992. v. 2.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1 (6) Porto Alegre: 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Vinte anos de Constituição, é hora de fazê-la valer. In: **Revista do**

Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vol 1 (6), Porto Alegre, 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. A Fraternidade como uma categoria (da) política. In: **Revista Diálogos Críticos.** Seção Ciências Jurídicas. Vol 2 (1) Maranhão, 2012.

HÄBERLE, Peter. **Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura.** Roma: Carocci editore. 2001.

_____. **El Estado Constitucional.** Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARCELINO JR., Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito.** Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

MARRAMAIO, Giacomo. **La passione del presente.** Breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

_____. **Passaggio a Occidente.** Filosofia e globalizzazione. 2. ed. Torino: Bollati Boringhieri. 2009.

MASI, Domenico de. **O Futuro chegou.** Modelos de Vida para uma Sociedade Desorientada. Trad. Marcelo Costa Sievers. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2014.

MATTEUCCI, Nicola. **El Estado Moderno.** Lexico y Exploraciones. Trad. Juan Marcos de Lafuente. Madrid: Unió Editorial, 2010.

OLIVIERO, Maurizio. STAFFEN, Márcio Ricardo. Narcisismo Constitucional: Considerações sobre o Constitucionalismo Árabe a partir da Hermenêutica Filosófica. **Revista NEJ - Eletrônica**, Vol. 16 - n. 3 - p. 268-280 / set-dez 2011.

_____. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12. ed. rev. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2008.

PIETRO, Antonio Márquez (Coord.). **Fraternidad y Justicia.** Granada: Editorial Comares, 2012.

RESTA, Eligio. **Direito Fraternal.** Trad. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (Law and Economics). In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** Vol 1 (6), Porto Alegre, 2008.

_____; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 7. ed. 2.tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Compreender o Direito**. Desvelando obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora _____ Revista _____ dos _____ Tribunais, _____ 2013.

O ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS: Uma análise crítico-propositiva ao modelo dos juizados especiais federais para obtenção de um processo justo.¹

João Batista Lazzari²

José Antônio Savaris³

Daniele Porena⁴

INTRODUÇÃO

O objetivo científico deste estudo é realizar uma análise crítica e propositiva acerca do modelo dos Juizados Especiais Federais (JEFs)⁵.

A investigação procura identificar as causas que provocam excesso de demanda e a perda de efetividade da tutela jurisdicional⁶ impedindo a obtenção de um Processo Justo⁷ no âmbito dos JEFs.

Para o equacionamento dos problemas são levantadas as seguintes hipóteses: a) o excesso de demanda está relacionado com as deficiências no reconhecimento de direitos na via administrativa e a pouca utilização dos meios de defesa coletivos em juízo; b) a perda de efetividade tem relação com a forma de processamento e solução das demandas.

Principia-se, com o estudo das bases do Direito de Acesso à Justiça, ao Direito ao Processo Justo e o surgimento dos Juizados Especiais. Na sequência, a partir das hipóteses levantadas, são enfrentados os principais problemas que causam o excesso de litigiosidade, reduzindo a efetividade da tutela jurisdicional e obstando o ideal de um Processo Justo no âmbito dos JEFs.

¹ Artigo baseado na Monografia de Qualificação da Tese de Doutorado de João Batista Lazzari – Programa de Dupla Titulação pela Universidade do Vale do Itajaí, Brasil – UNIVALI, com orientação de José Antonio Savaris, e pela *Università degli Studi di Perugia*, Itália – UNIPG, com co-orientação de Daniele Porena.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Doutorando em Direito Público pela *Università Degli Studi di Perugia, Itália - UNIPG*, Professor das Escolas da Magistratura Federal e do Trabalho em Santa Catarina, Juiz Federal. E-mail: joabatistalazzari@gmail.com.

³ Doutor em Direito da Seguridade Social pela USP, Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da UNIVALI, Juiz Federal. E-mail: jasavaris@gmail.com.

⁴ Doutor em Teoria do Estado. Professor da *Università Degli Studi di Perugia*, Itália - UNIPG. E-mail: danieleporena@hotmail.com.

⁵ Sistema processual com instância recursal própria, criado pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, para processar, conciliar e julgar as causas cíveis de competência da Justiça Federal cujo valor da causa não ultrapasse os sessenta salários mínimos, e os feitos criminais relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

⁶ Prestação jurisdicional que alcança sua finalidade, que é realizar a justiça no tempo e no modo esperado.

⁷ É o processo judicial que cumpre as garantias do devido processo legal em sua dimensão substancial, sendo acessível, adequado, célere e efetivo.

O método utilizado na fase de Investigação e apresentação dos resultados foi o Indutivo⁸. As técnicas de investigação são a do referente⁹, a de categorias¹⁰ e de conceitos operacionais¹¹, o fichamento de obras e consultas na rede mundial de computadores.

1 OS JUIZADOS ESPECIAIS COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA E A EXPECTATIVA DE UM PROCESSO JUSTO

Este tópico está alicerçado em considerações de ordem jurídico doutrinária para a compreensão teórica do Direito de Acesso à Justiça e ao Processo Justo e a correlação com os Juizados Especiais.

1.1 O Direito de Acesso à Justiça e sua delimitação

O Direito de Acesso à Justiça é um tema recorrente nas discussões em todos os segmentos da sociedade contemporânea e nas abordagens doutrinárias e jurisprudenciais, o qual se reveste e se renova de importância quando se pretende lançar um olhar crítico e propositivo ao Sistema Judicial.

É caracterizado como um dos principais Direitos Humanos e está presente como garantia constitucional em grande parte dos ordenamentos jurídicos dos países democráticos.

Entre os principais instrumentos normativos da proteção universal dos Direitos Humanos estão a Carta das Nações Unidas, de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969.

O termo “Acesso à Justiça” é de difícil definição e possui várias acepções, mas para o presente estudo será adotada a conceituação e a delimitação apresentada por Cappelletti e Garth, por melhor refletir o enfoque que se pretende alcançar. Para os referidos autores, o Acesso à Justiça serve para determinar que o Sistema deve ser acessível a todos e deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.¹² E mais adiante afirmam que o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.¹³

⁸ “**MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205)

⁹ “**REFERENTE**: explicação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática, p. 209)

¹⁰ “**CATEGORIA**: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática, p. 197)

¹¹ “**CONCEITO OPERACIONAL [COP]**: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática, p. 198)

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 12-13.

Ainda, segundo o italiano Francesco Francioni o uso normal do termo Acesso à Justiça é sinônimo de tutela jurisdicional. Do ponto de vista do indivíduo, o termo refere-se ao direito de buscar um remédio diante de um tribunal estabelecido por lei e capaz de garantir a independência e imparcialidade do juiz.¹⁴

Em complemento utiliza-se a delimitação oferecida por Boaventura de Souza Santos, por valorizar o aspecto social que é extremamente marcante no âmbito dos Juizados Especiais. Para o autor português, o tema do Acesso à Justiça é o que mais diretamente resolve as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica.¹⁵

Pode-se afirmar que o Direito de Acesso à Justiça tem várias acepções que vão desde o direito de ação, o devido processo legal, o julgamento em tempo razoável, decisão justa e exequível, garantias que integram o conceito de Processo Justo.

No entanto, sua efetivação enfrenta obstáculos de diversas ordens. As barreiras ao acesso, segundo Cappelletti, são mais presentes nas pequenas causas e atingem geralmente os autores individuais, especialmente os pobres, “ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses”.¹⁶

As medidas práticas adotadas pelos países do Mundo Ocidental para melhorar o Acesso à Justiça são enumeradas por Cappelletti e Garth em formas de “ondas”:

1ª onda: assistência judiciária para os pobres;

2ª onda: representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor;

3ª onda: “enfoque de acesso à justiça” porque incluiu os posicionamentos anteriores e ainda tenta atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.¹⁷

A essas medidas devem ser acrescentadas ações que implicam mudanças legislativas e de ordem procedimental relacionadas com a organização judiciária, a disciplina do processo, a redução dos recursos processuais, dentre outras. De modo geral, tornando menos burocráticos os ritos processuais, modernizando a estrutura e especializando os órgãos da justiça, em especial de 1º grau.

Dentro desse contexto, mostra-se relevante analisar neste estudo o funcionamento dos Juizados Especiais no Brasil tendo em vista que foram idealizados com o objetivo de tornar o processo mais simples e célere, ampliando o Acesso à Justiça, com ênfase nas pessoas menos favorecidas economicamente. Antes, porém, examinaremos aspectos relacionados com o Direito ao Processo Justo como complemento dessa expectativa em relação aos Juizados Especiais.

¹⁴ FRANCIONI, Francesco. Il Diritto di Accesso alla Giustizia nel Diritto Internazionale Generale. In FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; SCOVAZZI, Tullio. **Accesso alla Giustizia dell'individuo nel Diritto Internazionale e dell'Unione Europea**. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p. 3-4.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999, p. 167.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 28.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 31.

1.2 Direito ao Processo Justo

Os mecanismos que viabilizam o ingresso facilitado de ações judiciais não são suficientes para garantir um Acesso à Justiça qualificado. O cidadão tem direito também a um Processo Justo, que lhe assegure uma adequada e concreta prestação jurisdicional. Somente um processo efetivo, real, garante a segurança jurídica e a solução do litígio entre as partes.

O Direito a um Processo Justo ou Equitativo está presente em Convenções Internacionais e em diversos ordenamentos jurídicos. Como exemplo, o art. 111 da Constituição da Itália estabelece que a jurisdição atua mediante o Justo Processo definido por lei, também faz menção ao devido processo e a sua razoável duração.

Mauro Bove ao comentar esse dispositivo assinala que cabe ao Estado cumprir um duplo dever: preparar o Sistema de proteção judicial e regular a máquina processual com respeito a certas garantias fundamentais.¹⁸

Francesco Luiso afirma que além das regras contidas na Constituição Italiana, devemos tomar hoje como regras essenciais de princípios de origem supranacional: a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e com importância sempre maior as normas de direito comunitário.¹⁹

O sistema processual brasileiro recebeu grande influência do processo civil Italiano. Isso pode ser explicado pelo fato de que na elaboração do atual Código de Processo Civil, datado de 1973, os processualistas italianos Enrico Tullio Liebman²⁰, Francesco Carnelutti e Giuseppe Chiovenda, que lecionavam no Brasil à época, colaboraram decisivamente no processo legislativo.

A semelhança de normas processuais explica os desafios comuns que são enfrentados pela Itália e pelo Brasil, justificando a busca de soluções em comum e o troca de experiências e ideias entre pesquisadores e autoridades judiciárias.

O combate à morosidade no julgamento dos processos e a busca pela efetividade das decisões são os grandes desafios da Itália e do Brasil, por adotarem um modelo processual com excesso de recursos que dificultam a entrega definitiva da tutela judicial. Página 129: De acordo com Mauro Bove e Angelo Santi o processo civil italiano sofreu modificações recentes, porém as reformas até então realizadas não foram suficientes para a melhoria do estado da justiça civil daquele país.²¹

Com o objetivo de garantir um amplo Acesso à Justiça e proporcionar um Processo Justo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 avançou em relação aos textos anteriores e contemplou uma série de princípios, direitos e garantias (algumas

¹⁸ BOVE, Mauro. **Lieamenti di Diritto Processuale Civile**. 4 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 51.

¹⁹ LUISO, Francesco P. **Diritto Processuale Civile**. Vol. I. 6 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 49.

²⁰ "A prevalência do pensamento *liebmaniano* pode ser claramente percebida no Código de Processo Civil de 1973, em diversos momentos, como, por exemplo, na disciplina do julgamento antecipado do mérito (art. 330 do CPC), na equiparação da eficácia dos títulos executivos extrajudiciais à dos títulos judiciais, no conceito que o Código fornece para a coisa julgada, definindo-a como imutabilidade da sentença, e não como seu efeito (art. 468 do CPC), bem como na adoção das três condições da ação propostas por Liebman (interesse de agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido)." Texto extraído do Portal da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>> Acesso em: 23 jan. 2014.

²¹ BOVE, Mauro; SANTI, Angelo. **Il Nuovo Processo Civile: tra modifiche attuate e riforme in atto**. Matélica: Nuova Giuridica, 2009.

poderiam estar em normas infraconstitucionais, mas para maior solidez do Sistema optou-se pela constitucionalização). Destacam-se: o devido processo legal (art. 5º, LIV); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV); a inadmissibilidade de provas ilícitas (art. 5º, LVI); o juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII); o direito de petição (art. 5º, XXXIV); a inafastabilidade da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV); a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII); e a motivação das decisões judiciais (art. 93, IX).

Tramita também no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 8.046/2010, que institui o novo Código de Processo Civil modificando procedimentos e reduzindo recursos para alcançar a duração razoável do processo.

Dessas referências pode-se concluir que o Processo Justo tem relação com o devido processo legal em sua dimensão substancial e por consequência ao Direito de Acesso à Justiça e de uma prestação jurisdicional célere, adequada e efetiva.

O processo representa, nesse contexto, um instrumento necessário e útil à garantia de uma tutela judicial efetiva, capaz de reconhecer os direitos previstos pelo ordenamento jurídico. Portanto, essa prestação estatal deve ser entregue no modo e no tempo esperado e ser socialmente justa.

Importante destacar também que os procedimentos comuns são tradicionalmente formais e ricos em solenidades e, por consequência, morosos e inadequados para resolver as chamadas pequenas causas, as quais reclamam por procedimentos especiais que são objeto da análise que segue.

1.3 Os Juizados Especiais no Brasil: a facilidade de Acesso à Justiça e a perspectiva de um Processo Justo

As diferentes formas de tratamento dos conflitos estão relacionadas às peculiaridades culturais, políticas e econômicas de cada povo, mas todos procuram propiciar maior agilidade e simplicidade no atendimento às partes.

O surgimento dos Juizados está inserido no movimento internacional de Acesso à Justiça, fazendo parte da terceira "onda" a que se referem Cappelletti e Garth. A primeira onde esteve relacionada à assistência judiciária para os pobres, a segunda à representação jurídica para os interesses "difusos", especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor e a terceira com o "ênfoque de acesso à justiça".²²

Embora o Brasil não tenha sido precursor nessa área, as normas adotadas seguiram as tendências reformistas de outros países com maior experiência no trato dessas questões.²³ A Constitucionalização ocorreu em 1988, com a previsão da criação de Juizados no Distrito Federal e nos Estados para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.²⁴

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 31.

²³ A Lei n. 7.244, de 1984, foi a primeira a dispor sobre a criação e o funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas no Brasil.

²⁴ "Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;"

Essa norma da Constituição foi regulamentada pela Lei n. 9.099, de 1995, que fixou o valor de alçada em 40 salários mínimos e considerou como de menor complexidade, dentre outras, a ação de despejo para uso próprio, as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a 40 salários mínimos, de arrendamento rural e de parceria agrícola, de cobrança de condomínio, de seguro, de honorários profissionais, revogação de doação e acidente de trânsito.

No que diz respeito aos Juizados Especiais Federais, foi a Emenda Constitucional n. 22, de 1999²⁵, que autorizou sua instituição, a qual foi regulamentada pela Lei n. 10.259, de 2001, cujo critério delimitador da competência é o do valor da causa (sessenta salários mínimos). Mesma opção adotada pela Lei n. 12.153, de 2009, que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Pode-se dizer que o modelo de Juizados Especiais adotado pelo Brasil busca atender a necessidade de constante reestruturação e modernização dos meios de Acesso à Justiça, acompanhando as transformações da sociedade e o desejo majoritário de uma prestação jurisdicional simplificada, sem as amarras e entraves do modelo convencional.

O processo deve observar os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação ou a transação (art. 2º. da Lei n. 9.099/1995).

Relevante destacar que não há cobrança de custas no ajuizamento das ações e o advogado é dispensado em primeiro grau de jurisdição (nos Juizados Estaduais para demandas até vinte salários mínimos e nos Juizado Federais até sessenta salários mínimos).

O juiz tem maior liberdade, estando autorizado a determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Poderá também adotar em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum. Há previsão também da utilização de conciliadores e juízes leigos como auxiliares da Justiça.

Segundo análise de Luis Felipe Salomão, em termos de Direito Comparado nosso Sistema de Juizados Especiais é único no mundo. Sustenta sua avaliação, entre outros argumentos, no fato de que:

A maioria dos Juizados de Pequenas Causas funciona em sistemas judiciais da *common law*. Nos nossos Juizados, embora criados no mundo jurídico da *civil law*, pode o Juiz adotar em cada caso, a decisão que reputar mais justa e equânime atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum (art. 2º e 6º da Lei n. 9.099/95).²⁶

Assim, na essência, o modelo tradicional de tutela jurisdicional ficou obsoleto diante do imediatismo e da velocidade dos acontecimentos no cotidiano do ser humano. Criou-se a necessidade de uma proposta que represente algo de novo e sem os obstáculos da jurisdição ordinária, mas que não pode ser visto como um modelo paralelo ou concorrente.

²⁵ “Art. 98. (...) Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” (Renumerado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, para § 1º)

²⁶ SALOMÃO, Luis Felipe. Sistema nacional de juizados especiais. In **Revista Cidadania e Justiça – AMB**. n. 7. 2º sem-1999, p. 198.

Com base nos aspectos relacionados com o procedimento escolhido para tratamento das pequenas causas no Brasil, questiona-se, então, se esse modelo tem facilitado o Acesso à Justiça, sobretudo da população de baixa renda, e se atende à expectativa de um Processo Justo?

O diagnóstico advindo da publicação do Conselho Nacional de Justiça: *Panorama do Judiciário Brasileiro. Justiça em Números: Indicadores do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2010*, aponta a possibilidade dos JEFs perderem suas características essenciais, devido à inadequação entre uma estrutura já sobrecarregada e o alto volume de demandas. Realidade também enfrentada pelos Juizados Especiais Estaduais. E, no Relatório de 2012, foi apontado que “A celeridade, o tempo de processo são questões muito questionadas e cobradas pela sociedade. Assim sendo, é importante que o CNJ, através do ‘Justiça em Números’, consiga deixar transparente este dado para toda a sociedade”.

Pesquisa específica sobre os JEFs, realizada pelo Conselho de Justiça Federal, por intermédio do Centro de Estudos Judiciários (CJF/CEF) e o IPEA, apontou que após a instalação dos Juizados a busca pelo Poder Judiciário, especialmente para a solução de causas de menor complexidade e de pequeno valor econômico, tornou-se um fenômeno de massa no Brasil (são distribuídos em média 1.200.000 novos casos por ano).²⁷ E, conclui, ressaltando a “necessidade de refletir sobre o modelo proposto, sob pena de este, embora tão vivamente festejado, deixar de ter eficácia e os juizados se tornarem, de fato, varas ordinárias da Justiça Federal.”²⁸

Alexandre Freitas Câmara em abordagem crítica aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, aponta consequências relacionadas com a facilidade de Acesso à Justiça. Se por um lado diminuíram a litigiosidade contida, por outro lado contribuíram para uma litigiosidade exacerbada, a qual deve ser encarada como um desequilíbrio do sistema, característico de uma sociedade que acaba de se livrar das barreiras que impediam que a litigiosidade contida fosse liberada.²⁹

Com base nos levantamentos de dados das pesquisas realizadas e nas referências doutrinárias colacionadas, pode-se concluir que os Juizados Especiais atendem o pressuposto de facilitar o Acesso à Justiça pela via simplificada e de baixo custo. Porém, a estrutura organizacional não está dimensionada para processar as novas demandas sociais advindas especialmente da população mais carente, afetando a garantia de um Processo Justo.

Em síntese, o modelo de Juizados Especiais no Brasil tem contribuído fortemente na universalização do Acesso à Justiça, mas os obstáculos surgidos devido ao excesso de demanda e a forma de processamento desses feitos têm impedido a justa solução dos processos, especialmente nos quesitos celeridade e efetividade.

A adequada identificação desses obstáculos e a adoção de medidas para o aperfeiçoamento do Sistema passam a ser o grande desafio para se chegar a um Processo Justo no âmbito dos Juizados Especiais.

²⁷ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Instituto de Planejamento Econômico e Social. Brasília: CJF, 2012 (Série Pesquisas do CEJ; 14), p. 13-14.

²⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**, p. 181.

²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012, p. 5-6.

Pretende-se assim examinar com maior detalhamento o funcionamento dos JEFs e apontar algumas propostas para a melhoria desse modelo implantado na Justiça Federal, a partir de 2002.

2 A EFETIVIDADE NO ACESSO À JUSTIÇA E A BUSCA DO PROCESSO JUSTO NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A criação dos JEFs representou maior agilidade, celeridade e efetividade na tutela jurisdicional. No entanto, passados mais de 10 (dez) anos da instalação desse novo modelo de Justiça, surgiram desafios que devem ser enfrentados e superados para uma maior efetividade e um Processo Justo. Objetiva-se, assim, apresentar sugestões para o equacionamento dessas dificuldades.

2.1 A Estruturação dos Juizados Especiais Federais e das Turmas Recursais

Os JEFs foram concebidos para atender a uma demanda reprimida de parte da população, cujos direitos escapavam ao abrigo do Judiciário, significando nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes “Um divisor de águas na história da Justiça Federal”.³⁰

No entanto, a Lei n. 10.259, de 2001, ao dispor sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal não criou a infraestrutura necessária para seu funcionamento, sequer cargos de juízes e servidores, e ainda subestimou o quantitativo de ações a serem propostas.

O volume de casos pendentes de solução demonstra a dificuldade dos JEFs em processar em tempo adequado as demandas que lhe são apresentadas. Os dados que seguem demonstram essa realidade, os quais foram elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça e se referem ao ano de 2012³¹:

Tabela 2.82 - TCJE - Taxa de Congestionamento nos Juizados Especiais

Tribunal Regional Federal	TBaixJE – Total de Processos Baixados nos Juizados Especiais	CnJE - Casos Novos nos Juizados Especiais	CpJE - Casos Pendentes nos Juizados Especiais	TCJE - Taxa de Congestionamento nos Juizados Especiais
1ª Região	544.146	382.6 33	646.762	47%
2ª Região	171.374	128.5	180.678	45%

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Os juizados especiais federais – um divisor de águas na história da justiça federal. *In Revista CEJ*. Brasília, Ano XV, jul 2011, p. 8-14.

³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números – Justiça Federal**. Brasília: CNJ, 2013, p. 239. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/tabelas-do-justica-em-numeros>> Acesso em 14 abr. 2014.

		72		
3ª Região	224.039	162.3 85	227.392	43%
4ª Região	270.964	265.8 06	259.219	48%
5ª Região	258.671	239.4 06	106.706	25%
Justiça Federal	1.469.194	1.178.802	1.420.757	43%

Fonte: Justiça em Números 2012.

Esse quantitativo de novos casos tem relação direta com o perfil da demanda dos JEFs que recebe prioritariamente ações previdenciárias. No polo passivo desses processos está o INSS, maior litigante do país segundo pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça. O INSS responde por 79% das ações que tramitam nos JEFs, na sequência está a Caixa Econômica Federal com 7%.³²

A situação das Turmas Recursais é ainda mais grave em relação ao primeiro grau de jurisdição. Há um grande volume de novos recursos todos os anos, aumentando os casos pendentes de solução e gerando uma alta taxa de congestionamento³³:

Tabela 2.65 - TCTR - Taxa de Congestionamento nas Turmas Recursais

Tribunal Regional Federal	TBaixTR - Total de Processos Baixados nas Turmas Recursais	CnTR - Casos Novos nas Turmas Recursais	CpTR – Casos Pendentes nas Turmas Recursais	TCTR - Taxa de Congestionamento nas Turmas Recursais
1ª Região	94.018	125.594	221.376	72,9%
2ª Região	29.329	45.914	61.033	72,6%
3ª Região	72.300	92.522	216.685	76,6%
4ª Região	118.859	115.942	231.010	65,7%
5ª Região	79.558	79.072	132.239	62,4%
Justiça Federal	394.064	459.044	862.343	70,2%

Fonte: Justiça em Números 2012.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes - 2012**. Brasília: CNJ/ Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 06 ago. 2013.

³³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números – Justiça Federal**. Brasília: CNJ, 2013, p. 205. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/tabelas-do-justica-em-numeros>> Acesso em 14 abr. 2014.

A estrutura organizacional dos órgãos colegiados dos JEFs contempla Turmas Recursais nos Estados, uma Turma Regional de Uniformização em cada Tribunal Regional Federal e uma Turma Nacional de Uniformização junto ao Conselho da Justiça Federal. Mas, somente com a Lei n. 12.665, de 2012, foram criadas Turmas Recursais com cargos permanentes de juízes prevendo lotação exclusiva nessas unidades (75 Turmas). No entanto, a referida norma não há dotação de servidores para as assessorias dos magistrados.

Essa realidade demonstra a necessidade premente de medidas complementares e também inovadoras de ordem estrutural, procedimental e interinstitucional para que os JEFs possam processar as demandas no tempo e modo esperado pelos seus usuários.

Diante desse contexto, na sequência são apresentadas sugestões com o objetivo de gerar de maior efetividade na prestação jurisdicional e a obtenção de um Processo Justo.

2.2 A Efetividade no Acesso à Justiça: alternativas para superar o Excesso de Demanda nos Juizados Especiais Federais

Afirma Kazuo Watanabe que uma das maiores preocupações dos processualistas modernos repousa na efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos, componente indispensável do Acesso à Justiça qualificado.³⁴

Por sua vez, Bochenek defende que vários fatores acabaram por movimentar indevidamente ou desnecessariamente os tribunais e os sobrecarregam. Nesses casos é preciso limitar o acesso aos tribunais, para ampliar o acesso aos direitos e à Justiça.³⁵

A partir dessas premissas são alinhavadas algumas propostas que permitem reduzir a litigiosidade nos JEFs, por meio do incentivo ao uso da via administrativa e da tutela coletiva para as demandas repetitivas ou de massas. De qualquer forma, a obtenção de maior efetividade no Acesso à Justiça pode implicar na adoção de alguns filtros para evitar o excesso de demandas que congestionam os JEFs.

Quanto ao primeiro tópico, parece apropriada a adoção de mecanismos que podem melhorar a solução administrativa das demandas, sem intervenção judicial, quais sejam: a) obrigatoriedade do prévio ingresso na via administrativo; b) observância do devido processo legal administrativo pela Administração; c) redução da demanda relacionada com benefícios por incapacidade mediante melhora dos serviços, especialmente da perícia médica; d) vinculação da Administração Pública ao entendimento jurisprudencial uniformizado mediante a edição de novas Súmulas pelos Tribunais Superiores e pela AGU.

Savaris ao analisar os sinais de crise da justiça, especialmente em relação as demandas previdenciárias que predominam nos JEFs, também aponta o excesso de demandas como principal ponto crítico à efetividade jurisdicional. Para ele, são três os fatores determinantes para a multiplicação das lides: os péssimos serviços prestados pelo INSS, a utilização de ferramentas artesanais para julgamentos de massa e o hiato entre a postura administrativa e o direito aplicado.³⁶

³⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 21.

³⁵ BOCHENEK, ANTÔNIO CÉSAR. LIMITAR O ACESSO À JUSTIÇA PARA AMPLIAR OS DIREITOS. *IN REVISTA CONSULTOR JURÍDICO*. 27 JAN. 2013. DISPONÍVEL EM: <[HTTP://WWW.CONJUR.COM.BR/2013-JAN-27/SEGUNDA-LEITURA-LIMITAR-ACESSO-JUSTICA-AMPLIAR-DIREITOS](http://www.conjur.com.br/2013-JAN-27/SEGUNDA-LEITURA-LIMITAR-ACESSO-JUSTICA-AMPLIAR-DIREITOS)>. ACESSO EM 28 JAN. 2013.

³⁶ SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 107-115.

Em relação às demandas repetitivas ou assim chamadas de massa, as ações coletivas são mais eficazes, pois evitam o ajuizamento individual com a mesma finalidade, proporcionando uma tutela judicial com maior celeridade e uniformidade e com menor custo.³⁷ Falta, no entanto, uma atuação mais efetiva por parte do Ministério Público Federal e da Defensoria Pública no ajuizamento dessas demandas, evitando-se assim a proliferação de ações individuais nos JEFs e proporcionando uma tutela ampla, ágil, uniforme e efetiva.

Espera-se também que seja aprovado um novo modelo de tutela coletiva a ser adotado no Brasil, o qual contemple: a) a ampliação das pessoas e entes com legitimidade para a propositura das ações coletivas; b) uma reformulação dos efeitos decorrentes das ações coletivas, de modo que gere vinculação obrigatória dos interessados no julgamento, impedido a propositura a qualquer tempo de demandas individuais sobre o mesmo tema.

Somente dessa forma, será possível reduzir as demandas repetitivas ou de massa, as quais sobrecarregam os JEFs. Dando-se um passo a mais para a efetividade no Acesso à Justiça e na conquista de um Processo Justo.

2.3 Aspectos relacionados ao processamento das ações nos Juizados Especiais Federais

Tem-se como oportuno avaliar alguns aspectos relacionados com o processamento das ações no âmbito dos JEFs, pois segundo o resultado da Pesquisa CJF/IPEA, as variações no tempo médio de tramitação dessas demandas podem ter como matriz explicativa as características específicas de cada processo.³⁸

Os JEFs possuem uma dinâmica diferenciada e um procedimento inovador que deve ser compreendido e praticado pelos operadores jurídicos.

Das inovações trazidas pela Lei n. 10.259, de 2001, a de maior impacto foi a que permitiu a utilização do Processo Eletrônico, cuja expansão foi disciplinada pela Lei n. 11.419/2006, que autorizou o uso de meio eletrônico na tramitação de todas as ações cíveis, penais e trabalhistas em qualquer grau de jurisdição. Esse modelo trouxe vantagens muito significativas melhorando a prestação jurisdicional, a transparência e a gestão de recursos.

Questionamento importante diz respeito à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos JEFs. De regra, deve-se aplicar a legislação dos Juizados, mas naquilo que não houver regulação e tratando-se de matéria processual caberá a aplicação do CPC, desde que não contrariem os princípios norteadores dos Juizados Especiais. Cabe referir que não há hierarquia entre o CPC e as leis dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/95, Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 12.153/2009).

Acentuam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que mesmo inexistindo dispositivo expresso determinando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações que tramitam nos Juizados Especiais, referida aplicação ocorre pelo fato do CPC ser a lei ordinária geral do Direito Processual Civil no Brasil.³⁹

³⁷ Cabe lembrar que não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as ações coletivas para defesa de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 3, § 1º, da Lei n. 10.259/2001). Portanto, essas ações devem ser propostas na jurisdição ordinária.

³⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**, p. 115.

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1.604.

Defendemos que a aplicação subsidiária do CPC deve ser ponderada em cada caso com os princípios que guiam os Juizados Especiais, sob pena de ocorrer a chamada ordinarização do Sistema.

Outros aspectos merecem atenção em eventual revisão legislativa e também na forma de atuação dos magistrados, são eles:

a) definição da competência mediante critério objetivo, valor da causa, sem análise da complexidade do tema em discussão

Esse critério tem provocado um excesso de competência que se traduz em altas taxas de congestionamento e divergências na orientação jurisprudencial, pois a maioria das demandas judiciais propostas perante os JEFs são as mesmas daquelas que tramitam nas demais varas da Justiça Federal.

A alternativa que entendemos adequada seria a redução da competência dos JEFs com a criação de novos parâmetros para sua definição e possibilitando ao autor optar pela jurisdição comum, mesmo nos casos em que o valor da causa seja inferior a sessenta salários mínimos, tal qual é previsto na Lei n. 9.099, de 1995.

b) dispensa do advogado para a propositura das ações

Por um lado a previsão legislativa (art. 10, *caput*, da Lei n. 10.259/2001) é positiva, pois facilita o Acesso à Justiça em face da diminuição de custos e diante do reduzido número de defensores públicos. Mas, por outro lado, pode ser considerada negativa pela precariedade na defesa técnica das pretensões das partes em juízo e pela falta de “paridade de armas” com os entes públicos demandados que contam com a estrutura de advogados públicos altamente qualificados.

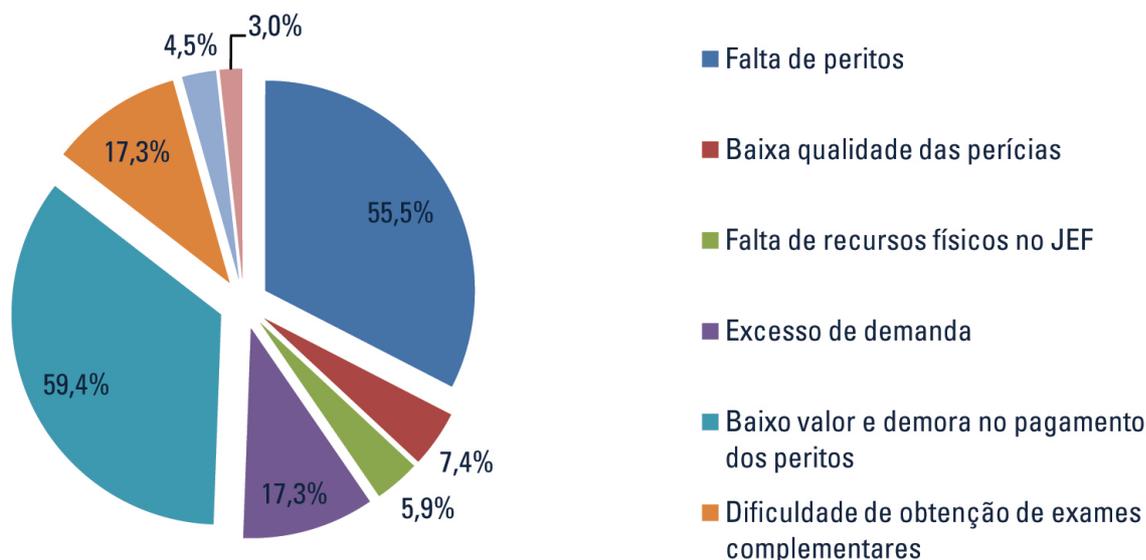
O ideal é que a defensoria pública seja estruturada de forma a ter condições de atender a população que não tem condições de contratar um advogado, evitando-se demandas propostas diretamente pelas partes diante dos riscos desta forma de litígio, ainda mais pela previsão do não cabimento de ação rescisória no âmbito dos Juizados.

c) o elevado quantitativo de ações judiciais com necessidade de realização de prova pericial

Essa realidade tem causado uma série de obstáculos prejudiciais às partes, conforme revela o Gráfico da Série Pesquisas do CEJ⁴⁰:

Gráfico 38 - Principais obstáculos da perícia médica, segundo a percepção dos diretores de secretaria - Brasil, 2011

⁴⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal**: dez anos de juizados especiais. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Instituto de Planejamento Econômico e Social. Brasília: CJF, 2012 (Série Pesquisas do CEJ; 14), p. 130.



Fonte e elaboração: Diest/Ipea.

Essas dificuldades fazem parte de uma conjuntura relacionada especialmente com o aumento significativo de novas demandas previdenciárias que congestionam os JEFs. José Antonio Savaris adverte que dentre o elevado volume de processos previdenciários que fazem congestionar a máquina judiciária, destacam-se as centenas de milhares daqueles que têm como objeto de discussão um benefício previdenciário por incapacidade para o trabalho.⁴¹

Sendo inevitável a realização da prova pericial, sua produção deve ser assegurada as partes mediante parâmetros que gerem segurança e qualidade. Somente com uma política com parcerias institucionais mostra-se possível superar os obstáculos apuradas na pesquisa referida.

d) baixo volume de conciliações

Os Juizados Especiais introduziram a cultura da conciliação na Justiça Federal, prática até então pouco utilizada na solução das controvérsias envolvendo entes públicos federais. O art. 10, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001 autoriza não só conciliar, mas também a transigir e desistir de recorrer das sentenças como forma de agilizar a solução dos processos.

No entanto, a Pesquisa CJF/IPEA demonstrou que a realização de audiências exclusivas de conciliação não é prática habitual nos JEFs: cerca da metade dos juizados visitados (49%) nunca realizam audiências exclusivamente de conciliação, circunstância que é mais comum nos Juizados adjuntos. A fragilidade da conciliação nos JEFs é evidenciada ainda pelo fato de as sentenças homologatórias de acordo somarem apenas 14,9% do total.⁴²

A conciliação precisa ser disseminada de diversas formas para que atinja os resultados esperados, pois auxilia as partes a resolverem seus conflitos com elevado grau de satisfação, ajudando também na prevenção de contendas futuras.

⁴¹ SAVARIS, José Antonio (Coord). **Curso de Perícia Judicial Previdenciária**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 8.

⁴² BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**, p. 137.

O incremento da conciliação exige novas iniciativas e estreitamento dos laços interinstitucionais com entes públicos envolvidos, criando-se assim condições para a solução consensual dos processos.

e) adoção de mecanismos para evitar a ordinarização dos JEFs

O magistrado deve exercer uma postura ativa, buscando soluções alternativas de ordem procedimental⁴³. A postura ativa e adequada do juiz que atua no Juizado Especial ocorre quando: d.1) delega os atos ordinatórios para servidores que atuam em secretaria; d.2) profere despachos que impulsionam o processo para chegar a seu desfecho final sem necessidade de novas intervenções; d.3) não retarda a análise dos pedidos apresentados pelas partes; d.4) profere decisões com fundamentação sucinta e linguagem acessível; d.5) adota em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, consoante previsão contida no art. 6º da Lei n. 9.099, de 1995;

Na continuidade são analisados aspectos relacionados com o sistema recursal dos JEFs, os quais também interferem na falta de efetividade, impedindo a obtenção de um Processo Justo.

3 PROCESSO JUSTO NO ÂMBITO RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: MEDIDAS NECESSÁRIAS

Os problemas de estrutura das Turmas Recursais começaram a ser superados com a criação dos cargos de juízes federais com atuação exclusiva nesses órgãos revisores (Lei n. 12.665, de 13/06/2012), mas há ainda muito mais a ser feito. Entretanto, o maior desafio do sistema está relacionado ao modelo de revisão das decisões dos JEFs, exigindo reflexões e medidas para reduzir o número de recursos e de instâncias uniformizadoras para torná-lo mais racional e efetivo.

O Projeto de Pesquisa denominado CNJ Acadêmico objeto do Edital n. 020/2010/CAPES/CNJ, apresenta uma série de problemas que precisam ser enfrentados e superados, são eles:

6. Principais problemas no processo de revisão das decisões nos Juizados Especiais Federais: essa área temática se propõe a discutir os principais gargalos e entraves existentes no processo de revisão das decisões dos juizados especiais federais. Por um lado, esses problemas podem decorrer dos limites impostos à possibilidade de revisão de decisões no âmbito dos juizados especiais federais, como a ausência de ações rescisórias, por exemplo; por outro, são consequências de procedimentos que tornam o mecanismo de revisão excessivamente formal e burocratizado, retirando grande parte das vantagens inicialmente previstas para essa justiça especial. Alguns subtemas seriam especialmente importantes dentro dessa abordagem:

- estudo a respeito dos principais problemas advindos da inexistência de ações rescisórias nos juizados especiais federais;
- pesquisa acerca das dificuldades na comprovação de divergência jurisprudencial para interposição de recursos nos juizados especiais federais e suas consequências para a efetividade da prestação jurisdicional;
- estudo sobre o tempo médio de solução dos litígios nos juizados especiais federais e as principais variáveis em fase recursal que afetam negativamente esse prazo;

⁴³ BOCHENEK, Antônio César. *Competência Cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis*, p.195.

- estudos sobre o corpo funcional e de magistrados que compõem os JEFs, no que se refere ao preparo técnico e psicológico para atuar numa jurisdição especial que tem por objetivo uma justiça social;
- estudos sobre a atual estruturação das turmas recursais com foco em novas possibilidades de organização das instâncias revisoras visando diminuir o tempo de tramitação dos processos;
- estudos sobre a exigência de cumprimento dos pressupostos de admissibilidade recursal frente aos princípios da informalidade e da celeridade processual.

A essência dos Juizados Especiais está na simplicidade, razão pela qual conflita com esse princípio a existência de procedimentos formais e burocratizados, os quais decorrem do regramento do sistema e da forma como atuam alguns dos seus integrantes.

Objetivando julgamentos céleres e de qualidade são apresentadas proposições que podem auxiliar nesse desígnio, quais sejam:

a) Procedimentos para agilizar o julgamento dos recursos pelas Turmas Recursais

Quanto à forma de julgamento dos recursos, a Constituição Federal determina apenas que seja feito por turmas de juízes de primeiro grau (art. 98, I). A Lei n. 10.259/2001 nada dispôs a respeito, tendo sido aplicado subsidiariamente o regramento contido no art. 45 da Lei n. 9.099/95, que estabelece a intimação das partes da data da sessão de julgamento. A matéria foi também disciplinada nesses termos nos Regimentos Internos das Turmas Recursais, a exemplo da previsão contida no art. 5º da Resolução TRF/4 n. 63, de 2011.

A designação de data para realização de sessão de julgamento presencial foi reproduzida do modelo adotado pelos Tribunais e repete todo o formalismo e burocracia das Cortes de Justiça, sendo contrária aos ideais dos Juizados Especiais.

Pretende-se neste trabalho acadêmico sustentar a possibilidade de simplificar e desburocratizar os julgamentos das Turmas Recursais, modificando-se o modelo que vem sendo utilizado. Para tanto, faz-se necessário um questionamento inicial: qual a principal utilidade da designação das sessões de julgamento presencial?

Pode-se dizer que é a realização de um ato solene de julgamento dos processos com a possibilidade de participação e manifestação do ministério público, dos advogados e procuradores públicos através de sustentação oral previamente requerida. No entanto, os dados estatísticos demonstram que as sustentações orais são realizadas em apenas 1% (um por cento) dos processos pautados para julgamento.⁴⁴

E, qual o ritual seguido para uma sessão de julgamento presencial? Primeiramente os gabinetes pautam os processos que serão julgados com antecedência para permitir que as partes e o ministério público sejam intimados da data da sessão. A sessão observa - via de regra - a seguinte ordem de julgamento: a) processos com impedimento de algum dos integrantes do colegiado, mediante a convocação de outro magistrado, sem que haja debate sobre o conteúdo do voto, salvo em caso de divergência; b) processos com pedido de sustentação oral, a qual é dispensada quando o voto do relator e dos demais integrantes do colegiado é favorável à tese a ser defendida na tribuna; c) proclamação do resultado dos processos com indicação de voto divergente, os quais foram lançados previamente no sistema de processo eletrônico; d) proclamação do resultado dos demais processos em

⁴⁴ Dado por amostragem referente Santa Catarina, fornecido pela Secretaria das Turmas Recursais da Seção Judiciária.

pauta, sendo anunciado que todos ficam decididos à unanimidade nos termos dos votos dos respectivos relatores.

Pode-se concluir que a sessão presencial é uma mera solenidade formal que define a data em que será anunciado o resultado dos julgamentos, salvo em relação aos processos com sustentação oral, pois as decisões já estão prontas antes da sessão de julgamento e eventuais discussões costumam ocorrer antecipadamente em meio virtual.

Sendo assim, as sessões de julgamento presenciais geram atrasos na conclusão do julgamento dos recursos, pois na maioria das vezes o relator elabora seu voto, mas terá que aguardar a inclusão em pauta e a realização da sessão, que normalmente ocorre uma vez a cada mês, para só então publicar a decisão.

A proposta para essa barreira à celeridade dos julgamentos pelas Turmas Recursais é a seguinte:

- realização de sessão de julgamento presencial somente para os processos criminais e naqueles em que as partes requererem expressamente a sustentação oral (em razões de recurso ou logo após a distribuição do processo na Turma Recursal) ou ainda por conveniência do relator;

- realização de sessão de julgamento virtual para os demais processos. Neste caso, o relator lançará os votos no processo eletrônico disponibilizado internamente aos demais integrantes do colegiado para lançarem eventuais divergências no prazo de 5 (cinco) dias. Não havendo manifestação, interpreta-se o resultado do julgamento como sendo unânime. Com a votação concluída, o voto e o acórdão serão imediatamente publicados com a devida intimação das partes.

Essa nova dinâmica independe de mudança legislativa, pois a Lei n. 10.259/2001 nada dispôs a respeito da necessidade de designação de data para a realização de sessões de julgamento. Assim, basta que sejam alterados os regimentos internos das Turmas Recursais pelos respectivos TRFs.

Considerando-se que as Turmas Recursais possuem quase 100% (cem por cento) dos processos em meio eletrônico, a operacionalização demandaria também alguns pequenos ajustes técnicos nos sistemas para abrigarem essa nova maneira de julgamento colegiado.

Como paradigma para a validade da mudança defendida, temos o Plenário Virtual adotado pelo STF no exame da existência de repercussão geral em relação aos recursos extraordinários, consoante regramento previsto pela Emenda Regimental STF n. 21, de 2007.⁴⁵

A adoção dessa proposta pelos JEFs não gera custos financeiros, reduz o tempo gasto com a preparação e a realização das sessões de julgamento presencial, facilita a análise dos votos entre os integrantes do colegiado, gera aumento na celeridade dos julgamentos realizados pelas Turmas Recursais, não representa vulneração às garantias processuais e

⁴⁵ Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais Ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.(...) Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.

prestígia e valoriza o modelo de jurisdição voltada a solução de causas de menor complexidade.

b) Forma de atuação dos magistrados nas Turmas Recursais e de Uniformização

O julgamento em segunda instância poderá ser bastante simplificado para garantir maior agilidade aos feitos. Segundo previsão legal (art. 46 da Lei n. 9.099/95) poderá constar apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Caso a sentença seja confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.

Essa simplicidade de procedimento não dispensa dos magistrados que atuam nas instâncias recursais um preparo técnico e psicológico com acentuado viés social, pois solucionam demandas de pessoas na maioria das vezes hipossuficientes, carentes de recursos para as necessidades mais básicas de ser humano.

Cabe acentuar que a efetividade no julgamento dos recursos exige também a adoção de formas inovadoras e descomplicadas na análise dos recursos para que seja viabilizada a justa solução das demandas. Por isso, quando necessário, os magistrados devem determinar diligências para complementação das provas e, especialmente, na área previdenciária, conceder o melhor benefício aplicando quando necessário o princípio da fungibilidade. Neste sentido, os enunciados do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF):

Enunciado n. 101: A Turma Recursal tem poder para complementar os atos de instrução já realizados pelo juiz do Juizado Especial Federal, de forma a evitar a anulação da sentença.

Enunciado n. 102: Convencendo-se da necessidade de produção de prova documental complementar, a Turma Recursal produzirá ou determinará que seja produzida, sem retorno do processo para o juiz do Juizado Especial Federal.

Enunciado n. 103: Sempre que julgar indispensável, a Turma Recursal, sem anular a sentença, baixará o processo em diligências para fins de produção de prova testemunhal, pericial ou elaboração de cálculos.

Essas recomendações possuem efeitos práticos importantes, gerando maior celeridade e contribuindo na tomada de decisões mais justas no âmbito das Turmas Recursais. Basta boa vontade e sensibilidade dos julgadores no sentido de colaborar na produção das provas que entendem necessária para o melhor deslinde do feito.

c) Rigor na exigência do cumprimento dos pressupostos de admissibilidade recursal frente aos princípios da informalidade e da celeridade processual

Os aspectos formais e procedimentais exigidos para a propositura dos pedidos de uniformização têm prevalecido frente aos princípios da informalidade e da simplicidade, desvirtuando a lógica do sistema. Esse o rigor no exame da admissibilidade recursal tem se estabelecido como fator impeditivo na análise do direito material a ser uniformizado.

Relacionado a esse tema está a precariedade na divulgação das decisões proferidas pelas Turmas Recursais, necessárias à demonstração das divergências entre os diversos colegiados. Pesquisas nos Portais da Justiça Federal revelam que é inexpressivo o número de decisões das Turmas Recursais que se encontram indexadas e divulgadas para acesso aos usuários.

As dificuldades na comprovação de divergência jurisprudencial para a interposição de recursos nos JEFs trazem sérias consequências para a efetividade da prestação jurisdicional.

A solução passa pela seleção dos julgados a serem divulgados/indexados e pela melhoria das ferramentas de busca/pesquisa a serem disponibilizadas pelas áreas técnicas dos Tribunais

d) O excesso de recursos e de Instâncias Uniformizadoras de Jurisprudência

A criação dos Juizados Especiais no Brasil teve como norte, como princípio maior, a celeridade processual. Para concretização desse objetivo foi idealizado um modelo cujo número de recursos fosse reduzido em relação ao modelo tradicional previsto no Código de Processo Civil.

Não há dúvidas que houve efetiva redução das espécies recursais, na medida em que não são admitidos entre outros os seguintes recursos: a) agravo de instrumento; b) recurso adesivo; c) recurso oficial; d) embargos infringentes; e) recurso especial; f) embargos à execução de sentença; g) ação rescisória.

No entanto, as decisões dos JEFs estão sujeitas a uma série de recursos e impugnações previstas nas Leis n. 10.259/2001, n. 9.099/95 e no Código de Processo Civil, quais sejam: a) recurso de medida cautelar ou antecipação de tutela; b) recurso contra a sentença; c) incidente regional de uniformização de jurisprudência; d) incidente nacional de uniformização de jurisprudência; e) incidente de uniformização de jurisprudência ao Superior Tribunal de Justiça; f) embargos de declaração; g) agravo regimental; h) recurso extraordinário; i) agravo contra inadmissão dos incidentes de uniformização e do recurso extraordinário; j) mandado de segurança; k) reclamação.

Essa verdadeira inflação de recursos no sistema dos JEFs tem impacto direto no tempo médio de tramitação dos processos.

A decisão proferida pelas Turmas Recursais enseja a interposição de embargos de declaração e também, desde que preenchidos os respectivos legais, a apresentação de três recursos simultâneos: a) incidente de uniformização para a Turma Regional de Uniformização; b) incidente de uniformização para a Turma Nacional de Uniformização; c) recurso extraordinário.

Considerando-se a previsão de existência de 75 (setenta e cinco) Turmas Recursais, segundo a Lei n. 12.665, de 2012, fica evidenciada a possibilidade de multiplicação cada vez maior de incidentes de uniformização.

As instâncias uniformizadoras tornaram-se verdadeiras instâncias ordinárias no sistema dos JEFs, pois a interpretação do direito material tende a ser divergente quando cotejada entre as 75 (setenta e cinco) Turmas Recursais e o Superior Tribunal de Justiça.

Devido à transitoriedade dos juízes nas Turmas de Uniformização não há estabilidade na orientação jurisprudencial desses colegiados. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça tem oscilado na interpretação dada à legislação federal, o que enseja um maior número de pedidos de uniformização.

Dessa análise, pode-se concluir que falta racionalidade ao sistema recursal dos JEFs devido ao excesso de recursos e de instâncias uniformizadoras e devido a falta de estabilidade jurisprudencial.

Postas estas ponderações, fica para reflexão a seguinte indagação, há necessidade de manutenção de todos esses recursos e incidentes de uniformização?

d) O não cabimento de Ação Rescisória e a relativização da coisa julgada

A Lei dos JEFs não tratou da ação rescisória, sendo aplicada subsidiariamente a vedação contida no art. 59 da Lei n. 9.099, de 1995: “Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído por esta Lei”.

O não cabimento de ação rescisória, em princípio, encontra respaldo nos princípios norteadores dos Juizados Especiais, principalmente o da celeridade, mas é considerado um grave problema diante da possibilidade de consolidação de julgamentos injustos sob o manto da coisa julgada.

Wagner Balera e Ana Paula Oriola de Raefray defendem o cabimento da ação rescisória nos JEFs como mecanismos de manutenção da igualdade e legalidade na relação entre administração e administrados, e destes entre si na condição de cidadãos.⁴⁶

Para Savaris e Xavier a ação rescisória é um instrumento de correção da prestação jurisdicional e sua vedação corresponde a uma restrição na concretização do direito constitucional a um Processo Justo (devido processo legal em sua dimensão material). Essa mesma restrição prestigia a segurança jurídica das relações e a estabilidade das decisões judiciais, mas há que se buscar uma harmonização de valores constitucionais que na prática se mostram antagônicos.⁴⁷

Para obtenção do esperado Processo Justo dever-se-á procurar alternativas processuais, tal como a relativização da coisa julgada em determinadas hipóteses. É o que defende Savaris em relação às demandas previdenciárias, afirmando que:

Não é adequado que se sepulte, de uma vez por todas, o direito de receber proteção social em função da certeza assegurada pela coisa julgada, quando a pessoa na realidade, faz jus à prestação previdenciária que lhe foi negada judicialmente.⁴⁸

Esse tema é por demais polêmico e tormentoso e eventuais mudanças passam pela necessidade de alteração legislativa, que deve ter como norte a busca de um Processo Justo, a serviço de uma justiça célere, eficaz e efetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Acesso à Justiça mediante um Processo Justo está intimamente ligado à simplificação dos procedimentos e à adoção de mecanismos alternativos para a solução de conflitos, especialmente das pequenas causas.

A morosidade e o alto custo dos processos é um desafio presente em quase todos os sistemas de justiça, exigindo acompanhamento constante e medidas inovadoras para atender os anseios da população.

Segundo Cappelletti e Garth, a promoção do Acesso à Justiça implica na remoção dos obstáculos de ordem econômica, social, jurídica ou cultural que limitam o acesso equitativo de todos os cidadãos aos órgãos encarregados de administrar a justiça.⁴⁹

⁴⁶ BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de (coordenadores). **Processo Previdenciário: teoria e prática**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012, p. 395.

⁴⁷ SAVARIS, José Antônio; XAVIER, Flávia da Silva. **Recursos Cíveis nos Juizados Especiais Federais**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 314.

⁴⁸ SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**, p. 84.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 28.

Não basta apenas ampliar a estrutura orçamentária e organizacional do judiciário, mostra-se necessário também empregar mecanismos que reduzam a litigiosidade crescente e o incentivo à conciliação das partes antes mesmo do ajuizamento das ações.

Os JEFs foram criados e idealizados para oferecer uma tutela jurisdicional mais acessível, ágil e efetiva. Inicialmente a experiência foi exitosa, mas com o passar dos anos esse modelo deixou de corresponder de forma adequada às expectativas propostas. As principais causas desse fenômeno que se procurou demonstrar são o excesso de demanda, a falta de infraestrutura adequada e a burocratização dos procedimentos.

Os dados e informações apresentados neste estudo servem para uma reflexão acerca dos rumos a seguir para que esses desafios sejam superados, pois o modelo dos JEFs não pode ser abandonado ou banalizado, mas aperfeiçoado às necessidades atuais.

Diante dessa realidade entende-se que a primeira hipótese apresentada foi confirmada. Existe um excesso de demanda nos JEFs, a qual foi comprovada pela quantidade de novos processos ajuizados a cada ano (em média 1.200.000) e pelas elevadas taxas de congestionamento (43% nas Varas de Juizados e 70,2% nas Turmas Recusais).

Esse problema está relacionado com o crescente abandono da via administrativa para o reconhecimento de direitos e pela pouca utilização das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos gerando demandas repetitivas ou de massa.

A segunda hipótese também ficou demonstrada. Os JEFs estão perdendo efetividade diante de problemas relacionados à forma de processamento e de solução das demandas.

Comprovadas as hipóteses aventadas, o estudo voltou-se a apresentar propostas para o aprimoramento dos JEFs, dentre as quais: a) a adoção de mecanismos para melhorar a solução administrativa das demandas, sem intervenção judicial; b) o uso das ações coletivas para demandas repetitivas ou de massa, mediante aperfeiçoamento do modelo de tutela coletiva; d) a redefinição da competência dos JEFs; e) a presença obrigatória de advogado ou defensor público na propositura das ações; f) a produção de prova mediante parâmetros que gerem segurança e qualidade; g) o incremento da solução dos litígios pela conciliação mediante o estreitamento dos laços interinstitucionais com os entes públicos envolvidos; h) a adoção de mecanismos para evitar a ordinarização dos JEFs; i) uma nova dinâmica para os julgamentos dos recursos pelas Turmas Recursais; j) a desburocratização dos procedimentos na esfera recursal; k) a relativização da coisa julgada em determinados casos para evitar a perpetuação de injustiças sociais.

Espera-se que as medidas indicadas possam viabilizar melhorias na tutela judicial para atender de forma digna e justa às demandas propostas perante os JEFs.

Para continuidade deste estudo, serão feitas novas pesquisas com a finalidade de identificar com maior clareza as causas que impedem uma prestação jurisdicional de qualidade nos JEFs e quais medidas poderão ser acrescentadas para superar as deficiências apontadas e se chegar a um Processo Justo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BALERA, Wagner; RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de (coordenadores). **Processo Previdenciário: teoria e prática**. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.

BOCHENEK, Antônio César. **Competência cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BOCHENEK, Antônio César. Limitar o acesso à Justiça para ampliar os direitos. *In Revista Consultor Jurídico*. 27 Jan. 2013.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-27/segunda-leitura-limitar-acesso-justica-ampliar-direitos>>. Acesso em 28 Jan. 2013.

BOVE, Mauro. **Lieamenti di Diritto Processuale Civile**. 4 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

BOVE, Mauro; SANTI, Angelo. **Il Nuovo Processo Civile: tra modifiche attuate e riforme in atto**. Matélica: Nuova Giuridica, 2009.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Instituto de Planejamento Econômico e Social. Brasília: CJF, 2012 (Série Pesquisas do CEJ; 14).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números – Justiça Federal**. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/tabelas-do-justica-em-numeros>> Acesso em 14 abr. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes - 2012**. Brasília: CNJ/ Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasJudiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em: 06 ago. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. **DECRETO n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAMON, Omar. Os princípios no cotidiano dos Juizados Especiais Federais. *In* SERAU JR, Marco Aurélio; DENIS, Donoso (coords). **Juizados Especiais Federais: reflexões nos dez anos de sua instalação**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

FRANCIONI, Francesco. *Il Diritto di Accesso alla Giustizia nel Diritto Internazionale Generale*. *In* FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; SCOVAZZI, Tullio. **Accesso alla Giustizia dell'individuo nel Diritto Internazionale e dell'Unione Europea**. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

- LUISO, Francesco P. ***Diritto Processuale Civile***. Vol. I. 6 ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os juizados especiais federais – um divisor de águas na história da justiça federal. *In Revista CEJ*. Brasília, Ano XV, jul 2011.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 11 ed. São Paulo: RT, 2010.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- SALOMÃO, Luis Felipe. Sistema nacional de juizados especiais. *In Revista Cidadania e Justiça – AMB*. n. 7. 2º sem-1999.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999.
- SAVARIS, José Antônio. **Direito Processual Previdenciário**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- SAVARIS, José Antônio; XAVIER, Flávia da Silva. **Recursos Cíveis nos Juizados Especiais Federais**. Curitiba: Juruá, 2010.
- SAVARIS, José Antonio (Coord). **Curso de Perícia Judicial Previdenciária**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed. São Paulo: DPJ, 2005.

A TUTELA JURÍDICA DAS TRABALHADORAS EM DESTACADAS FONTES ORIGINÁRIAS, DERIVADAS E JURISPRUDENCIAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO COMUNITÁRIO E DA UNIÃO EUROPEIA

Roseana de Alencar de Araújo ¹

Carlo Calvieri ²

INTRODUÇÃO

A União Europeia compreende uma realidade multifacetada, que tem sido objeto constante de estudos exploratórios nos seus aspectos econômicos, políticos, sociais e jurídicos. O viés predominantemente econômico, aliado a uma perspectiva de obtenção da paz no continente, que historicamente conviveu com conflitos entre povos vizinhos, em sua implantação e implementação, foi ultrapassado, com efeitos em diversos domínios.

Aliada ao componente econômico, percebe-se, em sua gênese, o fenômeno jurídico. A Organização, em suas origens, se estabeleceu com base em um Tratado Internacional entre seis países³: o Tratado da Comunidade do Carvão e Aço, em 1951, e, no lapso temporal que compreende a sua criação ao dias atuais, em plena vigência do Tratado de Lisboa, foram engendradas normas jurídicas de diversos níveis.

A instituição de um mercado comum, e posteriormente único, entre os Estados-membros, ao gerar uma experiência sem precedentes na história do mundo ocidental, trouxe profundos reflexos nas relações econômicas e sociais, destacado o corolário da livre circulação das pessoas, dos serviços, das mercadorias e dos capitais, previsto no Tratado da Comunidade Econômica Europeia, já em 1957.

A transição de uma Europa firmemente calcada no modelo de Estado Nacional rumo a essa nova configuração, ultrapassou as fronteiras geopolíticas estabelecidas anteriormente e, ao mesmo tempo, as manteve numa divisão de Competências exclusivas, compartilhadas e complementares, estabelecidas entre os partícipes

Esse contexto suscitou o interesse de verificar se – e, em caso positivo, detalhar de que forma -, as Comunidades e, posteriormente, a União Europeia, cujos códigos genéticos revelavam objetivos prioritariamente econômicos, estabeleceram um tratamento jurídico protetivo a um grupo que vem se deparando historicamente com uma dupla desvantagem: ser mulher e trabalhadora.

¹ ARAUJO, Roseana Maria Alencar de Araujo. Mestre em Ciência Jurídica e Doutoranda em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Bolsista da CAPES na modalidade do Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior (PDSE) realizado na Università degli Studi di Perugia, no período de março a junho de 2013. e-mail: ralencar09@hotmail.com

² CALVIERI, Carlo. Dottorato in Diritto Pubblico. Professor de Diritto Pubblico Dell ' Economia. Università degli Studi di Perugia, Co orientador de Teses de Doutorado em dupla titulação Universidade de Perúgia e UNIVALI.e-mail: calvieri@unipg.it

³ Alemanha, Bélgica, França, Luxemburgo, Itália e Países baixos.

A diferença entre homem e mulher tem atravessado a história e a cultura. E se caracteriza como o ponto chave de superação das diversidades contidas nas modernas constituições e nos processos de democratização, enraizando-se na sociedade ocidental de forma quase “Natural”. O impasse desta lógica está no fato, de que na sociedade atual a diferença acima assinalada nem ao menos é percebida como um problema.

Todavia, basta voltar o olhar para um passado não muito distante, para perceber o alcance de tal processo evolutivo. Ao utilizar como exemplo as fórmulas empregadas pelas constituições do final do século XVIII notaremos como os direitos fundamentais consagrados naquele período possuíam uma ênfase linguística muito próxima aquela encontrada nas Cartas Constitucionais do Século XX. Entretanto com uma conotação bem diferente, seja no plano objetivo como naquele subjetivo.

Naquele contexto, eram totalmente excluídos de direitos: as crianças, os miseráveis, os servos, e, sobretudo as mulheres. Com a diferença que os primeiros, sendo do sexo masculino, poderiam aspirar um futuro por meio de emancipação, as mulheres, ao contrário, continuavam a ter uma vida desprovida de qualquer autonomia moral, pré-requisito necessário para a sua apreciação⁴.

É somente na história contemporânea, que o papel social da mulher, ganha visibilidade e chama a atenção dos juristas graças à afirmação do princípio de igualdade como ponto central de fundamentação do Estado Democrático pluralista, que o elabora não somente como ponto formal, mas, sobretudo substancial.

Neste sentido, não apenas a igualdade formal, sem distinção de sexo torna-se importante, mas também a individualização do sujeito “não igual” ou “diferente”, que se encontra na condição de não poder exercitar com igualdade, algumas formas de direito que normalmente são vivenciadas por outros sujeitos sociais.

Emerge assim uma nova categoria, àqueles dos sujeitos “fracos”, onde a “fraqueza/minoria”, até mesmo de gênero, deve ser tratada por meio do efetivo exercício de direitos. O qual postula não somente uma mera redistribuição dos bens, mas, sobretudo intervenções “positivas” ligadas à difusão de oportunidades, que por sua vez, não significa apenas “proteção”, mas, a “promoção dos direitos”⁵.

As instâncias democráticas requerem assim, respeito recíproco pela diversidade individual e pelas diferentes instâncias de valores, para evitar a ditadura da maioria. E, sobretudo solicita aqueles que compreendem as fileiras da maioria social a promessa de respeitar a dignidade e igualdade de direitos daqueles que, por algum motivo, seja esse de gênero ou não, fazem parte de uma minoria⁶.

A dimensão constitucional, democrática pluralista, tende, portanto, a desmascarar as relações de poder desiguais, desenvolvendo uma cultura de oportunidades iguais entre os sexos que permita as mulheres de reivindicar a própria cidadania, evitar a homogeneização e valorizar o papel da diferença.

⁴ HUNT, L. *Inventing human rights. A History*, 2007; ora in Italia con il titolo, *La forza dell'empatia, una storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, 2010.

⁵ Così AZZENA, C. *Divieto di discriminazione e protezione dei soggetti “deboli”*. *Studi per una teoria della debolezza* in CALVIERI, CARLO (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*. Giappichelli, 2006, p. 47

⁶ DWORKIN, R. *Constitutionalism and Democracy*, in *European Journal of philosophy*, n.1, 1995.

Por outro lado, até mesmo nas democracias ocidentais, as tradições têm acabado por cristalizar, por meio de modalidades muitas vezes assimétricas, a cidadania segundo sua declinação: masculino e feminino, incidido em termos de relação de poder: na distribuição de recursos, na divisão social do trabalho e nas diferentes dinâmicas da hierarquia social. Este argumento é sublinhado pelos estudiosos, que analisando o fenômeno consideram que tais tradições dizem respeito ao congelamento das relações de força a ponto de proclamar a supremacia do homem em relação à mulher, ao invés de permitir recolocar-se em jogo superando cada preconceito fundado na desigualdade natural⁷ e de gênero. Isso quer dizer que não se trata apenas de sobrepor à desigualdade natural uma desigualdade social, sem reconhecer uma desigualdade culturalmente construída que pode ser eliminada mudando, por assim dizer, o paradigma⁸. Assim, para superar as discriminações os juristas devem concentrar-se na diferença entre homem e mulher, uma vez que é aqui que as práticas sociais costumam construir disparidades.

Caso se deseja desarraigar a desigualdade entre os sexos é necessário considerar, antes de mais nada o “poder”: analisar minuciosamente tudo aquilo que concede aos homens um poder correspondente às vantagens sobre as mulheres e entender se estas questões dizem respeito a um poder político, jurídico, econômico ou de outra natureza.

Neste contexto deve-se reconstruir analiticamente todas as fases fundamentais do processo de integração europeia e também as políticas paralelas de valorização da igualdade de gênero. Por meio das diferentes fases assinaladas no trabalho, foi possível distinguir as primeiras políticas comunitárias as quais a partir do Tratado que institui a Comunidade do Carvão e do Aço, em 1951 e do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia) em 1957, deixavam aos Estados-membros a decisão vinculada ao campo das políticas sociais. E, as políticas sucessivas a partir do Ato Único Europeu (1986) e, sobretudo, com os Tratados de Maastricht (1992) e de Amsterdam (1997) onde nos quais se verificou o crescimento de uma legislação concorrente aquela estabelecida pela Comunidade Econômica Europeia) também no campo da política social.

Neste período em que as várias Diretivas adotadas pela Comunidade Econômica Europeia antes da União Europeia) tornaram-se obrigatórias aos ordenamentos dos Estados-membros como também a harmonização da legislação no campo social e a paridade da questão de gênero.

Desta forma, o tema do presente artigo reúne panoramicamente aspectos da História e da configuração da União Europeia, bem como a identificação do Ordenamento Jurídico Comunitário e Unionense, com vistas à verificação de uma Tutela específica conferida às Trabalhadoras integrantes desse espaço econômico, social, político e jurídico.

Aborda-se, na primeira parte, panoramicamente, aspectos do processo histórico de construção da União Europeia, bem como da sua estrutura organizacional, e as respectivas Competências, as quais possibilitam a produção de atos jurídicos com validade e eficácia no espaço econômico, social, político e jurídico Unionense. Outra perspectiva diz respeito às considerações gerais sobre o Ordenamento Jurídico Comunitário e Unionense, em suas características, enfocando os detalhes de sua evolução histórica, seus valores e Princípios,

⁷ NUSSBAUM, M. *Giustizia sociale e dignità umana*. Il Mulino, 2002.

⁸ BOBBIO, N. *La natura del pregiudizio*. In: *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, ristampa, Milano, 2006, p. 117-118.

suas Fontes, suas Competências, culminando com a descrição de sua espacialidade e validade.

Na segunda parte, a abordagem se direciona para uma análise do Ordenamento Jurídico Comunitário e Unionense, destacadas suas principais Fontes Originárias, Derivadas e um recorte Jurisprudencial relativa à previsão de uma Tutela específica às Trabalhadoras. A abrangência da análise compreende os Tratados Institutivos e suas reformulações posteriores até o Tratado de Lisboa ora vigente, as principais Fontes de Direito Derivado, no sentido da proteção das Trabalhadoras na perspectiva da afirmação do princípio da Igualdade de Gênero, com destaque às Diretivas que se constituem como ato jurídico privilegiado no contexto da Harmonização das legislações entre União e os Estados-membros. Inclui, ainda, um recorte analítico de doze casos extraídos da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, enfocados, especialmente, os pedidos de decisão a título prejudicial ou reenvio prejudicial, pelos quais os Tribunais Nacionais enviaram questões à referida Corte, para interpretação conforme o Direito Comunitário e Unionense. Tais questões são relativas à aplicação do Princípio da Igualdade de Gênero e a consequente vedação das discriminações por motivos desta natureza, especialmente na esfera laboral. A análise englobou processos oriundos dos seguintes Estados-membros: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, Letônia, Países Baixos e República Checa.

Serão apresentados, na parte final pontos conclusivos destacados dos estudos e das reflexões realizados sobre o contexto da União Europeia como um *lócus* privilegiado de produção legislativa e jurisprudencial, com ênfase à tutela das Trabalhadoras sob a égide da afirmação do princípio da Igualdade de Gênero.

O Método⁹ utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados, o Histórico e o Analítico. E, em função do resultado das análises, no presente Relatório da Pesquisa em forma de Artigo, foi empregada a base dedutiva¹⁰, resultante de estudos para a composição de Tese de Doutorado. Foram acionadas as técnicas do Referente¹¹, da Categoria¹², dos Conceitos Operacionais¹³, da Pesquisa Bibliográfica¹⁴ e do Fichamento¹⁵.

Parte 1: União Europeia: elementos históricos e aspectos destacados da estrutura organizacional e do ordenamento jurídico Comunitário e Unionense.

⁹ "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito editorial, 2011. p. 85.

¹⁰ *Ibid.*, especialmente p. 81-105.

¹¹ "[...] explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". *Ibid.*, p. 54.

¹² "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia". *Ibid.*, especialmente p. 25.

¹³ "[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas". *Ibid.*, p. 37.

¹⁴ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". *Ibid.*, p. 103.

¹⁵ "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". *Ibid.*, p. 107.

A Integração Europeia, ainda que sejam considerados os seus antecedentes mais remotos, ganhou consistência a partir do término da Segunda Guerra Mundial, quando os esforços para a obtenção da paz e para a reconstrução do continente, aliados ao processo de alinhamento dos países ocidentais à liderança econômica, política e ideológica dos Estados Unidos da América, projetaram uma cooperação inédita entre Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. No histórico caminho marcado pelos conflitos recorrentes entre os países da Europa, bem como pela pretensão de minimizá-los, registram-se movimentos políticos, alianças intergovernamentais e Tratados Internacionais que culminaram na Declaração de *Schuman* e no decorrente pacto entre os seis países referidos com vistas à consecução de uma política comum de produção e distribuição de carvão e aço. A assinatura do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e Aço, em 1951, inaugura uma Organização Internacional *sui generis*, a qual não se coaduna com nenhuma configuração econômica, política e jurídica preexistente na Modernidade Reflexiva.

Os compromissos firmados pela Alemanha, pela Bélgica, pela França, pela Itália, por Luxemburgo e pelos Países Baixos em torno da obtenção da paz, com a diminuição da tensão franco-alemã e o compartilhamento das condições de um mercado comum relativo à produção e distribuição do carvão e do aço, matérias-primas fundamentais ao processo de reconstrução europeia, com as menções específicas ao aumento do emprego e à melhoria do nível de vida nos Estados-membros, traduzem uma nova etapa de cooperação entre esses países, marcada pelo estabelecimento de níveis de Competência e de jurisdição que extrapolam as relações dos Estados Nacionais e às relações clássicas desses entes políticos entre si¹⁶.

O caráter premonitório da Declaração de *Schuman* e do preâmbulo do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e Aço, ambos projetando que a cooperação estabelecida em um setor econômico específico lançaria as bases da construção de um futuro compartilhado, se confirmou nos 62 anos posteriores.

O foco setorial inicial, traduzido pela criação da Comunidade de Carvão e Aço, foi ampliado pela assinatura dos seguintes Tratados em Roma, no ano de 1957: o Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica. O fundamento da Comunidade Econômica Europeia consistia, especialmente, na criação de um Mercado Comum Europeu, objetivo previsto para ser viabilizado, definitivamente, em 31 de dezembro de 1969. O Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia estabeleceu os fundamentos de uma Integração econômica, propondo um Mercado Comum, a aproximação das políticas econômicas dos Estados-membros, e a melhoria da qualidade de vida das populações. Os três Tratados são considerados como Institutivos não somente pelas respectivas nomenclaturas, mas por serem peças basilares do processo de Integração Europeia, sendo que, nesse contexto, o

¹⁶ Esse posicionamento é externado por REZEK, João Francisco. **Direito internacional público**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2: “A sociedade internacional, ao contrário do que sucede com as comunidades nacionais, é ainda hoje descentralizada. [...] No plano interno, a autoridade superior e o braço forte do Estado garantem a vigência da ordem jurídica, subordinando compulsoriamente as proposições minoritárias à vontade da maioria [...] No plano internacional não existe autoridade superior nem milícia permanente. Os Estados se organizam horizontalmente, e prontificam-se a proceder de acordo com normas jurídicas na exata medida em que estas tenham constituído objeto de seu consentimento.”

Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica assume uma menor relevância.

Posteriormente se elenca a discreta, mas decisiva, proposta do Tratado de Fusão (1967), também denominado de Tratado de Bruxelas, visto que unificou as Comunidades (do Carvão e do Aço, da Energia Atômica e a Econômica) ao estabelecer uma Comissão e um Conselho únicos. Mas a primeira reformulação substancial dos Tratados Institutivos se verificou pelo Ato Único Europeu (AUE), seguida pelas mudanças paulatinamente concretizadas pelos Tratados de Maastrich, (1993), de Amsterdam (1999) e de Nice (2003).

Após o fracasso da iniciativa de adoção, pela União Europeia, de uma Constituição própria, traduzida pela não ratificação do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, deu-se a aprovação do Tratado de Lisboa (2009), composto por dois Tratados, a saber: o Tratado de União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia, integrantes do primeiro, ambos com o mesmo valor jurídico e ora vigentes.

A pessoa jurídica União Europeia, composta, hodiernamente, pelas Instituições elencadas pelo Tratado de Lisboa, quais sejam: Conselho Europeu, Parlamento, Conselho da União Europeia, Comissão, Corte de Justiça, Banco Central Europeu, e Tribunal de Contas Europeu, pelos demais órgãos e organismos, com o protagonismo das primeiras, apresenta traços que impedem uma caracterização definitiva, por sua Configuração, na abrangência da respectiva natureza jurídica, como um Estado Federal. Nesse sentido, ainda que se verifique a transferência de parcelas de Soberania pelos Estados-membros às Comunidades e, hodiernamente, à União Europeia, restaram salvaguardadas Competências nacionais¹⁷, que se afirmam, sobretudo, nos assuntos que não são da Competência exclusiva da União Europeia, bem como no fato de que os países signatários continuarem a ser sujeitos de direitos e obrigações no plano internacional quanto às questões diversas aos interesses do Bloco. Por outro lado, a União Europeia não detém o poder de estabelecer propriamente as suas Competências. Além disso, o reconhecimento da cidadania europeia não se sobrepôs à cidadania nacional; seu caráter é complementar. Agrega-se, como fator distintivo das características de um Estado Federal, o fato de que o processo de revisão dos Tratados da União Europeia, de uma maneira geral, passa pela aquiescência dos Estados-membros, bem como a definição das políticas e diretrizes gerais Unionenses pelo Conselho Europeu reforçou o caráter de gestão intergovernativa, no qual seus titulares continuam sendo representantes nacionais.

Em outra vertente, a possibilidade de classificar a União Europeia como uma Organização Internacional clássica resulta em uma tentativa insatisfatória de traduzir uma realidade econômica, política, social e jurídica complexa em esquemas preestabelecidos que não comportam os aspectos diferenciados da Supranacionalidade das relações entre a União, os Estados-membros e os cidadãos. Considera-se a União Europeia como uma Organização Internacional cuja atuação se circunscreve nos limites dos interesses recíprocos em múltiplos domínios. Nesse sentido, pode-se afirmar que desde o Ato Único Europeu, esses interesses tomaram uma forma por demais abrangente, desenhando uma nova Configuração, que interpenetra na realidade econômica, política e jurídica dos Estados-membros, em uma associação livre de vontades expressadas nos Tratados pelos Estados signatários. O estabelecimento de Instituições Comunitárias e, posteriormente, Unionenses,

¹⁷ Como, por exemplo, o controle e a administração dos interesses públicos nacionais e o monopólio do uso da força no âmbito dos respectivos territórios.

com poderes e deveres definidos e que desenvolvem atividades executivas e legislativas de forma dual e compartilhada (como, por exemplo, o Parlamento, o Conselho e a Comissão), bem como a existência de um Tribunal de Justiça, distancia a União Europeia das demais Organizações clássicas do Direito Internacional. Se observado o Tribunal de Justiça da União Europeia, percebe-se, dentre as suas funções, aquelas primordialmente relacionadas à interpretação e à aplicação dos atos jurídicos considerados Derivados, os quais, juntamente aos Tratados, vão formar um Ordenamento Jurídico próprio.

O Direito da União Europeia, nos limites das Competências exclusivas e previamente estabelecidas, vem exercendo a Primazia em relação aos Ordenamentos Jurídicos Nacionais, sendo reconhecida, também, a aplicação direta dos atos jurídicos Comunitários e posteriormente Unionenses. A existência de uma moeda única, o Euro, no âmbito da União Europeia é outro traço distintivo em relação às Organizações Internacionais clássicas do Direito Internacional.

No âmbito do presente artigo optou-se pela caracterização da União Europeia como uma Organização Internacional *sui generis*, a qual, desde a instalação da Comunidade Europeia de Carvão e Aço aos dias atuais, vem sendo construída, paulatinamente, por meio de compromissos comuns pactuados em Tratados Internacionais (que foram se constituindo, hibridamente, como Comunitários e posteriormente Unionenses) com a adesão de Estados Nacionais. Nesse sentido, os Estados-membros vêm delegando poderes às Instituições das quais derivam atos jurídicos que concretizam os valores, objetivos e finalidades compartilhados, mas cujo futuro não se configura como passível de previsibilidade nos espectros já estabelecidos pelas Ciências Políticas e Jurídicas¹⁸.

As Instituições Comunitárias e da União Europeia criaram, com a base constitucional dos Tratados Institutivos e suas posteriores reformulações, um Ordenamento Jurídico próprio, peculiar. Essas Instituições vêm assumindo o protagonismo dos processos decisórios, bem como compartilham poderes e desenvolvem ações subsidiárias, ou complementares, de acordo com as políticas e as diretrizes pactuadas entre os Estados-membros, na medida em que os Estados não apresentem condições de cumpri-las. Portanto, arrola-se três espécies de Competências da União Europeia: a exclusiva, a partilhada e a complementar.

No primeiro caso, o poder de legislar fica ao encargo da União, bem como a adoção de atos juridicamente vinculativos nos seguintes domínios: união aduaneira; estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno; política monetária para os Estados-membros cuja moeda seja o Euro; conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas e política comercial comum. É da sua Competência exclusiva a celebração dos acordos internacionais nos casos em que tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, ou que seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua Competência interna, ou, ainda, que seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.

¹⁸ Registra-se que QUADROS, Fausto. **Direito da União europeia**: direito constitucional e administrativo da União europeia. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 434-436, ainda que de maneira não explícita atenta para o desenvolvimento crescente dos traços federais na União Europeia. Faz-se referência, ao posicionamento de DANIELE, Luigi. **Diritto dell' Unione europea: sistema istituzionale-ordinamento tutela giurisdizionale-competenze**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 42, afirmando que o processo de construção da União europeia não aponta para um final previsível. Adota-se esse entendimento na presente tese.

No segundo caso, a União e os Estados-membros podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos. As matérias dizem respeito ao mercado interno; à política social, no que se refere aos aspectos definidos no referido Tratado; à coesão econômica, social e territorial; à agricultura e pescas, com exceção da conservação dos recursos biológicos do mar; ao ambiente; à defesa dos consumidores; aos transportes; às redes transeuropeias; à energia; ao espaço de liberdade, segurança e justiça; e aos problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no referido Tratado. Nos domínios da investigação, do desenvolvimento tecnológico e do espaço, bem como da cooperação para o desenvolvimento e da ajuda humanitária, a União dispõe de Competência para desenvolver ações, nomeadamente para definir e executar programas, ou uma política comum, sem que o exercício dessa Competência impeça os Estados-membros de exercerem as suas.

No terceiro e último caso cabe à União, tão somente, a execução de ações que visem a apoiar, a coordenar ou a completar a ação dos Estados-membros, como, por exemplo, as orientações gerais das políticas econômicas; a coordenação das políticas de emprego dos Estados-membros, definindo, nomeadamente, as diretrizes para essas políticas, bem como garantindo a coordenação das políticas sociais dos Estados-membros. Ainda está afeta à sua Competência o desenvolvimento de ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-membros nas áreas de: proteção e melhoria da saúde humana; indústria; cultura; turismo; educação, formação profissional, juventude e desporto; proteção civil e cooperação administrativa.

Ressalta-se, no que se refere às Competências que não são exclusivas da União Europeia, o princípio da subsidiariedade pelo qual a União está empoderada, tão somente, quando não houver por parte dos Estados-membros condições para a execução das políticas e dos objetivos estabelecidos nos Tratados, para atuar diretamente na consecução dos mesmos.

O Ordenamento Jurídico Comunitário e, posteriormente Unionense, apresenta uma configuração peculiar que se aproxima da concepção de um Direito em redes¹⁹, pela recepção de influxos de diversas Fontes. A opção pelo processo de Harmonização entre os atos jurídicos Comunitários e Unionenses e as normas jurídicas originárias dos Ordenamentos Jurídicos Nacionais proporcionou a convivência tendente ao equilíbrio desses influxos.

Reconhece-se que os Tratados Institutivos e suas reformulações posteriores assumem características constitucionais numa perspectiva material, com destaque para o Tratado de Lisboa, e se traduzem como basilares na configuração da Unidade do Ordenamento Jurídico Unionense. Esses pactos formais, preliminarmente internacionais, se transmutaram em Direito Comunitário e posteriormente da União e se constituem como as principais Fontes Originárias ou Primárias.

¹⁹ **Direito em redes:** complexo de normas jurídicas de diversas fontes que se interpenetram entre si, sem que sejam estabelecidos padrões de hierarquia rígida e influenciam umas às outras em diversas direções. Conceito operacional composto a partir das considerações de Varela sobre a União Europeia, sem apresentação de seu próprio conceito, sobre o enfoque da ruptura da visão linear e hierárquica do Direito. VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito:** direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 117.

Por outro lado, cumpre destacar o papel dos valores e dos Princípios, especialmente dos últimos, não só como Fontes do Direito, mas como pautas axiológicas que permeiam as condições de vida e do exercício da cidadania Unionense.

Contudo, não se verifica, no âmbito do referido Ordenamento Jurídico, uma hierarquia rígida das Fontes, especialmente no que se refere às Fontes Derivadas, ou seja, não há como se afirmar que entre Regulamentos, Diretivas, Decisões, Pareceres e Recomendações haja a prevalência um desses tipos de atos jurídicos sobre os outros.

Em regra, os atos jurídicos da União iniciam a sua existência na Comissão, que exerce, primacialmente, as funções executivas da Organização, mas participa do processo com a Competência da iniciativa legislativa. A continuidade do processo legislativo é compartilhada entre Parlamento e Conselho da União Europeia.

As tarefas de interpretação e de aplicação do Direito Comunitário e, posteriormente Unionense, pertenceram, desde o Tratado que instituiu a Comunidade do Carvão e do Aço, ao Tribunal de Justiça, hodiernamente identificado como Tribunal de Justiça da União Europeia. Esse Ordenamento Jurídico peculiar, no que se refere, especialmente, aos seus Princípios, sofreu uma influência jurisprudencial decisiva. Não menos importante vem sendo a tarefa desse Tribunal no sentido de estabelecer os parâmetros hermenêuticos para os Estados Nacionais quanto aos atos jurídicos Supranacionais. Contudo, as relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros são da ordem da cooperação judiciária.

No processo de transferência de parcelas de Soberanias dos Estados-membros às instâncias Supranacionais, restou aos Juízes e Tribunais a aplicação do Direito Unionense, numa estratégia de colaboração dentre os partícipes, descartada a existência de uma hierarquia entre o Poder Judiciário Comunitário, e posteriormente Unionense, e os Poderes Judiciários Nacionais.

Outra característica desse Ordenamento Jurídico é a sua validade espacial. Ainda que esteja evidente que os territórios dos Estados-membros estão adstritos à jurisdição da União Europeia pela adesão espontânea dos países interessados aos Tratados Comunitários e Unionenses, há que se considerar as extensões extramarinas ou de outra ordem dos territórios vinculados por questões históricas e geopolíticas aos países integrantes do Bloco.

Parte 2: A Tutela específica das trabalhadoras no Ordenamento Jurídico Comunitário e Unionense em suas Fontes Originárias, Derivadas, e em destacados casos da Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Compartilha-se, no presente artigo, de uma visão favorável à União Europeia na esteira de Leonard²⁰ como organização *sui generis*. Essa opção transparece na construção da

²⁰ LEONARD Mark. **Século XXI a Europa em mudança**. Tradução Carlos Braga e Inácia Canelas. Lisboa: Editorial Presença, 2005, p. 70. Título Original: Why Europe Will Run the 21.º Century. O autor ressalta que “ As remoções das barreiras alfandegárias que conduziu o comércio livre na Europa ultrapassou largamente tudo o que aconteceu em qualquer outro bloco de comércio. As normas ambientais e de protecção social no trabalho são mais elevadas do que em qualquer outro lugar do mundo. (...) E finalmente os padrões de democracia, de direitos humanos e de protecção das minorias ultrapassam em muito os padrões exigidos para aderir a qualquer outra organização.”

primeira parte do texto, nos quais foram explorados panoramicamente elementos da história, da composição da organização, do funcionamento de suas Instituições, e de seu Ordenamento Jurídico peculiar. Esses temas preliminares constituíram-se como elementos basilares que permitiram proceder à exploração do objeto central da presente abordagem: a análise dos aspectos destacados da afirmação do Princípio da Igualdade de Gênero e a Tutela das trabalhadoras na União Europeia.

O modelo de Estado de Bem-Estar Social que, por décadas, foi o fundamento de um nível elevado de qualidade de vida e de exercício de cidadania, os quais notabilizaram a Europa em relação aos outros países do mundo ocidental, resta abalado. Os altos níveis de desemprego crescente, e a assimetria das condições econômicas e sociais entre os Estados-membros vem se cronificando, refletida, por exemplo, pela variação do PIB por habitante entre os países integrantes do Bloco.

Percebe-se que os dilemas iniciais da União Europeia foram superados, a tensão entre inimigos históricos praticamente foi neutralizada, o mercado comum se instituiu, e hodiernamente não há como negar que em 62 anos se construiu um nível de Integração que não se compara com qualquer outra Organização internacional.

O impacto da globalização nas relações do trabalho e a erosão dos mecanismos de Tutela dos trabalhadores, especificamente no período inaugurado pela Crise Econômica e Financeira de 2008, se constituíram como influxos dos quais o continente europeu não foi poupado. No bloco europeu, os problemas sociais subsistem, ampliados pelo processo de alargamento Comunitário e Unionense, que franqueou o acesso a países com desvantagens sociais e econômicas, gerando assimetrias.

Os índices de desemprego, por exemplo, nos últimos cinco anos, atestam a precarização da qualidade de vida no espaço Unionense, no continente em que prevaleceu, a partir do período pós-Segunda Guerra Mundial²¹, na maior parte dos Estados europeus, o modelo de Bem-Estar Social. Ainda que os efeitos da Crise Econômica e Financeira de 2008 sejam negativos, os Direitos Humanos e Fundamentais, especialmente os que se referem à Tutela dos trabalhadores conquistados no espaço Comunitário e Unionense oferecem uma relativa blindagem no sentido de minimizar a erosão maior dessas prerrogativas.

Nesse processo alguns grupos sociais convivem historicamente com desvantagens em relação a outros, e especificamente se debruçou sobre a proteção de um grupo atingido por duas perspectivas: ser mulher e trabalhadora.

Uma referência obrigatória a qualquer discussão sobre a questão das diferenças e da igualdade entre o masculino e o feminino inclui, necessariamente, Simone de Beauvoir²². No contexto de um de seus livros mais notáveis, *O segundo sexo*, a autora, logo de início,

²¹ Considera-se que esse processo não foi linear. Pode-se afirmar que houve uma tendência nesse sentido, mas ressalta-se que, durante a Segunda Guerra, o economista Friedrich Hayek já lançava o livro "**O caminho da servidão**" que consistia numa severa crítica ao planejamento central da economia por parte do Estado, não poupando em seus comentários a perspectiva socialista, nem a totalitarista de direita, como, por exemplo, o nazismo. A obra transformou-se numa importante referência para a corrente neoliberalista. HAYEK, Friedrich. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Título original: *The Road to Serfdom*.

²² BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4.ª ed. Tradução de Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão europeia, 1970, p. 8. Título original: *Le deuxième sexe: les faits et les mythes*.

afirma que: *“Sem dúvida a mulher é, como o homem, um ser humano. Mas tal afirmação é abstrata. O fato é que todo ser humano concreto se situa de modo singular.”*

Ainda que, especialmente, no Século XX e no presente Século venha se buscando, no mundo ocidental, a igualdade de direitos entre homens e mulheres não é possível adentrar nesse debate sem se fazer as devidas menções às defasagens concretas historicamente reproduzidas.

Nesse sentido optou-se pela utilização do termo Gênero em vez de sexo²³, porque a sua abrangência extrapola os limites das diferenças biológicas e vislumbra a dialética presente entre as identidades masculinas e femininas, e de ambas, nos seus aspectos culturais, sociais, políticos, consideradas as semelhanças e diferenças, rumo a um tratamento igualitário como sujeitos de Direitos Humanos e Fundamentais vedadas as discriminações.

As defasagens explícitas e implícitas relacionadas à condição feminina e a luta contra essas construções sociológicas e culturais pelos movimentos políticos e sociais, fez com que se firmassem, na Modernidade Reflexiva, pactos internacionais no sentido da afirmação da igualdade de Gênero no âmbito dos Direitos Humanos.

No caso da União Europeia reconhece-se o viés predominantemente econômico na implantação das Comunidades Europeias, ainda que se verifiquem previsões inicialmente tímidas e esparsas desde os primeiros Tratados quanto à melhoria da qualidade de vida dos Trabalhadores. A análise das fontes de Direito Originário revela que os Direitos Humanos e Fundamentais foram inseridos paulatinamente nos Tratados Comunitários, inclusos os da proteção da mulher trabalhadora.

Relativamente à questão de Gênero constata-se que a primeira previsão foi a do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia, em 1957, direcionada explicitamente ao domínio do trabalho quanto à igualdade de remuneração, prevista pelo art. 119.º e à limitação da discriminação entre homens e mulheres, como um dever dos Estados-membros, mantida nas versões seguintes.

O Ato Único Europeu, em que pese o seu texto, propriamente dito, ao acrescentar novo dispositivo específico, em relação à igualdade de Gênero, na área dos Direitos Humanos e Fundamentais, de forma inédita, introduziu em seu preâmbulo referências a dois importantes pactos em nível europeu: a Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada em 1950 antes da instituição das primeiras comunidades e a Carta Social Europeia de 1961. Além desses fundamentos, incorporou as Constituições dos Estados-membros e as legislações nacionais de cunho protetivo.

²³ Segundo Scott: “A palavra indicava uma rejeição ao determinismo biológico implícito no uso de termos como “sexo” ou “diferença sexual”. O gênero sublinhava também o aspecto relacional das definições normativas das feminilidades”. SCOTT, Joan. **Gênero**: uma categoria útil para análise histórica, Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Título original: Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989. Disponível em: < http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/6393/mod_resource/content/1/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013. Uma outra referência obrigatória é a definição sinteticamente esclarecedora de OAKLEY: “Sex’ is a biological term; ‘gender is a psychological and cultural one.” Sexo é um conceito biológico; gênero se refere ao psicológico e ao cultural. (Tradução livre da autora) OAKLEY, Ann. **The Ann Oakley reader**: Gender, women and social science. Bristol: University of Bristol, 2005, p. 7. Disponível em: < <http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&id=WyYbAAAAYAAJ&focus=searchwithinvolume&q=sex.>> Acesso em: 07 out. 2013.

Reconhece-se que o seu texto necessariamente influenciou as Comunidades a inserirem nos Tratados Comunitários e Unionense compromissos quanto aos Direitos Humanos, especialmente aqueles cujo fundamento axiológico é a liberdade. Quanto à questão de Gênero, a Convenção fez menção à igualdade dos cônjuges no contexto familiar.

Observa-se que o conteúdo do segundo pacto, por sua natureza, inclui previsões de ordens sociais nas áreas da assistência social, da saúde, da formação e orientação profissional, dos serviços sociais, das condições de trabalho livres e justas, da remuneração adequada à manutenção do trabalhador e da família, e do associativismo. No que se refere à igualdade de Gênero, a Carta Social garantiu a igualdade de remuneração; a interrupção do trabalho, no mínimo em doze semanas, com a manutenção da remuneração, bem como a proibição do despedimento das mulheres grávidas. Foram firmados ainda os seguintes compromissos: garantia de pausas na jornada de trabalho com vistas ao aleitamento materno, regulamentação do trabalho noturno em indústrias, bem como a vedação do trabalho feminino em minas subterrâneas ou outros locais perigosos ou insalubres.

Cumpra observar que, apesar do avanço representado pela alusão dos dois pactos acima descritos, os mesmos não se revestiam do caráter vinculante, mas de qualquer forma estabeleceram compromissos programáticos no contexto Comunitário por inseri-los na ordem jurídica da União.

No Tratado de Maastrich constatou-se que a referência à Convenção de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais foi novamente citada no preâmbulo, juntamente aos ordenamentos jurídicos dos Estados nacionais, na perspectiva do respeito aos Direitos Humanos e Fundamentais no âmbito da União. A grande diferença é que o Tratado ora referido os coloca na categoria de princípios do Direito Comunitário, estabelecendo uma conexão direta entre as respectivas fontes, consubstanciando a ideia de um Direito em redes. Nessa perspectiva foram estabelecidas concretamente relações de complementaridade, interdependência, interação entre os Ordenamentos Jurídicos, incorporando os vários influxos. O texto do Tratado não traz referência nova à questão de Gênero, mas o enfoque protetivo concedido aos trabalhadores em geral fica evidente no Protocolo em anexo, que trata de um acordo entre vários países sobre Política Social considerado o cumprimento de um novo Pacto no domínio dos direitos laborais, denominado Carta Comunitária dos Direitos dos Trabalhadores de 1989. As previsões específicas a questão de Gênero da nova Carta, especialmente direcionadas às trabalhadoras dizem respeito à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, já previsto pela Carta anterior. Incluiu a aplicação do Princípio da Igualdade de Gênero nos domínios do acesso ao emprego, à proteção social, à formação, e à evolução das carreiras profissionais. A Carta inovou quando previu o compromisso quanto ao desenvolvimento de medidas que permitiam a conciliação das obrigações familiares e profissionais pelos trabalhadores masculinos e femininos, traduzindo uma concepção avançada quanto ao compartilhamento das tarefas relacionadas aos cuidados da família, tradicionalmente remetidas às mulheres. O Tratado ampliou a redação do art. 119.^o do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia, conferindo aos Estados-membros a adoção de medidas de fomento à empregabilidade das mulheres, bem como ações compensatórias às possíveis desvantagens nas respectivas carreiras.

Pelo Tratado de Amsterdam a igualdade de Gênero adquire o *status* de integrar o rol das missões da Comunidade. Em conjunto à eliminação das desigualdades, ambas passaram a se constituir como pressupostos de todas as ações empreendidas, traduzindo uma

densificação do princípio da igualdade que nos Tratados anteriores estava contido de forma direta, relativo a certos domínios, mas de maneira esparsa ou indireta integrava documentos relativos aos Direitos Humanos e fundamentais aludidos nos respectivos preâmbulos. O referido Tratado não deixou de mencionar a Carta Social Europeia de 1961, bem como a Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989. Outra contribuição foi conferir ao Conselho a Competência para desencadear ações necessárias ao combate à discriminação em suas múltiplas expressões, inclusa a estabelecida por pertencimento a um determinado sexo. O reconhecimento da maior vulnerabilidade das mulheres no mercado de trabalho ficou explicitado em Declaração anexa ao Tratado, a qual pode ser entendida como uma manifestação dos compromissos dos Estados-membros quanto à melhoria das condições femininas no contexto laboral.

O texto do Tratado de Nice não apresentou inovação em relação ao princípio da igualdade de Género e à tutela das trabalhadoras, reafirmando as previsões contidas nos Tratados anteriores. A principal contribuição foi a proclamação, como documento político, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Ainda que as propostas da Convenção e das Cartas Sociais anteriores fossem muito semelhantes ao texto da última, a vantagem que se agregou num primeiro momento, a partir desse Tratado, foi a proclamação de um rol de Direitos e garantias que serviriam como um catálogo unificado de Direitos Fundamentais em nível Comunitário e posteriormente Unionense. Este catálogo estabelecia parâmetros que serviram como substrato jurídico de atos normativos posteriores, bem como fornecia elementos à própria atividade de interpretação, aplicação e integração normativa. No que se refere ao objeto do presente artigo, registra-se que a referida Carta, ao focar o Princípio da Igualdade, vedou a discriminação de forma genérica, inclusa a direcionada a pessoas pertencentes a um determinado sexo. Quanto à Igualdade de Género, fez-se menção específica aos domínios do emprego, trabalho e remuneração e à possibilidade de adoção de ações positivas favoráveis ao sexo sub-representado. À Carta dos Direitos Fundamentais aprovada em Nice não foi conferido o efeito vinculante; posteriormente, por meio do Tratado de Lisboa, com pequenas alterações vai ser integrada ao Direito da União Europeia, com o mesmo *status* jurídico dos Tratados.

Pode-se inferir que, paulatinamente, vai tomando consistência a proteção das trabalhadoras quanto à igualdade de tratamento como sujeito de direito, bem como vão se concretizando medidas afirmativas no sentido da correção das desvantagens históricas no âmbito das questões de Género.

Constata-se que, em nível do Direito Originário, o salto qualitativo no sentido da afirmação do Princípio da igualdade de Género ocorreu pela assinatura e posterior vigência do Tratado de Lisboa, em 2007 e 2009, respectivamente. O referido princípio foi inserido em artigo do Tratado da União Europeia que trata dos valores fundantes da União, especificamente no art. 2.º. A localização da previsão no texto do Tratado é diretamente proporcional ao seu grau de relevância, destacado o carácter constitucional material do vigente Tratado.

Foram necessários 56 anos de construção econômica, política e jurídica entre a primeira alusão à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, expressa, isoladamente, no art. 119.º do Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia para que o princípio da igualdade de Género, em suas múltiplas expressões, se transformasse em um dos fundamentos axiológicos Unionenses. Agrega-se a previsão do combate às discriminações em geral no rol dos objetivos da União.

O reforço desse princípio específico, no conjunto dos Direitos Fundamentais atingiu o seu ápice por consequência da previsão do art. 6.º do Tratado da União Europeia, que conferiu idêntico valor jurídico dos Tratados à Carta dos Direitos Fundamentais. Consequentemente, todos os direitos relativos ao equacionamento das diferenças e da igualdade de Gênero e seus reflexos na Tutela jurídica das trabalhadoras, como por exemplo, dos domínios do emprego, trabalho e remuneração, e a possibilidade de adoção de ações positivas favoráveis ao sexo sub-representado se revestem de caráter vinculante. Da Carta de Direitos Fundamentais, além das previsões já comentadas, na versão atualizada merece destaque a inclusão do direito à licença parental, perspectiva inovadora de promoção da assistência aos filhos, a ser exercida tanto pelos homens como pelas mulheres, permitindo o compartilhamento das responsabilidades familiares e a adequação destas com as obrigações profissionais, além da manutenção da licença à maternidade.

Cumpra ressaltar do Tratado de Lisboa ora vigente o art. 153.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativo às ações complementares da União, que reforçou a previsão de adoção de Diretivas estabelecendo as condições mínimas a serem seguidas pelos Estados-membros tanto no contexto da igualdade entre homens e mulheres quanto nos domínios das oportunidades no mercado e do tratamento no ambiente laboral.

A necessidade de obtenção de resultados concretos quanto à afirmação do Princípio da Igualdade de Gênero e uma tutela especial às trabalhadoras, delineadas por meio do Direito originário, mobilizou as instituições Comunitárias, e posteriormente Unionenses, responsáveis pelo processo legislativo, a produzirem atos jurídicos no limite de suas Competências para vincular a todos e aos Estados-membros para a consecução desses objetivos. Assim, a partir dos anos 70 do século passado verificou-se uma produção normativa, que resultou em Regulamentos e, especialmente, em Diretivas que seriam transpostas aos Estados-membros conferindo maior eficácia às previsões dos Tratados Comunitários, com base no art. 153.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, anteriormente mencionado.

O quadro a seguir elenca, cronologicamente, as principais Diretivas e os respectivos domínios relacionados à afirmação do Princípio da Igualdade de Gênero e a Tutela das trabalhadoras na União Europeia.

UNIÃO EUROPEIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO	
TUTELA DAS TRABALHADORAS: FONTES DE DIREITO DERIVADO	
ATO NORMATIVO	DOMÍNIOS
Diretiva 75/117/CEE	Remuneração pelo trabalho de igual valor.
Diretiva 76/207/CEE	Emprego/ promoção e formação

	profissional/ remunerações/condições de trabalho / representação sindical/ realização progressiva da Seguridade Social.
Diretiva 79/7/CEE	Seguridade social.
Diretiva 86/378/CEE	Seguridade social.
Diretiva 86/613/CEE	Atividades independentes (empresas familiares, agricultores e profissionais liberais, inclusa a proteção à maternidade).
Diretiva 92/85/CEE	Melhoria das condições de trabalho, segurança e saúde: grávidas, puérperas ou lactantes.
Diretiva 96/34/CE	Licença parental (Acordo quadro).
Diretiva 97/80/CE	Inversão do ônus da prova – discriminação.
Diretiva 2002/73/CE	Altera a Diretiva 76/207/CEE: definição e proibição da discriminação direta/indireta; assédio/assédio sexual.
Regulamento 2004/806/CE	Cooperação Comunitária para o desenvolvimento global – promoção da Igualdade de Género.
Diretiva 2004/113/CE	Acesso aos bens e aos serviços.
Diretiva 2006/54/CE	Substituição/revogação das Diretivas 75/117/CEE; 76/207/CEE; 86/378/CEE; 97/80/CEE.
Regulamento 2006/1922/CE	Instituto Europeu para Igualdade de Género

Diretiva 2010/18/EU	Revisão Diretiva 96/34/CE: ampliação licença parental.
Diretiva 2010/41/UE	Revisão Diretiva 86/613/CEE: atividades independentes (empresas familiares, agricultores e profissionais liberais): proteção à maternidade.

A análise do conjunto das treze Diretivas elencadas revelou a confirmação das previsões inicialmente inseridas no Direito Originário por meio dos Tratados. Por esses atos jurídicos derivados, os Estados-membros firmaram compromissos de resultados nos seguintes domínios quanto à igualdade de Gênero e a tutelas das trabalhadoras: a) acesso ao emprego, incluindo a promoção e a formação profissional, às remunerações, às condições de trabalho, ao associativismo e à realização progressiva da segurança social; b) no exercício das atividades independentes ou na participação dessas atividades (especialmente o cônjuge), inclusos os que exerçam atividades lucrativas, por conta própria, abrangendo os agricultores e os membros das profissões liberais; c) acesso aos bens e aos serviços.

Considera-se que, além da promoção da igualdade entre homens e mulheres, algumas dessas Diretivas foram estabelecidas como medidas de caráter afirmativo projetando: a melhoria das condições de trabalho, segurança e saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes; a inversão do ônus da prova, como medida processual mais favorável à vítima em caso de discriminação; a ampliação do compartilhamento das obrigações da vida familiar e profissional entre homens e mulheres, por meio da licença parental.

Os dois Regulamentos listados foram escolhidos para análise por suas peculiaridades: o primeiro – Regulamento 806/2004/CE, por expandir o corolário da igualdade de Gênero para as ações de cooperação com vistas ao desenvolvimento relativas à redução da pobreza como objetivo global vinculado à Organização das Nações Unidas para o milênio; e o segundo – Regulamento 1922/2006/CE, por criar um Instituto Europeu para Igualdade de Gênero, com vistas a prestar assessoria às Instituições Comunitárias e aos Estados-membros, coordenando a Rede Europeia para a Igualdade de Gênero. As duas iniciativas demonstram o investimento Comunitário e da União Europeia no fomento às políticas de ação na área, em nível interno e externo.

As constatações sobre a existência de um arcabouço jurídico que fomentava a aplicação do Princípio da Igualdade de Gênero e a Tutela especial às trabalhadoras em nível Comunitário e da União Europeia, contudo, exigiu a verificação da eficácia dos atos jurídicos no cotidiano das cidadãs europeias.

Nesse sentido optou-se pela exploração de casos concretos extraídos da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, submetidos à referida Corte: com ênfase a decisão a título prejudicial, ou reenvio prejudicial, a qual, por suas características, remete necessariamente à existência de um diálogo permanente com os Tribunais dos diversos Estados-membros. A análise exemplificativa foi composta por doze casos. A escolha

dos casos foi feita prioritariamente pelo seguinte critério: representar significativamente nas décadas de 70, 80 e 90, e a partir do ano 2000, as decisões proferidas em Acórdãos nos domínios protegidos pelas Diretivas elencadas no presente trabalho, relacionadas às trabalhadoras, com destaque para a aplicação do Princípio da igualdade de Género. Um outro critério foi privilegiar o envio realizado por tribunais nacionais de diversos Estados-membros que compõem a União Europeia: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Finlândia, Letônia, Países Baixos, República Checa, assimétricos em relação a renda *per capita*, por exemplo.

Fez-se um recorte jurisprudencial exemplificativo e o quadro a seguir elenca, cronologicamente, os Acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, destacados: a identificação do Processo, a data do Acórdão, as partes que o compõem, a origem, o ato normativo essencial que fundamentou o envio prejudicial pelos tribunais nacionais, o domínio e o *status* do processo, ou seja, se o posicionamento foi favorável ou não às demandas relacionadas à afirmação do Princípio da Igualdade de Género e a Tutela das trabalhadoras na União Europeia.

UNIÃO EUROPEIA E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE GÊNERO
A TUTELA DAS TRABALHADORAS: RECORTES JURISPRUDENCIAIS

IDENTIFICAÇÃO DATA DO ACORDÃO	PARTES	ORIGEM	ATO NORMATIVO	DOMÍNIO/ST ATUS
Processo 20/71 07/06/1972	Luísa Bertoni/ Parlamento Europeu.	Luxemburgo	Estatuto dos Funcionários/ Comunidade Europeia	Remuneraçã o/favorável.
Processos 43/75 e 149/77 08/04/1976 e 15/06/1978	Gabrielle Defrenne/ Sabena	Bélgica	Art. 119.º do Tratado da Comunidade Econômica Europeia	Remuneraçã o/Indenizaçã o/ favorável exclusivamen te à remuneração .
Processo C -177/88 20/10/1990	Johanna/VJV- Centrum	Países Baixos	Diretiva 76/207/CEE	Emprego/ favorável.
Processo C -285/98 11/01/2000	Tanja Kreil/ Bundesrepublik Deutschland	Alemanha	Diretiva 76/207/CEE	Emprego/ favorável
Processo C-284/02 18/11/2004	Land Brandenburg/ Ursula Sass	Alemanha	Diretiva 76/207/CEE	Licença à maternidade, /favorável com restrições
Processo C-471/08: 1.º/07/2010	Sanna Maria Parviainen/Finnai r Oyj	Finlândia	Diretiva 92/85/CEE	Proteção à maternidade /Discriminaçã o/favorável com restrições
Processo C-356/09 18/11/2010	Pensionsversicher ungsanstalt/ Christine Kleist	Áustria	Diretivas 76/207/CEE e 2002/73/CE	Discriminaçã o/Aposentad oria/Favoráv el
Processo C-232/09 11/11/2008	Dita Danosa/LKB Līzings SAI	Letônia	Diretivas 92/85/CEE; 86/613/CEE e 92/85/CE	Discriminaçã o/ Destituição de Função de

				Direção na gravidez. Favorável, inclusa a inversão do ônus da prova
Processo C-415/10 19/04/2012	Galina Meister/Speech Design Carrier Systems GmbH	Alemanha	Diretivas: 2006/54/CE, 2000/43/CE e 2000/78/CE	Emprego/Discriminação/Acesso informações processo seletivo/ Desfavorável. Verificação da possibilidade de discriminação/ Favorável.
Processo C-123/10 19/04/2012	Waltraud Brachner/ Pensionsversicherungsanstalt	Áustria	Diretiva 79/7/CEE	Seguridade Social/ Discriminação/Atualização valor menor. Favorável com restrições.
Processo C-401/11	Blanka Soukupová/ Ministerstvo zemědělství	República Checa	Regulamento (CE) n.º 1257/1999	Seguridade Social/Reforma Antecipada/ Discriminação idade mínima e n.º de filhos. Favorável
Processo C-385/11 28/02/2013	Isabel Elbal Moreno/ Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)	Espanha	Diretivas 79/7/CEE; 97/81/CE e a Diretiva 2006/54/CE	Seguridade Social/ Trabalhadores em tempo parcial e redução da pensão.

				Discriminação indireta. Favorável.
--	--	--	--	------------------------------------

Pode-se afirmar que os casos concretos elencados na análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça, são exemplificativos da Tutela especial das trabalhadoras no contexto da União Europeia, no sentido da afirmação do Princípio da Igualdade de Gênero e a consequente vedação da discriminação entre homens e mulheres.

Constatou-se uma vertente que reflete posições cautelosas do Tribunal de Justiça no sentido de se fixar, em alguns casos, no princípio da Segurança Jurídica, e remeter aos Tribunais nacionais a verificação das situações fácticas, a partir da interpretação da legislação Comunitária e da União contida nos respectivos Acórdãos proferidos. Por outro lado, se reconhece que essa via de cooperação está firmemente assentada em critérios distantes do estabelecimento de uma hierarquia entre os Tribunais e pelos exemplos elencados no quadro das diversidades econômicas, sociais e culturais entre os Estados-membros, bem como pelo lapso temporal considerado, e entende-se que a cooperação descrita se estabeleceu de forma irreversível.

Ficou explícito que a média de tempo de tramitação dos processos dessa natureza é ainda alta; a passagem de uma Corte a outra, atendendo à lógica processual de possibilitar a via recursal à parte não satisfeita com o resultado da Sentença ou do Acórdão, em nível nacional, é mantida. O fator preocupante é que o tempo de tramitação na instância máxima de jurisdição da União não se coaduna com a celeridade que os casos requerem, pois tratam de situações de vida e de trabalho que exigem uma tutela jurisdicional efetiva e imediata para um grupo que historicamente conviveu e convive com desvantagens econômicas, políticas, sociais e culturais: as mulheres.

Registra-se como uma formulação propositiva a possibilidade de se estabelecer, conforme já foi anteriormente realizado no caso do Tribunal da Função Pública, a partir do Art. 220.º do Tratado de Nice, a criação de um Tribunal específico para dinamizar os processos no contexto da Igualdade de Gênero, e consequentemente cumprir com um dos objetivos e das finalidades da União Europeia quanto aos Direitos Fundamentais. A implantação do Tribunal da Função Pública pode servir de parâmetro a ser considerado como exemplo de Tribunal específico, que absorveu as demandas judiciais decorrentes dos conflitos entre a União e os seus agentes e, por consequência, diminuiu o número de processos julgados pelo Tribunal de Justiça.

Uma outra alternativa seria aplicar, como regra geral, aos processos relativos à igualdade de Gênero que tramitam no Tribunal de Justiça, os mecanismos já existentes de fomento a uma Tutela jurisdicional mais célere: o da tramitação prejudicial urgente, o do julgamento com prioridade, o da tramitação acelerada, o da tramitação simplificada e o da possibilidade de decidir sem conclusões dos advogados-gerais nos casos em que não são levantadas novas questões de Diretiva.

Conclui-se que o Tribunal de Justiça da União Europeia teve um papel preponderante na afirmação dos Princípios e valores basilares da Organização, incluso o da Igualdade de Gênero.

Tem-se a clareza que a análise foi procedida de uma forma exploratória por itens e reconhece-se que na realidade fáctica esse processo não foi linear. Pelo contrário: os influxos

entre as fontes de Direito elencadas seguiram em várias direções, influenciando uns aos outros, numa perspectiva dialética de complementaridade.

Pelo exposto, conclui-se que a União Europeia confere uma Tutela jurídica específica às Trabalhadoras em suas principais Fontes de Direito Originárias e Derivadas, destacada a adoção de Diretivas com essa finalidade e a aplicação do princípio da igualdade de Gênero.

Verifica-se uma tendência, na dinâmica jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia, de afirmação de uma Tutela específica às Trabalhadoras, por meio da aplicação do princípio da Igualdade de Gênero, verificada na análise de casos concretos.

A partir das constatações acima, considera-se extremamente válido o aprofundamento da dimensão do estudo da dinâmica jurisprudencial numa perspectiva de ampliação do universo da pesquisa. Esta expansão englobaria os aspectos quantitativos, bem como os qualitativos, respectivamente compreendidos pelo aumento do número de casos e da diversificação de suas origens, bem como pela ampliação da investigação, englobando outros tipos de processos específicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia relativas à temática.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZZENA, C. Divieto di discriminazione e protezione dei soggetti “deboli”. Studi per una teoria della debolezza in CALVIERI, CARLO. (a cura di), **Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale**, Giappichelli, 2006, p. 47

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. Tradução de Sérgio Milliet. 4. ed. São Paulo: Difusão europeia, 1970. Título original: *Le deuième sexe: les faits et les mythes*.

BOBBIO, N. La natura del pregiudizio. In: **Elogio della mitezza e altri scritti morali**, ristampa, Milano, 2006, p. 117-118.

CALVIERI, Carlo. IL nuovo spazio europeo dei diritti fondamentali (The New European Context of Fundamental Rights). In: **Diritti principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo**. Jovene, Napoli, 2012. pp. 75-98.

DWORKIN, R. Constitutionalism and Democracy. In: **European Journal of philosophy**, n.1, 1995.

HAYEK, Friedrich. **O caminho da servidão**. Tradução de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010. Título original: *The Road to Serfdom*.

Hunt, L. *Inventing human rights. A History*, 2007; ora in Italia con il titolo, **La forza dell’empatia, una storia dei diritti dell’uomo**, Laterza, 2010

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 1950. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

_____. **Carta Social Europeia**. Turim, 1961. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-18-10-961-ets-35.html>>. Acesso em: 07 out. 2013.

LEONARD, Mark. **Século XXI a Europa em mudança**. Tradução Carlos Braga e Inácia Canelas. Lisboa: Editorial Presença, 2005. p. 28. Título Original: Why Europe Will Run the 21. º Century.

NUSSBAUM, M. **Giustizia sociale e dignità umana**. Il Mulino, 2002

OAKLEY, Ann. **The Ann Oakley reader: Gender, women and social science**. Bristol: University of Bristol, 2005. p. 7. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&id=WyYbAAAAYAAJ&focus=searchwithinvolume&q=sex.>>. Acesso em: 07 out. 2013.

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

QUADROS, Fausto. **Direito da União europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

REZEK, João Francisco. **Direito internacional público**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**, Tradução de Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. Título original: Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York: Columbia University Press, 1989. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/6393/mod_resource/content/1/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 10 out. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 15 de maio de 1986**. Processo 222/84. Luxemburgo, 1986. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CJ0222:PT:PDF>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

_____. **Acórdão do Tribunal de 30 de junho de 1988**. Processo 318/86. Luxemburgo, 1988. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986CJ0318:PT:PDF>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1964**. Processo 6/64. Luxemburgo, 1964. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964CJ0006:PT:PDF>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de janeiro de 2000**. Processo C-285/98. Luxemburgo, 2000. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CJ0285:PT:PDF>>. Acesso em: 30 jan. de 2014.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1978**. Processo 149/77. Luxemburgo, 1978. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977CJ0149:PT:PDF>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Abril de 1976**. Processo 43/75. Luxemburgo, 1976. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975CJ0043:PT:PDF>>. Acesso em: 07 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção)**. Processo C-385/11. [S.l.], 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=130250&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1246362>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção) de 20 de Outubro de 2011**. Processo C-123/10. [S.l.], 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:362:0007:0007:PT:PDF>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção) de 19 de abril de 2012**. Processo C-415/10. [S.l.], 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:165:0004:0005:PT:PDF>>. Acesso em: 07 nov. 2013

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção)**. Processo C-232/09 [S.l.], 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0232:PT:HTML>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção)**. Processo C-356/09. [S.l.], 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0356:PT:PDF>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. **Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 11 de abril de 2013**. Processo C-401/11. [S.l.], 2013. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30db7ffbe6041a aa4e97aa65888458c59a6b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuLbNn0?text=&docid=137480&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4205285>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. [S.l.], 2010. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33501_pt.htm> Acesso em: 05 abr. 2013.

_____. **Directiva 75/117/CEE do Conselho, de 10 de fevereiro de 1975**. Bruxelas, 1975. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:05:02:31975L0117:PT:PDF>>. Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Directiva 76/207/CEE do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976**. Bruxelas, 1976. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:05:02:31976L0207:PT:PDF>> Acesso em: 10 out. 2013.

_____. **Directiva 79/7/CEE do Conselho, de 19 de Dezembro de 1978**. Bruxelas, 1978. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=DD:05:02:31979L0007:PT:PDF>>. Acesso em: 07 out. 2013.

_____. **Directiva 86/378/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986.** Bruxelas, 1986. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1986:225:0040:0042:PT:PDF>>. Acesso em: 07 out. 2013.

_____. **Directiva 86/613/CEE Conselho, de 11 de Dezembro de 1986.** Bruxelas, 1986. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31986L0613:PT:HTML>>. Acesso em: 07 out. 2013.

_____. **Directiva 94/34/CE do Conselho de 3 de Junho de 1996.** Bruxelas, 1996. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0034:PT:HTML>>. Acesso em: 07 out. 2013.

_____. **Directiva 95/85/CEE do Conselho de 19 de Outubro de 1992.** Luxemburgo, 1992. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1992L0085:20070627:PT:PDF>>. Acesso em: 07 out. 2013.

_____. **Directiva 97/80/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997.** [S.l.], 1998. Disponível em: <<http://www.cite.gov.pt/imgs/directivas/Directiva%2097-80.pdf>> Acesso em 07 out. 2013.

_____. **Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997.** Bruxelas, 1997. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:014:0009:0014:pt:PDF>>. Acesso em: 07 de nov. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de Junho de 2000.** Luxemburgo, 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0043:pt:HTML>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

_____. **Directiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de Novembro de 2000.** Bruxelas, 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:pt:HTML>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

_____. **Directiva 2002/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Setembro de 2002.** Bruxelas, 2002. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:PT:PDF>>. Acesso em: 06 out. 2013.

_____. **Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004.** Bruxelas, 2004. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:PT:PDF>>. Acesso em: 05 nov. 2013.

_____. **Directiva 2006/54/CE Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Julho de 2006.** Estrasburgo, 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:pt:PDF>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

_____. **Directiva 2010/18/EU do Conselho de 8 de Março de 2010.** Bruxelas, 2009. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32010L0018:pt:HTML>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:068:0013:0020:pt:PDF>. Acesso em: 07 nov. 2013

_____. **Directiva 2010/41/EU do Parlamento Europeu e Conselho, de 7 de Julho de 2010.** Estrasburgo, 2010. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:180:0001:0006:pt:PDF>>. Acesso em: 07 de out. 2013.

_____. **Processo C-471/08.** [S.l.], 2010. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:234:0009:0009:PT:PDF>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. **Regulamento nº 806/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de abril de 2004.** Estrasburgo, 2004. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0040:0045:PT:PDF>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº 1922/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Dezembro de 2006.** Bruxelas, 2006. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:403:0009:0017:PT:PDF>>. Acesso em 07 out. 2013

_____. **Texto Português do Tratado que institui a comunidade econômica europeia do carvão e do aço.** Bruxelas, 1951. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K:PT:PDF>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____. **Tratado de Amsterdão que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados.** [S.l.], 1997. Edição em língua portuguesa. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1997:340:FULL:PT:PDF>>. Acesso em: 1.º mai. 2013.

_____. **Tratado de Maastrich.** [S.l.], 1992. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>>. Acesso em: 04 jun. 2013.

_____. **Tratado de Nice que altera o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses Tratados.** [S.l.], 2001. Disponível em: <http://eurlex.europa.eu/pt/treaties/dat/12001C/htm/C_2001080PT.000101.html>. Acesso em 03 mai. 2013.

_____. **Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.** [S.l.], 2004. Edição em língua portuguesa. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:PT:HTML>>. Acesso em: 08 jun. 2013.

_____. **Tratado que institui a comunidade econômica europeia.** [S.l.], 1957. Disponível em: <https://infoeuropa.euroid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000037605&line_number=0001&func_code=WEB-FULL&service_type=MEDIA>. Acesso em: 02 jun. 2013.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Antigos membros.** [S.l.]. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_9606/#CJE>. Acesso em: 02 dez. 2013.

_____. **Tribunal de Justiça da União Europeia.** Luxemburgo. Disponível em: <http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm>. Acesso em: 05 abr. 2013.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Relatório anual 2012:** Sínteses das atividades do Tribunal de Justiça. Luxemburgo: Serviços de Publicações da União Europeia, 2013. Disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_pt_proof_01.pdf>. Acesso em 05 dez. 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Versão consolidada do Tratado que institui a Comunidade Europeia de Energia Atômica.** Luxemburgo, 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:327:FULL:PT:PDF>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

_____. **Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.** [S.l.], 2012. Edição em língua portuguesa. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:326:FULL:PT:PDF>>. Acesso em: 1.º mai. 2013.

UNIONE EUROPEA. **Sentenza Della Corte (Seconda Sezione) Del Giugno 1972: Luiza Sabatini Bertoni contro Parlamento Europeo.** Lussemburgo, 1972. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61971CJ0020:IT:PDF>>. Acesso em: 05 dez. 2013.

_____. **Trattato che istituisce um Consiglio Unico ed una Commissione delle Comunità Europee.** Bruxelles, 1967. Edizione in lingua italiana. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:P:1967:152:FULL:IT:PDF>>. Acesso em: 1.º mai. 2013.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito:** direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 117.

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS HUMANOS

Gabriel Real Ferrer¹

Marcelo Buzaglo Dantas²

Natammy Luana de Aguiar Bonissoni³

INTRODUÇÃO

A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos, que contou com a participação de diversos países e organismos internacionais, interessados em melhorar as condições de vida da população em geral, as discussões que envolveram violações aos direitos humanos começaram a ganhar força e notoriedade. Entretanto, apesar dos avanços da pesquisa científica e de reflexões acerca do assunto, diversos países têm tido dificuldades em apresentar respostas concretas a essa problemática.⁴

Na questão ambiental, a referida temática ganhou destaque na I Reunião do Grupo de Consultores Jurídicos do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) ocorrida em Malta, nos anos 90. No encontro que versou acerca do “Conceito de Interesse Comum da Humanidade”, alterações foram realizadas na estrutura normativa do Programa, passando a abranger a interrelação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental.

Deste modo, este artigo abordará especificamente a relação entre os dois regimes de proteção: meio ambiente e direitos humanos, com o intuito de motivar a harmonização nas relações entre os seres humanos e a sua integração destes com a natureza, buscando alcançar a conscientização, a educação e a informação acerca dos regimes ambientais internacionais.

1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A questão dos direitos humanos enseja inúmeras reflexões. Grandes juristas, historiadores e até filósofos sujeitaram-se a tentar elucidar conceituações a respeito de tais

¹ Doutor Honoris Causa pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Doutor em Direito pela Universidade de Alicante. Professor Titular de Direito Ambiental e Administrativo e Subdiretor do Instituto Universitário da Água e do Meio Ambiente na mesma Universidade. Consultor do Programa das Nações Unidas (ONU) para o Meio Ambiente PNUMA e Professor Visitante do Exterior com Bolsa CAPES no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali.

² Advogado militante e consultor jurídico na área ambiental. Doutor em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Pós-Doutorando da linha de Pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí.

³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista CAPES.

⁴ Parte deste artigo já foi publicado como capítulo de livro na obra: **Teoria Jurídica e Transnacionalidade**. In: Maria Cláudia Antunes de Souza; Charles Alexandre Souza Armada. (Org.). A internacionalização da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental. 1 ed. Itajaí: Univali, 2014, v. 1, p. 20-36. Disponível em: file:///C:/Users/2934094/Downloads/Free_851f3382-7fb7-498d-be73-1077dfdf56b2%20(1).pdf.

direitos; trazendo consigo definições muitas vezes ligadas à sua própria ideologia, filosofia ou posição política.

No entanto, Norberto Bobbio alerta acerca das dificuldades ligadas à busca do fundamento absoluto destes direitos, como também ressalta que a maioria das definições existentes são meramente tautológicas⁵. Em seu entendimento, os direitos do homem 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 todas⁶.

Ademais, Perez Luño cita as conceituações de Bobbio, e apresenta as conclusões do filósofo italiano acerca dos direitos humanos como indefinidas ou pouco satisfatórias. Além das conceituações tautológicas, o autor⁷, esclarece que a fundamentação formal não especifica o conteúdo destes direitos, apenas os trata como deveres pertencentes a todos os homens. Entretanto, as definições teleológicas acrescentam ao significado a necessidade de tais direitos em garantir o progresso social e o desenvolvimento da civilização.

A saber, é oportuno recordar o aviso emitido em 1984 pelo Comitê Consultivo Nacional de Ética francês e a Declaração da UNESCO, que declararam que o embrião deve ser considerado uma pessoa humana em potencial⁸, ao mesmo tempo em que destaca a inalienabilidade do genoma humano em seu estado natural, não podendo este servir para a obtenção de ganhos pecuniários.

Registre-se ainda que Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 6º, afirma que em todo e qualquer lugar, todo homem detém o direito de ser reconhecido como pessoa. Neste caso cabe notar que a pessoa humana, além de ser considerada a legisladora universal em função dos valores que lhe são ofertados, é reconhecida também como o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas.

Antonio Enrique Pérez Luño⁹ acrescenta o entendimento de que os direitos humanos seriam:

“ un conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, la libertad y a igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.”

Logo, a compreensão do conceito de dignidade da pessoa humana e de seus direitos tem sido no curso de toda a História produto de dor física, sofrimento moral e impunidades.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.37.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

⁷ LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005, p. 27.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p 33-34.

⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. p. 50

A civilização humana, desde os primórdios, a cada grande surto de violência recuava, trazendo consigo o remorso pelas torturas, mutilações em massa, massacres coletivos e explorações desnecessárias. Todos esses acontecimentos levaram ao surgimento de novas regras que objetivassem preservar a dignidade e a liberdade perante os outros indivíduos e até mesmo diante do próprio Estado.

Não restam dúvidas de que com as transformações históricas e as modificações pelas quais tanto o ocidente quanto o oriente passaram houve a necessidade de normatizar esses direitos, tendo em vista o não cumprimento efetivo dentro a própria sociedade.

Thomas Buergenthal *apud* Flávia Piovesan¹⁰ aduz que:

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era de Hitler e à crença de que parte destas violações poderia ser prevenida se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.

O que se verifica a respeito destes direitos é que a consideração que eles recebem das autoridades públicas, demonstra que os mesmos tenham a capacidade de formar a base primordial na formação de um verdadeiro Estado democrático.¹¹

Acrescenta Ingo Wolfgang Sarlet¹² que os direitos humanos transformam-se em direitos fundamentais através do modelo positivista mediante um processo de incorporação às constituições, onde “os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional”.

A ideia do surgimento dos direitos fundamentais a partir do reconhecimento dos mesmos nas legislações nacionais dos direitos individuais do homem é reforçada por José Joaquim Gomes Canotilho¹³, que apresenta os direitos do homem como direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos.

Versando sobre o tema, Celso Lafer¹⁴ sintetiza que desde o início dos tempos até os grandes acontecimentos da Era Moderna – a exemplo das grandes revoluções e avanços tecnológicos –, o ensinamento baseado no cristianismo foi um dos elementos fundamentais que tornou possível a mudança de mentalidade que viesse a favorecer o tema dos direitos humanos.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 9.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 21.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 259.

¹⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. p. 119.

Com o nascimento da democracia ateniense fundada na preeminência da lei e da participação ativa do cidadão nas funções no governo, (este exemplo de limitação e obediência às leis e ao povo), demonstrava sujeição às vontades da população e aos seus direitos; evidentemente, com o consentimento e aprovação dos governantes.

Com o passar do tempo, a democracia ateniense e a república romana foram destruídas pelos impérios de Alexandre Magno e a partir de Augusto e seus sucessores surgiu uma nova civilização baseada em costumes germânicos e valores cristãos. Nasce então a Idade Média.¹⁵

O período da alta Idade Média foi marcado pelo desmanche do poder político e econômico com a instituição do feudalismo, onde a terra era a principal fonte de poder; logo, quem possuísse a maior parte do território controlava tudo e todos. Contra esses abusos de concentração de poderes, começaram a surgir manifestações de rebeldia, entre elas a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e principalmente a Magna Carta, em 1215, na Inglaterra.

A Magna Carta, responsável por estabelecer direitos aos nobres e aos súditos ingleses foi redigida e assinada em 1215 pelo Rei inglês João Sem Terra, compelido a fazê-lo pelos barões. Independente de ter sido constituída objetivando os direitos da nobreza, o documento apresentou certas liberdades e preceitos constitucionais ainda contemporâneos.

O próximo acontecimento histórico marcante na construção dos direitos humanos nos moldes em que os conhecemos hoje ocorreu quase quatro séculos depois, durante o reinado inglês de Carlos II. Por intermédio da Lei de 1679, esta veio instituir e reconhecer o antigo remédio processual do direito comum contra prisão a injusta: o *Habeas-Corpus Act*.

Fábio Konder Comparato¹⁶ chama a atenção para o seguinte ponto:

A importância histórica do *habeas-corpus*, tal como regulado pela lei inglesa de 1679, constituiu no fato de que essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais.

Os diferentes métodos de criação dos principais sistemas jurídicos provenientes da Europa influenciaram o surgimento de duas linhas distintas de pensamento: a inglesa e a francesa, ambas que contribuiriam cada qual à sua maneira, na afirmação desses direitos.¹⁷

Neste norte, um século antes da Revolução Francesa foi promulgada a Declaração de Direitos "*Bill of Rights*" trazendo uma nova expectativa ao povo inglês, tendo em vista de que neste momento o Parlamento contrairia mais força, tendo em vista que os poderes que antes eram concentrados nas mãos do monarca passariam a ser divididos.

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 44.

¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 86.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 86.

O *Bill of Rights* não foi expresso exatamente como uma declaração de direitos humanos especificamente, muito embora tenha criado uma garantia institucional com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana. Estes direitos seriam estabelecidos cem anos mais tarde na França e nos Estados Unidos.¹⁸

Com a imigração inglesa para a América do Norte iniciou-se o processo da formação de colônias, que resultou na formação dos Estados Unidos. Depois de um ano repleto de debates, em 1776, foi aprovada e redigida por Thomas Jefferson a Declaração de Independência norte-americana, primeiro documento da História Moderna a afirmar os princípios democráticos.

No ano de 1787 foi proclamada a Constituição dos Estados Unidos, que até hoje serve como fundamento para outras Constituições. O primeiro texto constitucional escrito assegurou o livre exercício dos direitos políticos e civis garantido através de normas que visaram a assegurar a liberdade de expressão, de imprensa, de crença religiosa, de reunião, a inviolabilidade do domicílio, o direito a julgamento (ninguém poderia ser preso ou condenado sem o devido processo judicial). Muito embora todas estas garantias tivessem sido resguardadas, isto não significou a total liberdade do povo – caso da escravidão negra, p. ex. – a qual só foi assegurada após a Guerra da Secessão¹⁹.

Nos países localizados na Europa Ocidental, os direitos humanos ganharam espaço e respeito a partir das Declarações de Direitos da Revolução Francesa, em 1789.

Nesse sentido são os ensinamentos de Pedro Antonio²⁰:

As novas formas de produção industrial nasceram e cresceram dentro da antiga sociedade feudal existente na França. Mas as taxas cobradas pela nobreza, os impostos cobrados pelo Estado absolutista e as proibições estabelecidas pela política mercantilista eram um sério obstáculo ao desenvolvimento dos meios de produção, controlados pela burguesia. Por isso, para a burguesia francesa, era vital destruir o governo absolutista, que sustentava todos os privilégios das corporações e da nobreza feudal. E foi na França que eclodiu, no século XVIII, um movimento intelectual que soube detectar as contradições e denunciá-las com clareza: o Iluminismo. As forças revolucionárias sabiam com clareza o que queriam criar e o que queriam destruir.

Diante do exposto, os revolucionários chegaram com novos ideais e estavam munidos de grande força e apoio popular. Contudo, a maioria desses líderes estava mais interessada em mostrar e defender seus próprios interesses do que proteger a dignidade da pessoa humana. Ao contrário dos americanos, que estavam mais preocupados com sua

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 90.

¹⁹ COTRIM, Gilberto. **História global, Brasil e geral**. Vol. Único. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 246.

²⁰ PEDRO, Antonio. **Historia geral: compacto 2º grau**. São Paulo: FTD, 1995 p. 213.

liberdade, os franceses julgavam-se desbravadores de um novo mundo e estavam ansiosos por anunciar isso a todos os povos.²¹

Em um curto espaço de tempo, os revolucionários conseguiram fazer desaparecer as desigualdades existentes entre os indivíduos e a coletividade, como nunca havia acontecido. Em um só golpe, a Revolução não apenas conseguiu extinguir o sistema feudal imperante até então nos campos, como também depois de dois anos proclamou pela primeira vez na Europa a extinção de todos os privilégios religiosos e a emancipação do povo judeu.²²

A Declaração de 1789 foi o primeiro documento constitucional deste novo regime político apresentado pela Revolução, e trouxe mais diferenças notáveis com relação ao sistema norte-americano. Enquanto estes em sua declaração apresentaram as garantias judiciais para a obtenção destes direitos, os franceses, em contrapartida, apenas declararam, abstendo-se de citar os instrumentos judiciais que os garantissem.²³

O ano de 1864 ficou marcado pela Convenção de Genebra que inaugurou o chamado Direito Humanitário, conjunto de normas que deveriam ser requeridas em tempos de guerra ou conflitos armados. Foi a primeira introdução dos direitos humanos no âmbito internacional. No ano de 1880, a comissão que esteve presente na formação da Convenção de 1864 transformou-se na Comissão Internacional da Cruz Vermelha, até hoje mundialmente conhecida.

Após a independência norte americana, a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos foi a mais marcante da América no século XX. A Carta mexicana esteve passos a frente do ordenamento jurídico europeu por ter sido a primeira a normatizar os direitos trabalhistas na qualidade de direitos fundamentais.

Dois anos após, reunidos na cidade de Weimar os alemães votaram em Assembléia a Constituição Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar. A Alemanha estava sacudida, endividada e a população desacreditada tendo em vista os quatro anos de combates perdidos na I Guerra Mundial. Mas, apesar de suas fraquezas, o texto constitucional representou inovações para a Europa ocidental.

Fábio Konder Comparato²⁴ nos mostra que:

A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objeto a organização do Estado, enquanto a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 128-130.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 132-133.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 146.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 189.

No encerramento da Conferência da Organização Internacional das Nações Unidas em 26 de junho de 1945, cinquenta e um Estados assinaram a Carta das Nações Unidas, ratificada pelo Estado brasileiro no mesmo ano. Com o principal objetivo de manter a paz e a segurança internacional, a Carta das Nações Unidas surgiu como uma esperança e um sinal de alerta para que toda a humanidade viesse a se unir e a colaborar em âmbito universal na reorganização internacional, com alicerces firmados no respeito incondicional à dignidade humana.

Em 1946 foi aprovado o estatuto da Comissão de Direitos Humanos que abrangia dois objetivos: o de promover e o de resguardar a dignidade da pessoa humana. Dentre as competências da Comissão, podemos ressaltar a função de começar os trabalhos de inquérito que possivelmente poderiam até levar à condenação de um Estado considerado responsável, como também, estabelecer uma estrutura de vigilância e informações sobre um país ou uma questão determinada.²⁵

A concepção contemporânea dos direitos humanos é fruto da internacionalização desses direitos, que surgiu em resposta às atrocidades e aos abusos cometidos no período da II Guerra Mundial, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada anos depois pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.²⁶

O projeto da Declaração de Direitos Humanos foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e continuou o processo iniciado com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa, estabelecendo a igualdade entre todos os seres humanos não importando suas origens, raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou qualquer outra condição.

Os artigos XXII a XXVI trazem as bases da solidariedade, asseguradas pelos direitos econômicos e sociais. Diante de tudo, Montesquieu *apud* Fábio Konder Comparato²⁷ faz interessante relato a respeito:

Se eu soubesse de algo que fosse útil a mim, mas prejudicial à minha família, eu o rejeitaria de meu espírito. Se soubesse de algo útil à minha família, mas não à minha pátria, procuraria esquecê-lo. Se soubesse de algo útil à minha pátria, mas prejudicial à Europa, ou então útil à Europa, mas prejudicial ao Gênero humano, consideraria isto como um crime.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais desenvolvidos através do conteúdo relacionado aos Direitos Humanos resguardados pela Declaração Universal de 1948.

Por fim, como solução encontrada para a reconstrução de um novo paradigma que viesse a tornar possível o alcance de tais direitos a toda comunidade, deu-se início ao

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 213.

²⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano, p.8.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. p. 39.

processo de internacionalização dos direitos humanos, com o objetivo de abranger toda a Comunidade Internacional na tentativa de universalizar os direitos humanos.

Para a relevância da presente pesquisa, é conveniente a análise acerca do sistema do processo histórico de evolução da questão ambiental, e seu ordenamento jurídico internacional.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA QUESTÃO AMBIENTAL

Após a Revolução Industrial houve uma excessiva aceleração da contaminação do meio ambiente natural, sendo necessário compreender-se a gravidade do tema.

De outro lado, os últimos três séculos foram marcados por inúmeras descobertas e invenções em diversos campos da ciência, possibilitando o surgimento de uma enorme capacidade de produção e controle dos elementos naturais.

A presença do homem sobre a terra supõe a sua interação com a natureza. Em uma direta relação com as suas capacidades e com o número de seus indivíduos, nota-se que todas as espécies alteram o seu entorno com o objetivo de atender as suas necessidades vitais. Neste aspecto, Gabriel Real Ferrer destaca a singularidade do homem e a sua exclusiva capacidade de gerar novas necessidades que vão além das derivadas de suas subsistências.²⁸

Como fruto de dimensões históricas e culturais, o meio ambiente, nos moldes do artigo 3º da Lei 6938/81²⁹ é definido como o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Nestes moldes, observa-se que o Meio Ambiente consiste em direito humano fundamental, que se configura como direito de todos, bem de uso comum do povo e indispensável à qualidade de vida saudável³⁰.

O voto do Relator Ministro Celso de Mello na ADIN 3.540/DF³¹ foi claro no sentido de consagrar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito

²⁸ FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. In: Revista Aranzadi de Derecho Ambiental. Pamplona; Aranzadi, 2002, p. 73.

²⁹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm.

³⁰ ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 19 – 20.

³¹ Em suas palavras: "Trata-se, consoante já o proclamou o Supremo Tribunal Federal, de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade (PAULO AFFONSO LEME MACHADO, "Direito Ambiental Brasileiro", p. 138/141, item n. 3, 19. ed., 2011, Malheiros) - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social." BRASIL. Supremo Tribunal

fundamental, trazendo ao Estado e à coletividade a incumbência de defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações.

Ocorre que a proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado, em respaldo a sua conservação ecológica, consiste em direito fundamental que, para encontrar eficácia, precisa adotar um modelo de desenvolvimento econômico diferente, que inclua em seus projetos, a variante de preservação ambiental, analisando os impactos que serão acarretados à natureza com a escolha de uma ou outra atividade; isto consiste na concretização do princípio do desenvolvimento sustentável estratégico³².

Entretanto, com o passar dos anos, todos estes conjuntos de condições de leis e interações que regem a vida em todas as formas precisaram ser modificados para permitir a sobrevivência da raça humana, ou até mesmo, em favor do conforto dela.

Fritjof Capra alertou em sua obra “A Teia da Vida” sobre a importância de não estudar todos estes problemas de nossa época de modo isolado, em razão de se tratar de problemas sistêmicos, totalmente interligados e interdependentes. Do mesmo modo, o físico austríaco apresenta a necessidade de existência de um novo paradigma, baseado na concepção do mundo como um todo integrado, e “não como uma coleção de partes dissociadas”³³.

Com o advento da crise ecológica, iniciada a partir de inúmeras situações de degradação ambiental, começaram a surgir mobilizações no seio da sociedade civil com o objetivo de atuar em defesa da natureza, o que resultou em novos valores e práticas no âmbito comunitário. Logo, o movimento ambientalista surgiu na tentativa de solucionar as distorções provocadas pela crise ecológica, em razão do Estado não ter sido eficiente na prevenção e na proteção dos mesmos.³⁴

Considerada como um dos produtos da Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra no final do século XIX, a momentânea urbanização provocou profundas alterações no ambiente natural. Reinaldo Dias descreve³⁵:

Ainda nos primórdios da industrialização, um economista inglês, Thomas Robert Malthus (1766 – 1834), publicou um trabalho denominado *Ensaio sobre a população: como afeta o futuro progresso da humanidade* (1798), onde sistematizava um conjunto de preocupações

Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 - Distrito Federal (ADI 3.540 – MC/DF). Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em 01 de setembro de 2005. Diário de Justiça, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/220_1.pdf

³²SOARES, G. F. S. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.p. 175-176.

³³ CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida**. São Paulo: CULTRIX, 1996, p. 16

³⁴ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

³⁵ DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental – Responsabilidade Social e Sustentabilidade**. São Paulo: Atlas, 2007.

que apontava para os problemas decorrentes do aumento populacional e para a possibilidade de esgotamento dos recursos naturais e seus reflexos no crescimento econômico. Dando destaque ao crescimento populacional, afirmava que “o poder da população é infinitamente maior que o da terra para produzir a subsistência do homem”.

Em razão da negligente conduta humana, majorada pela Revolução Industrial, desencadeou-se o início da crise ambiental, trazendo também a possibilidade da proteção ao meio ambiente ser tratada com um maior cuidado e, conseqüentemente, maior aplicabilidade jurídica, tornando-a inclusive um direito presente em diversas Constituições.

No pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho³⁶:

“[...] a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou literatura.

Considerada como o ponto de partida do movimento ecológico, a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, realizada em 1972, demonstrou diversos exemplos de degradação do meio ambiente, enfatizando a necessidade de manutenção da pureza da água e do ar. No Brasil, os primeiros exemplos de proteção ao meio ambiente surgiram no século XVII. Nas décadas seguintes, foram assinadas as primeiras Cartas visando a proteção e conservação das florestas.³⁷

Com o crescente avanço do processo de desconstituição da soberania em nome da economia de mercado neoliberal, percebe-se cada vez mais a ausência de capacidade normativa para regular o mercado. Relembrando Kelsen, compreensível é a necessidade de existência da norma fundamental hipotética, como produto de um Estado consolidado na Constituição soberana³⁸.

Deflagra-se então, a tomada de consciência da crise ambiental, principalmente, a partir da constatação de que tais condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas tão ativas e presentes na sociedade contemporânea estão em conflito com a qualidade de vida³⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 225 prevê a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado”,

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito ambiental constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

³⁷ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional**. Rio de Janeiro: Thex Ed. 2002, p. 27.

³⁸ PORTANOVA, Rogério. Direitos humanos e Meio Ambiente: Uma revolução de paradigma para o século XXI. LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Mello. (Org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004, p. 636.

³⁹ LEITE, José Rubens. Morato.; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 23.

objetivando evitar a ideia, possível, de um meio ambiente equilibrado sem qualificação ecológica, isto é, sem relações essenciais dos seres vivos entre si e deles com o meio. Para tanto, “conservação ecológica” consiste na “gestão da utilização da biosfera pelo ser humano, de tal sorte que produza maior benefício sustentado para gerações atuais, mas que mantenha sua potencialidade para satisfazer às necessidades e às aspirações das gerações futuras”⁴⁰.

Ademais, pode-se perceber que os atuais modelos constitucionais tem elevado a tutela ambiental cada vez mais não ao nível de um direito qualquer, mas de um direito fundamental. Logo, acrescenta José Rubens Morato Leite⁴¹:

Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, logram conquistar.

Com a finalidade de preservar o meio ambiente e garantir o desenvolvimento econômico e social para próximas gerações, foi legitimada na Eco 92 a importância do ambiente sustentável, sendo este duradouramente limpo, portanto, uma escolha valorativa de assento constitucional⁴².

Sobre o importante encontro ocorrido no Rio de Janeiro, Gabriel Real Ferrer⁴³ destaca:

Por outro lado, a Rio 92 deixou apontada a relação entre o meio ambiente e o progresso econômico e buscou romper com o prejuízo, estendido até então e ainda parcialmente presente, consistente em dar por certa a posição antagônica entre desenvolvimento e meio ambiente, insistindo na ideia de que o que se opõe à proteção do meio ambiente não é o desenvolvimento, mas na forma de compreendê-lo é que caberiam outras abordagens que romperiam com essa falsa dicotomia. Tratava-se de abrir o caminho para o desenvolvimento sustentável. Desde então a proteção ambiental não o requereu novamente. (Tradução livre)⁴⁴

Acerca do tema, assim afirma Juarez Freitas⁴⁵:

“Traduz-se, portanto, a sustentabilidade, como dever fundamental de, a longo prazo, produzir e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos

⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 86.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato Leite. **Direito ambiental constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

⁴² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 120

⁴³ FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.); GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.); FERRER, Gabriel Real [et. al]. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Livro eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>> 1. ed. Itajaí : UNIVALI, 2013.

⁴⁴ Por otra parte, Río 92 dejó apenas apuntada la relación entre lo ambiental y el progreso económico e intentó romper con el prejuicio, tan extendido entonces y hoy aún parcialmente presente, consistente en dar por cierta la oposición antagónica entre desarrollo y medio ambiente, insistiendo em la Idea de que lo se opone a la protección del medio ambiente no es el desarrollo, sino una forma de entender lo y que cabían otros enfoques que rompían com esa falsa dicotomía. Se trataba de abrir el paso al Desarrollo Sostenible. Desde entonces la protección ambiental no ha requerido de nuevas. (Tradução livre)

⁴⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. p. 40

os componentes primordialmente éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos.”

Portanto, nos moldes apresentados pelo professor Gabriel Real Ferrer, o paradigma atual da humanidade é a Sustentabilidade, que nos apresenta a possibilidade de perpetuar uma sociedade através do tempo com condições dignas e que vem a compreender não somente as relações entre o econômico e ambiental, mas trata do equilíbrio humano frente às demais problemáticas.⁴⁶

Preconiza-se, presentemente, diante da sociedade de risco⁴⁷, a prevalência da proteção do meio ambiente como condição necessária e indispensável à manutenção da vida humana, daí a imprescindibilidade da criação de Estados Constitucionais Ambientais.

Há que se pensar, e isto é fato, que o tratamento a ser oferecido com o intuito de proteger e manter o meio ambiente equilibrado para as futuras gerações é de extrema relevância, não devendo ser tratado somente dentro das fronteiras do estado nacional, mas é, urgentemente, assunto de interesse internacional.

3 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL E DOS DIREITOS HUMANOS

Ao longo do tempo, cada vez mais torna-se necessária a necessidade da preservação ambiental ser tratada no cenário mundial com a finalidade de minimizar os efeitos decorrentes de séculos de descuido e negligência com o meio ambiente. Com o passar dos anos, após os horrores ocorridos na segunda guerra mundial, inicia-se um processo de internacionalização, não somente dos direitos humanos, iniciado em 1948 a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas também da proteção ambiental.

Dado o pontapé inicial na criação de normas específicas com abrangência internacional, tornou-se possível a responsabilização de um Estado quando os preceitos nacionais se mostraram incapazes de proteger os direitos garantidos em âmbitos interno.⁴⁸

No tocante à proteção dos direitos humanos, fundamentados nesta Declaração, no ano de 1966, mais dois pactos foram adotados pela Assembleia da ONU: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, instituindo o direito de petição e o Pacto

⁴⁶ FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía. Construimos juntos el futuro? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3 - p. 319 / set-dez 2012. Disponível em: www.univali.br/periodicos.

⁴⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 177.

Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que inovou ao estabelecer a abolição da pena de morte.⁴⁹

Em relação à proteção ambiental, a Convenção de Estocolmo foi um marco para o Direito Internacional Ambiental, no qual 26 princípios trataram de temas de interesse comum da humanidade na tentativa de conciliar a proteção do Meio Ambiente e o direito ao desenvolvimento, buscando, para isso, critérios e princípios comuns.

Por volta dos anos 80, a questão ambiental entrou definitivamente na agenda internacional, abrindo caminho para a Comissão Brundtland, que gerou o Relatório “Nosso futuro comum”, criando a temática do desenvolvimento sustentável tratando da satisfação das necessidades presentes sem comprometer a capacidades das gerações futuras de cumprir as suas⁵⁰.

Nas palavras de Washington Novaes⁵¹, o relatório apontava para uma das maiores questões de atual relevância da humanidade:

Reconhecer que o planeta é finito, não tem recursos infindáveis; por isso, Humanidade precisa adotar formatos de viver – padrões de produção e consumo – sustentáveis, que não consumam mais recursos do que a biosfera terrestre é capaz de repor; não comprometam o meio ambiente, os muitos biomas do planeta, os seres vivos que neles vivem, as cadeias alimentares e reprodutivas; não degradem os seres humanos; além disso, os padrões de viver não poderiam sacrificar recursos e comprometer os direitos das futuras gerações.

Seguindo a evolução do direito ambiental, nas palavras de Cançado Trindade:

“Em relação à proteção ambiental, os anos seguintes à Declaração de Estocolmo testemunharam da mesma forma uma multiplicidade de instrumentos internacionais sobre a matéria, igualmente a níveis tanto global quanto regional. Estima-se que em nossos dias haja mais de 300 tratados multilaterais e cerca de 900 tratados bilaterais dispendo sobre a proteção e conservação biosfera, ao que se podem acrescentar mais de 200 textos de organizações internacionais. Esta expansão considerável da regulamentação internacional no presente domínio tem seguido, de modo geral, um enfoque “setorial”, conducente à celebração de convenções voltadas a determinados setores ou áreas, ou situações concretas (e.g., oceanos, águas continentais, atmosfera, vida selvagem). Em suma, a regulamentação internacional no domínio da proteção ambiental tem se dado na forma de *respostas* a desafios específicos.”

De modo parecido, ocorreu no campo da proteção dos direitos humanos, em que pode ser observada a multiplicidade de instrumentos internacionais. Acoplado ao sistema normativo global surgiram os sistemas regionais de proteção, buscando a nível regional a

⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 27.

⁵⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, p. 46. Destaque-se que, no Brasil, desde 1981 já contávamos com previsão legal relativa ao tema, sendo um dos princípios da política nacional do meio ambiente o de “compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a proteção do meio ambiente” (art. 4º, I, da Lei n. 6.938/81).

⁵¹ NOVAES, Washington. **Agenda 21**: um novo modelo de civilização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). Anuário: direito e globalização, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.324.

internacionalização dos Direitos Humanos, exemplificadamente na Europa, América e Ásia. Estes sistemas, tanto o global quanto o regional, são baseados nos princípios e valores apresentados na Declaração Universal, e interagem entre si para, no plano internacional beneficiar os indivíduos com a proteção dos direitos humanos.⁵²

Seguindo a evolução do Direito Ambiental Internacional, ocorreu em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, a ECO/92, durante a qual:

“o Estado, a Diplomacia e a Cidadania brasileiros saíram fortalecidos do desafio que para nós foi não apenas extraordinariamente didático, como revelador das importantes virtualidades de que já dispúnhamos, mas que não havíamos podido plenamente revelar, em momento algum de nossa História, em palco tão amplo e com audiência literalmente planetária⁵³.”

Ademais, fechando o ciclo das mais importantes Conferências Internacionais que serviram de base para Direito Ambiental Internacional, foi realizada, em 2002, na cidade de Johannesburgo, a “Rio +10”, marcada por consolidar a ideia de que nenhum dos elementos da sustentabilidade (ecológico, social e econômico) deveria ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Nasce a ideia da complementariedade e dependência.⁵⁴

Pode-se verificar que o conjunto de direitos e garantias do ser humano detém como finalidade básica o respeito à sua dignidade, esta adquirida mediante a proteção contra o poder do Estado e a instituição de condições mínimas para a vivência e o desenvolvimento da personalidade humana, bem como o seu pleno crescimento e bem-estar.

É válido ressaltar ainda que o processo de internacionalização da proteção dos direitos humanos não tem por objetivo a substituição do sistema nacional. Ao revés, este se situa como norma subsidiária e suplementar ao direito nacional, visando à superação de possíveis omissões ou deficiências.⁵⁵

De mesmo modo, a proteção ambiental internacional merece total atenção e dedicação, tendo em vista que foi preciso que o meio ambiente apresentasse os primeiros sinais de desequilíbrio para receber os devidos cuidados. Alarmante é reconhecer que a humanidade já detinha o conhecimento de tais fatos, mas preferiu ficar inerte e fingir desconhecer, a real face da crise ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo ressaltar a importância do estudo e do conhecimento acerca dos processos de internacionalização dos direitos humanos e da proteção ambiental; um tema que, por sua relevância e atualidade, motivou a escolha para a produção deste artigo científico.

⁵² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, p. 13-14.

⁵³ SOARES, Guido Fernandes Silva Soares. **Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergências, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

⁵⁴ BODNAR, Zenildo. **A SUSTENTABILIDADE POR MEIO DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. p. 329-330. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica>.

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. p. 217.

Conforme abordado, pôde-se extrair da pesquisa que todo o processo evolutivo pelo qual os direitos humanos passaram, resultou de uma fusão de várias tradições, reunião de ideias filosófico-jurídicos; enquanto a internacionalização da proteção ambiental é um fruto recente, com origem no último século e tarefa de garantida continuação para o futuro próximo.

Ademais, pode-se concluir que demorou até que fossem tomadas as devidas precauções sobre a manutenção das qualidades essenciais dos recursos naturais sem prejudicar a garantia de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. Para tanto, foi necessário que o meio ambiente apresentasse os primeiros sinais de desequilíbrio. Na medida em que o crescimento econômico tomava proporções excessivas e cada vez mais degradantes, houve a necessidade de se procurar um novo paradigma, com a finalidade de alcançar os princípios da sustentabilidade.

Diante do exposto, destacou-se a importância do processo de internacionalização de dois direitos essenciais a pessoa humana, os quais estão intimamente inter-relacionados: direitos humanos e proteção ambiental.

Constituiu-se um grande avanço a consideração e equivalência da proteção ambiental como um direito humano e direito ao desenvolvimento, considerando e demonstrando assim, que a busca pelo meio ambiente sadio e equilibrado deverá ser tratada não apenas no ambiente interno de cada nação, mas em âmbito global, para que todas as medidas a serem tomadas sejam efetivadas não somente na presente, mas garantida para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BODNAR, Zenildo. **A SUSTENTABILIDADE POR MEIO DO DIREITO E DA JURISDIÇÃO**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 - Distrito Federal (ADI 3.540 – MC/DF). Relator: Ministro Celso de Melo. Julgado em 01 de setembro de 2005. Diário de Justiça, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/220_1.pdf
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina.
- CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida**. São Paulo: CULTRIX, 1996.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- COTRIM, Gilberto. **História global, Brasil e geral**. Vol. Único. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

- DIAS, Reinaldo. **Gestão Ambiental – Responsabilidade Social e Sustentabilidade..**
- FERRER, Gabriel Real. **Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía.** Construimos juntos el futuro? Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 17 - n. 3/ set-dez 2012. Disponível em: www.univali.br/periodicos.
- FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental.** In: Revista Aranzadi de Derecho Ambiental.Pamplona; Aranzadi, 2002, p. 73-94.
- FERRER, Gabriel Real. **Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho.** In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (Org.); GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.); FERRER, Gabriel Real [et. al]. **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade.** Livro eletrônico. Modo de acesso: World Wide Web: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>> 1. ed. Itajaí : UNIVALI, 2013.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.169
- LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Mello. **Direito Ambiental Contemporâneo.** Barueri: Manole, 2004.
- LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática.** 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución.** Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NOVAES, Washington. **Agenda 21:** um novo modelo de civilização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). Anuário: direito e globalização, 1: a soberania. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PASOLD, Cesar Luis. **Metodologia da pesquisa jurídica:** Teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008.
- PEDRO, Antonio. **Historia geral: compacto 2º grau.** São Paulo: FTD, 1995.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos:** análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito ambiental internacional.** Rio de Janeiro: Thex Ed. 2002.
- SOARES, G. F. S. **Direito internacional do meio ambiente:** emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

NOVA LEX MERCATORIA: ORDENAMENTO JURÍDICO SUPRANACIONAL (?)¹

Roberto Epifanio Tomaz²

Mario João Ferreira Monte³

Oswaldo Agripino de Castro Júnior⁴

INTRODUÇÃO

Ao conjunto de regras e práticas originadas e estabelecidas pela classe comerciante organizada nas chamadas corporações de ofício (ou corporações mercantis) a partir do século XII, nominou-se *lex mercatoria* ou *ius mercatorum*.

Sob a égide do *ius mercatorum* as práticas comerciais, independente de território, eram difundidas e aceitas, sua violação implicava na exclusão do comerciante infrator do respectivo mercado que eram plenamente hábeis para promover sua regulação.

A *lex mercatoria*, através das corporações, permitiu a estrema difusão do comércio e ainda mais o fortalecimento da classe mercantil medieval que acabou por apoiar a formação do Estado-nacional frente ao poderio centralizador dos senhores feudais. Foi, entretanto, o fortalecimento deste último que levou, por sua vez, a decadência da era corporativa, vez que após o século XIV o Estado passou a assumir o papel que até então era exercido pelo *ius mercatorum*.

O século XX, entretanto, por uma série de fatores ligados ao fenômeno chamado globalização, faz ressurgir os desafios de um comércio internacional livre das barreiras criadas, principalmente, pelos Estados-nações, através de seus ordenamentos, trazendo de volta a idéia de uma nova *lex mercatoria* que possa gerir as relações comerciais, configurando uma autêntica ordem jurídica supranacional que possa, inclusive, derogar, eventualmente, normas jurídicas nacionais que lhe sejam desfavoráveis.

¹ Artigo produzido em estágio supervisionado através do Programa Institucional de Bolsas de Doutorado Sanduíche no Exterior – PSDE, bolsista da CAPES – processo n.º 18033/12-1, desenvolvido junto a Universidade do Minho, em Braga, Portugal e na Università degli Studi di Perugia, em Perugia, Italia.

² Doutorando e Mestre pela Universidade do Vale do Itajaí, professor de Direito Empresarial dos cursos de graduação e pós-graduação (*lato sensu*) em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, onde também coordena os cursos de pós-graduação em Direito Empresarial e dos Negócios e em Direito Previdenciário e do Trabalho, atua também como advogado.

³ Professor Doutor da Universidade do Minho, em Braga, Portugal, onde também exerce o cargo de Diretor da Escola de Direito. Professor do Programa de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Co-orientador do Programa Institucional de Bolsas de Doutorado Sanduíche no Exterior – PSDE, do bolsista da CAPES – processo n.º 18033/12-1.

⁴ Pós-Doutor pela KSG, Harvard University, Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI, Advogado inscrito na OAB/SC e RJ (www.jharoldoagripino.com.br), Consultor e Parecerista em Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro e Regulatório, Árbitro do CMAJ e Expert Witness em Arbitragens, Orientador do Programa Institucional de Bolsas de Doutorado Sanduíche no Exterior – PSDE, do bolsista da CAPES – processo n.º 18033/12-1.

Uma nova *lex mercatoria*, capaz de tutelar sozinha de forma uniforme e adequada os novos desafios do comércio internacional, leva conseqüentemente a indagação se um sistema de normas corporativo poderia ser considerado um sistema jurídico e, com a eventual confirmação, se este sistema normativo poderia, efetivamente, estar acima dos sistemas jurídicos nacionais, ou seja, poderia se configurar num sistema jurídico supranacional.

Assim sendo, o presente artigo tem como objeto a compreensão da condição arbitrada a chamada nova *lex mercatoria*, como possível ordenamento jurídico supranacional.

O objetivo é avaliar o conceito da *lex mercatoria*, originada na Idade Média como regras eminentemente profissionais aplicadas à classe dos comerciantes, e revitalizado no século XX e, por fim, estabelecer critérios para uma análise sobre a possível configuração da *lex mercatoria* como um sistema jurídico supranacional.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo⁵, no tratamento dos dados foi o cartesiano⁶, e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, a base lógica é também, indutiva.

As técnicas empregadas foram a do referente⁷, da categoria⁸, do conceito operacional⁹ e da pesquisa bibliográfica¹⁰ e documental, esta última, pela via eletrônica.

1. *LEX MERCATORIA*, ANTIGO CONCEITO REVITALIZADO

Com o termo "*lex mercatoria*" ou outras expressões mais ou menos equivalentes, como "direito autônomo do comércio internacional", "autonomous law of international trade", "new law merchant", "autonomes Recht des Welthandels", etc, se costuma designar o conjunto de princípios e regras que se estabeleceram na prática do comércio internacional

⁵ O método indutivo consiste em "[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 86.

⁶ O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras "[...] 1. *duvidar*; 2. *decompor*; 3. *ordenar*; 4. *classificar e revisar*. Em seguida, realizar o *Juízo de Valor*.". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 204. Categorias grifadas em maiúscula no original.

⁷ Denomina-se referente "[...] *a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa*.". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 54. Negritos no original.

⁸ Entende-se por categoria a "[...] *palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia*.". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 25. Negritos no original.

⁹ Por conceito operacional entende-se a "[...] *definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas*". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 198.

¹⁰ Pesquisa bibliográfica é a "*Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais*". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 207.

e que tem sido chamado para garantir a regulação das relações de negócios individuais e que, possivelmente, são mais funcionais do que os direitos nacionais tradicionais¹¹.

No decorrer das épocas, inúmeros tem sido os esforços no sentido de padronizar as praticas comerciais mundiais. Uma sociedade autônoma de vendedores e compradores do comércio internacional, pela reiterada prática de atos contratuais, aliada a uma vontade específica para a criação de regras próprias à sua atividade, por sua vez, acabaria por gerar um direito distinto dos direitos nacionais, a que se denominaria de *lex mercatoria*, com status de autêntico sistema jurídico distinto do tradicional costume comercial internacional.

Segundo Huck¹² um direito dos mercadores é alvo tão antigo quanto o próprio comércio. Traços de um sistema análogo podem ser encontrados já no ano 300 a.C., com a Lei do Mar de Rodes, adotada por gregos e romanos e, posteriormente, introduzida no restante da Europa. No curso do tempo, várias manifestações jurídicas no mesmo sentido são detectadas, tais como as regras de direito marítimo desenvolvidas pelo Imperador Basílio I, no século IX; as tábuas de Amalfi, editadas no século XII na Corte de Oleron, uma ilha atlântica da costa francesa; as leis de Wisby, que desde 1350 regulavam o comércio no mar Báltico; o Consulado do Mar, ainda no século XIV, uma coletânea de costumes do comércio marítimo, reunida pela Corte Consular de Barcelona e aceita em praticamente todos os centros comerciais marítimos da Europa.

Entretanto, malgrado a importância daquilo que se poderia chamar de comercio internacional já no período da Alta Idade Antiga, das quais civilizações como a dos fenícios, dos gregos e da Roma Antiga se destacavam como fontes históricas no processo de desenvolvimento do comércio internacional, é apenas na Idade Média que se assinala o período de formação do que atualmente se conhece como Direito Comercial¹³.

É neste período que o comércio e a indústria, sob o influxo das idéias do Cristianismo, travaram, por bem de sua liberdade e desenvolvimento, a renhida luta contra as velhas instituições políticas e contra a inflexibilidade, rigidez e dureza das regras do direito romano. Assim, à medida que o comercio impulsionava as transações e desenvolvia do crédito, começaram a aparecer nas ditas Repúblicas da Itália, como Veneza, Gênova, Pisa, Florença, etc., usos e costumes seguidos do trato dos negócios que veio a caracterizar a primeira manifestação jurídica do exercício do comércio¹⁴.

Stoecker¹⁵ lembra que,

Parallel to this development, a large body of laws governing overland trade evolved in the Middle Ages. The merchants travelling to the different markets, fairs and sea-ports to trade their goods had their own laws, and legal systems which were distinct from the laws applicable in their respective States. The commercial customs that developed were confirmed and given legal definition by the mercantile courts which were made up generally of members of the merchant class, their election dependent upon their experience and knowledge.

¹¹ BONELL, Michael Joachim. *Lex mercatoria*. Digesto Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale IX. Torino: UTET, 1993. p. 11.

¹² HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e "Lex Mercatoria": horizontes do comercio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

¹³ STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTR, 2009, p.55, 57.

¹⁴ STRENGER, Irineu. *Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria*. São Paulo: LTR, 2009, p.57, 58.

¹⁵ STOECKER, C. W. *The Lex Mercatoria: to what extent does it exist*. Journal of International Arbitration, Vol 7, n. 1, 1990, p. 102.

Pode-se apontar a queda do Império Romano, parte ocidental, que cominou numa Europa presa na anarquia, como a circunstancia propicia que levou, com o tempo, o desenvolvimento da organização da classe dos comerciantes. A falta de um poder político em condições de manter a paz interna e a realização do direito fez com que, com o tempo, se constituíssem corporações de classe, entre elas as chamadas corporações de mercadores que objetivavam a proteção e assistência dos comerciantes, tanto no interior como no exterior. Cada corporação, ensina Strenger¹⁶, formava como que um pequeno Estado, dotado de um poder legislativo e de um poder judiciário; tinha patrimônio próprio, constituído pelas contribuições dos associados e por taxas extraordinárias e pedágios; participavam, mediante seus representantes e oficiais, nos Conselhos da Comuna; vigiavam sobre a guerra e a paz, sobre as represálias; formavam as próprias leis e estatutos e, mediante jurisdição própria, cuidavam da sua observância.

Este é o cenário da gênese da chamada *lex mercatoria* que em resposta aos direitos feudais e em contraposição ao direito romano, plenos de privilégios, entravavam as relações de comércio, surge como ordenamento a reger as relações entre os comerciantes, de modo uniforme, por meio da aplicação obrigatória dos usos e costumes comerciais.

Destarte, sob a égide das *ius mercatorum* as práticas comerciais eram difundidas e aceitas, sua violação implicava a exclusão do comerciante infrator do respectivo mercado que eram plenamente hábeis para promover a regulação e a evolução deste seguimento.

A época áurea da *lex mercatoria*, regras corporativas mais ou menos uniformes e aceitas e aplicadas independentemente dos territórios, faz fortalecer ainda mais o comércio que se expande por todo o mundo conhecido da época, auxiliado pela promoção de grandes e audazes expedições marítimas.

As sociedades corporativas apenas começam a entrar em decadência após o século XIV quando o Estado-nacional começa a ganhar força, assumindo o papel até então exercido pelo *ius mercatorum* dos comerciantes medievais, fenômeno que leva a consolidação do Estado nacional moderno¹⁷.

Segundo Strenger¹⁸, muito embora a *lex mercatoria* tenha possuído grande importância na Idade Média, caiu em desuso com a fase das codificações iniciada com o Código de Napoleão:

Essa manifestação codificadora, naturalmente, contribuía para o nascimento de códigos territoriais que se seguiram e enfraqueceram a atividade livre dos comerciantes, contrariando seus interesses na parte relativa às operações internacionais; os séculos XVIII e XIX

¹⁶ STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e *Lex Mercatoria***. São Paulo: LTR, 2009, p.58.

¹⁷ CATALAN, Marcos Jorge; BUSSATTA, Eduardo Luiz. **A *Lex Mercatoria***. Revista Jurídica Consulex, Ano VII, n. 166, 2003, p. 56.

¹⁸ STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e *Lex Mercatoria***. São Paulo: LTR, 2009, p. 61.

caracterizam-se pela incorporação das práticas e usos comerciais em ordenamentos internos, de onde se deduz o entendimento de que as leis nacionais seriam as únicas a governar as relações internacionais, com motivações que variavam de Estado para Estado.

É, portanto, de forma irônica de que a estrutura proporcionada pela *lex mercatoria* que de início contribuiu para formação dos Estados-nacionais, com a estruturação destes a partir das codificações deixou de ser apenas os “problemas do comércio” para passar a ser submetidos às jurisdições domésticas e não mais uma ordem jurídica independente, o que tornou bastante limitada a extensão e o caráter do comércio internacional.

O comércio passa ser questão de interesse do Estado que encontra nele não só fonte de manutenção, tributação, mas fator preponderante para difundir a propagação e de “distribuição” de riquezas através da produção industrial e a contratação de mão-de-obra e as diversas outras atividades que as derivam.

O século XX e o processo de globalização¹⁹, acirrado, principalmente, segundo Cruz²⁰, após o fim da disputa ideológica entre capitalismo e socialismo, caracterizado pela forte e crescente internacionalização do comércio, traz de volta os desafios e as tentativas de manter correlação com as necessidades circunscritas à comunidade mercantil²¹.

Conforme Lando²², o vazio legislativo e o caráter esparso da jurisprudência não puderam fornecer o quadro necessário para acompanhar o desenvolvimento das relações comerciais internacionais depois da Primeira Guerra Mundial. Estas circunstâncias, somadas a diversidade dos sistemas legais e a participação dos Estados nos atos de comércio, tem convencido juristas e comerciantes de que as leis nacionais interferem negativamente no crescimento global do comércio e de que há necessidade de desenvolver regras que possam ser aplicadas indistintamente, seja onde for que ocorra uma transação de comércio e força reconhecer que uma autonomia comercial que supostamente possa crescer independentemente dos sistemas nacionais desse direito seja a melhor solução para regular o comércio internacional, ou seja, um ressurgimento do que outrora era conhecido como *lex mercatoria*.

Destarte, a exemplo do *ius mercatorum*, nascido no século XI e XII na esteira dos costumes comerciais, com jurisdição especial, baseado na autonomia corporativa e sem

¹⁹ Para SANTOS, Boaventura de Souza, a globalização é um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Globalização: Fatalidade ou Utopia?** 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005. p. 32.

²⁰ CRUZ, Paulo Marcio. **Da Soberania a Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí, UNIVALI Editora, 2011, p. 15, 105.

²¹ TOMAZ, Roberto Epifanio. **Governança Transnacional**. Revista do Direito, UNISC, Santa Cruz do Sul/RG, nº. 40, Agosto/Outubro, 142-163, 2013. Disponível em: < <http://www.http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3710/2887> >. Acesso em: 22 de março de 2014, p 145.

²² LANDO, Ole. **The Law Applicable to the Merits of the Dispute. Essays on International Commercial Arbitration**. London: Petar Sarcevic, Graham & Trotman/Martins Mijhoff, 1989, p. 143.

intervenção do Estado, pretende-se a concepção e vigência de uma nova *lex mercatoria* concebida no final do século XX.

Goldman²³ é quem lança o que se pode chamar do fundamento doutrinário para uma nova *lex mercatoria* em artigo publicado em 1964, defendendo-a como um direito positivo distinto e autônomo com fim de regular o comércio internacional, livre das barreiras e limitações impostas pelos direitos nacionais.

Na opinião de Guerreiro²⁴, ou se adota essa normatividade supranacional que ganha corpo com o título de *lex mercatoria*, pela razão que ela permite soluções que atendem à necessidade e conveniência das partes, com eficiência e neutralidade, mas com o risco, sempre presente, da incerteza ou da incalculabilidade quanto ao resultado final da decisão arbitral, ou se permanece sob a égide dos mecanismos tradicionais das regras de conflito, com apelo necessário às legislações nacionais, o que aparentemente tem a seu favor maior certeza do direito aplicável, mas que, em muitas oportunidades, não tem conduzido as partes a soluções razoáveis e equitativas, como seria evidentemente de desejar.

Para Lando²⁵,

The parties to an international contract sometimes agree not to have their dispute governed by national law. Instead they submit it to the customs and usages of international trade, to the rules of law which are common to all or most of the States engaged in international trade or to those States which are connected with the dispute. Where such common rules are not ascertainable, the arbitrator applies the rules or chooses the solution which appears to him to be the most appropriate and equitable. In doing so he considers the laws of several legal systems. This judicial process, which is partly an application of legal rules and partly a selective and creative process, is here called application of the *lex mercatoria*.

Sob estas perspectivas, a idéia de uma nova *lex mercatoria* se propaga como um sistema de normas nascido da coesão de regras de caráter profissional ou associativo adotadas pelos comerciantes na ordem internacional (ao lado das convenções internacionais que buscam unificar as regras a prática do comércio internacional²⁶ e de diversas entidades privadas dedicam-se à uniformização dessas regras, tais como a UNIDROIT ou a Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI), formando uma ordem jurídica supranacional que nega as relações internacionais tradicionais do comércio derivada dos ordenamentos jurídicos internos e atua como um poder normativo independente do direito positivo dos Estados.

²³ GOLDMAN, Berthold. **Les frontières du droit et *lex mercatoria***. Archives de Philosophie du Droit. n. 9, 1964, p. 177.

²⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 96.

²⁵ LANDO, O. **The *lex mercatoria* in international commercial arbitration**. The International and Corporate Law Quarterly, n. 34, 1985, p. 747.

²⁶ As Convenções de Haia (1954) e de Viena (1980), definindo normas uniformes para a compra e venda internacional de mercadorias, representam claros exemplos.

Ainda que desejável, a idéia propagada da nova *lex mercatoria* leva, por conseguinte, a indagação de que se um sistema de regras corporativo poderia configurar um sistema jurídico e, por conseguinte, com a eventual confirmação, se este sistema normativo poderia efetivamente estar acima dos sistemas jurídicos nacionais estabelecidos pelos Estados-nações, capaz de sozinho tutelar de forma adequada os atuais desafios do comércio internacional.

Malgrado as discussões já defendidas por autores, que poderiam gerar diversas formas de abordagem e perspectivas para esta análise, a presente pesquisa toma por base a avaliação o preenchimento de requisitos pela nova *lex mercatoria* que a possam configurar como um sistema jurídico supranacional, reflexões tecidas no próximo item.

2. LEX MERCATORIA E ORDEM JURÍDICA SUPRANACIONAL

O conceito de uma *lex mercatoria*, um comércio internacional desvinculado das limitações impostas pelos direitos nacionais, exerce intenso fascínio seja sobre o jurista ou sobre a classe dos comerciantes internacionais. A privatização das regras desse comércio, possivelmente, traria inegáveis vantagens de ordem prática e, a partir dessa perspectiva, não há que se descuidar ou abandonar as hipóteses que orientam para a uniformização do direito do comércio internacional. Mas este trabalho, nas palavras de Huck²⁷, “deve ser desenvolvido sem delírios ou fantasias”.

Malgrado desde os fins dos anos 60, falar-se acerca de uma nova *lex mercatoria* que teria o condão de flexibilizar as rígidas regras do direito legislado e de construir “um conjunto de regras e de princípios consagrados como normas jurídicas no comércio internacional”, contudo, ainda que um sistema unificado de normas possa ser almejado, a *lex mercatoria* como um ordenamento profissional, acima dos direitos nacionais, aplicável exclusivamente ao comércio internacional, tem, por sua vez, provocado divergências relativo à sua abrangência, efetividade e aplicação, bem como se esta poderia configurar um sistema jurídico supranacional capaz de sozinho tutelar os atuais desafios do comércio internacional.

Para Costa²⁸, o renascimento do *ius mercatorum* não tem o efeito de eclipsar a questão das fontes normativas como nos contratos internacionais de compra e venda, sabendo-se que ainda hoje inúmeros sistemas admitem os costumes como fonte legítima de produção normativa, assim, o que se tem, na verdade, é uma mescla de modelos de fontes, de um lado o modelo da prática, traduzida na expressão “usos do comércio internacional”,

²⁷ HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e “Lex Mercatoria”: horizontes do comercio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

²⁸ COSTA, Judith Martins. *Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional na Convenção de Viena de 1980*. Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <<http://www.uff.br/cisgbrasil/costa.html#top>>. Acesso em: 22 de março de 2014.

origem da *lex mercatoria*, e de outro o modelo da regulamentação de ordem convencional. Em ambos, entretanto, convivem os princípios que, em geral, passam do plano da prática para o plano da regulamentação jurídica convencional, sendo, desta forma, recolhidos ou recebidos pelo direito escrito.

Segundo Lagarde²⁹, a originalidade da *lex mercatoria* é a de ser um direito espontâneo, criado por meio das *societas mercatorum* e é, portanto, fora das origens estatais que é preciso procurar as suas interpretações.

Já para Lafer³⁰, essa nova *lex mercatoria* acaba por esbarrar no intervencionismo econômico dos Direitos Públicos internos dos Estados que, em última análise, controlam o acesso de empresas multinacionais aos seus territórios, configurando-se, nesse processo, uma situação tensa entre a ambição de objetivo universal das experiências econômicas e a territorialidade do Estado-nação.

Nas palavras de Huck³¹, “Estado e *lex mercatoria* são conceitos (e realidades político-jurídicas) quase excludentes, e certamente conflitantes”. O que remete novamente a reflexão da ironia que levou as sociedades corporativas de comerciantes a consolidação do Estado-moderno e a atual dificuldade do atual Estado-nacional em aceitar uma atual *lex mercatoria* que o ignore.

Para Guerreiro³²,

O Estado, enquanto titular do poder normativo e fonte de regras jurisdicionais, configura uma realidade, mas essa comunidade de comerciantes e agentes do comércio internacional configura outra realidade, não conflitante com a primeira, por se referir a interesses diferentes, mas igualmente podendo ser capaz de ser dotada de poder normativo distinto, e podendo se converter, por igual forma, em fonte de regras jurídicas.

Percebe-se, portanto, que as divergências de opiniões exige o tratamento da questão com o cuidado metodológico técnico-jurídico que se disponha a dar uma resposta aos desafios da atual *lex mercatoria* em servir como um direito supranacional, aplicado às relações comerciais.

Desta forma, observados os limites operacionais da atual pesquisa, destaca-se, para fins de análise da questão problema aqui abordada, o preenchimento de requisitos que possam configurar um sistema jurídico supranacional, adotando-se, para tanto, a lição de

²⁹ LAGARDE, Paul. *Approche Critique de la Lex Mercatoria*. In **Le droits des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman**. Paris: Librairies Techniques, 1987, p. 135.

³⁰ LAFER, Celso. In CATALAN, Marcos Jorge; BUSSATTA, Eduardo Luiz. **A Lex Mercatoria**. Revista Jurídica Consulex, Ano VII, n. 166, 2003, p. 56.

³¹ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e “Lex Mercatoria”: horizontes do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

³² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 71.

Huck³³ que pondera ser necessário para a existência de um direito supranacional, inicialmente, a presença de um corpo social capaz de construir um sistema jurídico (no caso, para a *lex mercatoria*, tal corpo seria a sociedade de comerciantes); referido sistema, por sua vez, há de ter autonomia e ostentar uma incontestável independência das normas dos direitos positivos estatais; e, por fim, ser autocontido, inclusive no tocante às sanções que vier a aplicar (e principalmente nelas), dispondo coercitivamente para suas decisões.

Para Goldman³⁴, a *lex mercatoria*, respondia quase integralmente aos requisitos defendendo que, inicialmente, as normas prescritas pela *lex mercatoria* originam-se numa autoridade profissional e não estatal, como aquelas que ditam os contratos-tipo e patrocinam a arbitragem (foro ideal para a implementação desse sistema jurídico). Outrossim, prescreve que este sistema jurídico do comércio internacional conta com uma coação que seria exercida, num primeiro momento, através da pressão moral da classe dos comerciantes, seguida por penalidades comerciais, pela publicidade, ou, finalmente, pelo próprio Estado.

Entretanto, na lição de Lagarde³⁵ observa-se que a *lex mercatoria* não admite a condição de ordem jurídica ou sistema jurídico por lhe faltar organização suficiente e coesão social à sociedade dos comerciantes de onde se origina; para o jurista francês, não há apenas uma única sociedade organizada de mercadores, mas várias delas.

Kahn³⁶, não obstante ser defensor da *lex mercatoria*, reconhece que é necessário que os operadores do mercado internacional constituam um meio suficientemente homogêneo para que a solidariedade profissional se faça sentir para que fiquem claras as necessidades jurídicas coerentes e adequadas.

Somam-se a este desafio, a extensão e a diversificação atual do mercado mundial, onde a multiplicidade de costumes e culturas atingem diretamente as formas de fazer comércio, tornando-se uma barreira à uniformização e aceitação da atual *lex mercatoria*, tarefa esta inquestionavelmente mais simples na Idade Média, onde distâncias geográficas, culturais e costumeiras eram bastante menores.

Parece, portanto, faltar o primeiro dos requisitos à *lex mercatoria* para que venha ser aceita como um sistema ordenado a ser reconhecido como direito supranacional, malgrado haverem esforços tanto profissionais quanto institucionais nesta área como mencionados

³³ HUCK, Hermes Marcelo. *Sentença estrangeira e "Lex Mercatoria": horizontes do comercio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 115.

³⁴ GOLDMAN, Berthold. *Les frontières du droit et lex mercatoria*. Archives de Philosophie du Droit. n. 9, 1964, p. 192.

³⁵ LAGARDE, Paul. *Approche Critique de la Lex Mercatoria*. In *Le droits des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Librairies Techniques, 1987, p. 125.

³⁶ KAHN, Philippe. *Lex mercatoria et pratique des contrats internationaux: l'expérience français*. In *Le Contrat Économique International*. Bruxelles-Paris, 1975, p. 173.

anteriormente. A esta ausência de um corpo de normas uniforme aceito em todas as áreas do comércio internacional, não obstante haverem exemplos pontuais de regras internacionalmente aceitas³⁷, soma-se a ausência, de uma forma geral, às regras advindas da *lex mercatoria*, de sua completa autonomia dos Estados-nacionais, bem como da possibilidade de impor *sansão*.

Segundo Kassis³⁸, as regras do comércio internacional encontram-se sempre vinculadas a um direito nacional, paralelamente a esta vinculação deve haver uma aceitação dos princípios desse conjunto de regras pelos próprios direitos nacionais, pois, caso contrário, a ordem pública soberana de cada Estado há de barrar a aplicação direta ou indireta desse mesmo conjunto de princípios perante o referido direito nacional.

Neste sentido, Huck³⁹ leciona que a atual *lex mercatoria* difere em muito da aplicada na Idade Média vez que esta não esbarrava nas barreiras de Judiciários estatais, pois sua aplicação ocorria em tribunais próprios dos comerciantes, e destes tribunais jamais extravasava. Os direitos nacionais, frutos das políticas econômicas e sociais (e, por conseqüência, jurídicas) de cada grupo nacional, representam, atualmente, uma barreira ao sofisticado conceito de eficiência pragmática, tão almejado entre os responsáveis pelo comércio internacional, quando importa apenas o resultado final obtido e insofismavelmente dimensionado pela regra do lucro.

A supressão total dos direitos nacionais, ou mesmo sua submissão a uma internacionalizada *lex mercatoria*, com a conseqüente eliminação das razões de ordem política e social, implicaria fatalmente o predomínio exclusivo das leis do mercado. A especulação, nessa hipótese, seria inevitável⁴⁰.

Para Lagarde⁴¹ ainda que no campo da arbitragem internacional, onde se têm permitido amplas concessões à aplicação de direito transnacional não se admite a aplicação pelos árbitros da *lex mercatoria*, salvo expressa autorização das partes. À falta desta indicação, deverão os árbitros recorrer a um direito nacional para solução da pendência arbitrada.

³⁷ Os *Incoterms*, criados em 1936 pela Câmara de Comércio Internacional, são exemplos de referências comerciais padronizadas, definindo direitos e deveres assumidos pelo importador e pelo exportador nas operações do comércio internacional.

³⁸ KASSIS, Antoine. **Problèmes de Base de l'Arbitrage en Droit Comparé et en Droit International**. Paris: LGDI, 1987, p. 578.

³⁹ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e "Lex Mercatoria": horizontes do comercio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 121.

⁴⁰ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e "Lex Mercatoria": horizontes do comercio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 121.

⁴¹ LAGARDE, Paul. *Approche Critique de la Lex Mercatoria*. In **Le droits des relations économiques internationaux**. Études offertes à Berthold Goldman. Paris: Librairies Techniques, 1987, p. 125.

Destarte, sejam os costumes comerciais internacionais ou os usos do comércio internacional para ser efetivamente aplicadas devem ser acolhidas perante o ordenamento jurídico interno sempre que não contrários a lei⁴².

A análise dos requisitos para que a *lex mercatoria* se constitua num sistema jurídico supranacional autônomo ainda se agrava quando, para além da autonomia, se questiona o grau de sanção de que são dotadas as regras que a compõem.

Segundo Stoecker⁴³, a ampla e irrestrita aceitação de uma *lex mercatoria* por parte de tribunais estatais caracterizaria um forte impacto nos conceitos vigentes, na medida em que implicaria a concessão de parte da soberania do Estado em favor das mãos invisíveis de uma inconstante comunidade de comerciantes, que faz a lei de acordo com suas conveniências e necessidades.

Para Huck⁴⁴ quando a coação do sistema mercatório falta, falha ou é insuficiente, não resta alternativa que não o vincular ao direito estatal, de onde sempre quis fugir, opinião que, mesmo minimizada, também é emitida por Goldman⁴⁵, para o quem, em alguns casos, a sentença arbitral fundamentada por normas próprias do direito do comércio internacional (ou seja, *lex mercatoria*), não possa ser executada senão com a intervenção da força do Estado que não deve lhe negar exequibilidade senão por motivo de força maior.

Sendo assim, Huck⁴⁶ entende ser fundamental que os Estados, através de seu poder jurisdicional ou legislativo, reconheçam a *lex mercatoria*, pois, caso contrário, não haverá forma de impor a efetividade da mesma dentro dos limites territoriais do Estado, e tal construção de normas tornar-se-á absolutamente ineficaz, “simples jogo ou brinquedo nas mãos de uma poderosa classe internacional”. De muito pouco valerá um contrato regido por um direito supranacional se não for aceito e reconhecido pelo tribunal estatal onde busca a sua execução ou mesmo uma interpretação. Se a execução for negada no exterior, onde sua eficácia seria necessária, se neste Estado estrangeiro o Tribunal entender que lhe falta algum fundamento em direito nacional.

Desta forma, apesar da tendência crescente dentro do direito comercial internacional e certamente na própria sociedade de comerciantes no sentido da admissão de um conjunto de normas ou mesmo de um sistema jurídico supranacional, não se pode confundir esta

⁴² PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Comercial Internacional – O Direito Privado da Globalização Econômica**. Lisboa: Colibri, 2005, p. 166.

⁴³ STOECKER, Christoph W. O. **The *lex mercatoria*: to what extent does it exist?** *Journal of International Arbitration*, v. 7, n. 1, 1990, p. 108.

⁴⁴ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e “*Lex Mercatoria*”: horizontes do comercio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 104.

⁴⁵ GOLDMAN, Berthold. **Les frontières du droit et *lex mercatoria***. *Archives de Philosophie du Droit*. n. 9, 1964, p. 192.

⁴⁶ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e “*Lex Mercatoria*”: horizontes do comercio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 108.

tendência com a efetiva existência desse sistema sob pena de se tornar o estudo do direito do comércio internacional um mero exercício de vontades e desejos, afastado da realidade comercial, sua base fundamental⁴⁷.

Segundo Huck⁴⁸,

... a concepção de direito da *lex mercatoria* é inoportuna, enquanto nela se pretenda ver um sistema jurídico supranacional, pois vem marcada por uma ideologia que almeja ver afastada qualquer intervenção dos direitos nacionais sobre as relações do comércio internacional. Pretender ignorar o papel fundamental desempenhado pelo Estado nas relações econômicas, financeiras e comerciais internacionais é, no mínimo, esconder a verdade. Sem qualquer defesa do intervencionismo, não se pode negar que o Estado deva exercer função essencial nas relações do comércio internacional, buscando minimizar as distorções que o flagrante desequilíbrio econômico entre as nações injeta nas relações comerciais.

O ideal de um sistema jurídico supranacional que consiga governar sozinho às relações do comércio internacional deve, por sua vez, ser alimentado num quadro de realismo, pois seria inaceitável um acolhimento de uma ordem jurídica supranacional que não levasse em consideração elementos democráticos.

Nas palavras de Cruz⁴⁹, “o mundo no século XXI já não crê mais numa legitimidade que não seja democrática”, portanto uma possível e nova construção jurídica transnacional que pretenda ser aceita como ordem supranacional deve incluir não apenas a classe dos comerciantes internacionais, mas a sociedade mundial cada vez mais globalizada e organizada, representada seja por organizações transnacionais seja pelo Estado-nacional⁵⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A *lex mercatoria* surgida na alta Idade Média como um direito corporativo resultado da desorganização social e política provocada na Europa a partir da queda do Império Romano e da organização, a partir dos anos, dos comerciantes que se levantaram em defesa e fortalecimento de seus negócios, representou fundamental avanço em face de quebra da dominação feudal e o apoio ao surgimento do Estado como organização social.

⁴⁷ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e “Lex Mercatoria”: horizontes do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 118.

⁴⁸ HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e “Lex Mercatoria”: horizontes do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119.

⁴⁹ CRUZ, Paulo Marcio. **Da Soberania a Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí, UNIVALI Editora, 2011, p. 16, 21.

⁵⁰ Segue-se aqui o pressuposto defendido por PASOLD, Cesar Luiz, de que “o Estado Contemporâneo – qualquer que seja o suporte ideológico que o sustente – deve possuir uma característica peculiar que é a sua Função Social, expressa no compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de toda a Sociedade” (criadora e mantenedora do Estado). In PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003, p. 21.

Ironicamente, o fortalecimento do Estado fez com que, aos poucos, a corporação de mercadores e, por conseguinte, o *ius mercatorum* perdesse sua influência o que limitou em muito as transações comerciais.

Uma série de fatores, econômicos, sociais, religiosos, somados aos avanços da ciência levaram, entretanto, ao transbordamento comercial no século XX, resultado daquilo que se tem denominado como globalização. Os desafios da globalização trouxeram consigo a idéia de uma nova *lex mercatoria* que configuraria um ordenamento jurídico supranacional destinado a regular as relações comerciais internacionais independentemente de fronteiras acima das regras limitadoras estabelecidas pelos Estados-nações.

Não obstante a idealização de um sistema de normas transnacional que possa reger adequadamente e de forma uniforme o comércio internacional, o comércio transfronteiriço não pode se tornar num reino exclusivo dos mercados internacionais, cenário inaceitável para a formulação de um direito científico e democrático, apto para reger uma sociedade cada vez mais globalizada e em acelerada transformação.

Antes de representar uma supressão de fronteiras, um comércio totalmente desvinculado das leis nacionais, significa um comércio sem barreiras políticas e um direito de mercado emanado apenas por regras autogeradas, certamente há de ignorar qualquer razão que não seja de mercado, despido de preocupação ou restrição de caráter jurídico ou político.

Neste quadro se desconsidera as peculiaridades políticas e econômicas de cada grupo nacional, seu estágio de desenvolvimento, suas possibilidades e deficiências, e ficam em evidência apenas objetivos econômicos e financeiros, sem considerar os interesses nacionais, macroeconômicos, que devem ser protegidos, se tornando campo aberto para a especulação financeira internacional.

Malgrado as acaloradas discussões acerca da aceitação de uma nova *lex mercatoria* existente em diversas áreas do comércio internacional e aplicada principalmente no campo da arbitragem, a análise mais precisa de forma técnico-jurídica leva a crer que não se pode aceitar como sendo objetivo um direito (e uma jurisdição como a arbitragem) orientada exclusivamente pelas frias regras do mercado, desatento às particularidades políticas e econômicas que o comércio internacional reflete, muito especialmente no tocante às desigualdades econômicas entre as nações.

A análise técnico-jurídica dos requisitos para configuração de um sistema jurídico, levam a constatação de que a *lex mercatoria* não preenche os pressupostos para compor um direito supranacional e leva a necessidade da formação de um ordenamento supranacional que observe as práticas de um direito transnacional que respeite o princípio democrático e

que possa se dispor a diminuir as desigualdades sociais, nos moldes de um Direito Transnacional defendido por autores como Cruz, Stelzer, Bodnar, Oliviero⁵¹ entre outros.

Entretanto, a constatação de que a *lex mercatoria* não alcança os contornos de um direito supranacional autônomo e autocontido, não é suficiente para decretar o fracasso das tentativas de uniformização das regras jurídicas para o comércio extrafronteiras.

As reflexões aqui tecidas são na verdade um incentivo a reflexão sobre um direito transnacional do comércio com a participação na construção democrática de todos os agentes nele interessados, como a comunidade internacional, representada por órgãos transnacionais e Estados-nações, juntamente com a classe comerciante, libertando a *lex mercatoria* do estigma de regras contidas apenas por um órgão de classe e servindo como suplemento essencial ao seu completo funcionamento.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BONELL, Michael Joachim. *Lex mercatoria*. Digesto Discipline Privatistiche. Sezione Commerciale IX. Torino: UTET, 1993.

CATALAN, Marcos Jorge; BUSSATTA, Eduardo Luiz. *A Lex Mercatoria*. Revista Jurídica Consulex, Ano VII, n. 166, 2003.

COSTA, Judith Martins. **Os Princípios Informadores do Contrato de Compra e Venda Internacional na Convenção de Viena de 1980**. Universidade Federal Fluminense. Disponível em: <<http://www.uff.br/cisgbrasil/costa.html#top>>. Acesso em: 22 de março de 2014.

CRUZ, Paulo Marcio. **Da Soberania a Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí, UNIVALI Editora, 2011.

GOLDMAN, Berthold. **Les frontières du droit et *lex mercatoria***. Archives de Philosophie du Droit. n. 9, 1964.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e “Lex Mercatoria”: horizontes do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

KAHN, Philippe. *Lex mercatoria* et pratique des contrats internationaux: l’expérience français. **In Le Contrat Économique International**. Bruxelles-Paris, 1975.

KASSIS, Antoine. **Problèmes de Base de l’Arbitrage en Droit Comparé et en Droit International**. Paris: LGDI, 1987.

⁵¹ Veja-se, para tanto, obras como: CRUZ, Paulo Márcio e STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. 1. ed., 2. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011; CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. Itajaí, 2009; OLIVIERO, Maurizio e CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n.1, p. 18-28, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>>.

LAGARDE, Paul. *Approche Critique de la Lex Mercatoria. In Le droits dès relations économiques internationaux*. Études offertes à Berthold Goldman. Paris: Librairies Techniques, 1987.

LANDO, Ole. **The Law Applicable to the Merits of the Dispute. Essays on International Commercial Arbitration**. London: Petar Sarcevic, Graham & Trotman/Martins Mijhoff, 1989.

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

_____. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Comercial Internacional – O Direito Privado da Globalização Econômica**. Lisboa: Colibri, 2005,

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Globalização: Fatalidade ou Utopia?** 3. ed. Porto: Afrontamento, 2005.

STOECKER, C. W. **The Lex Mercatoria: to what extent does it exist**. Journal of International Arbitration, Vol 7, n. 1, 1990.

STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTR, 2009.

TOMAZ, Roberto Epifanio. **Governança Transnacional**. Revista do Direito, UNISC, Santa Cruz do Sul/RG, nº. 40, Agosto/Outubro, 142-163, 2013. Disponível em: <<http://www.http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3710/2887>>. Acesso em: 22 de março de 2014.

O RESGATE DO HUMANISMO NATURAL E SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO DOS PRESSUPOSTOS POLÍTICO-ECONÔMICOS DA CULTURA JURÍDICA OCIDENTAL

Rafael Padilha dos Santos¹

Maurizio Oliviero²

Liton Lanes Pilau Sobrinho³

INTRODUÇÃO

Os conceitos de civitas, a reabilitação do ser humano como responsável pelas suas ações, a separação da congregatio fidelium e da congregatio hominum, a separação entre lei divina e lei humana, uma nova concepção de ciência política que considera o Estado separado da Igreja foram a expressão de uma humanidade natural reabilitada operada pelo humanismo italiano.

É do humanismo italiano o mérito de estabelecer o início de um processo de secularização da civilização europeia, mediante a redescoberta do homem natural que age racionalmente em razão do seu bem viver. É verdade que ainda nesta época, no modo da filosofia, Deus não havia se retirado do contato cultural com os homens, mas isso porque a revolução ocorre em um processo gradual, não em um corte repentino.

Assim, para Garin⁴, o humanismo italiano não consistiria em uma filosofia ímpia ou herética, já que respeitosa da fé religiosa, ainda que os humanistas renunciem aos discursos de Deus para, através do intelecto, pesquisar o modo das cidades humanas, dos costumes, dos ritos humanos ou, no âmbito científico, identificar a natureza das doenças ou a estrutura dos viventes.

Pois bem, para Garin a essência do humanismo é encontrada não na cultura dos clássicos do passado, mas na atitude assumida diante de tal cultura, atitude esta que apresenta uma consciência histórica bem delimitada:

Proprio l'atteggiamento assunto di fronte alla cultura del passato, al passato, definisce

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

² Embaixador Erasmus para a Itália. Doutor em Direito Público pela Università di Roma (Itália). É Professor Titular de Direito Público Comparado na Università degli Studi di Perugia (Itália). Professor Visiting na Columbia University - New York (EUA). Professor Visitante na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Brasil); na Universidad de Alicante (Espanha); na Al-Quds University of Jerusalem e na Üniversite Eskesir (Turquia).

³ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997). Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor da Universidade de Passo Fundo.

⁴ GARIN, Eugenio. *L'umanesimo italiano: filosofia e vita civile nel Rinascimento*. Roma: Laterza, 1994. p. 10-11.

chiaramente l'essenza dell'umanesimo. E la peculiarità di tale atteggiamento non va collocata in un singolare moto d'ammirazione o d'affetto, né in una conoscenza più larga, ma in una ben definita coscienza storica.⁵

Para Garin, tal consciência histórica se expressa nos humanistas por terem compreendido os clássicos gregos e romanos no contexto da sua realidade histórica, constituindo obras válidas que abrem o conhecimento da própria vida humana. Por exemplo, os humanistas devolveram Virgílio e Aristóteles - que eram lidos na Idade Média - ao seu tempo e ao seu mundo, o que implica em uma descoberta do mundo antigo que, para os humanistas, implicava em uma unidade com a descoberta do próprio ser humano. Como sintetiza Garin, descobrir o antigo: "Significò tempo e memoria, e senso della creazione umana e dell'opera terrana e della responsabilità."⁶

Neste contexto, o objeto deste estudo é esclarecer as contribuições do humanismo italiano para a compreensão dos pressupostos políticos e econômicos formadores da cultura política, jurídica e econômica ocidental.

1 A SECULARIZAÇÃO DA CIVILIZAÇÃO EUROPEIA

Nos escritos, por exemplo, de Petrarca, Coluccio Salutati, Leonardo Bruni, Marsílio de Pádua há páginas políticas em que é exposta a harmonia nas relações entre homens livres sob uma constituição concebida por esses próprios homens, além dos pressupostos para entender-se o homem natural e racional e para colher a racionalidade econômica na história, textos que precedem e cujo valor é equivalente ou ainda superior àqueles de Grocio, Locke, Montesquieu, Smith⁷.

São os autores do humanismo que consentem visualizar claramente a passagem da cosmologia eclesiástica para uma história escrita em consideração à ação racional do homem natural, ou seja, a uma história criada pelo *homo faber suae fortunae*. O homem afirma a si mesmo e emprega sua racionalidade para de modo responsável alcançar o prazer e evitar o sofrimento. Os humanistas resgatam o homem natural, concentram-se sobre sua substância natural, sua *humanitas*. Por isso, afirma Nuccio:

Per la prima volta e con la filosofia umanistica italiana l'individuo umano, con i suoi interessi, le sue iniziative, il suo desiderio di felicità, soprattutto con la sua ragione, condizione per l'uso fortunato di tutte le altre sue facoltà, appariva il fondamento su cui costruire una società stabile.⁸

Para tanto, foi preciso uma passagem que o pensamento advindo da literatura eclesiástica e cristocêntrica não admitiria facilmente, qual seja: o esforço para redescobrir o homem natural, um homem nem fiel, nem cristão, mas somente homem, o que foi fruto do pensamento italiano, como afirma Ullmann: "Il suolo italiano era destinato in un senso del

⁵ GARIN, Eugenio. *L'umanesimo italiano: filosofia e vita civile nel Rinascimento*. 1994. p. 21.

⁶ GARIN, Eugenio. *L'umanesimo italiano: filosofia e vita civile nel Rinascimento*. 1994. p. 22.

⁷ NUCCIO, Oscar. *Diritto naturale e razionalità economica: studi sulle origini medievali dello "spirito capitalistico"*. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1989. p. 15.

⁸ NUCCIO, Oscar. *Diritto naturale e razionalità economica: studi sulle origini medievali dello "spirito capitalistico"*. 1989. p. 15.

tutto specifico a giocare un ruolo vitale nel contesto dell'umanesimo."⁹ O renascimento do homem natural, do qual deriva a racionalidade econômica e política moderna, decorre da passagem dos *studia divinitatis* para os *studia humanitatis*, do *fidelis* ao *civis*.

Com os *studia divinitatis* o homem era refutado, conforme corrente de entendimento encabeçada por Santo Agostinho, que entendia, contrariando os filósofos pagãos, que o bem supremo não poderia ser encontrado nesta vida, na virtude humana, ou seja, que a felicidade poderia ser vivida somente em uma vida futura, em uma promessa indemonstrável de um paraíso. Pensamento este seguido por Pier Damiani (1007-1072) e Anselmo de Aosta (1033/1034-1109), conhecido como Doutor Magnífico, que defendia uma retidão de vontade para que o sujeito viesse a gozar futuramente uma felicidade decorrente da união com Deus: "una felicità assolutamente ingannevole, mentre il cristiano comprendeva che il suo fine, il vero fine, era solo in una vita futura."

Com Tomás de Aquino, no século XIII, é realizada uma passagem essencial à *humanitas* por seguir uma explicação que dá lugar ao racionalismo natural: a natureza humana é situada como parte integrante da ordem divina e funcionando sob princípios próprios, do qual o principal é o *instinctus naturae*, o qual leva à agregação social e gera harmonia. Dentro da teologia, é possível admitir que a razão humana pode levar o homem ao bem viver. Como explica Nuccio: "Prendendo l'istinto naturale il suo posto nelle cose umane, l'humanitas dell'uomo veniva a ricevere un'attenzione più profonda."¹⁰

2 SÃO TOMÁS DE AQUINO E O HUMANISMO

Werner Jaeger¹¹, em seu livro *Umanesimo e teologia*, esforça-se por expor sua ideia sobre a posição do humanismo em relação à tradição medieval e ao problema da teologia partindo do aspecto humanista da visão teocêntrica do mundo de São Tomás de Aquino. A visão teocêntrica do mundo é assim conceituada por Jaeger:

Per visione teocentrica del mundo intendo quella visione del mondo comune a tutti i pensatori medievali e a ogni fedele cristiano, secondo la quale ogni elemento della vita umana e della realtà in generale veniva riferito a Dio come norma assoluta di perfezione, come il più alto principio dell'essere.¹²

Já a teologia é assim definida: "Chiamiamo teologia il sistema teoretico in cui questa visione si esprimeva."¹³ A teologia, no entanto, não está ligada estritamente à teologia cristã, uma vez que a palavra "teologia" tem por origem a cultura clássica grega, ou seja, não é uma terminologia nem originariamente cristã nem medieval. A teologia cristã é normalmente relacionada à teologia revelada ou teologia sobrenatural, diferentemente da teologia natural ou racional, relacionada à concepção dos antigos filósofos gregos, diferenciação essa

⁹ ULLMANN, Walter. **Radici del Rinascimento**. Roma: Laterza, 1980. p. 18.

¹⁰ NUCCIO, Oscar. **Diritto naturale e razionalità economica**: studi sulle origini medievali dello "spirito capitalistico". 1989. p. 17.

¹¹ JAEGER, Werner. **Umanesimo e teologia**. Milano: Corsa dei Servi, 1958. p. 14.

¹² JAEGER, Werner. **Umanesimo e teologia**. 1958. p. 15.

¹³ JAEGER, Werner. **Umanesimo e teologia**. 1958. p. 15.

considerada pelo próprio Tomás de Aquino¹⁴. Partindo dos antigos filósofos, elucida Jaeger: “Il concetto di teologia originariamente indicava ogni forma di accostamento razionale al problema di Dio.”¹⁵

A teologia de São Tomás de Aquino busca um resultado racional ao problema de Deus, favorecido pela descoberta, em sua época, das principais obras de Aristóteles, que até então eram desconhecidas pelas nações ocidentais do mundo medieval. Cabe a menção, partindo da explicação de Jourdain¹⁶, que o século XIII foi precedido por um impulso que a filosofia conheceu a partir do século XI, primeiramente a partir da oposição entre as correntes entre nominalistas e realistas, depois, com uma nova postura, que além da filosofia racional (*philosophie rationnelle*), envolvia também os diversos ramos da filosofia: as ciências naturais, a matemática, a metafísica, tornando-se tudo objeto de estudos comuns, de modo que, no final do século XIII, os filósofos gregos e romanos ganharam corpo, importância e reconhecimento, sendo que as escolas divulgavam seus nomes e exigiam o seu estudo. Além disso, também eram conhecidos e ganharam grande reputação os filósofos árabes, nos nomes, dentre outros, de Avicenas, Averroes, Aven-Pace¹⁷. Ou seja, a cultura não estava apagada, havia atividade, a língua latina é valorizada e empregada e, como explica Jourdain: “Aristote joua le plus grand rôle dans cette circonstance.”¹⁸

O desafio na Idade Média era respeitar as fontes da cultura antiga de profunda maturidade intelectual descoberta nos textos gregos, sem desrespeitar os dogmas e a fé da religião cristã. A assimilação seria impossível partindo-se de uma frase como: “*credo quia absurdum*” (creio porque é absurdo) inspirada em Tertuliano (155-220) a partir de sua obra *De carne Christi*, quando sustenta que a crucificação e a morte de Cristo podem ser acreditadas porque inconcebíveis e a ressurreição é certa porque impossível, expressando um credo cristão fideísta, em que os dogmas são sustentados com tanto mais afinco quanto mais se contrapõem à razão. Uma solução mais coerente é “*credo ut intelligam*” (creio para entender), introduzida por Santo Agostinho e repetida por Santo Anselmo de Cantuária (1033-1109).

Através de Aristóteles, São Tomás explica em suas lições aos seus alunos, como afirma Jaeger¹⁹, as etapas, em escala ascendente, dos graus do conhecimento humano, até tocar ao princípio supremo do mundo, isto é, a forma sem matéria que é ato puro e move todo o mundo e as criaturas, movendo sem ser movido por meio da sua própria perfeição da mesma forma que o amado move o amante. São Tomás volta-se para a metafísica grega, propondo um novo racionalismo teológico que, no século XIII, representou um renascimento do espírito clássico. Por isso, como ensina Jaeger²⁰, em tal perspectiva São Tomás não pode ser oposto aos humanistas do Renascimento, mas a uma modalidade de piedade cristã insensível à influência da filosofia grega.

¹⁴ AQUINO, Tomás de. **Suma contra os gentios**. 1 v. Tradução: D. Odilão Moura. Porto Alegre: Sulina, 1990. p. 22.

¹⁵ JAEGER, Werner. **Umanesimo e teologia**. 1958. p. 15.

¹⁶ JOURDAIN, Amable Louis Marie Michel Bréchillet; JOURDAIN, Charles. *Recherches critiques sur l'âge et l'origine des traductions latines d'Aristote et sur des commentaires grecs ou arabes employés par les docteurs scolastiques*. Paris: Joubert, 1819. p. 1-3.

¹⁷ Sobre o argumento, consultar também: GILSON, Étienne. **Études de philosophie médiévale**. Strasbourg: Faculté des Lettres, 1921. GILSON, Étienne. **La philosophie au moyen âge**. Paris: Payot, 1922.

¹⁸ JOURDAIN, Amable Louis Marie Michel Bréchillet; JOURDAIN, Charles. **Recherches critiques sur l'âge et l'origine des traductions latines d'Aristote et sur des commentaires grecs ou arabes employés par les docteurs scolastiques**. 1819. p. 3.

¹⁹ JAEGER, Werner. **Umanesimo e teologia**. 1958. p. 18.

²⁰ JAEGER, Werner. **Umanesimo e teologia**. 1958. p. 20.

Aristóteles inicia sua obra *Metafísica* afirmando: “Todos os homens têm, por natureza, desejo de conhecer”²¹. Os seres humanos possuem um natural desejo pelo saber e, deste princípio, Aristóteles deduz o conceito da ciência suprema ou teologia natural. Partindo de Aristóteles, os tomistas ensinam que, sendo natural tal desejo pelo saber, significa que tal desejo teria sido dotado por Deus no homem. Deste modo, tal potencialidade inata, comprovada por tal desejo pelo saber, sendo direcionada por exercícios metódicos do intelecto conduz ao conhecimento de Deus como o grau mais elevado de consciência humana, uma alta realidade e perfeição. Deste modo, Deus criou a natureza humana com uma tensão que o impele ao saber verdadeiro, devendo ser o conhecimento verdadeiro a guiar o homem até Deus.

Assim, o homem não deve descuidar de uma faculdade que lhe foi concedida para ser desenvolvida mediante uma formação que lhe leve à autêntica realização de seu destino. O desejo humano não deve dilatar-se de qualquer modo ou em qualquer direção, o ser humano precisa de uma formação de base para encontrar o bom caminho, o que é reconhecido pelo próprio Dante: “lo buono camminatore giugne a termine e a posa; lo erroneo mai non l’aggiugne, ma con molta fatica del suo animo sempre con li occhi gulosi si mira innanzi.”²²

São Tomás de Aquino²³ explica que o homem é dotado do desejo natural pelo saber pelos seguintes motivos: 1- o saber constitui a perfeição do homem, e cada coisa deseja a própria perfeição, de modo que o homem deve relacionar o conhecimento atual com a sua potencialidade cognitiva; 2- já que todo ser tem a propensão natural de agir no modo de sua identidade, sendo o modo próprio do homem a atividade intelectual, é esta quem o distingue dos demais animais e que deve ser exercitada; 3- todo ser deseja ser reunido ao seu princípio, à substância que revela o intelecto na sua perfeição. Este último argumento também foi utilizado por Dante Alighieri na sua obra *Convivio*, ao afirmar: “lo sommo desiderio di ciascuna cosa, e prima de la natura dato, è lo ritornare a lo suo principio.”²⁴ São esses os motivos pelos quais a satisfação de tal desejo de saber são essenciais para a felicidade humana.

Assim, a natureza humana é central na teologia de São Tomás de Aquino e a discussão é resolvida no âmbito da filosofia, em que trabalha não apenas a metafísica, mas também a ética aristotélica - uma vez que a felicidade para Aristóteles está ligada a uma atividade conforme à faculdade intelectual do homem. A concepção de “natureza” para os gregos implicava um modo perfeitamente objetivo da mente humana relacionar-se à realidade, sendo tal pressuposto essencial para Tomás de Aquino, elaborando um sistema filosófico que abre uma nova abordagem para aquilatar a racionalidade da natureza humana e do mundo.

Deste modo, São Tomás de Aquino desenvolve uma visão teocêntrica que revela diversas interseções ao humanismo futuro, pelos seguintes motivos: a) parte, da mesma forma que o humanismo, de uma concepção de natureza humana; b) para formular tal concepção de natureza humana considera a cultura helênica, resgate do clássico comum ao humanismo; c) realiza uma abordagem racional em relação à realidade, inclusive à realidade

²¹ ARISTÓTELES. *Metafísica*. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 11.

²² DANTE, Alighieri. *Convivio*. In: DANTE Alighieri: tutte le opere. 8. ed. Roma: Grandi Tascabili Economici, 2013. p. 984.

²³ AQUINO, Tomás de. *Commento alla metafisica di Aristotele*. 1 v. Bologna: PDUL, 2004. p. 51-53.

²⁴ DANTE, Alighieri. *Convivio*. In: DANTE Alighieri: tutte le opere. 2013. p. 983.

de Deus, herança dos gregos, posto que a cultura grega assume como suporte a natureza humana e a razão²⁵.

3 A PASSAGEM AO HOMEM NATURAL NO HUMANISMO CIVIL: UMA NOVA ORGANIZAÇÃO POLÍTICA E ECONÔMICA

Progressivamente, com o advento do humanismo, avança-se à ideia de que o governo do que é humano cabe ao ser humano, que o homem possui uma força intelectual capaz de reger sua própria existência e, neste caso, prover a própria felicidade.

Essa transição torna-se bastante visível com Marsílio de Pádua (1275/80-1342/43)²⁶, em sua obra *Defensor Pacis*²⁷, marcando uma reelaboração da compreensão medieval sobre o homem. Distinguiu uma dupla felicidade: a felicidade terrena, que acontece em conformidade à racionalidade humana; e a felicidade celeste, que não é demonstrável pela filosofia. Seu racionalismo desemboca na sustentação de um humanismo político, assumindo que a constituição dos principados é decorrente da mente humana.

Portanto, não se trata do homem que se regenera através do batismo, mas do homem que é apenas humano e racional, ponto de partida a partir do qual extrai as consequências do seu pensamento. No *Defensor pacis* tem-se uma teoria do Estado na medida em que Marsilio de Pádua subordina a organização eclesiástica ao Estado - assim como o direito romano situava o *jus sacrum* no *jus publicum*²⁸.

Marsílio de Pádua escreve essa obra sob direta influência da *Política* de Aristóteles. O pensamento de Aristóteles consente uma importante passagem para o resgate do homem natural, isso porque para Aristóteles o homem é concebido como um ser sociável, um animal político (*zoon politikon*), isto é, é da natureza humana ser gregário, ter uma vida civil, ou seja, o homem possui impresso em sua natureza a tendência em unir-se para viver no Estado e, realizando tal tendência, o homem realiza o seu próprio bem. Nas palavras de Aristóteles: “Fica evidente, pois, que a Cidade é uma criação da natureza, e que o homem, por natureza, é um animal político [isto é, destinado a viver em sociedade] [...]”²⁹.

Portanto, tanto o homem quanto o Estado são criações naturais. O Estado, apesar de ser natural, não se origina sozinho, pois depende da ação deliberada e voluntária dos homens. Aristóteles assim revela a política como ciência prática, já que para ser cidadão é preciso tornar-se cidadão pela educação.

Essas ideias aristotélicas alcançaram os autores do século XIII, que interiorizaram a afirmação do homem como “animal político”, capaz de uma organização diferente e muito mais elevada que outras espécies (como abelhas, formigas etc.) e, além disso, a concepção de que o homem, por virtude de sua própria natureza, assume um papel central na

²⁵ JAEGER, Werner. *Umanesimo e teologia*. 1958. p. 25-26.

²⁶ Tal visão é compartilhada por NUCCIO, Oscar. *Diritto naturale e razionalità economica: studi sulle origini medievali dello “spirito capitalistico”*. 1989. p. 18-19.

²⁷ MARÍSILIO DE PÁDUA. *O defensor da paz*. Petrópolis: Vozes, 1997.

²⁸ AVONDO, Edoardo Ruffini. *Il Defensor pacis di Marsilio da Padova*. In: *Rivista storica italiana*. Messina: Giuseppe Principato, 1924. p. 126.

²⁹ ARISTÓTELES. *Política*. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 56.

realização de seu modelo de organização. É diferente de partir da ideia de Paulo e da doutrina cristã do *homo animalis* em que a criatura animal teria que renascer por meio do batismo como um “homem novo”, pois agora o renascimento é do próprio homem natural na cidade terrena. Nas palavras de Ullmann: “L’uomo naturale, restaurato nella sua piena statura entro l’ordine secolare-mondano, si impose all’attenzione che gli era dovuta nella sua qualità di uomo in carne ed ossa.”³⁰

Assim, a razão foi emancipada da fé, voltada à organização e vida humana, aplicada na administração da sociedade. Essa recuperação do homem natural levou à consideração sobre o ser próprio do humano, a sua *humanitas*, o seu íntimo ser enquanto expressão da substância própria do homem natural.

Passa-se assim ao estudo da *humanitas* natural do homem, diferentemente do que se fazia precedentemente, quando o interesse era pelo homem batizado, despojado de sua naturalidade. A concepção medieval do renascimento pelo batismo, do homem cristão, conferia uma fisionomia eclesiástica à sociedade, ao governo, ao direito, à soberania. Os efeitos do renascimento batesimal eram notáveis na vida pública, na ordem social, campo este em que o homem natural deveria exercer maior influência, o que foi realizado sob a base aristotélica, para reformar o próprio direito, pois era o direito canônico quem encarnava na prática da vida social e do governo a ideia de renascimento batesimal. A ordem política sob concepção aristotélica introduz uma nova forma mental que concorreu com a ideologia eclesiástica, causando profundos efeitos políticos³¹.

As manifestações seculares ocorreram nos campos da vida pública, em que se resgata o interesse pela humanidade dos cidadãos sem dependência a questões religiosas ou sobrenaturais. Como explica Ullmann: “L’umanesimo iniziò il suo cammino trionfale come una parte della indagine condotta sulla figura del cittadino rinato che era membro integrante dello Stato naturale.”³² Opera-se assim o renascimento da humanidade tendo em vista o cidadão e o Estado, focalizando no estudo da *humanitas*.

A concepção do homem natural passa a se ligar ao Estado, constituído por cidadãos, e a concepção sobrenatural fica restrita à Igreja, com seus fieis, separando-se assim a jurisdição estatal e mundana da jurisdição eclesiástica. Considera-se apenas o homem gerado naturalmente, o Estado (natural) e a Igreja (sobrenatural).

É preciso ressaltar que para os primeiros humanistas, o cidadão e o seu Estado, bem como o fiel e a sua Igreja, ainda que independentes - cada qual com premissas e fins diferentes-, eram suscetíveis de integração. Isso porque ainda era válida a ideia de São Tomás de Aquino de que Deus é o *summus regens*, o autor da natureza, ou seja, os humanistas ainda consideravam em suas obras a síntese do tomismo que integra elementos aristotélicos-naturísticos e cristãos-sobrenaturais. Porém, tal ideia não justificava qualquer dependência do Estado à Igreja, entre os humanistas sequer tinha necessidade da Igreja sobrenatural.

Assemelha-se à concepção de São Tomás de Aquino ao falar do *duplex ordo in rebus*, cada entidade atua sob princípios diferentes: o Estado apresenta um governo ascendente e

³⁰ ULLMANN, Walter. *Radici del Rinascimento*. 1980. p. 125.

³¹ ULLMANN, Walter. *Radici del Rinascimento*. 1980. p. 126-127.

³² ULLMANN, Walter. *Radici del Rinascimento*. 1980. p. 129.

deveria adaptar-se às contingências, orientações culturais diversas e diferentes organizações constitucionais e políticas que variam no tempo e no espaço - inclusive por força de questões climáticas ou físicas-, além de haver a possibilidade da decadência estatal; já a Igreja se orienta por outros princípios, tem um governo descendente, é instituída sem caráter variável, sua doutrina é imutável e deve simplesmente ser aplicada e seguida, prometendo a eternidade. O Estado baseia-se sob um instinto natural de socialização humana, enquanto a base da Igreja está na promessa divina³³.

Deste modo, o direito é uma criação humana que utiliza a razão e a experiência para ser formulado. Para os humanistas a lei não tem por necessidade a fé religiosa, mas o consenso alcançado racionalmente pelo debate humano. Porém, esse debate exigia exames metódicos sob argumentos racionais, um empenho pela política coligado a condições humanas da sociedade, entendendo-se a política como algo intramundano. Entra-se aqui uma nova categoria, denominada por Aristóteles de *politeuein*, traduzido por “politizar” ou “fazer política”. Cícero³⁴, por exemplo, não encontrou um correspondente grego a *politikos*, de modo que em seus escritos em latim, e os melhores manuscritos de suas obras, conservam sua forma grega, sem sua tradução ou transliteração ao latim.

Os cidadãos deveriam gerir as tarefas públicas no Estado, compondo-se assim uma tríade entre Estado, cidadão e política, tendo como ponto em comum a humanidade natural. O humanismo irá emergir junto com a concepção da ciência política de que o cidadão e o Estado são como órgãos da humanidade.³⁵ Historicamente, o humanismo emergiu sob influência da ciência política.

Cabe frisar que a nova ciência política teve sua estrada aberta por Tomás de Aquino³⁶, o qual tinha consciência, a partir do seu comentário à obra *Ética a Nicômaco*, ser ela uma *scientia principalissima*, uma ciência arquetônica – já que determina o que as demais ciências devem fazer-, a mais importante das pesquisas intelectuais porque ajudava a construir a sociedade humana, com a seguinte observação: “Ha de saberse que disse *Aristóteles* que la política es principal no absolutamente, sino en el género de las ciencias activas que versan sobre los asuntos humanos.”³⁷ Assim, distingue-se a ciência política da ciência divina.

Já Tomás de Aquino concebe que há de um lado a Igreja como *congregatio fidelium*, ou seja, uma comunidade de crentes fundada na fé, sendo que para tornar-se seu membro é preciso da fé e o renascimento pelo batismo³⁸; e, de outro lado, a *congregatio hominum*, a comunidade política (*congregatio politica*), entendendo Tomás de Aquino que o governo de

³³ ULLMANN, Walter. *Radici del Rinascimento*. 1980. p. 132.

³⁴ Como suas *Epistolae ad familiares*, 8.1.5 e *Epistolae ad Atticum*, 9.4, cf. ULLMANN, Walter. *Radici del Rinascimento*. p. 134.

³⁵ ULLMANN, Walter. *Radici del Rinascimento*. Roma: Laterza, 1980. p. 134-135.

³⁶ AQUINO, Tomás de. *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. 3. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010. p. 68.

³⁷ AQUINO, Tomás de. *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. 3. ed. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2010. p. 69-70.

³⁸ RAMOS, Alejandro. *La ciudad de Dios en Santo Tomás de Aquino*. Mar del Plata, Universidad FASTA, 2008.

um só é o melhor governo³⁹, e que a política não é consequência do pecado, como fazia Santo Agostinho, mas admitia o domínio político, assim definido: “referida a cualquier modo de tener a alguien sometido; y en este sentido domina quien tiene el gobierno o dirección de personas libres.”⁴⁰

Já Marsílio de Pádua, em sua obra *Defensor Pacis*, faz o povo base do Estado e da Igreja, constituindo no Estado a *universitas civium* e, na Igreja a *universitas fidelium*. Concebe a Igreja como subordinada ao Estado, e o Estado e a Igreja como submetidos ao povo, que é entendido como *humanus legislator*, situando a soberania popular como fundamento de todo o edifício político e social⁴¹.

Além de Marsílio de Pádua, com Leonardo Bruni constata-se a menção ao governo popular praticado em Florença, a exemplo do que ocorreu com a guerra de Lucca, que ele pessoalmente não era favorável, mas após deliberação e decisão do povo, aceitou-a e defendeu-a. Inclusive, Bruni escreveu uma obra em defesa da decisão do povo de Florença, que decidiu pela guerra por sentir-se ameaçado pelo comportamento de Paolo Guinigi, senhor de Lucca, aliado do duque de Milão Filippo Maria Visconti, que era inimigo histórico de Florença⁴².

O humanismo teve sua expressão inicial em relação ao renascimento do cidadão entendido como membro integrante da ideia do Estado, e para tal ideia concorreu decididamente Marsílio de Pádua, ao tratar do homem que com autonomia coloca a lei para orientar sua conduta guiado unicamente por sua razão natural.

Marsílio de Pádua assim define a lei: “è un precetto coattivo concernente gli atti umani che debbono essere fatti oppure omessi, sotto una pena da infliggere a chi la trasgredisce.”⁴³ Distingue em seguida a lei humana da lei divina, já que a lei divina não envolveria deliberação humana, além de colocar um fim a ser alcançado na vida futura e uma pena aos transgressores que seria infligida em tal vida futura. Já a lei humana é um preceito coativo que deriva da vontade ou deliberação humana, com uma finalidade a ser realizada nesta vida e sob uma pena que pode ser cominada apenas nesta vida. A causa eficiente da lei humana não é Deus, mas “la mente umana o la sua scelta o volontà;”⁴⁴

O humanismo civil italiano reconhece dois mundos conceitualmente diferentes, o da fé e o da razão. Assim, é possível dar uma base de legitimidade diferente daquela proposta pela Igreja em relação a condutas humanas que eram consideradas como *ratione peccati*, muitas delas relacionadas à economia. Isso porque a Igreja tinha uma normativa canônica severa antieconômica, a ponto de obstacularizar a atividade econômica e a circulação de

³⁹ AQUINO, Tomás de. **Do reino ou do governo dos príncipes ao rei de Chipre**. In: Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1995.

⁴⁰ AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de teología**. Parte I. 4. ed. Madrid: Biblioteca de autores cristianos. 2001. Parte I, Cuestión 96, art. 4. p. 853.

⁴¹ LABANCA, Baldassare. **Marsilio da Padova: riformatore politico e religioso del secolo XIV**. Padova: Fratelli Salmin, 1882. p. 126.

⁴² BRUNI, Leonardo. **Difesa contro i riprensori del popolo di Firenze nella impresa di Lucca**. Leonardo Bruni: opere letterarie e politiche. A cura di Paolo Viti. Classici latini. Novara: UTET, 2013.

⁴³ MARSILIO DA PADOVA. **Il difensore minore**. Napoli: Guida, 1975. p. 159.

⁴⁴ MARSILIO DA PADOVA. **Il difensore minore**. 1975. p. 178.

riquezas. Há muitas condutas prescritas pela lei divina, mas não prescritas pela lei humana, como a usura - que é vetada pela lei divina-, em relação às quais Marsílio afirma não encontrar contraste entre ambas as leis, assim como não é contrastante admitir: “che Pietro corra e Giacomo non corra;”⁴⁵

Historicamente, essa já era uma aspiração existente na prática econômica e civil das comunas italianas, e o humanismo italiano fornece uma base para a compreensão da autossuficiência do indivíduo e para o renascimento do homem, seja ou não cristão. Como afirma De Roover: “Il capitalismo moderno, basato sulla proprietà privata, ha le sue radici nell’Italia del Medio Evo e del Rinascimento.”⁴⁶

A partir do século XIV apresenta-se uma definição de bem enquanto resultado da atividade do homem, que pela sua *vita activa* é capaz de realizar o bem viver, o *homo faber* artífice do quanto é útil à humanidade para sua civilidade. Leonardo Bruni é um humanista italiano que exalta o sentido e o valor da *civitas*, local em que o homem constrói o verdadeiro bem, uma cidade que não é feita de muros, mas de cidadãos ativos e de riqueza. Se a riqueza é necessária, ainda mais necessários são aqueles que produzem a riqueza.

Bruni, em muitos de seus escritos, exalta a cidade de Florença, como é a maior expressão o seu escrito *Laudatio florentine urbis*, em que é qualificado o esforço de descrever tal cidade não apenas como *mirabilia urbis*, mas que coloca no centro da reflexão a capacidade humana enquanto artífice dessa organização civil, uma comunidade de seres humanos (*congregatio hominum*). Afirma Bruni:

E infatti, come gli stessi cittadini per un certo loro naturale ingegno, per prudenza, per elevatezza e magnificenza, moltissimo sopravanzano tutti gli altri uomini, così anche questa città, tanto accortamente situata, supera tutte le altre in splendore, in ornamento ed eleganza.⁴⁷

Já na obra *De militia* Bruni esclarece o significado de *civitas*, ao afirmar: “La città, infatti, è promotrice e autrice di tutta la vita e di tutti i compiti degli uomini.” A cidade não é um agregado de edifícios, mas possui uma base humana, por isso, Leonardo Bruni não utiliza a palavra *ubs*, mas *civitas*, para dar a ideia da participação das pessoas na vida comum. É na *civitas* que os cidadãos têm seus cargos distribuídos, suas necessidades saciadas, recebem a proteção, ou seja, uma união de muitos que provê as necessidades dos indivíduos. Para ser *civitas* a cidade deve alcançar um desenvolvimento tal que seja autossuficiente, capaz de sustentar suas necessidades perante as exigências da vida⁴⁸.

Leonardo Bruni, estudando os antigos filósofos, como Epicuro, Aristóteles, Teofrasto, os peripatéticos e os estoicos, indica como finalidade do homem o *bem supremo*, não mais entendido de modo escolástico como bem transcendental, mas sim aristotelicamente como felicidade do homem empírico, mediante um *ethos* direcionado ao bem viver, consagrando-o na *praxis*. E a virtude não deve ser vivida de modo isolado, mas em uma vida inserida na

⁴⁵ MARSILIO DA PADOVA. *Il difensore minore*. 1975. p. 182.

⁴⁶ DE ROOVER, Raymond. *Il banco Medici: dalle origini al declino*. Firenze: La Nuova Italia Editrice, 1970. p. 1.

⁴⁷ BRUNI, Leonardo. *Elogio della città di Firenze*. Leonardo Bruni: opere letterarie e politiche. A cura di Paolo Viti. Classici latini. Novara: UTET, 2013. p. 507.

⁴⁸ BRUNI, Leonardo. *Della milizia*. Leonardo Bruni: opere letterarie e politiche. A cura di Paolo Viti. Classici latini. Novara: UTET, 2013. p. 562-563.

sociedade civil.

Bruni admite que algumas virtudes ligam-se mais à vida contemplativa, como a sapiência, a ciência e a inteligência, sendo esta uma vida mais elevada e rara; outras à vida ativa, como a prudência, que é uma vida mais eficaz no interesse comum. De todo modo, a perspectiva do homem deve ser a felicidade, e a felicidade é alcançada não pelos vícios, mas pela virtude, pelo bem viver e o bem agir, nas palavras de Bruni: “Se dunque vogliamo essere felici, impegnamoci ad essere perbene e pratichiamo le virtù.”⁴⁹

Assim, os humanistas italianos realizaram uma concepção diferenciada da natureza humana, conciliando a parte espiritual com a parte corporal e material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes do advento do humanismo, a Itália vive um período em que, através do papa Inocêncio III (1161-1216), papa da Igreja católica de 1198 até 1216, é declarada a “miséria da condição humana”, como é possível ler em sua obra *De contemptu mundi*. Esse papa explica que já o neonato é maculado por *gravis necessitas et infelix conditio*, já que é pecador mesmo antes de pecar, e presa do erro mesmo antes de errar, o que se constata já na concepção, pois o coito não pode ser realizado sem o prurido da carne, sem a ativação da libido ou sem o vício da luxúria, de modo que a alma assim infusa contrai de origem o pecado, a culpa e a iniquidade. As aflições da vida são compartilhadas por todos os homens, seja patrão, seja servo; seja jovem, seja velho; seja casado, seja celibatário; cada qual percebendo em modo diverso o sofrimento de tal experiência da existência humana.

Os humanistas propõem uma leitura diversa de tal ideia da vida como tristeza e exasperação, iniciam uma tradição europeia que se distancia da ideia ascética e medieval propalada pela Igreja de Inocência. Os humanistas reabilitam assim o homem natural e, ao fazê-lo, redimensionam o sentido da vida humana em sociedade, gerando assim uma nova leitura do Estado, do direito, da economia, da soberania.

Assim, através desse estudo colocou-se luz aos fundamentos históricos e ideológicos do humanismo italiano para demonstrar suas contribuições à teoria do Estado. Foram assim consideradas as forças intelectuais do humanismo que reabilitaram o ser humano como centro da vida e, ao fazê-lo, debelaram uma nova proposta para a vida pública e o governo, com profundos ideais de valorização do ser humano que levou a uma grande profusão de criatividade, arte e civilidade, deduzindo a possibilidade da humanidade natural reencontrar novamente a si mesma.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AQUINO, Tomás de. **Comento alla metafisica di Aristotele**. 1 v. Bologna: PDUL, 2004.

⁴⁹ BRUNI, Leonardo. **Introduzione alla dottrina morale**. Leonardo Bruni: opere letterarie e politiche. A cura di Paolo Viti. Classici latini. Novara: UTET, 2013. p. 219.

- AQUINO, Tomás de. **Do reino ou do governo dos príncipes ao rei de Chipre**. In: Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino. Tradução de Francisco Benjamin de Souza Neto. Petrópolis: Vozes, 1995.
- AQUINO, Tomás de. **Suma contra os gentios**. 1 v. Tradução: D. Odilão Moura. Porto Alegre: Sulina, 1990.
- AQUINO, Santo Tomás de. **Suma de teología**. Parte I. 4. ed. Madrid: Biblioteca de autores cristianos. 2001. Parte I, Cuestión 96, art. 4. p. 853.
- ARISTÓTELES. **Metafísica**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- ARISTÓTELES. **Política**. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- AVONDO, Edoardo Ruffini. **Il Defensor pacis di Marsilio da Padova**. In: Rivista storica italiana. Messina: Giuseppe Principato, 1924. p. 126.
- BRUNI, Leonardo. **Della milizia**. Leonardo Bruni: opere letterarie e politiche. A cura di Paolo Viti. Classici latini. Novara: UTET, 2013.
- BRUNI, Leonardo. **Difesa contro i riprensori del popolo di Firenze nella impresa di Lucca**. Leonardo Bruni: opere letterarie e politiche. A cura di Paolo Viti. Classici latini. Novara: UTET, 2013.
- BRUNI, Leonardo. **Elogio della città di Firenze**. Leonardo Bruni: opere letterarie e politiche. A cura di Paolo Viti. Classici latini. Novara: UTET, 2013.
- BRUNI, Leonardo. **Introduzione alla dottrina morale**. Leonardo Bruni: opere letterarie e politiche. A cura di Paolo Viti. Classici latini. Novara: UTET, 2013.
- DANTE, Alighieri. **Convivio**. In: DANTE Alighieri: tutte le opere. 8. ed. Roma: Grandi Tascabili Economici, 2013.
- DE ROOVER, Raymond. **Il banco Medici: dalle origini al declino**. Firenze: La Nuova Italia Editrice, 1970.
- GARIN, Eugenio. **L'umanesimo italiano: filosofia e vita civile nel Rinascimento**. Roma: Laterza, 1994.
- GILSON, Étienne. **Études de philosophie médiévale**. Strasbourg: Faculté des Lettres, 1921.
- GILSON, Étienne. **La philosophie au moyen age**. Paris: Payot, 1922.
- JAEGER, Werner. **Umanesimo e teologia**. Milano: Corsa dei Servi, 1958.
- JOURDAIN, Amable Louis Marie Michel Bréchillet; JOURDAIN, Charles. **Recherches critiques sur l'age et l'origine des traductions latines d'Aristote et sur des commentaires grecs ou arabes employés par les docteurs scolastiques**. Paris: Joubert, 1819.
- LABANCA, Baldassare. **Marsilio da Padova: riformatore politico e religioso del secolo XIV**. Padova: Fratelli Salmin, 1882. p. 126.
- MARSILIO DA PADOVA. **Il difensore minore**. Napoli: Guida, 1975.

MARÍSILIO DE PÁDUA. **O defensor da paz**. Petrópolis: Vozes, 1997.

NUCCIO, Oscar. **Diritto naturale e razionalità economica**: studi sulle origini medievali dello "spirito capitalistico". Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1989.

RAMOS, Alejandro. **La ciudad de Dios en Santo Tomás de Aquino**. Mar del Plata, Universidad FASTA, 2008.

ULLMANN, Walter. **Radici del Rinascimento**. Roma: Laterza, 1980.

RECONHECIMENTO FORMAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NOS PRINCIPAIS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, EM NÍVEL INTERNACIONAL E NACIONAL

Bruno Smolarek Dias¹

André Lipp Pinto Basto Lupi²

Maurizio Oliviero³

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo demonstrar, através de um levantamento constitucional e de tratados internacionais, o reconhecimento formal do Direito à Educação. Reconhecimento este que nos leva a inferir no Direito à Educação como um dos Direitos Fundamentais, para a Comunidade Internacional.

Para tanto, será apresentado um levantamento constitucional com aproximadamente 130 textos constitucionais no que tange ao Direito à Educação, sua presença como um direito autonomamente reconhecido, ou como parte de direito.

¹ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Positivo (2004) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008). Doutor em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - SC, ex-bolsista CAPES para Doutorado Sanduíche na Universidade do Minho - Portugal. Doutorado em co-tutela com a Università degli Studi di Perugia - Itália. Atualmente é Coordenador do Curso de Direito da Universidade Paranaense - Unipar Campus Francisco Beltrão. E-mail para contato: professorbruno@unipar.br .

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000) e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2006), com estágio doutoral no Institut de Hautes Études Internationales de Genebra. Atualmente é professor da Universidade do Vale do Itajaí, nos programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica e de graduação em Direito e Relações Internacionais. Vice-Coordenador do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica. Professor convidado do Doutorado em Ciência Jurídica da Pontifícia Universidade Javeriana de Bogotá. Preside a Comissão do Qualis - Periódicos, para a Área de Direito da CAPES. Advogado. Integra a Comissão de Direito Empresarial da OAB/SC. E-mail para contato:lupi@univali.br .

³ Embaixador Erasmus para a Itália. Doutor em Direito Público pela Università di Roma "TorVergata"; (Itália). Realizou curso de especialização em Direito Público pela Universidade de Alicante (Espanha); curso de especialização em Direito Público Econômico junto a Univerzita Karlova IV v Praze (República Tcheca); curso de especialização em Direito Parlamentar e Técnica de Legislação junto a Università degli Studi di Firenze em parceria com a Câmara dos Deputados (Itália); curso em Direito Comunitário no Istituto Guiridico della Repubblica di San Marino (São Marino). É Professor Titular de Direito Público Comparado na Università degli Studi di Perugia (Itália). Professor Visiting na Columbia University - New York (EUA). Professor Visitante na Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (Brasil); na Universidad de Alicante (Espanha); na Al-Quds University of Jerusalem e na Üniversite Eskesir (Turquia). Nomeado consultor científico para a redação do Estatuto da região da Umbria. Conselheiro jurídico junto a Presidência da Câmara dos Deputados da Região da Umbria. Conselheiro jurídico da Presidência da Câmara dos Deputados do Parlamento Italiano. Responsável científico do Programa Justice Now para a Primeira Câmara Arbitral na Palestina pelo Ministério do Exterior Italiano. É membro do Tavolo Internazionale per la Cooperazione e la Pace in Medio Oriente. Enviado à Conferência Mundial de Atenas (1996) e relator do Colóquio Internacional de Beirut (1998) pela Câmara dos Deputados do Parlamento Italiano. Detentor de Comenda conferida pela Autoridade Palestina em reconhecimento aos serviços prestados na redação da Constituição local. E-mail para contato: oliviero@unipg.it .

Esta análise tem como fundamento verificar os traços comuns e divergentes entre estas disposições, verificando qual a determinação constante das cartas globais.

A partir da definição de qual o fundamento comum que vincula os Estados na obrigação do oferecimento do Direito à Educação, nos será possível verificar quais sistemas desviam dos traços comuns, e quais características e prerrogativas de seus sistemas protetivos os leva a esta divergência.

Ao final procurar-se-á definir se a Comunidade Internacional reconhece um Direito à Educação com contornos minimamente determinados e uniformes, sendo assim é possível verificar qual a ideologia educacional (se democrática e pluralista ou autocrática e unilateral), o objetivo final (se o desenvolvimento individual para a emancipação e desenvolvimento ou se em busca de um avanço coletivo social), determinação teológica (se teológica ou laica), e por fim, quais os níveis educacionais compreendidos (analfabetismo, educação básica, média ou superior).

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Os Direitos Humanos Fundamentais são considerados por muitos como simplesmente os direitos inerentes às pessoas humanas. Mas os Direitos Humanos Fundamentais são muito mais do que só isso, são um conceito político, um conceito moral e também um conceito legal que estruturam as bases dos direitos considerados essenciais às pessoas⁴, em franca demanda social e internacional por efetividade.

Essa gama de direitos é considerada como basilar da sociedade de direito em que vive o homem contemporâneo, sendo esta gama de direitos permeada de princípios básicos do próprio Direito⁵.

Tão básicos são os Direitos Humanos, que devem ser respeitados pelo próprio Estado na consecução de seus afazeres e no planejamento de suas ações. “O respeito aos direitos fundamentais, notadamente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado democrático de direito”⁶.

São necessidades do próprio homem que condicionam a criação das normas de Direitos Humanos⁷. Para Gregório Peces-Barba Martinez este objetivo seria conseguido

⁴ D'AMATO, Anthony. *The concept of human rights in international law*. **Columbia Law Review**. Vol. 82. Pp. 1110-1159, 1982.

⁵ LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

⁶ PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Os direitos fundamentais e o princípio da legalidade: uma compatibilização possível. **Revista da AGU**. Publicação da Advocacia Geral da União. 2005. Disponível em: <http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_dezembro_marco_aurelio_direitos_Fundamentais.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2007. P. 2.

⁷ “Así, los primeros derechos que aparecen en la historia, individuales, políticos y procesales, y que constituyen el núcleo de las declaraciones de la Revolución liberal, no son producto de una gran reflexión racional, sino respuestas a una situación concreta existente en Europa y en las colonias de los países europeos, en los siglos XVI y XVII”. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y Derecho*. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. 1988. N. 28. P. 193-207. Editor: Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho. ISSN 0008-7750.

quando possibilitado o conjunto da liberdade moral, psicológica e de escolha, todas concomitantes, e factualmente aplicáveis e exigíveis⁸.

Neste momento é oportuno dar os contornos para aquilo que se considera como Direito à Educação. Existe um indelével entendimento de que a Educação é um dos caminhos para o progresso dos seres humanos, no seu desenvolvimento pessoal, bem como para o desenvolvimento dos valores necessários para uma sociedade e uma comunidade, como os próprios valores da paz, igualdade e respeito⁹.

Uma das mais completas conceituações da educação foi fruto de perspectiva feita por Montesquieu, para quem a educação somente é fonte de resultados se permeada e compatibilizada em suas três formas.

A educação formal, aquela determinada pela educação escolar, feita nos bancos das mais variadas entidades educacionais em todo o globo, são claro parte de um sistema, no entanto não se constituem em solução única para todos os problemas, como afirmam alguns demagogos.

A educação formal somente trará frutos se aquilo que for ensinado durante as aulas das crianças, adolescentes e adultos, tiver respaldo em sua vida social e familiar. Ensinar alguém de que o racismo é considerado errôneo e fruto de um imenso desrespeito aos Direitos Humanos é ineficaz se, durante o seu convívio social, o indivíduo se debate com uma sociedade que considera determinado grupo, caracterizado digamos que pela coloração da pele ou do cabelo, como inferior.

Para levar a contento esta análise começemos com um levantamento constitucional sobre as previsões constantes referenciadas ao Direito à Educação e a forma em que estes se apresentam no texto.

2. PANORAMA CONSTITUCIONAL MUNDIAL NO QUE SE REFERE AO DIREITO À EDUCAÇÃO

Veja que se propugna pela apresentação do Direito à Educação como realidade social e política que importa no reconhecimento de um Direito Humano Fundamental, viu-se por bem fazer uma análise em um número significativo de Constituições para sustentar o seu reconhecimento interno por parte dos integrantes da Comunidade Internacional.

⁸ “Eso supone distinguir en el concepto de los derechos tres momentos inseparable y de los que no se puede prescindir: 1. Una pretensión moral justificada, es decir, generalizable y susceptible de ser elevada a ley general, con un contenido igualitario para sus posibles destinatarios, sean éstos los hombres y los ciudadanos (genérico) o mujeres, niños, trabajadores, consumidores, minusválidos (específicos o situados en una categoría con rasgos propios y distintivos). 2. Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales. Esto exige que esa pretensión moral sea susceptible técnicamente, de acuerdo con las reglas que regulan la creación, interpretación y aplicación de Derecho, de ser incorporada a una norma que pueda pertenecer a un Ordenamiento ...3. Una realidad social que favorezcan y haga posible su eficacia. En efecto los derechos no son sólo pretensiones morales susceptible de ser realizadas a través de Derecho, sino posibles, por la existencia de factores económicos, sociales o culturales que favorezcan su efectividad”. PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Conceptos y Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales. Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Vol. 1. N. 1. P. 76-85. 1993. ISSN: 1133-0937.

⁹ DIAS, Túlio César. *A Nação Sul Americana: uma proposta supranacional para a efetivação dos direitos humanos e da democracia no subcontinente*. 2011. 127 fls. [Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica] Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS, Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Itajaí - SC, 2011.

Para tanto foram analisadas 137 Constituições de Estados dos mais diversos continentes e com os mais variados substratos culturais, com o fulcro de demonstrar o reconhecimento da fundamentalidade deste Direito perante suas comunidades internas.

Os dados compilados foram inseridos na tabela abaixo para finalidade de controle. As Constituições que faziam referência ao Direito à Educação de forma autônoma tiveram os seus respectivos artigos nominados para que fosse possível sua conferência. Aquelas que o fizeram por meio do reconhecimento através do direito de liberdade e de liberdade de consciência, tiveram apenas esta circunstância ressalvada.

Núm.	País	Denominação própria	Denominação como outro Direito		Não possui previsão constitucional
		Dentre os Direitos Fundamentais	Direito à Consciência Religiosa	Direito à Liberdade	
001	Afeganistão	Artigo 56			
002	África do Sul	Artigo 29			
003	Albania				X
004	Alemanha	Artigo 7			
005	Algeria	Artigo 53			
006	Angola	Artigo 49			
007	Antigua e Barbuda		X	X	
008	Arábia Saudita	Artigo 30			
009	Argentina	Artigo 5			
010	Armênia	Artigo 35			
011	Austrália				X
012	Áustria	Artigo 14			
013	Azerbaijão	Artigo 42			
014	Bahamas		X	X	
015	Bahrein	Artigo 7			
016	Barbados		X		
017	Belarus	Artigo 49			
018	Bélgica	Artigo 24			
019	Belize		X		
020	Bolívia	Artigo 177			
021	Bósnia Herzegovina	Artigo 2, Parag. 3, I			
022	Brasil	Artigos 6 e 205			
023	Bulgária	Artigo 53			
024	Camboja	Artigo 65			
025	Canadá	Artigo 93			
026	Chechênia	Artigo 40			
027	Chile	Artigo 10			
028	China	Artigo 19			
029	Chipre	Artigo 20			

Núm.	País	Denominação própria	Denominação como outro Direito		Não possui previsão constitucional
		Dentre os Direitos Fundamentais	Direito à Consciência Religiosa	Direito à Liberdade	
030	Colômbia	Artigo 67			
031	Congo	Artigos 13 e 43 a 45			
032	Coréia do Norte	Artigos 44 e 45			
033	Coréia do Sul	Artigo 31			
034	Costa Rica	Artigo 77			
035	Croácia	Artigos 63 e 65			
036	Cuba	Artigos 38 e 50			
037	Dinamarca				X
038	Dominica		X	X	
039	Egito	Artigo 18			
040	El Salvador	Artigo 53			
041	Emirados Árabes Unidos	Artigo 17			
042	Equador	Artigo 27			
043	Eritréia	Artigo 21			
044	Eslováquia	Artigo 42			
045	Eslovênia	Artigo 57			
046	Espanha	Artigo 27			
047	Estados Unidos da América				X
048	Estônia	Artigo 37			
049	Etiópia	Artigos 41 e 90			
050	Fiji	Artigo 39			
051	Finlândia	Capítulo 2, Seção 16			
052	França				X
053	Geórgia	Artigo 35			
054	Granada	Artigo 9			
055	Grécia	Artigo 16			
056	Guatemala	Artigos 71 a 74			
057	Guiana	Artigo 27			
058	Haiti	Artigo 32			
059	Holanda	Artigo 23			
060	Honduras	Artigo 151			
061	Hong Kong	Artigo 136			
062	Hungria	Artigos 16, 67 e 70			

Núm.	País	Denominação própria	Denominação como outro Direito		Não possui previsão constitucional
		Dentre os Direitos Fundamentais	Direito à Consciência Religiosa	Direito à Liberdade	
063	Índia	Artigos 29 e 30			
064	Indonésia	Artigo 31			
065	Irã	Artigo 3, 3			
066	Iraque	Artigo 34			
067	Irlanda	Artigos 40 e 42			
068	Islândia	Artigo 76			
069	Israel				Não possui Constituição escrita
070	Itália	Artigos 33 e 34			
071	Jamaica	Artigo 15			
072	Japão	Artigo 26			
073	Kazaquistão	Artigo 30			
074	Kirgístão	Artigo 45			
075	Kuwait	Artigos 13 e 40			
076	Látvia	Artigo 112			
077	Líbano	Artigo 10			
078	Libéria	Artigo 6			
079	Líbia	Artigo 14			
080	Lichtenstein	Artigos 15 e 16			
081	Lituânia	Artigos 40 e 41			
082	Luxemburgo	Artigo 23			
083	Macedônia	Artigo 44			
084	Madagascar	Artigos 23 a 25			
085	Malawi	Artigos 13, 6 e 25			
086	Malta	Artigos 10 e 11			
087	Marrocos	Artigo 13			
088	Mauritânia				X
089	México	Artigo 3			
090	Mongólia	Artigo 16			
091	Namíbia	Artigo 20			
092	Nepal	Artigo 18			
093	Nicarágua	Artigos 116 a 128			
094	Noruega				X
095	Nova Zelândia				Não possui Constituição escrita
096	Omã	Artigo 13			
097	Panamá	Artigo 87			

Núm.	País	Denominação própria	Denominação como outro Direito		Não possui previsão constitucional
		Dentre os Direitos Fundamentais	Direito à Consciência Religiosa	Direito à Liberdade	
098	Paraguai	Artigo 73			
099	Perú	Artigos 13 a 17			
100	Polônia	Artigos 33 e 70			
101	Porto Rico	Artigo II, Seção 20			
102	Portugal	Artigos 43 e 73			
103	Quatar	Artigos 22, 25 e 49			
104	Quênia	Artigo 43			
105	Reino Unido	Seção 8 das normativas do Reino			
106	República Dominicana	Artigo 16			
107	República Tcheca				X
108	Romênia	Artigo 11			
109	Ruanda	Artigo 40			
110	Rússia	Artigo 43			
111	Saint Kitts e Nevis		X		
112	Santa Lucía		X	X	
113	São Vicente		X	X	
114	Sérvia	Artigo 71			
115	Singapura	Artigo 16			
116	Síria	Artigos 21 e 22			
117	Somália	Artigo 30			
118	Sudão do Sul	Artigo 29			
119	Suécia	Artigo 2			
120	Suíça	Artigo 19			
121	Suriname	Artigos 8, 24, 38 e 39			
122	Tailândia	Capítulo III, Parte 8, Seção 49			
123	Taiwan	Artigos 21 e 158			
124	Tajiquistão	Artigo 41			
125	Tanzânia	Artigo 11			
126	Tibete	Artigo 17			
127	Timor Leste	Artigo 59			

Núm.	País	Denominação própria	Denominação como outro Direito		Não possui previsão constitucional
		Dentre os Direitos Fundamentais	Direito à Consciência Religiosa	Direito à Liberdade	
128	Trinidad e Tobago	Artigo 4, f e 125			
129	Tunísia				X
130	Turquia	Artigo 42			
131	Uganda	Artigo 30			
132	Uruguai	Artigos 40, 41 e 71			
133	Venezuela	Artigos 78 a 83			
134	Vietnam	Artigo 31			
135	Yemén	Artigo 37			
136	Zâmbia		X	X	
137	Zimbábue		X	X	

Fica evidente que dentre um universo, apenas exemplificativo, de 137 Cartas Constitucionais (e documentos de Direitos no caso do Reino Unido da Grã-Bretanha), 126 fazem referência ao Direito à Educação, sendo que destes 116 o fazem de forma autônoma incluindo-o no rol dos Direitos Fundamentais.

Aqueles que o fazem mediante o reconhecimento em conjunto com o Direito à Liberdade, fazem como liberdade de expressão e consciência, com fulcro a determinar a expressão de que tratam-se de sociedades comprometidas com os regimes democráticos de cunho pluralista.

Defendendo a possibilidade de instrução de forma a caracterizar a emancipação dos indivíduos em função de amarras culturais ou ideológicas, proporcionando a contraposição de idéias e o crescimento intelectual dos agentes individuais.

No entanto, aqueles que o fazem dentre os direitos de Liberdade na Determinação em suas Crenças Religiosas, estruturam-se em virtude não necessariamente de uma sociedade democrática e pluralista como poder-se-ia pensar, mas sim como uma sociedade laica, na qual aos governados é facultada a escolha de um sistema educacional, mesmo que este sistema seja unilateral e vinculado a uma determinada religião específica.

Assim sendo, traduzem também uma sociedade propensa ao sistema democrático e o reconhecimento de potenciais pontos de vista diferentes, que são critérios básicos para a manutenção de qualquer proposta democrática.

Passemos agora a analisar os critérios comuns às diferentes proposta, iniciando com a proposta universalmente estabelecida pela Organização das Nações Unidas, e comparando-a, não individualmente, mas por inferência, com as proposições regionais e constitucionais levantadas.

3. DEFINIÇÃO UNIVERSAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO

A Organização das Nações Unidas – ONU – é um órgão mundial com a prerrogativa de evitar conflitos armados no mundo pós-Segunda Guerra Mundial. Criada com o objetivo de manter esta paz através de três pilares básicos, de acordo com a sua própria Carta Constitutiva, os Direitos Humanos, as Liberdades Fundamentais e o Desenvolvimento dos Estados¹⁰.

Sendo o principal objetivo deste trabalho a análise do direito à educação, verificaremos a disposição do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹¹ sobre este direito específico.

Artigo 13.º 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa à educação [...]

2. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, a fim de assegurar o pleno exercício deste direito:

a) O ensino primário deve ser obrigatório e acessível gratuitamente a todos;

b) O ensino secundário, nas suas diferentes formas, incluindo o ensino secundário técnico e profissional, deve ser generalizado e tornado acessível a todos por todos os meios apropriados e nomeadamente pela instauração progressiva da educação gratuita;

c) O ensino superior deve ser tornado acessível a todos em plena igualdade, em função das capacidades de cada um, por todos os meios apropriados e nomeadamente pela instauração progressiva da educação gratuita.

Este tratado internacional de cunho multilateral e universalista, como premissa de obrigatoriedade de aplicação por todos os países signatários deste referido tratado¹².

4. SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO E A DETERMINAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Far-se-á uma análise sobre as determinações dos sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos¹³, para verificar quais os traços comuns e divergências sobre o Direito à Educação.

¹⁰“A ONU nasceu após a Segunda Guerra com o objetivo imediato de evitar novas guerras. Desde o início, a função de manutenção da paz esteve ligada à tentativa de imposição política dos direitos humanos”. HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*. p. 134.

¹¹UNITED NATIONS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado pela Resolução n. 200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de Setembro de 1966.

¹²“After the adoption of the Universal Declaration in 1948, the next step was to translate the rights it recognized in Articles 22-28 into binding treaty obligations. This process took from 1949 to 1966. The delay was due to reasons including the Cold War, developing US opposition to the principle of international human rights treaties, and the scope and complexity of the proposed obligations. By 1955, the main lines of what was to become the ICESR were agreed”.STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: law, politics, morals**. 3. Ed. New York: Oxford University Press, 2007. P. 271.

A Organização dos Estados Americanos (OEA)¹⁴ com relação ao Direito à Educação o Protocolo de San Salvador Adicional a Carta de San José de Costa Rica descreve:

1. Toda pessoa tem direito à educação.
2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.
3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:
 - a. O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;
 - b. O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
 - c. O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
 - d. Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;
 - e. Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.
4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.
5. Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.

Este artigo concentra-se no Direito à Educação, após a passagem pelo Sistema Interamericano, passa-se a analisar o Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos.

A Convenção passou já por alguns protocolos que alteraram a sua estrutura buscando uma maior efetividade no seu funcionamento¹⁵. No que tange ao específico objeto deste trabalho houve a assinatura de um protocolo adicional à Convenção Europeia, assinado em

¹³ BONFIM DI CARMO NETO, Manoel; ZAWADA MELO, Adriana. O papel dos Sistemas Regionais na Proteção dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito**. Osasco, ano 8. N. 1. 2008. P. 309-326.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Protocolo de Bogotá, 1948.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, n. 13. V. 1. P. 32-58. ISSN: 1678-2933.

Paris em 20 de março de 1952, que institui em seu artigo 2 o direito à instrução.

“A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante com suas convicções religiosas e filosóficas”.

Além da disposição presente na Convenção Européia, existe similar previsão na Carta Social Européia, com o adendo de que os Estados partes se comprometem com “um ensino primário e secundário gratuitos, assim como favorecer a regularidade da frequência escolar”¹⁶.

O sistema africano ao tratar do Direito à Educação os próprios Direitos Humanos e Fundamentais o faz de maneira diferente. A Carta Africana é geralmente citada por possuir em seu texto não só os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, mas além destes também os direitos coletivos, que nominalmente em sua estrutura são referenciados como direitos dos povos.

Dada a sua estruturação a Carta Africana foi menos descritiva no que concerne ao conteúdo dos direitos a serem protegidos, fazendo menção aos direitos, sem maiores minúcias¹⁷. Cita-se como exemplo o direito à educação, cuja previsão no artigo 17 apenas afirma: “Toda pessoa tem direito à educação”¹⁸.

Tendência esta que também se faz presente na Carta Cultural Africana, que ao relacionar a educação nos seus artigos 15 e 16.

Artigo 15 – Os governos africanos devem dar especial atenção para a crescente importância da educação continuada nas sociedades modernas.

Artigo 16 – Os governos africanos devem progressivamente se organizar no treinamento continuado de forma racional e estabelecer sistemas apropriados de educação que satisfaçam necessidades específicas de seu povo¹⁹.

¹⁶ COUNCIL OF EUROPE. **Carta Social Européia Revista**. Assinatura em Estrasburgo, França, 03 de Maio de 1996. Entrada em vigor 01 de Julho de 1999.

¹⁷ “Para além das inovações trazidas pela Carta Africana, importa ainda assinalar algumas lacunas de natureza técnico-jurídica, do seu articulado. Assim, a definição imprecisa dos direitos e a sua enunciação de forma ambígua e insuficiente, bem como a ausência de limitações específica, ou melhor, a formulação de limitações que protegem o Estado, em detrimento do indivíduo, reduzem o conteúdo dos direitos, por vezes abaixo do nível mínimo exigido pelo direito internacional dos direitos do homem”. MORAIS PIRES, Maria José. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Documentação e Direito Comparado*. N. 79/80. 1999. P. 335-350. P. 337.

¹⁸ ORGANIZATION OF THE AFRICAN UNITY. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul 1981**. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981.

¹⁹ “Article 15 – African governments will have to pay special attention to the growing importance of life-long education in modern societies. Article 16 – African governments should take steps to organize continuous training in a rational way and to establish an appropriate system of education which satisfied the specific needs of their people” (Tradução livre). ORGANIZATION OF THE AFRICAN UNITY. **Cultural charter for Africa**. XIII Ordinary Session, Port Louis, Maurítânia, 2-5 de julho de 1976.

Os diferentes sistemas promulgam o Direito à Educação, no entanto na mesma medida que a previsão universalista estão os sistemas interamericano e europeu, sistemas estes que além da previsão base estabelecida mundialmente adotam critérios adicionais.

O sistema interamericano além da previsão universalista promulga a diminuição do analfabetismo e que o acesso a educação tenha a finalidade de acessibilidade aos portadores de necessidades especiais. Situações estas que demonstram as pressões internas existentes no sistema para proporcionar a inserção social, bem como a superação de limitações sociais existentes em função de suas fragilidades econômicas.

O sistema europeu vaticina que, além da prerrogativa estabelecida universalmente, exige-se aos Estados a manutenção de um sistema integralmente gratuito no âmbito básico e secundário, havendo a premissa da liberdade de credo e de consciência, situação como verificada no levantamento constitucional feito anteriormente.

O sistema africano já delimitado anteriormente pugna pela educação continuada, em função de um sistema de educação que proporcione aos africanos a superação de suas limitações fáticas e econômicas, fomentando o desenvolvimento e o crescimento individual e coletivo.

No entanto, ao fazê-lo, não adota o sistema, nenhuma dotação específica com relação às obrigações do Estado, sejam elas com o Ensino fundamental ou secundário. De forma que, fogem ao padrão internacionalmente estabelecido pelo sistema universal e os regionais americanos e europeus.

No mesmo sentido segue uma determinação de natureza islâmica, pois de acordo com a Declaração Islâmica Universal de Direitos Humanos composta a partir do sistema jurídico característico da família islâmica do Direito, oriunda do Conselho Islâmico proclamada em Paris, 19 de Setembro de 1981.

Segundo o artigo XXI da Declaração Islâmica Universal de Direitos Humanos, “toda pessoa tem direito a receber educação de acordo com suas habilidades naturais”.

Previsão esta que, apesar de possibilitar diversas interpretações, dá certeza de que a educação é um dos Direitos Humanos Fundamentais, reconhecido pela comunidade islâmica como direito de todos.

Em conformidade com esta interpretação também está a determinação feita na Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, de 1990, oriunda da XIX Conferência Islâmica dos Ministros das Relações Exteriores²⁰.

“A educação deve ser apropriada aos interesses e ao futuro da criança, em sintonia com os valores éticos e os princípios da *Shari’a*”²¹.

²⁰ HASHEMI, Kamran. *Muslim States, Regional Human Rights Systems and the Organization of the Islamic Conference. German Yearbook of International Law*. Vol. 52. 2009. P. 74-105. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

²¹ ALVES DA FROTA, Hidemberg. Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Faculdade de Direito de Bauru. N. 44. P. 672.

Dados os certames legais acima, e a ratificação do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais pelos países islâmicos²², pode-se referendar que o direito à educação faz parte dos Direitos Humanos Fundamentais, incluso na perspectiva Islâmica²³.

Dentro desta perspectiva existe a Liga Árabe de Nações foi constituída em 22 de março de 1945, pelos países da península arábica com propostos de reforçar suas relações e coordenar suas políticas pelos interesses dos países.

De acordo com o seu artigo II, sua competência material é concernente à assuntos econômicos e financeiros, comunicações, cultura, nacionalidade, questões sociais e sanitárias. Com base na previsão da Carta constitutiva e a edição de uma carta de Direitos Humanos, pode-se considerar a Arábia como um dos sistemas regionais.

A Carta Árabe de Direitos Humanos foi adotada pela Liga Árabe de Nações em 1994, que em seu preâmbulo confirma os princípios adotados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal de Direitos do Homem, nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos (tanto civis como sociais) e na Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã.

De forma que, ao menos nas previsões constantes na Carta de Direitos Humanos, não são feitas distinções com relação a nenhuma das características que poderiam implicar em tratamento diferenciado entre as pessoas na sua aplicabilidade.

Ao tratar das questões educacionais a Carta Árabe o faz de maneira diversa de suas predecessoras.

Artigo 34 – A erradicação do analfabetismo é uma obrigação vinculativa e todo o cidadão tem o direito à educação. Educação primária, ao menos, deve ser compulsória e livre, e ambas as educações secundária e universitária devem ser facilmente acessíveis por todos²⁴.

No caso há uma previsão específica no combate ao analfabetismo, questão que se coloca como solucionável perante o acesso à educação compulsória de ordem primária, seguindo a estruturação universalmente estabelecida pela Organização das Nações Unidas.

A ASEAN foi constituída em 08 de agosto de 1967, com um claro discurso de aceleração econômica, pacificação da região, promover a assistência e colaboração mútua nos campos econômicos, sociais, culturais, técnicos, científicos e administrativos.

²² Neste quesito apresentar-se-á o país seguido da data da ratificação ao referido pacto internacional: Egito (14/01/82), Irã (24/06/75), Iraque (25/01/71), Marrocos (03/05/79), Paquistão (17/04/08), Tunísia (18/03/69) e Turquia (23/09/03).

²³ *“From an Islamic legal perspective, the Shari’ah places both a moral and a legal obligation on the State to ensure the economic, social and cultural welfare of individuals... There are also many other references in both the Qur’an and Sunnah on the importance of education, the obligation of seeking knowledge, and the superiority of scholarship. The Qur’an summarizes the importance of education and scholarship with an affirmatory interrogative statement that: ‘...Can those who are learned be compared with those who are unlearned? It is those who are endowed with understanding that receive admonition’. The Prophet had also stressed the paramount value of education in many Traditions...The Prophet had emphatically stated in one Tradition that seeking of knowledge (education) is compulsory on every Muslim”*. BADERIN, Mashood A. **International Human Rights and Islamic Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003. P. 175-212.

²⁴ *“Article 34 – The eradication of illiteracy is a binding obligation and every citizen has a right to education. Primary education, at the very least, shall be compulsory and free and both secondary and university education shall be made easily accessible to all”*. (Tradução livre).

A organização é composta pelos Estados do: Brunei; Camboja; Indonésia; Laos; Malásia; Myanmar; Filipinas; Singapura; Tailândia e Vietnam.

Na décima quinta seção dos chefes de Estado e governo da ASEAN foi assinada a Declaração de Cha-Am Hua Hin, que constitui uma Comissão Intergovernamental de Direitos Humanos²⁵, de acordo com a definição constante do artigo 14 da Carta constitutiva da ASEAN²⁶.

Nas diretivas dos propósitos da Comissão Intergovernamental está estipulado que: “para promover os direitos humanos dentro de um contexto regional, tendo em mente as particularidades regionais e nacionais bem como o respeito mútuo pelas diferentes histórias, culturas e fundamentos religiosos”²⁷.

A promoção regionalizada, item 1.4, a princípio parece contrastar com a definição dada no item 2.2, de respeito aos direitos humanos internacionais, e seus princípios de universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação.

O Direito à Educação é tratado no artigo 31 da Declaração, que além de determinar em seu inciso primeiro o direito de todos à educação, vaticina no inciso segundo a educação compulsória e gratuita a todos, bem como a educação secundária acessível por todos os meios apropriados e em suas mais diferentes formas. Trata ainda da educação técnica e vocacional a ser geralmente acessível, e educação superior dada a base meritória.

Chama a atenção o inciso terceiro que determina a correlação entre o Direito à Educação e os Direitos Humanos, além de sua efetividade.

Educação deve ser dirigida ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao sentido de sua dignidade. Educação deve ser reforçar o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades individuais nos Estados-membros da ASEAN. Além disso, educação deve ser disponível para todas as pessoas para participar efetivamente de suas respectivas sociedades, promovendo entendimento, tolerância e amizade entre todas as nações, grupos religiosos e raciais, e promover as atividades de manutenção da paz da ASEAN.²⁸

No que concerne ao direito à educação, a organização possui um órgão especializado para o assunto, nominado ASED, que seria a reunião dos ministros da educação dos referidos países membros.

²⁵ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. *The Cha-Am Hua Hin Declaration on the Intergovernmental Commission on Human Rights*. Cha-Am Hua Hin: Thailand, 23rd of October, 2009.

²⁶ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. *The ASEAN Charter*. Jakarta: ASEAN Secretariat, January 2008.

²⁷ “to promote human rights within the regional context bearing in mind national and regional particularities and mutual respect of different historical, cultural and religious backgrounds”. (Tradução livre). ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. *Terms of Reference of ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights*. Jakarta: ASEAN Secretariat, October 2009.

²⁸ “Education shall be directed to the full development of the human personality and the sense of his or her dignity. Education shall strengthen the respect for human rights and fundamental freedoms in ASEAN Member-States. Furthermore, education shall enable all persons to participate effectively in their respective societies, promote understandings, tolerance and friendship among all nations, racial and religious groups, and enhance the activities of ASEAN for the maintenance of peace”. ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. *ASEAN Human Rights Declaration*. Phnom Penh, Cambodia: ASEAN Statement & Communiqués, 19 November 2012.

Reconhecido como um dos objetivos específicos da organização em sua carta constitutiva que assevera a assistência mútua para desenvolvimento de pesquisas na área educacional, profissional, técnica e administrativa.

A República Popular da China enquanto potência mundial é inquestionável em nosso paradigma atual. Um país composto por 1.35 bilhões de pessoas em 2010, possuindo ainda como imigrantes “em Cingapura, é de 75% a participação de chineses na população de cerca de 3 milhões. Na Malásia, aquele grupo étnico corresponde a cerca de 35% do total de 17 milhões de habitantes”²⁹. Reconhecidamente a segunda economia mundial de acordo com o Fundo Monetário Internacional³⁰.

Dado não participar da organização regional asiática se torna necessário a sua referência com relação ao assunto em tela, o Direito à Educação.

A primeira menção ao Direito à Educação se encontra no artigo 19 que descreve: “O Estado estabelece e administra escolas de vários tipos, universalizando a educação primária compulsória e promovendo a educação secundária, vocacional e superior bem como a pré-escola”³¹.

Cujo objetivo é a eliminação do analfabetismo promovendo através do estudo a educação de todos, que é tratada na Constituição como sendo um direito e um dever de todo cidadão chinês. Ainda há a menção à instrução para o trabalho e a liberdade de estudos, de acordo com os ideais, a ética e a ideologia chinesa.

O governo chinês é muito criticado pela Comunidade Internacional como não sendo um dos países que proporciona o respeito aos Direitos Humanos, mas tal assertiva normalmente está vinculada aos direitos civis e políticos. De acordo com a própria estrutura da sociedade asiática, existe a predominância de aplicação dos direitos sociais como sendo preponderantes³².

O Japão por seu status cultural e político, além de suas tentativas de dominação na Ásia continental durante as Guerras Mundiais, é objeto de estudo neste trabalho, em função das características apresentadas pela sua Constituição³³.

²⁹ PEREIRA PINTO, Paulo A. China e sudeste asiático: diferenças e semelhanças de percepção quanto a questões atuais. **Revista Brasileira de Política Internacional**. V. 40. N. 2. P. 144-165. 1997.

³⁰ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **World Economic Outlook Database**. Yearbase 2011. Nominal GDP List. April 2012.

³¹ “The State establishes and administers schools of various types, universalizes compulsory primary education and promotes secondary, vocational and higher education as well as pre-school education”. (Tradução Livre). REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. **Constituição da República Popular da China**. Texto adotado na Quinta Sessão do Quinto Congresso Nacional dos Povos em 4 de Dezembro de 1982. Texto atualizado até as emendas ocorridas na Segunda Sessão do Décimo Congresso Nacional dos Povos em 14 de Março de 2004.

³² TAVARES DE OLIVEIRA, Vitor Eduardo. República Popular da China: A evolução e adequação do ordenamento jurídico chinês aos direitos humanos. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 8. N. 82. P. 141-149. Dez./jan. 2007.

³³ “Japan is a country with many human rights problems, e.g., the buraku problem relating to the position of the disadvantaged buraku people, numbering nearly 3 million; problems relating to the hundreds of thousands of ethnic Koreans who are in Japan for reasons beyond their control; atom bomb victims (the kibakusha), who complain of social discrimination owing to their scars of deformities; and ‘occupation babies’, who are children fathered by foreign soldiers who have since left the country. Yes, its bold advances in the field of human rights – constitutional, institutional, and conceptual – can be a source of ideas and inspiration in all jurisdictions concerned with human rights”. WEERAMANTRY, C. G. **Justice without frontiers: furthering human rights**. Vol. 1. The Hague: Kluwer Law International, 1997. P. 155.

A Constituição Japonesa data de 1946, tendo sido promulgada no pós-Segunda Guerra Mundial, com rol de direitos e garantias em conformidade com as normas e estruturas criadas na mesma época, leia-se a Organização das Nações Unidas.

Constituição esta que faz inclusive menção expressa de participação na Comunidade Internacional e a aceitação dos Direitos Humanos Internacionais.

Uma diferença notável no que tange a questão educacional, em conflito direto com a determinação adotada pela carta constitutiva chinesa, descrita no artigo 23, que é a liberdade acadêmica como um dos direitos fundamentais.

Liberdade acadêmica que provisiona contra a adoção de uma determinada ideologia por parte do governo ou de partido político. Aos acadêmicos é dada a liberdade de estudar sobre qualquer matéria, de diferentes pontos de vista, e com isto agregando maiores conhecimentos à população japonesa.

A determinação do direito à educação está presente no artigo 26 que assim professa:

Todas as pessoas devem ter o direito à receber igual educação correspondente com suas habilidades, como provido pela lei. Todas as pessoas são obrigadas a colocar todos os meninos e meninas sob os seus cuidados para que recebam a educação ordinária, como estabelecido pela lei. Tal educação compulsória deve ser gratuita³⁴.

A Constituição japonesa traz não só o direito à educação como a obrigação daqueles que possuam crianças sob a sua responsabilidade de proporcionarem a eles a educação obrigatória pela lei, sendo os custos direcionados ao Estado japonês.

O interessante no que tange à previsão do direito educacional na constituição japonesa é de que esta é feita unicamente na modalidade de regra, segundo a caracterização de Robert Alexy³⁵, utilizada neste trabalho. Todos os enunciados normativos, desde a obrigatoriedade do ensino, a gratuidade e a responsabilidade dos pais, são aplicáveis mediante a regra da subsunção.

A Constituição da República da Índia ao tratar do próprio texto constitucional faz menção à teoria do direito vivo e flexível, como corroborado pelo número de emendas que o texto já sofreu 94 até o ano de 2006.

O artigo 21 faz menção ao direito à educação, ao declarar que é uma obrigação estatal prover educação gratuita para todas as crianças em idade entre seis e quatorze anos. Além de determinar no artigo 28 que todas as instituições de ensino financiadas pelo governo devem ser de instrução laica.

As determinações são compatíveis com as cartas internacionais e com as designações feitas em outros documentos constitucionais, chamando a atenção ao disposto no artigo 41.

O Estado deve, dentro de sua capacidade econômica e desenvolvimento, fazer

³⁴ "All people shall have the right to receive an equal education correspondent to their ability, as provided for by Law. All people shall be obligated to have all boys and girls under their protection receive ordinary education as provided for by the Law. Such compulsory education shall be free" (Tradução livre). JAPÃO. **The Constitution of Japan**. Promulgada em 3 de novembro de 1946.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*.

efetivas provisões para assegurar o direito ao trabalho, educação e assistência pública em casos de desemprego, velhice, doença e incapacidades, e em outros casos de necessidade não merecida³⁶.

A disposição da educação primária obrigatória a todos, disposta no artigo 21, para crianças entre 06 e 14 anos, foi fruto de uma disputa perante a Suprema Corte Indiana, que designou a obrigação ao Estado de que este seria efetivamente o núcleo mínimo de implementação do referido direito³⁷.

A disposição do referido artigo 41 faz menção a capacidade de implementação do governo indiano com relação ao direito à educação entre outros. Tal efetivação deve ocorrer de acordo com as possibilidades fáticas e econômicas da sociedade indiana³⁸.

Os enunciados normativos da constituição indiana ao declarar ser obrigação do estado prover educação gratuita a todas as crianças entre 6 e 14 anos, o faz mediante regra. A regra pela sua característica deve ser aplicada sem a consideração de fatores exógenos a ela, como seriam as questões sociais e econômicas do Estado indiano.

Ao referir-se no artigo 41, que a efetivação depende de condições socioeconômicas para ocorrer, o Estado indiano procura aplicar o modelo de efetivação dos princípios, o mandado de otimização que é passível de relativização mediante as condições sociais, a uma regra que não o é. Tal gera uma disparidade entre o enunciado normativo e a intenção do governo indiano na construção de seu texto constitucional.

5. COMUNIDADE INTERNACIONAL

Ao verificar o sistema universal e regional, nas regiões existentes, bem como nas constituições analisadas, encontram-se traços em comum entre todos eles. Considerando-se a Comunidade Internacional como o conjunto de determinações individuais e coletivas, com base naqueles que compõem sua estrutura, é possível afirmar que para esta existe sim o Direito Fundamental e Humano à Educação.

Tendo-se como base este sistema e suas estruturas afirmadas entre o cotejo feito e todo o levantamento formal é possível inferir um reconhecimento do Direito à Educação como um dos direitos base de seus respectivos ordenamentos jurídicos.

O liame que vincula a todos os sistemas trata-se da fundamentalidade da Educação como procedimento e processo de independência e desenvolvimento individual e coletivo das sociedades, possibilitando a estes novos horizontes.

³⁶ "The State shall, within the limits of its economic capacity and development, make effective provision for securing the right to work, to education and to public assistance in cases of unemployment, old age, sickness and disablement, and in other cases of undeserved want" (Tradução livre). REPUBLIC OF INDIA. **The Constitution of India**. Promulgation in 26 January, 1950.

³⁷ SUPREME COURT OF INDIA. **Unni Krishnan, J. P. v. Estate of Andhra Pradesh**. [1993] 4 Law Reports of the Commonwealth 234. 4 February 1993.

³⁸ MURALIDHAR, Shanka. *India*. In: LANGFORD, Malcolm (Org.). **Social Rights Jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Não nos é possível determinar que, como visto pelo levantamento feito e demonstrado, exista um consenso entre as formas e classificações educacionais, sendo que alguns sistemas consideram a alfabetização como objetivo determinando o resto como potencial. Em outros, como o universalmente estabelecido, o critério básico seria a educação fundamental, sendo a secundária e a universitária, conseguidas na medida de sua possibilidade.

No entanto, existe no sistema europeu a determinação de que tanto a educação fundamental e secundária são consideradas como básicas e obrigatórias, devendo ser a universitária, feita de acordo com o mérito e a possibilidade do Estado na sua implantação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta análise nos proporciona verificar que existem diferentes modelos e diferentes objetivos com relação ao Direito à Educação. É possível delimitar ao menos 3 objetivos específicos com relação a este direito.

O primeiro é o objetivo individualista e desenvolvimentista, dado que a previsão de uma possibilidade de exercício de educação nos níveis fundamentais e secundários ou até universitários fomenta o desenvolvimento do indivíduo como membro de uma sociedade dando a ele ferramentas que lhe proporcionem opções de melhoramento e alteração de suas perspectivas de vida e de participação social e econômica.

O segundo seria a possibilidade de determinação de uma sociedade pluralista em função da liberdade de escolha dos sistemas educacionais e das liberalidades que são dadas aos pais para que determinem as bases sobre as quais seus filhos serão educados, tanto na questão teológica como nas bases culturais.

O terceiro objetivo do Direito à Educação no sistema da Comunidade Internacional é com relação a erradicação do analfabetismo, situação que em si deveria ser vista como uma situação de menor impacto, se levados em conta o primeiro e o segundo objetivos, mas verifica-se que na prática estes não chegaram a ser efetivamente estabelecidos fazendo com que estes sejam ainda necessários.

Ao verificar os objetivos em si e os ditames explanados durante o referido artigo é possível tratar o Direito à Educação como uma das necessidades imperiosas para a sociedade atual. Sendo como este foi apresentado, seja como critério de uma Comunidade Internacional de constâncias diversas, seja como realidades constitucionais diversas, o Direito à Educação considera-se como básico em quase todas elas, devendo ser respeitado de forma em que se proporcione a conjugação de todos os três objetivos levantados acima.

O objetivo da utilização do Direito à Educação é a composição de uma sociedade democrática, pluralistas e que proporcione a todos a possibilidade de obtenção de critérios de desenvolvimento individuais e coletivos para todos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

D'AMATO, Anthony. *The concept of human rights in international law*. **Columbia Law Review**. Vol. 82. Pp. 1110-1159, 1982.

LAFER, Celso. **Comércio, desarmamento, direitos humanos**: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Os direitos fundamentais e o princípio da legalidade: uma compatibilização possível. **Revista da AGU**. Publicação da Advocacia Geral da União. 2005. Disponível em: <http://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_dezembro_2005/marco_aurelio_direitos_Fundamentais.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2007.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y Derecho*. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**. 1988. N. 28. P. 193-207. Editor: Universidad de Granada, Departamento de Filosofía del Derecho. ISSN 0008-7750.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Conceptos y Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*. **Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**. Vol. 1. N. 1. P. 76-85. 1993. ISSN: 1133-0937.

SHAW. Malcolm. **International Law**. 6 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BROWNLIE, Ian. **Princípios do Direito Internacional Público**. Tradução de: Maria Manuela Ferrajota; Maria João Santos; Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título Original: *Principles of Public International Law*.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. Título Original: **Die postnationale Konstellation: Politische Essays**.

LAUTERPACHT, Hersch. *Apud* STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: law, politics, morals**. 3. Ed. New York: Oxford University Press, 2007.

UNITED NATIONS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

UNITED NATIONS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Adotado pela Resolução n. 200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de Setembro de 1966.

STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. **International Human Rights in Context: law, politics, morals**. 3. Ed. New York: Oxford University Press, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 34. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. Protocolo de Bogotá , 1948.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONFIM DI CARMO NETO, Manoel; ZAWADA MELO, Adriana. O papel dos Sistemas Regionais na Proteção dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito**. Osasco, ano 8. N. 1. 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos Direitos Humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, n. 13. V. 1. P. 32-58. ISSN: 1678-2933.

COUNCIL OF EUROPE. **Carta Social Européia Revista**. Assinatura em Estrasburgo, França, 03 de Maio de 1996. Entrada em vigor 01 de Julho de 1999.

MORAIS PIRES, Maria José. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. **Documentação e Direito Comparado**. N. 79/80. 1999. P. 335-350.

ORGANIZATION OF THE AFRICAN UNITY. **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – Carta de Banjul 1981**. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981.

ORGANIZATION OF THE AFRICAN UNITY. **Cultural charter for Africa**. XIII Ordinary Session, Port Louis, Mauritânia, 2-5 de julho de 1976.

SHALAKANY, Amr A. *Islamic Legal Histories*. **Berkeley Journal of Middle Eastern Islamic Law**. V. 1. N. 1. 2008. P. 2-82.

ALVES DA FROTA, Hidemberg. Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Faculdade de Direito de Bauru. N. 44.

SUMMER UNIVERSITY – THE GLOBALIZATION OF LAW AND LEGAL THOUGHT. 2012, *Perúgia – Itália*. **Critical Approaches to Islamic Law**. Professor Amr A. Shalakany. *Università per Stranieri di Perugia*, 2012.

SIDOU, José Maria Othon. **Fundamentos do Direito Aplicado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ABIAD, Nisrine. **Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: A comparative study**. London: British Institute of International and Comparative Law, 2008.

HASHEMI, Kamran. *Muslim States, Regional Human Rights Systems and the Organization of the Islamic Conference*. **German Yearbook of International Law**. Vol. 52. 2009. P. 74-105. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

ALVES DA FROTA, Hidemberg. Reflexões sobre os Direitos Humanos no Mundo Muçulmano. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Faculdade de Direito de Bauru. N. 44.

BADERIN, Mashood A. **International Human Rights and Islamic Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003. P. 175-212.

VAN DYKE, Jon M. *Prospects for the Development of Intergovernmental Human Rights Bodies in Asia and the Pacific*. In: LUTZ, Ellen L.; HANNUM, Hurst; BURKE, Kathryn J. (Org.). **New Directions in Human Rights**. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1989.

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. ***The Cha-Am Hua Hin Declaration on the Intergovernmental Commission on Human Rights***. Cha-Am Hua Hin: Thailand, 23rd of October, 2009.

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. ***The ASEAN Charter***. Jakarta: ASEAN Secretariat, January 2008.

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. ***Terms of Reference of ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights***. Jakarta: ASEAN Secretariat, October 2009.

ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS – ASEAN. ***ASEAN Human Rights Declaration***. Phnom Penh, Cambodia: ASEAN Statement & Communiques, 19 November 2012.

PEREIRA PINTO, Paulo A. China e sudeste asiático: diferenças e semelhanças de percepção quanto a questões atuais. ***Revista Brasileira de Política Internacional***. V. 40. N. 2. P. 144-165. 1997.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. ***World Economic Outlook Database. Yearbase 2011. Nominal GDP List. April 2012***.

REPÚBLICA POPULAR DA CHINA. ***Constituição da República Popular da China***. Texto adotado na Quinta Sessão do Quinto Congresso Nacional dos Povos em 4 de Dezembro de 1982. Texto atualizado até as emendas ocorridas na Segunda Sessão do Décimo Congresso Nacional dos Povos em 14 de Março de 2004.

TAVARES DE OLIVEIRA, Vitor Eduardo. República Popular da China: A evolução e adequação do ordenamento jurídico chinês aos direitos humanos. ***Revista Jurídica***. Brasília, v. 8. N. 82. P. 141-149. Dez./jan. 2007.

ALEXY, Robert. ***Teoría de los Derechos Fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés***. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Título Original: *Theorie der Grundrechte*.

WEERAMANTRY, C. G. ***Justice without frontiers: furthering human rights***. Vol. 1. The Hague: Kluwer Law International, 1997. P. 155.

JAPÃO. ***The Constitution of Japan***. Promulgada em 3 de novembro de 1946.

REPUBLIC OF INDIA. ***The Constitution of India***. Promulgation in 26 January, 1950.

SUPREME COURT OF INDIA. ***Unni Krishnan, J. P. v. Estate of Andhra Pradesh***. [1993] 4 Law Reports of the Commonwealth 234. 4 February 1993.

MURALIDHAR, Shanka. *India*. In: LANGFORD, Malcolm (Org.). ***Social Rights Jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law***. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.