

ISBN: 978-85-54909-27-7

ORGANIZADORES

Heloise Siqueira Garcia
Paulo Márcio Cruz

INTERFACES ENTRE DIREITO E TRANSNACIONALIDADE

AUTORES

Airto Chaves Junior
Alan Boettger
Alessandra Vanessa Teixeira
Ana Lúcia Silva Mello Monteiro
Andresa Silveira Esteves
Ariana Cristina da Luz Mees
Carla Piffer
Cristian Richard Stahelin Oliveira
Fabiano Bastos Garcia Teixeira
Felipe Navas Próspero
Fernando Martins Pegorini
Fernando Rafael Corrêa
Guilherme Diehl de Azevedo
Heloise Siqueira Garcia
Jefferson Medeiros
Jonas Jesus Belmonte
Juliana da Motta Bergler Barreto

Juliana Ferreira de Moraes Farris
Luciana Bitencourt Gomes Silva
Marceli Cristia Gagiola
Marcos Vinícius de Almeida e Souza
Marília Raposo Vieira
Marlon Pacheco
Marta Regina Jahnel
Marysêa Bresolin Martins Pinheiro
Milene Soares Velho
Paulo Márcio Cruz
Priscila Portella Coutinho
Rodrigo Coelho Rodrigues
Sandra Maria Romano Martinelli
Tatiana Stadnick
Thiago Luiz Gesser Cesca
Vitor Sardagna Poeta

2020



UNIVALI



Associação Internacional de Constitucionalismo,
Transnacionalidade e Sustentabilidade

ISBN: 978-85-54909-27-7

ORGANIZADORES

Heloise Siqueira Garcia

Paulo Márcio Cruz

INTERFACES ENTRE DIREITO E TRANSNACIONALIDADE

AUTORES

Airto Chaves Junior
Alan Boettger
Alessandra Vanessa Teixeira
Ana Lúdia Silva Mello Monteiro
Andresa Silveira Esteves
Ariana Cristina da Luz Mees
Carla Piffer
Cristian Richard Stahelin Oliveira
Fabiano Bastos Garcia Teixeira
Felipe Navas Próspero
Fernando Martins Pegorini
Fernando Rafael Corrêa
Guilherme Diehl de Azevedo
Heloise Siqueira Garcia
Jefferson Medeiros
Jonas Jesus Belmonte
Juliana da Motta Bergler Barreto

Juliana Ferreira de Moraes Farris
Luciana Bitencourt Gomes Silva
Marceli Cristia Gagiola
Marcos Vinícius de Almeida e Souza
Marília Raposo Vieira
Marlon Pacheco
Marta Regina Jahnel
Marysêa Bresolin Martins Pinheiro
Milene Soares Velho
Paulo Márcio Cruz
Priscila Portella Coutinho
Rodrigo Coelho Rodrigues
Sandra Maria Romano Martinelli
Tatiana Stadnick
Thiago Luiz Gesser Cesca
Vitor Sardagna Poeta

2020



UNIVALI



Associação Internacional de Constitucionalismo,
Transnacionalidade e Sustentabilidade

Reitor

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitor de Graduação e Desenvolvimento

Institucional

Carlos Alberto Tomelin

Vice-Reitor de Extensão e Assuntos

Comunitários

José Carlos Machado

Vice-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Rogério Corrêa

Organizadores

Heloise Siqueira Garcia

Paulo Márcio Cruz

Autores

Airto Chaves Junior

Alan Boettger

Alessandra Vanessa Teixeira

Ana Lúcia Silva Mello Monteiro

Andresa Silveira Esteves

Ariana Cristina da Luz Mees

Carla Piffer

Cristian Richard Stahelin Oliveira

Fabiano Bastos Garcia Teixeira

Felipe Navas Próspero

Fernando Martins Pegorini

Fernando Rafael Corrêa

Guilherme Diehl de Azevedo

Heloise Siqueira Garcia

Jefferson Medeiros

Jonas Jesus Belmonte

Juliana da Motta Bergler Barreto

Juliana Ferreira de Moraes Farris

Luciana Bitencourt Gomes Silva

Marceli Cristia Gagiola

Marcos Vinícius de Almeida e Souza

Marília Raposo Vieira

Marlon Pacheco

Marta Regina Jahnel

Marysêa Bresolin Martins Pinheiro

Milene Soares Velho

Paulo Márcio Cruz

Priscila Portella Coutinho

Rodrigo Coelho Rodrigues

Sandra Maria Romano Martinelli

Tatiana Stadnick

Thiago Luiz Gesser Cesca

Vitor Sardagna Poeta

Diagramação/Revisão

Heloise Siqueira Garcia

Capa

Alexandre Zarske de Mello

Comitê Editorial E-books/PPCJ

Presidente

Dr. Alexandre Moraes da Rosa

Diretor Executivo

Alexandre Zarske de Mello

Membros

Dr. Bruno Smolarek (UNIPAR)

Dra. Flávia Novera Loureiro

(UMINHO/PORTUGAL)

Dr. Daniele Porena (UNIPG/ITÁLIA)

Dr. Pedro Jose Femenia Lopez (UA/ESPANHA)

Dr. Javier Gonzaga V. Hernandez

(UCALDAS/COLÔMBIA)

Dr. Clovis Demarchi (UNIVALI)

Dr. José Everton da Silva (UNIVALI)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UNIVALI)

Dr. Márcio Ricardo Staffen (UNIVALI)

Dr. Sérgio Ricardo F. de Aquino (UPF)

Créditos

Este e-book foi possível por conta do Comitê

Editorial E-books/PPCJ composta pelos

Professores Doutores: Paulo Márcio Cruz e

Alexandre Moraes da Rosa e pelo Diretor

Executivo Alexandre Zarske de Mello.

Financiamento

Este livro só se fez possível devido ao apoio da

Associação Internacional de Constitucionalismo,

Transnacionalidade e Sustentabilidade.

Endereço

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

Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 419

Telefone: (47) 3341-7880

Ficha Catalográfica

18 Interfaces entre direito e transnacionalidade [recurso eletrônico] / Aírto Chaves Junior ... [et al.] ; organizadores, Heloíse Siqueira Garcia, Paulo Márcio Cruz. - Itajaí : UNIVALI : AICTS, 2020.

Livro eletrônico.

Inclui referências.

Formato: PDF

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

Vários autores.

ISBN 978-85-54909-27-7 (e-book)

1. Direito. 2. Transnacionalismo. 3. Globalização. 4. Direitos fundamentais. 5. Sustentabilidade. I. Chaves Junior, Aírto. II. Garcia, Heloíse Siqueira. III. Cruz, Paulo Márcio.

CDU: 34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Comunitária Campus Balneário Camboriú – UNIVALI

APRESENTAÇÃO

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

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

Além disso, o ano de 2019 marcou para o tema da Transnacionalidade junto ao Programa *Stricto sensu* um momento especial, pois inaugura o Grupo de Pesquisa “Centro de Estudos sobre Direito e Transnacionalidade” vinculado ao CNPq.

A partir de tais prerrogativas, é com grande satisfação que apresentamos a presente obra que reflete todas essas características intrínsecas buscadas pelo Programa e vem contribuir para a pesquisa científica nacional e internacional sobre temas relevantes no que concerne à Transnacionalidade e suas relações com o Direito.

A obra é composta por artigos de docentes do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí que compõem o referido grupo de pesquisa, bem como por discentes do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica e seus temas estão interligados com a linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade.

Importante ressaltar, ainda, que esta obra só teve sua realização possível devido aos fomentos e apoios garantidos pela Associação Internacional de Constitucionalismo, Transnacionalidade e Sustentabilidade – AICTS (<https://www.aicts.com.br/>).

As discussões tratadas em cada um dos capítulos são, então, reflexo do tema proposto e exarado no título do livro “INTERFACES ENTRE DIREITO E TRANSNACIONALIDADE”.

Nesse íterim, o primeiro capítulo escrito por Heloise Siqueira Garcia, Kassy Gerei dos Santos e Denise Schmitt Siqueira Garcia visa introduzir as discussões sobre o tema da Transnacionalidade, buscando elaborar um conceito base de Governança Transnacional.

Na sequência, visando ainda apresentar alguns aspectos gerais da transnacionalidade ao leitor, Carla Piffer e Paulo Márcio Cruz tratam do Direito Transnacional e a possibilidade de consolidação de um pluralismo jurídico transnacional, tratando da transnacionalidade como fenômeno caracterizador da sociedade mundial e vislumbrando a possibilidade da formação de um pluralismo jurídico transnacional a partir do direito transnacional, que em muito se difere do pluralismo jurídico clássico.

O terceiro Capítulo, de autoria de Cristian Richard Stahelin Oliveira e Rodrigo Coelho Rodrigues, analisa o surgimento do Estado Nacional e a crise pela qual passa, em virtude da perda aparente da sua soberania e das mitigações dos direitos fundamentais que lhe são consectários, abordando-se, ainda, as transformações globais que ensejam uma mudança de perspectiva política, jurídica e econômica das nações, de modo que na ausência de um ordenamento jurídico supranacional linear e uniforme, apresentando-se a Transnacionalidade como uma alternativa viável à solução de problemas que levem em conta as diferenças sociais, culturais e econômicas dos diversos Estados.

O quarto capítulo, de autoria de Fabiano Bastos Garcia Teixeira, trata de Direitos Transnacionais e o papel subsidiário do Estado, buscando cotejar alguns elementos para que se possa iniciar uma necessária reflexão sobre o desenvolvimento do princípio da subsidiariedade no decorrer da história, seu evoluir a partir da doutrina da Igreja Católica, do dogma da fraternidade e do direito da solidariedade, até sua positivação nas cartas políticas hodiernas, e a sua concretização, em pleno vigor, pelo fenômeno da Transnacionalidade.

O capítulo seguinte, de autoria de Juliana da Motta Bergler Barreto, continua nas discussões sobre o papel do Estado e a Transnacionalidade, buscando tecer observações a respeito da função do Estado, abordando a questão da globalização e da transnacionalidade e o papel do Ente para proporcionar e manter o Estado de Bem Estar Social.

Marcos Vinícius de Almeida e Souza já trata, no sexto capítulo, do Estado Transnacional, buscando trabalhar com os novos paradigmas da Democracia frente ao processo de mercantilista desenfreado da Globalização tem por objetivo, primeiramente, caracterizar a Democracia e seus aspectos, em um segundo momento tratar da Globalização e, por fim, indicar o Estado Transnacional como resposta para os desafios democráticos em face das mudanças das bases do Estado, em âmbito global.

Ainda sobre as questões que envolvem o Estado, Fernando Pegorini e Heloíse Siqueira Garcia tratam no sétimo capítulo sobre o fenômeno da transnacionalidade e os seus efeitos sobre o Estado moderno e dos princípios republicano e da soberania nacional.

Dentro dos contornos da Transnacionalidade do Direito, Fernando Rafael Corrêa e Felipe Navas Próspero tratam do tema sob as perspectivas Econômica, Ambiental e Tecnológica, buscando destacar o fenômeno da transnacionalização aos âmbitos econômico, ambiental e tecnológico, trazendo os principais acontecimentos relativos às matérias, eventuais pensamentos legislativos em âmbito mundial, mas, principalmente, apresentar respostas e direções quanto ao comportamento humano e quanto às relações entre nações, para que se possa alcançar um equilíbrio entre os meios produtivos, no sentido da exploração de atividade econômica e a natureza através de utilização de práticas sustentáveis, criatividade nos negócios e novas tecnologias.

Entrando nas perspectivas mais focadas da Transnacionalidade a partir das suas várias interrelações com o Direito, o nono capítulo, de autoria de Alessandra Vanessa Teixeira e Carla Piffer, trata do contexto transnacional do novo constitucionalismo latino-americano frente os

direitos da natureza, buscando, a partir da perspectiva neoconstitucionalista, tecer considerações sobre o novo constitucionalismo latino-americano, a fim de refletir acerca de seus diferenciais, apontando mudanças significativas que ocorreram em algumas Constituições da América Latina, como por exemplo, o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos e a constitucionalização do bem viver como princípio ético.

Ainda na perspectiva ambiental, Ana Lídia Silva Mello Monteiro e Marta Regina Jahnel apresentam a contribuição do Direito Administrativo Global para a implementação de políticas de proteção ao meio ambiente, buscando abordar, no contexto da globalização e da intensificação do fenômeno da transnacionalidade, de que forma os mecanismos do Direito Administrativo Global (DAG) contribuem para que os Estados implementem políticas de preservação do ambiente em seus territórios.

No décimo primeiro capítulo, Jefferson Medeiros, Jonas Jesus Belmonte e Sandra Maria Romano Martinelli tratam da sustentabilidade como um Direito Fundamental Transnacional.

Ariana Cristina da Luz Mees e Heloíse Siqueira Garcia, continuam a interface da Transnacionalidade com o Direito Ambiental, trabalhando com a “Amazônia Azul” como espaço transnacional, apresentando aspectos destacados da transnacionalidade do mar territorial brasileiro, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a proteção marítima.

O décimo terceiro capítulo, de autoria de Guilherme Diehl de Azevedo trata do carnismo e degradação ambiental decorrente como um problema transnacional que demanda uma solução transnacional.

Mudando um pouco a interface da Transnacionalidade com o Direito, Alan Boettger trata, no décimo quarto capítulo, da sua correlação com os Direitos Fundamentais, trabalhando com o Estado Transnacional e a Transnacionalidade do Direito a partir de uma abordagem ao modelo de constitucionalismo global para proteção dos direitos fundamentais.

Na sequência, Juliana Ferreira de Moraes Farris, Marlon Pacheco e Tatiana Stadnick tratam da existência da prática de dumping social transnacional que gera concorrência comercial desleal entre as empresas, propondo-se a identificar quais são as soluções para dar efetividade às medidas adotadas pelos órgãos internacionais contra o dumping social.

Englobando as questões de direito do trabalho e direitos humanos com a transnacionalidade, Luciana Bitencourt Gomes Silva e Milene Soares Velho trabalham com o indigno tratamento aos imigrantes ilegais nos EUA como forma de violação transnacional aos direitos humanos, de modo a abordar a problemática das migrações voluntárias e os critérios de cidadania sob o contexto da Transnacionalidade, a fim de demonstrar a necessidade de tratamento de algumas questões que envolvem os direitos humanos, em uma nova seara de direitos: o Direito Transnacional.

Tratando da correlação entre direitos fundamentais e a adoção num contexto transnacional, Marysêa Bresolin Martins Pinheiro busca pesquisar e analisar de que forma é assegurado o acesso

à justiça e a garantia de direitos às mulheres que desejam entregar seus filhos em adoção no âmbito nacional e internacional, em consonância com as legislações pertinentes e à luz dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e Proteção Integral da Criança e do Adolescente, compreendendo seus aspectos biopsicossociais.

Nas perspectivas dos direitos tributário e ambiental em correlação com a Transnacionalidade, Marcella Cristia Gagliola e Priscila Portella Coutinho trabalham com a tributação como ferramenta transnacional de proteção ambiental a partir da análise da PEC n. 01/2019 e seus impactos para o meio ambiente no âmbito global.

Adentrando à esfera penal, Airto Chaves Junior trata no décimo nono capítulo, a partir de uma orientação teórico-dogmática, sobre a teoria do bem jurídico e a intervenção mínima em matéria penal, realizando um estudo da Teoria do Bem Jurídico na relevante tarefa para que se identifiquem critérios razoavelmente seguros de legitimação material de responsabilização no âmbito do Direito Penal.

Ainda na perspectiva penal transnacional, Andressa Silveira Esteves e Marília Raposo Vieira trabalham com os temas de lavagem de dinheiro e organização criminosa a partir do questionamento se os mecanismos de enfrentamento, os órgãos criados e as legislações brasileiras existentes são suficientes para combater a criminalidade organizada e o crime de lavagem de dinheiro levando em consideração, justamente, o seu caráter transnacional, analisando a (in)efetividade dos mecanismos existentes para uma abordagem transnacional.

O livro se encerra com o capítulo de autoria de Thiago Luiz Gesser Cesca e Vitor Sadagna Poeta com tema vinculado à tecnologia mundial, tratando sobre o regulamento geral de proteção de dados da União Europeia e a proteção dos dados pessoais frente à nova onda tecnológica mundial.

Pelo brevemente exposto nesta apresentação já se pode perceber que o conteúdo do presente livro possui uma discussão valiosíssima, relacionando os temas de maior importância na área do direito atualmente, o que nos deixa extremamente felizes e honrados pela organização desta produção, que ela repercuta no mundo acadêmico da mesma maneira.

Itajaí, dezembro de 2019.

Dra. Heloíse Siqueira Garcia

Dr. Paulo Márcio Cruz

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	4
GOVERNANÇA TRANSNACIONAL	10
Heloise Siqueira Garcia.....	10
Kassy Gerei dos Santos.....	10
Denise Schmitt Siqueira Garcia	10
O DIREITO TRANSNACIONAL E A CONSOLIDAÇÃO DE UM PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL	29
Carla Piffer	29
Paulo Márcio Cruz	29
CRISE DO ESTADO E GLOBALIZAÇÃO: POR UM DIÁLOGO ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS ESTATAIS.....	43
Cristian Richard Stahelin Oliveira	43
Rodrigo Coelho Rodrigues	43
O PAPEL SUBSIDIÁRIO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRANSNACIONAIS.....	53
Fabiano Bastos Garcia Teixeira	53
O PAPEL DO ESTADO EM MEIO a GLOBALIZAÇÃO TRANSNACIONAL PARA A MANUTENÇÃO DO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL	65
Juliana da Motta Bergler Barreto	65
ESTADO TRANSNACIONAL COMO ALTERNATIVA À CRISE DA DEMOCRACIA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO	75
Marcos Vinícius de Almeida e Souza	75
OS PRINCÍPIOS REPUBLICANO E DA SOBERANIA NACIONAL E A TRANSNACIONALIDADE.....	87
Fernando Martins Pegorini.....	87
Heloise Siqueira Garcia.....	87
A TRANSNACIONALIDADE DO DIREITO SOB AS PERSPECTIVAS ECONÔMICA, AMBIENTAL E TECNOLÓGICA	101
Fernando Rafael Corrêa.....	101
Felipe Navas Próspero	101
O CONTEXTO TRANSNACIONAL DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO FRENTE OS DIREITOS DA NATUREZA	121
Alessandra Vanessa Teixeira	121
Carla Piffer	121
A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE	138
Ana Lúcia Silva Mello Monteiro	138
Marta Regina Jahnel	138
SUSTENTABILIDADE: UM DIREITO FUNDAMENTAL TRANSNACIONAL	151
Jefferson Medeiros.....	151

Jonas Jesus Belmonte	151
Sandra Maria Romano Martinelli	151
A “AMAZÔNIA AZUL” COMO ESPAÇO TRANSNACIONAL.....	173
Ariana Cristina da Luz Mees	173
Heloise Siqueira Garcia.....	173
CARNISMO E DEGRAÇÃO AMBIENTAL - PROBLEMA TRANSNACIONAL, SOLUÇÃO TRANSNACIONAL	185
Guilherme Diehl de Azevedo.....	185
O ESTADO TRANSNACIONAL E A TRANSNACIONALIDADE DO DIREITO: UMA ABORDAGEM AO MODELO DE CONSTITUCIONALISMO GLOBAL PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.201	
Alan Boettger.....	201
ENFRENTAMENTO DO <i>DUMPING</i> SOCIAL TRANSNACIONAL.....	213
Juliana Ferreira de Moraes Farris.....	213
Marlon Pacheco.....	213
Tatiana Stadnick	213
O INDIGNO TRATAMENTO AOS IMIGRANTES ILEGAIS NOS EUA COMO FORMA DE VIOLAÇÃO TRANSNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS	227
Luciana Bitencourt Gomes Silva	227
Milene Soares Velho.....	227
A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS MULHERES QUE MANIFESTAM O INTERESSE DE ENTREGAR SEUS FILHOS EM ADOÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE SOCIAL	243
Marysêa Bresolin Martins Pinheiro.....	243
TRIBUTAÇÃO COMO FERRAMENTA TRANSNACIONAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: ANÁLISE DA PEC N. 01/2019 E SEUS IMPACTOS PARA O MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO GLOBAL	253
Marceli Cristia Gagiola.....	253
Priscila Portella Coutinho	253
NOTAS SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO E A INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA PENAL.....	276
Airto Chaves Junior.....	276
LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: A (IN)EFETIVIDADE DOS MECANISMOS EXISTENTES PARA UMA ABORDAGEM TRANSNACIONAL.....	290
Andresa Silveira Esteves.....	290
Marília Raposo Vieira	290
O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS FRENTE À NOVA ONDA TECNOLÓGICA MUNDIAL.....	305
Thiago Luiz Gesser Cesca.....	305
Vitor Sardagna Poeta.....	305

GOVERNANÇA TRANSNACIONAL

Heloise Siqueira Garcia¹

Kassy Gerei dos Santos²

Denise Schmitt Siqueira Garcia³

INTRODUÇÃO

A partir da identificação uma sociedade civil global e do crescimento cada vez maior de demandas transnacionais, foi possível observar que o Estado em seu conceito atual é incapaz de dar respostas consistentes à sociedade, notadamente em razão da complexidade destas.

Diante dessa importante questão, o presente artigo é desenvolvido com o objetivo geral de analisar o Direito Transnacional e os critérios de Governança, tendo, a partir desse estudo, o objetivo específico de investigar a possibilidade de conjugação desses institutos para instrumentalização da Transnacionalidade pelos critérios de Governança, valendo-se dessa conjugação como mecanismo apto a oferecer soluções às demandas transnacionais.

Para alcançar tal finalidade foram investigados especialmente os elementos estruturais da boa governança e seus critérios, para, em seguida, analisar os elementos conceituais basilares que fundamentam o Direito Transnacional e suas nuances.

Com relação à metodologia adotada, ressalta-se que a opção dos autores foi pela utilização do método indutivo, tendo sido acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento⁴.

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

² Pós-graduando em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade do vale do Itajaí – UNIVALI. Advogado. Email: kassy0911@gmail.com.

³ Doutora pela Universidade de Alicante na Espanha. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI – PPCJ. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica. Especialista em Direito Processual Civil. Membro do grupo de pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade”. Pesquisadora do projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e limites da avaliação ambiental estratégica no Brasil e impacto na gestão ambiental portuária”. Advogada. E-mail: denisegarcia@univali.br

⁴ Conforme estabelecido na obra PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 58.

GOVERNANÇA E TRANSNACIONALIDADE

A expressão Governança surge a partir de reflexões conduzidas principalmente pelo Banco Mundial. A ideia é que a capacidade governativa não seria avaliada apenas pelos resultados das políticas governamentais, mas também pela forma através da qual o governo exerce o seu poder.⁵

A Governança surge como uma forma de solução de problemas comuns, tendo emergido dos entendimentos restritos no Congresso de Viena, ocorrido em 1845, que redesenhou o mapa da Europa depois da derrota da França Napoleônica, seguido de outros eventos marcantes: “[...] fixação dos princípios do direito marítimo, em 1856, em Paris; partilha imperial na África e outras disposições colonialistas, em 1884, em Berlim; imposição de reparações à Alemanha e criação de Estados na Europa, 1910, em Versalhes; e a criação da ONU, na conferência de São Francisco, em 1945.”⁶

Nos meios acadêmicos, a Governança passou a assumir um caráter próprio e independente a partir dos anos 80, quando o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional - FMI passaram a utilizar a expressão “boa Governança” como princípio para guiar o trabalho e as ações dos estados membros.

Para tais organismos a “boa Governança” deveria ter oito características: 1) participação; 2) estado de direito; 3) transparência; 4) capacidade de resposta; 5) orientação ao consenso; f) equidade e inclusão; 7) efetividade e eficiência; e 8) *accountability*.⁷ Esses critérios são elencados no relatório “Governança para o desenvolvimento humano sustentável” do PNUD de 1997, que acrescentou o item “visão estratégica”.

Dentre tais algumas são apontadas por Rogers, Jalar e Boyd⁸ como os 4 princípios essenciais: 1. *Accountability*; 2. Participação e Descentralização; 3. Previsibilidade; e 4. Transparência.

Accountability envolve fazer com que funcionários públicos tornem-se mais responsáveis pelos seus comportamentos como servidores públicos, além de demandar estabelecer sob qual critério a *accountability* vai se estabelecer.⁹

A ideia de participação e descentralização traduz que a partir do momento que algumas pessoas são os tomadores de decisão do processo de desenvolvimento de uma nação eles também se tornam os maiores beneficiários, de modo que tal princípio invoca a necessidade de envolver todos os tomadores de decisão na política de governo. Além disso a descentralização garante o gerenciamento da participação, o que melhora a governança.¹⁰

⁵ GONÇALVES, Alcindo. O conceito de Governança. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XIV, Fortaleza, 2005. **Anais do...**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 197-213.

⁶ GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança Global e Regimes Internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 16.

⁷ GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança Global e Regimes Internacionais**, p. 31.

⁸ ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An introduction to Sustainable Development**. Londres: Earthscan, 2008, p. 62-63.

⁹ ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An introduction to Sustainable Development**, p. 62.

¹⁰ ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An introduction to Sustainable Development**, p. 62-63.

O princípio da previsibilidade envolve a problemática de que leis, regulações e políticas devem ser aplicadas de maneira justa e consistente para que as pessoas possam prever as consequências e os resultados de violá-las.¹¹

Por fim, o princípio da transparência garante que a informação das ações do governo e as políticas, antes e depois da ação, estejam disponíveis para o público em geral.¹²

Ao final desta década de 1980, a expressão “Governança global” começou a se legitimar entre cientistas e tomadores de decisões, passando a designar as “[...] atividades geradoras de instituições (regras do jogo) que garantem que um mundo formado por Estado-nação se governe sem que disponha de governo central.”¹³

Em 2002, o relatório sobre o Desenvolvimento Econômico do PNUD desenvolveu o conceito de Governança democrática defendendo que as liberdades civis e políticas e a participação têm valor fundamental para o desenvolvimento. Assim, Governança democrática significa:

[...] além das instituições eficientes e ambiente previsível ao desenvolvimento econômico e político para o crescimento econômico e efetivo funcionamento dos serviços públicos, liberdades fundamentais, respeito aos direitos humanos, remoção da discriminação de raça, gênero e grupo étnico, necessidades das futuras gerações quanto a políticas de desenvolvimento.¹⁴

Avançando no estudo, para se entender na sua completude o verdadeiro significado da palavra Governança, há que se trazer algumas distinções de termos que são bastante próximos como, por exemplo, a distinção de governo, Governança e governabilidade.

Governo refere-se a atividades sustentadas por uma autoridade formal e pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas instituídas. Seria “o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade. É preciso, porém acrescentar que o poder de governo, sendo habitualmente institucionalizado, está normalmente associado à noção de Estado”.¹⁵

Já a **governabilidade** refere-se à dimensão estatal do exercício do poder. “Diz respeito às condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder, tais como as características do sistema político, a forma de governo, as relações entre os Poderes, o sistema de intermediação de interesses”.¹⁶ Verifica-se que está ligada diretamente no plano do Estado e representam um conjunto de atributos essenciais ao exercício do governo, sem os quais nenhum poder será exercido.

¹¹ ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. *An introduction to Sustainable Development*, p. 63.

¹² ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. *An introduction to Sustainable Development*, p. 63.

¹³ VEIGA, José Eli. *A desgovernança mundial da sustentabilidade*. São Paulo: Editora 34, 2013, p. 13.

¹⁴ GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais*, p. 31.

¹⁵ GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança Global e Regimes Internacionais*, p. 42.

¹⁶ GONÇALVES, Alcindo. O conceito de Governança, p. 197-213.

Já a **Governança** não se restringe aos aspectos gerenciais e administrativos do Estado, ela existe com a articulação e a cooperação entre os atores sociais e políticos e arranjos institucionais que coordenam e regulam transações dentro e através das fronteiras do sistema econômico.¹⁷ Pode, então, ser exercida por partidos políticos, organizações não governamentais, redes sociais informais, associações, ou seja, a Governança abrange a sociedade como um todo.

Nesse sentido, Lorenzetti e Carrion¹⁸ propõem que “em nível transnacional, os atores não estatais, principalmente as ONG’s, assumam lugar central no espaço público mundial, levando novas demandas sociais e novas instâncias de regulação sistêmica”.

Real Ferrer¹⁹ defende que a governança deve ser vista como “[...] un modo ético y altamente participativo de atender los asuntos públicos y el conjunto de instituciones que sirven a tal fin.”, devendo inspirar-se no princípio democrático e num componente tecnocrático derivado da extraordinária complexidade que entraña o seu objetivo, além da necessidade da melhora da ética das organizações, pois a corrupção, sem dúvida alguma, é seguramente a principal ameaça da sociedade, já que sua capacidade desintegradora é imensa.

Alcindo Gonçalves²⁰ conceitua Governança como o “[...] meio e processo capaz de produzir resultados eficazes, sem necessariamente a utilização expressa da coerção. Mas a Governança não exclui a dimensão estatal: ao contrário, acaba por envolvê-la”.

Governança não é governo, eis que este exige uma autoridade formal, com poder de polícia. Ela se trata de um fenômeno mais amplo que governo, pois abrange as instituições não governamentais bem como as instituições de caráter não governamental.

O relatório elaborado pela Comissão sobre Governança Global definiu Governança como “a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pelo qual é possível acomodar interesses conflitantes ou diferentes e realizar ações cooperativas”.²¹

Assim, a Governança deve ser vista como um sistema democrático de leis e instituições sociais e o seu progresso depende de regulação, estabelecida por algum mecanismo de consenso democrático, traduzidas em instrumentos normativos capazes de assegurar a concórdia, a paz e o progresso.

¹⁷ GONÇALVES, Alcindo. O conceito de Governança, p. 197-213.

¹⁸ LORENZETTI, Julia Vaz; CARRION, Rosinha Machado. Governança Ambiental global: atores e cenários. **Cadernos EBAPE BR**, v. 10, n. 03, opinião 2. Rio de Janeiro, set. 2012, p. 723.

¹⁹ REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Editora Univali, 2013, p. 28.

²⁰ GONÇALVES, Alcindo. O conceito de Governança, p. 197-213.

²¹ COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa comunidade global**. O relatório da comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996, p. 02.

A Governança deixa de ser um atributo de algum governo para ser, de modo cada vez mais profundo, instrumento do incremento da coesão de entidades e organizações nacionais, regionais e globais.

O Estado continua tendo uma vital importância, pois os “imperativos da constituição de um sistema de Governança mundial não devem se sobrepor às prerrogativas do Estado, destacando ainda os riscos que isso implica para consolidação do processo democrático, em particular, para os países periféricos”.²², porém a Governança passa a assumir um caráter tão – ou até mais importante – quando observada a realidade transnacional vivenciada.

Destaca-se que Governança não é um conceito jurídico, estando mais relacionada com a Ciência Política e com as Relações internacionais. Porém, considerando ser o Direito uma ciência social aplicada, interessa compreender e verificar a aplicabilidade do conceito à sua teoria prática.²³

No direito interno a Governança surge como a busca de alternativas fora do plano estrito do Estado, mas é evidente que no nível doméstico a importância e relevância dos temas e ações estatais é muito mais presente. Enquanto isso, o Direito Internacional tem muito mais pontos em comum com a Governança. Como já mencionado acima, o processo de globalização tem levado à redefinição do conceito de soberania, com a emergência crescente de ONG's e empresas multi e transnacionais, significando a crescente passagem para o plano da Governança global.²⁴

Novos problemas de dimensões transnacionais vão reforçar a tendência para Governança, como a poluição ambiental, a migração internacional, a globalização dos mercados, a internacionalização das corporações e as problemáticas sociais mundiais vivenciadas principalmente pelas regiões mais pobres. Todo esse movimento resultou na limitação da competência, mandato e autoridade dos Estados nacionais.²⁵ Acredita-se que no futuro haverá mais e mais Governança e cada vez menos governo.

Os problemas mundiais ora vivenciados somente demonstram que os que eram considerados internacionais e inevitavelmente geradores de conflitos entre governos e povos de dois países diferentes são simplesmente problemas humanos que poderiam surgir em qualquer nível da sociedade humana: individual, comunitário, inter-regional ou internacional. E a tratativa para as suas soluções são diferenciadas.

A verdade é que o Estado não consegue mais dar respostas consistentes à sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que se avolumam continuamente. Os problemas sociais aumentam em proporções preocupantes.

Castells²⁶ destaca que o mundo vive esse processo de transformação estrutural de múltiplas dimensões de natureza tecnológica, econômica, cultural e institucional propiciadas pela

²²LORENZETTI, Julia Vaz; CARRION, Rosinha Machado. Governança ambiental global: atores e cenários. **Cadernos EBAPE BR**, p. 723.

²³GONÇALVES, Alcindo. O conceito de Governança, p. 197-213.

²⁴GONÇALVES, Alcindo. O conceito de Governança, p. 197-213.

²⁵ GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança Global e Regimes Internacionais**, p. 35.

²⁶ CASTELLS, Manuel. A crise da democracia, governança global e emergência da sociedade civil global. In: GUTERRES, António; *et al.* **Por uma governança global democrática**. São Paulo: IFHC, 2005, p. 95-96.

globalização. Contudo, os instrumentos de governança disponibilizados pelas instituições políticas e institucionais são insuficientes e inadequados. A crise de governança relaciona-se a uma crise de legitimidade política representada pela distância cada vez maior entre cidadãos e seus representantes, o que leva os movimentos sociais e as organizações populares a preencherem o vácuo de representação e legitimidade na formulação de política, permitindo o surgimento de uma sociedade civil global.

Isso gera a necessidade de um novo tipo de organização que relativize o Estado Nacional, como destaca Habermas²⁷, “[...] el Estado nacional no es hoy ningún lugar de retorno, sino un tipo de organización cuyo carácter problemático se vuelve cada días más hondo y visible, y, por tanto, sólo un punto de partida hacia un nuevo tipo de organización política que lo relativice [...]”.

Castells²⁸ aponta para quatro crises políticas distintas que afetam as instituições de governança transnacional: a) a crise de eficiência, de que os problemas não podem ser geridos adequadamente a nível nacional; b) a crise de legitimidade, caracterizada pelo distanciamento e opacidade crescentes entre cidadãos e seus representantes na tratativa da representação política baseada na democracia e na confiança do Estado nacional para gerir os interesses do país na rede global de políticas; c) a crise de identidade, considerando que as pessoas não enxergam o vínculo entre a sua nação e a sua cultura com os mecanismos de tomada de decisão numa rede multinacional e global; e d) crise de equidade, representada pelo aumento da desigualdade entre os países e entre os grupos sociais dentro dos países em decorrência do processo de globalização liderado pelos mercados num contexto de desregulamentação.

Essa visão está intimamente ligada a critérios de Solidariedade, essenciais para a visão do Direito Transnacional, sendo que é necessária a criação de uma consciência global solidária que permita a ampliação da visão humana para os problemas que assolam toda a humanidade, problemas estes que da mesma forma repercutem à toda ela de volta, como num efeito bumerangue, já pressentido por Ulrich Beck em sua Sociedade de Risco²⁹.

Como destacam Cruz, Bodnar e Ferrer³⁰

Tanto no campo político quanto no campo das ciências sociais, é importante avançar na crítica ao Estado Constitucional Moderno e aos nacionalismos como parte da crítica ao capitalismo. O que defendem alguns autores é uma reconfiguração dos paradigmas dos movimentos anti-sistêmicos em favor da ascensão de uma consciência cosmopolita para orientar a luta política, necessária devido à Transnacionalidade dos desafios da Pós-Modernidade e à importância da articulação disso decorrente, na linha do “pensar globalmente e agir localmente” de Ulrich Beck.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado Nacional**. Tradução e introdução de Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 10.

²⁸ CASTELLS, Manuel. A crise da democracia, governança global e emergência da sociedade civil global, p. 101-103.

²⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27-28.

³⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 102-103.

Nesse contexto, Castells³¹ aponta para a emergência da sociedade civil global, gerada pela crise de legitimidade das instituições nacionais e pela dificuldade do sistema político em gerir os problemas do mundo em escala global. Todavia, destaca que a sociedade civil global é termo genérico que abarca diferentes formas de organização e ação: a) organizações populares, grupos comunitários, sindicatos, grupos de interesse que defendem em seus países interesses locais ou setoriais e valores específicos em oposição ao processo político formal; b) organizações não governamentais – ONG's – providas de um marco de referência global ou internacional para sua atuação e seus objetivos; c) movimentos sociais que visam controlar o processo de globalização, construindo redes de atuação e organização para induzir um movimento social global pela justiça global; d) movimentos de opinião pública, consistente na turbulência de informações num sistema diversificado de mídia e na emergência de mobilização espontânea *ad hoc*, que utiliza sistemas horizontais e autônomos de comunicação.

Milton Santos³² pondera que é a globalização que permite a identificação da humanidade como um todo e o reconhecimento como unidade, como um bloco, isso se dá devido à interdependência das Economias, dos governos e dos lugares. “[...] a era da globalização, mais do que qualquer outra antes dela, é exigente de uma interpretação sistêmica cuidadosa, de modo a permitir que cada coisa, natural ou artificial, seja redefinida em relação com o todo planetário. Essa totalidade-mundo se manifesta pela unidade das técnicas e das ações.”

O Estado nacional, como se sabe, é um Estado territorial, ou seja, baseia seu poder num lugar concreto, com o controle das instituições, a criação de leis, a defesa de fronteira, ou seja, proteção de sua soberania. Em contrapartida, a sociedade global advinda da globalização e suas nuances, ramifica-se em várias dimensões, se mescla e ao mesmo tempo relativiza o Estado nacional, e apresenta uma multiplicidade de círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e modos de vida que transpassam em todas as direções as fronteiras territoriais do Estado nacional. E isso se reflete em vários pilares da autoridade nacional estatal: fiscalidade, atribuições especiais da polícia, política externa e defesa.³³ É essa sociedade global que reclama por uma tratativa jurídica e política que ultrapasse as barreiras do Estado nacional e apresente soluções aos seus problemas.

Isso coaduna com a visão ideológica de Milton Santos³⁴ “por uma outra globalização”, ao afirmar que a realidade atual advinda da globalização é perversa em razão do desemprego crescente e crônico, do aumento da Pobreza, da perda de qualidade de vida da classe média, da baixa do salário médio, da fome e do desabrigo em todos os continentes, das novas doenças como a AIDS, da mortalidade infantil que permanece, da inacessibilidade à educação de qualidade, do alastramento e aprofundamento de males espirituais e morais como o egoísmo, o cinismo e a

³¹ CASTELLS, Manuel. A crise da democracia, governança global e emergência da sociedade civil global, p. 112-120.

³² SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 26. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 170-171.

³³ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Tradução de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 1998. Título original: *Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung*, p. 19.

³⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**, p. 19-21.

corrupção. E que há que se pensar numa globalização mais humana, cujas bases materiais são a unicidade da técnica, a convergência dos momentos e o conhecimento do planeta usados sob fundamentos sociais e políticos mais coerentes. Isso já se mostra possível graças a algumas características positivas da globalização, como a enorme mistura de raças, culturas, povos e gostos somados aos progressos da informação e à mistura de filosofias em detrimento do racionalismo europeu. O que falta é a ação voltada para estes ideais.

Nesse mesmo sentido, Beck³⁵ apresenta pelo menos oito razões observadas que geram concepções da necessidade de ação transnacional frente às realidades da globalização: 1) o alargamento do campo geográfico e a crescente densidade do intercâmbio internacional, além do caráter global da rede de mercados financeiros e do poder cada vez maior das multinacionais; 2) a revolução permanente no terreno da informação e as tecnologias da comunicação; 3) a exigência universalmente aceita de respeitar aos direitos humanos; 4) as correntes icônicas das indústrias globais da cultura; 5) a política mundial pós internacional e policêntrica – junto aos governos há cada vez mais atores transnacionais com cada vez mais poder, como as multinacionais, as ONG's e a ONU; 6) o problema dos danos e atentados ecológicos globais; 7) o problema dos conflitos transculturais num lugar concreto; e 8) o problema da Pobreza mundial.

E é nesse diapasão que Beck³⁶ defende como sendo a resposta regulamentadora da globalização a Transnacionalidade, que conceitua como “[...] el surgimiento de formas de vida y acción cuya lógica interna se explica a partir de la capacidad inventiva con la que los hombres crean y mantienen mundos de vida social y relaciones de intercambio <<sin mediar distancias>>.”

Rodríguez M.³⁷ destaca que o Estado nacional não pode mais cumprir com a sua promessa de igualdade, tampouco pode trasladar a desigualdade para fora de seu território. Tal problemática demanda novas discussões e concepções trazidas pela Transnacionalidade.

Conforme aponta Stelzer³⁸, a transnacionalização pode ser compreendida como o fenômeno reflexivo da globalização, evidenciando-se pela desterritorialização das relações político-sociais a partir do fomento do sistema econômico capitalista, que articula o ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.

Como destaca Leite Garcia³⁹, o fenômeno da Transnacionalidade irá surgir a partir da concepção das demandas transnacionais, relacionadas à efetividade dos direitos difusos e transfronteiriços baseados no valor da Solidariedade, decorrentes de uma globalização multiforme

³⁵ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, p. 29-30.

³⁶ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, p. 57.

³⁷ RODRÍGUEZ M., Darío. Los límites del Estado en la Sociedad mundial: de la política al derecho. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, 51.

³⁸ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

³⁹ GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 174-181.

– e não apenas econômica como defendido por alguns – e ligados à sobrevivência do ser humano no planeta.

Nesse contexto, destacam-se os dizeres de Jessup⁴⁰, um dos primeiros pesquisadores modernos a falar sobre o tema de Direito Transnacional, conceituando-o como: “[...] direito aplicável à complexa comunidade mundial inter-relacionada, a qual se pode descrever como principiado com o indivíduo e chegando até a chamada ‘Comunidade de Nações’ ou ‘sociedade de Estados’”.

O prefixo *trans*, em contraposição ao *inter*, do Direito Internacional, que designa o que se dá entre os Estados, respeitada a separação entre eles e levadas em conta as suas fronteiras⁴¹, remete às ideias de “além de” “para além de”.

[...] Direito Transnacional estaria destinado a perpassar vários estados/territórios. Denotaria ainda a capacidade não apenas da justaposição/transposição de espaços territoriais, mas a possibilidade da emergência de novas instituições multidimensionais, objetivando a produção de respostas satisfatórias aos fenômenos globais contemporâneos, principalmente na limitação e na “republicanização” dos novos poderes deles surgidos.⁴²

O transnacional remeteria à ideia daquilo que “[...] atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por consequência, traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado.”⁴³

Neves⁴⁴ aponta que a expressão dentro da doutrina é semanticamente ambígua, pois por vezes é utilizada para referir-se a ordens, instituições e problemas transnacionais no sentido estrito, e outras a ordens, instituições e problemas internacionais e supranacionais, contudo, o conceito genérico reside na noção de dimensões que ultrapassam as fronteiras do Estado.

A despeito dessa interpretação dúbia muito encontrada, o caráter da Transnacionalidade não deve confundir-se com o de *supranacionalidade*, este que vincula políticas multisetoriais, são os “Estados mundiais regionais”⁴⁵, como é o caso, por exemplo, da União Europeia. O termo supranacional é usado, então, para “[...] designar as situações em que há um estrutura que se sobrepõe aos Estados e detém a prerrogativa de regular direta e imediatamente as condutas entre os Estados e no interior de cada um deles.”⁴⁶

⁴⁰ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965, p. 11.

⁴¹ NASSER, Salem Hikmat. Comentário ao texto “A justiça constitucional nos Contextos supranacionais” de Gilmar Mendes. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 299-300.

⁴² OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Programa de Pós Graduação *Stricto sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, jan-abr 2012, p. 23.

⁴³ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, p. 24-25.

⁴⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 84.

⁴⁵ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, p. 155.

⁴⁶ NASSER, Salem Hikmat. Comentário ao texto “A justiça constitucional nos Contextos supranacionais” de Gilmar Mendes, p. 300.

Ainda, conforme ressalta Jessup⁴⁷, tal direito pode ser aplicado a diversos tipos de sujeitos: indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados, ou outros grupos. Sendo que seu uso forneceria uma fonte mais abundante de normas com que se guiar e seria desnecessário perguntar-se em certos casos se é o Direito Público ou o Privado que se deve aplicar.

Entretanto, destaca Nasser⁴⁸ que essa é apenas uma das nuances que designam o Direito Transnacional, podem ainda ser pensadas em mais duas: a) a transnacionalização do direito como “[...] a progressiva transformação dos direitos internos sob a influência das mudanças no cenário internacional e, dentro desse cenário, dos movimentos transnacionais.”; e b) como “[...] as ordens ou os conjuntos normativos que emergem do próprio tecido social, sem a intermediação do Estado, e que regulam as relações que se dão dentro de determinados setores sociais ou relativas a um determinado campo de atividade, independentemente de sua localização no globo.”

Ou seja, o Estado transnacional é, em primeiro lugar, “não-Estado nacional”, já que não se vincula a critérios de territórios; leva ao reconhecimento da globalidade em sua pluridimensionalidade como seu elemento fundamental; torna a norma e a organização transnacional na chamada para uma redefinição e revitalização do político quanto a Estado e sociedade civil; não se confunde com Estados internacionais e supranacionais; e não “glocal” – global e local -, pois se compreende segundo o princípio diferenciador inclusivo como província da sociedade mundial da que deriva seu *status* no mercado mundial e na política mundial policêntrica.⁴⁹

Conforme destaca Albuquerque⁵⁰, a Transnacionalidade do Direito configura-se como “[...] um entrechoque de tradições, nomenclaturas e expectativas diferentes em relação ao funcionamento de instituições e configurações políticas, formando planos extremamente complexos de manifestação de uma unidade mais ampla, para as quais em parte não temos ainda o modo adequado de expressão.”

Cruz e Bodnar⁵¹ pontuam que a transnacionalização do direito demonstra-se em decorrência da existência incontestada de estruturas de poder econômico, político, social e cultural transnacionais descentradas, sem localização em um lugar específico. Estão em muitos lugares, Estados e continentes, perpassando por suas fronteiras.

⁴⁷ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**, p. 13; 21.

⁴⁸ NASSER, Salem Hikmat. Comentário ao texto “A justiça constitucional nos Contextos supranacionais” de Gilmar Mende, p. 300.

⁴⁹ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, p. 154-155.

⁵⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Comentário ao texto “Los límites del Estado en la Sociedad Mundial: de la política al derecho” de Darío Rodríguez M. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 65.

⁵¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e Direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 64-65.

Na visão de Stelzer⁵², as principais características da transnacionalização são: a desterritorialização das relações humanas e de produção⁵³; a ultra valorização do capitalismo⁵⁴; e o abalo na soberania dos Estados⁵⁵.

Cruz e Bodnar⁵⁶ apontam como sendo oito as características do Estado e do Direito Transnacional:

- a) Constituição a partir de estados em processos de abdicação intensa das competências soberanas;
- b) Formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais;
- c) Capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como em questões vitais ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes;
- d) Atuação em âmbito difusos transnacionais: questão vital ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros;
- e) Pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental;
- f) Implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária;
- g) Constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, Solidariedade e no consenso;
- h) Capacidade de coerção, como características fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação dos estados no plano externo.

Acredita-se que a melhor conceituação e visualização do Estado Transnacional está na conjugação de todas as nuances conceituais e caracterizadoras apresentadas: o Direito Transnacional é um conjunto de ordens, normas e princípios evoluídos das concepções dos direitos internos, dos direitos humanos e da Economia frente à influência do cenário global decorrente da globalização, pautados pela Solidariedade sustentável, pela Justiça Ambiental e pelos próprios

⁵² STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, p. 25-35.

⁵³ "A desterritorialização é uma das principais circunstâncias que molda o cenário transnacional, especialmente porque diz respeito ao aspecto além fronteira, pois não é o espaço estatal e também não é o espaço que liga dois ou mais espaços estatais. O território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, posto que se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado." STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, p. 25)

⁵⁴ "O capitalismo é o ritmo imposto e que, enfim, expande-se em bases globais. Esse processo que vinha ganhando força desde o término da Segunda Guerra Mundial acentuou-se com o fim da denominada Guerra Fria. A queda do bloco soviético proporcionou as condições ideais para que o espírito capitalista assumisse, de um vez por todas, as rédeas do passo mundial. A busca pelo lucro tornou-se o espírito veto e definiu as interações, tanto no plano interno quanto no externo." (STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, p. 28.)

⁵⁵ "[...] o declínio do Estado-nação, do mesmo modo que a soberania, sofreu um processo de desgaste e seu papel está condicionado à globalização. Incapaz de atender aos novos desafios impostos pelo fenômeno global, ameaçado e sujeito a duras críticas dos mais variados setores, o Estado-nação já não é mais visto como poder soberano (*summapotestas*), enfrentando, assim, a inusitada crise. Com tantas mudanças ocorridas no cenário internacional, o papel desempenhado pelo Estado no ambiente transnacional é um questionamento inevitável." (STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, p. 33.)

⁵⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e Direito Transnacionais, p. 56-67.

direitos humanos, cuja aplicação é garantida mundialmente pela organização jurídica interna dos Estados nacionais a indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados, ou outros grupos sociais e institucionais.

Sua base teórica aponta para o reconhecimento da pluralidade cultural e seu exercício decorre de uma pauta axiológica comum, apontada por Cruz e Bodnar⁵⁷ por abranger valores de caráter difuso como meio ambiente, direitos humanos, paz mundial, regulação econômica e financeira. Pontos estes que corroboram com a luta contra a Pobreza mundial, sendo esta reconhecida como o problema mais variado e multifacetado da tratativa transnacional, que depende de uma visão solidária sustentável, econômica e de governança.

Salienta-se que podem ser apresentadas várias respostas na tratativa dos aspectos decorrentes da Transnacionalidade, Cruz e Bodnar⁵⁸ e Leite Garcia⁵⁹, por exemplo, defendem a existência de espaços transnacionais, caracterizados por serem espaços públicos de governança, regulação e intervenção, cujos mecanismos de controle e funcionamento seriam submetidos às sociedades transnacionalizadas.

Contudo, apesar do respeito à construção de tal concepção, acredita-se que a melhor tratativa às demandas transnacionais não se dará pela criação desses “espaços transnacionais”, que se acredita ser um tanto quanto utópicos. Defende-se nesta Tese que os novos poderes desterritorializados serão – ou deverão ser – operacionalizados pelo Transconstitucionalismo e pelo Transjudicialismo.⁶⁰

A despeito disso, deve-se pensar, quando se falar em Direito Transnacional em alguns aspectos básicos dessa nova perspectiva do Direito, que engloba nuances de uma democracia transnacionalizada embasada em quatro novos pré-contratos sociais: de Solidariedade para erradicar a Pobreza; ambiental para preservar o meio ambiente; cultural para garantir educação a todos ao longo da vida; e ético que volte a dar sentido e perspectiva à aventura humana.⁶¹ Ou ainda uma democracia cosmopolita⁶² como garantidora dos direitos humanos, perfectibilizada pela atuação de organizações interestatais, como os comitês da ONU, e de Estados determinados individualmente ou em conjunto.

Contudo, há que se frisar que apesar de o Direito Transnacional surgir a partir das falhas vivenciadas pelos Estados Nacionais, estes não desaparecem, pois continuam a exarar sua importância na garantia e aplicação dos direitos, inclusive o transnacional. As próprias visões de

⁵⁷CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e Direito Transnacionais, p. 61.

⁵⁸CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e Direito Transnacionais, p. 56-57.

⁵⁹GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar, p. 175.

⁶⁰GARCIA, Heloíse Siqueira. **Mecanismos transnacionais de combate à pobreza: uma possibilidade de análise a partir da solidariedade sustentável, da economia e da governança ambiental.** Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. 2019.

⁶¹CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI.** Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 31-70.

⁶²BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, p. 134-137.

democracia e república na era transnacional dependem da existência dos Estados Nacionais. Tal concepção é defendida, inclusive, pelos mais variados teóricos da transnacionalização do direito, como Beck⁶³, que defende sua permanência para a garantia da política interna e internacional, dos direitos públicos fundamentais, para a configuração política do processo de globalização e sua regulação transnacional; Milton Santos⁶⁴, pois é o Estado Nacional que detém o monopólio das normas garantidoras, inclusive, dos fatores externos; Castells⁶⁵, que defende a necessidade apenas de transformação e adaptação dos Estados Nacionais aos novos contextos observados; Stelzer⁶⁶, que também considera que eles não desaparecem, mas apenas relativizam-se de tal modo que em determinadas dimensões legais não se reconhece mais o ente político-jurídico em suas características elementares; Cruz⁶⁷, que afirma que os espaços públicos de governança transnacional devem conviver com os Estados nacionais para alcançar a já mencionada “republicanização da globalização”; Cruz com Bodnar⁶⁸, que juntos afirmam que o Estado Transnacional não negaria a existência dos Estados Nacionais, que continuariam existindo como um modelo de colaboração e Solidariedade transnacionais, compartilhando as funções para as quais tem se mostrado insuficiente; Rodríguez M.⁶⁹, que afirma que mesmo na concepção transnacional, os Estados Nacionais devem continuar cumprindo suas funções de importância; e Ribeiro⁷⁰, que afirma que os níveis de integração transnacional não dependem do desaparecimento do Estado nacional, o que o transnacionalismo fará será causar mais mudanças nas relações entre Estado e nação, dando forma a novas configurações.

Interessante ainda ressaltar que a despeito daqueles que insistem em não ver a realidade latente que se demonstra perante os olhos de todos da Transnacionalidade com uma verdade incontestada e presente, Beck⁷¹ é capaz de apontar pelo menos cinco evidências de Transnacionalidade:

1) as organização transnacionais, como o Banco Mundial, a Igreja Católica, as Associações Internacionais de Sociólogos, o McDonalds, a Volkswagen, os carteis de droga, a máfia italiana e as novas ONG's internacionais que atuam paralelamente ou de mútuo acordo;

2) os problemas transnacionais, como a mudança climática, as drogas, a AIDS, os conflitos étnicos e as crises monetárias;

⁶³ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, p. 50; 153-154.

⁶⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único à consciência universal, p. 76-77.

⁶⁵ CASTELLS, Manuel. A crise da democracia, governança global e emergência da sociedade civil global, p. 105-107.

⁶⁶ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica, p. 21.

⁶⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à Transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no Século XXI, p. 54-55.

⁶⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e Direito Transnacionais, p. 67.

⁶⁹ RODRÍGUEZ M., Darío. Los límites del Estado en la Sociedad mundial: de la política al derecho, p. 36-37.

⁷⁰ RIBEIRO, Gustavo Lins. A condição da Transnacionalidade. **Séria Antropologia**, Brasília, v. 223, p. 1-34, 1997. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17597/1/ARTIGO_CondicaoTransnacionalidade.pdf. Acesso em: 04 de março de 2019, p. 6.

⁷¹ BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, p. 62-63.

3) os eventos transnacionais, como os mundiais de futebol, a guerra do Golfo, as eleições presidenciais americanas, e os programas televisivos que comovem a opinião pública através da televisão por satélite em países e continentes muito distintos;

4) as comunidades transnacionais fundadas, por exemplo, na religião, como o islã; na ciência, como os especialistas; no estilo de vida, como o pop e a ecologia; no parentesco; nas orientações políticas, como com os movimentos ecológicos e os boicotes de produção; e

5) as estruturas transnacionais, compreendidas pelos modos de trabalho, produção e cooperação, pelos bancos, pelas correntes financeiras, pelos conhecimentos técnicos, etc., que criam e estabilizam relações de cooperação ou de crise acima e além das fronteiras.

Conforme destaca Real Ferrer⁷², parece evidente que caminhamos para a criação de um espaço jurídico transnacional que precisará de um direito “a medida” afastado dos padrões clássicos, que transcenda o direito internacional, como o mencionado, e que imponha regras a Estados, corporações e indivíduos, às quais não se pode opor interesses individuais ou nacionais. Esse novo direito talvez custará ao jurista compreendê-lo, já que o sistema de fontes foi alterado profundamente:

O que se observa é que o problema a ser lidado pelo Direito Transnacional é evidente, contudo, depende da academia o maior afinco na perfectibilização de tal Direito, reconhecendo e lidando com o ordenamento jurídico transnacional.

Ainda, há que se considerar que o âmbito de aplicação da Governança depende do reconhecimento da humanidade como grupo único, dependente de correlação, sujeito a problemas transnacionais comuns que precisam ser manejados. Pontos estes que são essenciais para a implementação do viés englobante de variadas dimensões a nível transnacional para a erradicação da Pobreza.⁷³

A vantagem da consideração de uma governança global para a erradicação da Pobreza, como há o engajamento em diversas áreas e por diversos órgãos, um deles é o próprio Banco Mundial, é que ela não é um governo, pois não exige uma autoridade formal com poder de política. Ela é mais ampla que o governo, abrangendo o Estado, a sociedade civil e as empresas, cada um com sua importância diante das ações específicas que deve desempenhar.

Isso coaduna, inclusive, com a Tese desenvolvida por Garcia⁷⁴, que afirma que a erradicação da Pobreza se dará por mecanismos transnacionais multidimensionais afastados de um Estado ou um governo central, servindo, então, a Governança Ambiental nos três aspectos da Sustentabilidade

⁷² REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho, p. 19-20.

⁷³ GARCIA, Heloise Siqueira. **Mecanismos transnacionais de combate à pobreza**: uma possibilidade de análise a partir da solidariedade sustentável, da economia e da governança ambiental. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. 2019.

⁷⁴ GARCIA, Heloise Siqueira. **Mecanismos transnacionais de combate à pobreza**: uma possibilidade de análise a partir da solidariedade sustentável, da economia e da governança ambiental. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. 2019.

– social, econômico e ambiental – para a garantia da implementação das diretrizes advindas dos referidos mecanismos que poderão conjugar-se de maneira efetiva na sua implementação a partir dos critérios de governança global.

Pela conjugação do exposto, os critérios de governança global são essenciais para a fixação das normas e papéis das instituições transnacionais.

Desta feita, defende-se, como afirmado acima, que não é necessária a criação de um ou vários organismos transnacionais para a fiscalização e sanção das normas jurídicas transnacionais, até porque, como já explicitado, não se defende a criação de um ente único responsável pela sua implementação. Afirmar-se que pode-se utilizar órgãos já existentes, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Organização Mundial do Comércio, a Organização Internacional do Trabalho, Organização Mundial da Saúde e Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (este que deveria se tornar um órgão dotado de poderes de fiscalização e coerção, transformando-se numa possível “Organização Mundial para o Meio Ambiente”), que devem ser dotados de poderes fiscalizatórios e sancionadores, ou seja, de um poder de política administrativo, muitos desses órgãos que já possuem esse condão sancionador.

A implementação das regras de gestão destes órgãos perante as demandas transnacionais e as consequentes normas jurídicas transnacionais se daria, então, com base nos critérios da governança global já existentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é novidade que o avanço tecnológico, o desenvolvimento dos meios de transporte e a ampliação dos veículos de informação contribuíram de forma significativa para a ruptura dos limites territoriais impostos pelos Estados Nacionais fazendo surgir uma sociedade civil global.

Com isso, houve também o surgimento de uma infinidade de impasses de escala transnacional, como questões de ordem econômica, ambiental, consumerista, empresarial, dentre outros, isso em decorrência do fluxo cada vez maior e mais variado de relacionamentos entre organizações de atuação internacional.

Pela natural complexidade desses conflitos, observou-se que o Estado Nacional, em seu modelo atual, apesar de sua inegável importância, não é capaz de apresentar respostas satisfatórias a essas demandas, que vão além de seus limites territoriais.

Além disso, mesmo o Direito Internacional não se apresenta como o meio mais adequado a resolução dessas questões, já que se presta essencialmente a determinar as relações que se operam entre os Estados.

Em face dessa realidade, emerge a necessidade de se discutir o Direito Transnacional, que se apresenta como um reflexo do próprio movimento de globalização, sendo caracterizado, especialmente, por não se condicionar a limites territoriais no trato das relações políticas e sociais.

O Direito Transnacional, como estudado no presente artigo, tem como objetivo justamente trazer soluções às demandas globais que atualmente não encontram respaldo satisfatório nos campos tradicionais do direito, surgindo como uma solução jurídica que não está condicionada a qualquer limitação territorial ou de soberania estatal.

Nesse sentido, o Direito Transnacional forneceria um conjunto robusto de normas destinadas a guiar os conflitos surgidos entre indivíduos, empresas, Estados, organizações ou mesmo de outros grupos de atuação supranacional, sendo operacionalizado pelo Transconstitucionalismo e pelo transjudicialismo, prescindindo de qualquer espaço territorial para sua implementação.

A transnacionalidade é uma realidade, inclusive Beck⁷⁵, como estudado no desenvolvimento do presente artigo, enumera ao menos cinco evidências que caracterizam esse fenômeno, citando: 1) as organizações transnacionais, como o Banco Mundial; 2) os problemas transnacionais, como a mudança climática; 3) os eventos transnacionais, como a copa do mundo de futebol; 4) as comunidades transnacionais fundadas, por exemplo, na religião, o islã; 5) as estruturas transnacionais, compreendidas pelos modos de trabalho, produção e cooperação, pelos bancos.

O autor, além disso, enumera ao menos oito razões que evidenciam a necessidade de operacionalização do Direito Transnacional, em resumo, são elas: 1) o alargamento do campo geográfico e a crescente densidade do intercâmbio internacional, além do caráter global da rede de mercados financeiros e do poder cada vez maior das multinacionais; 2) a revolução permanente no terreno da informação e as tecnologias da comunicação; 3) a exigência universalmente aceita de respeitar aos direitos humanos; 4) as correntes icônicas das indústrias globais da cultura; 5) a política mundial pós internacional e policêntrica – junto aos governos há cada vez mais atores transnacionais com cada vez mais poder, como as multinacionais, as ONG's e a ONU; 6) o problema dos danos e atentados ecológicos globais; 7) o problema dos conflitos transculturais num lugar concreto; e 8) o problema da Pobreza mundial.

Ocorre que o Direito Transnacional, para cumprir efetivamente seu papel, necessita de lapidação e instrumentalização. Com isso em mente, o presente artigo dedicou-se ao estudo de propedêuticas da Governança a fim de questionar a possibilidade de utilização dos critérios de Governança como mecanismos de efetivação do Direito Transnacional.

Com esse foco, o artigo foi desenvolvido a partir do estudo dos conceitos basilares da Governança, sendo, a partir disso, possível inferir que a Governança surgiu como forma de solução de problemas comuns, assumindo caráter independente a partir dos anos 80, quando o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional cunharam a expressão “boa Governança” como princípio a guiar o trabalho e ações dos estados.

A “boa Governança” então foi concebida para o desenvolvimento de uma administração orientada por diversas características, dentre entre elas, cita-se a eficiência, a participação, a descentralização, a transparência, a previsibilidade e a inclusão.

⁷⁵ BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?* Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, p. 62-63.

Com o amadurecimento do conceito de governança, em 2002, por meio do relatório sobre Desenvolvimento Econômico do PNUD, adotou-se a noção de Governança democrática pela qual defende-se as liberdades civis e políticas, além do valor fundamental da participação, de modo a envolver todos os tomadores de decisão na política de governo, para alcançar-se o desenvolvimento.

Um destaque importante é que, conforme abordado no presente artigo, a Governança não está adstrita a aspectos gerenciais e administrativos do estado, mas sim para articulação e cooperação entre os atores sociais e políticos, podendo, então, ser exercida por partidos, organizações, redes informais, associações, enfim, a Governança abarca toda a sociedade, devendo ser vista como um modo ético e efetivo de atender as demandas públicas.

Assim, da conjugação do estudo desenvolvido no presente artigo, embora seja evidente a necessidade de maior aprofundamento no assunto, já que trata-se de tema naturalmente rico, observa-se que a partir do reconhecimento da existência de uma sociedade civil global e com problemas transnacionais que precisam ser manejados, os critérios de Governança são aptos a instrumentalizar o Direito Transnacional e seus mecanismos multidimensionais, possibilitando a fixação de normas e dos papéis que devem ser desempenhados pelas instituições transnacionais já existentes, dotando-as de poderes de fiscalização e coerção para que sejam aptas a instrumentalizar a aplicação do Direito Transnacional sem a necessidade de intervenção de um Estado ou Governo central.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Tradução de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borràs. Barcelona: Paidós, 1998. Título original: *Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalismus: Antworten auf globalisierung*.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

CASTELLS, Manuel. A crise da democracia, governança global e emergência da sociedade civil global. In: GUTERRES, António; *et al.* **Por uma governança global democrática.** São Paulo: IFHC, 2005.

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa comunidade global.** O relatório da comissão sobre Governança Global. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à Transnacionalidade:** Democracia, Direito e Estado no Século XXI. Itajaí: UNIVALI, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a emergência do Estado e Direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012.

GARCIA, Heloise Siqueira. **Mecanismos transnacionais de combate à pobreza**: uma possibilidade de análise a partir da solidariedade sustentável, da economia e da governança ambiental. Tese de Doutorado. Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí. 2019.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

GONÇALVES, Alcindo. O conceito de Governança. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, XIV, Fortaleza, 2005. **Anais do...**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança Global e Regimes Internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del Estado Nacional**. Tradução e introdução de Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2008.

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

LORENZETTI, Julia Vaz; CARRION, Rosinha Machado. Governança Ambiental global: atores e cenários. **Cadernos EBAPE BR**, v. 10, n. 03, opinião 2. Rio de Janeiro, set. 2012.

NASSER, Salem Hikmat. Comentário ao texto “A justiça constitucional nos Contextos supranacionais” de Gilmar Mendes. *In*: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

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

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o Direito Transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Programa de Pós Graduação *Stricto sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, jan-abr 2012.

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

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del Derecho. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.). **Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Editora Univali, 2013.

RIBEIRO, Gustavo Lins. A condição da Transnacionalidade. **Séria Antropologia**, Brasília, v. 223, p. 1-34, 1997. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17597/1/ARTIGO_CondicaoTransnacionalidade.pdf
Acesso em: 04 de março de 2019.

RODRÍGUEZ M., Darío. Los límites del Estado en la Sociedad mundial: de la política al derecho. *In*: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito**: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ROGERS, Peter P.; JALAL, Kazi F.; BOYD, John A. **An introduction to Sustainable Development**. Londres: Earthscan, 2008.

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

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

VEIGA, José Eli. **A desgovernança mundial da sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.

O DIREITO TRANSNACIONAL E A CONSOLIDAÇÃO DE UM PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Carla Piffer¹

Paulo Márcio Cruz²

INTRODUÇÃO

Este escrito pretende discorrer sobre o direito transnacional e a possibilidade de consolidação de um pluralismo jurídico transnacional. Para atingir tal objetivo, inicialmente são tecidas considerações acerca da transnacionalidade como fenômeno caracterizador da sociedade mundial.

Parte-se do pressuposto de que a perspectiva transnacional não possui somente uma pretensão descritiva, mas também jurídica. Ao analisar a transnacionalidade, pretende-se apresentar as mudanças ocorridas nas formas de compreender as ocorrências atuais e, para tanto, adota-se o fenômeno transnacional como ponto de partida para análise da sua dimensão jurídica; e, a partir deste, são apresentados questionamentos acerca das clássicas teorias monistas e dualistas, a fim de evidenciar que as complexas redes de relações jurídicas que operam na esfera transnacional não mais se amoldam às incipientes teorias jurídicas que justificam o monismo e o dualismo

A infinidade de atores envolvidos - estatais ou não-estatais -, e as relações mútuas entre ordens jurídicas em um constante processo de integração e coordenação nos dão conta de que as atuais soluções jurídicas limitadas e rudimentares necessitam de uma nova forma.

Por estas razões, vislumbra-se a possibilidade da formação de um pluralismo jurídico transnacional a partir do direito transnacional, que em muito se difere do pluralismo jurídico clássico.

A metodologia a ser empregada compreende o método indutivo, sendo acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

¹ Pós-doutora em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), mestra e doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e doutora em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia, Itália. Professora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Univali. Bolsista do Programa Nacional de Pós-Doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PNPD/Capes). E-mail: carlapiffer@univali.br.

² Pós-doutor em Direito do Estado pela Universidade de Alicante, na Espanha, doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela mesma instituição. Coordenador e professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professor visitante nas universidades de Alicante, na Espanha, e de Perugia, na Itália. E-mail: pcruz@univali.br.

1. TRANSNACIONALIDADE: NOVAS LENTES PARA A COMPREENSÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL

Como já afirmava Beck, a sociedade mundial tomou uma nova forma no curso da globalização, relativizando e interferindo na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de relações conectadas entre si cruza as fronteiras territoriais estatais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência³.

Segue o autor afirmando que já vivemos há tempos em uma sociedade mundial, palco onde se entrecrocavam as diversas formas econômicas, culturais e políticas, e tudo aquilo que parecia ser evidente, carece de uma nova legitimação, notadamente no plano jurídico. Assim, esta sociedade mundial significa o conjunto de relações sociais “não integradas à política do Estado nacional ou que não são determinadas (determináveis) por ela”⁴.

Portanto, mostra-se indiscutível a evidente interdependência entre os Estados bem como entre as mais variadas sociedades. Também não pairam dúvidas de que todos vivenciam uma considerável intensificação das inter-relações entre pessoas facilitadas pela redução do binômio espaço-tempo, pois a sociedade mundial não cabe em um único Estado, e portanto, a política deste se mostra desnecessária e ineficaz⁵.

Todas estas características simplesmente demonstram que a sociedade mundial e sua relação com os Estados não possuem um viés estritamente objetivo. Inicialmente, porque conduz à necessidade e possibilidade da emergência de um “Estado mundial”⁶ que, por possuir esta característica múltipla aceitaria e legitimaria a coexistência das mais variadas relações sociais e culturas em um local livre, ou seja, não restrito à figura de um único Estado nacional. Em segundo lugar, ante à inadequação e impossibilidade de manutenção de um modo de ser único e de um estereótipo homogêneo, que deixou de ser, há tempos, a identificação de um Estado ou das pessoas que nele vivem. Ora, a sociedade mundial designa diversidade e diferença pelo simples fato de ser um emaranhado de relações cada vez mais interconectadas e influenciadas pela globalização.

Aqui se evidencia a ideia de Wallerstein, no sentido da possibilidade de localizar um sistema-mundo em áreas muito restritas⁷. Devido às mudanças e transformações vivenciadas pelas sociedades e pelos Estados torna-se totalmente possível presenciar e vivenciar a existência de vários sistemas-mundo dentro de um único Estado que, por vezes coincidem com a figura nacional e por vezes não, ou seja: tal Estado é composto, singelamente, por diferenças, diversidades e variedades

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

⁴ BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. p. 29.

⁵ BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à Globalização. p. 29-30.

⁶ 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. 74

⁷ Para Wallerstein “Un sistema-mondo non è il sistema *del* mondo, ma un sistema che è un mondo e che può essere e molto spesso è stato, localizzato in un’area che non copre l’intera superficie del globo”. WALLERSTEIN, Immanuel. **Comprendere il mondo.** Introduzione all’analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006. p. 143.

que não são as responsáveis diretas pela sua crise nem mesmo pelos problemas que afetam o seu mal-estar contemporâneo.

“Em linhas gerais, não é mais possível entender tais conceitos em suas versões clássicas, se é que ainda são conceitos operacionais para descrever esta experiência institucional”⁸. Isso porque o Estado foi, e continuará sendo, fortemente afetado pelo fenômeno da transnacionalidade, ante a verificação da intensificação de relações ditadas pela globalização e suas dimensões. Consequentemente, novas relações de poder e de concorrência são constatadas e novos fatores de incompatibilidade entre os atores sociais e as unidades estatais passaram a ser colocados à prova a cada dia, fazendo com que o direito também se adeque aos novos acontecimentos, pois o direito é um fato ou fenômeno social; não existe se não na sociedade e não pode ser concebido fora dela⁹.

Ainda em 1956 Jessup¹⁰, em seu compilado de ideias denominado Transnational Law, analisou os problemas da então comunidade mundial inter-relacionada, que principia com o indivíduo e alcançava a sociedade de Estados, por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos e que a expressão direito internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava.

É de se ressaltar que a transnacionalidade não pode ser confundida com a globalização, mas também desta não pode ser dissociada. Trata-se de fenômenos interligados em que a primeira nasce no contexto da segunda. Acertada é a exposição de Baumann ao entender que “Con transnacionalismo entendiamo tutti i vincoli che attraversano i confini dello stato-nazione; con globalizzazione vogliamo significare che il mondo si è trasformato in un [...] ‘villaggio globale’ – o forse una città globale con quartieri molto differenti”¹¹. Significa, portanto, que a transnacionalidade emerge da limitação da internacionalização¹² e é verificada a partir da efetivação da globalização.

⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12.

⁹ REALE, Miguel Reale. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁰ Para Jessup, o Direito Transnacional inclui todo o direito que regula ações ou eventos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o Direito Internacional Público quanto o Privado estão incluídos, assim como estão outras regras, que não se encaixam perfeitamente nessas categorias usuais. A citação de Jessup serve mais como ponto de reflexão, pois o que ele verificando era o início da globalização e consentindo sobre o surgimento de um complexo emaranhado de relações à margem da capacidade regulatória e de intervenção do Estado Moderno. JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956.

¹¹ “BAUMANN, Gerd. **L’enigma multiculturale**. Bologna: Mulino, 2003. p. 160.

¹² [...] a expressão latina *trans* significaria algo que vai “além de” ou “para além de”, a fim de evidenciar a superação de um *lôcus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados. Diversamente da expressão *inter*, a qual sugere a ideia de uma relação de diferença ou apropriação de significados relacionados, o prefixo *trans* denota a emergência de um novo significado construído reflexivamente a partir da transferência e transformação dos espaços nacionais, inclusive de modo que não seja pensado internacionalmente, e sim no surgimento de algo novo, de um espaço transpassante, que já não se encaixa nas velhas categorias modernas. CRUZ, P.; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

Para Arnaud, falar de globalização é mais do que simplesmente falar de internacionalização. A realidade que se passa com a nação nesse processo de intercâmbios pode ser chamada de transnacionalização, embora essas diferenciações possam ser tênues¹³.

Deste modo, a transnacionalidade é concebida como “aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberana do Estado e, por consequência, traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado”¹⁴. Além disso, outras características são evidenciadas ao analisar tal fenômeno.

A primeira delas seria o conjunto de transformações relativas aos espaços territoriais nacionais que antes eram pensados isoladamente, ou em conjunto com outros somente internacionalmente. Tradicionalmente, o direito internacional fundava-se no princípio da territorialidade, e o respeito a esse princípio era, em regra, suficiente para assegurar um funcionamento satisfatório das relações internacionais¹⁵. Hoje, porém, as relações transfronteiriças exigem grau maior de sofisticação do direito, e se apresentam como manifestações da transnacionalidade, podendo-se citar como exemplos os crimes transnacionais, o direito desportivo, o direito ambiental e a sustentabilidade, as corporações transnacionais, as migrações transnacionais etc¹⁶.

As alterações propiciadas pela globalização também deram origem a novas situações, antes não vivenciadas nem pensadas devido à sua abrangência e característica de novo, atualmente circundadas por articulações que diferem do espaço real e não mais atendem a espaços territoriais pré-definidos. Segundo Arnaud¹⁷, a globalização, por assim dizer, é uma tomada de consciência de que muitos problemas nesse fim de século, não podem ser mais tratados através da simples referência aos Estados sem uma referência aos vínculos que passaram a unir as diferentes partes do globo terrestre.

Eis a razão pela qual a transnacionalidade atravessa diferentes níveis de integração, tornando difícil relacioná-la a algum território circunscrito. Esta é a característica da desterritorialização citada por Stelzer¹⁸ sob o argumento de que “O território transnacional não é nem um nem outro e é um

¹³ ARNAUD André-Jean. **O Direito entre Modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11.

¹⁴ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 24-25.

¹⁵ MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras**: do Estado soberano à Sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 345.

¹⁶ A este respeito, sugere-se a leitura de: PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. p. 8-27, In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Reibeito; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.) **Transnacionalidade e sustentabilidade**: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018.

¹⁷ ARNAUD André-Jean. **O Direito entre Modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. p. 13.

¹⁸ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 25.

e outro, posto que se situada na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado”¹⁹, flutuando sobre os Estados e fronteiras.

Ambrosini²⁰ menciona que a transnacionalidade pode ser verificada a partir da implementação das premissas de facilitação dos transportes e da comunicação, da alteração do pertencimento a determinado grupo social ou político – ou seja, a partir dos eventos produzidos pela globalização – em que se tornou possível a vivência de uma vida dupla para muitas pessoas: por meio de contatos que atravessam e permeiam as fronteiras nacionais, que desconhecem nacionalidades ou normas pré-definidas e pugnam por um reconhecimento até então não pensado.

Por esta razão, os acontecimentos de hoje são transnacionais porque ocorrem de forma recorrente para além das fronteiras nacionais e requerem um compromisso regular e significativo de todos os participantes. Ferrajoli²¹ entende que a globalização é responsável pela crise do direito em um duplo sentido e a transnacionalidade apresenta-se como o sentido objetivo desta crise, por afetar o Estado na sua esfera institucional e atribuir-lhe uma considerável falta de importância.

Assim, à medida que a globalização desenvolve sua dinâmica por meio das dimensões por ela criadas, cresce a necessidade dos envolvidos de se localizarem em novos cenários e de encontrarem maneiras de contrabalançar as novas tendências. Isto demonstra que a transnacionalidade possui ligação com a globalização e o sistema-mundo, mas a sua própria particularidade reside no fato de apontar para uma questão central: a relação entre territórios e os diferentes arranjos que orientam as maneiras como as pessoas representam pertencimento a unidades socioculturais, políticas e econômicas. Isto é o que Ribeiro²² denomina como modos de representar pertencimento a unidades socioculturais, político-econômicas.

Discorrer sobre a transnacionalidade impõe uma tarefa muitas vezes árdua ante a necessidade de modificar as clássicas concepções já consolidadas com vistas a destacar as relações transpassantes que afetam direta ou indiretamente a todos, a fim de ordenar um claro senso de responsabilidade com relação aos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo globalizado²³.

¹⁹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. p. 25.

²⁰ AMBROSINI, Maurizio. **Un'altra globalizzazione**: la sfida delle migrazioni transnazionali. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 11-38.

²¹ Segundo o autor, “Il tratto caratteristico di quella che chiamiamo ‘globalizzazione’ è dunque la crisi del diritto in duplice senso, l’uno oggettivo e istituzionale, l’altro, per così dire soggettivo e Culturale: a) come crescente incapacità regolativa del diritto, che si esprime nelle sue vistose e incontrollate violazioni da parti di tutti i poteri, pubblici e privati, nel vuoto di regole idonee a disciplinarne le nuove dimensioni transnazionali; b) come squalificazione, insofferenza e rifiuto del diritto, che si esprime nell’idea che i supremi poteri politici, magari perchè legittimati democraticamente, non siano sottoposti a regole, né di diritto internazionale né di diritto costituzionale, e che parimenti il mercato non possa, ma debba fare a meno di regole e limiti, considerati come inutili impacci alle sua capacità di autoregolazione e di promozione dello sviluppo”. FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008. p. 353.

²² RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Série antropologia, 1997. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/19503341/A-Transnacionalidade>. Acesso em: 02 ago. 2018.

²³ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais, p. 126. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, Democracia e Constitucionalismo**. Itajaí: UNIVALI, 2018.

Seguindo esta ordem, Piffer²⁴ apresenta alguns dos principais traços característicos do fenômeno da transnacionalidade: 1) As ocorrências transnacionais tendem a se apresentar como relações horizontais, pois horizontal é a linha que conecta e estabelece relações de todos com todos, rasgando as fronteiras nacionais e estabelecendo ligações por onde passa, não possuindo um único ponto de partida nem mesmo um ponto de chegada; 2) As relações hoje estabelecidas perderam o caráter de excepcionalidade ou ocasionalidade; o que antes não afetava o sentimento de pertencimento ou as coordenadas culturais e institucionais de um determinado grupo ou país hoje demonstra sua característica transnacional por ser uma necessidade de inter-relação incentivada de vários modos; 3) Diante da desterritorialização houve o rompimento - de fato - da unidade estatal, marcado por novas relações de poder e competitividade, gerando conflitos e jogos de interesse sem origem definida; 4) Verifica-se o enfraquecimento dos sistemas de controle e proteção social diante das redes de legalidade estabelecidas, em que regras e normas parecem ser desafiadas por outras potenciais ou atuais, localizadas em território diversos e ditadas por corporações transnacionais sob os ditames da globalização; 5) Estabelecem-se redes de legalidades complementares ou antagônicas que são típicas das relações transnacionais e dão origem a constantes mutações ou transgressões das regras pré-estabelecidas, em que o Estado nacional atua como mero coadjuvante por meio do seu aparato estatal restrito às fronteiras nacionais ou a prévios acordos internacionais que possuem a característica de verticalidade e não horizontalidade.

Diante destas características, verifica-se que a transnacionalidade questiona a todo o momento a lógica e eficácia dos modos pré-existentes de controle e representação na esfera econômica, social, cultural, política e jurídica. E a sociedade mundial abordada no início deste estudo, não mais padece das balizas – povo, território e jurisdição - impostas pelas categorias estatais clássicas, atreladas às engessadas teorias monistas e dualistas.

2. A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DAS TEORIAS MONISTA E DUALISTA

São duas as teorias que regulam as relações entre o direito interno dos Estados e o direito internacional: a teoria monista e a teoria dualista.

A primeira prega que tanto o direito interno quanto o internacional, constituem o mesmo sistema jurídico, ou seja, que existe apenas uma única ordem jurídica que dá origem às normas internacionais e nacionais, tendo o reconhecimento mútuo nas duas esferas sem qualquer burocracia. Seguindo esta linha de pensamento, convém transcrever as palavras de Kelsen²⁵:

Se o Direito internacional e o Direito estadual formam um sistema unitário, então a relação entre eles tem de ajustar-se a uma das duas formas expostas. O Direito internacional tem de ser concebido, ou como uma ordem jurídica delegada pela ordem jurídica estadual e, por conseguinte, como

²⁴ PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2019.

²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 233.

incorporada nesta, ou como uma ordem jurídica total que delega nas ordens jurídicas estaduais, supra-ordenada a estas e abrangendo-as a todas como ordens jurídicas parciais. Ambas estas interpretações da relação que intercede entre o Direito internacional e o Direito estadual representam uma construção monista. A primeira significa o primado da ordem jurídica de cada Estado, a segunda traduz o primado da ordem jurídica internacional.

Por sua vez, o dualismo defende haver distinção entre o ordenamento jurídico interno e o internacional, sendo a ordem jurídica interna compreendida pela Constituição e demais normas específicas de cada Estado e reconhecidas no seu âmbito doméstico, enquanto a ordem internacional - regida por tratados, acordos e convenções - seria reconhecida apenas na esfera internacional coordenando as relações entre soberanos, devendo ser internalizada para ter validade jurídica no Estado signatário.

A este respeito, Kelsen entende que esta discussão teórica serve somente para demonstrar o afastamento de uma compreensão jurídica integradora, defendendo que:

Na medida em que fosse este o significado de uma teoria que crê ter de aceitar a existência de conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual e considera o Direito internacional, não como Direito, mas apenas como uma espécie de Moral internacional, nada haveria a opor-lhe do ponto de vista da lógica. Mas a generalidade dos representantes da teoria dualista vê-se forçada a considerar o Direito internacional e o Direito estadual como ordens jurídicas com vigência simultânea que são independentes uma da outra nessa sua vigência e podem entrar em conflito uma com a outra. Esta doutrina é insustentável²⁶.

Aliado a esta discussão, outro percalço afeta as teorias ora apresentadas: a sua superação frente à emergência da perspectiva jurídica da transnacionalidade, aqui denominada como direito transnacional. Sanz²⁷ sugere que estamos diante de um colapso da teoria monista, o que nos obriga a revisar conceitos-chave das construções jus teóricas ainda em voga, e melhor sorte não socorre o dualismo.

Vale destacar que as reflexões acerca de um embrionário direito transnacional já vêm se desenvolvendo desde o século passado, quando, ainda em 1976, Vagts e Steiner passaram a refletir sobre problemas jurídicos no âmbito transnacional, por meio da obra intitulada *Transnational legal problems*²⁸. Os autores, à época, realizaram complexos estudos sobre direito internacional, conflito de leis no tempo e no espaço, direito comparado, jurisprudência e negócios e transações transnacionais, adotando o posicionamento de Jessup²⁹ para analisar tais situações.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 231.

²⁷ SANZ, Mario Ruiz. Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. **Derechos y libertades**, 32, 2015, p. 79-105. Doi: 10.14679/1003. p. 99.

²⁸ STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold H. **Transnational Legal Problems: Materials and Text**. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

²⁹ Philip Jessup foi o pioneiro a escrever acerca da transnacionalidade e sua dimensão jurídica. Ao vivenciar um momento histórico de aprimoramento e intensificação das relações entre Estados, Jessup externava a dificuldade que envolvia a análise dos problemas da comunidade mundial e do direito que a regulava, ante a inexistência de uma expressão apropriada para designar as normas em questão, vez que o Direito Internacional não se mostraria apropriado para tal. Por essa razão, o autor passou a usar a expressão Direito Transnacional para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais, vez que, para ele, as situações transnacionais poderiam envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de

Destaca-se para o fato de que nessa obra, os autores identificam as características e o alcance dos problemas jurídicos transnacionais nos sistemas jurídicos domésticos e internacionais, utilizando exemplos como a manutenção da paz e o controle da violência relacionados ao Vietnã, os conflitos existentes entre o Congresso e o Executivo dos Estados Unidos quanto às relações e aos acordos internacionais, e a discussão sobre os direitos humanos e sua abrangência transnacional³⁰. E conforme dito, tudo isso ainda na década de 1980.

Especificamente em 1986, Vagts³¹ abordou a matéria na sua obra *Transnational Business Problems*, examinando os comportamentos dos atores envolvidos nas relações transnacionais, surgindo, neste momento, uma análise que vai além do direito, ao observar a forma como este próprio surge a partir das relações entre os sujeitos envolvidos.

Para o autor, seriam três os elementos caracterizadores do Direito Transnacional: 1) assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; 2) assuntos que não comportam uma clara distinção entre Direito Público e Privado; e 3) assuntos que comportam fontes abertas e flexíveis, como o *soft law*³².

Há mais de uma década, Berman³³ também expôs que a ênfase tradicional do direito internacional no Estado tem sido questionada há tempos, e o foco mais recente se volta ao direito transnacional, vez que redes governamentais e não-governamentais, influência judicial e cooperação transfronteiriça, ainda parecem insuficientes para descrever as complexidades do direito em uma era de globalização.

Desse modo, o direito transnacional, perquire uma dupla superação³⁴.

Primeiramente da teoria monista, no que diz respeito às suas características estatal, quanto à suposição da autossuficiência das ordens jurídicas estatais e a negação de qualquer outra ordem jurídica, e internacionalista, cujo Estado entrega toda a legitimação do seu poder normativo ao direito internacional. Em ambas perspectivas, são totalmente subestimadas as complexas redes de relações jurídicas que operam na esfera transnacional.

E também quanto à superação do dualismo, pois a ideia de que a ordem interna e internacional devem ser construídas como ordens reciprocamente independentes, mostra-se inadequada ante o fato de que o direito transnacional dá sobremaneira atenção para as relações

Estados ou qualquer outros grupos. JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956. p. 11.

³⁰ Vagts, no ano de 1986, continuou a abordar a temática em sua obra intitulada *Transnational business problems*, na qual expõe os três elementos que caracterizam o direito transnacional: os assuntos que transcendem fronteiras nacionais; os assuntos que não comportam uma clara distinção entre direito público e direito privado; e os assuntos mencionados no artigo 38 da Corte Internacional de Justiça, além de outros que possuam fontes abertas e flexíveis, como seria o caso do *soft law*.

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

³² CRUZ, Paulo Marcio; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017. p. 53.

³³ BERMAN, Paul Schiff, **From International Law to Law and Globalization**. University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers. Paper 23, 2005. p. 485. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/uconn_wps/23>. Acesso em: 01 mar 2019.

³⁴ GUASTINI, Riccardo. **La sintaxis del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016. p. 329.

mútuas entre ordens jurídicas e atores variados, em um constante processo de integração e coordenação.

Significa, portanto, que as lentes do direito, tanto pela ótica monista quanto pela dualista, não são mais suficientes para observar as complexas redes de relações que se afetam mutuamente, nem mesmo para fornecer-lhes respostas adequadas. Para perquirir tal mudança, precisamos nos desprender da imagem dos Estados soberanos e independentes, pois a maioria das ordens jurídicas e não jurídicas que hoje coexistem comportam diversos tipos de relações que se integram e complementam, e não podem ser pressagiadas no campo teórico.

Nesse diapasão, o assunto que ora pretende-se abordar visa defender que o direito transnacional pode subsidiar as discussões e soluções jurídicas, vez que as teorias clássicas não mais “saciam a sede jurídica” da sociedade atual. Cabe ao direito transnacional, portanto, a árdua tarefa de reformular conceitos básicos da ciência jurídica com vistas a consolidar a formação de um pluralismo jurídico forte e demonstrar como nossas concepções tradicionais do direito devem ser repensadas frente à realidade transnacional contemporânea. Este será o assunto abordado na sequência.

3. A ORDEM JURÍDICA TRANSNACIONAL E A CONSOLIDAÇÃO DE UM PLURALISMO JURÍDICO TRANSNACIONAL

Partindo do pressuposto de que a conexão entre direito e território estatal há tempos sofre uma considerável transformação, é fato que os limites geográficos dos Estados e as regras formadoras do direito nacional e internacional não mais definem a máxima extensão de incidência das normas jurídicas. O Estado já não é mais o único ator, nem mesmo o mais importante a estabelecer ordens jurídicas.

Conforme salienta Teubner³⁵, a emergência de ordens supra e transnacionais, públicas e privadas, traz ao sistema jurídico elementos de complexidade fazendo com que os pressupostos já pacificados da modernidade devam ser necessariamente relidos. Enquanto a teoria jurídica continua focada nos sistemas jurídicos nacionais, a prática vai muito mais além, transpassando fronteiras e escrevendo sua história por linhas complexas de uma realidade jurídica que se desenvolve sem a presença da figura estatal.

Scott³⁶ ressalta que não há que se falar da exclusão desta figura, mas sim de categorias mutuamente inclusivas que se mesclam com um direito que não é nem nacional, nem internacional

³⁵ TEUBNER, Gunther. Fragmented Foundations: Societal Constitutionalism Beyond the Nation State. In: DOBNER, Petra. LOUGHLIN, Martin. (Org.). **The Twilight of Constitutionalism?** Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 331-332.

³⁶ SCOTT, C. Transnational Law as Proto-Concept: Three Conceptions. **German Law Journal**, 10(7), 859-876. DOI: 10.2139/ssrn.1488245. p. 873.

– um híbrido entre direito nacional e internacional, segundo Koh³⁷ –, nem público, nem privado, mas que pode ser nacional e internacional, público e também privado.

Como explicita Dolinger, “os doutrinadores, tanto os de direito internacional público quanto os de direito internacional privado, relacionam a questão do conflito entre fontes internas e internacionais às clássicas doutrinas do monismo e do dualismo, cada qual propondo uma solução diferente³⁸. No entanto,

La diversidad jurídica de nuestros días obliga a cada orden jurídico a afrontar la interacción y apertura a otras realidades jurídicas. Una aproximación transnacional, a diferencia del pluralismo jurídico fuerte, tiene la pretensión de evitar el aislamiento de cada orden jurídico respecto de la realidad jurídica circundante y favorecer un proceso de progresiva convergencia normativa que permita encauzar los conflictos sociales que traspasan las fronteras en procesos jurídicos³⁹.

Defende-se, portanto, a necessidade de superação de um pluralismo limitado à comparação e convergência entre sistemas jurídicos distintos. A principal característica diferenciadora do pluralismo jurídico (chamado pelo autor de pluralismo jurídico forte) e do direito transnacional, se refere à impossibilidade do primeiro realizar atos de convergência, coordenação e integração entre ordens jurídicas e não jurídicas. Para que a teoria do pluralismo jurídico possa ser utilizada em demandas transnacionais, deveria sofrer uma reformulação de suas bases, como explica Teubner⁴⁰. O autor demonstra que, em contraposição à visão de Kant (para o qual a globalização do direito só é possível por meio da codificação da política internacional), faz-se necessário fundamentar o pluralismo não mais em grupos e comunidades, mas, sim, em discursos e redes de comunicação.

As lentes pelas quais se deve enxergar o direito não seriam mais aquelas que refletem a existência de uma ordem única de atores soberanos, mas sim a de uma constelação de sistemas jurídicos inter-relacionados. Somente por meio da teoria do pluralismo jurídico transnacional torna-se possível conceber o direito transnacional⁴¹. E este, por sua vez, muito além de institucionalizar garantias de direitos reconhecidos formalmente, possui o atributo de fomentar instrumentos de aperfeiçoamento constante dos conteúdos materiais pensados em uma ordem plural, com uma visão que deriva de uma realidade em movimento e constante integração, fundada em uma reflexão crítica que afaste o que Tuori⁴² chama de pluralismo radical.

³⁷ KOH, Harold H. **Why transnational law matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int’l L. Rev. 752, 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 18 fev. 2019.

³⁸ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 102:

³⁹ MANSILLA, Isabel Turégano. Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica. **Derecho PUCP**. n. 79, 2017. p. 223-265. p. 225.

⁴⁰ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-32, jan./abr. 2003. p. 17.

⁴¹ FRYDMAN, Benoit. **A pragmatic approach to global law**. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 13 jan. 2019. p. 04.

⁴² TUORI, K. Transnational Law. On Legal Hybrids and Perspectivism, p. 11-57. In: MADURO, M.; TUORI, K.; SANKARI, S. (Orgs) **Transnational Law**. Rethinking European Law and Legal Thinking. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 41

Além disso, existe uma pluralidade de normas que não necessariamente estão centralizadas⁴³, nem mesmo respeitam a determinada hierarquia, conforme estamos comumente acostumados. As relações entre regimes jurídicos diversos são muito variadas, podendo se convergir, cooperar, assimilar, subordinar, competir e integrar⁴⁴.

Chama-se atenção para o fato de que nessa nova consciência jurídica surgem novos atores, que se relacionam e se comunicam formando as referidas redes especializadas na esfera transnacional. Assim, os Estados-nação são forçados a se comportarem como coatores, sem divisão hierárquica de papéis.

Em um mundo sem soberania plena, os Estados são obrigados a se comportar como atores, entre os demais. O Estado, soberano (até certo ponto) no seu próprio território, perde toda a soberania (apesar do que diz o direito internacional público) assim que atravessa fronteiras e deve comprometer-se com outras forças⁴⁵. Estas forças são de outros Estados, é claro, mas também de outros tipos de atores da sociedade do mundo, como as organizações internacionais e as organizações não-governamentais, ou empresas de transição e suas redes, além de outras formas de organização social que participam do fenômeno transnacional.

A aceitação da existência de um pluralismo jurídico transnacional se consolidou na esfera econômica, em que a realidade dos mercados mundiais impuseram uma nova ordem jurídica transnacional, sendo insustentável negar a força jurídica dessas novas regulamentações que coadunam com as reflexões de Teubner, no sentido de que aquilo que antes era um não direito, agora é um Direito sem o Estado, se apresentando como um direito mundial autônomo⁴⁶. Isto porque a maioria das transações comerciais hodiernas não se submetem às leis nacionais ou internacionais. Como afirma Arnaud⁴⁷, na verdade as corporações pouco se preocupam com essas normas. Em tom de crítica, Beck complementa que as empresas transnacionais fazem parte de “Um capitalismo transnacional que não arrecada impostos e destrói postos de trabalho [...]”.

Para Zumbansen⁴⁸, o direito transnacional engloba muito mais do que meramente transações transfronteiriças de direito privado envolvendo intervenientes não estatais e redes reguladoras. Em vez disso, ele abarca esses relacionamentos entre atores estatais e não-estatais

⁴³ Como exemplo, cita-se a *lex mercatória*. Para Teubner ela rompe com dois tabus: o primeiro de que sua afirmação só se dá através de disposições jusprivatistas (contratos e fusões); e o segundo, reivindicando validade entre os Estados-nações e até além das relações “inter-nacionais”, formando-se espontaneamente no plano transnacional, sem a autoridade do Estado, sem a sua capacidade de impor sanções, sem o seu controle político e sem a legitimidade de um processo democrático. TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-32, jan./abr. 2003. p. 17.

⁴⁴ MANSILLA, Isabel Turégano. Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica. **Derecho PUCP**. n. 79, 2017. p. 223-265. p. 232.

⁴⁵ FRYDMAN, Benoit. **A pragmatic approach to global law**. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2312504>>. Acesso em: 13 jan. 2019. p. 06.

⁴⁶ TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: **FILOSOFIA do direito e direito econômico que diálogo?** Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 343

⁴⁷ ARNAUD André-Jean. **O Direito entre Modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do Estado. p. 22-27.

⁴⁸ ZUMBANSEN, Peer. **Transnational Law**. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 9/2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/181>>. Acesso em: 11 mar. 2019. p.739.

através dos limites do Estado que ficam aquém de conduzir a actos jurídicos internacionais oficiais, tais como tratados ou convenções.

No entanto, os reflexos jurídicos das relações transnacionais não se cingem às questões econômicas. Contenciosos envolvendo direitos humanos, questões ambientais, atos de governança transnacional, organizações sociais transnacionais, relações trabalhistas, relações familiares, contratos públicos ou privados e tantas outras searas – jurídicas e não jurídicas - compõem o atual pluralismo jurídico transnacional. São elas que constroem e consolidam as constatações de uma sociedade em constante mutação.

Cabe portanto, aos operadores do direito, tomar consciência de que o direito transnacional precisa ser assimilado, estudado e discutido. Este é um débito que precisa ser quitado com a sociedade mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sociedade mundial, transnacionalidade, direito transnacional e pluralismo jurídico transnacional foram as principais categorias abordadas neste estudo. O intento principal foi o de demonstrar que a aceitação, e a consequente compreensão do direito transnacional, passa pela ruptura categórica com elementos clássicos da ciência jurídica.

A verificação da transnacionalidade como fenômeno e o direito transnacional como sua dimensão jurídica, ante a característica de ausência de subordinação a um espaço jurídico pré-estabelecido, se constitui como importante alicerce da consolidação de um pluralismo jurídico que muito se difere do pluralismo clássico: o pluralismo jurídico transnacional.

A diversidade jurídica que hoje se constata nos obriga a afrontar a convergência, coordenação e integração entre sistemas jurídicos e não jurídicos, afastando qualquer tentativa de manter as ordens jurídicas apartadas ante o argumento arcaico de centralização das decisões, ações e procedimentos, unicamente no Estado nacional.

Mais do que suplantar as teorias monistas e dualistas, mostra-se imprescindível afrontar qualquer tentativa de pluralismo adstrito a atos jurídicos de comparação e convergência. A teoria do direito transnacional permite, portanto, elevar o desafio que enfrentam fenômenos jurídicos que transcendem fronteiras do Estado, superando modelos categorizados em local, internacional, supranacional ou global, e enfatizando a interdependência entre eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARNAUD André-Jean. **O Direito entre Modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

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

BERMAN, Paul Schiff, **From International Law to Law and Globalization**. University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers. Paper 23, 2005. p. 485. Disponível em: http://lsr.nellco.org/uconn_wps/23. Acesso em: 01 mar 2019.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, P.M.; STELZER, J. (Orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____; PIFFER, Carla. Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, p. 51-66, set./dez. 2017.

_____; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, Democracia e Constitucionalismo**. Itajaí: UNIVALI, 2018.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritti fondamentali**: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008.

FRYDMAN, Benoit. **A pragmatic approach to global law**. 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2312504>. Acesso em: 13 jan. 2019.

GUASTINI, Riccardo. **La sintaxis del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

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.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1956.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOH, Harold H. **Why transnational law matters**. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752, 2005-2006. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 18 fev. 2019.

MANSILLA, Isabel Turégano. Derecho transnacional o la necesidad de superar el monismo y el dualismo en la teoría jurídica. **Derecho PUCP**. n. 79, 2017. p. 223-265.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **A humanidade e suas fronteiras**: do Estado soberano à Sociedade global. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PIFFER, Carla. **Transnacionalidade e Imigração: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em: 20 mar 2019.

_____. CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. p. 8-27, In: PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Reiberto; CRUZ, Paulo Márcio (Orgs.) **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. Porto Velho: Emeron, 2018.

REALE, Miguel Reale. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Série antropologia, 1997. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/19503341/A-Transnacionalidade>. Acesso em: 02 ago. 2018.

SANZ, Mario Ruiz. Sociedades multiculturales y sistemas jurídicos: intersecciones y confrontaciones. **Derechos y libertades**, 32, 2015, p. 79-105. Doi: 10.14679/1003.

SCOTT, C. Transnational Law as Proto-Concept: Three Conceptions. **German Law Journal**, 10(7), 859-876. DOI: 10.2139/ssrn.1488245.

STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold H. **Transnational Legal Problems: Materials and Text**. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: **FILOSOFIA do direito e direito econômico que diálogo?** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-32, jan./abr. 2003.

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

TUORI, K. Transnational Law. On Legal Hybrids and Perspectivism, p. 11-57. In: MADURO, M.; TUORI, K.; SANKARI, S. (Orgs.) **Transnational Law**. Rethinking European Law and Legal Thinking. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

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

WALLERSTEIN, Immanuel. **Compreendere Il mondo**. Introduzione all'analisi dei sistemi-mondo. Trieste: Saterios, 2006.

ZUMBANSEN, Peer. **Transnational Law**. Comparative Research in Law & Political Economy. Research Paper No. 9/2008. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/clpe/181>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

CRISE DO ESTADO E GLOBALIZAÇÃO: POR UM DIÁLOGO ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS ESTATAIS

Cristian Richard Stahelin Oliveira¹

Rodrigo Coelho Rodrigues²

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é analisar o surgimento do Estado Nacional e a crise pela qual passa, em virtude da perda aparente da sua soberania e das mitigações dos direitos fundamentais que lhe são consectários, abordando-se, ainda, as transformações globais que ensejam uma mudança de perspectiva política, jurídica e econômica das nações.

Diante das diferentes ordens jurídicas e do surgimento de novos atores da sociedade mundial, o objetivo do trabalho é, dentro dessa realidade, analisar como se pode, na ausência de um ordenamento jurídico supranacional linear e uniforme, apresentar uma alternativa viável à solução de problemas que levem em conta as diferenças sociais, culturais e econômicas dos diversos Estados, porquanto, em decorrência da globalização e do surgimento de questões que superam o limite das fronteiras políticas dessas nações, o direito internacional não parece ser suficiente para a resolução dessas divergências.

E, para tanto, dá-se importância ao tratamento dispensado pelas cortes constitucionais dos países para dirimir tais conflitos, conformando-os aos ordenamentos jurídicos internos e integrando-os a essa nova ordem globalizante.

O artigo está dividido em quatro partes, onde se trabalham os seguintes aspectos: [a] A configuração dos Estados Modernos; [b] A crise do Estado; [c] As novas perspectivas mundiais; e, [d] Uma alternativa viável: o diálogo entre as ordens jurídicas e as cortes constitucionais.

A metodologia aplicada se desenvolveu com o método indutivo, além do uso das técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. A CONFIGURAÇÃO DOS ESTADOS MODERNOS

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, em dupla titulação com a Universidade de Alicante. Promotor de Justiça em Santa Catarina.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/Univali. Pós-Graduado em Processo Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul e em Penal e Processo Penal pela Universidade Regional de Blumenau - FURB. Graduado pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Juiz de Direito lotado na 4ª Vara Cível de Balneário Camboriú.

O Estado Moderno surgiu com a fragmentação do sistema feudal nos idos do século XV, tendo como característica principal o desenvolvimento do capitalismo mercantil registrado em alguns países da Europa como Espanha, França, Portugal e Inglaterra.

Sobre a passagem da forma medieval do Estado para essa nova ordem ensinam Lenio Luiz Streck e José Luís Bolzan Moraes que:

[...] O rompimento paradigmático da velha ordem medieval para a nova ordem se dá principalmente através da passagem das relações de poder (autoridade, administração da justiça, etc.) -, para a esfera pública (o Estado centralizado). Ou seja, na medida em que ocorria a alteração do modo de produção, a sociedade civil agregava novas exigências ao que até então era exercido pelo poder privado (comunicações, justiça, exército, cobrança de impostos, etc.).³

A denominada “crise do feudalismo” originou a centralização dos poderes - inicialmente das monarquias absolutistas - e deu lugar ao aparelhamento das forças armadas, à estruturação jurídica dos países e, também, a um sistema organizado de cobrança de impostos. Noutras palavras, o poder do senhor feudal, dissolvido nas comunas medievais, passa às mãos de um novo sistema de poder de esfera pública, mais organizado, eficiente e centralizado.

O surgimento do Estado Moderno deu-se, de início, sob a forma de um Estado absolutista, com a soberania estatal atrelada à figura do monarca, evoluindo para outras formas como o Estado Liberal e o Social. Importa, no particular, saber que, à sua formação embrionária, estão atrelados elementos como a soberania, o território e a nação.

Veja-se:

[...] o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma ideia, com potência superior à dos indivíduos). É a ideia de uma dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. O *Poder despersonalizado precisa de um titular: O Estado*. Assim, o Estado procede da institucionalização do Poder, sendo que suas condições de existência são o território, a nação, mais potência e autoridade. Esses elementos dão origem à ideia de Estado, ou seja, *o Estado Moderno deixa de ser patrimonial*. Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram donos do território e de tudo o que neles se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno passa a haver a identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de soberania estatal.⁴

Já as revoluções burguesas norte-americana e francesa dos séculos XVIII e XIX também trouxeram nova formatação a essa ordem política, passando os Estados Modernos à condição de Estados Constitucionais, cujas características relevantes eram a supremacia da Constituição, a prevalência do princípio da legalidade e a efetividade dos direitos sociais por parte dos poderes estatais, sem olvidar da soberania assentada sobre um território, divisão de poderes e continua implantação da democracia representativa.

As ideias de soberania, cidadania e de direitos fundamentais, oriundas do Estado Moderno, como se sabe, não são conceitos estanques, mas sim históricos, que variam no tempo e no espaço,

³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 28.

⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. p. 27.

especialmente no tocante à titularidade e ao conteúdo, acompanhando a transformação da sociedade em seus avanços e vicissitudes.

De qualquer modo, é importante salientar que o Estado Moderno permitiu a formação de dois grandes blocos atrelados ao capitalismo americano e ao socialismo dos países soviéticos, cuja derrocada se deu no início dos anos 1990.

2. A CRISE DO ESTADO

Fala-se da crise do Estado Moderno a partir dos desafios e problemas não solucionados pelos modelos de Estado Social e de Estado Liberal, sobretudo em questões ligadas aos direitos fundamentais e à questão da soberania.

Vale lembrar, para melhor esclarecimento do quanto aqui sustentado, o ensinamento de Luigi Ferrajoli acerca da soberania:

*Soberania é o conceito, ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e as aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado. Embora apareça já na Idade Média em autores como Beaumanoir e Marino da Caramanico, é indubitável que a noção de soberania como *suprema potestas supeiorum non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si) remonta ao nascimento dos grandes Estados nacionais europeus e à divisão correlativa, no limiar da Idade Moderna, da ideia de um ordenamento jurídico universal, que a cultura medieval havia herdado da romana. Falar da soberania e seus eventos históricos e teóricos quer dizer, portanto, falar dos acontecimentos daquela formação político-jurídica particular que é o Estado nacional moderno, nascido na Europa há pouco mais de quatro séculos, exportado no século XX a todo o planeta e hoje em declínio.⁵*

A soberania, outrossim, concebida como elemento caracterizador do Estado, relativizou-se diante do avanço tecnológico, da expansão do capital financeiro, da multiplicação do comércio entre os países e da formação de blocos econômicos para a consecução de objetivos comuns, o que, de certa maneira, revela a existência inegável da anunciada crise.

Por outro lado, o Estado tornou-se muito grande para resolver seus assuntos internos e muito apequenado para temas relativos a questões externas, num paradoxo que exige pensar nos modelos até então existentes. Ainda no tocante às questões internas, pode-se afirmar, sem hesitação, que muitos direitos relacionados à pessoa humana foram alijados pela estrutura estatal modelada.

Essas temáticas, portanto, passaram a ter novos contornos em decorrência do fenômeno conhecido como globalização, que removeu fronteiras físicas e operou modificações de cunho não só econômico, mas também de ordem social, cultural, política e jurídica.

A globalização - ou mundialização -, como ensina Joana Stelzer:

⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

[...] é um processo paradigmático, multidimensional, de natureza econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento soberano dos Estados-nacionais e pela emergência de novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e de economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transporte, multiplicando-se em rede, de matriz essencialmente heurística.⁶

Já os efeitos da globalização são tratados por Zygmunt Bauman da seguinte forma:

Uma parte integrante dos processos de globalização é a progressiva segregação espacial, a progressiva separação e exclusão. As tendências neotribais e fundamentalistas, que refletem e formulam a experiência das pessoas na ponta receptora da globalização, são fruto tão legítimo da globalização quanto a ‘hibridização’ amplamente aclamada da alta cultura – a alta cultura globalizada. Uma causa específica de preocupação é a progressiva ruptura de comunicação entre as elites extraterritoriais cada vez mais globais e o restante da população, cada vez mais ‘localizada’. Os centros de produção de significado e valor são hoje extraterritoriais e emancipados de restrições locais – o que não se aplica, porém, à condição humana, à qual esses valores e significados devem informar e dar sentido.⁷

Karine de Souza Silva tem como certo que a globalização afeta diretamente a soberania dos Estados. Segundo a autora:

O movimento de expansão dos direitos que permitiu a formação dos Estados encontra-se em xeque a partir das tendências globalizantes. Durante o transcorrer desse processo, enquanto o capital transita livre de controle nos Estados nacionais, operam-se degradações na cidadania, fato que, em um futuro previsível, pode chegar a minar as bases de legitimidade dos mesmos Estados.⁸

E assim conclui:

Em suma, as últimas décadas demonstraram variados sintomas da fragilização da soberania e de movimentação de polos de poder e decisão, antes aglutinadas em torno da jurisdição, regulação e arbitragem do Estado, para a arena internacional ou supranacional. Diante desses fatos de alcance global, como crise de governabilidade provocada pelo acúmulo de demandas democráticas, mudanças no paradigma fordista e de gerenciamento empresarial, exaustão da capacidade fiscal do Estado, o custeio de políticas compensatórias destinadas à funcionalização das relações de classe nas economias capitalistas etc., todos os caminhos sinalizam para substanciais alterações naquela forma clássica de Estado-nação, reconhecida desde o século XVI, através da conhecida obra O Príncipe [...].⁹

Esse desgaste da soberania pode ser visualizado de forma concreta nos movimentos de integração regional, que passou a ser uma necessidade e também uma resposta aos novos desafios – sobretudo de ordem econômica – enfrentado pelos Estados, os quais, em decorrência, necessitaram se readequar, redimensionando seus tamanhos e funções, inclusive adaptando suas estruturas jurídicas, o que relativizou a soberania tal como foi concebida.

⁶ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 9.

⁸ SILVA, Karine de Souza. A consolidação da união europeia e do direito comunitário no contexto da transnacionalidade. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 107.

⁹ SILVA, Karine de Souza. A consolidação da união europeia e do direito comunitário no contexto da transnacionalidade. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). **Direito e Transnacionalidade**. p. 109.

Os direitos humanos também sofreram forte impacto pela prenunciada crise, uma vez que passaram a ser desrespeitados por conta do alijamento provocado pela supremacia da ordem econômica sobre a social, é dizer, as economias, cada vez mais integradas entre os países, sobretudo os ricos, causou imenso abismo e separação dos mais pobres.

Igualmente se pode dizer de outros direitos, como o atinente ao meio ambiente sadio e equilibrado, cujas consequências atingem a todos de maneira global e indistinta, tanto das presentes quanto das gerações futuras, característica dos direitos difusos.

Um olhar diferente, por sua vez, é lançado por Paulo de Tarso Brandão, o qual entende que a referida crise do Estado Constitucional Moderno nada mais é do que uma retórica para esvazia-lo a um mero Estado Policial, a serviço da nova ordem econômica globalizada, tão somente com o fito de manter a ordem e evitar eventuais perturbações. Em suas palavras,

Uma tendência que se verifica entre bom número de doutrinadores é a de afirmar que o Estado-Nação, que alguns denominam de Estado Constitucional Moderno, encontra-se esgotado em sua finalidade e é preciso encontrar uma teoria e uma estrutura política capaz de superá-lo.

No entanto, ao contrário da morte do Estado, o que ocorre é o seu fortalecimento para atender, prioritariamente, os interesses financeiros, flexibilizando cada vez os direitos da Sociedade Civil e dos Cidadãos, descurando da função social declarada na Constituição. [...]. Mas o fortalecimento, intencionalmente, é do Estado Policial.

O novo Leviatã internacional (transnacional), a serviço da globalização econômica, que pretende o Estado mínimo e forte (policial), amplia e não limita os poderes do Estado Policial, em nome de uma pretensa segurança para a ordem internacional, infirmando os direitos e garantias individuais¹⁰.

Sustenta-se, ademais, que a denominada crise do Estado Moderno também alcançou dimensões, valendo destacar neste trabalho a dimensão jurídica, porque os direitos passaram a ser violados para além dos territórios dos países.

3. AS NOVAS PERSPECTIVAS MUNDIAIS

O mundo globalizado pressupõe um novo pensar, um novo agir, um reinventar. Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar sustentam, em bem elaborado estudo, que:

Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades, problemas e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios. Esse novo projeto de civilização provavelmente passará pela reabilitação do político, do jurídicos, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimto do bem comum, de um saber existir juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.¹¹

¹⁰ BRANDÃO, Paulo de Tarso. As crises dos direitos fundamentais os direitos fundamentais em tempos de crise. In: DO VALLE, Juliano Keller *et al* (Orgs.) **Direitos fundamentais, economia e estado: reflexões em tempo de crise**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 286-288.

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 70.

Nota-se que parcelas de soberania do Estado passaram a ser transferidas para um ente superior, fazendo surgir novas figuras no cenário mundial. Muitos problemas de ordem social, econômica, comercial e ambiental não mais encontram resolução no âmbito dos Estados e nos acordos tradicionalmente firmados no espectro do direito internacional, dando azo ao surgimento de novos atores internacionais, como é o caso, por exemplo, da União Europeia.

A respeito do tema vale trazer à colação a obra dos professores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar, tratando do novo paradigma jurídico na pós-modernidade¹², em que fazem uma leitura do novo cenário do Direito no mundo globalizado:

O cenário transnacional da atualidade pode ser caracterizado como uma complexa teia de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual emergem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas eficazes do direito. Estas respostas dependem de um novo paradigma do direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas.

Aqui se pode pincelar a necessidade de um novo direito comunitário ou transnacional que venha atender essa nova ordem. Os autores acima referidos afirmam que “O Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços públicos transnacionais, ou seja, a criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais”¹³.

Nesse novo modelo, poder-se-iam solucionar conflitos e demandas que superassem as limitações e regramentos impostos pelo direito internacional, sobretudo naqueles assuntos de interesse comum dos Estados, como problemas ambientais e ofensas a direitos humanos. O Estado Constitucional Moderno continuaria a existir, mas como ente colaborativo, compartilhando as funções para as quais tem se mostrado ineficaz.

E, mais uma vez, valem as lições de Paulo Márcio Cruz e de Zenildo Bodnar¹⁴:

Atualmente não é mais suficiente somente o desenvolvimento de teorias jurídicas complexas e sofisticadas em relação a temas e institutos setoriais do complexo fenômeno da convivência humana. É de duvidosa utilidade, por exemplo, compreender tecnicamente o significado do direito de propriedade se este valor não é entendido e relacionado com as suas múltiplas manifestações e inúmeras relações que desencadeia, das rotas de colisão, parcial concordância e plena harmonização com outros institutos jurídicos, inclusive nas suas repercussões econômicas, culturais e tecnológicas.

Desta forma, com o cenário transnacional atual surge a necessidade da emergência e da consolidação de um novo paradigma do direito que deve ser mais dúctil e operacionalmente adequado para a produção dialética e democrática de um repertório de argumentos mais densos e legítimos no atual contexto de complexidade.

¹² CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade**. Porto Alegre. RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, 2011, p. 76.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). **Direito e Transnacionalidade**. p. 56.

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. **O novo paradigma de Direito na pós-modernidade**. Porto Alegre. RECHTD/UNISINOS. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, 2011, p. 80.

Longe de negar a existência, como dito, do Estado Constitucional Moderno, o modelo de Estado Transnacional seria uma alternativa porque estaria liberto das amarras da soberania moderna e das fronteiras territoriais que são características inseparáveis daquele.

4. UMA ALTERNATIVA VIÁVEL: O DIÁLOGO ENTRE AS ORDENS JURÍDICAS E AS CORTES CONSTITUCIONAIS

A ideia de um Estado Transnacional, de fato, apresenta alguns obstáculos aparentemente intransponíveis, vez que os Estados Constitucionais Modernos possuem suas peculiaridades sociais, econômicas e culturais. Como resolver, por exemplo, uma demanda entre países acerca de práticas que são, ao mesmo tempo, aceitas num e rejeitadas no outro? Como solucionar, com base numa legislação transnacional, questões que possam causar violações a direitos humanos? Essas são apenas indagações que podem surgir na iminência do enfrentamento de lides que devam ser solucionadas por tal modelo jurisdicional.

Marcelo Neves explica que,

Pelo menos até o momento, apesar da forte juridificação no plano internacional, não parece tão simples transferir o conceito de Constituição em sentido moderno, dependente de amplos pressupostos, a instâncias globais de natureza internacional ou supranacional. Esse transporte conceitual importa, no mínimo, o reconhecimento de certas restrições.¹⁵

A comunicação entre as cortes constitucionais se afigura como uma alternativa viável a aplicação desse novo modo de pensar o direito. Nesse passo, André Lipp Pinto Basto Lupi enumera algumas vantagens desse movimento:

Reforço da autoridade de tribunais internacionais; deliberação coletiva sobre problemas comuns; proveito de experiências de outros; informação fácil sobre interpretação de obrigações comuns; atenção à reciprocidade no cumprimento de obrigações internacionais.¹⁶

E, como condições para a ocorrência desse diálogo entre as cortes, o supramencionado autor enfatiza “[...] a autonomia do judiciário frente ao governo, a confiança no papel da argumentação e a percepção da identidade da missão do julgador, não obstante sua localização”¹⁷.

Não se pode negar que, na atualidade, o que se verifica com maior frequência é “[...] um entrecruzamento de problemas que exigem um diálogo constitucional no nível jurisdicional, sobretudo através do desenvolvimento de tribunais constitucionais ou cortes supremas”¹⁸.

Essa tese, para melhor aclarar, é defendida por Marcelo Neves:

¹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 92.

¹⁶ LUPI, André Lipp Pinto Basto. Jurisprudência brasileira e transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 124.

¹⁷ LUPI, André Lipp Pinto Basto. Jurisprudência brasileira e transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). **Direito e Transnacionalidade**. p. 124.

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 166-167.

O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direito fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a conversação constitucional é indispensável.¹⁹

Como se vê, esse diálogo está calcado numa conversação constitucional, num aprendizado e intercâmbio com as experiências de outros países a respeito de problemas comuns, especialmente no plano dos direitos fundamentais, aos quais os órgãos jurisdicionais são demandados a atuar nos casos concretos.

No âmbito brasileiro, esse fenômeno se verifica de forma cada vez mais crescente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que em decisões de grande relevância em matéria de direitos fundamentais vem invocando textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros, fomentando o debate e a discussão em torno desses temas à luz da experiência internacional.

Exemplo dessa atuação da Corte Constitucional se deu no caso de proibição de importação de pneumáticos usados pelo Estado brasileiro, objeto da ADPF 101, na qual foram utilizados posicionamentos firmados por ordens jurídicas distintas. No caso, estabeleceu-se intenso debate acerca de questões ambientais e atinentes à liberdade econômica²⁰.

Esse novo modelo de invocação e tratamento dos precedentes jurisprudenciais estrangeiros não só como *obiter dicta*, mas como elemento construtor da *ratio decidendi*, não deve servir apenas como argumento de retórica ou de expressão de bacharelismo. Como adverte Neves,

Fundamental é, portanto, que sejam ‘feitas as devidas adaptações’, para que não caiamos no velho rótulo das ‘ideias fora de lugar’, ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. [...] E daí pode decorrer um tipo de jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significado normativo é muito limitado.²¹

O transjudicialismo e o transconstitucionalismo não são passíveis de conduzir a uma unidade constitucional do sistema jurídico mundial. Contudo, “tem sido a única forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna”²².

Daí porque o tratamento multilateral de questões jurídicas entre diferentes países demanda uma conversação entre os distintos sistemas judiciais, de modo que as cortes desses Estados possam modular as diversas demandas que se apresentem de acordo com a nova ordem jurídica

¹⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 129.

²⁰ Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+101%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+101%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bqgb5qs>. Acesso em: 18 set. 2019.

²¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 182-183.

²² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 122.

transnacional proposta, contemplando os valores intrínsecos e extrínsecos das nações envolvidas sem alijá-las de suas soberanias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de um Estado Transnacional, como já dito anteriormente, não afasta a necessidade da coexistência do Estado Constitucional Moderno, ou seja, não há a substituição de um ente pelo outro. A nova realidade, porém, induz a necessidade de transferência de parte da soberania desses países e de uma forte conversação entre os modelos jurídicos destes, com relevante papel das cortes supremas na interpretação dessa nova roupagem jurídica.

É importante estabelecer a conexão entre a realidade transnacional, com suas complexas implicações políticas, jurídicas, sociais e ambientais, e o esgotamento do paradigma do Direito cunhado na liberdade como valor fundante. A partir de tal constatação propõe-se a necessidade de se instaurar um novo paradigma, que coexista com o primeiro, mas que não fique eclipsado por este, não bastando um mero aprimoramento do paradigma da liberdade, que se mostra insuficiente para regular as relações atuais.

Neste novo cenário que institutos jurídicos tradicionais como a propriedade e outros, estabelecidos sob o signo político da liberdade, precisam atravessar um processo de releitura, na realidade atual, desde uma perspectiva sustentável, que pressupõe sua relação com outros direitos emergentes nas sociedades complexas e seu posicionamento em um ambiente transnacional. A convivência de paradigmas, nesse sentido, pressupõe uma permanente revisão de institutos clássicos de modo lhes conferir uma aplicabilidade mais maleável ou dúctil e mais condizente com as exigências atuais.

Nesse viés, outras instituições também podem ser criadas para auxiliar nessa tarefa, até mesmo pela evidente necessidade de se estabelecer um espaço de diálogo o mais isento possível nessas demandas entre diferentes países. Isso não significa negar a importância de se repensar o Estado Constitucional Moderno e suas funções prioritárias no campo interno e externo.

Vale, portanto, diante da globalização e das suas consequências, pensar em alternativas que tragam um novo pensar acerca das soluções necessárias à resolução dos conflitos que estão surgindo, principalmente na seara dos direitos difusos, que, por essência, perpassam pelos limites territoriais dos Estados e atingem uma gama indefinida de pessoas, não encontrando respostas nos acordos e convenções internacionais regulados pelo direito internacional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. As crises dos direitos fundamentais os direitos fundamentais em tempos de crise. *In: DO VALLE, Juliano Keller et al (Orgs.) Direitos fundamentais, economia e estado: reflexões em tempo de crise.* 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e direito transnacionais. *In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.) Direito e Transnacionalidade.* Curitiba: Juruá, 2009.

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

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Jurisprudência brasileira e transnacionalidade: uma análise do transjudicialismo. *In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.) Direito e Transnacionalidade.* Curitiba: Juruá, 2009.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

SILVA, Karine de Souza. A consolidação da união europeia e do direito comunitário no contexto da transnacionalidade. *In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.) Direito e Transnacionalidade.* Curitiba: Juruá, 2009.

O PAPEL SUBSIDIÁRIO DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRANSNACIONAIS

Fabiano Bastos Garcia Teixeira¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo principal cotejar alguns elementos para que se possa iniciar uma necessária reflexão sobre o desenvolvimento do princípio da subsidiariedade no decorrer da história, seu evoluir a partir da doutrina da Igreja Católica, do dogma da fraternidade e do direito da solidariedade, até sua positivação nas cartas políticas hodiernas, e a sua concretização, em pleno vigor, pelo fenômeno da transnacionalidade.

O método de abordagem utilizado é o indutivo e o método de procedimento o descritivo, pautando-se a pesquisa no levantamento bibliográfico.

A concepção organicista tradicional é suplantada pelo individualismo da sociedade, resultando no “desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional”², ocorrendo uma inversão nas relações de poder, passando o cidadão a ser sujeito de direitos, e não mais, apenas, objeto de cumprimento de deveres frente ao Estado.

A partir daí, uma nova ideologia é formulada, de onde derivam os mais variados fenômenos categorizados pelos institutos jurídicos, traduzindo as novas relações de poder, evidenciadas por “incompatibilidades entre atores e unidades do Estado e da sociedade nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais”³.

O epicentro instrumental político passa a ser o homem (concepção retomada desde a Era Moderna), conquanto a pretensão contemporânea da estabilização de uma sociedade mundial é obnubilada pela dualidade entre o bonum communis e o summum bonum, o que abrange a finalidade da política e a finalidade da religião, respectivamente, e encontram variações conforme o sistema de crenças estabelecido em determinada sociedade⁴.

Na azáfama do universo político, emergiu no contexto europeu um modo de legitimação do poder estatal, como justificativa à substituição do depauperante Estado de Bem Estar Social, resgatado da doutrina da Igreja Católica, representado no princípio da subsidiariedade⁵.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. E-mail: fabiano.jus@hotmail.com.

² BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. São Paulo, SP: Paz e Terra, 1999, p.49.

³ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. São Paulo, SP: Paz e Terra, 1999, p.49.

⁴ DA SILVA, Nelson Lehmann. **A religião civil do Estado moderno**. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2016, p.75.

⁵ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.3.

Como destaque dos seus pressupostos, valoriza-se a livre iniciativa, a responsabilidade de indivíduos integrantes de grupos menores, a sociedade organizada a partir de baixo, renovando a crença na capacidade do poder descentralizado da Administração Pública, em seu atuar eminentemente supletivo, assumindo um papel regularizador, de fomento e estímulo ao progresso individual, enaltecendo a sociedade civil e da própria liberdade humana – representa o equilíbrio entre liberdade e autoridade, entre o Estado totalitário e o Estado mínimo.

No universo cosmopolita da diagnose de Kant, “o fundamento moral da transnacionalização do direito seria então a solidariedade”⁶, traduzida não apenas pelo rompimento de fronteiras geográficas, mas na promulgação do “direito das gentes”, o contubérnio global, a “Cosmópolis” em que “a violação do direito ocorrida num ponto da terra é sentida em todos os outros”⁷.

Neste sentido, rompem-se as barreiras do público/privado, ao tempo em que se estabelece uma amálgama advinda do cotejo entre a pujança do indivíduo sobre a comunidade e da supremacia do interesse público sobre o privado. Para além do plano apofântico, dimana-se uma relação de equilíbrio estável pela eugenia do fenômeno global.

Destaque-se que o relevante juízo assertório de que a Administração Pública é traduzida em sua finalidade elementar, não mais sustenta o arcaico sofisma da proeminência do interesse público em face do interesse privado. “Há uma reciprocidade entre os interesses particulares e os interesses públicos, devendo eles ser entendidos de forma conectada e ponderada quando surgida alguma necessidade fática de promover tal exercício”⁸.

O presente estudo compreende a circunspeção das questões diversas que envolvem o princípio da subsidiariedade, tido como um princípio eminentemente moral, tendo o papel de efetivar outros direitos, quanto o mais legitimado no consenso geral, o que “os jusnaturalistas teriam falado de consensus omnium gentium ou humani generis”⁹.

Assim, enfrenta-se o objetivo geral proposto para o artigo que, sem pretensão de tese, é investigar os diversos elementos e conceitos jungidos ao princípio da subsidiariedade, com categórica reminiscência ao dogma da fraternidade, à garantia universal da solidariedade e ao fenômeno da transnacionalidade, vias instrumentais de limitação do poder político, na vertente de dominação do homem sobre o homem, ao passo que urja sua legítima distribuição e autêntica representação, quando da realização prática da proteção efetiva do direito na sociedade, matizado pelo ideal de paz mundial.

⁶ GARCIA, Marcos Leite; HERRERA FLORES, Joaquín. «Direitos Fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar», in: **Direito e transnacionalidade**. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.), 1ª ed. (ano 2009), 2ª reimpr./Curitiba, PR: Juruá Ed., 2011, p.193.

⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 103.

⁸ BALDISSERA, Fábio Machado. **Releitura das prerrogativas administrativas na contratação pública**. Leme: Mundo Jurídico, 2017, p. 225.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.

1. ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS.

A concepção terminológica do princípio da subsidiariedade advém do latim *subsidium*, significando ajuda, socorro, estímulo ou encorajamento, representando para o Estado, um *subsidiarium officium*, que não se confunde com suplência ou substituição¹⁰. Entrementes, essa lógica jungida ao conceito literal é mais marcante na fase inicial do desenvolvimento da subsidiariedade.

Por sua vez, o enredo histórico da sociedade é marcado pelo desenvolvimento da liberdade, idealizada pela sociedade greco-romana, e da igualdade, conquistada na Era Cristã, tendo como consequência imediata destes a fraternidade, podendo ser figurada na solidariedade¹¹.

A busca da virtude, da abundância de bens materiais, da tutela dos direitos de todos os cidadãos era meta dos princípios da solidariedade humana e da cristã fraternidade, corolários do princípio da subsidiariedade em sua fase embrionária. O objetivo primevo era a ordem econômica e social, combatendo as ideologias coletivistas e os excessos do liberalismo. Assim, apenas uma ameaça aos valores mais preponderantes da sociedade, como a dignidade da pessoa humana, justificava a intervenção dos poderes públicos¹².

A concepção contemporânea do princípio da subsidiariedade volta-se para o processo de redimensionamento do Estado, ainda que organizado na versão supranacional, na reunião de Estados-Nacionais, com a indicação de parâmetros para uma distribuição de competências, o posicionamento de funções e deveres, seja de autoridades públicas ou não, destarte, com implicações na relação de prerrogativas e sujeições dos atores envolvidos.

Exemplificativamente, o Tratado da União Europeia (TUE) traz insculpido em seu preâmbulo a orientação para que as decisões nos Estados-Membros sejam tomadas ao nível local, em proximidade com os cidadãos, destacando o princípio da subsidiariedade como parâmetro a ser obedecido¹³.

Ainda, no TUE, é possível verificar a definição do princípio da subsidiariedade, em que a intervenção da União apenas se dará quando os objetivos não possam ser alcançados pelos Estados-

¹⁰ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**, p.16-17.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 92.

¹² TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**, p.28-29.

¹³ **Tratado da União Europeia**. “RESOLVIDOS a continuar o processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade(...)” Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em 15/07/2019.

Membros, por seus diversificados níveis de organização, ou quando as circunstâncias pontuais indicarem ser mais satisfatória e eficaz a ação da União¹⁴.

No Protocolo nº 16 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, estatuto de envergadura maior na proteção dos direitos fundamentais, verifica-se a previsão da função consultiva (não vinculativa), competência a ser exercida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, especialmente para reafirmar o desiderato do princípio da subsidiariedade, no mister de interatividade entre o órgão central e as unidades descentralizadas¹⁵.

No direito comunitário europeu o princípio da subsidiariedade possui status marcante como princípio fundamental, galgando explícita formulação jurídica. Registre-se, porém, que nesse cenário é imprescindível uma reflexão principiológica em torno dos postulados clássicos da legalidade, proporcionalidade, entre outros. O princípio da subsidiariedade atua como ponto de equilíbrio e delimitador, ao que tange a redução da possibilidade da “instituição de um super-Estado centralizado” e da “concentração de um excessivo poder da Comunidade Europeia em detrimento dos Estados-membros e dos próprios cidadãos”¹⁶.

No cenário político brasileiro, a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e outras providências, instituída pela Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019, traz previsão expressa em relação ao princípio da subsidiariedade, chegando a ser até redundante, quando destaca que a atuação do Estado deverá ser subsidiária, mínima e excepcional sobre o exercício das atividades econômicas¹⁷.

A participação política coletiva é mais evidente no modelo de descentralização do poder, marcado pela distribuição das competências entre os agentes da administração pública, que é a “coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal”¹⁸, assim como em todo sistema solidário. Com efeito, entende-se que o ente central, abdicando do exercício de seu poder, apenas deverá intervir nas hipóteses em que tal exercício represente ser mais conveniente, útil, necessário e eficiente para desenvolvimento do todo, da organização da estrutura administrativa em evidência.

¹⁴ **Tratado da União Europeia.** Artigo 5. 2.º “Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União”. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_2&format=PDF. Acesso em 15/07/2019.

¹⁵ **Convenção Europeia dos Direitos do Homem.** “Considerando que a extensão da competência do Tribunal para emitir pareceres consultivos irá reforçar ainda mais a interação entre o Tribunal e as autoridades nacionais, reforçando, assim, a aplicação da Convenção, em conformidade com o princípio da subsidiariedade” Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 15/07/2019.

¹⁶ TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**, p. 195.

¹⁷ BRASIL. **Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019.** “Art. 2º. São princípios que norteiam o disposto nesta Medida Provisória: (...) III - a intervenção subsidiária, mínima e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em 15/07/2019.

¹⁸ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010. xxix, p. 279.

Além de constituir, no plano interno, um critério preponderante de repartição de competências e distribuição de poder na organização do sistema político global, registre-se, por fim, que o princípio da subsidiariedade teve sua consagração internacional no Tratado de Maastricht, “que o fez assumir um caráter qualificado em lugar do conceito indeterminado que então era”¹⁹, tendo papel fundamental no processo de integração dos Estados autônomos, especialmente na nova ordem transnacional.

2. O PAPEL DA SOLIDARIEDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRANSNACIONAIS.

A concepção cristã da vida, que embasa a compreensão sobre solidariedade, segundo o qual todos os homens são provenientes de Deus e formados segundo sua imagem e semelhança, é questão premente no contexto hodierno e fulcral no debate sobre a dimensão dos conflitos e da perseguição de métodos de solução. Perfilha-se do entendimento de que “todas as grandes religiões tendem a ser integrativas, visando construir uma fraternidade universal, enquanto o moderno nacionalismo representa antes uma tendência a separar, excluir e confrontar”²⁰.

A representação do Estado Nacional, sua base de sustentação em intemerata soberania, delineada por uma irrefutável inflexibilidade, ou mesmo o modelo superado de Welfare State, revelam-se destinos insuficientes, diante das fulgurantes transformações sociais e o surgimento de novas demandas.

A caducidade de postulados clássicos insofismáveis, como o da legalidade estrita ou da tipicidade fechada, do modelo hegemônico do monismo jurídico, resulta de sua inaptidão ou ineficiência para disciplinar a realidade social contemporânea, em incessável mutação. Aristóteles já pressagiu, em sua obra clássica, a ideia de “que a obediência cega, à letra e ao texto da lei, não constitui o melhor governo. (...) A lei é irretorquível; a alma humana, em vez disso, está obrigatoriamente subordinada às paixões”²¹.

Considerada a lógica de superação do Estado na concepção clássica, o efeito consecutório esperado é a sua substituição, ao que se enfatiza a importância do cientificismo político para se conjecturar uma “organização política e jurídica, fundada em valores de justiça social, democracia real, participação, pluralismo, distribuição de riquezas e solidariedade humana”²².

Neste sentido, a devida implantação de técnicas de administração pública “se desenvolverá pela visão e habilidade dos administradores na formulação de meios de ajustar seus programas às exigências e aos ideais em conflito de seus públicos consumidores e de seus supervisores

¹⁹ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**, p.193.

²⁰ DA SILVA, Nelson Lehmann. **A religião civil do Estado moderno**. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2016, p.35-36.

²¹ ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo, SP: Martins Fontes, c1991.2, p.108.

²² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2002, p.33.

políticos”²³, materializando a “solidariedade, no mesmo diapasão de inspiração de novos direitos transnacionais, como é o caso do Direito Ambiental e da sustentabilidade”²⁴.

Para tanto, não se prescinde de uma racionalização do poder e de uma consensualidade geral para o estabelecimento da ordem de relevância dos bem jurídicos, dos mais aos menos indispensáveis. A solidariedade depende deste tirocínio, a fim de que a proteção dos direitos não sofra resistência em face de eventual antinomia reclamada. Paulo Márcio Cruz identifica com precisão a relativização da individualidade proclamada pelo Liberalismo:

Para Green, os seres humanos teriam limitada sua individualidade pelo interesse comum – o interesse de muitos suplanta o interesse de um ou de alguns – e isto constituiria a consciência coletiva de uma finalidade comum, defendendo que a fonte de soberania não residiria no Estado mas sim, no consenso moral da Sociedade²⁵.

Entrementes, considerada a procelosa missão de consolidar este paradigma necessário à efetivação dos direitos transnacionais, o rebuscamento ao supedâneo histórico nunca é despendendo. Em vista disto, se alhures a religião foi o substrato ideológico para a confirmação do monopólio sobre indivíduos, que se mantinham inermes quando deixados conduzir-se por suas crenças religiosas, o novo paradigma que se pretende ordenar poderá ser justificado por essa mesma lógica. Nelson Lehmann da Silva descortina o fenômeno por sua arguta percepção:

[...] as soluções sugeridas, conceptualizadas como hipotéticos contratos sociais, apenas serviram para confirmar um monopólio de poder sobre indivíduos e instituições, de tal modo que os governados tornavam-se politicamente impotentes e permaneciam justificados todos os poderes de fato existentes. [...] subjacente a todo conceito de Estado na tradição ocidental haja uma fundamentação religiosa²⁶.

Sob esta ótica, defensável seria a sacralização da solidariedade, a qual assume necessariamente uma função catalizadora dos direitos fundamentais transnacionais, efetivados a partir do consenso. A delimitação moral destes novos valores, que deverão se reafirmar no plano transcendental, acarretará a fusão entre o bem comum e o bem supremo, simplificando e viabilizando o que se tentaria (inexitosamente) alcançar de modo hercúleo por intermédio da regulação e intervenção do direito.

No entanto, a formulação do direito transnacional a partir da observação dos novos conflitos além-fronteiras, esteado na perspectiva meramente funcional, enquanto arbítrio racionalizado, esbarra na moralidade ainda vigente e não contestada pela gênese de qualquer outra base. Recalcitrará a resistência!

²³ FESLER, James William. **Elementos de administração pública**. São Paulo: Atlas, 1968. p.72.

²⁴ CRUZ, Paulo Márcio.; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Edição eletrônica. Itajaí, SC, 2012, p. 164. Disponível em: <<http://Siaibib01.univali.br/pdf/Globaliza%C3%A7%C3%A3o,%20transnacionalidade%20e%20sustentabilidade.pdf>>. Acesso em: 02/07/2019.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2002, p.120.

²⁶ DA SILVA, Nelson Lehmann. **A religião civil do Estado moderno**. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2016, p.57.

Inobstante a formulação de outros sistemas políticos para contrapor ao Liberalismo, de base individualista, o insucesso da empreitada é devido a persistência na lógica da dominação. Afinal, trata-se de uma mesma base axiológica, um mesmo substrato de moralidade, assumindo apenas uma versão antagônica, de maior ou menor intensidade.

Outra crítica elementar é que o Direito se desenvolve a partir da realidade fática, que está em constante e avassaladora readaptação, em razão do aperfeiçoamento da técnica, razão pela qual a obsolescência dos dogmas positivados é tão perniciosa, mormente quando se estão em causa os direitos de tamanha envergadura para a humanidade, como os direitos transnacionais, que em sua imensa maioria, referem-se como condição de existência daquela.

Nisto, portanto, consiste a “paradoxia da auto-suficiência normativa das normas jurídico-constitucionais”²⁷, cuja efemeridade dos seus efeitos se replica de modo assombroso. Em vista disto, não raro se evidencia equipamentos jurisdicionais soterrados por enxurradas de ações visando a pacificação dos conflitos de princípios jurídicos dominantes, diante da inexpugnável disputa pelo reconhecimento da supremacia do grau absoluto. Este fator “volume” é condição por si só determinante para a inefetividade dos direitos.

Até mesmo o meio-ambiente, tido incontestavelmente como um bem jurídico de ordem universal e patrimônio de toda a humanidade, é institucionalizado e submetido a conflitos jurídicos mais diversos, de ordem transnacional, inclusive. Mais uma vez, o indivíduo, não desejando suportar diminuição na sua esfera de patrimônio pessoal, recorre aos institutos judiciais para perenizar a contenda. Mais uma vez a resistência é submetida ao crivo do Direito, que se pauta em uma lógica “carnelutiana” incompatível com a atualidade.

No direito transnacional não deverá prevalecer a lógica processual da pretensão resistida. Por intermédio do consenso, não haverá partes opostas, pois o reforço da solidariedade convence sobre a relação ganha-ganha. Ou seja, quando o direito que se pretende tutelar for sacramentado à unanimidade, não se prescindirá de sua tutela em favor de qualquer outro instituto jurídico de inferior magnitude.

Anote-se que o direito de propriedade foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 como “direito inviolável e sagrado”²⁸, excepcionalizado apenas na possibilidade de prévia indenização. Trata-se de uma relação ganha-ganha, sob a ótica individual. Com o amparo desta lógica que permanece hígida até os dias atuais, estabelece-se contendas intermináveis, envolvendo o bem patrimonial singular e o bem-jurídico universal ambiental, o que deveria ser inconcebível, não fosse o substrato moral em que estabelecido aquele direito.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes, 1941- - **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 127.

²⁸ **DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**. Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 05/07/2019.

Com efeito, espera-se das regras mais do que o viés de autoridade, mas, sobretudo, a função de eliminar a controvérsia, incertezas, arbitrariedades, proporcionar segurança, paz e igualdade, evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento, não sendo normas de segunda categoria, embora se proponha tal contexto na realidade da “exaltação dos princípios”²⁹. Ambas espécies normativas são distintas, porém complementares, não se concebendo uma sem a outra, mas indispensáveis os “critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação”³⁰.

Imperioso ressaltar a relevância marcante dos princípios para o ordenamento jurídico, haja vista a elevada transparência de seu conteúdo axiológico, sendo que “sua relação à ideia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial”³¹. Logo, a força axiológica dos princípios evolui de uma “tradição de positivação detalhada e de decisões judiciais”³², sendo desnecessária, inclusive, sua explicitação.

A mensuração do conteúdo axiológico do princípio pelo interprete não é atividade arbitrária, que não é “livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem”³³. Há, antes de mais nada, uma *reconstrução*, tendo como base que a realização dos fins é estabelecida pelo ordenamento jurídico, assim como a “preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores”³⁴.

A percepção aristotélica do homem como parte do todo, possuindo, assim, um papel fundamental nos assuntos do Estado, é reafirmada por Ruy Cirne Lima, tecendo que a utilidade pública inspira todo o Direito, representando o conjunto das condições indispensáveis ao bem comum, sendo que o homem, integrando a sociedade, “enquanto parte do todo”, é interessado na conservação deste³⁵.

Em que pese o utopismo desta alentada premissa, doutrinariamente infirmada sob a perspectiva histórica, faz-se necessário sua retomada, agora sob o contexto do fenômeno da transnacionalidade, a se focar na “transformação de uma ordem de valores, derivada da religião, em ideologias institucionalizadas, relacionadas invariavelmente com o Estado”³⁶.

Nesta tomada contemporânea, já se pode contar com ferramentas eficazes e pertinentes, derivadas ou em conexão com o fenômeno da transnacionalidade. O transjudicialismo é um exemplo oportuno. Sustenta-se a relevância da interatividade das ordens jurídicas nacional e internacional, assim como o papel dos tribunais nacionais, para efeito de fonte do direito internacional, na mirada em que se considera a estrutura descentralizada e com ênfase “horizontal”

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 121-122.

³⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 129.

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, SP: Malheiros, 2008, p.109.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p.109.

³³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37.

³⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14.ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 37-38.

³⁵ LIMA, Ruy Cirne,. **Sistema de direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Santa Maria, 1953, p.44-45.

³⁶ DA SILVA, Nelson Lehmann. **A religião civil do Estado moderno**. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2016, p.130.

do ordenamento jurídico internacional. Logo, a jurisprudência dos órgãos judiciais internos pode “em muito facilitar a operação do próprio direito internacional (em âmbito nacional)”³⁷.

Por sua vez, especialmente no contexto do ordenamento jurídico da União Europeia, as autarquias locais tem o papel importante de internalizar o direito da União, sendo campo de excelência de operacionalização do princípio da cooperação leal e do fenômeno *cross-fertilization*, ressaltando-se que o direito da União Europeia funciona melhor de forma espontânea, consentida, ou seja, quando não é imposto, “mas quando é realojado dentro do direito nacional”.³⁸

Neste sentido, não há uma concepção dogmática estanque, nem uma obediência cega a modelos de condutas ou rigorismos conceituais, conquanto seja aconselhável a observação atenta aos fenômenos da pós-modernidade, delineados por um tom de alto grau de dinamicidade³⁹, de modo a confirmar as respostas prognosticadas com base nas referências históricas.

A prossecução pela paz mundial é, basicamente, dependente da estabilização dos conflitos, que será alcançada na medida em que possível admitir pacificamente a multiplicidade da verdade, e, conseqüentemente, a existência de inúmeras possibilidades. Bobbio faz destaque, ainda, quanto à necessidade de tolerância como algo ínsito à verdade: “(...) a verdade não é una. A verdade tem muitas faces. Vivemos não num universo, mas num multiverso. Num multiverso, a tolerância não é apenas um método de convivência, não é apenas um dever moral, mas uma necessidade inerente à própria natureza da verdade”⁴⁰.

A ideia da transnacionalidade repousa, pois, na busca da reconciliação dos opostos. Para tanto, a cooperação e a solidariedade são princípios político-jurídicos estruturantes de uma nova ordem global, tendo como marco referencial ético o equilíbrio da tolerância e a sacralização do consenso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do princípio da subsidiariedade revela a superação da concepção filantrópica, substitutiva ou de suplência da figura do Estado em face dos administrados, dando início a uma reflexão profunda sobre a polarização flexível ou relativizada do poder, especialmente no cenário transnacional.

Desde sua origem, na doutrina da Igreja Católica, até sua materialização nos ordenamentos jurídicos, especialmente na União Europeia, considerada a expressiva explicitação normativa, o

³⁷ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2.ed. rev. e atual. Brasília: FUNAG, 2017, p. 91-92.

³⁸ PEREZ, Sophie. «Administração Pública», in: **Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União**. SILVEIRA, Alessandra/CANOTILHO, Mariana/FROUFE, Pedro Madeira (Coord.), Coimbra: Almedina, 2016, p. 104. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/54831>>. Acesso em 02/01/2019.

³⁹ BALDISSERA, Fábio Machado. **Releitura das prerrogativas administrativas na contratação pública**, p. 176.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 209-210.

princípio da subsidiariedade, impactando as relações do poder político, passa a se constituir em uma ferramenta eficaz de transformação social e na redução de desigualdades, dando legitimidade a uma autêntica estrutura de organização administrativa, pautada na primazia dos valores ínsitos à proteção de direitos da pessoa humana. No sentido proposto, “a lógica subsidiária não deverá significar risco de retrocesso a propostas liberais clássicas, de notáveis lacunas em relação aos direitos sociais e, conseqüentemente, às garantias constitucionais fundamentais”⁴¹.

O esforço de transição do Estado Constitucional Moderno para o Estado Transnacional deverá resultar em um “padrão de Justiça Material”⁴², prestigiador da efetividade, ou seja de “realização e proteção efectiva dos bens e interesses básicos da pessoa humana, ao nível da existência, da autonomia e do poder”⁴³, que possa ser invocado em um contexto global de proteção à garantia primordial em causa, que, neste caso, atinge ineludivelmente a esfera da propriedade do indivíduo e do próprio Estado, singularmente considerado.

Trata-se da primazia da sociedade, em que a revolução das comunicações aflorou o despertar da consciência, da globalização e sobre a pluralidade de interesses, que “transcendem o indivíduo e o Estado”⁴⁴, sendo o pressuposto elementar da eficiência, um báculo a ser perseguido não apenas pela Administração Pública, isoladamente considerada, mas pelo somatório de atores, desde o indivíduo às organizações internacionais, envolvendo todas as entidades que compõe o complexo ecossistema mundial.

Tem-se, portanto, como fundamental, a erradicação peremptória das intolerâncias extremadas e a sacralização de uma nova convicção moral universal, quanto à indispensabilidade do diálogo e do consenso, orientados pela virtude individual e pelo ideal de solidariedade, para que se possa ter como defensável um direito transnacional estável.

A solidariedade, como ponto de equilíbrio entre liberdade e igualdade, celebra a convicção moral de que o bem comum não poderá ser alcançado enquanto houver conflito entre os direitos. Logo, estabelece-se, de primeira plana, como mister impostergável, a comunhão de esforços na identificação do caminho a percorrer, que reduza os sacrifícios em seu grau máximo. Neste cenário, a relação de poder é invertida, passando da forma de dominação, para a de contribuição, cabendo a cada ator envolvido “aprender as mudanças e descobrir as soluções indispensáveis”⁴⁵.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

⁴¹ GIACOBBO, Guilherme Estima/HERMANY, Ricardo. « A cidadania municipal a partir da Carta Europeia de Autonomia Local e do princípio da subsidiariedade », in: **UNIO E-book Volume I - Workshops CEDU 2016**. SILVEIRA, Alessandra (Coord.), Universidade do Minho. Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU), 2017, p. 86. Disponível em: <<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%201%20-%202016.pdf>>. Acesso em 02/01/2019.

⁴² GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial**. 4ª ed., rev. e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011, Vol.1, p.742.

⁴³ ALEXANDRINO, José Melo - **O discurso dos direitos**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 360.

⁴⁴ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**, p. 61.

⁴⁵ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.110.

ALEXANDRINO, José Melo - **O discurso dos direitos**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 360.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo, SP: Martins Fontes, c1991.2.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 14. ed. São Paulo: Malheiros.

BALDISSERA, Fábio Machado. **Releitura das prerrogativas administrativas na contratação pública**. Leme: Mundo Jurídico, 2017.

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019**, Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm. Acesso em 15/07/2019.

CAETANO, Marcello. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1977.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 127.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Edição eletrônica. Itajaí, SC, 2012. Disponível em: <http://Siaibib01.univali.br/pdf/Globaliza%C3%A7%C3%A3o,%20transnacionalidade%20e%20sustentabilidade.pdf>. Acesso em: 02/04/2019.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2002.

DA SILVA, Nelson Lehmann. **A religião civil do Estado moderno**. 2. ed. Campinas: Vide Editorial, 2016, p.22.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 05/07/2019.

FESLER, James William. **Elementos de administração pública**. São Paulo: Atlas, 1968.

GARCIA, Marcos Leite; HERRERA FLORES, Joaquín. «Direitos Fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar», in: **Direito e transnacionalidade**. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.), 1ª ed. (ano 2009), 2ª reimpr./Curitiba, PR: Juruá Ed., 2011.

GIACOBBO, Guilherme Estima/HERMANY, Ricardo. «A cidadania municipal a partir da Carta Europeia de Autonomia Local e do princípio da subsidiariedade», in: **UNIO E-book Volume I - Workshops CEDU 2016**. SILVEIRA, Alessandra (Coord.), Universidade do Minho. Centro de Estudos em Direito

da União Europeia (CEDU), 2017. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/E-book%20-%20Vol.%201%20-%202016.pdf>. Acesso em 02/01/2019.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**: introdução, parte geral, parte especial. 4. ed., rev. e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011, Vol.1.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Sistema de direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Santa Maria, 1953.

PEREZ, Sophie. «Administração Pública», in: **Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União**. SILVEIRA, Alessandra/CANOTILHO, Mariana/FROUFE, Pedro Madeira (Coord.), Coimbra: Almedina, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/54831>. Acesso em 02/01/2019.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 14. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; FUNDAÇÃO ALEXANDRE DE GUSMÃO. **Princípios do direito internacional contemporâneo**. 2.ed. rev. e atual. Brasília: FUNAG, 2017.

O PAPEL DO ESTADO EM MEIO A GLOBALIZAÇÃO TRANSNACIONAL PARA A MANUTENÇÃO DO ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL

Juliana da Motta Bergler Barreto¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto tecer observações a respeito da função do Estado, abordando a questão da globalização e da transnacionalidade e o papel do Ente para proporcionar e manter o Estado de Bem Estar Social.

Para tanto, o artigo está dividido em três itens.

No primeiro capítulo será tratando sobre o Estado, apresentando algumas definições e funções precípuas.

No que tange ao segundo item, aborda a respeito da Globalização Transnacional.

Já o terceiro item retrata o papel do Estado na manutenção do Bem Estar Social.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados no artigo científico, seguidos das referências bibliográficas de obras consultadas.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação² foi utilizado o Método Indutivo³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁴, e, o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica indutiva.

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, por meio do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares - PROSUP/CAPES, com dupla titulação com a Universidade do Minho, Braga - Portugal. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Associação dos Magistrados do Trabalho da 12ª Região – AMATRA 12. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Luiz Flávio Gomes - LFG. Endereço eletrônico: julianamotta@edu.univali.br

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

1. DO ESTADO

Com o advento das organizações sociais e início das civilizações, tornou-se imperioso a criação de um Estado Social, no qual são exercidas pelo Poder Público funções com a finalidade de melhor controlar e administrar a complexidade da vida social.

O Estado monopoliza diversas funções de organização pública, como função administrativa, legislativa, judicial e função de governo, sendo que qualquer um dos poderes exerce, em certa medida, as funções orgânicas definidas.

A existência do governo caminha junto da idéia de progresso, sendo que, nesta toada, Gonçalves aponta que “vale a pena percorrer o argumento central do texto, que discute a idéia de progresso ao longo da história da humanidade e culmina com o papel da governança como elemento fundamental nessa trajetória.”⁹

O Estado há muito foi investido da condição de titular da organização da vida em sociedade, mantendo a liberdade dentro de condições estabelecidas por cada grupo, sendo que, cada país, cada estado, cada cidade, podem especificar suas condições de vida e como o ordenamento legal pode definir suas limitações.

Desta maneira, o Estado interfere em diversos aspectos, desde o direito à vida, processo educacional, crenças, religião, condições de saúde e habitação, entre diversos outros, inclusive estabelecendo valores morais e éticos, levando em conta a cultura, tradição, caráter, anseios do grupo a que pertence.

Para Aristóteles “Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe a maior vantagem possível.”¹⁰

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

⁹ GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 17.

¹⁰ ARISTÓTELES. A política. São Paulo, SP: Martins Fontes. – ebook. p. 10.

As definições estabelecidas pelo Estado devem refletir o conjunto da construção histórica de um povo, que se torna vulnerável de seus hierarquicamente superiores, confiando que o Estado é competente para definir a noção de Bem Comum e as ações dirigidas em favor de seus dependentes.

A interferência do Estado na vida social respeita a liberdade e busca atender às legítimas aspirações da Sociedade onde está estabelecido.

Sobre a perda da liberdade dos particulares, em detrimento das definições comuns impostas pelo Estado, Cruz destaca:

A liberdade foi perdendo espaço, enquanto paradigma, desde a implantação o Estado Social de Direito, maior legado da disputa capitalismo versus comunismo, protagonizada durante a guerra fria. Mas o auge desse processo de relativização da liberdade foi o avanço da questão ambiental, fermentado pelos novos cenários transnacionais típicos da sociedade de risco.¹¹

A participação maior do Estado na vida da Sociedade, historicamente, evoluiu de uma fase de tolerância crescente até a de exigência da participação, de modo que, hoje, são poucos os que admitem um comportamento omissivo do Estado frente ao encaminhamento e à solução dos grandes problemas sociais.

O Estado é, assim, redutível a uma das instituições do grande complexo que é o corpo político e, nesta condição, é seu papel especializar-se e dedicar-se aos assuntos pertinentes ao Bem Comum do corpo político ou Interesse Coletivo.

Compete ao estado definir os direitos, vedações e permissões de seus governados, inclusive impondo delimitações para comportamentos e até mesmo a respeito do uso do bem comum, como da natureza, por exemplo.

Neste sentido é que Veiga reforça que “do ponto de vista ético, as responsabilidades nacionais deveriam ser proporcionais às emissões decorrentes do consumo da população de cada país, combinadas às suas diferentes capacidades de inovação tecnológicas para a transição a uma economia de baixo carbono”.¹²

Indicando que o Estado se transformou na principal manifestação da Sociedade organizada, Myrdal define como sendo “estrutura de controle de quase todas as interferências exercidas por outras instituições e outros grupos de Poder dentro de um país”.¹³

Portanto, o papel do Estado é de regulador e incentivador do desenvolvimento, atuando, fortemente, para oferecer serviço adequado à população com serviços essenciais e estruturais em todos os sentidos.

¹¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012 – ebook. p. 40.

¹² VEIGA, Jaime Eli. **A Desgovernança Mundial da Sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013, p. 61.

¹³ MYRDAL, Gunnar. **Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas**. Tradução de N. Palhano. 3. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1972. p. 73.

2. GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE

A globalização reflete um processo histórico, de expansão política, social e cultural, é um processo que vem ocorrendo ao longo da história. Inicia nos séculos XV, na época das grandes navegações e hoje se intensifica cada vez mais.

No plano empírico há uma mistura de povos, raças, culturas, gostos, em todos os continentes, de filosofias. A produção de uma população aglomerada em áreas cada vez menores, permite ainda maior dinamismo àquela mistura entre pessoas e filosofias.

Já no plano teórico, há a possibilidade de produção de um novo discurso. Esse novo discurso ganha relevância pelo fato de que, pela primeira vez na história do homem, se pode constatar a existência de uma universalidade, que deixa de ser apenas uma elaboração abstrata na mente dos filósofos para resultar da experiência ordinária de cada homem.

Destacando sua importância, Santos pondera que “a idéia de uma cultura global, é, claramente um dos principais projectos da modernidade”.¹⁴

Existem múltiplas definições de globalização sendo possível se delimitar como sendo a maneira como se percebe o mundo por meio de redes de informações e influências, mesmo existindo interdependência em distancias multicontinentais.

Diante da tecnologia e da acessibilidade à informação, na atualidade não existem informações isoladas, pois informações, notícias e dados são rapidamente divulgados em mídias de internet, e as fronteiras foram reduzidas.

Sobre a redução da influência da geografia na globalização, Santos contempla que:

As telecomunicações são cada vez mais a infraestrutura física de um tempo-espaço emergente: o tempo-espaço electrónico, o ciber-espaço ou o tempo-espaço instantâneo. Este novo tempo-espaço tornar-se-á gradualmente o tempo-espaço dos poderes globais. Através das redes metropolitanas e dos cibernódulos, esta forma de poder é exercida global e instantaneamente, afastando, ainda mais, a velha geografia do poder centrada em torno do Estado e do seu tempo-espaço.¹⁵

Entretanto, a globalização não implica dizer que todos tenham acesso aos meios de comunicação sendo inclusive uma constatação que o aumento tecnológico marca desigualdades sociais entre países pobres e ricos.

A seu turno, Gonçalves aponta que a “globalidade ou globalização”, pode ser definida como “processos, em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas

¹⁴ SANTOS. Boaventura de Souza dos. **A Globalização e as ciências sociais**. 2a ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 47

¹⁵ SANTOS. Boaventura de Souza dos. **A Globalização e as ciências sociais**. 2a ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 41.

redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais”.¹⁶

Acerca da globalização e transnacionalidade, ensina Soares¹⁷:

A globalização transforma o mundo inteiro em uma grande aldeia global, segundo McLuhan¹⁸. Suprime-se (no caso a Internet) ou pelo menos reduz-se (meios de transportes como aviões) a distância entre as pessoas. A informação lançada no Brasil é instantaneamente recebida em toda a parte do globo. Adjunto ao fenômeno da globalização surge a idéia de Transnacionalidade, que seriam aqueles efeitos que transcendem os limites nacionais, sendo capazes de interferir direta ou indiretamente na vida de pessoas de todas as partes do globo. Como exemplos estão as questões ambientais, cujos efeitos não se limitam ao local onde ocorreu determinado evento, ou econômicas, que repercutem drasticamente em um mercado mundial.

Junta da globalização se tem as situações envolvendo a transnacionalidade, que ao ver de Jessup “podem envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estado, ou outros grupos”.¹⁸

Em vista de não se ter um conceito único de transnacionalidade “resta muito a fazer para despertar um interesse e criar uma compreensão da natureza e importância dos problemas transnacionais até que bastante ação seja empreendida por sua solução”.¹⁹

Cruz reforça sobre a globalização como a quebra de barreiras e busca por melhorias no aspecto do interesse geral da população, pontuando:

A mundialização e a progressiva interdependência das relações estão configurando, de fato, a formação de um novo âmbito de interesse geral, que se situa em fronteiras transnacionais e que, agora, começam a se concretizar de maneira muito intensa na defesa dos direitos humanos. Só será viável a universalidade dos direitos humanos a partir da superação dos limites estatais modernos da Democracia.²⁰

No que tange à sociedade civil global, Gonçalves aduz que “ela consiste em “grupos, indivíduos e instituições que são independentes dos Estados e das fronteiras estatais, mas que estão, ao mesmo tempo, preocupados com os assuntos públicos.”²¹

¹⁶ GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 33.

¹⁷ Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20DIREITO%20GLOBAL%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA.pdf> Acesso em 20/11/2019. Artigo científico de SOARES, J.S. Globalização, Pós-modernidade e Transnacionalidade: Questões Existenciais e Jurídicas. *Direito Global – Transnacionalidade e Globalização Jurídica*. Itajaí – Univali, 2013, p. 91.

¹⁸ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Traduzida de: TRANSNACIONAL LAW. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura S/A, 1965, p. 13.

¹⁹ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Traduzida de: TRANSNACIONAL LAW. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura S/A, 1965, p. 89.

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012 – ebook. p. 47.

²¹ GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 63

Sobre a atuação do Estado no tocante à liberdade de seus jurisdicionados com relação aos cenários da globalização e da transnacionalidade, Cruz destaca:

Em função da emergência de novos cenários globalizados e transnacionais e do esgotamento da liberdade, enquanto paradigma do direito da modernidade é clara a necessidade de se discutir o estabelecimento de alguns elementos científicos e teóricos sobre a necessidade de se considerar o surgimento de um novo paradigma para o Direito. Na era pós-moderna, é provável que a sustentabilidade se consolide como o novo paradigma indutor do Direito, coabitando com a liberdade, pois, além da sua vocação para ser aplicado em escala planetária, apresenta destacada flexibilidade e operacionalidade para comportar a dialética das várias forças sociais, articulando numa via discursiva harmonizadora os mais diversos valores e interesses legítimos.²²

Sobre o alcance global das ações das relações humanas, Kamphors afirma como sendo ações transnacionais:

As relações humanas perpassam esses valores na órbita de sua abrangência, o que denota também o alcance global de suas ações, interagindo entre nações, pessoas, informações que estabelecem a necessidade de que o agir econômico também seja uma ação transnacional com respeito à ética, a constituir o reconhecimento ao patrimônio mínimo comum, delineado pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais de forma absoluta.²³

A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e está ligada fortemente à concepção do transpasse estatal. A globalização remete à idéia de conjunto, um mundo sintetizado como único, sendo que a transnacionalização está atida à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em decadência.

3. O PAPEL DO ESTADO NO BEM ESTAR SOCIAL

Como visto, o Estado é o instrumento que busca a obtenção do Bem Comum, ente legítimo e competente como aquele capaz de se organizar de forma econômica, cultural, tecnológica, e em tantos outros aspectos para viabilizar o avanço das populações, e melhoria, o crescimento, as garantias.

O Estado também se submete a um ordenamento jurídico próprio que define sua estrutura, funcionamento e abrangência sendo que na medida em que as sociedades e organizações vão aumentando, surgem suas múltiplas complexidades, desde estrutura habitacional, mudanças demográficas, necessidades sanitárias, educacionais, habitacionais, econômicas, culturais, ambientais, competindo ao Estado a manutenção destas garantias.

Destarte, tem-se como fundamental a existência continuada do Estado, como instrumento em favor do Bem Comum ou do Bem do Interesse Coletivo.

²² CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012 – ebook, p. 39.

²³ KAMPHORS, Marlon André. **Uma introdução aos Direitos Humanos e fundamentais no plano transnacional**. Transnacionalismo, globalização e direitos humanos. Organizador Jacopo Paffarini, Luis Rosenfield, Márcio Ricardo Staffen; coordenador Maurizio Oliviero; Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 87.

Nesta toada, Gonçalves assevera:

Buscar a chamada “boa governança” significa agora colocar-se em sintonia com tais princípios. Embora se buscasse dar à expressão uma conotação neutra, ela acabava por “influenciar os processos de tomada de decisão políticos e administrativos, bem como o funcionamento da ação governamental e o processo de elaboração de políticas públicas, assim afetando as relações de poder entre os Estados-nação.”²⁴

O mesmo autor ainda complementa que a Governança Ambiental Global é uma estratégia para a solução dos problemas e que “assume, portanto, o caráter de meio e processo à disposição para o enfrentamento dessas questões. Trabalha com base na busca do consenso e da cooperação, articulando os diferentes atores envolvidos”.²⁵

Hespanha destaca a incerteza do futuro em razão da modernidade nos padrões das sociedades contemporâneas, afirmando:

A teoria social tem vindo a dar conta de que as novas formas de que se reveste o político e o social nas sociedades contemporâneas dificilmente se enquadram nos padrões da modernidade. [...], mas na base de todas elas está reconhecimento de que a incerteza, o paradoxo e o risco marcam o futuro das nossas sociedades. Esta passagem de um período de certezas e de crises, que podem ser controladas, para um período de crise profunda de natureza civilizatória, ao mesmo tempo acompanhada de uma – criatividade social e política radicalmente nova – constituiria, segundo alguns autores, o cerne de uma verdadeira transição paradigmática que já está em curso.²⁶

Assim, sobre o sentido e definição de Bem Estar Comum, ele depende de valores e costumes de um grupo sobre a maneira sob qual será governado pelo Estado, formando o patrimônio social e cultural de qualidade e aprovação.

Os diversos eventos que ocorrem em um determinado país afetam sobremaneira o mundo todo, não podendo, assim, um único Estado decidir como regulamentar algo que afete as demais nações.

Acerca desse tema, pondera Soares²⁷:

Não se pode mais pensar nenhum fato como um dado isolado, como se impactasse apenas a região onde foi realizado. Um acontecimento no interior de um país pode causar efeitos e mudar legislações no mundo inteiro. Um exemplo marcante e o acidente que ocorreu na boate Kiss no interior do estado do Rio Grande do Sul, no Brasil. O incêndio na boate que causou a morte de mais de 230 pessoas deu

²⁴ GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 25.

²⁵ GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 108.

²⁶ HESPANHA, Pedro. **Mal-estar e risco social num mundo globalizado: Novos problemas e novos desafios para a teoria social**. SANTOS, Boaventura Sousa (Org.). Globalização: fatalidade ou utopia? Porto: Edições Afrontamento, 2005, p. 165.

²⁷ SOARES, J.S. Globalização, Pós-modernidade e Transnacionalidade: Questões Existenciais e Jurídicas. Direito Global – Transnacionalidade e Globalização Jurídica. Itajaí – Univali, 2013, p. 97. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20DIREITO%20GLOBAL%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA.pdf> Acesso em 20/11/2019.

origem a iniciativas de mudanças nas legislações por todo o país e também no exterior para que as medidas de segurança nos clubes noturnos e outros tipos de instalações sejam mais rígidas.

Com o fenômeno da transnacionalidade, a qual alguns autores afirmam que advém da dita “globalização”, o Estado de Bem Estar Social deve se preocupar não só o interesse pessoal, mas também com objetivos e empenhos de atuação humana vigente transnacionalmente, combinado com valores morais e a efetivação desses direitos pertencentes a toda humanidade.

Sobre uma das raízes da transnacionalidade, é o entendimento de Guimarães²⁸:

Numa palavra, é possível ver a transnacionalidade (na sua vertente política, econômica e jurídica) como decorrência inarredável do fenômeno da globalização – ou das globalizações, como quer Sousa Santos; no entanto, diferentemente da supranacionalidade, elege espaços para o tráfego das questões comuns dos Estados, onde o diálogo é democrático e consensual.²⁹

Kamphors, acerca dos direitos humanos e fundamentais em nível transnacional, destaca:

[...] a importância de uma reflexão sobre os direitos humanos e fundamentais em nível transnacional está em estabelecer o comportamento humano voltado para a ética na busca de uma relação abrangente, isto é, não só o interesse pessoal, mas que garanta que outros objetivos e interesses possam ser considerados e levados em conta no momento da decisão, a estabelecer um padrão de atuação humana vigente transnacionalmente, e condizente com os valores morais e a efetivação desses direitos pertencentes a toda humanidade.³⁰

Para sua atuação, o Estado deve levar em conta o cenário transnacional da atualidade, que é caracterizado por um complexo emaranhado de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, no qual insurgem novos atores, interesses e conflitos, os quais demandam respostas ativas do Direito.

Pontua Bobbio que: “Esta é a característica do Estado Democrático: indivíduo e Estado não estão mais armados um contra o outro, mas se identificam na mesma vontade geral, é a vontade de todos que comanda cada um”.³¹

Na definição de Gonçalves tem-se que:

[...] a nova perspectiva assumida pelo conceito de boa governança há a preocupação de reabilitar o Estado, ao qual são dadas responsabilidade sociais e econômicas centrais, além da promoção dos

²⁸ GUIMARÃES, I.S. Globalização, Transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade – Belo Horizonte - MG. v. 12, n. 21, p. 20, jul./dez., 2013, Revista jurídica de jure. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/9299fe61a389298d39d1aa47e2c50eda.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

²⁹ Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/9299fe61a389298d39d1aa47e2c50eda.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019. GUIMARÃES, I.S. Globalização, Transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade – Belo Horizonte - MG. v. 12, n. 21, p. 20, jul./dez., 2013, Revista jurídica de jure.

³⁰ KAMPHORS, Marlon André. **Uma introdução aos Direitos Humanos e fundamentais no plano transnacional**. Transnacionalismo, globalização e direitos humanos. Organizador Jacopo Paffarini, Luis Rosenfield, Márcio Ricardo Staffen; coordenador Maurizio Oliviero; Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2015. p. 87.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Diário de um Século**, Autobiografia. Org. Alberto Pappuzi. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998, p. 123.

direitos humanos, da democracia e do estado de direito, vistos como requisitos de uma economia de mercado moderno e um Estado bem-administrado.³²

A intervenção do Estado no sistema econômico e cultural de uma nação, visando seu Bem Estar, reflete em lideranças com atenção a compreender o ser humano e a vida, os valores, as crenças, as relações, e formalização de todos os aspectos que compreendem estas relações humanas.

Desta forma, tem-se que uma das principais finalidades do Estado Contemporâneo é seu compromisso com o Bem Comum, de todas as nações, que compreende além da satisfação das necessidades materiais, culturais, sociais, mas também a dimensão do respeito aos valores fundamentais da pessoa humana e a sustentação e respeito do Interesse Comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se notar as inflexões proferidas na década de 50 do século passado na realidade era o início do fenômeno da globalização. O Direito Transnacional seria apenas uma fonte de normas com que se guiariam para além das fronteiras nacionais.

Hoje em dia, o Estado Constitucional Moderno não consegue mais dar respostas suficientes e consistentes para a sociedade diante da complexidade das demandas transnacionais que aumentam cada vez mais. O Direito Transnacional é visto como um novo paradigma social, representativo de um contexto socioeconômico no qual as fronteiras estatais já não representam limites à comunicação entre diversas sociedades. É necessário que todo o nosso sistema jurídico se nos adapte as novas conjunturas mundiais.

Em razão de todos estes fatores é que se depreende que um Estado voltado ao Bem-Estar Social de seus governados vem cada vez ganhando força local e global, na medida que respeita o conceito de cidadania e liberdade de seu povo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **Diário de um Século**. Autobiografia. Org. Alberto Pappuzi. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998. Título original: Autobiografia.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012 – ebook.

GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011.

³² GONÇALVES, Alcindo. COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança global e regimes internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 26.

HESPANHA, Pedro. **Mal-estar e risco social num mundo globalizado: Novos problemas e novos desafios para a teoria social**. Organizado por Boaventura Sousa Santos *In* Globalização: fatalidade ou utopia? Porto: Edições Afrontamento, 2005.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Traduzida de: Transnational law. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura S/A, 1965.

PAFFARINI, Jocopio; ROSENFELD, Luis; STAFFEN, Márcio Ricardo. (orgs.) **Transnacionalismo, globalização e direitos humanos**. Itajaí: UNIVALI, 2015.

MYRDAL, Gunnar. **Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas**. Tradução de N. Palhano. 3. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1972.

SANTOS. Boaventura de Souza dos. **A Globalização e as ciências sociais**. 2a ed. São Paulo: Cortez, 2002.

VEIGA, Jaime Eli. **A Desgovernança Mundial da Sustentabilidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.

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

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo, SP: Martins Fontes. – ebook.

SOARES, J.S. Globalização, Pós-modernidade e Transnacionalidade: Questões Existenciais e Jurídicas. **Direito Global – Transnacionalidade e Globalização Jurídica**. Itajaí – Univali, 2013, p. 97. Disponível em: <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20DIREITO%20GLOBAL%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA.pdf> Acesso em 20/11/2019.

GUIMARÃES, I.S. **Globalização, Transnacionalidade e os contornos de uma democracia da pós-modernidade** – Belo Horizonte - MG. v. 12, n. 21, p. 20, jul./dez., 2013, Revista jurídica de jure. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/9299fe61a389298d39d1aa47e2c50eda.pdf>. Acesso em: 16 out. 2019.

ESTADO TRANSNACIONAL COMO ALTERNATIVA À CRISE DA DEMOCRACIA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Marcos Vinícius de Almeida e Souza¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo, cujo tema central é tratar dos novos paradigmas da Democracia frente ao processo de mercantilista desenfreado da Globalização tem por objetivo, primeiramente, caracterizar a Democracia e seus aspectos, em um segundo momento tratar da Globalização e, por fim, indicar o Estado Transnacional como resposta para os desafios democráticos em face das mudanças das bases do Estado, em âmbito global.

Para tanto, o artigo está dividido em três itens. No primeiro, trata-se da Democracia, desde o seu surgimento, com o apontamento de alguns conceitos, o seu significado original e as distorções sofridas ao longo do processo histórico. No segundo, apresenta a Globalização, e quais foram e quais são as implicações sociais e econômicas desse fenômeno. Por fim, encerra no terceiro item com uma síntese de como o surgimento do Estado Transnacional pode servir como alternativa para a garantia da Democracia num contexto de crise causada pelo advento da globalização.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Democracia no processo da Globalização.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação² foi utilizado o Método Indutivo³, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁴, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica Indutiva.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica – Bolsista PROSUC/CAPES na Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

² “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

³ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁴ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DEMOCRACIA

É comum, na atual Sociedade, a Democracia receber uma denominação diversa daquela inicialmente pensada nos tempos antigos.

O termo “Democracia” tem suas referências e origens ligadas aos gregos. Esse instituto foi desenvolvido na cidade de Atenas, por meados do século V a.C. Sua origem etimológica remete à junção dos termos “*demos*”, que se tratavam de distritos com administração complexa⁹, mas que foi popularmente traduzido como povo em sua totalidade ou ainda como a parte da população menos favorecida em contrapartida aos aristocratas, e “*kratos*” ou “*krateia*”, que significa poder.¹⁰

Ao contrário do que se entende da Democracia como “a vontade da maioria”, na concepção ateniense, em sua fundação, levantou-se como uma emancipação da classe camponesa contra a concentração de poder da classe aristocrata, da qual a maioria da população deveria ceder às suas vontades, numa situação de desigualdade. Esse processo democrático, motivo de orgulho entre os atenienses, tornou aquela Sociedade peculiar em um local de igualdade, onde existiam cidadãos livres, sem padrões ou privilégios baseados em questões hereditárias ou sociais.¹¹

Em algumas partes do discurso atribuído a Péricles, político ateniense, emanado por volta de 430 a.C., este exalta a força política presente na Atenas da época. Cabe destacar a descrição de uma comunidade onde as pessoas deveriam gozar de participação na construção social, possuem igualdade entre si, e onde a condição social não é entrave para participação na vida pública, respeitadas as atribuições de valor pessoal.¹²

Destacam-se, como se extrai do exame dos escritos acerca da Democracia ateniense, alguns princípios basilares: valores fundamentais inspirados na igualdade, na liberdade, bem como na solidariedade entre os cidadãos; a não concentração do poder por parte da aristocracia, que

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁹ MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 23.

¹⁰ BRINGEL, Elder Paes Barreto. **O princípio da soberania popular e a questão das minorias**: a legitimidade das decisões contramajoritárias à luz da filosofia política do reconhecimento. Dissertação (Mestrado em Direito). 2015. Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife. p.15.

¹¹ MIGLINO, Arnaldo. **A cor da democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 40-41.

¹² HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo Horizonte: Paideia, 1987. p. 15-16.

estimula a sua descentralização; as decisões em comunidade, afastando normas ditadas por vontade de poucos, com interesses pessoais; participação efetiva da comunidade na vida pública, com vistas à redução das desigualdades econômicas, sociais e culturais, para que participem efetivamente das decisões tomadas em conjunto pela Sociedade.

Até mesmo Platão, embora crítico deste modelo, por conta da decepção com os líderes atenienses após a derrota na guerra do Peloponeso, reconheceu como um modelo social que trata os homens de igual maneira, sendo eles iguais ou não, e ainda garante que se trata de uma Sociedade onde os indivíduos são livres para fazerem o que quiser, ainda que não fosse este o seu modelo preferido.¹³

Deve ser mencionado também quem eram os atores capazes de participar dessa vida pública. No tocante à Democracia grega, cabe salientar que tal poderia ser encarada como o governo da maioria. Porém, o conceito de maioria não dizia respeito à questão numérica, ou quantitativa da população como um todo, uma vez que os escravos, as mulheres e os estrangeiros eram impedidos de participar da vida pública neste contexto, mesmo em maior número.¹⁴

Num conceito mais atual, Bobbio¹⁵ designa como Democracia uma das formas de governo, na qual o poder político é exercido pelo povo.

Deste modelo de Democracia, guardaram-se alguns aspectos do que se experimenta hoje como regime democrático pelo mundo. Entretanto, ocorreu uma mudança paradigmática do sentido inicial da Democracia ateniense, a qual era participativa, para um modelo de Democracia Representativa.

Nos dias atuais, ainda que não seja universalmente reconhecida sua gravidade, instalou-se uma crise profunda do modelo de Democracia Representativa, em todas as suas experiências. É cada vez mais latente que este modelo democrático serve como ferramenta de injustiças sociais, onde a ascensão de determinadas classes ou grupos sociais ao poder, tal como eram nos Estados Feudais e Absolutos, ainda tem uma legitimação limitada e precária.¹⁶

O que se pretende destacar é que há, em certa medida, um paradoxo no modelo de Democracia Representativa, uma vez que é pensada num contexto de pluralidade de vontades e interesses, mas, por outro lado, a diversidade cultural acentua os déficits de legitimidade de tal modelo, pois o critério majoritário serve sempre como escopo para legitimar suas decisões.¹⁷

¹³ HELD, David. **Modelos de democracia**. p. 27-28.

¹⁴ BRINGEL, Elder Paes Barreto. **O princípio da soberania popular e a questão das minorias**: a legitimidade das decisões contramajoritárias à luz da filosofia política do reconhecimento. p.16.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **ESTADO, GOVERNO E SOCIEDADE**: Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 135

¹⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2014. p. 16

¹⁷ GORCZEWSKI, Clóvis; FRIDERICH, Denise Bittencourt. Movimentos Sociais: construindo alternativas para superar os limites da Democracia Representativa. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 23, n. 3, p. 923, set/dez. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13748/pdf>

Esse atual cenário não é exclusividade do âmbito interno dos Estados, haja vista que o mundo globalizado expõe cada vez mais esses problemas.

2. GLOBALIZAÇÃO: ASPECTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

Devido às diversas crises que ocorrem nas Sociedades atuais, torna-se necessário refletir acerca das bases políticas, sociais, culturais, jurídicas e éticas da Globalização, com o intento de encontrar soluções capazes de corresponder aos anseios e confrontar os problemas e desafios do mundo globalizado sem deixar de lado as conquistas democráticas, uma vez que estas vêm sofrendo ameaças por poderes políticos e econômicos injustos e antidemocráticos no contexto mundial.

Ao examinar o fenômeno da Globalização, Bauman¹⁸ entende que trata-se de um fenômeno do qual os seres humanos, em escala global, não só estão fadados, quanto tendem a sofrer as suas consequências, inclusive no seu cotidiano, interferindo inclusive nos sentimentos de felicidade e infelicidade dos seres humanos:

A “Globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda que se transforma rapidamente em um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir as portas de todos os mistérios presentes e futuros. Para alguns, “Globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. Para todos, porém, “Globalização” é o destino irremediável do mundo, um processo irreversível; é também um processo que nos afeta a todos na mesma medida e da mesma maneira. Estamos todos sendo “globalizados” — e isso significa basicamente o mesmo para todos.¹⁹

Acerca do processo tecnológico, bem como sua rapidez e fluidez, denota-se que as pessoas se tornam escravas da tecnologia e do consumismo, visto que os produtos se tornam obsoletos em um tempo jamais experimentado anteriormente na Sociedade.

Lo primero que hay que entender de una economía global sustentada en la red es que impulsa y se ve impulsada por una tremenda aceleración en la innovación tecnológica. Debido a que los procesos de producción, los equipos y los bienes y servicios quedan obsoletos con mayor rapidez en un entorno mediado electrónicamente, la propiedad a largo plazo se hace menos atractiva mientras que, por el contrario, la opción más frecuente es la del acceso a corto plazo. El incremento de la innovación y el cambio de los productos fija los términos de la nueva economía-red. El proceso es muy exigente y continuo.²⁰

Quanto às técnicas de controle de empresas globais, estas mantêm os trabalhadores sob vigilância quase que integral, inclusive por meio de artefatos desleais para fomentar a competição, como a raça ou sexo.²¹

Outro ponto importante, no tocante à busca pela adequação ao sistema mercantilista desenfreado, diz respeito à busca dos cidadãos por melhores oportunidades. Do mesmo modo que

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização – as consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel – Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização – as consequências humanas**. p. 7

²⁰ RIFKIN, Jeremy. **La Era del Acceso**. La revolución de la nueva economía. Traducción: J. Francisco Álvarez y David Teira. Barcelona: Paidós, 2013. p. 34.

²¹ HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 57.

ocorre com o capital, existem populações excedentes estão em constante movimento, em que pese o fortalecimento de barreiras impostas pelos Estados para conter as migrações.²²

Com o advento de novas tecnologias, os seres humanos estão perdendo cada vez mais espaço para as máquinas, em mais um fator que agrava a crise existente. As formas de produção, cada vez mais automatizadas, fazem com que o trabalho humano seja descartável, o que acarreta na destruição dos postos de trabalho e, conseqüentemente, uma multidão de excluídos, devido à falta de poder aquisitivo.²³

Em que pese o Estado territorial não ser uma criação própria do capitalismo, foi este último, com a separação entre “econômico” e “político”, que definiu de modo mais claro a soberania, em âmbito territorial, do que nas outras Sociedades onde impera sistema diverso do capitalista. Entretanto, houve certa incorporação, por parte da economia, de algumas funções sociais que outrora pertenciam à administração estatal.²⁴

Pode-se dizer que os problemas associados à Globalização, tais como a injustiça social, a Democracia parca, a discrepância entre ricos e pobres, degradações ecológicas e afins, não subsistem apenas porque a economia é global, ou porque as empresas globais são cruéis ou extremamente poderosas, mas sim porque o capitalismo, em âmbito nacional ou global, é conduzido por imperativos sistêmicos: de concorrência, maximização dos lucros e acumulação que, inexoravelmente, exigem que as pessoas sejam preteridas em relação ao lucro e o valor da troca em relação ao valor do uso. Por mais que tenha intensificado esses imperativos, a Globalização é fruto deles, não a causa.²⁵

A Sociedade, porém, caiu numa armadilha nociva ao aceitar, de certo modo, ser dominada pelo processo de Globalização:

[...] O perigo é que tal Sociedade, deslumbrada ante a abundância de sua crescente fertilidade e presa ao suave funcionamento de um processo interminável, já não seria capaz de reconhecer a sua própria futilidade – a futilidade de uma vida que <<não se fixa nem se realiza coisa alguma que seja permanente, que continue a existir após terminado o labor.²⁶

Bauman²⁷ exemplificou esse domínio mediante um modelo de vigilância que chamou de Sinóptico:

[...] o Sinóptico é, por sua natureza, global; o ato de vigiar desprende os vigilantes de sua localidade, transporta-os pelo menos espiritualmente ao ciberespaço, no qual não mais importa a distância, ainda que fisicamente permaneçam no lugar. [...] no Sinóptico, os habitantes locais observam os globais. A autoridade destes últimos é garantida por seu próprio distanciamento; os globais não são literalmente

²² HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 122.

²³ BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial: um consenso mínimo entre os humanos**. Rio de Janeiro: Record, 2009. p. 14

²⁴ WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo:Boitempo, 2014. p. 22

²⁵ WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo:Boitempo, 2014. p. 24

²⁶ ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p.148

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização – as consequências humanas**. p.34-35

“deste mundo”, mas sua flutuação acima dos mundos locais é muito mais visível, de forma diária e intrusa.

Trata-se, pois de um inovador método de domínio social, pautado numa espécie de distanciamento dos habitantes globais do “mundo real”, onde os locais os observam, e o fazem sem qualquer coação.

Por fim, ainda há a questão do enfraquecimento do Estado, que acaba por se tornar um mero agente garantidor da ordem mínima, num papel de distrito policial. Ocorre que estes freios são sentidos apenas para a população, não efetivamente para as empresas globais, haja vista que essas, por conta de sua extraterritorialidade, podem mudar-se e retirar investimento daquele Estado, o tornando refém de suas imposições.²⁸

Torna-se necessário, para que se tenha um sistema mais justo frente à Globalização, um novo paradigma democrático, garantidor da participação popular efetiva no processo de decisão dos rumos da Sociedade.

3. ESTADO TRANSNACIONAL COMO ALTERNATIVA À CRISE DA DEMOCRACIA

Diante de todas essas questões apontadas, surge a necessidade de uma forma de participação social que corresponda aos anseios da Sociedade como um todo, não mais apenas de grupos sociais ou interesses de mercado.

Ainda que a Democracia não tenha se tornado obsoleta, ocorre uma espécie de incompatibilidade de parcela de seus postulados teóricos, como aponta Staffen²⁹:

Em caráter preliminar, há de se destacar que a democracia não se tornou obsoleta com a globalização e, portanto, sem capacidade de sucesso perante o Direito Global, como defendem alguns. Observa-se, isto sim, a incompatibilidade de parcela dos postulados teóricos sobre democracia nestes novos tempos, especialmente quando da imprecisão discursiva sobre a democracia.

Ainda que cético pela sua proposta e viabilidade, pela questão de que é necessário democratizar o capital, Habermas³⁰ aduz que só há como enfrentar os desafios da Globalização de forma razoável, se as Sociedades conseguirem desenvolver novas formas de auto condução democrática no interior da “constelação pós-nacional”.

Cabe ressaltar a importância do sentido real da Democracia, não apenas como proceder, mas também, e principalmente, como um sistema de valor que pressupõe a aplicabilidade dos demais princípios, tais como a liberdade de expressão, de opinião, de publicidade dos atos poder público e da fácil obtenção de informações de interesse público.³¹

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização – as consequências humanas**. p.66

²⁹ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 121.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 112.

³¹ MIGLINO, Arnaldo. **A Democracia não é apenas um procedimento**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 20.

Destarte, pode-se estabelecer novos paradigmas democráticos e tecer críticas às concepções liberais e estatistas que estão presente de forma dominante nas Sociedades modernas.

As concepções estatistas e liberais são reducionistas, quando tratam a política apenas no âmbito do exercício do poder do Estado, descaracterizam a ideia de poder político legítimo, cuja essência se encontra vinculada à participação e decisão em conjunto dos cidadãos, na esfera pública. Logo, como consequência, afastam-se os cidadãos da participação efetiva na prática da política e da tomada de decisões que dizem respeito à coletividade, e fortalecem elementos burocráticos, centralizadores, elitistas e coercitivos do Estado, enquanto poder político.³²

O que ocorreu foi um distanciamento entre a concepção antiga de vida política exercida em esfera pública mediante a prática da cidadania e a política nas Sociedades modernas, com o estabelecimento da cultura liberal-individualista, ainda que, paradoxalmente, a Democracia moderna seja um projeto liberal.

Enquanto na Sociedade grega buscava-se perseguir a felicidade por intermédio de ações éticas experimentadas entre os iguais com o objetivo geral de bem coletivo, as Sociedades modernas, embora mantenham princípios políticos e jurídicos tais como a isonomia, o debate público democrático, etc., os reconhecem apenas formalmente, ao passo que se transfere ao Estado, e consequentemente aos governantes, o poder da Sociedade, de modo que o social é dominado por burocracias partidárias e estatais, e artefatos técnicos.³³

Esse fenômeno se deu, em boa parte, pelo advento do capitalismo mediante atividades econômicas industriais e adoção de novas formas de organização social e políticas, bem como o intercâmbio cada vez maior entre os Estados, inclusive nos campos da cultura, ideologias, dentre outros.

As Sociedades modernas se afastaram dos ideais éticos republicanos que originaram a modernidade, e iniciaram um novo ciclo, que tem por característica uma cultura utilitarista, focalizada no bem-estar privado e, como consequência, abriu mão da experiência democrática que visa a dignidade humana e a convivência em uma comunidade igual e livre.³⁴

Observa-se que, nos moldes atuais, a Globalização é responsável por alguns problemas sociais muito relevantes nos âmbitos social, da sustentabilidade e da justiça:

En una época en que los temas sobre sostenibilidad económica, justicia social y económica exigen un cambio en el paradigma económico dominante, la globalización ha revitalizado injustos sistemas de

³² VIEIRA, Suzana Maria Gauer. **Globalização, Democracia e Direitos Humanos**: Os movimentos sociais e o processo de construção de uma esfera pública plural e democrática mundial. Tese (Doutorado em Direito). 2013. Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo-RS. p.430.

³³ VIEIRA, Suzana Maria Gauer. **Globalização, Democracia e Direitos Humanos**: Os movimentos sociais e o processo de construção de uma esfera pública plural e democrática mundial. p. 431-432.

³⁴ VIEIRA, Suzana Maria Gauer. **Globalização, Democracia e Direitos Humanos**: Os movimentos sociais e o processo de construção de uma esfera pública plural e democrática mundial. p. 440.

producción agrícola y de consumo. Las leyes del comercio coercitivo dismantelan economías sostenibles y dejan a las Sociedades en ruina.³⁵

Como contraponto, uma proposta de Democracia global, no sentido de participação de todos os cidadãos, sem qualquer tipo de exclusão, poderia servir de base para a mudança do atual paradigma:

La Democracia global, que comienza con las acciones diarias de las personas, basada en los principios de la justicia, la sostenibilidad y la paz, ofrece el potencial para cambiar la manera en que operan el gobierno, las organizaciones inter- gubernamentales y las corporaciones. Crea un nuevo paradigma para el gobierno global a la vez que concede poder a las comunidades locales, y la posibilidad de reforzar la seguridad ecológica y mejorar la seguridad económica.³⁶

Portanto, para que os efeitos negativos da Globalização não sejam sentidos de forma tão severa, a organização popular, a participação da Sociedade como um todo no processo democrático, acaba por se mostrar uma alternativa muito válida, que deve ser levada em consideração e, certamente, aplicada na Sociedade.

Cruz³⁷ analisa e questiona o papel da Democracia Representativa no século XXI, e o faz sob a ótica da globalização, num viés otimista:

[...] a globalização pode ajudar em dois sentidos: por poder fazer evidente a interdependência e por ter despertado o pluralismo da diversidade, algo nunca observado pela humanidade.

Repensar a Democracia neste momento histórico é, portanto, fazê-lo a partir de um pluralismo que possui duas vertentes: a pluralidade de atores em disputa da governabilidade mundial – rompendo o paradigma da endogenia estatal moderna – e a pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e da igualdade, ambas vividas a serviço da diferença. Isto implica [...] ir muito mais além do modelo de Democracia representativa liberal.

Ademais, propõe a discussão da “transnacionalização da Democracia e, a partir dela, a transnacionalização do Estado como nova possibilidade de construção político-jurídica”.³⁸

Essa ideia última ocorreria num contexto de relativização das bases modernas do Estado, principalmente no que tange à Soberania, e o advento de um Estado Transnacional.

Para Beck³⁹: “Os Estados transnacionais também devem ser compreendidos em sua condição de modelos de cooperação interestatal, como ressalta o multilateralismo e o princípio da política multissetorial; para eles valem ainda muitas das emboscadas do ‘descentramento político’[...]”.

Ainda sobre o Estado Transnacional, este se caracteriza pela emergência de novos espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos, bem como livres de qualquer amarra

³⁵ SHIVA, Vandana. **Las Nuevas Guerras de la Globalización. Semillas, agua y formas de vida**. Traducción: Néstor Cabrera. Madrid: Editorial Popular, 2007. p. 11

³⁶ SHIVA, Vandana. **Las Nuevas Guerras de la Globalización. Semillas, agua y formas de vida**. Traducción: Néstor Cabrera. Madrid: Editorial Popular, 2007. p. 123.

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2014. p. 16.

³⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2014. p. 13.

³⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e terra, 1999. p. 194.

ideológica da modernidade, decorrentes do aumento da complexidade das relações globais, que disponham de capacidade jurídica de governança, regulação, intervenção e coerção, com a finalidade de projetar a construção de um novo pacto de civilização.⁴⁰

Cruz e Bodnar apontam que, neste contexto, o respeito à condição humana seria amplamente relevante dentro do Estado Transnacional:

No Estado Transnacional, a dimensão humana continuaria sendo relevante, não apenas como um vínculo que se estabeleceria com determinado Estado ou pela relação de sujeição ao poder estatal, mas numa perspectiva ampliada, inclusiva e solidária que não vê o cidadão como mero depositário de uma pseudossoberania.

Dentro dessas concepções, há de se levar em conta que o Estado Transnacional traria uma perspectiva de atuar em pautas axiológicas comuns, tais como o meio ambiente ou os Direitos Humanos.

Sendo a Democracia, numa definição positiva, um pilar importante na garantia dos Direitos Humanos, entende-se que o Estado Transnacional pode, de fato, apresentar-se como uma alternativa para sua efetivação, no contexto das relações globais atuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve por objetivo apresentar o Estado Transnacional como alternativa ao fenômeno da Globalização, que impacta no Estado, e resulta, por fim, em uma crise do atual modelo de Democracia Representativa.

Certamente a Sociedade tende a maximizar a riqueza através da proteção de instituições legais como a propriedade e um princípio constitucional básico como a liberdade. Como o mercado se autorregula, a Democracia, por meio do Direito, não tem outra tarefa, através de suas regras coercitivas, que manter essa ordem espontânea, que ocorre no mercado, inalterada. No entanto, esse raciocínio é o que hoje se choca com outro de signo oposto que, ao contrário, prevê certa regulação do mercado para não permitir as injustiças sociais que estão sob os olhos de todos.

Além disso, a Sociedade de hoje não pode ser categorizada ou normatizada como se fosse, de fato, um sujeito unitário, pois assim perderia sua característica fundamental: a pluralidade. No entanto, o atual cenário político se mostra infeliz, tentando forçosamente fazer da Sociedade um *unicum* homogêneo e indiferenciado, com a consequente perda de identidade. E, infelizmente, isso também se dá devido ao fenômeno da Globalização.

A importância de proteger a participação social no diálogo entre Direito e Economia, no mundo globalizado, é um assunto sobre o qual não pode haver dúvidas. As características intrínsecas de Direitos Fundamentais, como a inalienabilidade, a não negociabilidade e a

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. IN: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

indisponibilidade, excluem esses direitos da esfera de decisão do diálogo democrático. Não há maioria ou unanimidade que possa afetar esses direitos.

Estes direitos só adquirem corpo e vida se os Estados preparam um aparato sancionatório adequado sem deixá-los despercebidos. Os Direitos Fundamentais a despeito da Economia e do mercado não podem ficar para trás.

Teme-se, atualmente, que as regras do mercado prevaleçam sobre a lei e, acima de tudo, dos Direitos Fundamentais, transformando assim a pessoa humana em uma mercadoria, com total desrespeito à participação popular e aos direitos dos grupos minoritários nos processos decisórios.

Cada transação envolve não apenas os efeitos entre as partes, mas também para terceiros. Portanto, as "externalidades" nada mais são do que efeitos que são refletidos em terceiros e a tarefa do Estado é justamente reduzir o máximo possível, se não anular, tais efeitos. Tudo isso porque as "externalidades" vão influenciar o que é o ótimo paretiano, que é o ponto de equilíbrio, na economia, do qual cada movimento envolve uma perda para uma ou outra parte.

Portanto, a fim de preservar esse equilíbrio de mercado, o Estado tem a tarefa precisa de intervir no mundo econômico, regulando e sancionando, a fim de proteger os terceiros de "efeitos colaterais" indesejáveis de transações que ocorreram no mercado não realizado deles.

Não é mais a busca de valores elevados e nobres, como os reconhecidos pelos Direitos Humanos, que norteiam as ações dos Estados e suas legislações, mas sempre e somente interesse econômico.

O novo princípio legal que vem ganhando espaço no mundo jurídico é o do melhor interesse do mercado. Isso claramente leva a novas estruturas de Estado. Portanto, o Estado e a Lei não são mais formados "em escala humana", mas sim "em medida de mercado", já que hoje é o parâmetro valorativo, em detrimento dos Direitos Humanos.

Se prevalecer um princípio de "o melhor para o mercado", trará consigo consequências desastrosas a nível social. Aceitar isto leva a filtrar toda a realidade e até mesmo a lei, através de uma lente que justifica e faz quase um custo legítimo para apoiar a desigualdade social existente. Isto porque o protagonista da lei de mercado não é o homem com seus direitos e suas necessidades dentro da esfera da Sociedade. O sujeito que move seus passos no mundo do mercado é o consumidor: e esse assunto tem padrões muito precisos para se respeitar nesse campo. A pobreza no mundo do mercado não é permitida, contando com um fluxo contínuo de transações infinitas e dinâmicas.

Portanto, há toda uma parte da população que não respeita esse padrão, que é literalmente excluída e não levada em consideração, pelo Estado e, conseqüentemente, pelo Direito.

E é nesse momento o Estado Transnacional, através de espaços públicos plurais, solidários e cooperativamente democráticos, livres de qualquer amarra ideológica da modernidade, decorrentes do aumento da complexidade das relações globais, que disponham de capacidade

jurídica de governança, regulação, intervenção e coerção, com a finalidade de projetar a construção de um novo pacto de civilização, se mostra importante, para que sejam levadas em conta todas as necessidades emergentes da crise da Democracia, não apenas a determinados grupos favorecidos com poderes, políticos ou financeiros.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar.

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

BOBBIO, Norberto. **ESTADO, GOVERNO E SOCIEDADE**: Para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 15 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOFF, Leonardo. **Ethos Mundial**: um consenso mínimo entre os humanos. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BRINGEL, Elder Paes Barreto. **O princípio da soberania popular e a questão das minorias**: a legitimidade das decisões contramajoritárias à luz da filosofia política do reconhecimento. Dissertação (Mestrado em Direito). 2015. Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: Democracia, Direito e Estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2014.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado).

GORCZEWSKI, Clóvis; FRIDERICH, Denise Bittencourt. Movimentos Sociais: construindo alternativas para superar os limites da Democracia Representativa. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 23, n. 3, set/dez. 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13748/pdf>

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

HELD, David. **Modelos de Democracia**. Belo Horizonte: Paideia, 1987.

MIGLINO, Arnaldo. **A cor da Democracia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MIGLINO, Arnaldo. **A Democracia não é apenas um procedimento**. Curitiba: Juruá, 2006.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania** - Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. Florianópolis: EMais, 2019.

RIFKIN, Jeremy. **La Era del Acceso**. La revolución de la nueva economía. Traducción: J. Francisco Álvarez y David Teira. Barcelona: Paidós, 2013.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SHIVA, Vandana. Las Nuevas **Guerras de la Globalización**. Semillas, agua y formas de vida. Traducción: Néstor Cabrera. Madrid: Editorial Popular, 2007.

VIEIRA, Suzana Maria Gauer. **Globalização, Democracia e Direitos Humanos**: Os movimentos sociais e o processo de construção de uma esfera pública plural e democrática mundial. Tese (Doutorado em Direito). 2013. Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo-RS.

WOOD, Ellen Meiksins. **O Império do Capital**. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo:Boitempo, 2014.

OS PRINCÍPIOS REPUBLICANO E DA SOBERANIA NACIONAL E A TRANSNACIONALIDADE

Fernando Martins Pegorini¹

Heloise Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por finalidade fazer uma breve abordagem sobre o fenômeno da transnacionalidade e os seus efeitos sobre o Estado moderno e dos princípios republicano e da soberania nacional.

Para a presente pesquisa levantou-se a seguinte problemática: a transnacionalidade afronta os princípios republicano e da soberania nacional dos países?

Em um primeiro momento aborda-se a transnacionalidade e o Direito transnacional como instrumentos de entendimento das mudanças ocorridas no mundo de hoje em função do processo de globalização que se intensificou no decorrer das três últimas décadas.

Em um segundo momento, trata-se do princípio da soberania nacional como sendo um dos fundamentos do Estado moderno ou Estado Democrático de Direito, sob seus aspectos internos e externos.

Em seguida trata-se do princípio republicano que, em conjunto com o princípio da soberania embasam a existência dos Estados Democráticos de Direito, uma vez que, uma República somente se mantém mediante a vontade do seu povo.

Por fim, trata-se da transnacionalidade e da globalização e os seus reflexos sobre o Estado, sua soberania externa e da sua própria existência como uma República.

No tocante à metodologia utilizou-se o método indutivo, a pesquisa bibliográfica, exploratória e descritiva que buscaram na doutrina os dados necessários para a sua produção.

¹ Bacharel em Direito pela Univali – Universidade do Vale do Itajaí, advogado, vereador do Município de Itajaí, pós graduado em Direito Tributário pela Univali, Direito do Trabalho e processo do trabalho, Direito Previdenciário e processo previdenciário pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus, Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

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

1. O PRINCÍPIO DA SOBERANIA NACIONAL

Atualmente o Estado pode ser compreendido sobre diversos contextos de acordo com as teorias e doutrinas que estudam sua origem e evolução. Por certo, que muitos são os conceitos apresentados para o que venha a ser o Estado sendo o mais aceito é o conceito de que o Estado é a representação de uma sociedade organizada politicamente.³

Esta ideia de que o Estado é uma expressão de uma sociedade organizada politicamente tem sua origem na obra o Príncipe de Maquiavel, publicada em 1.513, para quem o Estado nada mais é do que uma situação de permanente convivência de uma sociedade que se organiza politicamente em busca de objetivos em comum.⁴

Com a origem dos Estados modernos, fruto das Revoluções Americana e Francesa, capitaneadas pelas burguesias daqueles países, surgiu, entre outras ideias, a noção do princípio da soberania popular a da igualdade de direitos (principalmente perante a lei) das pessoas. Tais Revoluções primavam pela formação de um Estado unido nos ideais de uma soberania interna e externa e culminou com o tratado de paz de Westfália⁵.

Com o tempo, o Estado passou a assumir muitas outras funções como as que possui atualmente. Para Kelsen⁶, o Estado é: “Uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência soberana ou imediata relativamente ao Direito Internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz”.

Neste sentido, o princípio da soberania é elo ou o elemento que unifica a ordem, a vontade e controle do Estado e se dirige à sociedade e aos seus fins comuns dentro deste Estado organizado politicamente. Portanto, a soberania de um Estado implica dizer que o mesmo exerce o poder sobre o território e seu povo dentro dos limites da lei, de tal modo que a soberania é uma espécie de poder supremo e independente pertinente aos Estados modernos, que em sua grande maioria são Estados Democráticos de Direito, cada qual com as suas particularidades, porém com soberania sobre seus territórios e suas populações.⁷

Neste contexto, pode-se dizer que, a soberania se apresenta como um elemento essencial que identifica uma autoridade superior ao povo, ou seja, o Estado, através da sua Administração exerce poder limitado pela norma jurídica sobre o seu território e sobre a sua população, adequando-se às diferentes formas de poder.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

⁴ WLOCH, Fabrício; VIZZOTTO, Juliana Nunes. Globalização e superação da soberania moderna. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 82-98, ago. 2016.

⁵ CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 321.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

A Soberania traz como elemento essencial a identificação de uma autoridade suprema. Suas alterações estão no modo de exercício da autoridade, adaptado às diferentes formas de organização de poder.⁸

Conforme descreve Cruz⁹, a “Soberania se configura como um conjunto de poderes historicamente exercidos pelo Estado e que, em princípio, só a ele correspondem”. Desta forma, o princípio da soberania de um Estado se coloca como um verdadeiro instrumento que legitima as instituições e o próprio poder dos Estados constitucionalizados.

De acordo com Cretella Junior¹⁰:

A ‘soberania’ é, realmente, fundamento do Estado, qualquer que seja sua forma, monárquica ou republicana, federativa ou unitária, porque Estado ‘é síntese dos poderes soberanos’. Soberania é a situação do Estado que não está submetido a outro e que, por isso, pode elaborar sua Constituição, ou seja, pode criar seu direito positivo no mais alto grau. O vocábulo ‘soberania’ evoca a ideia de ‘soberano’, aquele que decidia qual o tipo de direito válido para a coletividade, num dado momento histórico. O soberano podia ser um indivíduo, o rei, por exemplo, ou toda uma classe ou casta, como ocorria e ocorre nos regimes oligárquicos, podendo, ainda, ser toda a Nação (...) Desta situação do soberano resulta que a soberania é uma força que nasce das circunstâncias históricas e nacionais em que se encontra comprometida a comunidade política em um momento de sua existência (...) Eis por que o soberano é colocado acima de todo estatuto constitucional e que não é a este vinculado. O soberano o cria, mas não lhe deve nada. A marca essencial da soberania é a posse do Poder constituinte (...) Em suma, a soberania é o fundamento – e deve ser o fundamento – de todo e qualquer tipo de Estado (...).

Nota-se que o princípio da soberania se apresenta como um princípio recorrente sob qualquer análise e interpretação do texto constitucional, uma vez que sobre as bases da soberania é se que se instalam os Estados Democráticos de Direito, porém não é um princípio que existe sozinho, mas deve estar interligado a outros princípios constitucionais.

Conforme ensina Bastos *apud* Martins¹¹:

A soberania se constitui na supremacia do poder dentro da ordem interna e no fato de, perante a ordem externa, só encontrar Estados de igual poder. Esta situação é a consagração, na ordem interna, do princípio da subordinação, com o Estado no ápice da pirâmide, e, na ordem internacional, do princípio da coordenação. Ter, portanto, a soberania como fundamento do Estado brasileiro significa que dentro do nosso território não se admitirá força outra que não a dos poderes juridicamente constituídos, não podendo qualquer agente estranho à Nação intervir nos seus negócios.

Verifica-se, assim, que a soberania representa em um primeiro momento o poder supremo de um Estado em relação à sua população e em relação aos outros Estados, ou seja, é a expressão

⁸ WLOCH, Fabrício; VIZZOTTO, Juliana Nunes. Globalização e superação da soberania moderna. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 82-98, ago. 2016.

⁹ CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 54.

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 137.

¹¹ MARTINS, Ives Gandra. **O Estado do futuro**. São Paulo: Pioneira, 1998, p. 165.

do Poder de um Estado. Este poder ou autoridade que o Estado impõe à sociedade possibilita que alguns limites não sejam ultrapassados, isto porque, nos Estados Democráticos de Direito o Estado não está acima da Lei, daí a limitação deste “poder” e, por conseguinte do próprio significado de soberania.¹²

Por sua vez, Miranda¹³ discorre que:

A soberania reveste-se de dupla face: na sua face interna, a soberania representa a capacidade de manter a paz entre os componentes da sociedade, de forma a permitir ao Estado garantir a ordem social e realizar o enfrentamento com outros Estados no cenário internacional. Dessa forma, ela se manifesta em uma posição de supremacia em relação às demais forças sociais presentes na arena política. Na sua face externa, por sua vez, ela se pauta por relações de equilíbrio – sempre instável e questionável – entre os diferentes Estados, equilíbrio este que tem na guerra um poderoso instrumento, o qual se encontra hoje racionalizado pela via dos tratados de Direito Internacional, os quais colocam os Estados em posição de igualdade formal no contexto de uma ordem jurídica internacional.

Porém, é preciso ter em mente que a soberania, enquanto poder, não se traduz necessariamente no próprio poder o que permite dizer que a sua existência depende da equação do seu exercício pelo Estado dentro dos limites da lei e de acordo com a vontade do povo, que por sua vez, também é soberano, tanto no sentido de eleger os membros do governo (representantes dos Poderes Executivos e Legislativo), como também, retira-los.

Assim, é possível dizer que o princípio da soberania é um dos princípios fundamentais de todo Estado Democrático de Direito, que permite com que o Estado mantenha certo poder sobre a sua população e território bem como frente aos outros Estados.

2. O PRINCÍPIO REPUBLICANO

Em sua obra *Do Espírito das Leis*, Montesquieu, descreve que existem apenas três formas de governo: a) o republicano; b) o monárquico e c) o despótico. Em sua obra, Montesquieu descreve o governo republicano como sendo aquele no qual o povo ou uma parcela dele, exerce o poder de forma soberana e quando isto ocorre tem-se uma democracia.¹⁴

O princípio republicano somente encontra sua existência nos Estados Democráticos de Direito, que é aquele que se submete aos preceitos legais e que também é quem edita e aplica as leis. Nos Estados Democráticos de Direito prevalece a divisão dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) que possuem autonomia e independência entre si.¹⁵

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹³ MIRANDA, Napoleão. **Globalização, soberania nacional e direito internacional**. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/638/818>. Acesso em: 18 set. 2019.

¹⁴ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

Nos Estados Republicanos ou Democráticos, ainda se baseiam na eletividade, na temporalidade e na alternância dos representantes que dirigem o país. Tanto os ocupantes dos Poderes Executivo e Legislativo devem cumprir seus mandatos conquistados junto aos eleitores através do voto em eleições diretas, gerais, periódicas e com legitimidade.¹⁶

Nota-se que em um Estado Democrático de Direito, a questão povo se coloca como um mero sujeito passivo ou mero destinatário das ações de poder dos governantes que são eleitos em eleições válidas e legítimas, cujas função são, senão outra, a de atender as necessidades individuais e coletivas do povo, que é o verdadeiro e legítimo titular deste poder político, ou seja, é para quem se governa.¹⁷

O princípio republicano encontra-se inserido no texto constitucional de 1988, que em seu artigo 1º, assim trata a matéria ao dispor que:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Observa-se que o princípio republicano é um princípio político e ideológico, possuindo um lugar de grande estratégica no sistema jurídico brasileiro, visto que está inserido no primeiro artigo do texto constitucional e que em geral se faz presente em todos os textos constitucionais dos países que se colocam como Republicanos. Para tanto, ou seja, para que se tenha a presença do princípio republicano se faz necessário a existência do Estado de Democrático de Direito, que com suas normas jurídicas (ordenamento jurídico) que condensa todas as leis que regulam as relações privadas e públicas de determinado território (país) que devem ser respeitadas tanto pelos cidadãos como pelo próprio Estado.¹⁸

Isto implica dizer que o princípio republicano se amolda e existe nos Estados Democráticos de Direito e se colocam como valores fundamentais para que todo o sistema jurídico do país

¹⁶ GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antônio. Sobre o princípio republicano. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 13 – n. 1, p. 43-54, jan-jun, 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1226/1029>. Acesso em: 18 set. 2019.

funcione para todos de tal modo que os princípios gerais do Direito e, em especial, o princípio republicano sejam as regras o gênero da norma jurídica.¹⁹

Pode-se dizer que o princípio republicano é o orientador de todo ordenamento jurídico nos Estados Democráticos de Direito e dele surgem ou com ele devem se alinhar os demais princípios de Direito e Constitucionais, servindo assim, como norte para que o sistema jurídico de um país possa existir e ter suas normas validadas.²⁰

De acordo com Cruz e Cadematori²¹:

Assim, é possível estabelecer as seguintes hipóteses para o artigo em tela: (a) O Princípio Republicano orienta todo o ordenamento jurídico com base na premissa de que, em qualquer situação jurídica, deve sempre prevalecer o Interesse da Maioria; (b) O Princípio Republicano é confundido com outros princípios, principalmente com o da Temporalidade dos Mandatos Eletivos. É comum ouvir dizer que, na República, a principal característica é a possibilidade de substituição dos detentores de mandatos de tempos em tempos; (c) O Princípio Republicano é o “princípio dos princípios”. Funciona como a matriz político-ideológica do ordenamento e vincula todas as outras normas jurídicas.

Desta maneira, tem-se que o princípio republicano representa de forma inexorável a obediência aos ditames representados pela legitimidade popular investida ao Presidente da República alcançada pelo voto popular, dos governadores, prefeitos, da Câmara de Deputados, do Congresso, das Assembleias Estaduais e das Câmaras de Vereadores, cujos mandatos, embasam-se na vontade da maioria da população e a esta devem servir, de tal modo que, pelo princípio republicano se legitima os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) que formam o Estado Democrático de Direito como razão de existência do Estado em si e de uma sociedade organizada politicamente. Assim o princípio republicano é a base da existência de um país organizado e instrumento para que a sua população busque atender aos seus interesses individuais e coletivos através das ações de governo.²²

3. A TRANSNACIONALIDADE E O DIREITO TRANSNACIONAL

Em uma primeira abordagem do tema que correlaciona o Direito Transnacional e a transnacionalidade inevitavelmente leva a uma referência à obra *Transnational Law*, de Philip C. Jessup, editada no ano de 1956, na qual o referido autor mostrou sua preocupação em relação ao

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antônio. Sobre o princípio republicano. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 13 – n. 1, p. 43-54, jan-jun, 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1226/1029>. Acesso em: 18 set. 2019.

²⁰ CRUZ, Paulo Márcio; CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD) 1(1):87-96 janeiro-junho 2009.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio; CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD) 1(1):87-96 janeiro-junho 2009, p. 89.

²² BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

direito a ser aplicável à complexa comunidade internacional que se começava se formar a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.²³

Esta vivência percebida por Jessup, sobre o marco histórico, no qual o aprimoramento e intensificação entre os Estados demonstrava uma dificuldade no entendimento entre as relações e os problemas que as diferentes comunidades internacionais apresentavam, bem como se o Direito Internacional seria capaz de resolver todas as demandas que as sociedades e os Estados se viam envolvidos. Diante desta constatação, Jessup, adotou o termo transnacionalidade e Direito Transnacional para inserir as normas que regulavam todos os atos ou fatos que transpunham as fronteiras dos Estados nacionais, uma vez que tais acontecimentos envolviam tanto o indivíduo comum, como as empresas e os próprios Estados, assim como, todos os grupos organizados.²⁴

Seguindo o pensamento de Jessup, outros autores (Vagts e Steiner), a partir do ano de 1976, passaram a abordar os problemas jurídicos relacionados à transnacionalidade ao lançarem a obra *Transnational Legal Problems*, cuja temática fora um estudo sobre as demandas internacionais e o desenvolvimento de um Direito Internacional capaz de dirimi-las, além de discutirem os conflitos existentes entre os regimes legais de um Estado para outro, como no caso das distorções entre tempo e espaço em que as legislações estatais são aplicadas, tendo como fonte de pesquisa o Direito Comparado, as jurisprudências e as demandas existentes e comuns nos meios negociais, nas transações comerciais transacionais, nas quais se tem a aplicação de uma legislação específica (ou a do país de origem ou de destino).²⁵

Já, em 1986, Vagts volta a abordar o tema em outra obra: *Transnational Business Problems*, na qual examina as condutas dos atores que se envolviam nas relações transnacionais, de modo a sugerir, em sua análise à época, que tais relações transcendem ao direito, isto porque, observou que o próprio direito surgia com base nas relações entre os indivíduos nas relações transnacionais. Assim, segundo a sua análise, existem três pontos ou elementos a serem considerados nas relações ou no Direito Transnacional: a) todos os assuntos que ultrapassam as relações fronteiriças nacionais; b) temas que não podem ser distinguidos entre Direito Privado e Direito Público e c) e os assuntos que se enquadram nas fontes flexíveis ou abertas, como nos casos da soft law.²⁶

Posteriormente, no ano de 1994, Vagts, Steiner e Koh, editaram a 4ª edição da obra de Vagts, na qual os mesmos fazem uso de exemplos daquela época para demonstrarem os problemas jurídicos enfrentados pela transnacionalidade àquele tempo, principalmente sobre as questões econômicas envolvendo o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT e do Fundo Monetário

²³ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. In: **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. Carla Piffer; Guilherme Ribeiro Baldan; Paulo Márcio Cruz (Orgs.). Porto Velho, RO: Emeron, 2018.

²⁴ JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

²⁵ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. In: **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. Carla Piffer; Guilherme Ribeiro Baldan; Paulo Márcio Cruz (Orgs.). Porto Velho, RO: Emeron, 2018.

²⁶ VAGTS, Detlev F. **Transnational business problems**. New York: The Foundation Press, 1986.

Internacional – FMI, e demonstraram que as questões não se restringiam somente os direito, mais também aos comportamentos e as relações que se estabeleciam entre os indivíduos que estavam envolvidos nestas relações transnacionais²⁷.

Outra obra que tratou das questões da transnacionalidade, foi a de Ribeiro, lançada em 1997, com o título *A Condição da Transnacionalidade*, na qual o autor discute a condição da transnacionalidade sob os aspectos da cidadania e da responsabilidade em relação aos efeitos que as ações políticas e econômicas causavam às pessoas em um mundo cada vez mais globalizado.²⁸

No que diz respeito à relação entre a globalização e a transnacionalidade pode-se dizer que ambas possuem certas semelhanças, uma vez que a transnacionalidade abrange uma questão central, que é a relação existente entre os territórios e os seus arranjos culturais, sociais, econômicos e políticos que dirigem as formas como os indivíduos representam seus status dentro de cada grupo de arranjo. Também, o transnacionalismo se apresenta como uma espécie de fenômeno econômico, ideológico e político, e representa uma consciência em fazer parte de um grupo político global.²⁹

Atualmente a transnacionalidade ou o Direito Transnacional se apresenta como uma mistura entre o direito internacional e o direito pátrio (doméstico ou do território nacional) e, portanto, de grande valia para as comunidades ou sociedades contemporâneas. Para se entender o Direito Transnacional, deve-se inicialmente, compreender os Processos Jurídicos Transacionais, que se traduz na prática que envolve os variados atores, privados ou públicos, internacionais ou domésticos, que se interagem nos processos de criação, de interpretação, de execução e de internacionalização das normas do Direito Transnacional.³⁰

O Direito Transnacional se coloca como uma espécie de grupo de normas que regula as relações entre os indivíduos que se vêm desprotegidos de transcendência transnacional, esta definição abarca três importantes elementos: 1) a referência a conteúdos de forma horizontal, mesmo nas relações privadas dos entes políticos (públicos) ou dos direitos prestacionais frente a estes entes; 2) é regulado por diversas fontes de direito, não somente as públicas como as leis, mais também por tratados, acordos coletivos, laudos arbitrais, contratos, usos e costumes, as decisões e práticas empresariais que de alguma forma fazem parte do direito geral e 3) a transcendência da supranacionalidade, ou seja, a utilização de normas (como as comentadas anteriormente)

²⁷ STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold H. **Transnational legal problems: materials and text**. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.

²⁸ PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. Manifestações do direito transnacional e da transnacionalidade. In: **Transnacionalidade e sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação**. Carla Piffer; Guilherme Ribeiro Baldan; Paulo Márcio Cruz (Orgs.). Porto Velho, RO: Emeron, 2018.

²⁹ RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

³⁰ KOH, Harold H. **Transnational legal process**. Faculty Scholarship Series. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096. Acesso em: 18 set. 2019.

internacionais no contexto doméstico quando ocorrer uma demanda cujo direito interno não tenha a capacidade de resolver.³¹

Assim, pode-se dizer que a transnacionalidade e o Direito Transnacional, podem ser entendidos como aqueles que de maneira recorrente transcendem as fronteiras nacionais e causam repercussão a todos os agentes envolvidos, uma vez que, nos dias de hoje, a globalização (econômica, cultural, financeira etc.) embasa a dinâmica tanto da transnacionalidade como do Direito Transnacional, fazendo com que estes novos cenários se materializem de moro a contrabalancear as tendências das novas demandas que transcendem aos territórios nacionais.³²

4. A INTERAÇÃO ENTRE A TRANSNACIONALIDADE E OS PRINCÍPIOS REPUBLICANO E DA SOBERANIA NACIONAL

Deve-se ter em mente que as grandes alterações que a globalização inseriu no cenário mundial a partir da década de 1990 acarretaram profundas transformações nas bases teóricas dos Estados modernos, principalmente no sentido dos seus princípios republicanos e da soberania.

De acordo com Nascimento³³:

(...) o Estado de Direito acresce à juridicidade liberal um “conteúdo social” associando ou ligando a limitação da atuação estatal à prestações ou serviços implementados pelo Estado; ou seja, a lei passa ser instrumento de concreção do Estado que devem ser veículo para promoção de determinadas atividades ou ações pretendidas pela ordem jurídica ou adaptadas à ordem já estabelecida.

Porém, a globalização dos mercados, da indústria, das finanças, das tecnologias e mesmo das pessoas, cujas circulações se tornaram muito mais efetivas, levaram a uma liberalização dos mercados mundial, de modo a desequilibrar de forma mais clara a autonomia e a capacidade dos Estados, principalmente sob seus aspectos econômicos e políticos.³⁴

Nos dias de hoje o Estado não deve mais ser confundido como aquele que deve responder a todas as demandas da sua população frente os próprios desejos transnacionais que são os mais crescentes. Sabe-se que os problemas sociais que cada vez são mais acentuados nos Estados Democráticos de Direito em muito se devem à globalização e transnacionalização.

³¹ AVILÉS, Antonio Ojeda. **Derecho transnacional del trabajo**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013;

³² CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais, p. 125. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Tomo 3. Itajaí: UNIVALI, 2017.

³³ NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI. In: **Revista Brasileira de Direito**. V. 10. N. 2. 2014.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Trad. de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

De acordo com Cruz³⁵: (...) o grande desafio para o século XXI será a construção de uma Sociedade Democrática transnacional, respeitadora das diferentes concepções humanas, baseada na paz, na preservação da vida, na justiça social e no acesso de todos ao bem-estar”.

A soberania nacional se manteve em alta no decorrer do século XX quando os movimentos nacionalistas pregavam a existência de diversas premissas que definiam o Estado soberano interna e externamente, entre estas premissas encontravam-se as questões de ordem culturais, religiosas, linguísticas, étnicas, sociais, econômicas que são pertinentes a determinados grupos ou sociedades que formam determinado Estado e portanto deveriam ser respeitadas, tanto sob o ponto de vista interno como externo.³⁶

Importante destacar que tanto os conceitos de nação como de Estado Democrático de Direito são algo que, mesmo nos dias de hoje, ainda se mantem em construção, isto porque, as alternâncias vivenciadas hodiernamente sob o ponto de vista social, cultural, econômico, político, educacional, jurídicos entre outros, vem influenciando as sociedades de uma forma global, ou seja, há uma evolução muito rápida sobre tais conceitos que de alguma forma está alterando o entendimento de nação de Estado.³⁷

Nascimento³⁸ discorre que:

A transnacionalidade não é um fenômeno distinto da globalização ou mundialização, pois nasce no seu contexto, com características que podem viabilizar o surgimento da categoria Direito Transnacional; eis que a globalização possui natureza econômico-comercial, fortalecido pelo desenvolvimento tecnológico das comunicações e meios de transporte, conduz o enfraquecimento do Estado-nacional, com a desterritorialização das relações político-sociais.

Por outro lado, nos dias de hoje, já não há como conceber mais o Estado soberano como um território ocupado por pessoas e “gerenciado” pelo governo em uma nação meramente linguística e cultural ou em um grupo homogêneo com características, objetivos e necessidades em comum que a cada dia se tornam mais difíceis de serem concretizadas pelos Estados.

Cruz³⁹, discorre que a: “Soberania se configura como um conjunto de poderes historicamente exercidos pelo Estado e que, em princípio, só a ele correspondem”

³⁵ CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí, SC: Editora UNIVALI, 2014, p. 21.

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do direito e estado transnacionais. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 03, 2009.

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do direito e estado transnacionais. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 03, 2009.

³⁸ NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI. In: **Revista Brasileira de Direito**. V. 10. N. 2. 2014.

³⁹ CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 54.

Neste contexto, a soberania externa dos Estados modernos estão se vendo diretamente afetadas pelo processo de globalização que se acelerou na vidade do século XX para o século XXI, fazendo surgir ou se intensificar o fenômeno da transnacionalização.⁴⁰

De acordo com Stelzer⁴¹, a globalização que o mundo experimento nos dias de hoje escorase na:

(...) intensificação das relações comerciais acarreta o aparecimento de uma série de necessidades, para as quais são dadas respostas que tornam o espaço mundial cada vez mais integrado. Os anseios comerciais abrem terreno para o desenvolvimento de novas técnicas de transporte (e.g., motor a combustão, inclusive para o uso na aviação, e contêineres, para uso na navegação internacional) e comunicação (e.g., microprocessadores, celulares e internet), bem como para a criação de novos produtos e novas técnicas de produção. Na cauda do desenvolvimento técnico-científico, seguem as mudanças nas políticas econômicas dos Estados e o impulso em outras áreas, como a cultura, o turismo e a educação. Essa relação entre comércio mundial e desenvolvimento técnico-científico se auto alimenta como uma bola de neve: enquanto o comércio incentiva novas descobertas tecnológicas, estas mesmas descobertas permitem uma maior expansão comercial — a qual, por sua vez, exige novos desenvolvimentos técnico-científicos.

Os novos espaços transnacionais, oriundos desta globalização, ultrapassam as questões do poder soberano dos Estados, principalmente a sua soberania externa, bem como as relações entre os relacionamentos políticos e sociais, isto porque, atualmente está ocorrendo um fenômeno denominado de ultravalorização do sistema econômico capitalista, fruto da globalização dos mercados financeiros, cuja articulação dos sistemas jurídicos nacionais vem colocando em xeque o próprio conceito de Estado e da sua própria soberania.⁴²

Esta desterritorialização dos Estados modernos vem dando espaço para os territórios transnacionais, que se diferem dos espaços Estatais e se colocam como uma fronteira que ultrapassa as parcelas perceptíveis dos Estados atuais, mais sim, representa um espaço virtual indefinido sob o ponto de vista de espaço e tempo e isto fica claro principalmente nas questões de ordem comercial, quando uma empresa tem sua cadeira produtiva em mais de um país, ou que um serviço seja prestado em qualquer país do mundo (como nos casos dos *call centers*).⁴³

Neste sentido Prado⁴⁴, discorre que:

Essa nova dinâmica global, exatamente por não se limitar a nenhum território específico, mina o poder decisório do Estado Constitucional Moderno, que tem uma natureza intrinsecamente territorial. O Estado, sob a pressão dos mercados globalizados e na tentativa de acompanhar o desenvolvimento fomentado internacionalmente (ou, melhor dizendo, transnacionalmente), submete-se aos ditames

⁴⁰ PRADO, Lucas de Melo. A crise da soberania e do Estado Moderno em uma perspectiva tridimensional. In: **Revista De Direito Público**, Londrina, V. 7, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2012.

⁴¹ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 22—24.

⁴² HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Trad. de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

⁴³ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (orgs.) **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

⁴⁴ PRADO, Lucas de Melo. A crise da soberania e do Estado Moderno em uma perspectiva tridimensional. In: **Revista De Direito Público**, Londrina, V. 7, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2012, p. 105.

econômicos globais, impostos pelo capitalismo globalizado e ultravalorizado, perdendo cada vez mais sua capacidade de influenciar os ciclos econômicos. Além disso e por conta disso, o Estado, buscando adaptar-se a essa realidade estranha ao paradigma teórico moderno, adere aos movimentos de integração comunitária e, com o intuito de fortalecer-se perante o meio externo, o próprio Estado Constitucional Moderno torna-se signatário de normas que lhe tolhem a Soberania (...)

Cumpre ainda ressaltar que a grande mobilidade de capital econômico circulante derivado do processo de globalização cria dificuldades ao próprio funcionamento dos Estados, uma vez que, impõe diversas barreiras ao crescimento e à produção de riquezas, principalmente nos países periféricos ou em desenvolvimento. Este contexto fica muito claro com o aumento da competição local, que acaba por diminuir a capacidade do Estado em coletar impostos e simples ameaça do deslocamento do capital para outro local ou país leva à políticas de redução (isenção de impostos) diminuindo assim a capacidade do Estado em arrecadar e investir em políticas públicas voltadas à sociedade.⁴⁵

Prado⁴⁶, assevera que:

Todavia, ao mesmo tempo em que as pressões externas estorvam o poder decisório dos Estados, fica cada vez mais claro que as decisões estatais, mesmo quando tomadas com base territorial, têm a capacidade de transbordar fronteiras e atingir outros Estados. Estes últimos, ainda que não havendo participado daquele processo deliberatório, sofrem as suas consequências e são obrigados a buscar soluções para problemas originados fora de seu território.

Desta forma, pode-se dizer que a transnacionalidade, gerada pelo processo de globalização desenfreado experimentado nos dias de hoje, vem de certa forma, derrubando as concepções de princípio soberano e republicando, uma vez que, este processo globalizatório, em todos os seus mais variados aspectos, vem se inserindo cada vez mais nos territórios nacionais, tornando reféns tanto os Estados como suas populações.

O fenômeno do transnacionalismo vem transplantando as fronteiras estatais, inserindo-se na sociedade e na economia dos países gerando nas pessoas a sensação de pertencimento a um mundo maior que o próprio território no qual estão inseridas de modo a gerar nas mesmas uma mudança no seu entendimento de soberania.

Pode-se dizer que o fenômeno da transnacionalização, fortalecido pelo processo de globalização está alterando o conceito de soberania Estatal e popular, uma vez que tanto as ideias transnacionais como globalizadas circulam com grande facilidade pelo mundo, o que coloca a soberania nacional e os Estados em xeque.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Trad. de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

⁴⁶ PRADO, Lucas de Melo. A crise da soberania e do Estado Moderno em uma perspectiva tridimensional. In: **Revista De Direito Público**, Londrina, V. 7, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2012, p. 106.

Os princípios republicanos e da soberania nacional são de grande importância para os Estados Democráticos de Direito desde o surgimento dos Estados modernos e se colocam como verdadeiros princípios basilares das Republicas do mundo Ocidental.

Sabe-se que cada Estado se compõe em um determinado território e possui um povo que nele se estabelece, geram riquezas, produzem bens e serviços, estudam, criam suas famílias etc., em um corpo social organizado politicamente, socialmente, culturalmente, religiosamente, economicamente etc.

Neste contexto, os princípios republicano e da soberania social geram nas pessoas uma sensação de nacionalismo e de pertencerem a um determinado país, que nele criam as suas expectativas e possuem suas necessidades.

Entretanto, no dias de hoje, o processo de globalização está colocando em discussão e em xeque este sentimento de nação, de soberania e de república, uma vez que, tal processo expandiu ideias, produtos, serviços, cultura e dinheiro para praticamente todas as partes do mundo, levando as pessoas a sentirem-se parte de um mundo maior do que as próprias fronteiras dos seus países.

Junto com o processo de globalização também surgiu o fenômeno da transnacionalização que é a transposição das fronteiras nacionais de processos fabris, financeiros, educacionais, jurídicos, comerciais etc.

Este processo vem se avolumando, visto que a globalização gera, em alguns casos conflitos que necessitam soluções que ultrapassam a própria regulamentação de um país, exigindo a aplicação de outras normas alienígenas (Direito Transnacional) a casos concretos em um determinado território, ultrapassando assim a soberania externa e não raras vezes interna do Estado.

Assim é possível dizer que a transnacionalização em conjunto com o processo crescente de globalização vem colocando e dúvidas a existência dos Estados nacionais e com estes as noções de República e de Soberania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVILÉS, Antonio Ojeda. **Derecho transnacional del trabajo**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BULOS, Uadi Lammego. **Constituição federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. V. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

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

CRUZ, Paulo Márcio Cruz. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí, SC: Editora UNIVALI, 2014.

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

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Z. A transnacionalidade e a emergência do direito e estado transnacionais. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, v. 03, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais, p. 125. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo**. Tomo 3. Itajaí: UNIVALI, 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antônio. Sobre o princípio republicano. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 13 – n. 1, p. 43-54, jan-jun, 2008. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1226/1029>. Acesso em: 18 set. 2019.

CRUZ, Paulo Márcio; CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 1(1):87-96 janeiro-junho 2009.

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

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Trad. de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

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

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

A TRANSNACIONALIDADE DO DIREITO SOB AS PERSPECTIVAS ECONÔMICA, AMBIENTAL E TECNOLÓGICA

Fernando Rafael Corrêa¹

Felipe Navas Próspero²

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe estudo sobre a Transnacionalidade do Direito sob as Perspectivas Econômica, Ambiental e Tecnológica. O desenvolvimento deste trabalho concretizou-se através do estudo de doutrinas nacionais e estrangeiras no campo da Transnacionalidade dentro das perspectivas Econômica, Ambiental e Tecnológica.

Para tanto o artigo foi dividido em quatro capítulos, quais sejam: o Fenômeno da Transnacionalidade, a Transnacionalidade sob a Perspectiva Econômica, a Transnacionalidade sob a Perspectiva Ambiental e a Transnacionalidade sob a Perspectiva Tecnológica.

No primeiro item foram analisados conceitos, evolução histórica e doutrinárias aplicadas ao fenômeno da Transnacionalidade.

No segundo capítulo buscou-se verificar através Transnacionalidade um estudo a partir da perspectiva econômica, em relação aos cenários que vem se modificando em decorrência da evolução do homem. O estudo busca apresentar respostas ao novo conjunto de demandas ligadas aos novos cenários transnacionais que foi alavancado principalmente pelas relações econômicas entre os países.

No terceiro item abordou-se Transnacionalidade sob a Perspectiva Ambiental, onde é destacada a crise global no que tange ao direito ambiental, primeiro ante a evidente lacuna de regulamentos que possam envolver todos os países, considerando tratar-se o meio ambiente uma questão vital para o homem. Segundo, o entendimento pelo homem da forma pela qual os ecossistemas se relacionam em todo planeta. Buscou-se destacar a sustentabilidade e a solidariedade como fator de mudança de concepção, para que o ser humano possa encontrar equilíbrio entre seu desenvolvimento e o ambiente onde vive, tudo objetivando a manutenção do Planeta e das gerações futuras.

No último capítulo destacou-se a Transnacionalidade sob a Perspectiva Tecnológica, onde buscou-se apresentar os principais acontecimentos tecnológicos que ultrapassaram os limites da

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (CAPES 6). Especialista em Direito Tributário pela UNIVALI. Especialista em Direito Processual Civil pela Instituição Luiz Flávio Gomes de Ensino. Advogado.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (CAPES 6). Especialista em Direito Constitucional, pela ABDConst, Pós-graduando em Direito Digital e Compliance pela Dámasio Educacional. Advogado.

soberania, o comportamento do homem frente a estas ocorrências e qual a interferência destes acontecimentos na vida do homem e na relação entre as nações.

Desta forma o artigo tem como objetivo geral destacar o fenômeno da transnacionalização aos âmbitos econômico, ambiental e tecnológico, trazendo os principais acontecimentos relativos as matérias, eventuais pensamentos legislativos em âmbito mundial, mas, principalmente, apresentar respostas e direções quanto ao comportamento humano e quanto as relações entre nações, para que se possa alcançar um equilíbrio entre os meios produtivos, no sentido da exploração de atividade econômica e a natureza através de utilização de práticas sustentáveis, criatividade nos negócios e novas tecnologias.

O presente Artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados do Artigo, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Transnacionalidade em todas as suas dimensões.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ foi utilizado o Método Indutivo⁴, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁵, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica indutiva.

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

1. O FENÔMENO DA TRANSNACIONALIDADE

O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgido principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.¹⁰

Indiscutivelmente o fenômeno globalização surge como uma mudança histórica, talvez a mais importante da ordem mundial na transição para o novo milênio. Para Leff, este processo tende a dissolver as fronteiras nacionais, homogeneizando o mundo através da extensão da racionalidade do mercado a todos os confins do orbe. As novas estratégias do poder do capital na etapa da

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 114.

⁵ LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 69.

⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 41.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 58.

⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 217.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 16.

globalização ecológica não se reduzem à exploração direta dos recursos, mas uma recodificação do mundo, das diferentes ordens de valor e de racionalidade, à forma de um sistema generalizado de relações mercantis.¹¹

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um território mundial, uma nova ordem supra a e transnacional que permite circulação de pessoas, ideologias, capitais, mercadorias, bens e serviços, o qual demonstra a redução (crise) do Estado e institui instrumento de governança global.¹²

O barateamento dos meios de comunicação, a intensificação do comércio, facilitação dos transportes, expansão do capital financeiro, entre outros, assistiu-se ao enfraquecimento estatal, tendo por contrapartida a emergência e o reforço de outros enlaces de poder. O Estado não desapareceu, mas relativizou-se em determinadas dimensões legais, de maneira que não se reconhece mais o ente político-jurídico em suas características clássicas.¹³

O contexto que se insere a Transnacionalidade é o desmanche da unidade de Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidade entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais.¹⁴

Trazer à discussão a Transnacionalidade é cogitar a possibilidade de modificar as concepções sobre as relações transpassantes que afetam direta ou indiretamente a todos, a fim de ordenar um claro senso de responsabilidade com relação aos efeitos de ações políticas e econômicas em um mundo globalizado.¹⁵

A condição da Transnacionalidade implica levantar a possibilidade de modificar as concepções sobre cidadania, visando criar uma clara sensibilidade e responsabilidade com relação aos efeitos das ações políticas e econômicas em um mundo globalizado.¹⁶

A transnacionalização valoriza específicas características da globalização, gerada no âmbito desse processo, especialmente ligada a transpasse das fronteiras nacionais. Enquanto a internacionalidade é clara no que diz respeito à relação inter-nações ou, melhor dito, inter-Estados, a Transnacionalidade desconhece fronteiras, resultado direto do processo em escala global.¹⁷

Abordar a temática relativa ao Direito Transnacional e à Transnacionalidade significa fazer menção à obra de Philip C. Jessup, intitulada *Transnational Law*. Naquele momento, precisamente

¹¹ LEFF, Henrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 431.

¹² STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 10-11.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 15.

¹⁴ BECK, Ulrich. **O que é Globalização? Equívocos do Globalismo**. Respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 49.

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. Migrações Transnacionais, p. 126. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, Democracia e Constitucionalismo**.

¹⁶ RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 04.

¹⁷ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 22.

no ano de 1956, o autor apresentou o citado texto para as Conferências Storrs ministradas na Yale Law School, demonstrando sua preocupação quanto ao direito aplicável à complexa comunidade mundial inter-relacionada que se formava.¹⁸

Então, para o autor, seria função do Direito Transnacional ajustar os casos e distribuir a jurisdição de maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniências de todos os membros da comunidade internacional. O entendimento fundamental não partiria da soberania ou do poder, mas da premissa de que a jurisdição é essencialmente uma matéria processual que poderia ser amigavelmente distribuída entre as nações do mundo.¹⁹

Já segundo Staffen, o advento do transnacionalismo e da globalização jurídica apresenta em sua essência traços de consensualidade, na faceta de contratos, acordos, cooperações, mútuo reconhecimento nos expedientes de produção normativa e, por sua vez, negociações mediações, conciliações e arbitragem para resolução das controvérsias.²⁰

O Direito Transnacional inclui então tanto o aspecto cível quanto o criminal, inclui o que conhecemos como Direito internacional público e privado, e inclui Direito nacional, tanto público como privado. Não há razão inerente porque o tribunal judicial, seja nacional ou internacional, não devesse ser autorizado a escolher dentre todos estes corpos legais a regra considerada mais de acordo com a razão e a justiça para a solução de qualquer controvérsia particular. A escolha não necessita ser determinada pela territorialidade, personalidade, nacionalidade, domicílio, jurisdição, soberania ou qualquer outra rubrica, salvo se esses rótulos são reflexões razoáveis da experiência humana com a convivência absoluta e relativa da lei de do foro – *lex conveniens e forum conveniens*.²¹

Enfim, a transnacionalização pode ser compreendida como fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado pelo sistema econômico capitalista ultra valorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados.²²

O presente trabalho justamente se concentra nas dimensões econômicas, ambientais e tecnológicas porque são os assuntos que mais evidenciam a quebra dos territórios e a relativização das nações. São temas que anseiam a presença do direito, na busca do equilíbrio, de uma nova democracia, salvaguardando as futuras gerações.

O fato é que a necessidade de regulação jurídica transnacional distinta das normas de direito internacional é latente tendo em vista dos novos cenários globais e transnacionais. Destacou-se

¹⁸ PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Ribeiro; CRUZ, Paulo Márcio (orgs.). **Transnacionalidade e sustentabilidade**: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018, p. 09.

¹⁹ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Fundo de Cultura: São Paulo, 1965, p. 62.

²⁰ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 29.

²¹ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Fundo de Cultura: São Paulo, 1965, p. 87.

²² CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

inicialmente a perspectiva econômica porque este fator foi o mais importante catalisador da transnacionalidade, um verdadeiro motor diante da intensidade das relações comerciais, cujas necessidades e respostas tornaram o espaço mundial mais integrado, principalmente no que tange às questões de comunicação e transporte.²³

Depois a ambiental, pois é evidente que os danos ambientais globais já não possuem mais limitação espacial ou temporal. É uma responsabilidade que transcendeu a qualquer autoridade e que não pode mais ser compensada financeiramente. O risco global diante do dano ambiental é imanente e praticamente irreversível pois atingiu uma coluna importante dentro do cálculo da segurança.²⁴

E por fim a tecnológica, visto que o avanço da tecnologia e a evolução digital trouxeram impactos que ultrapassam as barreiras territoriais, visto que os serviços prestados são de caráter transnacional. O tratamento de dados pessoais, hoje, é realizado “na nuvem”, não se tendo conhecimento de como as informações pessoais são geridas, bem como são utilizadas, dando azo a edição de diversas normas de proteção de dados que preveem a existência de direitos transnacionais.

2. A TRANSNACIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA ECONÔMICA

O planeta Terra, há muito, não mais é uma junção de terras distantes. O nivelamento das culturas e o desaparecimento das tradições abriram espaço para um modo uniformizado de vida.²⁵

E vamos mais longe. Segundo Leff, só um princípio chegou a ser tão universal como a ideia de Deus: o mercado. O conceito de mercado generalizou-se, construindo o mundo à sua imagem e semelhança. O mercado é a ideia absoluta que move o mundo globalizado, penetrando em nossa epiderme, em nossa sensibilidade, em nossa razão e em nossos sentidos. O *homo economicus* substitui o *homo sapiens* na fase suprema de evolução até o fim da história. O ser economizado já não precisa pensar para existir. Basta-lhe reconhecer-se nos ditados da lei suprema do mercado.²⁶

O vínculo da ciência com a produção orientou o desenvolvimento do conhecimento para um processo econômico regido pela globalização do mercado. A racionalidade tecnológica e econômica que guiam este processo tendem para uma totalidade homogeneizadora que integram o mundo através da recodificação de todas as ordens ontológicas do ser. Este processo de *economização do mundo* desterrou a natureza e cultura da produção, abrindo caminho para um desenvolvimento das forças produtivas fundadas no domínio da ciência e da tecnologia sobre a natureza.²⁷

²³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23

²⁴ BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do Globalismo. Respostas à Globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 31.

²⁵ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 103.

²⁶ LEFF, Henrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 431.

²⁷ LEFF, Henrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 431.

De forma mais técnica, quanto a economia do mundo e seus reflexos, explica Derani²⁸ que:

todo o desenvolvimento da produção interna tem seus pilares nesta relação externa. Da mesma forma, os países que ficaram do lado desfavorável da balança tiveram que ajustar toda sua estrutura social nesta relação internacional. Não é possível modificar-se a estrutura de produção interna sem se reformar toda relação econômica externa. Portanto, as normas da ordem econômica não podem querer restringir-se a aspectos estritamente internos com desenvolvimento econômico. Todo o planejamento da atividade econômica implica a consideração irrefutável dos efeitos das normas da atividade econômica sobre as estratégias de política econômica internacional. A verdadeira macroeconomia tem sua base na reprodução da estrutura internacional. Fatores como produção agrárias e divisão de terra, emprego e capacitação profissional, investimento tecnológico e direcionamento da tecnologia, desenvolvimento da indústria nacional e sua finalidade, objetivo da produção e estabilidade da moeda jamais serão resolvidos, circunscritos, exclusivamente, à estrutura da economia interna.

É evidente, dentro do panorama exposto, que a questão da conservação da natureza integra uma perspectiva mundial, não só pelos efeitos da destruição ambiental que desconhece fronteiras, mas sobretudo pela sua vinculação à dinâmica do mercado internacional.²⁹

A “economia-mundo”, segundo Faria, configura um espaço único de ação social, dentro do qual se integram múltiplos processos de produção organizados em torno de uma divisão axial do trabalho (tensão centro/periferia) e de uma divisão social do trabalho (tensão burguesia/proletariado), que juntas, permitem uma incessante acumulação de capital.³⁰

Em outras palavras, segundo o mesmo autor, a “economia-mundo” consiste numa complexa rede de mecanismos inter cruzados e interligados de produção, distribuição e comercialização de bens e serviços num processo global de “acumulação via mercadorização” – mais especificamente, em redes e cadeias que atravessam as fronteiras nacionais.³¹

A “economia-mundo” forja suas estruturas institucionais, políticas e jurídicas e estabelece limites para os agentes e grupos que integram e cria suas próprias regras de legitimação. Esse é o motivo pelo qual o Estado, nesta perspectiva, seria antes consequência e não causa do capitalismo.

32

Inegável portanto que a mundialização e a progressiva interdependência das relações estão configurando, de fato, a formação de um novo âmbito de interesse geral, fomentado pela economia, que encontra-se situado em fronteiras transnacionais e que, agora, começam a se concretizar de maneira muito intensa pela defesa dos direitos humanos, que para Cruz e Bodnar, só será viável a universalidade dos direitos a partir da superação dos limites estatais modernos da Democracia.³³

²⁸ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-105.

²⁹ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106.

³⁰ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

³¹ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88-89.

³² FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89.

³³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012, p. 47.

Segundo os autores, para encontrar respostas ao novo conjunto de demandas ligadas aos novos cenários transnacionais é preciso superar a construção teórica da modernidade liberal. O Direito que adviria de um ambiente político-jurídico transnacional seria forjado, muito provavelmente, com base em princípios de inclusão social e proteção ao meio ambiente. A sustentabilidade e a solidariedade passariam a ser dois dos principais itens do debate jurídico.³⁴

Staffen sustenta que não se almeja a universalização do Direito, mas de sua globalização a partir da produção, aplicação e correção de um conjunto complexo de fenômenos jurídicos por múltiplos atores (locais, nacionais, internacionais, transnacionais e globais) pelos princípios compartilhados com diferentes níveis de cogência, cujos conflitos são resolvidos por meios previamente definidos, sem a compulsoriedade dos juízes nacionais.³⁵

Em termos de economia política mundial, segundo Leff, o poder mais consolidado que deve ser desconstruído é a ideologia neoliberal; é a armadura mais difícil de desarmar, apesar de serem evidente seus efeitos ecodestrutivos, seu impacto na produção de pobreza, o desmoronamento das instituições e a desmoralização da sociedade. Não só não se sustenta da balança do paradigma mecanicista em que se funda, como ainda seus alicerces sofrem colapso numa economia que se move pelas leis cegas do mercado (...)³⁶.

O fato é que com o avanço da transnacionalização, o direito de natureza estatal principalmente, se depara com lacunas diante das transformações mundiais, fazendo com que tenha dificuldades na edição de normas capazes de vincular e disciplinar as relações progressivamente policêntricas. O comércio mundial, na qualidade de carro chefe do processo de superação de fronteiras, aparece no centro deste processo, motivado como não poderia deixar de ser – um esboço de Direito transnacional.³⁷

Naturalmente pelo poderio do capitalismo, pelo enorme interesse das nações, por ser uma atividade que originou relações transfronteiriças, vê-se a necessidade de um direito que tenha capacidade de regulação, que legitime valores, e que sirva de freio para movimentos contrários a cidadania.

Leff sustenta que através da globalização econômica, os movimentos de cidadania estão legitimando novos valores e direitos humanos que estão detonando o surgimento de projetos sociais inédito na história. A cidadania emerge configurando novos atores sociais fora dos campos de atração das burocracias estatais e dos círculos empresariais, que reclamam autodeterminação de suas condições de existência e a autogestão de seus meios de vida.³⁸

Para Faria³⁹:

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí: Univali, 2012, p. 47

³⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do Direito Global*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 17.

³⁶ LEFF, Henrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 127.

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 39.

³⁸ LEFF, Henrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 127.

³⁹ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148

a tensão inexorável entre as multiplicações dessas normas de natureza técnica e dos organismos responsáveis por sua formulação, positivação, interpretação e aplicação, a proliferação das regras de funcionamento, padrões organizacionais e códigos de conduta impostos pelos grandes conglomerados empresariais e financeiras transnacionais às suas unidades produtivas no plano infranacional, a subsequente fragmentação da adjudicação no plano mundial e esse processo de “internacionalização” harmonizadora e padronizadora de importantes áreas, ramos e setores do direito positivo nacional é que vão forjar o caráter da racionalidade jurídica inerente ao fenômeno da globalização econômica.

Racionalidade essa, cuja “norma fundamental”, enquanto condição de possibilidade de um sistema normativo em sentido kantiano, definindo o perfil da própria experiência objetiva da ordem jurídica emergente, reside num juízo de fato: a consciência dos novos sujeitos políticos e dos agentes econômicos de que as formas de relações sociais condicionadas pelas interconexões entre as instituições financeiras internacionais e as corporações transnacionais exigem do Estado-nação diferentes papéis de intermediação que só podem ser efetivamente exercidos com a colaboração deles – e, o que ainda é mais importante, sem seu poder de veto.⁴⁰

A *lex mercatória* para Cruz e Stelzer pode ser considerada o grande corpo autônomo de normas de natureza transnacional, pois se traduz em regras que nascem e se desenvolvem longe dos comandos estatais, embora reconhecidas e aplicadas diariamente no comércio mundial. Os mesmos autores citando Antônio Carlos Rodrigues do Amaral destacam *que o conceito de Estado nacional e lex mercatória são praticamente excludentes, uma vez que o primeiro preceitua plena soberania e o segundo a criação de um sistema de normas relativas ao comércio internacional de caráter transnacional*.⁴¹

Como já destacou Staffen, o direito internacional é dotado de regras jurídicas próprias estabelecidas pelos próprios interessados, quais sejam, os operadores do comércio internacional, inclinando para o sistema *soft law*, mas absolutamente distinta dos padrões normais dos direitos nacionais e internacionais públicos.

Segundo Cruz e Stelzer, entre as regras transnacionais mais utilizadas no meio empresarial e que se encontram marginais à recepção dos ordenamentos estatais são as normas denominadas Termos Internacionais de Comércio (*Internacional Commercial Terms*) conhecidos pela abreviatura e o *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits* (UCP), além da solução privada de arbitragem em recintos especializados.

Permanecendo à margem de ordenamentos transnacionais, até pela complexidade do assunto, ganha campo a arbitragem comercial que retrata um campo jurídico transnacionalizado por excelência, pois não se identifica com o território nacional e tampouco com regras de ordem pública. No campo de atuação comercial, interessa a tecnicidade das soluções de lides privadas, a *expertise* dos julgadores envolvidos, a precisão na abordagem da causa, a celeridade do rito processual, a desvinculação da preocupação com o caráter social, tanto é que foi criada pela

⁴⁰ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148.

⁴¹ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 40.

Comissão das Nações Unidas para a Legislação Comercial, um conjunto de regras de arbitragem que servem de referência para os comerciantes, embora não se trata de espaço arbitral para solução de conflitos.⁴²

Destaca-se por fim a regionalização, como principal referencia de ordenamento que transborda as fronteiras dos Estados, concebida naturalmente pela questão econômica com o fito de viabilizar a obtenção de melhores condições de participação no intercambio mundial, maximizar o aumento das economias de escala, minimizar os custos sociais e econômicos da globalização.⁴³

É justamente esse o caso na União Europeia, uma organização supranacional sem uma Constituição própria, sem uma ordem jurídica unitária e sem uma instituição realmente capaz de decidir a validade de todas as normas vigentes. Uma organização policêntrica cuja estrutura legal é integrada por modelos normativos de distinto caráter e por instrumento de alcance variado – dos tratados constitutivos e seus respectivos anexos e protocolos modificativos ou complementares regidos pelas regras tradicionais do Direito Internacional (numa dimensão basicamente confederativo-cooperativa) ao direito derivado que se incorpora aos ordenamentos dos países-membros por meio de diretivas, regulamentos, decisões e recomendações.⁴⁴

Pela questão econômica este fenômeno da integração regional pode ser visto como uma estratégia entre Estados soberanos, com vista a reorganização econômica recíproca ante aos desafios da globalização. É aonde se comprova que o direito vai a reboque da economia, motivo pelo qual sucumbiu as mutações que lhe foram exigidas, a ponto de não se identificar com o Direito internacional ou nacional. O direito comunitário da União Europeia é o falso de uma transnacionalidade em espectro regional.⁴⁵

3. A TRANSNACIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA AMBIENTAL

A crise ambiental é a crise do nosso tempo. Não é uma catástrofe ecológica, mas o efeito do pensamento com o qual construímos e destruimos o nosso mundo. Esta crise de civilização se apresenta como um limite na ordem do real, que ressignifica e reorienta o curso da história; limite do crescimento econômico e populacional; limite dos desequilíbrios ecológicos, das capacidades de sustentação da vida e de degradação entrópica do planeta; limite da pobreza e da desigualdade social.⁴⁶

A humanidade encontra-se em perigo eminente. Para Freitas, “trata-se da primeira vez na história, salvo risco de guerra nuclear, que a humanidade simplesmente pode inviabilizar a sua permanência na Terra, por obra e desgraça, em larga escala, do seu estilo devorante, compulsivo e

⁴² CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 40.

⁴³ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 293.

⁴⁴ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 300.

⁴⁵ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 47.

⁴⁶ LEFF, Henrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 416.

pouco amigável”.⁴⁷ Inúmeros são os sinais de que a Terra está no limite de sua capacidade para suportar as espécies vivas.

Dentre eles, segundo Barbieri “estão os diversos problemas ambientais provocados pelas atividades humanas que vêm se agravando ao longo do tempo, sendo que alguns já adquiriram dimensões globais ou planetárias, como a perda da biodiversidade, a redução da camada de ozônio, a contaminação das águas, as mudanças climáticas decorrentes da intensificação das emissões de gases de efeito estufa, entre outros”.⁴⁸

Leff destaca que “vários acontecimentos na história anunciam uma mudança de época: o fim dos grandes projetos da modernização e surgimento de novos sentidos de civilização. O mais eloquente sinal dessa fase histórica é a crise ambiental e a reconstrução social a partir dos potenciais da natureza e dos sentidos da cultura. A sustentabilidade do desenvolvimento anuncia o limite da racionalidade econômica, proclamando os valores da vida, da justiça social e compromisso com as gerações vindouras”.⁴⁹

Bom, o fato é que no direito internacional a partir dos anos 30 o homem passou a identificar e regular elos entre a proteção da natureza e o desenvolvimento. A Convenção sobre a preservação da fauna e da flora, de 1933, a Convenção Internacional para a Regulação da Caça as Baleias, de 1946, e os Acordos para o estabelecimento de um Conselho Geral de Pescas para o Mediterrâneo, de 1949, já contêm referências ao desenvolvimento.⁵⁰

A primeira grande conferência internacional sobre o tema foi a Conferência de Estocolmo, de 1972, cuja base científica era o desenvolvimento sustentável, onde já se mostrava uma dialética complexa entre a pobreza, a riqueza e a destruição da natureza, causada pelas duas extremidades da pirâmide social, os ricos, no topo e os pobres na base.⁵¹

Em seguida, vários documentos importantes foram publicados, dando maior base científica ao conceito de desenvolvimento sustentável. Em 1980, o WWF, o PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, criado na Conferência de Estocolmo e a UICN publicaram a Estratégia Mundial da conservação, fato essencial para a expansão do PNUMA. Bem verdade que como os temas ligados ao PNUMA se relacionavam com o desenvolvimento econômico, países do Norte, a exemplo dos Estados Unidos e Comunidade Europeia que passaram a boicotá-lo sob o pretexto de que o programa deveria se abster sobre assuntos econômicos.⁵²

⁴⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 25.

⁴⁸ BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceito, modelos e instrumentos**. 3. ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 05.

⁴⁹ LEFF, Henrique. **Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 403.

⁵⁰ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32.

⁵¹ VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32.

⁵² VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 34.

Para Ferrer el desarrollo de Derecho Ambiental es, em gran medida, directo deudor de Derecho Internacional. La consciência de que los problemas globales requieren de soluciones concertadas há impulsado la adopción de uma gran cantidad de instrumentos de diverso espectro inspirados en un principio que poderia formularse como “pensar globalmente, actuar coordinadamente”.⁵³

A norma fundamental do direito ambiental internacional é expressa no Princípio 21 da Declaração de Estocolmo: “Os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios do direito internacional, têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos segundo suas políticas ambientais, e a responsabilidade de assegurar sua atividade sob sua jurisdição e controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional.

Para Bosselmann, este texto equilibra direitos e responsabilidades, mas com base na soberania permanente sobre os recursos naturais. Isso pressupõe uma preferência de exploração sobre a proteção e uma prerrogativa dos interesses nacionais acima dos interesses globais.⁵⁴

O fato é que conforme o princípio acima citado, a responsabilidade só ocorre se os limites estabelecidos são ultrapassados. Sem tratados para especificar limites, os Estados não precisam temer qualquer consequência de danos ambientais transfronteiriços,⁵⁵ o que é um contrassenso. Isso se confirma, conforme o autor, pelo fato de que nenhum tribunal do mundo jamais condenou um estado por violar o dever de evitar danos ambientais.

Ferrer ensina que el Derecho Ambiental se singulariza cuando su objeto es la protección del Ecosistema Planetario, aunque sea a través de la inmediata defensiva de sus elementos, de los múltiples ecosistemas parciales que lo componen o de la utilización de um elenco de técnicas indirectas. Sólo es Derecho Ambiental el que tiene a gaia como referente último y principal, si existe un Derecho Ambiental esse es el Derecho Ambiental Planetario que debe comprenderse y articularse como Derecho de Especie, no el de um grupo politico que organiza pontualmente su relación com los recursos próximos.⁵⁶

Como principal característica da questão vital ambiental está a sua perspectiva global transnacional, considerando a forma pela qual os ecossistemas se relacionam e a vida acontece e se desenvolve em todo o planeta, sendo manifestamente impossível implementar uma tutela efetiva

⁵³ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n. 2, 2011, p. 493.

⁵⁴ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 186.

⁵⁵ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 187.

⁵⁶ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n. 2, 2011, p. 489.

restrita a determinado país ou território delimitado, baseada no superado conceito moderno de soberania.⁵⁷

Para Bosselmann:

A indivisibilidade do meio ambiente global está em nítido contraste com a fragmentação da legislação ambiental. Enquanto o pensamento ambiental foca no ambiente global, o pensamento jurídico foca no estado. Internacionalmente as leis ambientais regulam determinados segmentos do meio ambiente (ignorando a integridade tecnológica) e concorrem com as leis que propiciam um desenvolvimento insustentável. Internacionalmente, as leis ambientais representam o menor denominador comum entre os estados e também permitem que o Estado “soberano” escolhas cumpri-las ou não. Funcionando juntos estes aspectos limitantes criam uma fragmentação e enfraquecem a legislação ambiental. Adicione a isso a ética base do reducionismo antropocêntrico e ficamos com um ambiente global (em todas as suas complexidades) que permanece praticamente desprotegido.⁵⁸

A internalização ou integração do ambiente exige algumas alterações na definição da territorialidade. A soberania sobre o próprio meio ambiente “nacional” é limitada pelo fato de que o meio ambiente “nacional” também é parte de um ambiente mais amplo, transnacional ou global.

59

Uma solução óbvia seria a de estabelecer a nova forma de governança por meio de um tratado global. Certamente não faltam fundamentos para uma solução desta natureza, e o Projeto IUCN de 1995 e a Carta da Terra de 2000 são modelos importantes para o desenvolvimento futuro.

60

Desde meados de 1990, a Carta da Terra havia sido negociada por centenas de grupos da sociedade civil que representam a diversidade do mundo cultural, étnico e religioso. Em 2000, foi aprovado em Haia, e desde então tem sido apoiada por uma série de organizações internacionais e dos estados. A Carta da Terra aponta para mais que precaução ambiental global, fornece um quadro ético abrangente para o desenvolvimento sustentável. (...) Seus princípios são, portanto, orientações para todo o caminho no qual as nações e as pessoas devem conduzir seus negócios. Isso faz com que a Carta da Terra seja uma constituição adequada para uma nova ordem mundial.⁶¹

A Carta da Terra claramente assume um papel de liderança para com os cidadãos globais e sociedade civil global. Eles lideram onde estados e instituições relacionadas devem seguir. (...) Devemos encontrar maneiras de harmonizar a diversidade com unidade, o exercício da liberdade

⁵⁷ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 136.

⁵⁸ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 188.

⁵⁹ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 203.

⁶⁰ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 204.

⁶¹ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 142.

com o bem comum, objetivo em curto e longo prazo. A Carta da Terra representa o comprometimento profundo da sociedade civil com a sustentabilidade.⁶²

A referência ao princípio da sustentabilidade é crucial para a redefinição da soberania territorial. Há pouco mérito em restringir a soberania territorial sem observar a integridade do ecossistema da Terra. Se a restrição depende de “componentes ambientais” da “importância global” e das consequências da sua degradação ou destruição potencial para todos, os interesses antropocêntricos e econômicos do Estado ditarão o conteúdo da soberania territorial.⁶³

Ferrer⁶⁴ já advertiu que “La constatación científica, puramente aritmética, de que el crecimiento del consumo de bienes y servicios “per cápita” a que legítimamente aspira la mayor parte de la humanidad conduce um colapso ambiental cierto (...)O, finalmente, la asunción de que para evitar ese colapso debemos modificar urgentemente nuestras pautas de comportamiento, ajustándonos a patrones de sostenibilidad; son nociones que fluyen naturalmente de la idea nuclear consistente em que sabemos lo que tenemos y eso, y sólo eso, debemos gestionar.

A sustentabilidade ecológica é o único princípio que poderia inverter a lógica atual. Como o princípio da precaução, o princípio da sustentabilidade tem suas raízes em ideias ecológicas, em vez do antropocentrismo jurídico. E não é comprometido com o conceito de desenvolvimento sustentável. Se aceitarmos, portanto, que a integridade dos ecossistemas da Terra não pode ser fatiada em pedaços que se encaixam em áreas dentro ou fora das fronteiras nacionais, então os estados precisam estar vinculados a um princípio universal.⁶⁵

Esta evolución hacia del Derecho ambiental requería tanto del concurso de la ciência, aportando las claves que permitieran comprender el delicado e inescindible comportamiento del Ecosistema Planetario, como de um cambio histórico y literalmente revolucionário em la Concepción de la relación del hombre com seu entorno.⁶⁶

Em la dimensión internacional la única esperanza realista a corto plazo es que se prosiga com processos como los de Kyoto, buscando compromisos cada vez má amplio espectro e implicando a un número creciente de países en la reducción de los impactos al médio y em la progresiva protección de los elementos comunes, aunque ésta sea parcial.⁶⁷

⁶² BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 257-258.

⁶³ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.

⁶⁴ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n. 2, 2011, p. 476.

⁶⁵ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 216.

⁶⁶ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n. 2, 2011, p. 475.

⁶⁷ FERRER, Gabriel Real. La construcción del derecho ambiental. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n. 2, 2011, p. 483.

Ocorre que no âmbito ambiental, como muito bem destacou Staffen, existe forte problema decorrente do conflito entre cooperação global e diferenças nacionais (locais), da concorrência entre normas globais, normas nacionais e normas locais, vide o caso Myanmar vs OIT e Banco Mundial vs Índia, ou da identificação do juiz competente para conhecer/decidir sobre a pretensão resistida, seja nacional ou global. Cite-se a título de ilustração, o caso *Massachusetts vs. Environment Protection Agency* (n. 05-1120/2007), no qual a Suprema Corte americana decidiu pela impossibilidade de tutela jurisdicional em razão de problemas de legitimidade e capacidade de quantificar o dano ambiental, face o caráter difuso do bem jurídico.⁶⁸

Michel Bachelet⁶⁹ é enfático ao afirmar que a menos que a sociedade internacional aperfeiçoe e, sobretudo, aplique as normas de uma solidariedade multi-setorial à escala de todos os habitantes do planeta, populações inteiras desaparecerão pura e simplesmente pelos efeitos conjugados da vida e dos jogos da economia mundial.

A sustentabilidade como princípio, como mudança de concepção, como quebra de paradigma, por meio da colaboração e da solidariedade é a resposta. A consolidação de uma nova cultura de sustentabilidade global, baseada num paradigma de aproximação entre os povos e culturas, na participação do cidadão de forma consciente e reflexiva na gestão política, econômica e social.⁷⁰

Com toda a propriedade Cruz e Bodnar⁷¹ nos trazem a resposta no sentido de que o direito do ambiente é a maior expressão de solidariedade que corresponde à era da cooperação internacional, a qual deve manifestar-se ao nível de tudo o que constitui o patrimônio comum da humanidade. Somente com a consolidação de novas estratégias de governança transnacional, baseadas na cooperação e solidariedade, é que será possível assegurar um futuro com mais justiça e sustentabilidade.

4. A TRANSNACIONALIDADE SOB A PERSPECTIVA TECNOLÓGICA

O advento da “sociedade informacional” e a substituição do paradigma técnico-industrial pelo paradigma “pós-fordista” ou da especialização flexível da produção” não foram, todavia, as únicas consequências do sucesso alcançado pela ênfase dada ao conhecimento especializado como estratégia de resposta à estagnação, à inflação e à deterioração das condições de lucratividade dos capitais financeiro e produtivo trazidos pela crise do padrão monetário e pelos dois choques de petróleo, na década de 70. Tão ou mais importante foi o impacto da já mencionada conversão da

⁶⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do Direito Global*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 24.

⁶⁹ BACHELET, Michel. *Inteligência Ecológica: Direito Ambiental em questão*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 19.

⁷⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 119.

⁷¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 119.

ciência e da tecnologia em fator básico da produção, de competitividade e de inovação contínua sobre a ordem econômica mundial. Não é difícil compreender o motivo pelo qual este impacto passou a ser visto como a principal mola propulsora do fenômeno da globalização⁷².

A ciência e a tecnologia já não são exclusivamente meios de dominação do homem e exploração da natureza, mas objetos de apropriação desigual para fundar projetos civilizatórios diferenciados. São armas de dois gumes. A microeletrônica e as telecomunicações e as telecomunicações não são ferramentas para subjugar os despossuídos, mas instrumentos de luta em defesa dos direitos humanos que enlaçam um movimento solidário internacional. Também abriram a possibilidade de transmitir os fatos ocultados pelos mecanismos dos poderes estabelecidos e de mostrar o uso ilegítimo da violência e do poder do Estado. Deste modo, os meios tecnológicos gerados pela globalização estão sendo convertidos em instrumentos de poder e liberalização para as classes dominantes.⁷³

Lembra Staffen no caso *Google vs. Commission Nationale de l'Informatique e des Libertés* onde o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que as pessoas podem requerer aos mecanismos de busca online, a supressão de informações inadequadas ou irrelevantes de resultados que aparecem sob pesquisa por nomes, em defesa ao “direito do esquecimento”. O Google no caso em tela, satisfaz a ordem judicial, mas apenas nos domínios europeus, argumentando sua sujeição às leis nacionais. A autoridade francesa (CNIL), por sua vez, multou a Google em 100 mil euros em março de 2016, por não remover as listas em níveis mais profundos, indiferente do local de acesso, identificação do IP ou domínio utilizado, argumentando que esta era a única forma de garantir o direito dos europeus à privacidade, em nível global.⁷⁴

Todavia, em recente decisão sobre o caso, datada de 24 de setembro de 2019, o Tribunal de Justiça Europeu acolheu a tese do Google, no sentido de que “o operador de um motor de busca não tem de efetuar essa supressão de referências em todas as versões do seu motor, devendo fazê-lo nas versões deste que correspondem a todos os Estados-Membros (da UE)”⁷⁵. Desta forma, o Tribunal Europeu entendeu que a aplicabilidade do direito ao esquecimento, quando fundada nas diretivas da União Europeia, se adstringe aos países membros do bloco, não obrigando o operador de buscas a fazê-lo em âmbito mundial, visto que a legislação que ampara o direito não prevê esta obrigação.

⁷² FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86.

⁷³ LEFF, Henrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. 8 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011, p. 130

⁷⁴ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 24.

⁷⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial — Dados pessoais — Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento destes dados — Diretiva 95/46/CE — Regulamento (UE) 2016/679 — Motores de busca na Internet — Tratamento dos dados contidos em páginas web — Âmbito territorial do direito à supressão de referências. N. processo C-507/17. Google LLC contra Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1276004>>. Acesso em: 28.set.19.

Fato é que o assunto proteção de dados pessoais vem sendo discutido no âmbito da união europeia há várias décadas, sendo que o primeiro documento a tratar do tema data de 1980, quando o Comitê de Ministros da *OECD (Organization for Economic Cooperation and Development)* editou "As Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais". Desde então, várias normativas foram publicadas, no sentido de fortalecer o direito à privacidade, em razão do avanço das novas tecnologias, sendo a mais recente o *General Data Protection Regularion*⁷⁶ – *GDPR*, que positivou diversos direitos dos titulares dos dados pessoais no território europeu, porém, garantindo aos cidadãos do bloco que esses direitos sejam respeitados também quando estes estiverem em outro continente.

Outra característica importante do GDPR é o fato de garantir a todos os cidadãos do mundo os direitos ali previstos quando do tratamento dos dados em território europeu. Ou seja, a normativa garantiu a qualquer cidadão o direito de invocar direitos ali resguardados, independente de nacionalidade, bastando, para tal, que seus dados pessoais sejam, de alguma forma, manipulados dentro de sua jurisdição.

Denota-se, portanto, que o assunto proteção de dados pessoais, com a edição do GDPR, trouxe para o ordenamento jurídico a existência clara de direitos que transcendem territórios, garantindo o exercício destes a determinados grupos de pessoas, independente da localidade em que estejam fisicamente. É o caso de um cidadão brasileiro que se utiliza de um serviço de uma empresa europeia que colhe seus dados pessoais e os trata em seu território. Este cidadão possui legitimidade e interesse, caso entenda haver algum tipo de violação de privacidade prevista no GDPR, de reclamar perante a autoridade de proteção de dados da União Europeia, o que demonstra a existência de um direito transnacional que pode ser exercido por qualquer cidadão do mundo.

Na mesma esteira, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, Lei 13.709/2018, trouxe previsão idêntica, em que um cidadão europeu pode reclamar perante os órgãos de controle nacionais quando entender que algum de seus direitos foi violado, ante o tratamento de seus dados em território brasileiro, trazendo a incidência tanto do regulamento europeu quanto do brasileiro neste caso.

A discussão, entretanto, não está mais restrita na existência ou não de direitos transnacionais, que as normativas de proteção de dados já efetivaram, mas como eles podem ser exercidos de forma eficaz, tendo em vista que os limites territoriais ainda são uma barreira para a efetivação de direitos. Neste ponto, o avanço tecnológico pode ser a solução, visto que a evolução digital aproxima e torna possível a interação de indivíduos e sistemas que se encontram em cantos opostos do globo, podendo, também, criar mecanismos para que cidadãos de qualquer parte do mundo tenham condições de exercer direito transnacionais, sem que as barreiras territoriais sejam um impeditivo para a concretização destes direitos.

⁷⁶ Regulamento Geral de Proteção de Dados, em tradução livre. Disponível em: <<https://eugdpr.org/>>. Acesso em: 28.set.19

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os tempos são outros. A civilização evoluiu. O homem desconhece fronteiras. A terra é uma e estamos diante de uma nova ordem mundial que permite o livre trânsito, ou melhor, que não consegue impor limites e propor direitos à circulação de pessoas, bens, serviços, meio-ambiente e tecnologia.

Denomina-se este fenômeno a Transnacionalidade, não apenas em referência ao desmanche das fronteiras, do Estado, mas, pelos novos conflitos, pelas relações de poder, na existência de novos “*players*”, aos novos espaços, as novas identidades, cujo direito ainda não alcança.

Como se viu, este artigo justamente se concentrou nas dimensões que acarretaram ao fenômeno da transnacionalização e as que mais almejam resposta, quais sejam, as econômicas, ambientais e tecnológicas. São estas as dimensões que evidenciaram a quebra dos territórios e a relativização das nações. São assuntos que anseiam a presença do direito, na busca do equilíbrio, de uma nova democracia, para união das nações, como meio de propiciar a igualdade e salvaguardar as futuras gerações.

Quanto a dimensão econômica, pode-se atribuir ao capitalismo o alavanque do processo transnacional que permitiu o crescimento da circulação de bens e de pessoas. Fatos estes que ensejaram enorme interesse das nações, justamente pela circulação de riquezas, sendo esta atividade que originou relações transfronteiriças.

Mesmo que tal fenômeno já tenha se originado ao final da década de 40, o homem ainda não conseguiu uma forma de imposição, em nível global que tenha capacidade de regulação, que legitime valores, e que sirva de freio para movimentos contrários a cidadania, e que principalmente diminua a diferença entre ricos e pobres. Não se conseguiu um equilíbrio, uma troca de tecnologias e de informação para que os povos do norte e do sul possam viver em igualdade.

Foi destacado a regionalização, como uma referência de ordenamento que transborda as fronteiras dos Estados. Este fenômeno foi concebido pela questão econômica com o fito de viabilizar a obtenção de melhores condições de participação no intercâmbio mundial, já que possibilitada a união de força entre as nações, e com isso, a maximização das economias de escala e diminuição dos custos sociais e econômicos da globalização.

Mas o fato é que, ainda assim, não se conseguiu diminuir a desigualdade entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Na verdade o efeito foi outro. Este fenômeno da integração regional tem sido visto como uma estratégia entre Estados soberanos, com vista a reorganização econômica recíproca, distanciando-se cada vez mais das nações subdesenvolvidas. Só por isso se comprova que o direito é refém da economia, a ponto, como destacado no texto, de não se identificar com o Direito internacional ou nacional. Por isso a importância da evolução do direito em matéria econômica transnacional.

Sobre a dimensão ambiental, talvez seja esta a mais evidente das relações transnacionais ante a necessidade humana e também, a que mais necessita de amparo do direito pela sua

imprescindibilidade. A Terra não suporta mais as atitudes desenfreadas do homem. Inúmeros são os sinais de que a Planeta está no limite de sua capacidade para suportar as espécies vivas.

Diversos problemas ambientais provocados pelas atividades humanas vêm se agravando ao longo dos anos e boa parte deles já adquiriram dimensões globais, citando como exemplos a perda da biodiversidade, a redução da camada de ozônio, a contaminação das águas, as mudanças climáticas decorrentes da intensificação das emissões de gases de efeito estufa, tudo em decorrência do comportamento irresponsável do homem.

A educação antropocêntrica do homem somado potencialização das relações econômicas e de consumo são fatores que colocam em xeque o equilíbrio do planeta. Os limites colocados pelas legislações internacionais são ultrapassados. Existe regulação para especificar limites em âmbito nacional sem qualquer repercussão transnacional. Não há consequência aos Estados e estes não precisam temer qualquer retaliação pelos danos ambientais que são naturalmente transfronteiriços, o que é um absurdo. Repita-se, não se conhece alguma Nação que tenha recebido punição de algum tribunal do mundo por violar o meio ambiente.

É evidente portanto que a matéria ambiental é vital e sua perspectiva deve ser analisada de uma forma global transnacional, considerando a forma pela qual os ecossistemas se relacionam e a vida ao seu entorno.

É manifestamente impossível implementar uma tutela efetiva restrita a determinado território, baseada no superado conceito moderno de soberania. Viu-se na Carta da Terra um modelo de regulação para os cidadãos globais e sociedade civil global.

Conforme este documento, os estados e instituições devem encontrar maneiras de harmonizar a diversidade com unidade, o exercício da liberdade com o bem comum, objetivo em curto e longo prazo. A Carta da Terra representa o comprometimento profundo da sociedade civil com a sustentabilidade

E a sustentabilidade por sua vez precisa ser mundialmente reconhecida como princípio, como mudança de concepção, como quebra de paradigma, por meio da colaboração e da solidariedade através de uma governança global.

É imprescindível a consolidação de uma nova cultura de sustentabilidade global, baseada num paradigma biocêntrico, oportunizando a aproximação dos povos, das culturas, que cause reflexo na gestão política, econômica e social.

E tocante a dimensão tecnológica, cujo desenvolvimento tem repercutido em fatores econômicos como de produção e de inovação, não é difícil compreender o motivo pelo qual este impacto passou a ser visto como trampolim no contexto transnacional.

O problema é que a tecnologia tem aumentado a desigualdade entre povos. A tecnologia e as telecomunicações não podem ser utilizadas como ferramentas para subjugar os despossuídos, mas instrumentos de luta em defesa dos direitos humanos que enlaçam um movimento solidário

internacional e que diminuam a desigualdade entre as nações. A tecnologia ao contrário disto vem sendo utilizado como mecanismo de poder e liberalização para as classes dominantes em forma de monopólio tecnológico.

O que se vê atualmente é que a discussão não versa sobre existência ou não de direitos transnacionais, mas como eles podem ser regulados e aplicados de forma eficaz, visto que a soberania das nações são barreiras para assegurar direitos.

O que se pode vislumbrar é que o homem através da evolução tecnológica pode encontrar solução através da implementação digital, unindo culturas, favorecendo a interação de indivíduos, desconsiderando diferenças sociais de povos que se encontram em todos os lugares do planeta, podendo com isso, criar mecanismos para que cidadãos de qualquer parte do mundo tenham condições de exercer seus direitos, sem que as barreiras territoriais sejam um obstáculo para isso.

REFERÊNCIAS

BACHELET, Michel. **Inteligência Ecológica: Direito Ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão ambiental empresarial: conceito, modelos e instrumentos**. 3. ed. atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BOSELMMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e Transnacionalidade**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. **Migrações Transnacionais**, p. 126. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JUNIOR, Orlando Luiz Zanon Junior (Orgs.). **Direito, Democracia e Constitucionalismo**.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental e econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, V.6, n. 2, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Fundo de Cultura: São Paulo, 1965.

LEFF, Henrique. **Saber Ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

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

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

PIFFER, Carla; BALDAN, Guilherme Ribeiro; CRUZ, Paulo Márcio (orgs.). **Transnacionalidade e sustentabilidade**: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação. Porto Velho: Emeron, 2018.

RIBEIRO, Gustavo Lins. **A condição da transnacionalidade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Reenvio prejudicial — Dados pessoais — Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento destes dados — Diretiva 95/46/CE — Regulamento (UE) 2016/679 — Motores de busca na Internet — Tratamento dos dados contidos em páginas web — Âmbito territorial do direito à supressão de referências. N. processo C-507/17. Google LLC contra Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL). Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218105&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1276004>>. Acesso em: 28 set 2019.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

O CONTEXTO TRANSNACIONAL DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO FRENTE OS DIREITOS DA NATUREZA

Alessandra Vanessa Teixeira¹

Carla Piffer²

INTRODUÇÃO

A Constituição é o principal elemento da ordem jurídica dos países ocidentais. As constituições elaboradas após a 2ª Guerra Mundial são impregnadas de conteúdos axiológicos com o objetivo de assegurar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o neoconstitucionalismo emerge como novo paradigma do Estado democrático de direito e, na América Latina, em razão de movimentos sociais acontecidos no início da década de 1980, surge um movimento denominado “novo constitucionalismo latino-americano”.

O objetivo geral deste artigo é, a partir da perspectiva neoconstitucionalista, tecer considerações sobre o novo constitucionalismo latino-americano, a fim de refletir acerca de seus diferenciais, apontando mudanças significativas que ocorreram em algumas Constituições da América Latina, como por exemplo, o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos e a constitucionalização do bem viver como princípio ético.

Para tanto, inicialmente faz-se breves considerações em relação ao constitucionalismo, para após fazer referência ao novo modelo jurídico formulado inicialmente na Itália e Espanha, o neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno ou também conhecido como constitucionalismo avançado.

Após, analisa-se o novo constitucionalismo latino-americano, que propõe a fundação de um novo Estado, o Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado para possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado.

Ao final, e relacionado ao novo constitucionalismo da América Latina sob uma perspectiva transnacional, demonstram-se mudanças relevantes relacionadas ao giro ecocêntrico, presentes nas Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009.

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI, vinculada à linha de pesquisa “Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade”. Mestre em Direito (UPF). Especialista em Direito Público (IMED). Email: alessandra.sp@hotmail.com

² Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Professora do Mestrado Internacional Profissional em Direito das Migrações Transnacionais - UNIVALI. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Email: carlapiffer@univali.br

1. NEOCONSTITUCIONALISMO OU CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Ao analisar a Constituição como documento político-jurídico, não há como esquivar-se da afirmação de que o texto constitucional possui um conteúdo ideológico, pois transporta, em si, um claro juízo de valor.

O constitucionalismo sempre foi impulsionado por uma ideia constitucional, ideia esta que se concretiza no momento em que se torna realidade, no momento em que reveste a forma de Constituição³.

Deste modo, acerca do constitucionalismo, há que se fazer algumas considerações, a saber:

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado⁴.

Por sua vez, Barberis⁵ entende que o termo constitucionalismo pode referir-se a três fatos distintos, embora conectados entre si:

Em um primeiro sentido, muito abrangente, constitucionalismo reenvia ao antigo ideal de governo das leis, ou melhor, de Direito; em um segundo sentido, mais estrito, designa a tradução própria dos séculos XVIII e XIX deste modelo na idéia de Constituição como instrumento para limitar o poder político; em um terceiro sentido – muito estrito e, não totalmente adequado - indica (a doutrina de) o Direito constitucional. Posto que a posição filosófica-jurídica denominada neoconstitucionalismo [...] retoma as ideias do constitucionalismo, e, ao menos nos dois primeiros sentidos do termo, parecem existir razões suficientes para admitir este estudo, embora não consolidado [...].

Canotilho⁶ conceitua o constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

A Constituição política, tal como a é verificada hoje, resulta de um movimento ocorrido na transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito, do final do século XVIII, conhecido por constitucionalismo, pelo qual os Estados passaram a adotar leis fundamentais ou cartas

³ Em ordem histórica, o constitucionalismo moderno se afirmou com as revoluções burguesas na Inglaterra em 1688, nos Estados Unidos em 1776, e na França em 1789. Entretanto, é possível encontrar o embrião desse constitucionalismo já na Magna Carta de 1215. Neste referido documento, encontram-se presentes os elementos essenciais deste moderno constitucionalismo como limitação do poder do Estado e a declaração dos Direitos fundamentais da pessoa humana, o que a tornou uma referência histórica para alguns pesquisadores.

⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

⁵ BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 259-260.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 45.

constitucionais, reunindo, num documento escrito, sua organização política, bem como a declaração dos direitos dos indivíduos⁷.

Deste modo, a respeito do moderno de constitucionalismo⁸, pode-se afirmar que este designa as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz constitucional. Nestes termos, constitucionalismo indica uma ideologia institucionalizada consistente em romper com o antigo regime, com o intuito de transformar o Estado Absoluto em Estado Constitucional.

Assim, o constitucionalismo passa a ser visto como uma técnica da liberdade contra qualquer poder arbitrário. “É a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar”⁹.

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII¹⁰.

Esta modernidade atribuída ao constitucionalismo pode ser evidenciada, de acordo com Ferrajoli¹¹, por um constitucionalismo composto por um sistema de vínculos substanciais, de proibições e obrigações impostas pelas cartas constitucionais e precisamente pelos princípios e direitos fundamentais nelas estabelecidos.

A garantia jurídica de efetividade desse sistema de vínculos reside na rigidez das constituições, assegurados nas cartas constitucionais do período pós-segunda Guerra, por um lado pela previsão dos procedimentos especiais para sua reforma, e por outro pela criação de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. O resultado é um novo modelo de direito e democracia, *O Estado Constitucional de Direito*, que é fruto de uma verdadeira mudança de paradigmas referidas ao modelo legislativo de direito: uma mudança, creio, de que a cultura jurídica e política não tomou ainda consciência suficiente e de que, sobretudo, estamos bem longe de assegurar e elaborar suas técnicas de garantia.

⁷ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 02.

⁸ As expressões neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno ou constitucionalismo avançado, aqui tratados como sinônimos, se referem a um novo modelo jurídico formulado inicialmente na Itália e Espanha. Referida expressão pode ser utilizada para fazer referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito, ou também como parte de alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político.

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al 12.ed. Brasília: UnB, 1999.

BOLÍVIA. **Constitucion Política del Estado**. Disponível em: <http://www.mindef.gob.bo/mindef/node/28>. Acesso em 03 jul. 2019, p. 247-248.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 46.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley Del más débil**. Madrid: Trotta, 1999, p. 71.

Conforme ressalta Ferrajoli¹², graças à rigidez das constituições, a legalidade modificou sua natureza. Para o autor, estas não são somente condicionantes e reguladoras, pois estão elas mesmas condicionadas e reguladas por vínculos jurídicos formais como também substanciais; não são mais simplesmente um produto do legislador, mas sim uma projeção jurídica da própria legislação e, portanto, um limite e um vínculo direto com o legislador.

Há que se ressaltar que o neoconstitucionalismo não se refere, simplesmente, a um movimento, mas também a um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados Constitucionais, especificamente aqueles que, a partir da Segunda-Guerra, em momento de repúdio aos regimes autoritários da época, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade - manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente um Tribunal Constitucional – como pode ser verificado nas Constituições da Itália de 1948, da Alemanha de 1949 e da Espanha de 1978.

No entanto, não pairam dúvidas a respeito da difusão de ideias e preceitos relativos ao neoconstitucionalismo no Estado contemporâneo, razão pela qual se faz necessário delimitar seu conceito:

Sanchís¹³ ressalta que o neoconstitucionalismo como ideologia apresenta diferentes níveis ou projeções:

O primeiro e menos problemático é o que pode se identificar com aquela filosofia política que considera que o Estado constitucional de Direito representa a melhor ou mais justa forma de organização política. [...] Uma segunda dimensão do constitucionalismo como ideologia é aquela que pretende oferecer consequências metodológicas ou conceituais e que pode se resumir assim: visto que o constitucionalismo é o modelo ideal de Estado de Direito, ao menos onde existe cabe conter uma vinculação necessária entre o Direito e a moral e postular portanto alguma forma de obrigação de obediência ao direito. Por último, a terceira versão do constitucionalismo ideológico, que costuma estar junto com a anterior e que talvez poderia denominar-se constitucionalismo dogmático, representa uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito [...].

Deste modo, o neoconstitucionalismo surge para como resposta à urgência de uma nova teoria do direito evidenciada no Estado constitucional de Direito pois, conforme enuncia Zagrebelsky¹⁴, “Estamos assistindo, inclusive nos países de democracia mais avançada, a uma profunda e crescente crise do direito, que se manifesta em diversas formas e inúmeros planos”.

Seguindo os ensinamentos de Peña Freire¹⁵, o neoconstitucionalismo possui quatro formas de manifestação distintas: a primeira apresenta-se como uma forma de organização de comunidades políticas, ou seja, como um modelo constitucional, dotado de mecanismos normativos

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley Del más débil.

¹³ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: **Neoconstitucionalismos**. 2. ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005, p. 123.

¹⁴ ZAGREBELSKI, Gustavo, **El derecho dúctil**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005, p. 15-16.

¹⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. In **Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho. Buenos Aires, 2003. n. 22, p. 33.

e institucionais inerentes a qualquer sistema jurídico-político, que limitam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais; a segunda forma de manifestação do neoconstitucionalismo diz respeito à ideologia que inspira e promove este modelo de organização; a terceira, abarca o neoconstitucionalismo teórico – ou teoria do direito – e pretende descrever as mudanças que a constitucionalização propôs para os conceitos básicos da teoria do direito, quer dizer, as mudanças do conceito de direito, da norma, da hierarquia normativa e na interpretação; e a quarta se apresenta como método e se opõe à tese da separação do positivismo metodológico, vez que sustenta a necessidade de conexão entre direito e moral.

Dentre as formas de manifestação do neoconstitucionalismo supra-apresentadas, a que mais interessa ao presente estudo refere-se à primeira, pois trata de um modelo jurídico-político e institucional, denominado pelo autor como Estado Constitucional de Direito. Embora o Estado constitucional acrescenta aos diversos mecanismos que asseguram a submissão do poder ao direito uma finalidade: a de garantir a preservação dos direitos que comumente se atribuem aos cidadãos e, talvez por este motivo, a expressão “constitucionalismo garantista” seja uma boa forma de referir-se não somente ao modelo que aqui denominaremos “Estado Constitucional de Direito”¹⁶.

Outrossim, conforme menciona Carbonell¹⁷, existem três níveis que devem ser considerados quando da análise do neoconstitucionalismo.

O primeiro diz respeito aos textos constitucionais que começam a surgir depois da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo a partir da década de 1970, pois as Constituições deste período contêm catálogos amplos de direitos fundamentais, o que supõe um marco renovado de relações entre o Estado e os cidadãos, principalmente quanto a profundidade de graus de detalhes dos postulados constitucionais que estes direitos recorrem. Exemplos representativos destes tipos de Constituições são a Espanhola de 1978, a Brasileira de 1988 e a Colombiana de 1991.

O segundo nível refere-se às práticas jurisprudenciais, as quais, diante deste novo modelo substantivo de textos constitucionais, sofreram consideráveis mudanças, pois os juízes constitucionais tiveram que aprender a realizar suas funções sob novos parâmetros interpretativos, a partir do qual o fundamento legal se torna mais complexo. Entram em cena as técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, a projeção horizontal dos direitos, o princípio *pro persona* etc.

O terceiro nível de fenômenos que fazem parte do neoconstitucionalismo refere-se aos desenvolvimentos teóricos, considerados por Carbonell¹⁸ como inovadores, os quais partem dos textos constitucionais fortemente substantivos e da prática jurisprudencial recém enunciada, mas

¹⁶ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia.

¹⁷ CARBONELL, Migue. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007, p. 198.

¹⁸ CARBONELL, Migue. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos.

também supõem contribuições em ocasiões não somente de explicar um fenômeno jurídico, mas também de criá-lo.

No entanto, estes três elementos podem não ser considerados como inovadores, pois, para muitos, já estariam analisados sob as condições teóricas tradicionais do positivismo da metade do século XX. Sobre esta afirmação, convém mencionar que “[...] a novidade está no conjunto: talvez não tanto em um dos três elementos se os analisamos em separado, mas sim quando os colocamos em comum, em coordenadas de tempo e espaço muito parecidas”¹⁹.

Ocorre que uma das características principais do neoconstitucionalismo é a adoção de um “modelo de organização político-jurídica que representa um aperfeiçoamento do Estado de direito” em que “[...] os princípios predominam sobre as regras”²⁰, ou seja, caracteriza-se o neoconstitucionalismo por incorporar valores e orientações políticas, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, característica intrínseca da época em que se insere. Nessa ordem, passa-se à análise do novo constitucionalismo latino-americano sob uma perspectiva transnacional e de interligação de fatores e influências, identificando seus principais aspectos e contribuições para o presente estudo.

2. NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: O BEM VIVER (SUMAK KAWSAY) E OS DIREITOS DA NATUREZA (PACHAMAMA)

Na América Latina, em razão de movimentos sociais acontecidos no início da década de 1980, surge um movimento denominado “novo constitucionalismo latinoamericano”, que propõe a fundação de um novo Estado, o Estado plurinacional, em que conceitos como legitimidade, participação popular e pluralismo assumem um novo significado para possibilitar a inclusão de todas as classes sociais no Estado, em um evidente contexto transnacional.

Nesse contexto de necessidade de avanços político-institucionais e de transformações sociais profundas, é que alguns países latinoamericanos passaram a reconhecer a necessidade de reformular o seu projeto político-democrático, de modo a torná-lo mais eficaz, em particular, no resgate da proximidade dos seus cidadãos ao poder político governamental, e no reconhecimento das suas múltiplas condições existenciais e sociais e, ainda, na sua transformação em direitos inseridos nas novas constituições, os quais repercutiram em um processo conhecido como o novo constitucionalismo na América Latina²¹.

¹⁹ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 202.

²⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, p. 134.

²¹ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). p. 106.

Moraes e Freitas referem que “este movimento iniciou-se com a Constituição da Colômbia de 1991, logo após, em 1999, atingiu a Constituição da Venezuela e alcançou, assim, o seu ápice com as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009)”²².

Pastor e Dalmau²³ destacam que:

El nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha sido calificado como constitucionalismo sin padres, se diferencia en el campo de la legitimidad del constitucionalismo anterior por la naturaleza de las asambleas constituyentes. Desde las constituciones fundacionales latinoamericanas -que, por otro lado, fueron más cercanas al liberalismo conservador que al revolucionario- América Latina había carecido de procesos constituyentes ortodoxos -esto es, plenamente democráticos- y, en cambio, había experimentado en multitud de ocasiones procesos constituyentes secuestrados y dirigidos por las élites, en los que el pueblo no pudo participar de manera efectiva en el proceso fundacional. La evolución posterior del constitucionalismo latinoamericano, al igual que en Europa, se fundamentó en el nominalismo constitucional y, con ello, en la falta de una presencia efectiva de la constitución en el ordenamiento jurídico y en la sociedad. En general, las constituciones del viejo constitucionalismo no cumplieron más que los objetivos que habían determinado las élites: la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal.

Para os autores²⁴, a principal aposta do novo constitucionalismo da América Latina é a busca constante por instrumentos que recomponham a perda da relação entre soberania popular e governo. Trata-se, portanto, de estabelecer mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído mediante novas formas de participação vinculantes, o que se conecta diretamente com a originalidade constitucional, e se faz necessária para o exercício de inovação que apresentam as novas Constituições, ante a constitucionalização de vários dos instrumentos de participação, bem como as ânsias democráticas do continente.

Nesse aspecto, Moraes e Freitas²⁵ afirmam que “Esse novo tipo de democracia promove a participação direta do povo na elaboração e aprovação da constituição, como também no controle dos poderes estatais e das decisões tomadas pelos representantes políticos”. De acordo com as autoras, como resultado disso,

[...] as atuais constituições latino-americanas, objeto de recentes reformas, baseiam-se fundamentalmente em princípios juspositivistas e em mecanismos e procedimentos da democracia participativa, o que implica um maior detalhamento acerca dos conceitos e do campo de aplicação dos já mencionados princípios constitucionais, bem como a participação dos povos, nas decisões governamentais que, muitas vezes, podem determinar seus destinos. Como exemplos, citem-se o processo constituinte democrático realizado por uma assembleia eleita pelos cidadãos; a aprovação

²² MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). p. 106.

²³ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latino-americano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n.9, Valencia, 2011, p. 11.

²⁴ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 34-35.

²⁵ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay), p. 107.

popular da nova constituição mediante um referendo; os mecanismos de participação cidadã na tomada de decisões políticas e no controle do poder público; além dos novos direitos fundamentais de alcance econômico, social, cultural e coletivo²⁶.

Segundo Dalmau²⁷, as grandes mudanças constitucionais se relacionam diretamente com as necessidades da sociedade, com suas circunstâncias culturais e com o grau de percepção que estas sociedades possuem sobre as possibilidades de mudança em suas condições de vida, uma vez que, na América Latina não cumprem com as expectativas esperadas, tendo em vista os tempos difíceis pelos quais vivenciou, e tem vivenciado.

Nesse sentido, Volkmer²⁸ entende que o novo constitucionalismo latinoamericano “surge como oportunidade para se repensar e reconstruir uma visão de mundo conectada com a Vida como expressão autêntica da harmonia da comunidade humana com a natureza”. Para Gudynas²⁹ essa nova tendência de constitucionalismo na América Latina traz um “desenvolvimento, menos interessado no material, e mais centrado no bem-estar das pessoas e na qualidade do meio ambiente”.

Nesse sentido, Moraes e Freitas³⁰ aduzem que:

Nas Constituições do Equador, de 2008 e da Bolívia, de 2009, para além dessas significativas mudanças de avanço democrático, com a adoção de formas de democracia direta para legitimar seus governantes, e exatamente, em decorrência da ampliação desta participação popular, detectam-se câmbios substancialmente ainda mais profundos, mediante a institucionalização da proposta do bem viver, na vanguarda do giro ecocêntrico, superador do modelo antropocêntrico que alicerça os atuais sistemas jurídicos. Dentre as inovações introduzidas pela Constituição do Equador de 2008, destaca-se o reconhecimento dos direitos de Pachamama (*Derechos de la naturaleza*), no cenário maior de constitucionalização do *sumak kawsay* como direitos do bem viver. Na Bolívia, o bem viver ou *suma qumaña* oficializou-se como princípio ético-moral da sociedade plural na Constituição política do Estado da Bolívia de 2009 no contexto de refundação do Estado [...].

Para as autoras, na concepção do bem viver se verifica, implicitamente, uma das consequências mais importantes que dela decorre, a atribuição de subjetividade de direitos à natureza (Pachamama).

Segundo Acosta³¹ “o Bem Viver, Buen Vivir ou Vivir Bien também pode ser interpretado como *sumak kawsay* (kíchwa), *suma qumaña* (aymara) ou *nhandereko* (guarani), e se apresenta como uma

²⁶ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (*sumak kawsay*), p. 107-108.

²⁷ DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyectode Constitución del Ecuador. **Alter Justicia**, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 23.

²⁸ VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676/3811> Acesso em: 01 de julho de 2019, p. 997.

²⁹ GUDYNAS, Eduardo. **El Mandato Ecológico**. Derechos de La Naturaleza y Políticas Ambientales en La Nueva Constitución. Quito: Abya Yala, 2009, p. 115.

³⁰ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (*sumak kawsay*). p. 108.

³¹ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo:

oportunidade para construir coletivamente uma nova forma de vida”. Ainda, o mesmo autor afirma que “O Bem Viver é, essencialmente, um processo proveniente da matriz comunitária de povos que vivem em harmonia com a Natureza”³².

O “bem viver” relaciona-se, portanto, à melhoria da qualidade de vida das pessoas e pode ser entendido como:

[...] um compromisso com a mudança [...] que permite a aplicação de um novo paradigma econômico, cujo final não se concentra no material, na acumulação mecanicista e interminável de bens, mas em vez disso promove uma estratégia econômica inclusiva, sustentável e democrática. [...] Além disso, Bem Viver’ é construído [...] sobre a transição do atual antropocentrismo para o biopluralismo [...]. Finalmente, ‘Bem Viver’ também se baseia nas demandas por igualdade e justiça social, e no reconhecimento, avaliação e do diálogo dos povos e suas culturas, formas de conhecimento e modos de vida³³.

Portanto, o “bem viver” aposta em um futuro diferente, onde “é necessário construir relações de produção, de intercâmbio e de cooperação que propiciem suficiência – mais que apenas eficiência – sustentada na solidariedade”³⁴.

O maior potencial do bem viver reside nas oportunidades que gera para o diálogo com outros discursos modernos e as formas atuais do desenvolvimento, ampliando o quadro dos debates e permitindo a possibilidade de aparecimento de concepções inovadoras, instituições e práticas através da aprendizagem coletiva³⁵.

Outrossim, há que se ressaltar que não se pode confundir os conceitos de “bem viver” com o de “viver melhor”, pois este supõe uma opção de progresso material ilimitado. “Viver melhor”, segundo Acosta³⁶ nos incita a uma competição permanente com nossos semelhantes para produzir mais e mais, em um processo de acumulação material sem fim, o que acaba incentivando a disputa, contrariando o objetivo é viver em harmonia. .

Ainda, o autor ressalta que o maior desafio da humanidade é “superar o divórcio entre a Natureza e o ser humano”, já que a relação homem-natureza é fundamentada na construção do bem viver. O autor destaca que a Constituição do Equador, de 2008, reconheceu a Natureza como sujeito de direitos, demonstrando com isso uma postura biocêntrica baseada “em uma perspectiva ética alternativa, ao aceitar que o meio ambiente – todos os ecossistemas e seres vivos – possui um valor intrínseco, ontológico, inclusive quando não tem qualquer utilidade para os humanos”. Já a

Autonomia Literária/Elefante, 2016., p. 23.

³² ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos, p. 24.

³³ SENPLADES. **Plan Nacional para el Buen Vivir 2009- 2013**: construindo un Estado plurinacional e intercultural. Quito-Ecuador: SENPLADES, 2009, p. 10.

³⁴ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos, p. 27.

³⁵ VANHULST, J. V.; BELING, A. E. **Buen vivir**: Emergent discourse within or beyond sustainable development? *Ecological Economics*, 101, 54-63, 2014, p. 61.

³⁶ ACOSTA, Alberto. Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces. A manera de prólogo. In: ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.) **Derechos de la Naturaleza**. El Futuro es Ahora. Quito: Abya Yala, 2009, p. 90.

Constituição da Bolívia, de 2009, apesar de também ser bastante inovadora, como a do Equador, não apresenta o mesmo “biocentrismo”, tendo em vista que “outorgou um posto importante à Pacha Mama ou Mãe Terra, mas, ao defender a industrialização dos recursos naturais, ficou presa às ideias clássicas do progresso, baseadas na apropriação da natureza³⁷.

A respeito de algumas constituições da América Latina, Volkmer³⁸ assinala que

[...]a do Equador de 2008 e a da Bolívia de 2009, incentivam e legitimam um horizonte para paradigmas alternativos e para um diálogo cultural de saberes. Inaugura-se, portanto, com o “Novo” Constitucionalismo latino-americano – centrado na concepção ética do “*buen vivir*” –, a redefinição de sociedade sustentável, erradicada de todas as formas produtivas de extrativismo e de visões mecanicistas de crescimento econômico, trazendo propostas inovadoras capazes de superar as ameaças globais à biodiversidade e de conscientizar a construção de uma sociedade que seja parte da natureza e que conviva harmonicamente com esta mesma natureza.

Em relação aos direitos da natureza (pachamama), Gudynas³⁹ refere que “Los derechos de la Naturaleza son mucho más que una mera adición ambientalista. [...] esos derechos implican un cambio radical en los conceptos de ambiente, el desarrollo y la justicia, entre otros”.

Para Acosta⁴⁰ “Conceder direitos à Natureza significa, então, incentivar politicamente sua passagem de objeto a sujeito, como parte de um processo centenário de ampliação dos sujeitos de direito [...]”. O autor ainda ressalta que:

Adotar a definição pioneira de que a Natureza é um sujeito de direitos constitui uma resposta de vanguarda à atual crise civilizatória – e, como tal, tem sido aceita por amplos segmentos da comunidade internacional conscientes de que é impossível continuar com um modelo de sociedade predatória, baseado na luta dos seres humanos contra a Natureza. A definição de bem-estar e riqueza como acumulação de bens materiais, como resultado do crescimento econômico e do consumo ilimitados, não se sustenta mais. Neste sentido, é necessário reconhecer que os instrumentos disponíveis para analisar estes assuntos já não servem. São instrumentos que naturalizam este padrão civilizatório, como se fosse inevitável⁴¹.

Dalmau⁴² explica que o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos é hoje um fato legal verificável em uma ampla variedade de países. O momento histórico que tornou isso possível faz parte do processo emancipador produzido pela evolução dos direitos, processo este em que se inclui a proteção jurisdicional da natureza. Dalmau então questiona se a natureza **pode** ser titular de direitos e, se for o caso, se ela **deve** ser titular de direitos.

³⁷ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos, p. 23.

³⁸ VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. p. 997.

³⁹ GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador. In: **Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos**. Quito, Ecuador. 1ra. edición: julio 2011. Disponível em: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2012/05/Libro-Los-derechos-de-la-naturaleza-y-la-naturaleza-de-sus-derechos.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019, p. 240.

⁴⁰ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos, p. 124.

⁴¹ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos, p. 127.

⁴² DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador. **Alter Justicia**, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 26-27.

Após algumas considerações e reflexões, o autor conclui que sim, a natureza **pode** ser titular de direitos e explica que se os direitos objetivos forem uma decisão consciente, um construto social, pode ser aplicada a sujeitos que não humano, como ocorre de fato com o reconhecimento dos direitos de pessoas jurídicas e, ainda diz que as manifestações dos direitos dos animais são exemplos concretos de propriedade de direitos não humanos que apenas posições doutrinárias rígidas e mal argumentadas poderiam negar. Salienta que, de fato, existem cada vez mais sistemas legais que reconhecem a propriedade dos direitos à Natureza ou de certos componentes individuais particulares, como rios, montanhas ou lugares.

Além disso, Dalmau conclui de forma afirmativa no sentido de que a natureza **deve** ser sujeito de direitos, já que, por um lado, a partir do prisma ético, a virada viocêntrica manifesta uma ética mais ampla, que reconhece o ser humano na estrutura natural em que ele desenvolve sua vida; portanto, considera-se a natureza e sua proteção como um dos principais elementos que tornam a dignidade humana efetivada. Por outro lado, Segundo o autor, o reconhecimento da natureza como titular de direitos, ajuda a sua proteção através de garantias que a lei coloca a sua disposição, logo é sempre positivo ao decidir medidas para combater ameaças ao meio ambiente.

Desse modo, reconhecer a Natureza como sujeito de direitos significa superar a tradicional visão constitucional do direito a um ambiente saudável, presente no constitucionalismo latino-americano há tempos⁴³, como ocorreu com o reconhecimento pela constituição do Equador, da natureza como sujeito de direitos. Para Acosta⁴⁴ “O passo constitucional do Equador acabou ganhando transcendência planetária. Já é um marco histórico. Na verdade, porém, a aprovação dos Direitos da Natureza revitalizou uma discussão que estava presente em diversos lugares”.

Verifica-se, portanto, o início de um giro ecocêntrico inaugurado pela Constituição do Equador em 2008, mediante o reconhecimento dos direitos da “pachamama” (da natureza) e a constitucionalização da proposta do *sumak kawsay* (bem viver), seguido pela Constituição da Bolívia em 2009, como se verá a seguir.

3. OS DIREITOS DA “PACHAMAMA” NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA

A Constituição do Equador⁴⁵ de 2008 é conhecida por polêmicas inovações, “admitindo direitos próprios da natureza, direitos ao desenvolvimento do “bem viver” (buen vivir ou *sumak kawsay*) e o direito humano à água”⁴⁶.

⁴³ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos, p. 128.

⁴⁴ ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos, p. 133-134.

⁴⁵ CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortaInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

⁴⁶ VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina, p. 1005.

Enquanto a maioria das Constituições na América do Sul positivam os direitos relacionados ao meio ambiente como direitos de terceira geração, enquadrando-os como direitos sociais, econômicos e culturais, o Equador se manifesta mundialmente com uma nova forma de convivência cidadã entre os seres humanos e a “Pachamama”⁴⁷.

O artigo 10⁴⁸ da Constituição do Equador reconhece (ao lado das pessoas e coletividades) a Natureza como titular de direitos. Já o art. 14⁴⁹ reconhece o direito da população de viver em ambiente sadio e ecologicamente equilibrado garantindo a sustentabilidade e o “buen vivir”.

Contudo, o Equador avança muito mais, atribuindo direitos próprios à natureza e independentes de qualquer valoração humana. O Título II, Capítulo Sétimo, artigos. 71 a 74⁵⁰ tratam sobre os direitos da natureza. Sobre isso, Wolkmer⁵¹ diz:

Temática geradora de polêmica, repercussão e de novas perspectivas, a Constituição equatoriana rompe com a tradição constitucional clássica do Ocidente que atribui aos seres humanos a fonte exclusiva de direitos subjetivos e direitos fundamentais para introduzir a natureza como sujeito de direitos. Há de ver, portanto, tal fundamentação no texto constitucional, em seu art. 71, ao proclamar que a reprodução e a realização da vida efetiva-se na própria natureza, compreendida como Pachamama, esta titular de um direito a ser respeitada em sua existência e regeneração de seus ciclos vitais, funções e processos evolutivos. Assim, “toda pessoa, comunidade, povo, ou nacionalidade poderá exigir à autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, deverão se observar os princípios estabelecidos na Constituição (...). O Estado

⁴⁷ GUDYNAS, Eduardo. **El Mandato Ecológico**. Derechos de La Naturaleza y Políticas Ambientales en La Nueva Constitución. p. 32-33.

⁴⁸ **Art. 10.** Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. **La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.** (grifos ausentes no original)

⁴⁹ **Art. 14.-** Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

⁵⁰ **Art. 71 -** La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

Art. 72.- La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

Art. 73.- El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

Art. 74.- Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.

⁵¹ VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina, p. 1006.

incentivará as pessoas naturais e jurídicas, e aos coletivos para que protejam a natureza, e promoverá o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema”.

Nesse contexto, Acosta⁵² entende que o “marco normativo terá que reconhecer que a natureza não é somente um conjunto de objetos que poderiam ser de propriedade de alguém, senão também um sujeito próprio com direitos legais e com legitimidade processual”.

Em relação aos termos “buen vivir” e “sumak kawsay”, que a Constituição equatoriana emprega, especialmente no já citado artigo 14, explica Gallegos⁵³ que o “buen vivir” não se embasa apenas em ter ou possuir, mas em ser, estar, fazer, sentir, em viver bem, em viver a plenitude, pois o seu conceito é algo complexo, vivo, não linear, que vai se construindo historicamente e assim seu significado vai passando por reformulações. Compreende que o “sumak kawsay” significa: suprir as necessidades, ter uma vida digna com qualidade, bem como uma morte, poder amar e ser amado, um florescimento de todos em harmonia e paz com a “naturaleza”, possuir tempo livre para contemplar e se emancipar.

Assim, a Constituição do Equador de 2008 deixa no passado o antropocentrismo e avança rumo ao ecocentrismo (ou biocentrismo), trata a natureza como sujeito de direitos, lhe atribui o direito à restauração, consagra a cultura do bem viver (“sumak kawsay”), ou seja, uma vida em harmonia com a “Pachamama” que reflete no modelo de desenvolvimento, na economia e em diversos outros pontos positivados em seu texto legal.

A Constituição Boliviana⁵⁴, por sua vez, não apresenta com tanta especificidade e clareza os direitos da “Madre Tierra” (natureza), entretanto não deixa de abordá-los no Título II, Capítulo V, artigos 33 e 34⁵⁵.

Entende-se que a Constituição Boliviana de 2009 reconheceu sua relevância, bem como sua necessária proteção e preservação. Primeiramente, dispõe no capítulo dos Direitos sociais e econômicos, em seu art. 33, o Direito que as pessoas devem ter ao “meio ambiente saudável, protegido e equilibrado. O exercício deste direito deve permitir aos indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, ademais de outros seres vivos, desenvolver-se de maneira normal e permanente.”

⁵² ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos, p. 20.

⁵³ GALLEGOS, René Ramirez. **Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano**. Rebelión. [on line]. 2010. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=116667>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

⁵⁴ CONSTITUIÇÃO DA BOLÍVIA. Disponível em: <http://www.mindef.gob.bo/mindef/node/28>. Acesso em 03 jul.2019.

⁵⁵ **Art. 33** - Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Art. 34 - Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

Na visão de Eugenio Zaffaroni⁵⁶, em um primeiro momento acredita-se que a Constituinte Boliviana vai inclinar-se para uma proteção apenas dos direitos humanos esquecendo-se dos direitos ecológicos, visto que enquadra os artigos em epígrafe em capítulo relacionado a direitos sociais e econômicos. Contudo, a mesma deixa evidente no art. 33 da Carta Constitucional, a preocupação não apenas com os direitos dos seres humanos, mas com todos os seres vivos ao mencionar: “El ejercicio de este derecho [...] además de otros seres vivos”. Destaca, ainda, que em função da atribuição de direitos à Madre Tierra”, qualquer pessoa poderá buscar a proteção da “naturaleza” através da intervenção judicial. Ambos os países latino-americanos asseguram os direitos da natureza, de forma expressa o Equador e tácita, a Bolívia. As consequências jurídicas são idênticas: a “Pachamama” passa a ser detentora de personalidade jurídica e qualquer indivíduo poderá defender seus direitos.

Em relação ao “buen vivir”, a Constituição Boliviana de 2009, diferentemente da Constituição equatoriana de 2008 (que consagra o “buen vivir” como um princípio, um direito e ainda um regime), apresenta o “vivir bien” no artigo 8º inciso I⁵⁷ como um princípio ético – moral.

A Constituição boliviana consagra o “vivir bien” de forma pluricultural, uma vez que traz ao seu texto a noção de uma vida em plenitude, conforme cada povo indígena que o compõem. Assim, positiva suma qamaña (“vivir bien”), ñandereko (“vida armoniosa”), teko kavi (“vida buena”), ivi maraei (“tierra sin mal”), qhapaj ñan (“camino o vida noble”), todos em um mesmo nível sem qualquer hierarquia. Não estipula qualquer diferenciação com os demais princípios que arrola no inciso II do art. 8º⁵⁸ que são: unidade, igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, respeito, complementariedad, harmonia, equilibrio, etc⁵⁹.

Em relação à visão central dessas Constituições, Moraes⁶⁰ afirma que

Emerge dos cenários, social, político e jurídico, na região dos Andes na América Latina, um constitucionalismo de feição ecocêntrica, o qual ostenta como bandeiras o reconhecimento dos direitos da natureza (Pachamama) e a cultura do Bem Viver, tendo como principais centros irradiadores de mudanças, o Equador e a Bolívia, cujas reformas constitucionais recentes respectivamente, em 2008 e 2009, a partir da inclusão dos povos indígenas e de outras minorias étnico-raciais, como atores sociais na atualidade, incorporaram vetustos valores resgatados das raízes

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama e Gaia. In: **Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos**. Quito, Ecuador. 1ra. edición: julio 2011. Disponível em: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2012/05/Libro-Los-derechos-de-la-naturaleza-y-la-naturaleza-de-sus-derechos.pdf>, p. 19.

⁵⁷ **Artículo 8. I.** El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

⁵⁸ Art. 8. II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

⁵⁹ GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador, p. 04.

⁶⁰ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). p. 109.

pré-colombianas comuns, entre os quais sobressai o respeito à natureza e ao ambiente, vale dizer, o respeito prioritário à vida.

Verifica-se, diante do exposto que, tanto o Equador quanto a Bolívia, avançaram para um constitucionalismo ecocêntrico, onde se opera uma revolução paradigmática do Direito, a partir do giro ecocêntrico, mediante a constitucionalização dos direitos da natureza (Pachamama) e da cultura do Bem Viver. Quiçá outros países da América Latina sigam pelo mesmo caminho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto nos itens precedentes, o constitucionalismo moderno caracteriza-se pela existência de uma constituição jurídica, pela universalização dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias, e pelo aperfeiçoamento de técnicas que limitam o poder político.

Por sua vez, o neoconstitucionalismo surge como forma de explicar o direito posto dentro do novo paradigma: o Estado democrático. Ainda, o neoconstitucionalismo é a ruptura com o constitucionalismo liberal de previsão meramente formal de direitos. É tentativa de garantia de direitos fundamentais para todos.

Já o novo constitucionalismo latino-americano veio a propor uma nova independência e a criação de um Estado plurinacional (plural), participativo e efetivamente democrático, ou seja, a criação/reconhecimento pela ordem jurídica de direitos existentes no seio social, de formas mais efetivas de participação popular e da construção de um Estado que reconheça a pluralidade e peculiaridade de seu povo.

Além disso, com as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) denota-se o giro ecocêntrico, principalmente com a proposta da constitucionalização do bem viver (sumak kawsay) e do reconhecimento da natureza (pachamama) como sujeito de direitos.

O bem viver é tido como um conceito aberto e plural que só pode ser consolidado em um mundo pensado e construído democraticamente, sob uma perspectiva que ultrapasse as fronteiras nacionais, em um contexto transnacional. Apesar de ser um conceito aberto, o bem viver se firma na vida em comunidade, no consumo consciente e nas relações de produção renováveis, sustentáveis e autossuficientes. São práticas que aspiram o bem-estar das coletividades e não aceitam a existência de grupos privilegiados às custas do sacrifício de outros.

Ao reconhecer a natureza como sujeito de direitos, na busca do equilíbrio entre a natureza e as necessidades dos seres humanos, a Constituição do Equador supera a tradicional previsão constitucional do direito a um ambiente saudável, presente na maioria dos textos constitucionais latino-americanos, e inclusive no texto constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACOSTA, Alberto. Los grandes cambios requieren de esfuerzos audaces. A manera de prólogo. In: ACOSTA, Alberto y MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.) **Derechos de la Naturaleza**. El Futuro es Ahora. Quito: Abya Yala, 2009.

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2016.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, Democracia e Imperialismo de la Moral. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al 12.ed. Brasília: UnB, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.

CARBONELL, Migue. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CONSTITUIÇÃO DA BOLÍVIA. **Constitucion Política del Estado**. Disponível em: <http://www.mindef.gob.bo/mindef/node/28>. Acesso em 03 jul. 2019.

CONSTITUIÇÃO DO EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionaIFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyectode Constitución del Ecuador. **Alter Justicia**, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 17-27.

DALMAU, Rúben Martínez. Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. In: ACHURY, Liliana Estupiñan [et al.]. **La naturaleza como sujeto de Derechos en el Constitucionalismo Democrático**. Bogotá: Universidad Libre, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley Del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

GALLEGOS, René Ramirez. **Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano**. Rebelión. [on line]. 2010. Disponível em: <<http://www.rebelion.org/noticia.php?id=116667>>. Acesso em: 03 jul. 2019.

GUDYNAS, Eduardo. **Buen vivir**: Germinando alternativas al desarrollo. Alai – América Latina em Movimento. Quito, n. 462, fevereiro, p. 04, 2011. Disponível em: www.ambiental.net/publicaciones/GudynasBuenVivirGerminandoALAI11.pdf. Acesso em: 03 de jul. 2019.

GUDYNAS, Eduardo. **El Mandato Ecológico**. Derechos de La Naturaleza y Políticas Ambientales en La Nueva Constitución. Quito: Abya Yala, 2009.

GUDYNAS, Eduardo. La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, n. 32, abril 2009, p. 37-38. Disponível em: <http://res.uniandes.edu.co/view.php/576/index.php?id=576>. Acesso em: 03 jul. 2019.

GUDYNAS, Eduardo. Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador. In: **Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos**. Quito, Ecuador. 1ra. edición: julio 2011. Disponível em: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2012/05/Libro-Los-derechos-de-la-naturaleza-y-la-naturaleza-de-sus-derechos.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

MORAES, Germana de Oliveira. **O Constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas**. In: R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 123-155, jan./jun. 2013.

MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. **Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latino-americano: fundamentos para una construcción doctrinal. **Revista General de Derecho Público Comparado**, n.9, Valencia, 2011.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. In **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho**. Buenos Aires, 2003. n. 22.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: **Neoconstitucionalismos**. 2. ed. CARBONELL, Miguel (org.). Madrid: Trotta, 2005.

SENPLADES. **Plan Nacional para el Buen Vivir 2009- 2013**: construyendo un Estado plurinacional e intercultural. Quito-Ecuador: SENPLADES, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VANHULST, J. V.; BELING, A. E. **Buen vivir**: Emergent discourse within or beyond sustainable development? *Ecological Economics*, 101, 54-63, 2014.

VOLKMER. Antonio Carlos; VOLKMER. Maria de Fátima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6676/3811> Acesso em: 01 de julho de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La naturaleza como persona: Pachamama e Gaia. In: **Los Derechos de la Naturaleza y la Naturaleza de sus Derechos**. Quito, Ecuador. 1ra. edición: julio 2011. Disponível em: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2012/05/Libro-Los-derechos-de-la-naturaleza-y-la-naturaleza-de-sus-derechos.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2019.

ZAGREBELSKI, Gustavo, **El derecho dúctil**. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Ana Lúcia Silva Mello Monteiro¹

Marta Regina Jahnel²

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva abordar, no contexto da globalização e da intensificação do fenômeno da transnacionalidade, de que forma os mecanismos do Direito Administrativo Global (DAG) contribuem para que os Estados implementem políticas de preservação do ambiente em seus territórios.

Nessa perspectiva, o estudo terá início com a apresentação do panorama contemporâneo da globalização, que intensifica as relações transnacionais e traz, por conseguinte, a necessidade de se pensar em mecanismos jurídicos capazes de regular esse universo.

Será destacada a importância de se limitar o poder exercido no âmbito transnacional, sobretudo pelos grandes agentes econômicos, o qual, sem freios, produz consequências danosas à coletividade, como o agravamento de desigualdades sociais e a degradação do meio ambiente.

Em seguida, será feita uma abordagem acerca do surgimento do DAG, de suas características e dos princípios que o regem, destacando-se o seu processo de formação, ainda em andamento, no contexto de uma comunidade global.

Na sequência, será destacado de que maneira se faz adequada a utilização do DAG como uma ferramenta apta a promover, viabilizar e exigir a adoção, pelos Estados, de medidas efetivas de proteção ao meio ambiente, em consonância aos ditames da boa governança e aos diversos Acordos Internacionais em matéria de meio ambiente.

Será apresentado, ainda, um caso prático de implementação de medidas de proteção ambiental no Brasil, cujo desenvolvimento só foi possível devido aos mecanismos de financiamento e incentivo estabelecidos a partir de Organismos Internacionais, como o Banco Mundial e o Global Environment Facility (GEF), em um ilustrativo caso de operacionalização do DAG.

¹ Juíza Federal Substituta na Seção Judiciária de Santa Catarina. Mestranda em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Itajaí/SC) em dupla titulação com a Universidade do Minho de Braga/Portugal. Graduada em Direito pela PUC/RJ, do Rio de Janeiro/RJ (2009), Pós-graduada (Lato sensu) em Direito Administrativo Empresarial pela UCAM/RJ, do Rio de Janeiro/RJ (2010). Endereço eletrônico para correspondência: anasilvamello@hotmail.com

² Juíza de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Mestranda em Ciências Jurídicas pela UNIVALI (Itajaí/SC) em dupla titulação com a Universidade do Minho de Braga/Portugal. Graduada em Direito pela Universidade Comunitária Regional de Chapecó - UNOCHAPECÓ (2006), de Chapecó/SC. Pós-Graduada (Lato Sensu) em Nível de Especialização em Direito (Público e Privado): Material e Processual, nas modalidades "Mercado de Trabalho e Magistério Superior", pela Faculdade Exponencial - FIE, de Chapecó/SC (2007). Pós-Graduada (Lato Sensu) em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina, de Florianópolis/SC (2015). Endereço eletrônico para correspondência: martaregina.j@gmail.com

Por fim, serão tecidas breves considerações, a título de conclusão, à luz dos conceitos expostos e sua exemplificação a partir do caso apresentado.

A metodologia adotada no presente estudo é indutiva, partindo-se na análise das categorias e conceitos operacionais estudados à luz da doutrina especializada nas temáticas abordadas, para desenvolver os argumentos defendidos e, após a apresentação de um caso exemplificativo, reforçar a tese sustentada e proceder às conclusões.

1. A TRANSNACIONALIDADE E SUA DEMANDA POR SOLUÇÕES JURÍDICAS

O panorama mundial da pós-modernidade retrata a consolidação da globalização, marcada pela intensificação das relações econômicas transfronteiriças, o avanço das tecnologias de comunicações e de transportes, a multiplicação dos intercâmbios culturais e dos fluxos migratórios, com a consequente complexificação das sociedades, entre outros fenômenos.

Fato é que, finda a Guerra Fria, o capitalismo liberal rompeu todas as fronteiras e se consolidou, firmando sua hegemonia. Tal hegemonia, todavia, embora possa ter trazido ganhos para alguma parcela da população mundial, acarretou consequências nefastas e extremamente gravosas a grande parte desta, ocasionadas pela chamada "dupla tirania", destacada por Milton Santos³: a tirania da informação e a tirania do dinheiro. Vinculadas uma à outra, essas tiranias exercidas pelos agentes econômicos que concentram o poderio financeiro produziram um processo hegemônico que direcionou a um "pensamento único" no sentido da conformidade aos problemas gerados pelo capitalismo sem freios, tais como a pobreza estrutural e a degradação do meio ambiente. É dizer: tais consequências passaram a ser reputadas banais e inevitáveis, inerentes ao processo de globalização.

Ainda no contexto da globalização, a intensificação das relações de natureza transnacional proporcionou uma outra grande crise: a da perda do protagonismo dos Estados-nação e do enfraquecimento de suas soberanias. Cruz e Bodnar fazem alusão a uma verdadeira crise dos Estados Constitucionais Modernos, que, em suas palavras, se converteram em "*em meros espaços jurídicos incapazes de enfrentar os desafios transnacionais*"⁴.

De fato, o poderio econômico de grandes grupos transnacionais é capaz de driblar as regras internas dos Estados e, sem fronteiras, buscar a maximização da eficiência e de seus lucros. A preponderância dos interesses privados nessa dinâmica, contudo, acarreta sérias ameaças ao interesse público, à supremacia dos direitos constitucionalmente assegurados aos indivíduos e coletividades e até mesmo à democracia.

³ SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal**. 15 ed. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2008. p. 17

⁴ CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 21

Há que se pensar, portanto, em novas soluções, de viés jurídico, que tragam respostas ao fenômeno da transnacionalidade, a fim de se estabelecerem balizas e limites, bem como princípios norteadores que vinculem os diversos atores do cenário global.

O cenário ideal seria a possibilidade de efetiva responsabilização desses atores por suas condutas, porém, ainda há muitos impasses e questões em aberto sobre como operacionalizar um poder cogente num contexto em que a adesão dos Estados-nação às regras que venham a se estabelecer é um pré-requisito imprescindível para que estas tenham eficácia. Nesse sentido é que diversas teorias vêm se desenhando nos mais variados círculos acadêmicos, e nesse contexto, a teoria do Direito Administrativo Global, desenvolvida primeiramente por Kingsbury et. al.⁵, é uma delas, como se verá a seguir.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO GLOBAL: CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS ORIENTADORES

A identificação do fenômeno do Direito Administrativo Global - DAG - é recente, e decorre de uma compreensão distinta das relações existentes entre os diversos atores da comunidade global, entre os quais estão não apenas os Estados, como também as Organizações Internacionais, a sociedade civil organizada, instituições privadas transnacionais, entre outros.

Dessas relações surgem novas regras e regulações globais, as quais condicionam ou induzem comportamentos e medidas específicas por parte dos Estados e de outros sujeitos. Kingsbury et. al.⁶, em sua obra pioneira a respeito da matéria, ressalta a importância do reconhecimento de um "espaço administrativo global", enfatizando que tal ambiente já possui relativa autonomia e um caráter distinto, com órgãos decisórios cada vez mais poderosos, o que torna propício que sejam reconhecidos e desenvolvidos princípios e mecanismos de responsabilidade novos e diversos dos já existentes, constituindo assim um "direito administrativo global"⁷.

De acordo com Cassese, no âmbito do Direito Administrativo Global - DAG -, há uma dupla relação: uma relação estabelecida com governos nacionais e outra estabelecida com regimes regulatórios globais. Desta relação resulta que a regulação global adentra às legislações nacionais, acarretando uma mistura de medidas nacionais e globais, e, ainda, uma uniformização, quanto a

⁵ KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico. STEWART, Richard B.. **The emergence of global administrative law**. Disponível em: <<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-et-al-The-Emergence-of-GAL.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2018.

⁶ KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico. STEWART, Richard B.. **The emergence of global administrative law**. Disponível em: <<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-et-al-The-Emergence-of-GAL.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2018,

⁷ Segundo os autores: "*The relative autonomy and distinct character of this global administrative space, and its increasingly powerful decisionmaking bodies, lead us to argue for the recognition and further development of new and distinct principles and mechanisms of accountability through a global administrative law.*" (KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico. STEWART, Richard B.. **The emergence of global administrative law**. Disponível em: <<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-et-al-The-Emergence-of-GAL.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2018)

regras básicas, que são compartilhadas entre vários regimes globais regulatórios, daí decorrendo a observância dessas regras por todos os membros da comunidade internacional⁸.

Outro traço distintivo do DAG destacado por Cassese está na sua ausência de base constitucional - contrariamente ao que ocorre com o Direito Administrativo nacional. Nesse sentido, o autor esclarece que o que unifica o DAG são padrões administrativos globais - e não princípios constitucionais -, estabelecidos por regulamentações em diversas áreas específicas, tais como comércio e meio ambiente. Trata-se de um contexto de fragmentação regulatória que, no entanto, é contrabalançado por ligações que são estabelecidas entre regimes independentes, referências cruzadas entre regulamentos e a adoção de padrões a partir de "precedentes", que orientam as decisões, entre outras medidas⁹.

O autor ainda elenca outras características do DAG¹⁰, tais como:

a) a ausência de divisão ou hierarquia entre atores locais e globais envolvidos;

b) a falta de uma regra unificada ou de uma unidade governamental superior, o que gera multiplicidade e fragmentação de elementos nas relações estabelecidas - fato que, por um lado, pode ser positivo ao permitir flexibilidade e adaptabilidade a diferentes situações e, por outro, tem como aspecto negativo a ausência de coordenação, uniformidade e planejamento;

c) a falta de força executiva por parte entidades globais quanto ao cumprimento das regras e medidas, embora haja muitos órgãos colegiados integrados por representantes de diversos Estados, o que contribui para que esses se comprometam a implementar as decisões;

d) a existência de um hibridismo entre público e privado, levando muitas vezes a um posicionamento em igual patamar das instituições privadas com os Estados;

e) a existência de uma regulação indireta por parte das entidades globais, as quais dependem de órgãos e entidades nacionais com poderes próprios para colocar em prática as regulamentações, e que não necessariamente se reportam aos Poderes instituídos (Executivo e Legislativo) para tanto;

f) a adoção, por parte dos organismos globais, de meios indiretos para exigir o cumprimento pelos Estados dos compromissos firmados, tais como o uso da pressão social, a adoção de sanções internacionais e medidas de retaliação, o uso de incentivos e recompensas etc.

A par de todas as características citadas, não se pode deixar de mencionar que, em verdade, o DAG consiste numa ciência ainda em desenvolvimento, cujo processo de formação e conceituação ainda não atingiram total maturidade. Nada obstante, é notável a expansão que essa matéria vem sofrendo no contexto global, já que emergem problemas globais ou mesmo locais que demandam

⁸CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. pp.1, 2

⁹CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 3

¹⁰CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. pp. 6, 7

soluções sob o prisma global ou mediante a intervenção de organismos globais, tornando a atuação dos governos nacionais claramente insuficiente¹¹.

É o que ocorre com as questões relacionadas ao meio ambiente: aquecimento global, desastres naturais, gestão de resíduos, poluição de águas e do ar, etc. são problemas que ultrapassam fronteiras nacionais, repercutindo até mesmo em todo o planeta e que, por isso, necessitam ser equacionados em um âmbito transnacional. Há, inclusive, estudiosos que sustentam ser necessário, em matéria ambiental, o desenvolvimento de um DAG dotado de ainda maior força cogente. É o que defende Fernando dos Reis Condeso:

Impõe-se um direito internacional à "ingerência ambiental" em nome dos direitos humanos e da sua natureza de "ius cogens", em defesa da subsistência do próprio homem. A consciencialização de um mundo sem futuro para o "futuro da humanidade" obriga à aceitação de legitimidades funcionais intergovernamentais cogentes com autoridades administrativas e jurisdicionais supranacionais.¹²

Há que se admitir, porém, que do que se depreende das características do DAG supra mencionadas, ainda há uma série de questões em aberto, relativas ao poder de coerção, à unidade e à legitimidade das regras e regulamentos emanados das organizações globais, as quais não permitem concluir, neste momento, ser plenamente possível conferir tal autoridade a esses organismos globais/supranacionais.

Em contrapartida, pode-se constatar a existência de uma série de mecanismos institucionais no âmbito do DAG que possuem plena eficácia: as organizações internacionais, com sua burocracia e regulamentos, os tribunais internacionais, com seu poder de revisão das decisões das organizações internacionais, resolução de controvérsias, aplicação da lei, etc. São mecanismos que determinam a atuação dos Estados e demais entidades, assim como acarretam influência sobre a esfera de direitos individuais dos particulares.

Constatada tal realidade, surge a necessidade de estabelecimento de uma base comum, amplamente aceita, legitimadora da própria noção de existência de um fenómeno jurídico que origina o DAG. É nesse sentido que se desenvolve a concepção de "Estado de Direito" (*rule of law*) no âmbito do direito global, a fim de estabelecer limites ao exercício do poder público global.

Veja-se, contudo, que o fundamento do Estado de Direito no âmbito global não está na legitimidade democrática, tampouco numa noção de divisão de poderes, como ocorre no direito interno. Como bem acentua Cassese:

Os valores que o Estado de Direito procura proteger são diferentes daqueles que caracterizam os sistemas nacionais. Nesses sistemas, existe um dualismo entre o parlamento e o governo, e seus poderes são separados e opostos. O poder executivo pode ser exercido apenas dentro dos limites da lei, de modo que o governo está sujeito às leis do parlamento. [...] Em vez disso, no sistema

¹¹CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. p.10

¹² CONDESSO, Fernando dos Reis. CONDESSO, Ricardo Alexandre Azevedo dos Reis (Col.). **Direito do Ambiente. Ambiente e Território. Urbanismo e Reabilitação Urbana**. 3ª Ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2018. pp. 09/10

internacional, não pode haver tal dualismo: não há parlamento para agir de acordo com uma investidura popular e nenhum governo exercendo um poder fiduciário. Pelo contrário, existe um poder técnico conferido às instituições internacionais¹³.(tradução nossa)

Esse poder técnico, contudo, necessita ser delimitado, e o pressuposto indicado por Cassese como fundamento para o reconhecimento da "*rule of law*" no direito global é a necessidade de proteção aos direitos fundamentais¹⁴.

Nesse sentido, é exigido o respeito à "legalidade" global pelos Estados, isto é, às normas e regulamentos emanados das instituições que integram a Administração global. Trata-se de uma exigência de "*compliance*" dos Estados no cumprimento das regras globais¹⁵.

Além da compreensão de legalidade na perspectiva global, há ainda outros princípios identificados pela doutrina como norteadores do DAG. Entre os princípios procedimentais, destacam-se a transparência, a participação, o dever de fundamentação das decisões, os mecanismos de revisão e a boa governança.

Nas palavras de Kingsbury et. al.,

Na nossa abordagem, o direito administrativo global abrange de forma eficaz todas as regras e procedimentos que ajudam a garantir a responsabilidade da administração global, e centra-se em particular nas estruturas administrativas, na transparência, nos elementos participativos no procedimento administrativo, nos princípios da tomada de decisão fundamentada e sobre os mecanismos de revisão¹⁶.(tradução nossa)

Já sob o aspecto substancial, os autores destacam o importante papel dos princípios da proporcionalidade, da relação racional entre fins e meios, do uso de meios menos restritivos e da proteção das expectativas legítimas¹⁷.

¹³CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 264. No original: "*The values that the rule of law seeks to protect are different from those that characterize national systems. In these systems, there is a dualism between the parliament and the government, and their powers are separate and opposed. The executive power can be exercised only within the limits of the law, so that the government is subject to the laws of the parliament.[...] Instead, in the international system, there can be no such dualism: there is no parliament to act pursuant to a popular investiture and no government exercising a fiduciary power. On the contrary, there is a technical power that is conferred on international institutions*".

¹⁴CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 264

¹⁵CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 266

¹⁶ KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico. STEWART, Richard B.. **The emergence of global administrative law**. Disponível em: <<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-et-al-The-Emergence-of-GAL.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2018. No original: "*In our approach, global administrative law effectively covers all the rules and procedures that help ensure the accountability of global administration, and it focuses in particular on administrative structures, on transparency, on participatory elements in the administrative procedure, on principles of reasoned decisionmaking, and on mechanisms of review.*"

¹⁷ De acordo com o autor: "*Especialmente quando direitos individuais são colocados na forefront, o direito administrativo global pode ser esperado para incorporar padrões substantivos para ação administrativa, como aqueles aplicados em um contexto doméstico—tais como proporcionalidade, relação racional entre meios e fins, uso de meios menos restritivos, ou expectativas legítimas.*" (KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico. STEWART, Richard B.. **The emergence of global administrative law**. Disponível em: <<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-et-al-The-Emergence-of-GAL.pdf>>. Acesso em 12 dez. 2018)

Assim, é a partir da admissão da existência desses princípios norteadores, de índole procedimental e substancial, que se constrói a compreensão do DAG como um ramo próprio da ciência jurídica. E, em se tratando de sua ligação com o direito do ambiente, é possível identificar significativa contribuição dessa nova ciência para tornar mais efetiva a observância, por parte dos Estados e de outros atores do cenário global, das diretrizes internacionais em prol da defesa do ambiente, como será exposto a seguir.

3. DAG E POLÍTICAS DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A conscientização mundial acerca da necessidade da tutela do meio ambiente ganha evidência na década de 1970, quando a ONU realiza a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, no ano de 1972 em Estocolmo, no intuito de sensibilizar os Estados e construir uma consciência social e política em torno da problemática da deterioração ambiental em escala global¹⁸.

Desde então, outras conferências internacionais vêm sendo promovidas, tanto pela ONU quanto por outras organizações internacionais, envolvendo temáticas como desenvolvimento sustentável (v.g. Rio-92, Rio +10 e Rio+20¹⁹), mudanças climáticas (COP21²⁰), proteção de florestas (v.g. Fórum das Nações Unidas sobre Florestas²¹), entre outras.

Como resultado de tais reuniões, diversos acordos internacionais são celebrados, mediante adesão dos Estados a fim de reforçar os seus compromissos com a agenda global de preservação do meio ambiente. Ocorre que tais compromissos têm caráter flexível, usualmente com status de "*soft law*", em virtude de tocarem em pontos sensíveis relacionados a decisões políticas e econômicas dos Estados, de médio e longo prazo, de modo que não se faz viável estabelecer um caráter cogente aos deveres assumidos nos acordos.

Diante do quadro descrito, o que se observa na prática é a crise de inefetividade das normas estabelecidas nos acordos internacionais em matéria ambiental. Nesse contexto, portanto, é que a abordagem do DAG como um meio de incremento da efetividade das normas internacionais sobre meio ambiente se faz oportuna.

O meio ambiente, sob a ótica do DAG, insere-se na categoria de bem público global (*global public good*). De acordo com Cassese, a globalização desencadeou o surgimento de tal categoria,

¹⁸ SILVA, Alice Rocha da. **O direito administrativo global como ferramenta de implementação do direito ambiental**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. REI, Fernando (Coords.). *Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos* [VitalSource Bookshelf version]. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 135

¹⁹ ONU BRASIL. **Conferências de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU**. c2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meio-ambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/>> acesso em 12 dez. 2018.

²⁰ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Acordo de Paris**. c2017. Disponível em: <www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>. Acesso em 12 dez 2018.

²¹ SILVA, Alice Rocha da. **O direito administrativo global como ferramenta de implementação do direito ambiental**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. REI, Fernando (Coords.). *Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos* [VitalSource Bookshelf version]. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 137

levando à formação de um sistema de regras e instituições com o objetivo de controlar e liderar o exercício dos poderes dos Estados para, assim, melhor proteger esses bens públicos globais, reconhecidos como de interesse para toda a humanidade²².

Destaca-se, inclusive, que nesse sistema atuam não só entidades governamentais e organismos internacionais como também atores privados, como por exemplo organizações não governamentais (ONGs) institucionalmente vocacionadas à proteção do meio ambiente.

Na visão de Alice Rocha da Silva, o DAG é interpretado como um instrumento através do qual se intensifica a eficácia das diretrizes e normas de direito internacional do ambiente perante os Estados. Em suas palavras,

[...] o direito administrativo global pode ser considerado uma resposta às consequências da interdependência dos temas ambientais, a partir do desenvolvimento de regimes intergovernamentais de direito administrativo e de normas e mecanismos aos quais os administradores nacionais devem se submeter para assegurar a eficácia e transparência na transposição entre direito nacional e internacional.²³

A autora estabelece, em sua análise, uma correlação entre o DAG e a boa governança, nos seguintes termos:

Entre as principais características do direito administrativo global está: o reforço da regulação ao invés da dialética habitual entre direitos e obrigações; a transversalidade que privilegia as redes administrativas e a multiplicidade de atores ao invés da relação clássica entre os Estados. Em paralelo, a boa governança apresenta como características a participação, a transparência e a responsabilidade privilegiando a primazia do direito. Entre seus princípios estão: a obrigação de entrega de resultados, transparência, eficiência e eficácia, receptividade, prospecção e a primazia do direito. Nesse sentido verifica-se que a boa governança e o direito administrativo global defendem os mesmos pontos, não importando neste momento definir se o direito administrativo global é vetor para o desenvolvimento da boa governança ou se a boa governança é o cenário ideal para a aplicabilidade do direito administrativo global. Importa reconhecer que ambos devem coexistir e contribuir para a melhor efetivação do direito ambiental.²⁴

A análise da autora, de fato, é pertinente, na medida em que destaca que as principais características do DAG convergem para a concretização de práticas de boa governança, especialmente no campo da proteção ao meio ambiente.

É o que se identifica, por exemplo, quando organismos internacionais de assistência financeira como o Banco Mundial exigem como contrapartida dos Estados assistidos que

²²CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 30

²³SILVA, Alice Rocha da. **O direito administrativo global como ferramenta de implementação do direito ambiental**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. REI, Fernando (Coords.). *Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos* [VitalSource Bookshelf version]. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 140

²⁴SILVA, Alice Rocha da. **O direito administrativo global como ferramenta de implementação do direito ambiental**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. REI, Fernando (Coords.). *Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos* [VitalSource Bookshelf version]. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 142

implementem políticas de responsabilidade ambiental e de sustentabilidade em seus projetos de desenvolvimento²⁵.

Importante pontuar que a atuação desses organismos internacionais de financiamento - sobretudo o Banco Mundial e o FMI - junto aos países em desenvolvimento sofreu transformações recentemente, justamente como resposta a cobranças para que tais instituições estimulassem a implementação e a observância dos direitos humanos, direitos trabalhistas e proteção ambiental. É o que explica Schlemmer-Schulte:

O FMI tornou-se de uma instituição majoritariamente monetária em uma financiadora do desenvolvimento, e o BM tornou-se de um simples financiador de tijolo e argamassa em um credor de uma ampla gama de programas. Ambos, FMI e BM, estão hoje financiando principalmente ajustamentos macroeconômicos e melhoria da 'governança' dos recursos econômicos e sociais nos países mutuários.²⁶ (tradução nossa)

Tais exigências traduzem, exatamente, uma forma de cobrança das autoridades nacionais para que reforcem a boa governança no campo do ambiente, e tal exigência, vale dizer, funda-se justamente no fortalecimento de Estado de Direito. No dizer de Cassese:

O estado de direito é um componente integral da governança. A má governança está no centro das atenções há algum tempo e as consequências para a qualidade de vida são enormes. O estado de direito é importante para os direitos individuais, o desempenho econômico e muitos outros aspectos da governança²⁷.(tradução nossa)

Numa abordagem concreta, traz-se a título ilustrativo o caso do Brasil: em evidente fenômeno de absorção das diretrizes do DAG, o Estado brasileiro vem adotando ações coordenadas entre o Poder Executivo, através do Ministério do Meio Ambiente, entidades internacionais, como o Banco Mundial, e organizações da sociedade civil organizada - ONGs - como o Funbio, que, em parceria, estão concretizando projetos de preservação e recuperação do meio ambiente no território nacional.

²⁵ Alice Rocha, nesse sentido destaca: "Nessa linha de pensamento, poderia ser pensada uma parceria com instituições internacionais como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI) que, no desenvolvimento de políticas de boa governança, poderiam estabelecer como conselhos ou condições para concessão de auxílio financeiro a países em desenvolvimento a observância de preceitos do direito ambiental." (SILVA, Alice Rocha da. **O direito administrativo global como ferramenta de implementação do direito ambiental**. In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. REI, Fernando (Coords.). *Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos* [VitalSource Bookshelf version]. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. p. 144)

²⁶ SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. **International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standards, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy**. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 306. No original: "*The IMF turned from a mostly monetary institution into a development financier, and the WB turned from a simple brick-and-mortar financier to a lender of a broad range of programs. Both the IMF and the WB are nowadays primarily financing macro-economic adjustment and improvement of the 'governance' of economic and social resources in recipient countries.*"

²⁷ CASSESE, Sabino. **Research Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 273 No original: "*The rule of law is an integral component of governance. Bad governance has been in the spotlight for some time now, and the consequences for quality of life are enormous. The rule of law is important for individual rights, economic performance and many other aspects of governance.*"

Tais projetos vêm se concretizando graças ao apoio financeiro proveniente de fundos internacionais, como o GCF (Green Climate Fund) - um fundo global que apoia os países em desenvolvimento a enfrentarem os desafios relacionados ao aquecimento global - e o GEF (Global Environment Facility) - ligado ao Banco Mundial e voltado ao auxílio de países em desenvolvimento ou em economia de transição no alcance dos objetivos estabelecidos em acordos e convenções internacionais sobre o meio ambiente.

Um dos projetos mais notáveis articulado em tais moldes é o Programa ARPA - Áreas Protegidas da Amazônia- , cujo foco é a proteção do bioma da Amazônia contra atividades degradantes, como por exemplo o desmatamento ilegal.

Trata-se do *"maior programa de conservação de florestas tropicais do planeta e o mais expressivo ligado à temática das unidades de conservação no Brasil"*²⁸, tendo se iniciado em 2002 e estando, hoje, em sua terceira fase de implementação, iniciada em 2014. Sua previsão de conclusão é em 2039, e a principal meta é *"apoiar a conservação e o uso sustentável de 60 milhões de hectares, o equivalente a 15% da Amazônia brasileira, e a duas vezes a área da Alemanha"*²⁹.

De acordo com informações obtidas no sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente,

[...] o ARPA combina biologia da conservação com práticas de planejamento e gestão. As Unidades de Conservação apoiadas pelo programa são beneficiadas com bens, obras e contratação de serviços necessários para a realização de atividades de integração com as comunidades de entorno, formação de conselhos, planos de manejo, levantamentos fundiários, fiscalização e outras ações necessárias ao seu bom funcionamento³⁰.

Quanto à sua base de financiamento, destaca-se a participação da ONG Funbio como gestora financeira, sendo os recursos provenientes de agentes nacionais - como o Fundo Amazônia, por meio do BNDES - e internacionais - notadamente o governo da Alemanha, por meio do Banco de Desenvolvimento da Alemanha (KfW), o GEF por meio do Banco Mundial, a Fundação Gordon and Betty Moore e a Rede WWF. No plano da coordenação e da execução dos projetos, as atribuições são primordialmente do governo brasileiro, a cargo do Ministério do Meio Ambiente³¹.

Como se pode verificar, o programa ARPA é uma demonstração de como a atividade articulada de entidades e organismos nacionais e internacionais promove a efetivação de políticas e medidas concretas nos territórios nacionais, fundadas em princípios como a boa governança, a transparência, a eficiência e a eficácia em matéria de proteção ao meio ambiente.

²⁸ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **O que é o ARPA**. c2017. Disponível em: <<http://arpa.mma.gov.br/oquee/>>. Acesso em 12 dez. 2018.

²⁹ FUNDO BRASILEIRO PARA A BIODIVERSIDADE. **Programa ARPA: o que é**. c2017. Disponível em: <https://www.funbio.org.br/programas_e_projetos/programa-arpa-funbio/> Acesso em 12 dez. 2018.

³⁰ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **O que é o ARPA**. c2017. Disponível em: <<http://arpa.mma.gov.br/oquee/>>. Acesso em 12 dez. 2018.

³¹ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **O que é o ARPA**. c2017. Disponível em: <<http://arpa.mma.gov.br/oquee/>>. Acesso em 12 dez. 2018.

Não se olvida que o programa mencionado se trata, a toda evidência, de um mecanismo de fomento, ainda distante de ser dotado de poder de vinculação do Estado, de coerção deste e de eventual responsabilização efetiva por desvios dos objetivos traçados originariamente nos projetos de financiamento³².

Nada obstante, o poder dos órgãos internacionais de financiamento para induzir os Estados a se empenhar no cumprimento de metas internacionais por políticas públicas e regulamentações ilustra a operacionalização do DAG, com o seu caráter de hibridismo entre público e privado, seus meios de exigibilidade das obrigações assumidas por cada um dos atores, a multiplicidade de flexibilidade das relações entre estes, e, afinal, a superação dos limites e problemas de inefetividade existentes no contexto das relações pautadas exclusivamente no direito internacional, como citado inicialmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto atual da globalização com a intensificação das relações transnacionais desafia os Estados e demais entidades que atuam no cenário internacional a pensar e desenvolver mecanismos que sejam capazes de estabelecer limites, diretrizes e formas de responsabilização dos agentes econômicos que, exercendo seu poderio financeiro, acabam por instituir a dupla tirania - do dinheiro e da informação -, contribuindo para o agravamento de problemas sociais e ambientais que assolam boa parte da população mundial.

Nesse contexto, uma das teorias que surgem a fim de trazer uma resposta jurídica que satisfaça às demandas dessa nova realidade é o desenvolvimento de um Direito Administrativo Global (DAG).

Conforme se pode demonstrar, o DAG, embora em fase de amadurecimento, é matéria cujo desenvolvimento surge da necessidade de se regulamentar as diversas e dinâmicas relações que na atualidade se desenvolvem em âmbito global, entre atores de diferentes naturezas, num cenário designado como "espaço administrativo global".

Nesse cenário, como visto, a regulação global emanada de diversos organismos e entidades internacionais adentra às legislações nacionais, ganhando força cogente dentro dos Estados, e, simultaneamente, passa a ser compartilhada entre vários regimes globais regulatórios, acarretando uma uniformização de regras básicas no plano global. Trata-se da sedimentação dos padrões administrativos globais, cuja eficácia vem sendo demonstrada em diversos campos, como no caso da proteção ao meio ambiente.

³² A esse respeito, Schlemmer-Schulte destaca: "*Both the IMF and the WB have consistently argued that, unless their charters are amended, or develop economics establish a clear correlation between political human rights, labor standards with political connotations, or a democratic governmental system and development, they cannot act as a world government or a world policeman and require borrowing countries to conform to international political human rights and labor standards, or turn into democracies.*" (SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. **International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standards, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy**. In: NEVES, Marcelo (Coord.). Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 307

Assim é que os estudiosos do DAG vêm, nesse intento, formulando bases teóricas que expliquem a própria existência de um fenômeno jurídico que origina o DAG, e como resultado de tal esforço, é desenvolvida a concepção de "Estado de Direito" (*rule of law*) no âmbito do direito global.

Tal concepção, cujo objetivo fundamental é estabelecer limites ao exercício do poder público global, bem como justificar a necessária observância das regras e regulamentos oriundos de tal poder, vem acompanhada de outros princípios norteadores, como a transparência, a participação, o dever de fundamentação das decisões, os mecanismos de revisão, a boa governança, proporcionalidade, a relação racional entre fins e meios, o uso de meios menos restritivos e a proteção das expectativas legítimas. Esses princípios, portanto, orientam as relações jurídicas estabelecidas dentro do espaço administrativo global e buscam, em última instância, promover e garantir os direitos fundamentais no contexto dessas relações.

No que toca especificamente aos compromissos globais assumidos pelos Estados e outros atores em matéria de proteção ao meio ambiente, pode-se identificar grande contribuição do DAG para impulsionar a adoção de medidas concretas em prol da preservação ambiental.

Com efeito, constata-se que uma verdadeira estrutura administrativa global foi criada com o fim de superar as dificuldades enfrentadas no uso de instrumentos tradicionais do direito internacional, que não ofereciam resposta satisfatória para solucionar os problemas ambientais em escala global.

E, nesse contexto, muitos dos princípios norteadores do DAG vêm servindo de base para conduzir a adoção das medidas necessárias dentro dos Estados para a implementação de políticas protetivas ao meio ambiente. É o caso do princípio da boa governança, que estimula medidas do poder público pautadas pela participação, transparência e responsabilidade, voltadas à concretização dos compromissos firmados em âmbito internacional.

Foi o que se pode demonstrar no caso brasileiro, onde, a partir de incentivos financeiros oferecidos por fundos internacionais, o governo se empenhou em implementar projetos de proteção às Unidades de Conservação, com o apoio de outros atores públicos e privados, como entidades estrangeiras e ONGs. Este foi o caso do projeto ARPA, cujo sucesso na efetivação de medidas em prol da preservação do bioma da Amazônia já se faz perceber.

Assim é que se faz possível afirmar que o DAG, sobretudo com sua base principiológica, funciona como importante ferramenta para viabilizar a concretização do direito ambiental em escala global, fortalecendo os compromissos assumidos pelos Estados no âmbito internacional, mediante contribuição ativa de outros atores importantes no espaço administrativo global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASSESE, Sabino. Research **Handbook on Global Administrative Law**. [Elgaronline version]. Cheltenham, UK / Northampton/USA: Edward Elgar Publishing, 2016.

CONDESSO, Fernando dos Reis. CONDESSO, Ricardo Alexandre Azevedo dos Reis (Col.). **Direito do Ambiente. Ambiente e Território. Urbanismo e Reabilitação Urbana.** 3ª Ed. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Itajaí : UNIVALI, 2012.

FUNDO BRASILEIRO PARA A BIODIVERSIDADE. **Programa ARPA: o que é.** c2017. Disponível em: <https://www.funbio.org.br/programas_e_projetos/programa-arpa-funbio/> Acesso em 12 dez. 2018.

KINGSBURY, Benedict. KRISCH, Nico. STEWART, Richard B.. **The emergence of global administrative law.** Disponível em: <<http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Kingsbury-et-al-The-Emergence-of-GAL.pdf>>

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **O que é o ARPA.** c2017. Disponível em: <<http://arpa.mma.gov.br/oquee/>>. Acesso em 12 dez. 2018.

ONU BRASIL. **Conferências de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU.** c2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meio-ambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/>> acesso em 12 dez. 2018.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único a consciência universal.** 15 ed. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2008.

SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. **International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standarts, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy.** In: NEVES, Marcelo (Coord.). Transnacionalidade do Direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SILVA, Alice Rocha da. **O direito administrativo global como ferramenta de implementação do direito ambiental.** In: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. REI, Fernando (Coords.). Direito Ambiental Internacional: Avanços e Retrocessos [VitalSource Bookshelf version]. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

SUSTENTABILIDADE: UM DIREITO FUNDAMENTAL TRANSNACIONAL

Jefferson Medeiros¹

Jonas Jesus Belmonte²

Sandra Maria Romano Martinelli³

INTRODUÇÃO

O meio ambiente sustentável não representa um cuidado apenas com a natureza e o espaço em que homem se insere, trata-se de uma inquietação acerca da sobrevivência humana num planeta rodeado de transformações. As discussões estabelecidas com base na proteção ao meio ambiente tem se tornado cada vez mais complexas à medida em que a sustentabilidade se torna indispensável em variadas situações, podendo ser pormenorizada dentro de cada seguimento.

A criação de dimensões da sustentabilidade visa, justamente, desenvolver de forma mais sensível a celeuma gerada pelos países na busca de soluções para o equilíbrio ambiental presente e futuro. Assim, cada dimensão exige um ato distinto a ser reconhecido e aplicado.

Com a revolução do modo de operação industrial, a produção em grande quantidade se tornou perceptivelmente universal, o que fez surgir empresas colossais, maiores, inclusive, do que países. Essas empresas de grande porte exigem uma enorme quantidade de matéria-prima para satisfazer suas condições de produção. Deste modo, não é incomum a utilização de recursos das mais variadas partes do mundo, ultrapassando as fronteiras de países, ainda que não fronteiriços.

A transnacionalidade dos fatos que se revestem de existência jurídica exigem do mundo jurídico o preenchimento de lacunas entre o direito doméstico e o direito internacional. E, neste sentido, a pesquisa tem como tema primário o princípio da sustentabilidade como direito fundamental transnacional. Logo, o objetivo geral é analisar a sustentabilidade de forma a reconhecê-la como um princípio fundamental transnacional.

¹ Mestrando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, pós-graduando em Direito Registral e Notarial pela Faculdade Damásio, pós-graduando em direito imobiliário pela Escola Paulista de Ensino Superior. Graduado em Direito pela UNIVALI. Advogado. E-mail: jeffe23medeiros@hotmail.com.

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, pós-graduando em Direito Público pela Instituto Federal de Santa Catarina (IFSC). Advogado, e pesquisador do Centro de Ciências Sociais e Jurídicas (CEJURPS). E-mail: jonasjbelmonte@hotmail.com.

³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Graduada em Direito em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Ji-Paraná/RO. Especialização em Direito Processual Civil, pela Universidade Tiradentes/Aracaju/SE. Especialização em Direito Penal e Processual Penal, pela faculdade de Direito do Vale do Rio Doce/Governador Valadares/MG. Especialização em Direito Notarial e Registral, promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos, em convênio com a Faculdade Arthur Thomas. Tabela – Tabelionato de Notas e Protesto de Títulos de Barra Velha/SC. E-mail: sa.rmartinelli@gmail.com.

A hipótese da pesquisa sugere o seguinte questionamento: O princípio da sustentabilidade pode ser considerado um princípio fundamental transnacional?

Para tanto, o artigo está dividido em três partes: do meio ambiente sustentável à sustentabilidade, desenvolvendo-se o conceito de meio ambiente e suas dimensões; a transnacionalidade e os direitos fundamentais, em que se aborda o conceito de transnacionalidade, bem como o de dignidade da pessoa humana como oporte teórico dos direitos fundamentais; por fim, o meio ambiente sustentável como direito fundamental transnacional, analisando-se o princípio da sustentabilidade no contexto transnacional e o seu caráter fundamental.

O presente artigo encontra seu termo com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados do artigo, seguidos de estimulação à continuidade de reflexões sobre o tema.

No que tange à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁴ foi utilizado o Método Indutivo⁵, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁶, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente trabalho é composto na base lógica indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁷, da Categoria⁸, do Conceito Operacional⁹ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁰.

1. DO MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL À SUSTENTABILIDADE

A degradação ambiental já existia desde o início da história do homem na terra, contudo, a ação humana não afetava o equilíbrio do meio ambiente, porquanto os recursos naturais eram usufruídos pelo homem somente para a sua sobrevivência e, com a ação natural do tempo, o consumo era reposto pela própria natureza¹¹.

⁴ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018, p. 112-113.

⁵ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

⁶ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 22-26.

⁷ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

⁸ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

⁹ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

¹⁰ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

¹¹ RUSCHEL, Caroline Vieira. **Parceria Ambiental**. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 32.

Impulsionada pela Revolução Industrial, a sociedade evoluiu com as novas tecnologias, as quais trouxeram novos impactos devido à exploração de novas fontes de energia, a geração de resíduos e rejeitos industriais, bem como a crescente concentração de capital.¹²

Tal cenário levou a aceleração do processo de entropia global, definida por Welber Barral e Luiz Otávio Pimentel¹³ como “[...] tendência que o planeta tem de caminhar em direção a um contínuo processo de deterioração. Há que se destacar que, da mesma forma que a energia, a matéria se dissipa por si mesma. Entretanto, a ação do ser humano acelera esse processo”. Assim, a humanidade começou a compreender os reflexos de sua nova organização social.

1.1 O meio ambiente sustentável

A partir da constatação de que os recursos naturais são finitos, e que “[...] as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida [...]”¹⁴, houve o despertar de uma preocupação mundial sobre o meio ambiente sustentável, que permitiu realizar em Estocolmo, no ano de 1972, a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, sendo criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, inaugurando a agenda ambiental e iniciando a relação entre ambiente e desenvolvimento, começando a caminhar para o pensamento verde. Assim descreveu a Declaração da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente: “[...] defender e melhorar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade.”¹⁵

Esse evento foi importante porque outros se seguiram, mas a Conferência de Estocolmo foi o marco para que vários países passassem a legislar sobre meio ambiente fazendo surgir o Direito Ambiental como paradigma do direito a partir do momento em que desapareceu a concepção de que o planeta teria absoluta capacidade de resiliência em face da ação do ser humano na natureza.¹⁶

Atualmente, associa-se o ambiente ecologicamente equilibrado ao desenvolvimento sustentável, sob a perspectiva de harmonizar a relação entre a humanidade e natureza,¹⁷ em que a proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado baseia-se na conservação ecológica,¹⁸ ou seja, é imprescindível que haja a responsabilidade ambiental a fim de que se compatibilize o desenvolvimento com a preservação dos recursos naturais.

¹² FROMM, Erich. **Psicanálise da sociedade contemporânea**. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 113.

¹³ BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. (orgs.). **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fund.Boiteux, 2006, p.16.

¹⁴ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. (org.). **Avaliação ambiental estratégica: reflexos na gestão ambiental portuária Brasil e Espanha**. Belo Horizonte. Ed.Vorto, 2017, p.12.

¹⁵ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. (org.). **Avaliação ambiental estratégica: reflexos na gestão ambiental portuária Brasil e Espanha**. p.16.

¹⁶ BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. (orgs.). **Direito ambiental e desenvolvimento**. p. 14.

¹⁷ BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. (orgs.). **Direito ambiental e desenvolvimento**. p. 27.

¹⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. (org.). **Avaliação ambiental estratégica: reflexos na gestão ambiental portuária Brasil e Espanha**. p. 11.

Nesse contexto, é possível observar que o meio ambiente sustentável, além de ser necessário à existência humana, não impede o desenvolvimento social, econômico, ecológico e tecnológico, desde que seus mecanismos se desenvolvam com responsabilidade ambiental, para que o **meio ambiente seja sustentável** a todos os seres, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado “[...] é um sistema dinâmico e não é objetivo do Direito Ambiental fossilizar o meio ambiente e estancar suas permanentes e comuns transformações, que vêm ocorrendo há milhões de anos.”¹⁹

1.2 A sustentabilidade

O debate moderno sobre sustentabilidade não é novidade, porque o tema sempre foi uma preocupação da sociedade. Na concepção de Klaus, a sustentabilidade adotou, apenas, uma nova perspectiva sobre o “desenvolvimento sustentável,”²⁰ cujo conceito jurídico deve ao princípio da sustentabilidade.²¹ Defende que a sustentabilidade possui a qualidade de um princípio jurídico que tem o dever de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos da terra²².

Mas essa concepção não significa dizer que desenvolvimento sustentável e sustentabilidade sejam sinônimos, como trabalham alguns autores. Ao contrário, Klaus²³ deixa nítida essa diferença ao afirmar “[...] a sustentabilidade está separada do desenvolvimento sustentável. Os termos são frequentemente usados como sinônimos, mas precisam ser mantidos separados.” Desse mesmo entendimento compartilha Natammy Bonissoni²⁴, ao afirmar que, embora distintos os institutos, provêm do mesmo processo evolutivo de conscientização ambiental.

A doutrina considera complexo conceituar sustentabilidade e será uma obra inacabada, deixando um conceito aberto, permeável, ideologizado, subjetivo e relacional, porquanto essas variáveis podem mudar de acordo com o período ambiental que se vive.²⁵ A partir da Conferência Rio+10, realizada em Jonesburgo, é que se passou a utilizar de forma adequada a expressão “sustentabilidade”, ao invés de desenvolvimento com qualificativo “sustentável”. Daí em diante, consolidou-se a idéia de que todos os elementos (ecológico, social e econômico) se complementam e dependentes, não havendo hierarquia ou compreendido como variável de segunda categoria.²⁶

¹⁹ WESCHENFELDER, Paulo Natalicio. **Do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado**: a construção de uma cultura. Caxias do Sul: Educs, 2012, p. 41.

²⁰ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

²¹ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 88.

²² BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 82.

²³ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**: Transformando direito e governança. p. 89.

²⁴ BONISSONI, Natammy. **O Acesso à água potável como um instrumento para o alcance da sustentabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 60.

²⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Dados eletrônicos. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 111.

²⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 110.

A sustentabilidade como novo paradigma aparece como critério normativo para a reconstrução da ordem econômica (um novo sistema econômico mais justo, equilibrado e sustentável) da organização social (modificando a estrutura social e a organização da sociedade – equidade e justiça social) do meio ambiente (possibilitando a sobrevivência do homem em condições sustentáveis e digna – respeito ao meio ambiente).²⁷

Maria Cláudia da Silva Antunes Souza e Elcio Nacur Rezende²⁸ entendem:

Sustentabilidade não é nada mais que um processo mediante o qual se tenta construir uma sociedade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana. Atingido o objetivo de construir essa nova sociedade, será sustentável tudo aquilo que contribua com esse processo e insustentável será aquilo que se afaste dele.

A sustentabilidade como critério básico deve organizar democraticamente a vida coletiva, no sentido de promover mudanças endógenas, que permitam tirar partido das condições impostas pela economia transnacionalizada, e maximizar a utilização do capital social disponível para satisfazer as necessidades de toda a vida da humanidade.²⁹

Conclui-se que a Sustentabilidade se estende além da preservação do meio ambiente, pois que consubstanciada na existência humana em todas as suas dimensões, sendo dever de toda a sociedade e do Poder Público a sua implementação com mudanças de comportamentos e paradigmas que permitam a relação equilibrada entre o ambiente e os seres para manutenção da vida digna para a geração atual e futura.

1.3 As Dimensões da Sustentabilidade

Entende-se que a Sustentabilidade foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão, quais sejam: **ambiental, social e econômica**. Entretanto, além das dimensões tradicionais, há que ser acrescida a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá assegurar um futuro mais sustentável.³⁰

Considerada a primeira e a mais conhecida dimensão, a **Dimensão Ambiental** ganhou notoriedade após a Conferência de Estocolmo de 1.972 e serviu de norte para a tomada de consciência para alertar que o ecossistema planetário não resistiria às agressões do modo de vida recente colocando em risco a sobrevivência dos seres. A partir daí se admitiu que os progressos no conhecimento dos complexos processos que tornam possíveis as condições de sustentação da vida

²⁷ REAL FERRER, Gabriel. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito**. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 19, n. 4. Edição Especial. Dados eletrônicos. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 1.460.

²⁸ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. REZENDE, Elcio Nacur. (org.). **Sustentabilidade e Meio Ambiente: efetividades e desafios**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017. p. 16.

²⁹ REAL FERRER, Gabriel. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito**. Revista Novos Estudos Jurídicos. p. 1.462.

³⁰ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. GARCIA, Heloíse Siqueira (org.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Dados eletrônicos. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 20.

humana no Planeta permitem saber, com razoável certeza, o que deveria ser corrigido para reduzir a pressão sobre o ecossistema³¹.

Na concepção de Natammy Bonissoni³², a dimensão ambiental abrange e alcança a preservação dos recursos naturais na produção de recursos renováveis, a limitação do consumo de combustíveis fósseis e de outros recursos esgotáveis ou ambientalmente prejudiciais e a substituição por recursos renováveis e inofensivos e a redução do volume de resíduos e de poluição através de técnicas de conservação e reciclagem.

Quanto à **Dimensão Social**, Denise Schmitt Siqueira Garcia e Heloise Siqueira Garcia³³ entendem que o enfrentamento dos problemas ambientais passa, indispensavelmente, pela necessidade de correção da desigualdade social e da falta de acesso aos direitos sociais básicos, o que em certo sentido, é, inclusive, causa de aumento na degradação ambiental. Logo, a manutenção de direitos fundamentais mínimos seria fundamental para a equação da sustentabilidade.

Para Maria Claudia da Silva Antunes Souza o desafio da Sustentabilidade social é a necessária reinvenção das regras reguladoras dos processos sociais. Instituições e regras que sejam úteis para uma sociedade mais justa, mais inclusiva e mais humana, ou seja, implica em construir uma nova arquitetura social capaz de permitir o desenvolvimento de uma vida digna de ser vivida por qualquer um de seus membros.³⁴

Quanto à **Dimensão Econômica**, consiste em resolver um duplo desafio, qual seja: aumentar a geração de riqueza de maneira ambientalmente sustentável e encontrar os mecanismos para a sua mais justa e homogênea distribuição. O primeiro problema pode-se resolver pela transição de uma “economia verde.” Enquanto os progressos para solução do segundo desafio, inclusive teóricos, são menores³⁵.

A base da produção depende necessariamente do sistema natural, isto é, dos serviços gerados pela natureza, especialmente, a energia. Atualmente, há mais conscientização da importância da consolidação da sustentabilidade.³⁶

³¹ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. REZENDE, Elcio Nacur. (org.). **Sustentabilidade e Meio Ambiente: efetividades e desafios**. p. 21-22.

³² BONISSONI. Natammy. **O Acesso à água potável como um instrumento para o alcance da sustentabilidade**. p. 69.

³³ GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do Princípio da Sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Org.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Dados eletrônicos. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 46-47.

³⁴ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. REZENDE, Elcio Nacur. (org.). **Sustentabilidade e Meio Ambiente: efetividades e desafios**. p. 25.

³⁵ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. REZENDE, Elcio Nacur. (org.). **Sustentabilidade e Meio Ambiente: efetividades e desafios**. p. 22-23.

³⁶ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p.113.

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza verifica a necessidade de que todos assumam que a sustentabilidade econômica precisa de instrumentos globais e/ou transnacionais de redistribuição da riqueza, mas que também operem no interior do Estado com forte conteúdo social.³⁷

Por fim, destaca-se uma quarta dimensão, defendida pelos Professores Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar e Gabriel Real Ferrer³⁸, a **Dimensão Tecnológica**, em que se constata a evolução da tecnologia/inteligência como fonte de influenciadora das ações humanas:

A sustentabilidade foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica. Na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada uma dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro sustentável. Na perspectiva jurídica todas estas dimensões apresentam identificação com a base de vários direitos humanos e fundamentais (meio ambiente, desenvolvimento, direitos prestacionais sociais, dentre outros), cada qual com as suas peculiaridades e riscos.

Conforme se pode visualizar, a implantação de um planeta sustentável exige, na perspectiva jurídica, a proteção de diversos direitos fundamentais, que devem ser elevados ao cenário internacional por conta da transnacionalidade.

2. A TRANSNACIONALIDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Primeiramente, importa destacar uma diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos. Ambos compreendem uma mesma gama de proteção, o que faz muitos autores entendê-los como sinônimos. Entretanto, pode-se destacar que os direitos fundamentais permanecem vinculados aos limites de garantia do Estado, enquanto os direitos humanos encontram seu vínculo junto ao direito internacional, embora, de mesmo modo, caiba aos Estados buscar a sua concretização por conta da soberania.³⁹

Assim, os direitos fundamentais visam garantir um mínimo protetivo em torno de todos os seres humanos, todavia, a estrutura dos Estados da atualidade não se desenvolvem num quadro transnacional, deixando em aberto demandas além-fronteira.⁴⁰ Isto porque, com o desenvolvimento das tecnologias e da forma de produção globalizada, os Estados perderam o controle sobre os reflexos da atividade humana sobre o meio ambiente.⁴¹

³⁷ SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. REZENDE, Elcio Nacur. (org.). **Sustentabilidade e Meio Ambiente: efetividades e desafios**. p. 24-26.

³⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. p. 112.

³⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 146.

⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. **Direito e Transnacionalidade**. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

⁴¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. **Direito e Transnacionalidade**. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). Curitiba: Juruá, 2011, p. 56.

Essa transnacionalidade de demandas se estabelece com o surgimento de uma sociedade global, passando a ser integrada por todos que permanecem sob influência de países ou entidades exteriores ao controle do poder público nacional.⁴² A necessidade de ação do direito de forma transnacional se justifica com o aparecimento dessa sociedade global composta pela ruptura tecnológica nos meios de comunicação e pela economia globalizada.⁴³

2.1 O fenômeno da transnacionalidade do direito

Para evidenciar o conceito de transnacionalidade, deve-se adentrar no fenômeno que impulsiona a sua existência, qual seja a globalização. Consoante o que assinala Ulrich Beck, a globalização pode ser entendida como “[...] os processos em cujo andamento os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.”⁴⁴

Neste sentido, Joana Stelzer⁴⁵ ressalta:

A transnacionalização pode ser compreendida como um fenômeno reflexivo da globalização, que se evidencia pela desterritorialização dos relacionamentos políticos-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultravalorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem da soberania dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente com a concepção do transpasse estatal. Enquanto a globalização remete à ideia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência de Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio.

A transnacionalidade nasce do contexto criado pela globalização, haja vista que a confusão criada entre o direito internacional e o direito nacional/doméstico acarreta, em circunstâncias que moldam a vida contemporânea e enfraquecem o poder estatal, principalmente, quando os agentes exteriores se tornam mais influentes do que o próprio Estado.⁴⁶

A expressão “Direito Transnacional” teve início com a obra *Transnational Law*, que conceituou o termo como “[...] todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais [...]”⁴⁷, porém as relações entre o direito doméstico e o direito internacional tomaram um rumo mais complexo do que inicialmente abordado pelo autor.

⁴² MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. Itajaí, v. 15, n. 2, p. 193-211, maio/ago. 2010, p. 201.

⁴³ MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. Itajaí, v. 15, n. 2, p. 193-211, maio/ago. 2010, p. 201.

⁴⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?:** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 29.

⁴⁵ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. **Direito e Transnacionalidade**. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

⁴⁶ STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELAZER, Joana (org). **Direito e transnacionalidade**. p.16-17.

⁴⁷ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro Silva. São Paulo: Fundo da Cultura, 1965.

Para Jacques Chevallier⁴⁸, a transnacionalidade se desenvolveu com os acordos internacionais com o objetivo de criar um cenário mais amplo de atuação da ordem, mas que por outro lado restringia o poder dos Estados.

Na teoria clássica era notável a ação internacional dos Estados. Através de acordos internacionais os Estados cediam parte de sua soberania para que fosse possível a ação direcionada a exigências transnacionais. No entanto, a sociedade passou a fazer parte do sistema globalizado mesmo que inexistisse acordo internacional firmado. Logo, os Estados da atualidade começaram a sofrer com os reflexos da participação social globalizada.⁴⁹

O Estado, sobretudo na pós-modernidade, ficou exposto às crises da nova conjuntura global, isto porque sua organização surgiu no final do feudalismo, na Europa ocidental. Para a sociedade, a autorização estatal deixou de ser requisito para as relações internacionais, o que torna necessário a redefinição das funções estatais e a readequação do sentido de soberania.⁵⁰

Com a miscigenação das relações internacionais, o Estado como unidade política vem sofrendo questionamentos⁵¹. A organização do Estado pós-moderno tem supedâneo no direito, principalmente no Estado de Direito, de modo que o desenvolvimento de um direito transnacional poderia representar a resolução da lacuna existente entre o direito doméstico e o direito internacional. Isto porque, Hans Kelsen⁵² já alertava que o Estado não representa uma unidade geográfica - um espaço integrado – podendo fazer parte daquela soberania dois espaços distintos e separados entre si.

Por seu turno, Immanuel Kant⁵³ consignava a eventual pluralidade jurídicopolítica – um direito cosmopolita – em que os Estados mantinham relações através de um consenso de igualdade, garantindo direitos e deveres a todos os indivíduos. O direito transnacional abordado nessa obra se aproxima das convicções de Kant.

A transnacionalidade do direito se desenvolve com base na falta de controle de questões vinculadas ao âmbito internacional e nacional de forma simultânea, ou seja, a transnacionalidade visa regular tanto o direito internacional quanto o direito nacional, não sendo possível uma divisão, visto que o próprio fato jurídico exigiria uma solução geral, caso contrário, o direito internacional por si, só teria força suficiente para atuação.⁵⁴

Nesta senda, a proteção do meio ambiente não deve ser elaborada por níveis de sistemas jurídicos isolados, as demandas atuais exigem um sistema jurídico supranacional que alcance uma

⁴⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23-39.

⁴⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. p. 23-39.

⁵⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. p. 23-39.

⁵¹ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. p. 23-39.

⁵² KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado e do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 299.

⁵³ KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2011, p. 31.

⁵⁴ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. p. 23-39.

condição ecológica ambiental razoável a nível planetário, mas que também, organize a responsabilidade global dos Estados, entidades, organizações, grupos, etc, de modo a garantir a sustentabilidade para a vida humana presente e futura.⁵⁵

Essa ideia de transnacionalização, em especial da sustentabilidade, traz à tona uma flexibilização da soberania dos Estados em prol da coletividade mundial, visto que na existência de obstáculos causados, por exemplo, na necessidade de ratificação de tratados internacionais, faz com que diversos países deixem de seguir os padrões mínimos de proteção, mantendo improdutiva a nova regra estabelecida. Todavia, essa flexibilização não representa a falta de vínculo local da sociedade. Trata-se, apenas, de uma convergência social que não pode ser impedida por fronteiras, e que, cada vez mais, se demonstra indispensável para o reconhecimento de que o planeta deve ser protegido como um todo.⁵⁶

A proteção internacional do meio ambiente se reveste da condição de direito do homem por sua ligação direta com o direito à vida e à saúde, sendo, inclusive, sustentado por esses direitos essenciais⁵⁷. Além de que, o direito do ambiente, se torna expressão de solidariedade dentro do âmbito internacional, devendo ser considerado patrimônio comum da humanidade, o que torna imperioso a consolidação de novas estratégias de governança transnacional.⁵⁸ Destarte, o tópico a seguir tratará com maior precisão dos direitos fundamentais do homem.

2.2 A Dignidade da Pessoa Humana como vetor axiológico dos Direitos Fundamentais transnacionais

A concepção dos direitos fundamentais é muito bem exposta através da linha evolutiva proposta primeiramente por Norberto Bobbio em sua obra *A Era dos Direitos*, e depois pelo professor espanhol Gregorio Peces-Barba Martinez.⁵⁹

Os Direitos Fundamentais foram gradativamente constituídos, sua positivação e a evolução, foram as principais temáticas dentro dessa mutabilidade. O principal documento a ser referenciado, já no início de nossas reflexões, é a Magna Charta *Libertatum*, pacto firmado em 1.215 pelo Rei João Sem-Terra⁶⁰. Esse pacto não passou de mero referencial para as futuras elaborações dos direitos humanos e direitos fundamentais, pois, nele, apenas os nobres receberam prerrogativas, no entanto, foi a primeira manifestação do Rule of law, como limitador do poder estatal.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helini Silvini. LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências e aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro/RJ: Forense Universitária, 2004, p. 05-06.

⁵⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?:** Equívocos do globalismo: resposta à globalização. Tradução de André Carone. p. 185.

⁵⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos**. In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen, Júpiter, 2004, p. 4-5.

⁵⁸ CRUZ, Paulo Marcio; BONAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p.119

⁵⁹ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92.

Apenas no século XVIII, pode-se encontrar a primeira aparição de Direitos Fundamentais, de modo que a Declaração de direitos do povo da Virgínia, de 1.776, e a Declaração Francesa, de 1789, a célebre “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão” estão como os primeiros documentos registrados que representam os direitos fundamentais.

Paulo Márcio Cruz⁶¹ esclarece que a posterior inclusão dos direitos do homem ou direitos humanos nos textos constitucionais trouxe, como consequência imediata, a transformação de alguns princípios filosóficos em normas jurídicas filosóficas, não dependendo de convicções individuais.

Urge ressaltar, que os direitos não foram todos conquistados em uma mesma época, de modo que há uma evolução histórica dos direitos fundamentais, e isto acontece, principalmente, entre as expressões *gerações e dimensões*. Ressalte-se que parte da doutrina tem se levantado contra o posicionamento de que o termo “gerações” é impróprio para definir esta evolução dos direitos fundamentais. Fundamentam seus argumentos no fato de que o termo gerações poderia desencadear a falsa ideia de que como fossem evoluindo, ocorreria uma substituição de uma geração por outra. Tal posicionamento doutrinário defende que o mais correto seria a expressão “dimensão”, e não geração⁶².

Consoante asseverava Norberto Bobbio, os direitos não nascem todos de uma vez, apenas nascem quando devem ou podem, isto é, precisam de uma série de fatores que determinam o progresso e evolução destes direitos.

O que se enfoca neste trabalho é a categoria terceira dimensão de direitos fundamentais, que, conforme sustentou Karel Vasak, são direitos de *fraternidade*⁶³, ou direitos de solidariedade, como prefere Etienne-R. Mbaya, os quais passaram a integrar o mundo jurídico, mormente os textos constitucionais a partir da década de 60.

É imperioso mencionar que estes direitos têm a ver com o direito à paz⁶⁴, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, à comunicação, ao desenvolvimento, aos direitos dos consumidores e vários outros direitos, mormente, àqueles relacionados a grupos de pessoas mais vulneráveis.

⁶¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2003, p. 150.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2007, p. 55.

⁶³ Quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo Pela primeira vez, ele falou em gerações de direitos, inspirado na bandeira francesa: *liberté, égalité, fraternité*. A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, *égalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a *fraternité*: os direitos de solidariedade. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Crítica às Gerações de Direitos Humanos de Norberto Bobbio no Seminário Direitos Humanos das Mulheres**: A Proteção Internacional Evento Associado à Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília: Câmara dos Deputados, 25 maio 2000.

⁶⁴ Sobre o direito a Paz o professor Paulo Bonavides advoga no sentido de que este direito é de quinta geração, pois houve uma translação da terceira para a quinta geração. Ver. BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais**. Revista: Direitos Fundamentais Justiça nº3 – abr/junho 2008. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em 19 ago. 2019.

Afirma Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁵, que a distinção destes direitos de terceira dimensão para os demais, está, perfunctoriamente, na sua titularidade transindividual (ou metaindividual), que pode se apresentar de forma indefinida e até mesmo indeterminada.

Não há como negar, os direitos de terceira dimensão só vieram a ser reconhecidos, ou suscitados, quando a humanidade se viu à beira da destruição, pois o impacto trazido pela segunda guerra mundial, sobretudo, as bombas atômicas, lançadas no Japão mais precisamente em Hiroshima e Nagasaki, fizeram com que a humanidade pensasse no seu futuro. Sobre o tema, imperiosa é a colocação do professor Antônio Carlos Wolkmer⁶⁶, que abordando a gênese da proteção ao meio ambiente no cenário internacional, assim aduz:

As normas de proteção internacional ao meio ambiente têm sido consideradas como um complemento aos direitos do homem, em particular o direito à vida e à saúde humana. [...] nos grandes textos do direito internacional do meio ambiente aparecem importantes referências ao direito à vida e à saúde, conforme comprova, por exemplo, o Princípio 1 da Declaração de Estocolmo, repetido no Princípio 1 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e desenvolvimento [...] e por ser de certo modo implícito, em quase todos os tratados e convenções multilaterais, dos quais sobressaem a Convenção da Unesco sobre o Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, adotada em Paris, em 1972.

Neste sentido, se percebe que os direitos fundamentais surgem com as demandas sociais, trazendo sustento à vida humana, e conforme apontar-se-á no tópico seguinte, formam supedâneo suficiente ao desenvolvimento do direito transnacional.

Uma série de obstáculos impõe-se no sentido de achar uma definição jurídica adequada para o conteúdo jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. Mas a doutrina costuma rotulá-la como uma visão “polissêmica, indeterminada, de pouca densidade semântica e insusceptível de uma concretização jurídica exata, possuindo, portanto, contornos vagos e imprecisos.”⁶⁷

No que tange à Dignidade da Pessoa Humana, Luiz Roberto Barroso⁶⁸ afirma que esta pode ser analisada por três aspectos distintos, os quais integram o conteúdo mínimo da ideia de Dignidade da Pessoa Humana: a) como um valor intrínseco de todo seres humanos; b) autonomia de cada indivíduo, e c) limites impostos pelo valor comunitário.

Na ótica jurídica, o valor intrínseco da Dignidade da Pessoa Humana pode-se encontrar o embrião de uma série de Direitos Fundamentais, como por exemplo: o direito à vida; o direito à igualdade; o direito à integridade física e o direito à integridade moral ou psíquica. Ingo Wolfgang

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 276.

⁶⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos**. In: Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. p. 4-5.

⁶⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. p. 211.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273.

Sarlet⁶⁹, chama a atenção para o fato de que antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é acima de tudo, a qualidade intrínseca do ser humano e que o torna merecedor, ou pelo menos, titular de uma pretensão de direitos.

Esse valor intrínseco possui três conotações: direito à vida, igualdade perante a lei e direito à integridade psíquica ou mental.⁷⁰ Primeiro, pode-se dizer que é a personificação do direito por excelência, tendo em vista que não há como imaginar os demais sem a vida. Nota-se, por via de consequência, que todo ordenamento jurídico tem como crime o homicídio, contudo, em torno deste direito há uma série de discussões que ainda geram debates calorosos em relação por exemplo: a pena de morte⁷¹, o aborto⁷² e a eutanásia.

A igualdade perante a lei afirma que toda pessoa é igual perante a lei (igualdade formal), sendo o Estado, o responsável para proibir o tratamento diferenciado aos indivíduos com base em critérios fundamentados em convicções políticas, morais, filosóficas ou religiosas, raça, sexo ou classe social. Evidencia-se, também, o seu aspecto material⁷³, ou seja, uma igualdade distributiva e concreta no acesso aos bens de uma sociedade. Nessa seara contempla-se vários temas controvertidos, como por exemplo: as ações afirmativas,⁷⁴ uniões homoafetivas⁷⁵ e direitos dos deficientes⁷⁶.

O substrato pertinente ao direito à integridade física e o direito à integridade moral ou psíquica decorre do que Norberto Bobbio⁷⁷ convencionou chamar os direitos de carácter absoluto, pois veda a tortura e o trabalho escravo. “Esses direitos são privilegiados porque não são postos em

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 167.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução. Humberto Laport de Melo. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 78.

⁷¹ Embora a CRFB/1988, veda a pena de morte, nos termos do artigo 5º, XLVII, “a”, excepcionalmente admitindo só nos casos de guerra declara, mesmo assim foram submetidos 28 projetos de lei na câmara dos Deputados no período compreendido 06/10/1988 até 09/3/1998 no sentido de instituir tal instituto. No entanto todos foram arquivados por serem inadmissíveis. BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169205>>. Acesso em: 20 set. 2019.

⁷² BELMONTE, Jonas Jesus. Dignidade da pessoa humana: autonomia da vontade no julgamento do habeas corpus 124.306/RJ no âmbito da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal. In: **Seminário Sobre Internacionalização nos Cursos de Direito da Univali**, 2017, Itajaí-SC. Seminário Sobre Internacionalização nos Cursos de Direito da Univali, 2017.

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁷⁴ Uma abordagem analítica sobre o tema, ver o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 (ADPF 186). BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>>. Acesso em 20 set. 2019.

⁷⁵ A Resolução n. 175 que estabelece regras para os cartórios de todo o Brasil, os quais não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva. BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Enunciado Administrativo Nº 14, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf> Acesso em 20 set. 2019.

⁷⁶ BRASIL. **Lei Federal 13.146 de 06 de julho 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm.> Acesso em 20 set. 2019.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 14.

concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais”⁷⁸. Nesse âmbito decorem diversos embates controvertidos e complexos pois tratam sobre temas como: Sistemas Prisionais;⁷⁹ admissibilidade de prisão perpétua; comércio de órgãos⁸⁰ e pesquisas clínicas⁸¹.

O valor pertinente a autonomia também possui três conotações, mas pela limitação de páginas, torna oportuno ao menos mencionar (autonomia privada, autonomia pública e na percepção de mínimo existencial), No que tange ao valor comunitário, o qual incide no âmbito social, isto é, o indivíduo em relação ao grupo que ele vive. Neste âmbito de análise “[...] a dignidade é pautada pelos os valores que são emanados dos integrantes da comunidade, seus padrões civilizatórios seu ideal de vida boa.”⁸². A dignidade como valor comunitário destina-se a restrição da autonomia pessoal e possui três substratos: “[...] a proteção dos direitos de terceiros; a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção dos valores sociais.”⁸³

A proteção dos direitos de terceiros consiste no dever de cada um exercer sua autonomia com respeito aos demais.⁸⁴ No que tange a proteção do indivíduo contra si próprio, menciona-se o Estado protegendo a pessoa contra si, isto é, quando por meio de lei ou de política de segurança o Estado obriga seus cidadãos a determinadas condutas, seja: o uso de sinto de segurança, ou até mesmo a obrigação dos pais de matricularem seus filhos menores em escolas. Neste domínio, afirma Barroso: “se inserem questões controvertidas, como eutanásia, sadomasoquismo, e o célebre caso do arremesso de anão”⁸⁵.

Já a proteção dos valores sociais corresponde ao conjunto de valores morais de determinada sociedade que as utiliza de modo compartilhado, como por exemplo podemos citar a proibição do incesto, da pedofilia e da incitação à violência. Nesta seara pode-se identificar também temas

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. p. 14.

⁷⁹ Ver o julgamento ADPF 347, qual tratou do "estado de coisas inconstitucional". BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 18 set. 2019.

⁸⁰ Ver. Organização Mundial da Saúde. **Cumbre Internacional sobre turismo de trasplanta e tráfico de órgãos convocados pela Sociedade de Trasplantes e Sociedade Internacional de Nefrologia em Estambul**. Estambul: OMS; 2008.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. p. 275.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução. Humberto Laport de Melo. 4ª reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 88

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276.

⁸⁵ O prefeito de uma cidade no interior da França Proibiu uma atração que ocorria frequentemente nas casas noturnas, a qual era conhecida como arremesso de Anão. Em sede de recurso Administrativo houve anulação da decisão do prefeito. O caso foi parar na Corte de Estado a qual restabeleceu a primeira decisão sobre o argumento da Dignidade Humana. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276.

controversos como é o caso da criminalização da prostituição ou a descriminalização das drogas leves.⁸⁶

Embora o meio ambiente sustentável tenha passado despercebido aos olhos de Luís Roberto Barroso quando dimensionou os substratos da Dignidade da Pessoa Humana no direito constitucional contemporâneo, ele fica subjacente quando se analisa o valor comunitário, o qual, em sua conceituação, destina-se à restrição da autonomia pessoal impondo a proteção dos direitos de terceiros; a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção dos valores sociais.

Ora, diante da crise ecológica, faz-se necessário repensar o conceito kantiniano de dignidade melhorado por Luiz Roberto Barroso, a fim de aproximá-lo das novas configurações morais e culturais impulsionadas pelos valores ecológicos, conforme bem anunciou Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer⁸⁷, quando dimensionaram matriz jusfilosófica “biocêntrica (ou ecocêntrica), capaz de reconhecer a teia da vida que permeia as relações entre ser humano e natureza”.

Sendo o meio ambiente sustentável, parte integrante do valor comunitário, sobretudo nas relações entre o ser humano e a natureza, pode-se afirmar, então, que a Dignidade da Pessoa Humana é o vetor axiológico que fundamenta a proteção dos valores sociais ecológicos, tanto no âmbito nacional, quanto no transnacional.

3. MEIO AMBIENTE SUSTENTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL TRANSNACIONAL

Inicialmente, reverbera-se que a expressão Direito Transnacional foi utilizada *a priori* por Philip Jessup⁸⁸, o qual entendia que, pelo fato de as relações entre os Estados estarem cada vez mais complexas, a expressão Direito Internacional ficara superada, assim, o Direito Transnacional abarcaria todo o direito que regulasse ações ou eventos que transcendessem as esferas nacionais.

O ordenamento jurídico transnacional corresponde, portanto, a um sistema de normas que enfrenta pautas axiológicas comuns entre os Estados, porém muito além dos atuais sistemas de direito, quer sejam nacionais, internacionais ou comunitários⁸⁹.

Além disso, para Gabriel Wedy⁹⁰, que trabalha numa perspectiva subjetiva do meio ambiente sustentável, os Estados e Organizações estão inseridos na comunidade internacional, haja vista serem compostos por indivíduos protegidos por Constituições e Convenções internacionais, o que

⁸⁶ Países como Holanda, Portugal e Austrália, têm obtidos excelentes resultados na implementação das políticas descriminalizantes. BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**, p. 95

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**, 5. ed., RT, p. 62, 2017.

⁸⁸ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. 1965.

⁸⁹ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre o direito transnacional**. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, jan./abr. 2012, p. 22.

⁹⁰ WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental**. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 192-194.

garantiria, inclusive, aos Estados o direito subjetivo ao desenvolvimento sustentável, ainda que não fosse considerado um direito fundamental do Estado.

Gabriel Wedy⁹¹ fundamenta o direito ao desenvolvimento sustentável na perspectiva subjetiva, sobretudo porque a Declaração e Programa de Ação de Viena – ONU (A/CONF 157/123 de 12/07/1993) inseriu os Estados como sujeitos passivos do direito ao desenvolvimento sustentável. Neste ponto, percebe-se que o fundamento moral da transnacionalização do direito visa superar “o trauma da sociedade hobbesiana (o homem é o lobo do homem)” cuja finalidade cunsa em exaltar a solidariedade⁹².

Paulo Cruz e Maurizio Oliviero⁹³ destacam que o direito transnacional seria aplicado por instituições com órgãos e organismos de governança e fiscalização, que atuariam em âmbitos difusos transnacionais, por exemplo na questão ambiental, na manutenção da paz, nos direitos humanos, entre outros.

No que tange ao objeto de proteção do direito transnacional, importa mencionar que deve se manter adstrito a temas universalizáveis, logo, de interesse de toda a humanidade, merecendo guarida os interesses privados ou individuais.⁹⁴

Tendo essa dimensão universal, delineam-se as duas perspectivas do desenvolvimento sustentável, a saber: objetiva e subjetiva. O significado do direito ao meio ambiente sustentável, na perspectiva objetiva guiada pelo interesse público, é relevante para toda a comunidade e não apenas para os indivíduos, pois projeta-se horizontalmente, isso porque tanto pessoas físicas, pessoas jurídicas, de cunho público, privado ou até mesmo de Direito Internacional, podem ocupar o polo passivo na relação jurídica adjacente ao direito ao meio ambiente sustentável.⁹⁵

É importante mencionar que diferentemente de outros Estados, como por exemplo na Itália, em que a lesão ao meio ambiente é considerada lesão ao próprio Estado, no Brasil a defesa do meio ambiente é uma garantia do próprio desenvolvimento da personalidade humana.⁹⁶

Em sua obra, Gabriel Wedy⁹⁷ elucida três elementos éticos que são essenciais para a ideia de desenvolvimento sustentável: preocupação com as necessidades das gerações atuais (justiça ou equidade intrageracional); preocupação com as necessidades das gerações futuras (justiça ou equidade intergeracional) e preocupação com o mundo natural não humano (justiça ou igualdade entre as espécies).

⁹¹ WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. p. 193.

⁹² GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do direito UNISC**. p. 115.

⁹³ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre o direito transnacional**. p. 22.

⁹⁴ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do direito UNISC**. p. 115.

⁹⁵ WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. p. 187-188.

⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 96.

⁹⁷ WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. p. 195.

Portanto, amalgamando os conceitos operacionais, tanto do critério objetivo como o subjetivo, pode dizer que o conceito de meio ambiente sustentável passa pelo amplo acesso à justiça, “[...] seja para garantir direitos fundamentais prestacionais, seja para corrigir os rumos das políticas públicas insustentáveis que atentam contra o interesse público”.⁹⁸

Feitas essas considerações, ressalta-se que no entendimento de Marcos Leite Garcia⁹⁹, o meio ambiente sustentável enquadra-se como um Direito Fundamental porque é visto sobre três ângulos distintos: o objeto de proteção do direito transnacional; o fundamento moral da transnacionalização; o espaço político e jurídico a ser matizada a transnacionalização. Logo, as demandas transnacionais teriam interesse coletivo e difuso, não se restringindo à tutela de direitos locais, mas, sim, de um complexo direito de contexto planetário.

É sob essa ótica que Marcos Leite Garcia¹⁰⁰ enfatiza a guinada na percepção deontológica do direito estatal, pois

Com a transnacionalização dos direitos fundamentais o compromisso de um país periférico passaria a ser com toda a comunidade transnacional a que pertence, e não mais somente com o seu (des)enganado povo. Seria uma aposta para diminuir o problema de constitucionalização do faz de conta dos direitos fundamentais, problema tão bem explicado por Marcelo Neves na tese do livro A Constitucionalização simbólica.¹⁰¹

O referido autor finda sua pesquisa identificando que a única saída para a proteção global dos direitos fundamentais seria a superação dos modelos educativos atualmente existentes, incluindo questões atinentes aos direitos fundamentais nas salas de aula e na mídia em todos os seus níveis.¹⁰²

Deste modo, o que justifica a transnacionalização do direito é a proteção do ser humano e, conseqüentemente, de seu entorno natural.¹⁰³ Neste ponto, o meio ambiente sustentável se enquadra como direito fundamental transnacional porque não pertence a um indivíduo ou a um Estado em separado, pertence ao povo e o ecossistema como um todo, tanto na intrageracional, como das futuras gerações. Assim, a proteção do meio ambiente para aqueles que estão por vir faz com que a sustentabilidade seja compreendida como direito fundamental transnacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁹⁸ WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental**. p. 193.

⁹⁹ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do direito UNISC**, Santa Cruz do Sul nº 33. p. 103-129. JAN-JUN 2010, p. 115.

¹⁰⁰ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do direito UNISC**. p. 115.

¹⁰¹ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do direito UNISC**. p. 103-129.

¹⁰² GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do direito UNISC**. p. 115.

¹⁰³ GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do direito UNISC**. p. 116.

A relação entre a degradação do meio ambiente e o ser humano não é inovação do Estado pós-moderno. Todavia, as discussões internacionais acerca do tema tem se intensificado por conta da escassez de recursos naturais e extinção de espécies de vida.

A Revolução Industrial e a transformação da sociedade, no contexto tecnológico e econômico, demandam do homem uma visão mais completa do planeta e dos efeitos causados por suas ações. Os impactos ambientais causados por resíduos demonstram que as ações pretéritas refletem na vida humana futura.

O meio ambiente sustentável protege o homem de forma atemporal na medida em que os danos ambientais se tornaram demasiadamente impactantes. Todavia, a sustentabilidade só pode ser alcançada por meio de medidas efetivas e completas dentro de dimensões afetadas pelo homem. Nesta senda, as dimensões da sustentabilidade distribuem as problemáticas a serem resolvidas para que o Poder Público possa agir em prol da coletividade.

As primeiras considerações acerca de transnacionalidade foram difundidas por Philip Jessup, porém a transnacionalidade se tornou cada vez mais comum nas relações dos indivíduos. Isto fez com que o direito internacional perdesse campo de atuação, criando um contexto a ser superado.

A sociedade atual tornou-se globalizada, trazendo novas possibilidades e novas demandas. Os Estados não conseguem resolver as questões que ultrapassam seus limites territoriais, visto que o direito internacional, para seu pleno funcionamento, exige acordos específicos e relações predeterminadas para que o Estado possa atuar soberanamente ou relativamente. O que se desenvolveu foi a transnacionalidade, que se apresenta num conjunto de regras e fatos que ultrapassam o poder dos países deixando demandas em aberto.

O meio ambiente passou a exigir uma reconfiguração dentro das novas características da sociedade. As ações deixaram de ser locais e, conseqüentemente, o direito ambiental deverá seguir o mesmo norte, caso contrário, não será possível o equilíbrio para a vida.

O meio ambiente sustentável para as gerações presentes e futuras deve ser considerado através de sua base essencial, ou seja, o seu interesse em proteção ao ser humano, tornando-se direito fundamental inerente a todos, eis que o princípio da dignidade da pessoa humana tutela a vida digna, o que não poderá ser alcançado sem um ambiente saudável.

Os direitos fundamentais compõem o núcleo de proteção do ser humano, podendo ser dividido em dimensões que surgem à medida em que se fazem necessários para o ser humano. O meio ambiente sustentável está vinculado aos direitos de terceira geração, ou seja, surgiram da necessidade de um ambiente fraterno, solidário.

Assim, a proteção do planeta e da vida nele existente só pode ser implantada por meio da tutela transnacional, uma vez que o ser humano se tornou globalizado, por conseguinte, suas ações, em especial os atos danosos, seguiram o mesmo caminho. Logo, a sustentabilidade merece reconhecimento como direito fundamental transnacional porque as medidas locais não surtem o efeito esperado em sociedades globalizadas.

REFERÊNCIAS DAS OBRAS CITADAS

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 (ADPF 186). BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>. Acesso em 20 set. 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARRAL, Welber. PIMENTEL, Luiz Otávio. (orgs.). **Direito ambiental e desenvolvimento**. Florianópolis: Fund.Boiteux, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução. Humberto Laport de Melo. 4º reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

BELMONTE, Jonas Jesus. Dignidade da pessoa humana: autonomia da vontade no julgamento do habeas corpus 124.306/RJ no âmbito da 1ª turma do Supremo Tribunal Federal. *In: Seminário Sobre Internacionalização nos Cursos de Direito da Univali*, 2017, Itajaí-SC. Seminário Sobre Internacionalização nos Cursos de Direito da Univali, 2017.

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

BONAVIDES, Paulo. **A Quinta Geração dos Direitos Fundamentais**. Revista: Direitos Fundamentais Justiça n°3 – abr/junho 2008. Disponível em: http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf. Acesso em 19 ago. 2019.

BONISSONI. Natammy. **O Acesso à água potável como um instrumento para o alcance da sustentabilidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: Transformando direito e governança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=169205>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Enunciado Administrativo Nº 14, de 14 de maio de 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Lei Federal 13.146 de 06 de julho 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 20 set 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 18 set. 2019.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada. In: FERREIRA, Helini Silvini. LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências e aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro/RJ: Forense Universitária, 2004.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Dados eletrônicos. Disponível em: www.univali.br/ppcj/ebooks. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. **Direito e Transnacionalidade**. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). Curitiba: Juruá, 2011.

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

FROMM, Erich. **Psicanálise da sociedade contemporânea**. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do Princípio da Sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloise Siqueira (Org.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Dados eletrônicos. Disponível em: www.univali.br/ppcj/ebooks. Itajaí: UNIVALI, 2014.

GARCIA, Marcos Leite. Reflexões sobre o fenômeno dos “novos” direitos fundamentais e as demandas transnacionais. **Revista do direito UNISC**, Santa Cruz do Sul nº 33. p. 103-129. JAN -JUN 2010.

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

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Estado e do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

- MIGLINO, Arnaldo; CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. **Possibilidades para a transnacionalidade democrática**. Itajaí, v. 15, n. 2, p. 193-211, maio/ago. 2010.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.
- Organização Mundial da Saúde. **Cumbre Internacional sobre turismo de trasplanta e tráfico de órgãos convocados pela Sociedade de Trasplantes e Sociedade Internacional de Nefrologia em Estambul**. Estambul: OMS; 2008.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.
- REAL FERRER, Gabriel. GLASENAPP, Maikon Cristiano. CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade**: um novo paradigma para o direito. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 19, n. 4. Edição Especial. Dados eletrônicos. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Itajaí: UNIVALI, 2014.
- RUSCHEL, Caroline Vieira. **Parceria Ambiental**. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. (org.). **Avaliação ambiental estratégica**: reflexos na gestão ambiental portuária Brasil e Espanha. Belo Horizonte. Ed.Vorto, 2017.
- SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de. GARCIA, Heloise Siqueira (org.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Dados eletrônicos. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebooks>. Itajaí: UNIVALI, 2014.
- SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. REZENDE, Elcio Nacur. (org.). **Sustentabilidade e Meio Ambiente**: efetividades e desafios. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2017.
- STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. *In*: CRUZ, Paulo Márcio; STELAZER, Joana (org). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá. Curitiba: Juruá. 2011.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Crítica às Gerações de Direitos Humanos de Norberto Bobbio no Seminário Direitos Humanos das Mulheres**: A Proteção Internacional Evento Associado à Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília: Câmara dos Deputados, 25 maio 2000.
- WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**: um direito fundamental. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
- WESCHENFELDER, Paulo Natalicio. **Do direito constitucional ao meio ambiente equilibrado**: a construção de uma cultura. Caxias do Sul: Educus, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos.** *In:* Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen, Júris, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

A “AMAZÔNIA AZUL” COMO ESPAÇO TRANSNACIONAL

Ariana Cristina da Luz Mees¹

Heloise Siqueira Garcia²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo não exaustivo quanto a importância da pesquisa científica e da sustentabilidade do mar territorial brasileiro, com vista na transnacionalidade dos impactos no ambiente marinho.

O tema aqui tratado demonstra-se de grande importância a vista que as águas oceânicas, em que pese delimitado pelas fronteiras do Estado nacional, possui aspecto global no que tange a sua sustentabilidade, sendo que a sua exploração incide a níveis globais, diante da extraterritorialidade dos impactos ambientais. Neste diapasão, o presente artigo possui o objetivo de discutir alguns aspectos de reconhecimento da teoria da transnacionalidade jurídica aplicada ao direito interno como forma de se alcançar a proteção marítima.

Para tanto o artigo foi dividido em três partes: a primeira denominada “Reconhecimento internacional dos oceanos”, onde se tratou sobre as diversas normas aplicáveis na proteção dos mares e oceanos; a segunda denominada “A Amazônia Azul”, que abordou as áreas costeiras e águas jurisdicionais brasileira; e a terceira denominada “Transnacionalidade da Amazônia Azul”, trazendo a principal proposta no trabalho, que é verificar a aplicação da transnacionalidade do oceano sob a soberania brasileira.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da transnacionalidade do mar territorial brasileiro, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a proteção marítima.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI Advogada. Email: ariana_adv@hotmail.com.

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

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ foi utilizado o Método Indutivo⁴, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁵, e, o Relatório da pesquisa é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

1. RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DOS OCEANOS

Após o fim da idade média iniciou-se a busca pela expansão territorial através das grandes navegações marítimas, principalmente nos séculos XV e XVI onde os exploradores, na grande maioria portugueses e espanhóis, passaram a procurar territórios além daqueles até então conhecidos por eles.

Os mares e oceanos passaram a exercer grande importância no desenvolvimento das civilizações e diante da imensidão das águas já se vislumbrava uma certa ausência de soberania sobre os mares e oceanos. Os oceanos e mares existentes em nosso planeta exercem papel essencial, seja do ponto de vista ambiental, seja social ou econômico. Nos oceanos residem seres que desempenham funções de grande importância na produção do oxigênio¹⁰ interferindo diretamente no equilíbrio climático do planeta. Servem ainda de essencial contribuição às rotas comerciais, exportações, pesca, fomento ao turismo, dentre outros.

Em 1958 na cidade de Genebra houve a tentativa de regulamentar, através de acordo internacional, as interações e relações atinentes ao ambiente marítimo, porém diante da inexistência da delimitação territorial do mar aliado aos períodos de guerra que aconteciam naquele momento, interferiram na pouca adesão ao tratado.¹¹

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 109.

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 110.

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

⁶ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 65.

⁷ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 36.

⁸ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 39.

⁹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215.

¹⁰ “As algas marinhas são responsáveis pela produção de 54% do oxigênio do mundo e os mares atuam como reguladores do clima no planeta.” UNESCO. Os Oceanos são o Verdadeiro pulmão do mundo, diz pesquisador. 2019. Disponível em http://www.unesco.org/new/pt/natural-sciences/ioc-oceans/focus-areas/rio-20-ocean/single-view/news/oceans_are_the_real_lung_of_the_planet_says_researcher/ acesso em 20.09.2019

¹¹ BRASIL. **Decreto Legislativo nº 45, de 18 de outubro de 1968**. Autoriza o Presidente da República a dar adesão do Governo brasileiro a quatro Convenções sobre o Direito do Mar, concluídas em Genebra, a 29 de abril de 1958. Diário do Congresso Nacional (Seção II) de 16/10/1968, pp. 4250, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-45-15-outubro-1968-346852-publicacaooriginal-1-pl.html> acesso em 10.10.2019

Verificada a grande importância dos mares e oceanos para a população em geral, em 1982 foi firmada a Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos do Mar (CNDUM) a qual estabeleceu os regimes jurídicos das faixas marítimas, regulamentando o uso e exploração das áreas citadas, respeitada a soberania dos Estados para além das águas interiores e do território, sendo o principal documento de governança dos mares.

A CNUDM passou a vigorar internacionalmente em 16 de novembro de 1994, quando houve a sexagésima adesão ao tratado, conforme regra estabelecida no artigo 308, parágrafo primeiro, da Convenção. No Brasil, foi incorporada ao ordenamento jurídico em 1995 através do Decreto-Lei 1.530 de 22 de junho do mesmo ano.

Em que pese a ratificação ter-se dado em 1995, a Constituição da República promulgada em 1988 em seu artigo 20¹² trouxe elementos da Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos do Mar, antes mesmo da sua vigência internacional, reconhecendo diversos elementos como bens da União e resguardando a sua soberania sobre o mar.

Influenciado pela CNUDM, o Estado Brasileiro sancionou a Lei 8.617 em 04 de janeiro de 1993¹³, internalizando os conceitos e preceitos da Convenção, trazendo as divisões do mar em: Mar territorial, Zona Contígua, Zona Econômica Exclusiva e Plataforma Continental, de forma muito semelhante ao que dispõe a Convenção.

O Brasil é um país de grande extensão territorial, com mais de 8,5 milhões de km², sendo considerado o quinto maior país em extensão territorial do mundo, apresentando dimensões continentais. Em extensões marítimas vislumbra-se o mesmo, já que possui uma faixa costeira de 8.500 km abrangendo 17 estados e estendendo-se do Oiapoque no Amapá ao Chuí no Rio Grande do Sul, apresentando, em virtude de sua grande extensão, uma coletânea de biodiversidade marinha disponível ao país¹⁴.

Além da faixa costeira que cerca todo o litoral brasileiro, possui uma faixa marítima de 12 milhas náuticas calculadas deste a costa litorânea, estendendo-se ainda toda a extensão da plataforma continental e a zona econômica exclusiva (ZEE).

¹² Art. 20. São bens da União: I - os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos; II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei; III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VI - o mar territorial; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos; VIII - os potenciais de energia hidráulica; IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo; X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos; XI - as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

¹³ BRASIL. **Lei n. 8617, de 04 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/1/1993, Brasília: 1993. p. 57

¹⁴ BRASIL, Ministério do Meio Ambiente – MMA. **Zona Costeira e Marinha**. 2019. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zona-costeira-e-marinha.html> acesso em: 19.09.2019.

As faixas marítimas estão delimitadas na legislação pátria¹⁵, as quais possuem dimensões e abrangências distintas. O mar territorial compreende uma faixa de 12 milhas náuticas, calculadas desde a linha de baixa mar do litoral, estando sob a soberania nacional, inclusive no espaço aéreo, leito e subsolo. A zona contígua está disposta das 12 as 24 milhas calculadas da mesma forma que o mar territorial, podendo o país adotar medidas de fiscalização nesta área.

A Zona Econômica Exclusiva (ZEE) estende-se a partir do mar territorial até 200 milhas náuticas, calculadas desde a linha de baixo mar do litoral, detendo o Brasil a soberania quanto a:

[...] exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo, e no que se refere a outras atividades com vistas à exploração e ao aproveitamento da zona para fins econômicos.¹⁶

Levando em consideração a extensão e as particularidades da plataforma continental brasileira, o Brasil interpôs junto a Organização das Nações Unidas pedido de acréscimo à ZEE em 2004, que foi deferido, podendo chegar a 350 milhas náuticas em alguns locais, totalizando uma área total de 5,7 milhões de km²¹⁷ de águas jurisdicionais.

Já na plataforma continental, a qual é o prolongamento natural do território terrestre, o Brasil possui a soberania quanto à exploração dos recursos naturais.

Desde a Convenção de Montego Bay¹⁸ a preocupação com a proteção e a sustentabilidade marítima vem ganhando importantes dimensões, inclusive com diversas discussões acerca do tema a nível global.

A 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica realizada na cidade de Nagoya, Província de Aichi, Japão, com a aprovação do Plano Estratégico de Biodiversidade para o período de 2011 a 2020, previu a situação mundial de diversidade biológica, estabelecendo metas para a preservação e continuidade do meio ambiente.

As Metas de Aichi, exercem grande influência na gestão e preservação do ambiente marinho e costeiro do planeta e na efetivação de políticas públicas necessárias ao alcance destas metas. Ao tema aqui abordado, notadamente nas metas 6, 7 e 11¹⁹ apresentam grande orientação para o desenvolvimento interno.

¹⁵ BRASIL. **Lei n. 8617, de 04 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/1/1993, Brasília: 1993. p. 57

¹⁶ BRASIL. **Lei n. 8617, de 04 de janeiro de 1993**. Dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileiros, e dá outras providências. Artigo 7. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/1/1993, Brasília: 1993. p. 57

¹⁷ MARINHA DO BRASIL. Bem-vindo à "Amazônia Azul". Disponível em: https://www.mar.mil.br/hotsites/amazonia_azul/index.html, acesso em: 19.09.2019

¹⁸ BRASIL. **Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Diário Oficial da União - Seção 1 - 14/3/1990, Página 5169

¹⁹ **Meta 6:** Até 2020, o manejo e captura de quaisquer estoques de peixes, invertebrados e plantas aquáticas serão sustentáveis, legais e feitas com a aplicação de abordagens ecossistêmicas de modo a evitar a sobre exploração, colocar em prática planos e medidas de recuperação para espécies exauridas, fazer com que a pesca não tenha impactos adversos significativos sobre espécies ameaçadas e ecossistemas vulneráveis, e fazer com que os impactos da pesca sobre estoques, espécies e ecossistemas permaneçam dentro de limites ecológicos seguros. **Meta 7:** Até 2020, áreas sob agricultura, aquicultura e exploração florestal

Há uma construção de visibilidade e de consciência sobre a importância da biodiversidade marítima desde a Convenção de Genebra quando se levantou os estudos e questionamentos da contribuição dos mares e oceanos na preservação do meio ambiente natural e na interferência nas mudanças climáticas.

A importância dos oceanos na preservação ambiental ganhou notoriedade necessária a sua gestão e preservação principalmente após a Conferência sobre os Oceanos²⁰, onde 193 Estados-membros da ONU apoiaram a implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 14 da Agenda 2030 e com a COP-23²¹, onde foram abordados temas específicos das pescarias, aquicultura, riscos costeiros e o manejo integrado dos ecossistemas.

O Brasil comprometeu-se, na Conferência sobre os Oceanos da ONU em 2017, pelo uso dos recursos marítimos para o desenvolvimento sustentável com a implantação até 2030, do Planejamento Espacial Marinho, com a finalidade de solidificar a gestão ativa no espaço marítimo e a aplicação das leis.

2. A AMAZÔNIA AZUL

Os oceanos traduzem um meio ambiente habitável cobrindo mais de 70% do nosso planeta. Sua grandeza afeta a vida humana para necessidades fundamentais, seja pelo fornecimento de água potável ou no auxílio de produção do oxigênio que respiramos. Oferece alimentos, recursos minerais, matéria prima para medicamentos, além de influenciar diretamente no clima e no tempo.²²

A importância dos oceanos para a continuidade da vida humana tem sido destacada nos últimos anos em ações e convenções internacionais e nacionais, conforme exposto no tópico acima. Suas riquezas e a sua exploração não possuem o estudo científico necessário e as pesquisas científicas não conseguem acompanhar com a mesma rapidez com que exploramos os recursos marinhos.

O Brasil possui grande área costeira e de águas jurisdicionais as quais guardam vasta diversidade de riquezas marítimas, como a biodiversidade, o petróleo e o gás natural, que possuem contribuições expressivas para a sustentabilidade ambiental do planeta, sendo inquestionável a sua importância.

serão manejadas de forma sustentável, assegurando a conservação de biodiversidade. **Meta 11:** Até 2020, pelo menos 17 por cento de áreas terrestres e de águas continentais e 10 por cento de áreas marinhas e costeiras, especialmente áreas de especial importância para biodiversidade e serviços ecossistêmicos, terão sido conservados por meio de sistemas de áreas protegidas geridas de maneira efetiva e equitativa, ecologicamente representativas e satisfatoriamente interligadas e por outras medidas espaciais de conservação, e integradas em paisagens terrestres e marinhas mais amplas.

²⁰ Ocorrida na sede das Nações Unidas em Nova Iorque entre os dias 5 e 9 de junho de 2017.

²¹ Ocorrida nas Ilhas Fiji de 6 a 17 de novembro de 2017.

²² UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. Disponível em <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/natural-sciences/environment/ocean-science-and-costal-zones/> acesso em: 20.09.2019

A Marinha do Brasil “batizou”²³ a área costeira e as águas jurisdicionais brasileiras de “Amazônia Azul”, como forma de enaltecer o ambiente marinho brasileiro pela sua extensão, pela sua rica biodiversidade e pela contribuição para todo o planeta equiparando-a a Amazônia Verde que abriga a maior floresta tropical e a maior reserva de biodiversidade do planeta, protegendo diversas espécies de fauna e flora.

A denominação da Amazônia Azul chama a atenção internacional para a importância das águas brasileiras (mar territorial e águas jurisdicionais) para o mundo, demonstrando a necessidade de impor limites e a busca de estudos pertinentes para sua sustentabilidade, assim como o é para a Amazônia Verde.

A proteção ambiental da Amazônia Azul se dá através do Sistema nacional de Unidades de Conservação²⁴ na criação de zonas de proteção ambiental, conforme as categorias previstas em Lei. Influenciado pelas metas de Aichi, em 2018 o Brasil passou a ter 26% de sua área marinha protegida²⁵ através de unidades de conservação superando a meta estabelecida na COP-10.

No mar estão as reservas do pré-sal e dele retiramos cerca de 85% do petróleo, 75% do gás natural e 45% do pescado produzido no País. Por nossas rotas marítimas, escoamos mais de 95% do comércio exterior brasileiro. Nessa área existem recursos naturais e uma rica biodiversidade ainda inexplorados.

Buscando alertar a sociedade sobre a importância estratégica desse imenso espaço marítimo, a Marinha do Brasil passou a denominá-lo “Amazônia Azul”.²⁶

As riquezas do mar brasileiro vão além das “reservas de petróleo e gás, possuindo diversos recursos não vivos (sal, cascalhos, areias, fosforitas, crostas cobaltíferas, sulfetos e nódulos polimetálicos)” que são grandes “fontes de riquezas”, aportando ainda imensa diversidade de “organismos marinhos de valor biotecnológico que possuem propriedades com amplas aplicações, principalmente nas áreas de fármacos, cosméticos, alimentos e agricultura.”²⁷

O Brasil possui um ecossistema marinho diverso e diferenciado, sendo que algumas espécies de grande importância aos mares, como é o caso dos recifes coralíneos, apresentando bioma único. O bioma marinho ainda é pouco estudado existindo um grande espaço no sistema de proteção, demandando medidas técnico-científicas capazes de auxiliar na governança dos oceanos.²⁸

²³ MARINHA DO BRASIL. **Bem-vindo à “Amazônia Azul”**. Disponível em: https://www.mar.mil.br/hotsites/amazonia_azul/index.html, acesso em: 19.09.2019

²⁴ BRASIL. **Lei 9.985, de 18 de julho de 2000**. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8617.htm

²⁵ BRASIL, Ministério do Meio Ambiente – MMA. **Zona Costeira e Marinha**. 2019. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/areas-protegidas/programas-e-projetos/projeto-gef-mar/item/10537.html> acesso em: 19.09.2019.

²⁶ MARINHA DO BRASIL. **Bem-vindo à “Amazônia Azul”**. Disponível em: https://www.mar.mil.br/hotsites/amazonia_azul/index.html, acesso em: 19.09.2019

²⁷ MARINHA DO BRASIL. **Amazônia Azul**. Disponível em <https://www.marinha.mil.br/secirm/amazoniaazul> acesso em 19.09.2019

²⁸ Ainda sobre a diversidade de espécies nos ecossistemas, o Brasil possui os únicos recifes coralíneos do Atlântico Sul. Das mais de 350 espécies de corais recifais existentes no mundo, pelo menos 20 espécies (de corais verdadeiros e hidrocorais) foram registrados para o Brasil, sendo que oito são endêmicas, ou seja, encontram-se apenas nos mares brasileiros. No que diz respeito aos quelônios, das sete espécies de tartarugas marinhas conhecidas no mundo cinco vivem nas águas brasileiras: cabeçuda ou amarela (*Caretta caretta*), verde (*Chelonia mydas*); gigante, negra ou de couro (*Dermochelys coriacea*); tartaruga-de-pente

Em geral, os ecossistemas costeiros e marinhos, como recifes de coral e manguezais, são considerados especialmente vulneráveis às mudanças climáticas por sua fragilidade e limitada capacidade de adaptação, de forma que os danos a eles causados podem ser irreversíveis. Pesquisadores têm alertado que os recifes de coral podem ser o primeiro ecossistema funcionalmente extinto devido às mudanças climáticas globais, caso as concentrações de CO₂ ultrapassem 450 ppm, fato passível de acontecer se aceitarmos um aumento médio de 2 a 3°C de temperatura. Segundo algumas previsões, isso deve ocorrer em 20 anos, se mantidas as taxas atuais.²⁹

A zona costeira e marinha do nosso país demanda grandes preocupações, principalmente a superexploração dos recursos pesqueiros. A pesca necessita de instrumentos que visem a gestão ambiental de sua atividade para reduzir o impacto da atividade com a recuperação dos estoques pesqueiros.³⁰

Importante pensar que a sustentabilidade e preservação dos oceanos se dá principalmente na contenção e educação terrestre, uma vez que a maior parte da poluição marinha é proveniente da costa.

3. TRANSNACIONALIDADE DA AMAZÔNIA AZUL

A Convenção das Nações Unidas Sobre os Direitos do Mar ao delimitar a o espaço costeiro e marítimo a ser explorado pelos países costeiros, visou resguardar uma parte dos oceanos para serem usufruídos por todos, sejam países costeiros ou não, ao passo que não pertencem a ninguém.

O tema preservação do meio marinho, incluída a prevenção da poluição, foi equacionado de modo a evitar que os mares e oceanos se transformassem em fontes de preocupação para a humanidade. Assim, todos os Estados têm o ônus de protegê-los e preservá-los e tomando todas as medidas adequadas para minimizar a intervenção antropológica.

A água é a base da vida conferindo um valor intrínseco aos ambientes aquáticos. Assim, as diretrizes, ações e políticas devem ser transversais não apenas geograficamente, mas setorialmente.³¹

(*Eretmochelys imbricata*) e a tartaruga pequena (*Lepidochelys olivacea*). Essas espécies buscam praias do litoral e ilhas oceânicas para a desova, abri-go, alimentação e crescimento. MMA. Gerência de Biodiversidade Aquática e Recursos Pesqueiros. **Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil**. Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010. (p.24) Disponível em: https://www.marinha.mil.br/secirm/sites/www.marinha.mil.br/secirm/files/mma-205_publicacao27072011042233.pdf. Acesso em 20.09.2019

²⁹ MMA. Gerência de Biodiversidade Aquática e Recursos Pesqueiros. **Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil**. Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010. Página 24 Disponível em: https://www.marinha.mil.br/secirm/sites/www.marinha.mil.br/secirm/files/mma-205_publicacao27072011042233.pdf. Acesso em 20.09.2019

³⁰ MMA. Gerência de Biodiversidade Aquática e Recursos Pesqueiros. **Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil**. Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010. Página 44. Disponível em: https://www.marinha.mil.br/secirm/sites/www.marinha.mil.br/secirm/files/mma-205_publicacao27072011042233.pdf. Acesso em 20.09.2019

³¹ Ministério do Meio Ambiente. **Biodiversidade aquática**. Disponível em <https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zona-costeira-e-marinha/campanhas-de-conservacao-da-biodiversidade-marinha/itemlist/category/31-biodiversidade-aquatica?start=28> acesso em 19.09.2019

A transnacionalidade está diretamente ligada à globalização com o crescimento de tudo que permeia a sociedade em termos contingente e dialético analisadas de forma empírica.

Assim, os temas que atingem a Sociedade Internacional, diante da velocidade das informações e da liberdade dos entes envolvidos, necessitam da cooperação entre Estados Internacionais, haja vista que a soberania passa a dar espaço principalmente ao contexto da pessoa humana num paradigma moderno e liberal do direito. Questões não abrangidas pelo direito internacional e que precisam de regulamentação, não podem ser tratadas tão somente como questões de direito interno dos Estados, haja vista os diversos interesses nas partes envolvidas.

Para Philip Jessup³² o Direito Transnacional inclui todas as normas que ultrapassam as barreiras do Estado Nacional, tanto de Direito Público, Privado ou demais questões inerentes na relação das partes transnacionais, reconhecendo-se o poder como forma de aplicação da jurisdição Estatal. “O uso do Direito Transnacional forneceria uma fonte mais abundante de normas com que se guiar e seria desnecessário perguntar-se em certos casos se é o Direito Público ou o Privado que se deve aplicar.”³³

Um dos problemas da globalização se dá pela dicotomia entre os contribuintes reais e virtuais, onde as maiores empresas passam a contribuir da forma que lhes convém e os pequenos empresários têm que abarcar uma maior parcela tributária. E é justamente neste ínterim que a globalização coloca em cheque a questão social já que, em que pese a promessa aparente de grandes lucros e investimentos locais, geram na verdade desempregos e conflitos.

“A globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo. Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades e, por que não, novos problemas.”³⁴

Atentando às mudanças ambientais verificaram-se que os oceanos, em que pese a delimitação estabelecida pela CNUDM, necessitam de regulamentações, projetos e execuções interdisciplinares e que possam abranger diversos atores globais, na busca pela máxima proteção dos oceanos, conforme as justificativas propostas na convenção.³⁵

A biosfera do planeta é comum a todos, não havendo como delimitar fronteiras para a degradação ambiental, sendo certo, no tema aqui tratado, as correntes oceânicas se encarregam de levar as contaminações ambientais para toda a parte da terra, tanto é que um dos grandes problemas atuais dos mares são as ilhas de plásticos.

³² JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p. 53.

³³ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p. 21.

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012. Página 24

³⁵ “Conscientes de que os problemas do espaço oceânico estão estreitamente inter-relacionados e devem ser considerados como um todo. Reconhecendo a conveniência de estabelecer por meio desta Convenção, com a devida consideração pela soberania de todos os Estados, uma ordem jurídica para os mares e oceanos que facilite as comunicações internacionais e promova os usos pacíficos dos mares e oceanos, a utilização equitativa e eficiente dos seus recursos, a conservação dos recursos vivos e o estudo, a proteção e a preservação do meio marinho.” (CNUDM)

Essa extraterritorialidade do dano ambiental poderia insurgir uma maior interferência global nos mares territoriais com o fim de detalhar planos estratégicos, além daqueles previstos nas convenções e tratados internacionais, garantindo-se assim a sustentabilidade dos oceanos.

Tal premissa se faz necessária através de planos de governança³⁶ ambiental aplicada aos oceanos, estipulando-se diretrizes de agir localmente com a certeza de que os impactos serão globais.

O Brasil possui diversas unidades de conservação marinhas ao longo da costa e do mar territorial alcançando as Metas de Aichi³⁷ antes mesmo do prazo constante na Convenção de Diversidade Biológica, porém não há planos para a contenção da perda da biodiversidade dos ambientes marinhos.

É necessário que haja monitoramento dessa vasta área devido ao interesse nacional, além da execução de políticas públicas definidas para o território marítimo, bem como a efetiva implementação de atividades que permitam um melhor aproveitamento das riquezas e potencialidades do mar e no subsolo marinho. Desse modo, torna-se necessário que sejam elaboradas e implementadas políticas para a exploração, de forma racional e sustentável da Amazônia Azul, bem como para a adequada vigilância e proteção dos interesses marinhos nacionais, sem que interfiram na gestão mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mar é um bem integrado de recursos vivos e não-vivos que compõe, em seu conjunto, o chamado meio ambiente marinho. No Brasil, a Amazônia Azul revela-se uma grande área de biodiversidade marinha expressiva além de atrativa.

As vertentes de poluição marinha impulsaram desde a década de 70 ações que visam a sustentabilidade dos oceanos como forma de preservá-los para as presentes e futuras gerações, ao passo que ainda necessitam de diversos estudos científicos para dimensionar a real importância dos oceanos.

A própria Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar ao delimitar a jurisdição sobre os oceanos e os espaços pertencentes a cada Estado, demonstram os desafios perseguidos para a expansão do conhecimento científico sobre o ambiente marinho.

Sua preservação e proteção, exploração sustentável e aproveitamento econômico de seus recursos, segurança alimentar e manejo dos estoques pesqueiros e da pesca, produção de energias

³⁶ Governança [...] um sistema democrático de leis e instituições sociais. Eis aí o ponto importante; o progresso depende da regulação, estabelecida por algum mecanismo de consenso democrático, traduzida em instrumentos normativos capazes de assegurar a concórdia e a paz. E, sem dúvida, o progresso. (GONÇALVES, Alcindo Fernandes; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança Global e Regimes Internacionais**. São Paulo: Almedina, 2011. p. 19)

³⁷ Aichi é o nome da província de Nagoya, cidade do Japão, onde foi realizada a COP10 da CDB. Disponível em <https://www.cbd.int/sp/targets/> acesso em 10.10.2019

marinhas, conservação e uso sustentável da diversidade biológica marinha de áreas além da jurisdição nacional, e os impactos do uso dos oceanos sobre as mudanças climáticas e, portanto, sobre a vida humana, são apenas alguns dos desafios já colocados para todos os Estados.

Inegável os termos quantitativos elaborados pelos organismos internacionais, porém ainda carece de políticas efetivas em termos qualitativos, com eficácia e efetividade, visualizando os Oceanos como espaços transnacionais para a aplicação de medidas assertivas baseadas em dados científicos delimitando-se a governança dos oceanos.

A colaboração e a solidariedade transnacionais também são as palavras de ordem para uma sustentabilidade global. A intensificação do fenômeno da globalização apresenta desafios importantes aos Estados e exige uma readequação qualitativa e estratégica do Direito, pois este enquanto mera técnica monista de controle social, emanado de um ente isolado no planeta, já não dá mais respostas minimamente eficazes para assegurar um futuro com mais sustentabilidade para toda a comunidade de vida e em escala global.³⁸

Os tratados internacionais aplicáveis ao direito do mar não apresentam ainda dimensões qualitativas quanto à preservação oceânica, estando ausente a gestão dos recursos marítimos para a conservação da biota e da vida como um todo.

Diante das riquezas encontradas na Amazônia Azul é certo que as medidas de preservação ambiental devem apresentar tratamento especial pela população em geral, na conscientização da poluição marítima que tem início na parte terrestre, bem como a efetivação de políticas capazes de integrar os diversos atores da relação, para a manutenção da humanidade.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BOSELTMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade:** transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

BRASIL. **Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da União 19.07.2000

BRASIL. **Decreto n. 99.165, de 12 de março de 1990.** Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Diário Oficial da União - Seção 1 - 14/3/1990, Página 5169

BRASIL. **Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995.** Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Diário Oficial da União 23.06.1995.

BRASIL. **Decreto Legislativo no 2, de 3 de fevereiro de 1994.** Aprova o texto da Convenção sobre Diversidade Biológica. Diário do Congresso Nacional (Seção II) de 08/02/1994, pp. 500-510.

³⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: Univali, 2012 p. 119

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 45, de 18 de outubro de 1968.** Autoriza o Presidente da República a dar adesão do Governo brasileiro a quatro Convenções sobre o Direito do Mar, concluídas em Genebra, a 29 de abril de 1958. Diário do Congresso Nacional (Seção II) de 16/10/1968, pp. 4250, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-45-15-outubro-1968-346852-publicacaooriginal-1-pl.html> acesso em 10.10.2019

BRASIL. **Lei 9.985, de 18 de julho de 2000.** Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8617.html

CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY. **Aichi Biodiversity Targets.** Disponível em <https://www.cbd.int/sp/targets/> acesso em 10.10.2019

CONFERENCIA SOBRE OS OCEANOS. Concluída em Nova Iorque, de 5 a 9 de junho de 2017. Disponível em <https://nacoesunidas.org/onu-divulga-versao-em-portugues-do-documento-final-da-conferencia-oceanos/>

CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: Univali, 2012

GONÇALVES, Alcindo Fernandes; COSTA, José Augusto Fontoura. **Governança Global e Regimes Internacionais.** São Paulo: Almedina, 2011

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

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

MARINHA DO BRASIL. **Bem-vindo à “Amazônia Azul.** Disponível em: https://www.mar.mil.br/hotsites/amazonia_azul/index.html, acesso em: 19.09.2019

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração final da conferência das nações unidas sobre desenvolvimento sustentável (RIO + 20): O futuro que queremos.** Disponível em: 7 <<http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1>>. Acesso em 20.09.2019

MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE. Gerência de Biodiversidade Aquática e Recursos Pesqueiros. **Panorama da conservação dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil.** Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010. (p.24) Disponível em: https://www.marinha.mil.br/secirm/sites/www.marinha.mil.br/secirm/files/mma-205_publicacao27072011042233.pdf. Acesso em 20.09.2019

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Zona Costeira e Marinha.** 2019. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zona-costeira-e-marinha.html> acesso em: 19.09.2019.

ONU. **Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar.** Montego Bay, Jamaica, 1982.

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

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Ciência Oceânica e Zonas Costeiras.** Disponível em <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/natural-sciences/environment/ocean-science-and-costal-zones/> acesso em: 20.09.2019

UNESCO. **Os Oceanos são o Verdadeiro pulmão do mundo, diz pesquisa.** 2019. Disponível em http://www.unesco.org/new/pt/natural-sciences/ioc-oceans/focus-areas/rio-20-ocean/single-view/news/oceans_are_the_real_lung_of_the_planet_says_researcher/ acesso em 20.09.2019.

CARNISMO E DEGRAÇÃO AMBIENTAL - PROBLEMA TRANSNACIONAL, SOLUÇÃO TRANSNACIONAL

Guilherme Diehl de Azevedo¹

INTRODUÇÃO

A ideia de transnacionalidade, como se poderá ver mais adiante, está ligada a um fenômeno de transpasse das soberanias nacionais. Assim, de maneira bastante sucinta, podemos apontar as complicações mundiais como ditas "transnacionais" sempre que estas impliquem em efeitos, e/ou dependam de soluções, que afetem, ou somente possam ser trazidas, não apenas por uma coletividade de Estados, decididos a unir esforços, mas também por toda gama de envolvidos, aqui inclusos sujeitos de toda espécie - de empresas multinacionais até o cidadão comum.

Pois se problemas de natureza transnacional são aqueles ocasionados, sofridos e/ou que só podem ser resolvidos com o auxílio de todos os múltiplos envolvidos, por certo que sua efetiva solução não se apresenta como fácil. Assim, se tivermos de lidar com tal espécie de problemática, imagino que devamos, antes de tudo, eleger aqueles de natureza mais emergencial.

Refletindo acerca deste critério de urgência no trato dos impasses transnacionais, penso, por lógica, que sejam mais emergenciais aqueles que nos afetam nos bens mais essenciais. Neste sentido, creio que podem ser elencados como bens essenciais aqueles necessários à manutenção de nossas vidas, pela razão lógica de que sem eles sequer poderíamos existir para demandar os demais. São esses, dentre outros, os recursos ambientais capazes de prover insumos à nossa subsistência. Desta reflexão, podemos desde logo concluir que, se há questão transnacional mais importante e urgente, certamente deve ser a ambiental.

Desta monta, uma vez identificada, de pronto, a questão ambiental como a mais fulcral das problemáticas transnacionais, nos dedicamos aqui a demonstrar as principais causas de degradação ambiental. Para tanto, nos propomos, neste ensaio, a conceituar, num primeiro instante, via revisão bibliográfica, o termo "transnacionalidade", para, posteriormente, constatar, com base em levantamento e análise de dados, provenientes de pesquisas científicas, o enquadramento da questão ambiental em tal conceituação. Nas seções seguintes, verificamos, via igual método, o impacto ambiental da produção e consumo da carne, sobretudo a bovina. Por fim, tecemos, por dedução, algumas conclusões acerca desta relação - preservação/desgaste ambiental x produção/consumo de carne, sugerindo algumas hipóteses de solução para tais impasses, vislumbradas por nós ao longo do presente estudo.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI; Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC (2017). Graduando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2015). <<http://lattes.cnpq.br/5901369938703885>>

1. DO CONCEITO DE TRANSNACIONALIDADE

O termo 'transnacional' deriva, obviamente, do conceito de nacionalidade, acrescido do prefixo 'trans', que indica, de maneira geral, alguma transposição/transcendência. Tomando tal acepção pela literalidade concluiríamos tratar-se de algo que transpõe as nações. Tal conceituação não está de todo errada, na medida em que, com efeito, sempre que falamos sobre questões transnacionais, estamos tratando acerca de problemas que transcendem fronteiras. Não se refere, todavia, apenas a questões cujo trato seja dado a uma multiplicidade de nações, mas, antes, a impasses ocasionados e/ou sofridos por múltiplos sujeitos, sejam eles pessoas físicas, jurídicas, nacionais ou internacionais, públicas ou privadas, que, em meio a um mundo a cada dia mais globalizado², não raro implicam no abandono e/ou flexibilização da rigidez Estatal³, para a interligação dos agentes provenientes de diferentes lugares do globo terrestre.^{4 5}

Vale dizer que a transnacionalidade, como fenômeno derivado da dita "globalização", não é apenas uma demanda teórica de determinado grupo de pessoas, engajadas em certos objetivos, mas, antes, um fato.⁶ No mundo contemporâneo confrontamos diariamente diversas "transnacionalidades". Para fins de exemplo poderíamos citar a entrada de empresas multinacionais

²Ulrich Beck, ao tratar acerca do fenômeno por si denominado de "globalização" pontua que esta "significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil, e também o acolhimento de algo a um só tempo familiar, mas que não se traduz em um conceito, que é de difícil compreensão, mas que transforma o cotidiano com uma violência inegável e obriga todos a se acomodarem à sua presença e a fornecer respostas. Dinheiro, tecnologia, mercadorias, informações e venenos "ultrapassam" as fronteiras como se elas não existissem. Até mesmo objetos, pessoas e ideias que os governos gostariam de manter no exterior (drogas, imigrantes ilegais, críticas a violação dos direitos humanos) acabam por encontrar seu caminho. Entendida desta forma, a globalização significa o assassinato da distância, o estar lançado a formas de vida **transnacionais**, muitas vezes indesejadas e incompreensíveis..." [grifo nosso]. BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Tradução de André Carone, São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 46 e 47.

³ "Ainda nas palavras de Ulrich Beck, a globalização implica em "*processos* em cujo andamento os Estados nacionais vêem a sua **soberania**, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de **atores transnacionais** (companhias, organizações não-governamentais, uniões nacionais)." [grifo nosso]. BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Tradução de André Carone, São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31.

⁴Segundo definição da UNESCO, "The concept of **trans-nationalism** refers to multiple ties and interactions linking people and institutions across the borders of nation-states. Trans-national activities can be defined as: '*those that take place on a recurrent basis across national borders and that require a regular and significant commitment of time by participants. Such activities may be conducted by relatively powerful actors, such as representatives of national governments and multinational corporations, or may be initiated by more modest individuals, such as immigrants and their home country kin and relations. These activities are not limited to economic enterprises, but include political, cultural and religious initiatives as well.*' **This definition indicates the close relationship between trans-nationalism and globalisation, which also refers essentially to the rapid expansion of cross-border transactions and networks in all areas of life.**" [grifos nossos]. TRANS-NACIONALISM. Unesco. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/trans-nationalism/>> Acesso em: 20/09/2019.

⁵Segundo Stelzer, "A transnacionalização pode ser considerada um sub-fenômeno da globalização, evidenciado pela desterritorialização dos relacionamentos político-sociais, fomentado por sistema econômico capitalista ultra-valorizado, que articula ordenamento jurídico mundial à margem das soberanias dos Estados. A transnacionalidade insere-se no contexto da globalização e liga-se fortemente à concepção do transpasse estatal. Enquanto globalização remete à idéia de conjunto, de globo, enfim, o mundo sintetizado como único; transnacionalização está atada à referência do Estado permeável, mas tem na figura estatal a referência do ente em declínio." CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

⁶Ulrich Beck, há mais de 70 anos, já reconhecia o caráter irreversível dos fenômenos transnacionais quando descreve: "Uma marca distintiva essencial entre a primeira e a segunda modernidade é a *irreversibilidade do surgimento da globalização*. E isto quer dizer: há convivência entre as lógicas particulares da globalização da ecologia, da cultura, da economia e da sociedade civil, que não podem ser reproduzidas nem reduzidas umas as outras e que devem ser todas consideradas uma a uma e em suas relações de interdependência. BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Tradução de André Carone, São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 30.

em território nacional que, com suas próprias políticas internas, impõem a aceitação de suas condições, sem requerer autorização e que, quando o Direito dela se apercebe (sempre tardiamente, sobretudo na era digital), tudo o que pode fazer é respeitá-la, aceitá-la e legitimá-la (Uber e afins são bons exemplos).

Assim, sobre a transnacionalidade, enquanto fato, não nos cumpre questionar sobre sua validade, oportunidade ou conveniência em acontecer, mas, antes, forçoso se torna que encaremos tal fenômeno de frente e possamos verificar a melhor forma de lidar com ele. Se a transnacionalidade é, pois, um fato, qualquer hipotética defesa da soberania nacional em detrimento da solução dos problemas transnacionais nos soa no mínimo ingênua, quando não imatura ou mal-intencionada, uma vez que o próprio bom-senso nos diz que não se pode exigir poder absoluto sobre questões cujos efeitos fogem ao nosso controle e/ou serão sofridos por terceiros, ao menos não em uma lógica democrática.

Muitos apontam para o aparente conflito entre a ideia de transnacionalidade e a soberania nacional. Com efeito, o avançar dos anos e, com ele, o advento da tecnologia, a cada dia mais avançada, nos fez ter de lidar com uma inter-relação muito maior de sujeitos do mundo. Não por outra razão, hoje se fala não mais em internacionalidade mas em transnacionalidade.^{7 8} Uma vez sendo, a transnacionalidade, contudo, um fato, não há estratégia possível de sobrevivência e manutenção do poder dos estados soberanos que não perpassasse concessões no desejo quase feticheoso de detenção absoluta de poder. Afirmar o poder que não mais se tem, em nossa opinião, é tão somente dificultar a adequação dos fenômenos transnacionais aos interesses dos cidadãos e das próprias nações.

2. TRANSNACIONALIDADE AMBIENTAL

Como já brevemente tratado acima, uma das questões mais emblemáticas a serem enfrentadas sob uma ótica transnacional é a questão ambiental. Com efeito, não se pode olhar para tal temática sem considerar que estamos a tratar de um assunto que envolve a todos. Neste sentido, como também já brevemente destacado, soaria deveras ingênuo pleitear por soberania e/ou rigidez do poder estatal para lidar com questões cujos atores, tanto no polo da causa, quanto no de quem sofre as consequências, encontram-se pulverizados ao longo de todo o globo.

⁷Phillip Jessup, aponta para a insuficiência de termos como "direito internacional" para abarcar e resolver as múltiplas situações advindas de um mundo globalizado. Assim, enquanto a expressão 'internacional' parece apontar sobretudo às relações entre os Estados ou 'nações', o termo transnacional, na proposta do autor, possibilita, com efeito, abranger situações que transcendem as relações entre países. Para o autor, devemos modificar a utilização dos termos, uma vez que, em suas palavras, "...o termo 'internacional' é enganador, já que sugere que nos preocupemos apenas com as relações de uma Nação (ou Estado) com outras Nações (ou Estados)." JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p. 11.

⁸Novamente segundo Stelzer, quanto à transnacionalidade: "não se trata mais do Estado-territorial, referência elementar surgido após a Paz de Vestfália e que se consolida até o Século XX, viabilizando a emergência do direito internacional sob amparo da ideia soberana. Esse é um quadro alterado que se transfigura de internacional (inter-nações) para transnacional (trans-nações), de soberania absoluta para soberania relativa, de relações territoriais para relações virtuais, de trânsito entre fronteiras para trânsito em espaço único. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

Neste sentido, temos, por exemplo, que, desde a década de setenta, especialmente após a realização da chamada "Conferência de Estocolmo", realizada pela ONU em 1972, as causas ambientais são tratadas não mais como questões "particulares", mas internacionais.^{9 10} Desde então a consciência de que as questões ambientais são de interesse global se fortaleceu. Não por outro motivo, foram realizados diversos outros encontros internacionais para tratar acerca da preservação do meio ambiente. São exemplos emblemáticos desta preocupação a cada dia mais pulverizada a realização de conferências como a Eco-92 ou Rio-92; a Rio+10, em 2002, e a Rio+20, em 2012.¹¹ De fato, o meio ambiente, conforme já mencionado, possui interligação global, não limitado a fronteiras humanas, de sorte a que pouco importa onde são ocasionadas as degradações, o efeito é sentido por todos.¹²

3. DOS IMPASSES AMBIENTAIS PROPRIAMENTE DITOS

Não há mais dúvidas de que a questão ambiental transcende fronteiras. E se assim o é, cabe debater (em nível transnacional) os problemas que hoje põem em xeque a manutenção de nossos

⁹CONFERÊNCIAS de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU. **Organização das Nações Unidas**. 11 de maio de 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meio-ambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/>> Acesso em 20/09/2019.

¹⁰"A growing class of environmental problems, because they are regional or global in extent or because they affect the common international realm, will require extensive co-operation among nations and action by international organizations in the common interest." Trecho da chamada "Declaração de Estocolmo". UNITED NATIONS. **Report of the United Nations Conference on the human environment**. Stockholm: ONU, 1972, p. 4. Disponível em:<<http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

¹¹PENA, Rodolfo F. Alves. Conferencias sobre meio-ambiente. **Mundo educação**. [s.d.] Disponível em: <<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/conferencias-sobre-meio-ambiente.htm>> Acesso em 20/09/2019.

¹²"Há muito tempo a floresta Amazônica é reconhecida como um repositório de serviços ecológicos, não só para os povos indígenas e as comunidades locais, mas também **para o restante do mundo**. As árvores desempenham um papel-chave na redução dos níveis de poluição. Para entendermos melhor como isso funciona, vamos tomar como exemplo o gás carbônico (CO₂), cujas emissões provêm tanto de fontes naturais como da atividade humana. Nos últimos 150 anos, os seres humanos têm lançado quantidades enormes de CO₂ no ar por meio da queima de combustíveis fósseis, carvão, petróleo e gás natural – e esta é uma das principais causas das mudanças climáticas no planeta. Em condições naturais, as plantas retiram o CO₂ da atmosfera e o absorvem para fazer a fotossíntese, um processo de produção de energia. Com a fotossíntese, as plantas obtêm Oxigênio, que é liberado novamente no ar, e Carbono, que é armazenado para permitir o crescimento das plantas. Assim, sem as florestas tropicais úmidas e todas as suas plantas fazendo fotossíntese durante o todo o dia, o efeito estufa provavelmente seria mais pronunciado, e as mudanças climáticas podem vir a ser ainda mais graves. O que as florestas retiram do ar elas podem devolver. Quando as florestas são queimadas, a matéria de carbono da árvore é liberada no ar, na forma de CO₂, um gás que polui o ar e que já está presente numa quantidade excessiva na atmosfera." POR que a Amazônia é importante? **World Wide Fund for Nature - Brasil**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/amazonia1/bioma_amazonia/porque_amazonia_e_importante/> Acesso em: 20/09/2019.

ecossistemas, para fins de utilizarmos seus recursos de maneira sustentável¹³, ou seja, de forma a que não os esgotemos e com isso os percamos.¹⁴

Desta feita, se a ideia perpassa necessariamente a utilização consciente/sustentável de nosso ecossistema, nos cabe analisar, sobretudo, como estão sendo atualmente utilizados seus recursos, para, identificando eventuais equívocos em sua utilização, corrigi-los a tempo de sua recuperação.

Podemos facilmente identificar, por experiência própria de cada um dos indivíduos humanos, que as necessidades mais básicas do homem estão atreladas a condições regulares da natureza, posto que são vinculadas aos seus recursos. Assim, demandamos, sobretudo, o oxigênio, a água, temperaturas adequadas e os alimentos. Desta monta, qualquer forma de utilização dos recursos naturais que ponha em xeque a continuidade de fornecimento de tais recursos se mostra problemática, em nível emergencial. Referentemente ao (mau) uso de tais bens, pode-se, por sua vez, apontar como um dos principais impasses o aquecimento global.

3.1 Do aquecimento global

Como destaca o Ministério do Meio Ambiente brasileiro, uma das condições necessárias à possibilidade de vida terrestre se relaciona ao que se usou chamar de "efeito estufa". Sabidamente, as vidas necessitam de calor para poder existir. Assim, a mais importante fonte de fornecimento de calor de nosso planeta é o sol. Ocorre, contudo, que os raios solares que chegam até nós poderiam simplesmente nos alcançar e, sequencialmente, serem dissipados, o que não permitiria a manutenção de uma temperatura estável e adequada ao desenvolvimento de nossas vidas. Neste ponto é que o referido fenômeno se manifesta e se faz fundamental: o planeta Terra é circundado por gases que impedem/bloqueiam a dissipação do calor advindo dos raios solares, formando uma

¹³ "A construção do conceito de desenvolvimento sustentável continuou durante a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, da ONU, realizada em Joanesburgo, África do Sul, em 2010. A Declaração de Joanesburgo estabelece que o desenvolvimento sustentável se baseia em três pilares: desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental." ONU estabelece três pilares para o desenvolvimento sustentável dos países: econômico, social e ambiental. **Senado Federal**. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/temas-em-discussao-na-rio20/onu-estabelece-tres-pilares-para-o-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises-economico-social-e-ambiental.aspx>> Acesso em: 20/09/2019.

¹⁴ Sustainable development seeks to meet the needs and aspirations of the present without compromising the ability to meet those of the future. Far from requiring the cessation of economic growth, it recognizes that the problems of poverty and underdevelopment cannot be solved unless we have a new era of growth in which developing countries play a large role and reap large benefits. 50. Economic growth always brings risk of environmental damage, as it puts increased pressure on environmental resources. But policy makers guided by the concept of sustainable development will necessarily work to assure that growing economies remain firmly attached to their ecological roots and that these roots are protected and nurtured so that they may support growth over the long term. Environmental protection is thus inherent in the concept of sustainable development, as is a focus on the sources of environmental problems rather than the symptoms." Trecho do relatório de Brundtland, conhecido como "nosso futuro comum", em tradução livre, apresentado em 1987 pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ou simplesmente "comissão Brundtland", em homenagem à convidada pelo Secretário Geral da ONU para presidir a comissão, Gro Harlem Brundtland, mestre em saúde pública e ex-Primeira Ministra da Noruega. UNITED NATIONS, World Commission on Environment. **Our Common Future**. Oslo: ONU, 1987. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.

verdadeira estufa. A temperatura terrestre, adequada à vida, depende, contudo, de um funcionamento harmônico deste sistema.¹⁵

Conforme já dito, a existência harmônica destes gases e a sua manutenção no entorno do globo terrestre se faz essencial à nossa existência. Assim, se nosso interesse é a perpetuação da vida humana, nada há de mais primordial ao alcance de tal objetivo que a não degradação e/ou sobreposição desta camada de gases, que nos garantem temperatura adequada para (sobre)viver. Não tem sido esta, entretanto, a prática humana dos últimos tempos.

Recente estudo da NASA publicado em 2018 demonstra que a temperatura da superfície terrestre é a quarta maior já reportada desde a dita revolução industrial (1880), o que, segundo especialistas, demonstra a antropogenia deste fenômeno. Segundo o relatório, embora a temperatura terrestre de 2018 tenha sido registrada em níveis abaixo dos três anos anteriores, ainda assim, é inegável que os últimos anos foram os mais quentes da modernidade. A conclusão dos cientistas envolvidos é que os impactos de tal aquecimento já podem ser sentidos e, destarte, sabemos as esperáveis consequências de manutenção da atual situação: contínua diminuição das calotas polares, contribuindo para aumento do nível do mar, e aumento de temperatura, contribuindo para multiplicação de queimadas e eventos meteorológicos extremos.¹⁶

De acordo com último relatório elaborado pelo IPCC (Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas - órgão das Nações Unidas para avaliar a ciência relacionada às mudanças climáticas), os riscos de tais alterações climáticas terrestres são

consideráveis em temperaturas de 1 ou 2°C acima dos níveis pré-industriais [...] e muito elevados no caso de um aumento da temperatura média global de 4°C ou mais acima dos níveis pré-industriais em todos os RFCs [...] incluem **impactos graves e generalizados em sistemas únicos e ameaçados, como a extinção significativa de espécies e grandes riscos para a segurança alimentar mundial e regional. A combinação de alta temperatura e umidade comprometerá atividades humanas normais, incluindo o cultivo de alimentos ou trabalho ao ar livre em algumas áreas durante certas épocas do ano (alta confiança).** Os níveis precisos de mudança climática suficiente para acionar pontos de ruptura (limiares de mudanças abruptas e irreversíveis) permanecem incertos, mas o risco presente em atravessar vários pontos de ruptura no sistema de terra ou nos sistemas humanos e naturais interligados aumenta significativamente com o aumento da temperatura (média confiança).[grifo nosso].¹⁷

Com base em tais constatações, perceptível se torna que tal conjuntura não apenas se demonstra insustentável como também severa e, sobretudo, urgente. Nos cabe agora compreender o que efetivamente ocasiona tais situações.

¹⁵EFEITO Estufa e Aquecimento Global. **Ministério do Meio Ambiente**. [s.d.]. Disponível em:

<<https://www.mma.gov.br/informma/item/195-efeito-estufa-e-aquecimento-global>> Acesso em 20/09/2019.

¹⁶2018 Fourth Warmest Year in Continued Warming Trend, According to NASA, NOAA. **NASA News & Feature Releases**. 06 de fev. de 2019. Disponível em: <<https://www.giss.nasa.gov/research/news/20190206/>> Acesso em: 20/09/2019.

¹⁷UNITED NATIONS, Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). **Sumário do Relatório do IPCC para os Tomadores de Decisão do Quinto Relatório do Grupo de Trabalho II, 2014**. Trad. Magno Castelo Branco; Karla Sessin-Dilascio. Iniciativa Verde: São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.iniciativaverde.org.br/biblioteca-nossas-publicacoes.php>>. Acesso em 20/09/2019.

3.1.1 A(s) causa(s) das causas

Neste estudo, até o presente instante, já pudemos concluir que a emissão humana de gases que interferem no efeito estufa, ocasionando o dito 'aquecimento global', derivam e derivarão severas consequências ao nosso ecossistema, o que, por certo, acarretará em diversas complicações à manutenção da vida terrestre, especialmente aos socialmente mais vulneráveis. Falta-nos agora, destarte, identificar quais ações estão a contribuir para tal acontecimento e, assim, conscientes das mesmas, poderemos estabelecer aquilo que devemos evitar ou modificar em termos de conduta.

Como principais causas do aquecimento global e/ou, antes, da emissão dos gases promovedores do aquecimento, são costumeiramente elencadas as atividades humanas de "queima de combustíveis fósseis para geração de energia, atividades industriais e transportes; conversão do uso do solo; agropecuária; descarte de resíduos sólidos (lixo) e desmatamento"¹⁸. Dentre este rol, o último elencado figura como segundo maior causador do referido fenômeno¹⁹. Se considerarmos, porém, que este é costumeiramente realizado em razão de outros dos causadores, nomeadamente, a agropecuária²⁰⁻²¹, temos que a produção de alimentos de origem animal, especialmente bovinos, pode, quiçá, figurar como mais significativo causador das mazelas naturais.

Como reportado recentemente em estudo divulgado pela FAO (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura), o desmatamento havido em sete países da América Latina, incluindo-se o Brasil, foi devido a expansão dos pastos destinados à pecuária. A pesquisa aponta que 71% do desmatamento na América do Sul entre os anos de 1990 e 2005 se deveu à demanda por pastos, o que ocasionou a perda de mais de um terço das florestas de todos os países envolvidos. Ainda segundo o referido estudo, na Argentina, a expansão dos pastos provocou a perda de aproximadamente 45% das florestas, enquanto no Brasil este número sobe para 80% de florestas desmatadas em razão da agropecuária.²²

Para se ter uma ideia do impacto ocasionado pelo consumo de carne, segundo estudo divulgado por especialistas, "a produção de apenas um quilo de carne bovina no Brasil pressupõe o

¹⁸MUDANÇAS Climáticas. **World Wide Fund for Nature - Brasil**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/mudancas_climaticas2/> Acesso em: 20/09/2019.

¹⁹DESMATAMENTO é 2ª maior causa das mudanças climáticas, revela FAO. **Organização das Nações Unidas**. 10 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/desmatamento-e-2a-maior-cao-das-mudancas-climaticas-revela-fao/>> Acesso em: 20/09/2019.

²⁰Na América Latina, o agronegócio é o principal causador do desmatamento, segundo o novo relatório da FAO, O Estado das Florestas do Mundo 2016. AGRONEGÓCIO foi responsável por quase 70% do desmatamento na América Latina. **Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)**. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.fao.org/americas/noticias/ver/pt/c/425810/>>. Acesso em 20/09/2019.

²¹"Ao realizar a avaliação por atividade econômica, é a agropecuária a grande responsável pela liberação de gases poluentes. Se o Brasil é hoje o sétimo maior emissor de gases de efeito estufa do mundo, **o agronegócio brasileiro sozinho seria o oitavo maior emissor do mundo**: em números, essa atividade econômica representa 71% de todas as emissões, contra 72% do ano passado". [grifo nosso] AGRONEGÓCIO segue como maior emissor de gases de efeito estufa no Brasil. **Cetesb**, São Paulo, 21 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://cetesb.sp.gov.br/proclima/2018/11/21/agronegocio-segue-como-maior-emissor-de-gases-de-efeito-estufa-no-brasil/>> Acesso em 20/09/2019.

²²FAO. **El Estado de los bosques del mundo 2016. Los bosques y la agricultura: desafíos y oportunidades en relación con el uso de la tierra**. Roma, 2016. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-i5588s.pdf>>. Acesso em 20/09/2019.

gasto de 335 quilos de dióxido de carbono (CO₂), exatamente a mesma quantidade consumida em uma viagem de 1,6 mil quilômetros em um automóvel europeu médio"²³.

Refletindo apenas em nível nacional, temos que a média brasileira de consumo de carne bovina, segundo dados divulgados pela OCDE, gira em torno de 25 quilos ao ano por pessoa²⁴ - média esta que muito se aproxima daquela habitualmente mantida por países tidos como grandes consumidores de carne, como os Estados Unidos, cuja média anual per capita gira em torno dos mesmos 25 quilos, novamente segundo mesmos dados da OCDE.²⁵ De outra parte, segundo o IBGE, a população brasileira atual ultrapassa os 210 milhões de pessoas.²⁶ Disso resulta que o consumo anual de carne brasileiro é de aproximadamente 5 bilhões de quilos. Assim, conclui-se que, somente no Brasil, a emissão de gases do efeito estufa, como o CO₂, apenas para manter o mercado interno do setor, é de mais de 1,7 trilhões de quilos todos os anos.

Se por um lado tal atividade ocasiona a já referida degradação do meio ambiente, por outro, forçoso reconhecer, todavia, que o agronegócio ainda possui forte impacto na economia nacional. Segundo o Cepea (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada - parte do Departamento de Economia, Administração e Sociologia da Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz", unidade da Universidade de São Paulo (USP), localizada em Piracicaba), no ano passado, o agronegócio representou 21,1% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.²⁷ Destarte, inegável que uma modificação/interrupção abrupta nesta modalidade negocial incutiria em severas consequências à economia do país.

4. PROBLEMAS E SOLUÇÕES (TRANSNACIONAIS) PARA O MEIO AMBIENTE

Conforme notícia veiculada em diversos periódicos²⁸⁻²⁹, o Brasil se consolida, em 2018, como o maior exportador mundial de carne. Tal fato, se por um lado demonstra a importância do agronegócio à economia nacional, também destaca a participação global na cadeia de desgaste natural aqui envolvido. Com efeito, enquanto país "emergente", a economia brasileira ainda se

²³PRODUÇÃO de 1 kg no Brasil produz tanto co2 como 16 mil km de carro. **Veja**. 6 de maio de 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/ciencia/producao-de-1-kg-carne-no-brasil-produz-tanto-co2-como-16-mil-km-de-carro/>>. Acesso em 20/09/2019.

²⁴OECD-FAO. **Agricultural Outlook 2019-2028**. [s.d.] Disponível em <https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=HIGH_AGLINK_2019&lang=en#> Acesso em: 20/09/2019.

²⁵OECD-FAO. **Agricultural Outlook 2019-2028**. [s.d.] Disponível em <https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=HIGH_AGLINK_2019&lang=en#> Acesso em: 20/09/2019.

²⁶PROJEÇÃO da população do Brasil e das Unidades da Federação. **IBGE**. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 20/09/2019.

²⁷PIB do agronegócio brasileiro. **Cepea**. São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>> Acesso em 20/09/2019.

²⁸BRASIL se consolida como maior exportador mundial de carne bovina, diz Abiec. **Revista Globo Rural**. 07 de jan. de 2019. Disponível em: <<https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Criacao/Boi/noticia/2019/01/globo-rural-brasil-se-consolida-como-maior-exportador-mundial-de-carne-bovina-diz-abiec.html>>. Acesso em: 20/09/2019.

²⁹TATAGIBA, Marcus Vinicius Franquine. Brasil se consolida como maior exportador de carne do mundo. **Abracomex**. 02 de maio de 2019. Disponível em <<https://www.abracomex.org/exportacao-de-carne-mundial>> Acesso em 20/09/2019.

mostra em muito dependente da produção de commodities³⁰, como por exemplo a carne. É inegável, destarte, que vivenciamos verdadeiro dilema entre o progresso econômico e a preservação do meio ambiente. Vale, contudo, sopesar os fatores envolvidos para identificar o de maior peso/relevância.

Uma economia capitalista, como a vigente ao redor de todo globo, exige, como fonte de sustentação, a eterna e incansável alimentação do ciclo 'produção e consumo'. De outra parte, sabemos nós, que este sistema depende sempre do desgaste dos recursos naturais. Ademais, não há dúvidas de que a conta pode fechar do ponto de vista matemático, uma vez que há um constante e elevado crescimento populacional³¹, que, por sua vez, gera demanda e assim incentiva a produção. O problema é que já alcançamos há muito os níveis suportáveis de utilização dos recursos naturais.³²⁻³³

Tal fato nos leva, destarte, a crer que a ideia de progresso atrelada às regras de mercado, segundo binômio oferta-demanda, são estratégias suicidas. A ideia de soberania, de sua parte, põe também fronteiras no desenvolvimento, na medida em que separa os desenvolvimentos nacionais, enquanto implica no desgaste de recursos da natureza, na medida em que relega o crescimento e sustentação de determinados países ao uso de tais recursos que, vale dizer, se por um lado servem ao fomento da economia nacional, também servem à manutenção dos demais sistemas, ditos "desenvolvidos", na medida em que lhes fornece matéria. Em suma, tanto (países) consumidores quanto produtores são lados da mesma moeda no quesito desgaste ambiental.

Como demonstrado, o problema não se restringe a determinada região do globo terrestre, assim como não está nas mãos de apenas um país, que possa resolvê-lo apenas com o exercício de sua soberania. Por sorte (ou não) o problema afeta a todos, exigindo-se, assim, a participação conjunta dos envolvidos, lê-se, para além das feticheosas querelas de poder soberano. O mundo, no entanto, parece não estar caminhando em tal direção. A cada dia vemos a ascensão de

³⁰As commodities representam 65% do valor das exportações brasileiras, segundo levantamento de 2014 da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). UNITED NATIONS, Conference on Trade and Development (UNCTAD). **State of commodity dependence** 2014. ONU: New York and Geneva, 2015. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/suc2014d7_en.pdf>. Acesso em 20/09/2019.

³¹ Segundo recente relatório publicado pela ONU, "a população mundial deve crescer em 2 bilhões de pessoas nos próximos 30 anos, passando dos atuais 7,7 bilhões de indivíduos para 9,7 bilhões em 2050". POPULAÇÃO mundial deve chegar a 9,7 bilhões de pessoas em 2050, diz relatório da ONU. **Organização das Nações Unidas**. 24 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>> Acesso em 20/09/2019.

³² Estima-se que em 2050 serão necessários três planetas Terra para suportar o padrão de produção x consumo atual. ATÉ 2050 serão necessários três planetas para suprir necessidades da população mundial, alerta ONU. **Organização das Nações Unidas**. 09 de abr. de 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/ate-2050-serao-necessarios-tres-planetras-para-suprir-necessidades-da-populacao-mundial-alerta-onu/>>. Acesso em 20/09/2019.

³³ Não por outra razão, criou-se o chamado "dia de sobrecarga da Terra", ou , Overshoot day, em inglês, para demarcar o dia do ano em que consumimos todos os recursos naturais disponíveis para nos manter naquele ano sem que isso incutisse em desgaste incapaz de ser recuperado para as demandas futuras. Este dia tem ocorrido cada vez mais cedo a cada ano. Em 2000, este ocorreu em 1º de Outubro enquanto em 2016 ele se deu em 1º de agosto. ESTE ano, a data chegou mais cedo. **World Wide Fund for Nature - Brasil**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/pegada_ecologica/overshootday2/> Acesso em: 20/09/2019.

movimentos de extrema direita ao redor do globo³⁴, sendo exemplos claros de que uma total revolução no sistema econômico vigente, embora necessária e urgente, será bastante tortuosa e de difícil realização.

A transnacionalidade trouxe consigo, como já dito, a pulverização dos sujeitos dos dilemas globais. Para além do conflito entre soberania, lidamos hoje com questões que põe em xeque todos os indivíduos, sejam eles cidadãos de diferentes polos do globo, sejam eles pessoas jurídicas, públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou multinacionais. Esta pulverização destaca a ineficácia dos simples acordos entre chefes de Estados para solução amigável de eventuais conflitos, uma vez que os atuais impasses lhes fogem ao controle. Assim, sem dúvida alguma, as questões tidas como transnacionais são de ainda mais complexas soluções, na medida em que impõe a exigência não do exercício da soberania nacional, mas do seu abandono e/ou flexibilização.

Em um mundo cuja tendência parece apontar para um paradoxal enrijecimento de fronteiras, a concepção de flexibilidade das soberanias parece utópica, ainda que necessária. De outra parte, também soa utópica a ideia de que a manutenção do sistema atual, tal qual ele se encontra, pode se sustentar por muito tempo. A pulverização operada por fenômenos ditos "transnacionais" pode, contudo, contribuir para soluções alternativas (que podem também ser adotadas paralelamente).

4.1 A transnacionalidade e o cidadão

Como já visto, o principal problema ambiental é o seu desgaste em razão da ideia de progresso, pautada em simples política de incentivo ao consumo, e, com este, à produção. Como questão transnacional e, mais que isso, como prova de sua transnacionalidade, o problema (e também, por consequência, a solução) não está apenas nas mãos de governistas. Vale lembrar que um padrão de consumo consciente necessita, sobretudo, de massiva aderência popular e tão somente dela depende para alcançar seus sustentáveis fins. O consumo de carne serve como significativo exemplo de tal relação.

Como já demonstrado alhures, a produção de carne figura como uma das principais responsáveis pelo desgaste ambiental. A produção da mesma, de seu turno, só ocorre porque ainda há um valioso mercado a ser explorado neste ramo, e sua rentabilidade se dá não por outra razão, senão pelo ainda alto consumo de seus produtos.

De um lado, a economia nacional, ainda em muito pautada no agronegócio, vê-se completamente impotente na solução de tal impasse, sobretudo se considerarmos neste binômio os interesses políticos de membros do poder estatal que se veem completamente vinculados a indústrias deste ramo, que depende de tal modelo econômico para subsistir. De outro, porém, a

³⁴ Notícias como a seguir são exemplos: MONTENEGRO, Raul. O avanço da extrema direita no mundo. **IstoÉ**. [s.d.] Disponível em: <<https://istoe.com.br/o-avanco-da-extrema-direita-no-mundo/>> Acesso em 20/09/2019.

solução está nas mãos de cada um, posto que, como já dito, a modificação nos padrões de consumo é capaz de, por si só, alterar toda forma de gerenciamento de recursos (econômicos e, por isso também, naturais) de um país e/ou até mesmo de todo o planeta.³⁵

Perceba-se, neste sentido, que a ideia de transnacionalidade, enquanto fenômeno que implique abandono e/ou até mesmo indiferença às soberanias nacionais, não se afigura, de pronto, maléfica, na medida em que permite, com isso, uma maior participação de todos os envolvidos na solução de seus impasses. O simples abandono do consumo de carne, por exemplo, pode representar significativo efeito na economia nacional e global, com a obrigação e, inclusive, facilitação, da modificação do atual sistema econômico, de caráter meramente exploratório.

4.2 A insustentabilidade da carne e o desafio de todos

Segundo especialistas condecorados pela ONU com o prêmio "Campeões da Terra", o impacto destrutivo do agronegócio em nosso meio ambiente excede largamente qualquer outro proveniente das demais tecnologias existentes em nosso planeta.³⁶ Com efeito, a produção/consumo de carne como alimento não se afigura sustentável. Isso pode ser observado pela simples ideia de que tais "produtos" advém de animais não humanos que, como nós, necessitam ser alimentados. Ora pois, uma "alimento" que precisa ser alimentado com os mesmos alimentos que poderiam estar nos alimentando é, por certo, uma relação que implica, antes de tudo, em desperdício.

Apenas quanto ao consumo de água potável, fonte natural, sabidamente necessária à nossa existência, escassa no mundo atual³⁷, os gastos havidos com o simples hábito de comer carne são absurdamente desproporcionais, especialmente se o considerarmos comparativamente a outros usos da água, esses sim, efetivamente necessários, como, por exemplo, tomar banho e/ou o próprio ato de bebê-la. Segundo estudo publicado pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), denominado "Livestock's long shadow"³⁸, que visou avaliar o impacto

³⁵Costuma-se atribuir a Sam Walton, fundador do grupo Walmart, a seguinte frase: Clientes podem demitir todos de uma empresa, do alto executivo para baixo, simplesmente gastando seu dinheiro em outro lugar. ATENDIMENTO ao cliente segundo o fundador do Walmart. **Com School**. 24 de ago. 2014. Disponível em: <<https://news.comschool.com.br/o-atendimento-ao-cliente-segundo-sam-walton-fundador-wal-mart/>> Acesso em: 20/09/2019.

³⁶CONSUMO de carne é um dos problemas mais urgentes do planeta, alertam empreendedores. **Organização das Nações Unidas**. 03 de out. de 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/consumo-de-carne-e-um-dos-problemas-mais-urgentes-do-planeta-alertam-empreendedores/>> Acesso em: 20/09/2019.

³⁷"Only 2.5 percent of all water resources are fresh water. The oceans account for 96.5 per-cent, brackish water for around 1 percent. Furthermore, 70 percent of all freshwater resources are locked up in glaciers, and permanent snow (polar caps for example) and the atmosphere." UNITED NATIONS, Food and Agriculture Organization (FAO). **Livestock's long shadow**. FAO: Rome, 2006, p. 125. Disponível em: < <http://www.fao.org/3/a-a0701e.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

³⁸ UNITED NATIONS, Food and Agriculture Organization (FAO). **Livestock's long shadow**. FAO: Rome, 2006. Disponível em: < <http://www.fao.org/3/a-a0701e.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

ambiental da pecuária, o consumo diário de água por pessoa para as suas atividades domésticas (como tomar banho, lavar louças e roupas) é de 30 a 300 litros, enquanto para a manutenção de seu consumo de carne, são necessários 3000 (três mil) litros de água por dia.³⁹

O consumo de grãos igualmente se insere em relação ineficiente do ponto de vista alimentar. Estima-se que a produção de grãos no mundo tenha ultrapassado os 2 bilhões de toneladas entre 2018 e 2019.⁴⁰ De outra parte, a população mundial está em torno do 7,7 bilhões de habitantes.⁴¹ É dizer: no mundo, produz-se aproximadamente um quarto de tonelada de alimento para cada ser humano. Este simples cálculo nos faz perceber que há inclusive sobra de alimentos, se considerarmos tão somente a demanda humana. A fome, todavia, segue sendo problema enfrentado mundialmente.⁴² A única explicação para tal aparente paradoxo é que grande parte dos alimentos produzidos no mundo servem (paradoxalmente) para alimentar animais que servirão posteriormente para nos alimentar. Em suma, uma relação que não faz sentido algum, especialmente se considerarmos os já referidos impactos ambientais desta relação.

Diferentemente do que se pode pensar, uma dieta que exclua por completo os alimentos provenientes de fontes animais pode ser bastante saudável. Em 2015, a Organização Mundial de Saúde classificou as carnes processadas como pertencentes ao grupo 1 de risco de desenvolvimento de câncer. Neste mesmo grupo estão o tabaco, o amianto e a fumaça de óleo diesel. Mesmo a carne vermelha não processada é também vista de maneira nociva, na medida em que, conforme o relatório, a mesma apresenta um risco provável de causar câncer.⁴³ Neste ínterim, o próprio Ministério da Saúde brasileiro admite em seu *Guia Alimentar Para a População Brasileira*⁴⁴ que produtos de origem animal podem ser, em verdade, prejudiciais à saúde.

Assim, percebe-se que o consumo de alimentos proveniente de outros animais, não guarda relação com qualquer necessidade humana, senão a total desproporcionalidade na distribuição de alimentos, na medida em que, enquanto alguns alimentam-se de animais que também foram alimentados, apenas para posterior abate, outros seguem enfrentando a fome. Se a saúde não é capaz de embasar tal demanda, então o consumo de carnes e derivados se dá puramente por

³⁹UNITED NATIONS, Food and Agriculture Organization (FAO). **Livestock's long shadow**. FAO: Rome, 2006, p. 126. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/a-a0701e.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

⁴⁰GRAIN Market Report. **International Grains Council**. Disponível em: <https://www.igc.int/en/gmr_summary.aspx#> Acesso em: 20/09/2019.

⁴¹POPULAÇÃO mundial deve chegar a 9,7 bilhões de pessoas em 2050, diz relatório da ONU. **Organização das Nações Unidas**. 24 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/>> Acesso em 20/09/2019.

⁴² "Cerca de 820 milhões de pessoas em todo o mundo não tiveram acesso suficiente a alimentos em 2018, frente a 811 milhões no ano anterior, no terceiro ano consecutivo de aumento." FOME aumenta no mundo e atinge 820 milhões de pessoas, diz relatório da ONU. **Organização das Nações Unidas**. 15 de jul. de 2019. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/fome-aumenta-no-mundo-e-atinge-820-milhoes-de-pessoas-diz-relatorio-da-onu/>> Acesso em: 20/09/2019.

⁴³OMS classifica carnes processadas como cancerígenas. **Instituto Nacional do Câncer**. 26 de jul. de 2018. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/noticias/oms-classifica-carnes-processadas-como-cancerigenas>> Acesso em: 20/09/2019.

⁴⁴BRASIL. Ministério da saúde. secretaria de atenção à saúde. departamento de atenção Básica. **Guia alimentar para a população brasileira / ministério da saúde, secretaria de atenção à saúde, departamento de atenção Básica**. – 2. ed. – Brasília : ministério da saúde, 2014. Disponível em: <<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/05/Guia-Alimentar-para-a-pop-brasiliera-Miolo-PDF-Internet.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

costume e/ou pelo simples deleite do seu sabor. Em suma, por motivos fúteis, por mera vontade e/ou, por que não, egoísmo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avançar dos anos no mundo provocou a aproximação dos seus indivíduos, de sorte a que hoje falamos sobre uma realidade transnacional. Assim, os problemas hoje enfrentados, não raras vezes, implicam em efeitos ocasionados por, ou em detrimento de, uma gama de indivíduos pulverizada ao redor de todo o globo, cuja solução, novamente, não advém de apenas um só Estado.

Tal pulverização nos trouxe às atuais problemáticas da diplomacia mundial, na medida em que implica em flexibilidade das soberanias nacionais, o que, ao que parece, não se está muito disposto a ceder. Por outro lado, tal distribuição de responsabilidades e poderes permite, quiçá, soluções alternativas às antigas demandas, sempre dependentes do uso da soberania nacional. Um grande exemplo de radical modificação pode ser dado com a simples permuta no padrão de consumo de cada um.

O consumo da carne, como demonstrado no presente trabalho, se mostra como um dos principais causadores das mais severas mazelas mundiais. São elas a fome e o desgaste ambiental, que trará desafios à própria perpetuação de nossa espécie. São ambos problemas cuja solução implica em necessário abandono/flexibilização de poder. Por certo que uma iniciativa estatal só pode ser esperada às portas do colapso, na medida em que, sabemos, as forças políticas e o fetiche pela obtenção de riqueza a qualquer custo são muitas vezes superiores aos dados científicos acerca do futuro.

Engana-se, porém, quem pensa que a transnacionalidade implica em efeitos e/ou impõe reações apenas às soberanias nacionais. Assim, tanto quanto incumbe às nações, por seus governantes, recuar em seu anseio por poder, cabe também a cada um dos indivíduos, repensar seus padrões de conduta e consumo, de sorte a não mais desejar realizá-los apenas segundo sua "soberana vontade" e/ou particular desfrute. O simples abandono massivo de uma dieta baseada em derivados animais, poderia, por exemplo, fazer todo o sistema se reconfigurar, passando a adotar novas atividades, verdadeiramente sustentáveis. Como já dito, a questão é deveras ampla, atingindo ao mundo inteiro. Estados se veem impotentes à enfrentá-la, em razão de pressões políticas e econômicas. Os cidadãos, todavia, podem modificá-la, quando bem entenderem, basta para tanto, a conscientização. O problema é transnacional, e a solução também.

REFERÊNCIAS

2018 Fourth Warmest Year in Continued Warming Trend, According to NASA, NOAA. **NASA News & Feature Releases**. 06 de fev. de 2019. Disponível em: <https://www.giss.nasa.gov/research/news/20190206/> Acesso em: 20/09/2019.

AGRONEGÓCIO foi responsável por quase 70% do desmatamento na América Latina. **Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO)**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/pt/c/425810/>. Acesso em 20/09/2019.

AGRONEGÓCIO segue como maior emissor de gases de efeito estufa no Brasil. **Cetesb**, São Paulo, 21 de nov. de 2018. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/2018/11/21/agronegocio-segue-como-maior-emissor-de-gases-de-efeito-estufa-no-brasil/> Acesso em 20/09/2019.

ATÉ 2050 serão necessários três planetas para suprir necessidades da população mundial, alerta ONU. **Organização das Nações Unidas**. 09 de abr. de 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ate-2050-serao-necessarios-tres-planetras-para-suprir-necessidades-da-populacao-mundial-alerta-onu/>. Acesso em 20/09/2019.

ATENDIMENTO ao cliente segundo o fundador do Walmart. **Com School**. 24 de ago. 2014. Disponível em: <https://news.comschool.com.br/o-atendimento-ao-cliente-segundo-sam-walton-fundador-wal-mart/> Acesso em: 20/09/2019.

BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Tradução de André Carone, São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. Ministério da saúde. Secretaria de atenção à saúde. Departamento de atenção Básica. **Guia alimentar para a população brasileira / ministério da saúde, secretaria de atenção à saúde, departamento de atenção Básica**. – 2. ed. – Brasília: ministério da saúde, 2014. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/05/Guia-Alimentar-para-a-pop-brasileira-Miolo-PDF-Internet.pdf> Acesso em: 20/09/2019.

BRASIL se consolida como maior exportador mundial de carne bovina, diz Abiec. **Revista Globo Rural**. 07 de jan. de 2019. Disponível em: <https://revistagloborural.globo.com/Noticias/Criacao/Boi/noticia/2019/01/globo-rural-brasil-se-consolida-como-maior-exportador-mundial-de-carne-bovina-diz-abiec.html>. Acesso em: 20/09/2019.

BRASIL se consolida como maior exportador de carne bovina. **Jornal do Comércio**. 08 de jan. de 2019. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/economia/2019/01/664414-brasil-se-consolida-como-maior-exportador-de-carne-bovina.html. Acesso em: 20/09/2019.

CONFERÊNCIAS de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU. **Organização das Nações Unidas**. 11 de maio de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meio-ambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/> Acesso em 20/09/2019.

CONSUMO de carne é um dos problemas mais urgentes do planeta, alertam empreendedores. **Organização das Nações Unidas**. 03 de out. de 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/consumo-de-carne-e-um-dos-problemas-mais-urgentes-do-planeta-alertam-empreendedores/> Acesso em: 20/09/2019.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

DESMATAMENTO é 2ª maior causa das mudanças climáticas, revela FAO. **Organização das Nações Unidas**. 10 de jul. de 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/desmatamento-e-2a-maior-causa-das-mudancas-climaticas-revela-fao/> Acesso em: 20/09/2019.

EFEITO Estufa e Aquecimento Global. **Ministério do Meio Ambiente**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/195-efeito-estufa-e-aquecimento-global>. Acesso em 20/09/2019.

ESTE ano, a data chegou mais cedo. **World Wide Fund for Nature - Brasil**. [s.d.]. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/pegada_ecologica/overshootday2/ Acesso em: 20/09/2019.

FAO. **El Estado de los bosques del mundo 2016**. Los bosques y la agricultura: desafíos y oportunidades en relación con el uso de la tierra. Roma, 2016. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i5588s.pdf>. Acesso em 20/09/2019.

FOME aumenta no mundo e atinge 820 milhões de pessoas, diz relatório da ONU. **Organização das Nações Unidas**. 15 de jul. de 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/fome-aumenta-no-mundo-e-atinge-820-milhoes-de-pessoas-diz-relatorio-da-onu/> Acesso em: 20/09/2019.

GRAIN Market Report. **International Grains Council**. Disponível em: https://www.igc.int/en/gmr_summary.aspx# Acesso em: 20/09/2019.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

MONTENEGRO, Raul. O avanço da extrema direita no mundo. **Istoé**. [s.d.] Disponível em: <https://istoe.com.br/o-avanco-da-extrema-direita-no-mundo/> Acesso em 20/09/2019.

MUDANÇAS Climáticas. **World Wide Fund for Nature - Brasil**. [s.d.]. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/reducao_de_impactos2/clima/mudancas_climaticas_2/ Acesso em: 20/09/2019.

OECD-FAO **Agricultural Outlook 2019-2028**. [s.d.] Disponível em https://stats.oecd.org/viewhtml.aspx?datasetcode=HIGH_AGLINK_2019&lang=en# Acesso em: 20/09/2019.

OMS classifica carnes processadas como cancerígenas. **Instituto Nacional do Câncer**. 26 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/noticias/oms-classifica-carnes-processadas-como-cancerigenas> Acesso em: 20/09/2019.

ONU e o meio ambiente. **Organização das Nações Unidas**. [s.d.] Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em 20/09/2019.

ONU estabelece três pilares para o desenvolvimento sustentável dos países: econômico, social e ambiental. **Senado Federal**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/temas-em-discussao-na-rio20/onu-estabelece-tres-pilares-para-o-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises-economico-social-e-ambiental.aspx> Acesso em: 20/09/2019.

PENA, Rodolfo F. Alves. Conferencias sobre meio-ambiente. **Mundo educação**. [s.d.] Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/conferencias-sobre-meio-ambiente.htm> Acesso em 20/09/2019.

PIB do agronegócio brasileiro. **Cepea**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx> Acesso em 20/09/2019.

POPULAÇÃO mundial deve chegar a 9,7 bilhões de pessoas em 2050, diz relatório da ONU. **Organização das Nações Unidas**. 24 de jun. de 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/populacao-mundial-deve-chegar-a-97-bilhoes-de-pessoas-em-2050-diz-relatorio-da-onu/> Acesso em 20/09/2019.

POR que a Amazônia é importante? **World Wide Fund for Nature - Brasil**. [s.d.]. Disponível em: https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/amazonia1/bioma_amazonia/por_que_amazonia_e_importante/ Acesso em: 20/09/2019.

PRODUÇÃO de 1 kg no Brasil produz tanto co2 como 16 mil km de carro. **Veja**. 6 de maio de 2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/producao-de-1-kg-carne-no-brasil-produz-tanto-co2-como-16-mil-km-de-carro/>. Acesso em 20/09/2019.

PROJEÇÃO da população do Brasil e das Unidades da Federação. **IBGE**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao//index.html>. Acesso em: 20/09/2019.

TATAGIBA, Marcus Vinicius Franquine. Brasil se consolida como maior exportador de carne do mundo. **Abracomex**. 02 de maio de 2019. Disponível em <https://www.abracomex.org/exportacao-de-carne-mundial>. Acesso em 20/09/2019.

TRANS-NACIONALISM. **Unesco**. [s.d.]. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/trans-nationalism/>. Acesso em: 20/09/2019.

UNITED NATIONS, Conference on Trade and Development (UNCTAD). **State of commodity dependence** 2014. ONU: New York and Geneva, 2015. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/suc2014d7_en.pdf. Acesso em 20/09/2019.

UNITED NATIONS, Food and Agriculture Organization (FAO). **Livestock's long shadow**. Rome: FAO, 2006. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-a0701e.pdf> Acesso em: 20/09/2019.

UNITED NATIONS, Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC). **Sumário do Relatório do IPCC para os Tomadores de Decisão do Quinto Relatório do Grupo de Trabalho II, 2014**. Trad. Magno Castelo Branco; Karla Sessin-Dilascio. São Paulo: Iniciativa Verde, 2015. Disponível em: <http://www.iniciativaverde.org.br/biblioteca-nossas-publicacoes.php>. Acesso em 20/09/2019.

UNITED NATIONS. **Report of the United Nations Conference on the human environment**. Stockholm: ONU, 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf> Acesso em: 20/09/2019.

UNITED NATIONS, World Commission on Environment. **Our Common Future**. Oslo: ONU, 1987. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em 20/09/2019.

O ESTADO TRANSNACIONAL E A TRANSNACIONALIDADE DO DIREITO: UMA ABORDAGEM AO MODELO DE CONSTITUCIONALISMO GLOBAL PARA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alan Boettger¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto tratar do tema: "O Estado Transnacional e a transnacionalidade do direito: uma abordagem ao modelo de constitucionalismo global para proteção dos direitos fundamentais". O objeto, pois, é dedicado a estudar a necessidade de reconhecimento de um novo perfil de Estado, que não seja fechado em seus limites geográficos ou fronteiriços, mas sim apto à discussão de problemas fundamentais e cujos efeitos transpassem as barreiras territoriais dos países. Isso se deve, registre-se, às novas relações surgidas por conta da globalização, principalmente diante das facilidades dos meios de transporte ou de comunicação, que fizeram com que as distâncias entre as pessoas fossem significativamente diminuídas. De maneira que, assim, dentro dessa chamada aldeia global, problemas específicos a um determinado Estado ou território acabam afetando outros Estados diversos. Entrementes, reclama-se, ainda, da existência de espaços públicos propícios para a regulação dessas novas relações humanas ou, mesmo, espaços em que os direitos que delas forem gerados mereçam a proteção devida.

De maneira que o objeto do presente artigo tem por escopo trazer à luz a percepção quanto à obrigatoriedade de criação desse novo modelo de Estado (transnacional) e, conseqüentemente, ao surgimento da transnacionalidade das normas, do direito, mediante constituições preparadas para esse formato que se propõe, para que as novas relações humanas sejam reguladas, bem como efetivamente protegidas. Da necessidade, exsurtem os padrões de mudança, transformação.

Ainda, há o objetivo de discutir o papel do constitucionalismo dentro desse cenário, pesquisando a sua diferenciação ao conceito tradicional, bem como apresentar os novos perfis de constitucionalismo para o mundo contemporâneo, por exemplo, o constitucionalismo multinível ou a teoria da interconstitucionalidade, fortalecida por Canotilho² e bem utilizada para respaldar as decisões das autoridades constituídas no direito comunitário, entre os países que compõem a União Europeia, mormente para fazer prevalecer a salvaguarda dos direitos fundamentais, num grau de proteção mais elevado possível.

¹ Universidade do Vale do Itajaí; Bacharel em Direito pela Univali, Pós-Graduado em Ciências Criminais e Direito Constitucional; Mestrando em Ciências Jurídicas pela Univali em dupla titulação com a Universidade do Minho; Itajaí-SC; alanboet@hotmail.com

² CANOTILHO, J.J. Gomes. "**Brancos**" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Almedina: Coimbra, 2008.

Para tanto, o artigo está dividido em três itens. No primeiro, será apresentado o fenômeno da globalização e o surgimento da ideia do Estado Transnacional. Repita-se, os Estados-nacionais já não estão autorizados a restringirem os direitos das pessoas que neles habitam até os limites de suas fronteiras (outrora reais, hoje imaginárias). Não! A globalização produziu um cidadão, que já não é tão-somente nacional, mas sim um "cidadão global", que, em suas relações cotidianas, realiza condutas e produz resultados que afetam órgãos e pessoas de diferentes países ou povos culturalmente distintos, entregando-se à vitrine do mundo relações que já não podem ser reguladas pelo direito nacional ou mesmo internacional, mas sim pela edificação de um direito transnacional, considerando que interessam a Estados de territórios diversos. Demonstrar-se-á, então, que, dentro desse Estado Transnacional, haverá que existir igualmente um direito cunhado amiúde também na transnacionalidade e, conseqüentemente, na edificação de um novo conceito de constitucionalismo, contemporâneo e global. A propósito, a transnacionalidade do direito e o novo modelo de constitucionalismo constituem o tema do segundo item do artigo. Já no terceiro item, será abordada a proteção dos direitos fundamentais ou dos direitos humanos à luz da transnacionalidade e do constitucionalismo em suas vertentes, que superam as fronteiras estabelecidas pelo homem, demonstrando que, nesse quadro ou cenário, a eficácia desses direitos tão importantes é de alcance mais razoável, seja tal perspectiva não apenas para aqueles rotulados como sendo de primeira geração (afetos à liberdade e à vida), mas também aqueles de segunda (direitos sociais) e de terceira gerações (direitos difusos, por exemplo, destacando-se a proteção ao meio ambiente). Trata-se, pois, de uma gama de direitos que, se violados, podem se expandir para além dos limites dos territórios dos Estados-nacionais, o que autoriza concluir que acabam levando à exigência de uma proteção por normas diferenciadas daquelas internas.

O presente Artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Estado Transnacional, sobre o constitucionalismo e seus contornos hodiernos, além da eficácia de proteção dos direitos fundamentais ou humanos.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³, foi utilizado o Método Indutivo⁴, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁵, e o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 87.

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

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

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

1. GLOBALIZAÇÃO E O ESTADO TRANSNACIONAL

Conforme nos ensina Ulrich Beck¹⁰, foi posteriormente a importantes eventos como a queda do muro de Berlim, bem como depois da derrocada da União Soviética, que se entendeu que a política estaria fadada a um isolamento, pensamento que, todavia, mostrou-se equivocado, mormente com o advento e avanço do fenômeno da globalização. Este novo processo, então, passou a interferir na política interna de cada Estado (economia, política previdenciária etc). O Estado de bem-estar social passou a migrar para um chamado Estado mínimo. A citar um exemplo, pode-se dizer que grandes empresas capitalistas sobrepuseram às empresas nacionais uma competitividade que não era leal. Percebeu-se que, com poderio estratégico superior, buscavam pela contratação de funcionários, a menor custo, em partes diversas do mundo; passaram a ter à disposição meios de facilidade para distribuição dos seus produtos; num processo de inevitável redução de impostos em comparação com as empresas nacionais. Gerou-se riqueza, é verdade, porém, uma riqueza que não era distribuída de maneira equitativa, justa, sendo notável, a partir de então, um quadro contraditório, em que a produção da riqueza era obtida ao custo da geração de um crescente número de pessoas cada vez mais pobres. Percebe-se, destarte, que esse fenômeno transformador da sociedade começara a produzir facilidades para os mais ricos, flagelando, contudo, as camadas invisíveis da sociedade, ou seja, os mais pobres.

Curial fazer a ressalva que, para Ulrich Beck¹¹, a esse fenômeno mais negativo deu-se o nome de globalismo, que se distingue da globalização, por ser aquele (o globalismo) específico de uma ideologia do neoliberalismo, em que o mercado mundial bane ou substitui a ação política, enquanto que a globalização é algo muito mais amplo do que esse aspecto econômico, significando o processo pelo qual os países percebem a interferência de atores transnacionais em questões como soberania, identidade, redes de comunicação, chances de poder e orientações. Discorrendo sobre o conceito de globalização, esclarece:

⁶ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

⁷ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 27.

⁸ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 39.

⁹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 215

¹⁰ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999; página 13.

¹¹ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999; páginas 27-30.

[...] Vai-se derrubando passo a passo uma das principais premissas da primeira modernidade, a saber: a ideia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutuamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais. Globalização significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil, e também o acolhimento de algo a um só tempo familiar mas que não se traduz em um conceito, que é de difícil compreensão mas que transforma o cotidiano com uma violência inegável e obriga todos a se acomodarem à sua presença e a fornecer respostas.¹²

Sabine Schlemmer-Schulte sustenta¹³ que a pobreza permanece como um problema global de grandes proporções e, quanto mais o capital se robustece, quanto mais as tecnologias e as informações se aprimoram para o engrandecimento do conhecimento, com o comércio entre as fronteiras expandindo-se, ainda que sem mercados regulados, mais a pobreza vem sendo propagada e crescendo em escalas maiores. Esse quadro, segundo a autora, tem gerado uma pressão sobre as instituições financeiras internacionais, para que, usando de suas potencialidades econômicas, façam com que as normas e os valores dos direitos humanos passem a receber o devido respeito, o que, até então, não vem sendo observado.

Contudo, não obstante o quadro negativo entregue pelo globalismo, não há que se olvidar da universalização dos direitos humanos de primeira geração (liberdades, vida), muitas vezes também associados aos direitos sociais e difusos (estes últimos afetos principalmente aos riscos ambientais). Entrementes, mesmo com a globalização das culturas, a proteção universal dos direitos fundamentais e humanos se impõe, em todas as suas dimensões, conforme progressivamente foram reconhecidos. Ulrich Beck¹⁴ aponta que existem conceitos diferentes sobre direitos humanos em várias partes do mundo, com atos normativos específicos para determinadas regiões, citando-se, por exemplo, a Carta Africana dos Direitos do Homem e do Povo, que guarda, em si, valores que, por vezes, não possuem a mesma importância em outras culturas. Funda-se, principalmente, no “comunitarismo”, de valoração menor na cultura ocidental, e também em decisões consensuais. No entanto, mesmo reconhecendo a adoção do universalismo em cada Estado quanto à conceituação diversa dos direitos humanos, não há como chegar a um consenso de isolamento, mas tão-somente de fortalecer, valorizar, uma visão específica no que se refere a outras versões ou culturas.

Fácil, então, concluir que, pelo conceito de globalização, em todas as suas nuances, com interferência direta nos direitos fundamentais, está o referido conceito atrelado à necessidade da construção de um novo modelo de Estado, que seja transnacional. Essa conclusão é deduzida do que se acabou de tratar acima, melhor dizendo, essa experiência cotidiana de ações sem fronteiras pode gerar resultados ou consequências que ultrapassem os limites territoriais de um único Estado

¹² BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999; página 13.

¹³ SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. **International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standards, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy.** In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2010; páginas 305-306.

¹⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999; páginas 153-154.

ou extrapolem o grau de alcance e regulação de uma norma nacional. Podemos citar, como exemplo mais clássico, os riscos que são gerados pela globalização ecológica, os danos causados ao meio ambiente, dentro do território de um país, que reconhecidamente podem causar prejuízos a diversas outras nações (são os chamados direitos humanos de terceira geração - de natureza difusa).

Para Ulrich Beck¹⁵, a proteção dos direitos elementares de todo ser humano deveria servir de parâmetro para o fenômeno da globalização. Porém, questiona o renomado autor como estabelecer uma relação jurídica entre Estados e cidadãos de nacionalidades diversas, ou a envolver atores estatais e não-estatais, relativizando, pois, o papel do próprio Estado. Beck conclui¹⁶ pela alternativa da construção de um Estado transnacional, que daria forma a esse processo de globalização, regulando-o transnacionalmente, em cooperação com outros Estados. Apontar-se-ia, então, para uma comunidade cosmopolita.

2. A TRANSNACIONALIDADE DO DIREITO E O NOVO MODELO DE CONSTITUCIONALISMO

Philip Jessup¹⁷, quando trata sobre a universalidade dos problemas humanos, faz preferência ao "direito transnacional" do que ao já conhecido "direito internacional", uma vez que este apenas envolveria relações ou problemas surgidos de uma nação com outra ao passo que aquele regularia, com a inclusão de normas, todos os atos ou relações que perpassam ou transcendem as fronteiras nacionais, envolvendo não apenas Estados, mas também cidadãos ou organizações da sociedade civil. Objetivando melhor explicar o direito transnacional, discorre o autor¹⁸:

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

Essas relações, assim chamadas transnacionais, geram logicamente consequências no mundo fático e, também, no mundo jurídico, contribuindo para a necessidade, pois, da formatação

¹⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999; p. 166-167.

¹⁶ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999; p. 190-192.

¹⁷ JESSUP, Philip. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965; p. 11.

¹⁸ JESSUP, Philip. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965; p. 13.

de um novo direito, inclusive para a proteção dos direitos fundamentais fragilizados por esse processo de globalismo. Isso porque o fenômeno da globalização fez com que houvesse uma circulação maior de bens, de capitais, além de tecnologia e de informação, de tal modo que a realidade local passou a ser percebida numa perspectiva global¹⁹.

Sustenta Clovis Demarchi:

O Direito Transnacional passa a ser uma exigência frente as transformações ocorridas em final do século XX e início de século XXI, mas além disso, torna-se imprescindível pela necessidade que tem a espécie humana em se manter frente a realidade econômica, política, social, ambiental e cultural. Neste contexto global não há espaço para individualismo, por isso os princípios que devem perdurar serão os da solidariedade, da conciliação e da compreensão do outro, pois, do contrário, com todos os conflitos, problemas e crises geradas o ser humano não terá como fugir da extinção. Mas, se optar pela cooperação, distribuição e consequente solidariedade é possível que os danos sejam bem menores²⁰.

Oportuno destacar que, quando se está a tratar sobre o tema de um Estado Transnacional e, por corolário, do direito dele derivado, coloca-se em questão a relativização de um tema central e até então muito caro entre os Estados-nacionais, qual seja, a soberania, e, em decorrência disso, de um novo modelo de constitucionalismo. Os professores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar afirmam que, com a formatação de um mercado globalizado, todo um cenário até então conhecido restou alterado, desaguando e interferindo na autonomia dos Estados constitucionais modernos, entendendo estes como aqueles que tinham, em suas principais características, *"a soberania assentada sobre um território, a tripartição dos poderes e a paulatina implantação da democracia representativa"*²¹.

Entendem os autores Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar que os direitos nacional, internacional ou mesmo o comunitário não sejam suficientes para tratar, regular, questões afetas aos problemas sociais, enfim, aquelas mais complexas, decorrentes da transnacionalidade. De maneira que, desse modo, sugerem, além do Estado também um Direito Transnacional (aqui entendido não um superestado ou estado mundial, mas espaços públicos), com as seguintes características, pois²²:

- a) Constituição a partir de estados em processos de abdicação intensa das competências soberanas;
- b) Formação por instituições com órgãos e organismos de governança, regulação, intervenção e aplicação das normas transnacionais; c) Capacidade fiscal em diversos âmbitos transnacionais, como

¹⁹ DEMARCHI, Clovis. Direito Transnacional como resposta para a organização de uma sociedade global. In: ROSA, Alexandre Morais da (org.), CRUZ, Alice Francisco da (org.), QUINTERO, Jaqueline Moretti (org.) e BONISSONI, Natammy (org.). **Para além do estado nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz. Florianópolis: EMais, 2018. p. 95.

²⁰ DEMARCHI, Clovis. Direito Transnacional como resposta para a organização de uma sociedade global. In: ROSA, Alexandre Morais da (org.), CRUZ, Alice Francisco da (org.), QUINTERO, Jaqueline Moretti (org.) e BONISSONI, Natammy (org.). **Para além do estado nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz. Florianópolis: EMais, 2018. p. 97.

²¹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed. 2009. p. 56.

²² CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed. 2009. p. 57.

em questões vitais ambientais, financeiras, circulação de bens e serviços, dentre outros não menos importantes; d) Atuação em âmbitos difusos transnacionais: questão vital ambiental, manutenção da paz, direitos humanos, dentre outros; e) Pluralismo de concepção, para incluir nações que não estão organizadas politicamente a partir da lógica judaico-cristã ocidental; f) Implantação gradativa de instrumentos de democracia transnacional deliberativa e solidária; g) Constituição dos espaços públicos transnacionais especialmente com base na cooperação, solidariedade e no consenso; h) Capacidade de coerção, como característica fundamental, destinada a garantir a imposição dos direitos e deveres estabelecidos democraticamente a partir do consenso, superando, assim, uma das principais dificuldades de atuação dos estados no plano externo.

Argumentam, pois, que o direito transnacional poderia ter a missão de substituir o direito internacional, regulando o complexo de relações surgidas por conta da globalização. Esse direito transnacional poderia servir, em seu conteúdo, para tratar de assuntos comuns às comunidades que a ele se entregam, a saber, assuntos tais como meio ambiente, direitos humanos e questões afetas à solidariedade; e, quanto à sua forma, seria dependente do espaço público transnacional ao qual também submetido²³.

Da análise desses ensinamentos, pode-se extrair que o direito nacional não é suficiente para tratar de diversas matérias específicas à transnacionalidade, bastando citar, conforme adiantado no parágrafo anterior, os direitos humanos de terceira geração (difusos, ligados à proteção ambiental), cujos danos, se considerados, podem extrapolar os limites fronteiriços de determinado Estado. Daí a necessidade, pois, de um arcabouço normativo que possa envolver ou compromissar mais de um Estado, não sendo restrito, pois, aos entes políticos (direito internacional) ou, então, aos Estados-membros que concordem em ceder parte da soberania que lhes toca a um órgão supranacional (direito comunitário, por exemplo). Propõe-se algo diferente no direito, cujas questões transnacionais possam ser tratadas no âmbito de espaços públicos próprios.

Com efeito, em se cuidando de um direito transnacional, não há como olvidar, ademais, da construção de um novo modelo de constitucionalismo, que seja, pois, diferente do tradicional. Convém, nesse ponto, em se tratando da aplicabilidade de normas diversas das nacionais ou internacionais, apontar a existência de um paradigma diverso de constitucionalismo clássico ocidental, qual seja, aquele aplicado no espaço supranacional da União Europeia, iniciando-se com o chamado constitucionalismo multinível. Pois bem, Marcelo Neves indica que existe uma tendência teórica e paradigmática com o escopo de estabelecer o surgimento de um constitucionalismo internacional, supranacional, caracterizando-o num plano global. Complementa, afirmando que *"a esse respeito os enfoques são os mais diferentes e fundamentam-se em construções teóricas muito diversas. Vão desde modelos de Estado mundial, passando por concepções de política interna mundial até a caracterização da Carta da ONU como Constituição da comunidade internacional"*²⁴.

²³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed. 2009. p. 65-66.

²⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 85.

Não obstante, o mesmo autor (Marcelo Neves) aponta dificuldades para a construção de um constitucionalismo baseado num plano global, porquanto, dentre outras razões, faltariam elementos empíricos para uma ordem política unitária, considerando, pois, a assimetria e a fragmentação da sociedade mundial no âmbito político.²⁵

Por outro lado, quando se trata de uma ordem regional, Marcelo Neves indica que existe uma força normativa maior e mais vinculativa aos Estados integrantes, sob a perspectiva de uma constituição supranacional e transversal, considerando, no entanto, a necessidade de alguns pressupostos fundamentais, a saber: um certa equiparação ou similaridade no nível de desenvolvimento dos seus Estados-membros, visando a uma facilidade quanto à incorporação normativa num parâmetro de supranacionalidade; ademais, imprescindível uma vinculação entre os sistemas político e jurídico dos Estados, porquanto não há como almejar um ordenamento normativo ou constitucional transversal, baseado na valoração de direitos humanos, democracia e igualdade, em Estados autocráticos ou, mesmo, aparentemente democráticos (pondera o autor que, neste ponto específico, estaria a dificuldade para que o Mercosul pudesse evoluir de uma organização interestadual para uma organização supraestatal); ainda, depende-se da existência de um povo constitucional supranacional, isto é, que se distinga por uma forte heterogeneidade cultural. Diferentemente dos Estados do Mercosul, considerando tais circunstâncias e características, a existência de um direito supranacional já é realidade em um número significativo de Estados na União Europeia²⁶.

Nesse viés, importante registrar que, no âmbito da União Europeia, construiu-se um modelo constitucional, fundamentado num espaço de supranacionalidade, distinto, portanto, do conceito de transnacionalidade, mas que serve de alternativa para o cenário das novas relações trazidas pelo fenômeno da globalização. Alessandra Silveira²⁷ esclarece que:

[...] a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de Dezembro de 2009, representa uma nova fase jurídico-constitucional da União Europeia e justifica a actualização deste nosso Princípios de Direito da União Europeia. Com Lisboa - ousaríamos dizer - um mundo novo começa. Não propriamente pelas vicissitudes do processo e pelo resultado possível atingido, mas sobretudo por ter-se atribuído força juridicamente vinculativa à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Com efeito, está demonstrado que a vinculatividade jurídica das Cartas de Direitos Fundamentais reforça a fiscalização jurisdicional nos sistemas federativos/multinível, pois o parâmetro de controlo torna-se mais amplo e concreto - e em consequência disso a própria integração sistémica resulta fortalecida, na medida em que se promove a tendencial equiparação das posições jurídicas fundamentais dos cidadãos em todo o espaço da União.

Perceptível, então, que a defesa dos direitos fundamentais tornou-se matéria de direito primário dentro da União Europeia, assim como sua invocação e efetividade, aplicando-se um novo conceito de constitucionalismo, diferente daquele clássico. A propósito, pode-se afirmar que o

²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 86.

²⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 99-102.

²⁷ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia - Doutrina e Jurisprudência**. Quid Juris? Lisboa: 2011, página 7.

constitucionalismo moderno está atrelado à salvaguarda dos direitos fundamentais, mesmo em sistemas jurídicos diversos, não havendo que ser diferente, pois, com o novo constitucionalismo europeu. Luís Roberto Barroso, afirma justamente que *"o constitucionalismo democrático, que combina a soberania popular e o respeito aos direitos fundamentais, tornou-se o arranjo institucional dominante no mundo desenvolvido"*²⁸.

Dito isso, não há dúvidas de que a União Europeia torna-se provida de um corpo constitucional próprio, e, assim como funciona no constitucionalismo contemporâneo, voltado à defesa dos direitos fundamentais. E, ainda, aquele que, na visão de Miguel Poiares Maduro, citado na obra referida pela Professora Alessandra Silveira, é tido como "PLURAL", radicado, pois, numa *"pluralidade de fontes constitucionais"*, com *"impacto profundo na natureza do seu modelo constitucional"*.²⁹

Surge, então, no direito comunitário, a aplicação da chamada "teoria da interconstitucionalidade"; incorpora-se, pois, um novo modelo de constitucionalismo, que passaria a afetar grande parte de um continente tatuado por feridas históricas marcantes e com diversidades culturais expostas. Nesses termos, pois, foi apresentada à comunidade internacional a obra de J. J. Gomes Canotilho, que, alinhada com a anterior obra de Lucas Pires³⁰, procurou, explicar, pois, as relações derivadas *"de concorrência, convergência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político"*.³¹

Outro modelo de constitucionalismo aplicado à supranacionalidade da organização europeia é citado no livro de Maury Roberto Viviani, quando este indica, citando outras fontes, a alternativa do "constitucionalismo multinível" (*multilevel constitutionalism*), uma concepção original atribuída a Ingolf Pernice³², a fim de designar a experiência daquela organização (europeia), explicando que se trata de uma verdadeira interação entre o Direito da União Europeia e os ordenamentos jurídicos dos Estados-membros que a compõem, havida mormente depois dos tratados de Amsterdã e Lisboa.

3. A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ESTADO TRANSNACIONAL, ENVOLTO EM UM NOVO CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO

Com a configuração da transnacionalidade no direito, parece claro concluir que o escopo principal é fazer com que o leque de proteção dos direitos fundamentais ou humanos (estes assim

²⁸ BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5a ed. Editora Saraiva. São Paulo: 2015, página 525.

²⁹ MADURO, Miguel Poiares. **A Constituição Plural. Constitucionalismo e União Europeia**. Estoril/Cascais: Principia, 2006. In SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia - Doutrina e Jurisprudência**. Quid Juris? Lisboa: 2011, página 33

³⁰ PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 1997.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brançosos" e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2a ed. Editora Almedina. Coimbra: 2008, página 266.

³² PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in the European Union**. In: VIVIANE, Maury Roberto. **Constitucionalismo global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, página 158.

nominados numa perspectiva global) seja ampliado. E assim o é porque, hodiernamente, os cidadãos já não têm seus interesses, direitos e obrigações circunscritos aos territórios dos seus respectivos Estados de origem. Utilizando, por mais uma vez, o exemplo da União Europeia, pode-se afirmar que os atos praticados em determinado espaço e lugar alcançam seus efeitos e produzem consequências em Estados diversos, o que motiva a preocupação quanto à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos envolvidos em tais relações. Para corroborar tal lição, traz-se também os ensinamentos de Mariana Rodrigues Canotilho, que, com propriedade, já abordou a questão, asseverando:

Os ordenamentos jurídicos no quadro europeu (e mesmo para além dele, mas a nossa análise limitar-se-á a esse contexto) podem, hoje, caracterizar-se como ordenamentos jurídico-constitucionais complexos. Esta complexidade deve-se à existência de uma pluralidade de fontes, uma pluralidade de intérpretes e uma pluralidade de interesses e valores a considerar. Na decisão dos chamados casos difíceis (*hard cases*) de direito constitucional, o juiz tem agora que olhar para lá das fronteiras do direito constitucional interno. Tem, necessariamente, que considerar outros direitos, também eles constitucionais, como veremos. Falamos do direito internacional, designadamente, dos catálogos internacionais de direitos humanos, do direito comunitário e do direito de algumas organizações internacionais. Além destes, o juiz constitucional poderá ainda, numa sociedade plural e multicultural, ver-se forçado a levar em conta outros códigos normativos não jurídicos, mas cuja compreensão e pressuposição pode ser essencial para a resolução das questões. São estes os ensinamentos dos autores que têm reflectido sobre interconstitucionalidade e pluralismo constitucional, sobre constitucionalismo societário e sobre o constitucionalismo na era da diversidade [...]³³.

E dentro desse novo modelo de constitucionalismo (em que os Estados-membros aceitam entregar parte de sua soberania a uma organização maior, a organização europeia), não há como olvidar de que os direitos fundamentais alcançam um relevo de proteção especial, num abraço de fortalecimento a eles. E isso é perceptível pela leitura que se faz ao artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: *"Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidas, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções Internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros"*³⁴.

Ademais, Mariana Canotilho, comentando o disposto no referido artigo 53 da CDFUE³⁵, esclarece ao seu leitor que, quando se objetivou consagrar uma norma relativa ao nível de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia, não se tratou de outra coisa que não fosse assegurar

³³ CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção em Matéria de Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Universidade de Coimbra, 2008. Dissertação para Mestrado. Prémio Jacques Deloires. Página 16. Disponível em: <https://infoeuropa.eu/rocid.pt/registo/000047387/>. Acesso em: 11 dez. 2018.

³⁴ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. **Site:** http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 27 jun. 2019, página 21.

³⁵ SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra: Almedina editora; 2013. Página 606

que esse nível de proteção, estabelecido no quadro da União, não fosse, em hipótese alguma, inferior àquele estabelecido pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

Perceptível, pois, a valorização e o zelo com a proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia, que constitui uma forma de organização supranacional. Nela, integrou-se, conforme visto, uma nova espécie de constitucionalismo, servindo de parâmetro, portanto, para um Estado Transnacional. E para a defesa de direitos tão caros, traz-se à baila a prevalência do princípio do nível mais elevado de proteção aos direitos fundamentais, quando normas previstas nos ordenamentos internos são confrontadas com atos normativos do direito comunitário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destarte, objetivou-se, com o presente artigo, trazer a lume argumentos que credenciam a necessidade da construção de um novo modelo de Estado, impulsionado pelo fenômeno da globalização e, conseqüentemente, o advento da transnacionalidade ao próprio direito (incluindo-se conceitos contemporâneos de constitucionalismo), com o desiderato principal de abarcar e regular as novas relações perceptíveis nessa aldeia global e, principalmente, com a salvaguarda dos direitos fundamentais, no patamar de fortalecimento e prevenção mais elevado.

Concluiu-se, ademais, que não há como se afastar da construção de uma sociedade ou comunidade cosmopolita, em que valores comuns e fundamentais seriam mais facilmente reconhecidos e, assim, suscetíveis de ações de fortalecimento e proteção.

Oportunizou-se, ainda, chegar à percepção de que os direitos nacional e internacional já não se mostram suficientes a tratar das relações e processos da transnacionalidade e, ainda que se entenda pela relativização da soberania dos Estados, a estes não resta outra opção que não seja a construção de um novo modelo de Estado (transnacional) e com um padrão de constitucionalismo também distinto daquele tradicional ou clássico e que ultrapasse as barreiras dos limites geográficos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. Editora Saraiva. São Paulo: 2015.

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

CANOTILHO, J.J. Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ed. Almedina: Coimbra, 2008.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. **O Princípio do Nível Mais Elevado de Protecção em Matéria de Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Universidade de Coimbra, 2008. Dissertação para Mestrado. Prémio Jacques Deloires. p. 16. Disponível em: <https://infoeuropa.eurocid.pt/registo/000047387/>. Acesso em: 11 dez. 2018.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Site. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito Transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed. 2009.

DEMARCHI, Clovis. Direito Transnacional como resposta para a organização de uma sociedade global. In: ROSA, Alexandre Morais da (org.), CRUZ, Alice Francisco da (org.), QUINTERO, Jaqueline Moretti (org.) e BONISSONI, Natammy (org.). **Para além do estado nacional: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz**. Florianópolis: EMais, 2018.

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

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

PIRES, Francisco Lucas. **Introdução ao Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 1997.

SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine. International Financial Institutions, WTO, and Social Ordering: Human Rights, Labor Standards, Environmental and Consumer Protection in the Global Economy. In: NEVES, Marcelo (coord.). **Transnacionalidade do Direito: Novas Perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010

SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**. Versão Consolidada (em vigor desde 1 de dezembro de 2009). QJ Quid Juris Sociedade Editora. 3a ed. 2016.

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

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra: Almedina editora; 2013.

VIVIANE, Maury Roberto. **Constitucionalismo global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ENFRENTAMENTO DO *DUMPING* SOCIAL TRANSNACIONAL

Juliana Ferreira de Moraes Farris¹

Marlon Pacheco²

Tatiana Stadnick³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva identificar a existência da prática de *dumping* social transnacional que gera concorrência comercial desleal entre as empresas.

A presente investigação se justifica em razão da abertura do mercado interno dos Estados para o mercado internacional e a existência de diferentes níveis de direitos sociais nos países desenvolvidos e em desenvolvimento.

No primeiro capítulo, a pesquisa conceitualiza e identifica o surgimento do *dumping* social como fenômeno das relações comerciais internacionais, impulsionado pela globalização e pelo avanço da tecnologia, que permitem a reestruturação das empresas, com mobilidade de deslocar sua produção para onde melhor lhe convier. Demonstra também que os efeitos do *dumping* social não se limitam à afetação concorrencial e trabalhista, mas também afetam as finanças do Estado e o meio ambiente em geral. No aspecto trabalhista, demonstra que as transgressões desrespeitam os direitos fundamentais incorporados constitucionalmente pela sociedade moderna no período pós-guerra. E nesse contexto histórico, traz o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), como importante organismo para assegurar direitos trabalhistas mínimos mundialmente.

O segundo capítulo inicia com informações sobre a natureza e a estruturação da OIT, como órgão tripartite, composto por representantes do governo, trabalhadores e empregadores dos países membros. Descreve sobre sua atividade e atuação por meio de Declarações e Convenções Internacionais. Identifica o problema da ausência de exigibilidade dos seus instrumentos normativos. Apresenta proposta dos países desenvolvidos de inserção de cláusulas sociais nos tratados comerciais internacionais geridos pelo OMC para estabelecer padrões mínimos de direito do trabalho a ser respeitado pelos países exportadores. Demonstra a posição contrária dos países em desenvolvimento em relação à interferência da OMC em assuntos trabalhistas. Trata da proposta de atuação em conjunto da OIT e da OMC para estabelecer as cláusulas sociais e o procedimento

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI – e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho – UMINHO. E-mail: juliana17061@terra.com.br.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI – e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho – UMINHO. E-mail: marlon@pachecoecunha.com.br.

³ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI – e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho – UMINHO. E-mail: tatiana.stadnick@gmail.com.

adotado para sua exigibilidade. Aponta os diversos mecanismos de certificação de selos sociais como incentivo ao cumprimento das normas internacionais de cunho humanitário, sociais e ambientais. Fecha o capítulo com a sugestão da investidura da Corte Internacional de Justiça, vinculada à Organização das Nações Unidas (ONU), de poder coercitivo em relação aos Estados transgressores ou omissos para proteção dos direitos mínimos previstos nas Declarações e Convenções internacionais da OIT.

O problema que se propõe a estudar é identificar quais são as soluções para dar efetividade às medidas adotadas pelos órgãos internacionais contra o *dumping* social.

Quanto à Metodologia empregada no presente artigo, registra-se que, na Fase de Investigação⁴, foi utilizado o Método Indutivo⁵, já na Fase de Tratamento de Dados, o Método Cartesiano⁶, e o Relatório dos Resultados expresso no presente artigo é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁷, da Categoria⁸, do Conceito Operacional⁹ e da Pesquisa Bibliográfica¹⁰.

1. DUMPING SOCIAL: DEFINIÇÃO, VERTENTES E EFEITOS¹¹

Para conceituar o que é *dumping* social é necessário identificar sua origem. Nesse sentido, Juliana Machado Massi e Marco Antônio César Villatore definem que “a expressão Dumping advém do verbo inglês “dump”, que significa “[...] desfazer-se de algo e depositá-lo em determinado local, deixando-o lá como se fosse lixo”.¹²

Informa Jair Teixeira dos Reis que inicialmente foi utilizada a expressão *dumping* social nos direitos comercial e internacional para denominar a prática de “exportação de uma mercadoria para

⁴ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. ver., atual. e ampl. Florianópolis: Empório Modara, 2018. p. 112-113.

⁵ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 114.

⁶ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁷ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 69.

⁸ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 41.

⁹ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 58.

¹⁰ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 217.

¹¹ Parte do primeiro capítulo foi retirada do artigo apresentado pelo ora autor Marlon Pacheco em coautoria com Luiz Meneghel Bettli no XIV SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA E SUSTENTABILIDADE”, realizado nos dias 08, 09 e 10 de maio de 2019, na Universidade de Alicante/UA – Espanha.

¹² MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. O Dumping Social e a Total Possibilidade de Tutela das Minorias na Atividade Empresarial, página 04. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27ef345422b300b5>. Acesso em: 28 de janeiro de 2019.

outro país por um preço abaixo do valor normal, entendendo-se como tal um preço inferior ao custo de produção do bem ou então inferior àquele praticado internamente no país exportador”.¹³

Ensina Paulo Mont`Alverne Frota que o *dumping*:

é frequentemente constatado em operações de empresas que pretendem conquistar novos mercados. Para isto, vendem os seus produtos a um preço extremamente baixo, muitas vezes inferior ao custo de produção. É um expediente utilizado de forma temporária, apenas durante o período em que se aniquila o concorrente.¹⁴

Jorge Luis Souto Maior, Ranúlio Mendes e Valdete Severo descrevem *dumping* social como:

prática reincidente, reiterada, de descumprimento da legislação trabalhista, como forma de possibilitar a majoração do lucro e de levar vantagem sobre a concorrência. Deve, pois, repercutir juridicamente, pois causa um grave desajuste em todo o modo de produção com sérios prejuízos para os trabalhadores e para a sociedade em geral.¹⁵

Para efeitos do Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o mercado interno do transporte internacional rodoviário de mercadorias: dumping social e cabotagem, “o CESE entende por dumping social as práticas que visam contornar ou que violam as regulamentações de proteção social ou de acesso ao mercado (empresas de fachada), a fim de obter vantagens competitivas.”¹⁶

No relatório da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais sobre o *dumping* social na União Europeia assim define:

dumping social, conceito abrange uma vasta gama de práticas intencionalmente abusivas e a evasão da legislação europeia e nacional vigentes (incluindo as leis e convenções coletivas de aplicação geral), que permitem o desenvolvimento de uma concorrência desleal, pela minimização ilegal dos custos do trabalho e de funcionamento e geram violações nos direitos e a exploração dos trabalhadores.¹⁷

Como visto, *dumping* é uma prática extremamente prejudicial para o comércio, por provocar a concorrência desleal às custas de direitos sociais mínimos, subsídios estatais ou sonegação fiscal, com a finalidade de ofertar produtos com valores inferiores ao de mercado e, com isso, prejudicar as empresas concorrentes, assim como aumentar seus lucros.

O relatório da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais sobre o *dumping* social na União Europeia identifica que essas práticas afetam três vertentes principais:

¹³ REIS, Jair Teixeira dos. Resumo de Direito Internacional & Comunitário. 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011, página 123.

¹⁴ FROTA, Paulo Mont`Alverne. O dumping social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal. São Paulo: Revista Ltr, n. 78, v. 02, fev/2013, página 206.

¹⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira e SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014, página 22.

¹⁶ Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «O mercado interno do transporte internacional rodoviário de mercadorias: dumping social e cabotagem» Fonte: <https://antram.pt/attachments/upload/Noticias/parecer%20do%20CESE.pdf> – consultado em 14 de abril de 2019.

¹⁷ Relatório da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais sobre o dumping social na União Europeia para proposta de resolução. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2016-0255+0+DOC+PDF+V0//PT>. Página 09, Consultado em 14 de abril de 2019.

- a vertente económica: O recurso de certos agentes económicos a práticas ilegais como o trabalho não declarado ou a práticas abusivas como o falso emprego por conta própria podem dar origem a grandes distorções do mercado, que são prejudiciais às empresas de boa-fé, nomeadamente as PME;
- a vertente social: O dumping social poderia conduzir a uma situação de discriminação e à desigualdade de tratamento entre os trabalhadores na UE, privando-os do exercício efetivo dos seus direitos sociais e laborais, incluindo o respeito da proteção salarial e social;
- a vertente financeira e orçamental: O não pagamento dos devidos impostos e contribuições à segurança social em consequência de "dumping" social representa uma ameaça à sustentabilidade financeira dos sistemas de segurança social e das finanças públicas dos Estados-Membros;¹⁸

Em análise das vertentes acima descritas, verifica-se que o *dumping* social impacta diretamente os trabalhadores que têm seus direitos sonegados e, por via reflexa, o sistema de segurança social, tendo em vista que o empregador deixa de recolher os encargos sociais que incidiriam sobre a verba sonegada do trabalhador.

Verifica-se que os danos sociais causados pela prática de *dumping* não se restringem ao contrato individual e sim a toda coletividade, pois um ambiente de trabalho precário ou o descuido com o meio ambiente em geral, como, por exemplo, emissão de poluentes, podem causar doenças ocupacionais ou tóxicas na comunidade local, o que recairá nas finanças públicas, seja como custeio de tratamento, auxílio doença e aposentadorias.

Essa situação é mais grave no trabalho não declarado e o falso trabalho por conta própria (...) “que resultam em prejuízos a longo prazo para os sistemas de segurança social”.¹⁹ Isso ocorre em geral no mercado interno, porém, muitas vezes, as empresas são movidas a descumprirem a legislação trabalhista para diminuir seus custos e elevar sua competitividade frente às empresas transnacionais, que deslocam sua produção para países que possuem legislações precárias ou que inexistem legislação trabalhista.

No contexto globalizado, as empresas transnacionais deslocam usualmente sua produção (ou postos de trabalho) para países onde podem obter os menores custos associados ao trabalho e impostos.

Essa mobilidade das empresas transnacionais, nas palavras de Ulrich Beck, instiga a concorrência entre Estados Nacionais ou locais de produção, obtendo assim “os melhores impostos e as melhores condições de infraestrutura; podem ainda “punir” os estados nacionais sempre que se tornarem “caros” ou “pouco propícios para investimentos”.²⁰

¹⁸ Relatório da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais sobre o dumping social na União Europeia para proposta de resolução. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2016-0255+0+DOC+PDF+V0//PT>. Página 09, Consultado em 14 de abril de 2019.

¹⁹ Relatório da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais sobre o dumping social na União Europeia para proposta de resolução. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2016-0255+0+DOC+PDF+V0//PT>. Consultado em 14 de abril de 2019.

²⁰ Beck, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do Globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra. 1999. Página 17.

Com isso, as empresas transnacionais provocam o *dumping* social às custas de direitos sociais ao deslocar a produção para países onde não há os direitos mínimos reconhecidos, como a limitação da jornada diária, salário mínimo, férias, segurança e saúde no ambiente do trabalho.

Além disso, muitas vezes os Estados ofertam subsídios, que afetam as finanças públicas, para instalação das empresas transnacionais, enquanto as pequenas empresas são obrigadas a pagar regularmente seus impostos. Dessa forma, permite-se que as empresas transnacionais coloquem seus produtos no mercado com preços mais atrativos, de modo a provocar uma concorrência desleal com as empresas de pequeno e médio portes, afetando, assim, a ordem econômica.

Ulrich Beck aduz que o Estado Nacional aumenta a arrecadação de impostos das pequenas e médias empresas que mais geram postos de trabalho. A isso ele chama de conflito entre contribuintes virtuais e reais. Os contribuintes virtuais (empresas transnacionais) auferem lucros astronômicos escapando dos impostos do Estado nacional, enquanto os contribuintes reais (pequenas e médias empresas) pagam uma carga pesada de impostos e lutam pela sobrevivência.²¹

A concorrência desleal entre as empresas é um mal que obriga os concorrentes afetados a reduzir custos associados ao trabalho, o que, por muitas vezes, motivam alterações legislativas prejudiciais, com redução de direitos sociais, para se garantir as condições de concorrência.

Com isso, os trabalhadores paulatinamente perdem seus direitos, com a criação de inúmeros empregos precários (jornada em tempo parcial, temporários, terceirizados, intermitente, autônomos, etc) que inevitavelmente repercutem na diminuição de recursos financeiros para o sistema de proteção social. Por consequência, forçam reformas previdenciárias em razão da diminuição de recursos dos Estados.

O Relator da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais sobre o *dumping* social na União Europeia para proposta de resolução cita que:

multiplicação das práticas abusivas e a concorrência social desleal enfraquecem, por conseguinte, a adesão ao princípio do mercado interno e comprometem a confiança na construção europeia. Estes fenómenos constituem um incentivo ao fechamento protecionista dos Estados-Membros e à tomada de decisões unilaterais no domínio social.²²

O referido estudo conclui em sua análise que “é crucial garantir condições de concorrência equitativas e leais em toda a UE e eliminar o *dumping* social”²³. Para isso, “salienta a necessidade de complementar as medidas contra a violação dos direitos sociais com ações de combate à fraude e à evasão fiscais, a fim de garantir uma concorrência leal e condições de concorrência equitativas para as empresas.”²⁴

²¹ Beck, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do Globalismo. Respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra. 1999. Página 13.

²² Relatório da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais sobre o *dumping* social na União Europeia para proposta de resolução. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2016-0255+0+DOC+PDF+V0//PT>. Consultado em 28 de janeiro de 2019.

²³ *Apud* referência 13.

²⁴ *Apud* referência 13.

A prática do *dumping* social se disseminou mundialmente com a abertura do mercado interno para comércio internacional, impulsionada pelas facilidades trazidas pela tecnologia que permitiu a reestruturação produtiva das empresas (por exemplo, como o trabalho terceirizado com a produção deslocado em outro país).

Os efeitos do *dumping* social são devastadores para o comércio exterior, pois esse fenômeno contribui largamente para a concorrência desleal no mercado mundial e, sobretudo, no aspecto social por desrespeitar os direitos humanos fundamentais.

Bobbio afirma que “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas.” E que a paz “é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional.”²⁵

Nesse sentido, com a constitucionalização do direito do trabalho pelos Países do mundo, em 1919 é assinado o Tratado de Versalhes, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, em 1944, é completada pela Declaração da Filadélfia, com o objetivo de dirigir a relação de trabalho entre empregados e empregadores no âmbito internacional.²⁶

No aspecto transnacional, é importante ressaltar a Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, que foi celebrada em 19 de junho de 1998. Logo na sua exposição de motivos, o documento relembra que a criação da OIT precedeu do reconhecimento “que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social”²⁷.

No comércio globalizado é essencial proteger o direito humano ao trabalho digno tanto sob a ótica da justiça social quanto sob o ponto de vista econômico, pois o nível de efetividade dos direitos laborais interfere decisivamente sobre o equilíbrio concorrencial entre os agentes econômicos pelas práticas caracterizáveis como *dumping* social.²⁸

Nesse cenário internacional para combater o *dumping* se destaca a atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde o início do século XX, como órgão transnacional que vem atuando na proteção ao trabalho.

²⁵ Bobbio, Norberto, 1909- A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. Versão e-book, pág. 07.

²⁶ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005, pág. 77.

²⁷ Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf, consultado em 15 de julho de 2019.

²⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. Dumping social nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. citado na obra Reforma Trabalhista: Uma Reflexão dos Auditores Fiscais do Trabalho Sobre os Efeitos da Lei 13.467/2017 para os Trabalhadores. Organizada por SILVA FILHO, Carlos Fernando da; CAMPOS JORGE, Rosa Maria; SILVA RASSY, Rosângela, www.ltrdigital.com.br. fl. 73.

2. PAPEL DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E MEDIDAS NO COMBATE AO *DUMPING* SOCIAL

A OIT possui natureza de pessoa jurídica de direito público internacional, e é organizada de forma tripartite, composto por representantes: 50% do Governo, 25% dos trabalhadores e 25% dos empregadores.

A OIT possui papel fundamental de supervisão e controle dos padrões trabalhistas, tendo as Declarações e as Convenções Internacionais, que estabelecem os padrões trabalhistas dentro do comércio global, que devem ser observados pelos países-membros que as ratificarem.²⁹

No entanto, OIT não está investida de força para impor as Convenções Internacionais como norma mínima a ser observada por todos os países do globo. Mesmo os países membros da OIT não estão obrigados a ratificarem todas as convenções.

Desse modo, as Convenções dependem da ratificação voluntária dos países-membros para possuírem força normativa no ordenamento jurídico interno. Ocorre, contudo, que, mesmo que o país tenha ratificado o referido instrumento normativo, não há medidas coercitivas para que o Estado-Membro cumpra com os preceitos nele contidos.

Diferentemente da OIT, a União Europeia, Órgão Supranacional que emite (entre outras matérias) diretrizes de padrões mínimos laborais aos Estados-Membros, obriga referidos Estados a transpor para o direito interno. Além disso, os Estados descumpridores ficam sujeitos a ações de incumprimento (que pode ser manejada pelos Estados ou por particulares) levadas ao Tribunal de Justiça Europeu que detém o poder coercitivo para aplicar multas e indenizações correspondentes.

Desse modo, como a OIT não possui mecanismo sancionador, faz com que o tema da cláusula social, para impor padrões mínimos de direitos sociais nas relações comerciais internacionais, seja defendido por países desenvolvidos que desejam um efeito coercitivo por meio dos mecanismos da Organização Mundial do Comércio (OMC) por se entenderem afetados pelo uso de práticas desleais de comércio.

Nas palavras de Dalton Caldeira Rocha, a cláusula social:

é a imposição de normas em tratados internacionais de comércio internacional que objetivam assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas normas que regulam o contrato de trabalho nos processos de produção de bens destinados à exportação.³⁰

A inclusão de padrões trabalhistas nos acordos internacionais de comércio foi defendida em reuniões da GATT (*General Agreement on Trade and Tariffs*)³¹, lideradas pelos Estados Unidos. A GATT empreendeu oito rodadas de negociação até 1994, sendo a de maior importância a última,

²⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005, pág. 78

³⁰ ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula Social. In: BARRAL, Welber (org.). O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, pág. 326.

³¹ O GATT é um acordo que trata mais especificamente da redução de barreiras tarifárias, que funcionou como agência reguladora da abertura comercial para todos os países, até a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC).

conhecida como Rodada Uruguai, iniciada em 1986, em Punta del Leste, e concluída em 1994, em Marraqueche, com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC).³²

A regulamentação do *dumping* social na OMC divide opiniões.

Reinaldo Gonçalves assim preceitua:

A OMC tem uma vantagem extraordinária sobre a OIT no que diz respeito à aderência institucional. No caso da OMC, no momento em que o país torna-se membro da organização ele é automaticamente parte contratante de todos os acordos assinados no âmbito da organização.³³

Alberto do Amaral Júnior menciona algumas dificuldades da OMC como foro para tratar a cláusula social:

a OMC não conta com programas de cooperação técnica que possibilitaria o desenvolvimento econômico desses países, o que não desencadearia a melhora nos padrões trabalhistas nacionais e evidenciaria o protecionismo das nações desenvolvidas, as quais se utilizariam da OMC para não perderem vantagens comerciais.³⁴

Há defensores que afirmam que a atuação em conjunto da OIT com a OMC poderia fortalecer a proteção do trabalhador na esfera internacional, principalmente por possuir a OMC tribunal de solução de controvérsias e estrutura que lhe permite exercer mecanismos coercitivos.

Nesse sentido, cita-se Azevedo de Queiroz, que entende “os casos que desafiam o cumprimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores sejam levados inicialmente à OIT, para uma solução negociada entre os Estados, o queixoso e o infrator.”³⁵

Contudo, caso permaneça sem solução do problema, indica que “a questão pode ser levada à Corte Internacional de Justiça”³⁶ da ONU – Organização das Nações Unidas “e a decisão tomada por essa Corte concederá prazo para que o Estado implemente os ajustes necessários, conforme normas da OIT.”³⁷

Por fim, Queiroz fundamenta que “somente em casos de permanecer o descaso com os direitos fundamentais dos trabalhadores, o fato seria levado à OMC, com a finalidade “de penalizá-lo por concorrer no mercado internacional à custa da exploração vil de seus trabalhadores.”³⁸

³² Azevedo de Queiroz, Maria do Socorro. A Cláusula Social na OMC: Por Uma Inter-Relação Efetiva entre OMC e OIT e o Respeito aos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 11, p. 165-183, 2007, pág. 175.

³³ GONÇALVES, Reinaldo. O Brasil e o comércio internacional: transformações e perspectivas. São Paulo: Contexto, 2000. p. 63.

³⁴ AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Padrões trabalhistas e comércio internacional: re-nasce o protecionismo? In: BASSO, Maristela; PADRO, Maurício; ZAITZ, Daniela (ORG.). Direito do comércio internacional: pragmática, diversidade e inovação. Estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista. 2. tiragem. São Paulo: Juruá, 2006. p. 54.

³⁵ Azevedo de Queiroz, Maria do Socorro. A Cláusula Social na OMC: Por Uma Inter-Relação Efetiva entre OMC e OIT e o Respeito aos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 11, p. 165-183, 2007, pág. 180/181.

³⁶ *Apud* obra citada acima.

³⁷ *Apud* obra citada acima.

³⁸ Azevedo de Queiroz, Maria do Socorro. A Cláusula Social na OMC: Por Uma Inter-Relação Efetiva entre OMC e OIT e o Respeito aos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores. SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 11, p. 165-183, 2007, pág. 180/181.

As cláusulas sociais inseridas nos tratados internacionais de comércio, em cooperação entre OIT e OMC, podem contribuir para eliminar ou mesmo reduzir a concorrência internacional pautada no *dumping* social.

Contudo, a proposta dificilmente contaria com o apoio internacional, haja vista que os países em desenvolvimento (que representam a maioria no cenário global) rejeitam qualquer participação da OMC no tocante aos direitos trabalhistas.

Nessa perspectiva, cabe aqui transcrever o pronunciamento do chanceler brasileiro, Celso Amorim, em discurso na Conferência de Marraqueche, em 1994:

[...] a agenda da nova Organização Mundial do Comércio não deverá ser sobrecarregada com um tema que traria, se levado adiante, a exportação do desemprego dos ricos para os pobres, impondo a estes um encargo social que não têm como suportar; que não lida, na sua formulação, com a relação intrínseca entre livre comércio e imigração; e que, finalmente, geraria, se implementado, um “protecionismo global” ao abrir as portas para as exportações de bens de tecnologia avançada dos países desenvolvidos, fechando-as para as exportações competitivas dos países em desenvolvimento.³⁹

No mesmo sentido do chanceler brasileiro, Roberto Di Sena Junior fundamenta, comparativamente, que a vantagem da mão de obra barata é compensada pela vantagem de tecnologia e capital dos países mais desenvolvidos e que exigir um padrão de igualdade nas condições de trabalho, incluindo salários, requer o compartilhamento dos conhecimentos sobre tecnologia e do capital, para afastar a concorrência desleal.⁴⁰

Dentre os fundamentos da teoria da vantagem comparativa, o principal está na defesa de que a inclusão da cláusula social deve vir acompanhada da livre circulação da mão de obra, o que efetivamente resolveria, se não tudo, em grande parte, os problemas transnacionais relativos ao *dumping* social, pois geraria um movimento migratório dos trabalhadores na procura de emprego em melhores condições.

Com grande sabedoria, já dizia Norberto Bobbio que “somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo” é que “haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa”.⁴¹

Dessa forma, como alternativa apontada pelos defensores da OIT como órgão destinado a regulamentar a questão, é dar mais força política a tal instituição, de acordo com Vera Thorstensen:

Uma outra alternativa, que tem sido fortemente considerada, é dar mais força política à própria OIT, que já vem desenvolvendo um longo trabalho nessa área, e que é a única organização internacional

³⁹ ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula Social. In: BARRAL, Welber (org.). O Brasil e a OMC. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 333.

⁴⁰ DI SENA JÚNIOR, Roberto. *O Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC*. Curitiba: Juruá, 2003. fl. 187.

⁴¹ Bobbio, Norberto, 1909- A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão. Versão e-book, pág. 07.

tripartite, com a presença de governos, empresários e trabalhadores. A grande questão é como dar “os dentes do GATT” à OIT⁴².

Há também outros mecanismos engendrados por nações e organizações internacionais a fim de coibir tal prática. Os instrumentos frequentemente utilizados para tanto são o Selo Social, o Global Compact, das Nações Unidas, o ISO Social, os códigos de conduta e as cláusulas sociais, já citadas.

Todos os métodos acima são selos de credenciamento, os quais incentivam as empresas a adotarem determinados padrões de conduta no tocante à responsabilidade social e até mesmo ao meio ambiente, como no caso da Global Compact.

Em geral, as empresas se submetem a esses credenciamentos para fins de *marketing* comercial para atender consumidores que exigem a observância dos direitos sociais e respeito ao meio ambiente no processo de produção de qualquer produto. A efetividade de tais mecanismos está na compra consciente do consumidor que possui condições de escolher o produto, não pelo seu preço, mas sim pelos princípios éticos observados pela empresa no processo produtivo.

Todas essas formas de combate ao *dumping* social acima descritas são por adesão voluntária das empresas e, em caso de descumprimento do conjunto de regras estabelecidas, não são penalizadas, mas apenas sujeitas ao descredenciamento, ou seja, a perda do selo.

Contudo, verifica-se que o ponto crucial consiste na ausência de exigibilidade pelo OIT das normas instituídas em programas de selos sociais e, principalmente, porque as Convenções continuam sem eficácia em relação aos Estados descumpridores, sejam eles signatários ou não, por não possuir o referido Órgão poder sancionatório.

Por sua vez, em relação à análise de possíveis violações das cláusulas sociais, instituídas pela OIT, em conjunto com OMC, não há como dizer que exista a isenção necessária do Tribunal vinculado à OMC para analisar o caso concreto, tendo em vista que o litígio será analisado sob a perceptiva econômica do direito e não sob o ponto de vista do que seria melhor para os trabalhadores no âmbito social.

Nesse sentido, há estudo realizado pela Comissão de Questões Jurídicas e Normas Internacionais do Trabalho da OIT, que reconhece a dificuldade na concretização de decisões, ponderando a necessidade de avanços nesse campo

A questão é reforçar os mecanismos, ou no mínimo manter sua capacidade para garantir que as obrigações que emanam da ratificação das convenções se cumpram de fato e de direito. Conseguir uma maior eficácia requer um equilíbrio adequado entre os distintos meios de ação (memórias regulares, diálogo tripartite, cooperação técnica e procedimentos especiais).⁴³

⁴² THORTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

⁴³ CRIVELLI, Ericson. Normas internacionais do trabalho e o comércio internacional. RevistaLTr. vol. 66, no. 01, jan./2002, p. 47.

Desse modo, há necessidade de “intensificação de mecanismos de cooperação técnica e programas sociais, bem como do avanço no tema da exigibilidade jurídica, desenvolvendo-se um sistema sancionatório da Organização.”⁴⁴

Como hipótese de solução do problema, seria apropriada a investidura da Corte Internacional de Justiça da ONU – Organização das Nações Unidas – como órgão jurisdicional transnacional, cujas decisões vinculassem todos os Estados, dotado de poder coercitivo, se não em relação a todas as dimensões afetas à sociedade (social, econômica e ambiental), ao menos quanto à exigência de cumprimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores no mundo, atualmente os constantes na Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais dos Trabalhadores da OIT para, com isso, coibir práticas de *dumping* social. Os Estados, por sua vez, obrigados a cumprir as decisões em face dos agentes transacionais nos limites de seu território.

Quanto à OIT e OMC, podem atuar como organismos colaboradores da Corte Internacional de Justiça. Todavia, não há como organismo de segmentos opostos (OIT e OMC) deter o poder de julgar e de coibir assuntos transnacionais (de natureza econômica ou trabalhista) que não representem interesse institucional.

A atuação em conjunto da OIT e OMC (resguardando cada qual sua finalidade precípua) no combate ao *dumping* social é salutar, tendo em vista que os efeitos dessa mazela são transnacionais e atingem todas as dimensões da sociedade: social, econômica e até mesmo ambiental.

Por fim, o problema e a discussão em torno do *dumping* social estão longe de acabar, mas todos podem contribuir até mesmo na condição de consumidor, como demonstrado nessa pesquisa. O importante é a conscientização de que a sociedade não pode admitir suposto desenvolvimento econômico por meio de violações deliberadas a direitos trabalhistas, concorrenciais e ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se preocupou em identificar a existência do fenômeno do *dumping* social no âmbito do comércio transnacional, sem a pretensão de esgotar o assunto, dada à complexidade do tema que envolve a relação comercial entre países com diferentes níveis sociais e ordenamentos jurídicos, em especial nesse caso, a respeito dos direitos sociais.

É no contexto comercial que surge a expressão *dumping* como prática de concorrência desleal. Essa mazela atinge, principalmente, os direitos sociais sob o *standard* desenfreado da competitividade comercial.

Nesse trabalho se propôs demonstrar que concorrência desleal obriga empresas cumpridoras de suas obrigações a reduzir custos associados ao trabalho. E, muitas vezes, não sendo

⁴⁴ FERNANDEZ TEIXEIRA, Leandro. A Prática de Dumping Social como um Fundamento de Legitimação de Punitive Damages. Dissertação de Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos, Universidade Federal da Bahia.

suficiente, motiva alterações nas legislações dos Estados para reduzir direitos sociais, com o intuito de dar condições concorrenciais às empresas.

Para se adequar às necessidades do mercado são criados empregos precários, como de tempo parcial, terceirizado, intermitente, autônomos, entre outros, que afetam diretamente a arrecadação para o sistema de seguridade social. Em consequência, a diminuição da arrecadação provoca reformas previdenciárias e trabalhistas sem fim para reduzir custos e direitos sociais.

Indaga-se: até quando será possível reduzir custos sociais em nome da livre concorrência?

Alan Supiot afirma que a globalização econômica levou o mundo ao extremo oposto do espírito de Filadélfia: “o objetivo de justiça social foi substituído pelo da livre circulação de capitais e de mercadorias”⁴⁵. Por conseguinte, “em lugar de indexar a economia às necessidades dos homens e a finança às necessidades da economia, indexa-se a economia às exigências da finança, e trata-se os homens como ‘capital humano’ a serviço da economia”⁴⁶.

Há clara dicotomia entre o livre mercado e os direitos sociais mínimos, porém se deve garantir o primado dos direitos sociais sobre as liberdades econômicas, assim como promover a necessária convergência do direito social no mundo.

Alain Supiot afirma que:

Passar dessa lógica de globalização a uma lógica de mundialização necessita de instâncias de negociação territorial, mas também necessita de pensar o trabalho à luz da solidariedade entre os povos, e não de luta de todos contra todos. Essa era a via traçada pela Declaração de Filadélfia em 1944.⁴⁷

Referido autor afirma que esse ideal inspirou, ainda, a "Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados, adotada em 1974 pela Assembleia Geral das Nações Unidas para "estabelecer e manter" entre os países industrializados e em desenvolvimento uma ordem econômica e social justa e equitativa."

Nesse cenário transnacional urge a necessidade de combater o *dumping* social internacional e neste trabalho se destacou a possibilidade de melhor atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da atuação em conjunto com outros organismos internacionais, como a OMC.

As cláusulas sociais inseridas nos tratados internacionais de comércio, em cooperação entre OIT e OMC, podem contribuir para eliminar ou mesmo reduzir a concorrência internacional pautada no *dumping* social.

⁴⁵ SUPIOT, citado na obra de VENTURA, Deisy. O Espírito de Filadélfia - A Justiça Social Diante do Mercado Total, Direito & Praxis, Revista. pág. 693. file:///C:/Users/Dell/Downloads/O_Espirito_de_Filadelfia_-_A_Justica_Social_Diante.pdf. Consultado em 15 de julho de 2019.

⁴⁶ *Apud* obra acima.

⁴⁷ SUPIOT, Alain. Para Além do Emprego: Os Caminhos de uma Verdadeira Reforma do Direito do Trabalho. Trazido por Prof. Dr^º. Vasconcelos Porto. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Pág. 24/25.

Como proposta da pesquisa, sugerimos a difícil tarefa dos Estados Soberanos conceber a investidura de coercibilidade à Corte Internacional de Justiça das Nações Unidas para exigir o cumprimento dos direitos mínimos previstos nas Declarações e Convenções Internacionais da OIT e, com isso, promover o ideal da efetiva justiça social e equitativa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Padrões trabalhistas e comércio internacional: re-nasce o protecionismo?** In: BASSO, Maristela; PADRO, Maurício; ZAITZ, Daniela (ORG.). Direito do comércio internacional: pragmática, diversidade e inovação. Estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista. 2. tiragem. São Paulo: Juruá, 2006. p. 54

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

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 19. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

CRIVELLI, Ericson. **Normas internacionais do trabalho e o comércio internacional.** Revista LTr. vol. 66, no. 01, jan./2002, p. 47.

Declaração da OIT Sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf, consultado em 15 de julho de 2019.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. **O Comércio internacional & globalização: a cláusula social na OMC.** Curitiba: Juruá, 2003. fl. 187.

FERNANDEZ TEIXEIRA, Leandro. **A Prática de Dumping Social como um Fundamento de Legitimação de Punitive Damages.** Dissertação de Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos, Universidade Federal da Bahia

FROTA, Paulo Mont`Alverne. **O dumping social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal.** São Paulo: Revista Ltr, n. 78, v. 02, fev/2013.

GONÇALVES, Reinaldo. **O Brasil e o comércio internacional: transformações e perspectivas.** São Paulo: Contexto, 2000. p. 63.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. Dumping social nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2014. citado na obra **Reforma Trabalhista: Uma Reflexão dos Auditores Fiscais do Trabalho Sobre os Efeitos da Lei 13. 467/2017 para os Trabalhadores.** Organizada por SILVA FILHO, Carlos Fernando da; CAMPOS JORGE, Rosa Maria; SILVA RASSY, Rosangela, www.ltrdigital.com.br. fl. 73.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MASSI, Juliana Machado; VILLATORE, Marco Antônio César. **O Dumping Social e a Total Possibilidade de Tutela das Minorias na Atividade Empresarial**, página 04. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27ef345422b300b5>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

LAURINO, Salvador Franco de Lima. **Destacamento de trabalhadores: dumping social e os desafios à afirmação do espaço social europeu**. São Paulo: LTr, 2013.

PACHECO, Marlon e BETTIOL, Luiz Meneghel, **Dumping Social no Mercado Único Europeu e Sustentabilidade**, apresentado no XIV SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE GOVERNANÇA E SUSTENTABILIDADE", realizado nos dias 08, 09 e 10 de maio de 2019, na Universidade de Alicante/UA – Espanha.

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre «O mercado interno do transporte internacional rodoviário de mercadorias: dumping social e cabotagem» Fonte: <https://antram.pt/attachments/upload/Noticias/parecer%20do%20CESE.pdf> – consultado em 14 de abril de 2019.

ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula Social. In: BARRAL, Welber (org.). **O Brasil e a OMC**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002, pág. 326.

REIS, Jair Teixeira dos. **Resumo de Direito Internacional & Comunitário**. 3. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

Relatório da Comissão do Emprego e dos Assuntos Sociais sobre o dumping social na União Europeia para proposta de resolução. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2016-0255+0+DOC+PDF+V0//PT>. Consultado em 14 de abril de 2019.

SILVA FILHO, Carlos Fernando da; CAMPOS JORGE, Rosa Maria; SILVA RASSY, Rosangela, organizadores da obra Reforma Trabalhista: **Uma Reflexão dos Auditores Fiscais do Trabalho Sobre os Efeitos da Lei 13. 467/2017 para os Trabalhadores**. Organizada por Rosangela, www.ltrdigital.com.br. fl. 73.

SUPIOT, citado na obra de VENTURA, Deisy. **O Espírito de Filadélfia - A Justiça Social Diante do Mercado Total**, Direito & Praxis, Revista. pág. 693. file:///C:/Users/Dell/Downloads/O_Espirito_de_Filadelfia_-_A_Justica_Social_Diante.pdf. Consultado em 15 de julho de 2019.

SUPIOT, Alain. **Para Além do Emprego: Os Caminhos de uma Verdadeira Reforma do Direito do Trabalho**. Trazido por Prof. Dr^a. Vasconcelos Porto. Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Pág. 24/25.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes Moreira e SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.

THORTENSEN, Vera. **OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

O INDIGNO TRATAMENTO AOS IMIGRANTES ILEGAIS NOS EUA COMO FORMA DE VIOLAÇÃO TRANSNACIONAL AOS DIREITOS HUMANOS

Luciana Bitencourt Gomes Silva¹

Milene Soares Velho²

INTRODUÇÃO

Com o advento da pós-modernidade surgiram novos formatos de relacionamentos sociais, políticos e econômicos, inclusive em níveis que ultrapassaram as relações internacionais, isto é, além das relações entre nações e territórios diversos, que passaram a ser cada vez mais comuns. Por conseguinte, para regular estas relações houve a necessidade de adequação das normas pertinentes, surgindo então o Direito Transnacional para suprir essa lacuna.

Com o fenômeno da Transnacionalidade e o então surgimento do Direito Transnacional, verificou-se, de igual forma, o surgimento de novos direitos da pessoa humana, inclusive fundamentais, que são, de todo modo, imprescindíveis para convivência pacífica entre as nações e sobrevivência da própria espécie humana.

Não obstante o surgimento do Direito Transnacional e de movimentos de proteção aos direitos humanos, a sua violação ainda é uma constante, podendo-se citar como exemplo a deliberada campanha de desrespeito generalizado dos direitos humanos na esfera transnacional, através do indigno tratamento aos imigrantes, cometido pelo governo nos Estados Unidos.

Pretende-se, com este estudo, abordar a problemática das migrações voluntárias e os critérios de cidadania sob o contexto da Transnacionalidade, a fim de demonstrar a necessidade de tratamento de algumas questões que envolvem os direitos humanos, em uma nova seara de direitos: o Direito Transnacional.

O trabalho está dividido em cinco partes: a primeira introduz os conceitos de Transnacionalidade e do Direito Transnacional e sua relação com os Direitos Humanos; a segunda aborda a cidadania transnacional e a necessidade de sua desvinculação do critério de nacionalidade; a terceira analisa o histórico de políticas de imigração nos EUA; a quarta aponta as violações a

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante (MADAS) na Espanha. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG (2005). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Pós-Graduada pela Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Técnica Judiciária Auxiliar no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Itajaí, Santa Catarina, Brasil. E-mail: luciana_bg@hotmail.com.

² Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Alicante (MADAS) na Espanha. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2006). Pós-Graduada em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER (2011). Conselheira da OAB/SC Subseção de Palhoça. Advogada. E-mail: milene_adv@hotmail.com.

normas internacionais que já foram levadas à Corte Internacional de Direitos Humanos e a quinta trata da conduta estatal solidária para o alcance da ética social.

Para desenvolver a presente pesquisa foi utilizado o método indutivo. As técnicas utilizadas nesse estudo foram a da Pesquisa Bibliográfica, da Categoria e do Conceito Operacional³.

1. TRANSNACIONALIDADE E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, justifica-se o uso, no presente trabalho, das terminologias “direitos humanos” e direitos fundamentais” como sinônimas, pois como afirma Garcia⁴, apesar do consenso geral doutrinário no uso do termo direitos humanos quando se trata dos direitos positivados nas normas internacionais, e direitos fundamentais para os direitos positivados no ordenamento jurídico interno de um Estado, não há prejuízo para a adoção das terminologias como equivalentes.

Pode-se apontar o fenômeno da Transnacionalidade como o resultado de uma nova era vivida, decorrente de aspectos sociais e políticos advindos com a pós-modernidade.

O surgimento de novas formas de relações humanas provocou o surgimento de novos problemas econômicos, sociais e políticos, que hodiernamente ultrapassam as barreiras dos Estados e ainda não são suficientemente amparados por uma adequada regulamentação jurídica, tendo em vista que o Direito Internacional clássico não se mostrou suficientemente capaz de regulá-los.

Como afirma Staffen⁵,

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

A terminologia “transnacional” foi evidenciada, em um primeiro momento, por Philip Jessup⁶, que, por sua vez, definiu direito transnacional como sendo: “[...] todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais. Tanto o direito público quanto o privado estão compreendidos, como estão outras normas que não se enquadram inteiramente nessas categorias clássicas.”

Assim, a finalidade do Direito Transnacional é a regulação desses problemas que ultrapassam as relações Estado-Estado, conflitos que nem o direito interno tradicional nem o internacional

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 27 e 39.

⁴ GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de GregorioPeces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humanos. In: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio. **O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia**. Edição comemorativa 10 anos do convênio de dupla titulação entre a Univali e a Unipg. ISBN-IT 978-88-99490-04-01, 2016, p. 10-11.

⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 99.

⁶ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p. 12.

clássico podem solucionar, os quais abarcam como sujeitos também os indivíduos, as empresas e as organizações internacionais.

Para tanto, o Estado deve abrir mão do monopólio da produção legislativa, permitindo a incorporação de outro ordenamento jurídico, sem que isso implique em abandono da sua soberania, pois a ideia é que ela coexista com o novo espaço jurídico transnacional.

Além disso, a implementação do direito transnacional só ocorre em questões específicas, pois, como afirma Jessup⁷, é possível *“ajustar os casos e distribuir a jurisdição de maneira mais proveitosa para as necessidades e conveniências de todos os membros da comunidade internacional”*, entendendo o autor que é possível a distribuição amigável da jurisdição entre as nações do mundo.

Diferente da supranacionalidade, em que um ente é escolhido para atuar sobre os Estados, como ocorre na União Europeia, a Transnacionalidade deve ser entendida como espaços públicos que propiciem a criação de novos conceitos democráticos de solidariedade e cooperação, dotados de capacidade jurídica de governança, regulação intervenção e coerção⁸.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o “fenômeno transnacionalidade”, que trouxe consigo novas desordens, também demonstrou a necessidade emergente do nascimento de novos direitos, capazes de regulá-las na esfera transnacional, inclusive a proteção aos já positivados direitos fundamentais, especialmente quando sua violação ocorra além das fronteiras do Estado ou em relações indivíduo-Estado.

Na ideia de Cruz e Bodnar⁹, a atuação sob o enfoque transnacional seria definida em razão de pautas *“estabelecidas por seleção consensual de valores, que levaria em consideração o fato de que a sua proteção não poderia ser viabilizada eficazmente por intermédio das instituições nacionais, comunitárias ou internacionais atualmente existentes”*.

Os direitos humanos, por deterem a característica de se estenderem a todos indiscriminadamente, podem ser considerados a base do direito transnacional, pois, segundo Garcia¹⁰ *“a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano”*.

Prossegue o professor catarinense afirmando que o processo de internacionalização, ainda incompleto e os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos não foram suficientes para a proteção desses direitos, denotando-se a necessidade de tratá-los como demandas transnacionais em uma esfera alheia aos Estados nacionais.

⁷ JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional**, p. 62.

⁸ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 140.

⁹ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 63.

¹⁰ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**, p. 176.

Sendo insuficientes os espaços nacionais e o internacional, para regulação e solução de determinados conflitos que ultrapassam as barreiras dos Estados e trazem como sujeitos pessoas além da relação Estado-Estado, novos institutos surgem à pauta, para suprir as lacunas nessas demandas atuais.

Questões como migração e cidadania, em especial após transgressões aos direitos a elas correspondentes, ainda se encontram sem um efetivo amparo jurídico transnacional, e, ao mesmo tempo, não podem ser resolvidas pelas vias tradicionais.

2. CIDADANIA TRANSNACIONAL– DESVINCULAÇÃO DO CRITÉRIO DE NACIONALIDADE

Desde a fase de positivação dos direitos humanos, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, vislumbra-se uma dissociação do critério de cidadania com o de nacionalidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, firmou a concepção contemporânea de direitos humanos, contudo, não tratou expressamente dos direitos relativos à cidadania.

Apesar de a titularidade da cidadania recair sobre o indivíduo, cabendo ao Estado o papel de assegurar as garantias para seu efetivo exercício, a partir do século XVIII o conceito de cidadania se identifica com o de nação, e, conseqüentemente, com o de Estado.

Como decorrência dessa identidade, a titularidade da definição sobre quem pode ser alçado à condição de cidadão passou a ser do Estado-nação, e a nacionalidade torna-se um requisito para a cidadania.

Isso trouxe implicações na mobilidade humana, uma vez que as normas de direitos humanos também não previram a migração como direito fundamental do homem.

Em que pese a existência do direito de asilo e de refúgio, nenhum Estado é obrigado a aceitar um estrangeiro em seu território.

Diante da insuficiência de normas e organismos com atuação nessa esfera, imperativa a criação e o reconhecimento de mecanismos de governança transnacional capazes de limitar a atuação dos Estados que infrinjam direitos humanos, para além dos institutos internacionais já previstos, os quais muitas vezes se mostram inefetivos por dependerem de ratificação da nação violadora para submissão aos seus termos.

É necessário que se faça uma distinção da afronta aos direitos humanos, concedidos a todos, da falta de reconhecimento de direitos decorrentes da cidadania, pois aqueles já foram objeto de conquistas decorrentes de lutas históricas, desde o início da modernidade.

Comparato, citado por Reis¹¹, afirma que os direitos individuais são *“os direitos comuns a toda espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam de sua própria natureza, não sendo meras criações políticas”*.

As migrações, como novas demandas sociais, são decorrência de uma reconfiguração do sentimento de pertencimento humano, de novas identidades desvinculadas do Estado-nação.

Ao que Rossana Reis denomina de cidadania pós-nacional, tendo em vista que

cada vez mais a identidade humana, desvinculada de um Estado e consequentemente de um território particular, é que serve de base, de justificativa para a concessão de direitos. Em outras palavras, está em curso um processo de dissociação entre identidade nacional (territorial) e direitos de cidadania, mediante o reconhecimento progressivo do direito dos estrangeiros nas sociedades receptoras de imigrantes.¹²

Já com relação à cidadania transnacional, Cardemartori¹³ afirma que “[...] não é necessário vincular a cidadania política à identidade nacional; no entanto a cidadania necessita da variedade de diferentes formas de vida culturais, e da socialização dos indivíduos numa cultura política comum.”

Luigi Ferrajoli¹⁴ defende a desvinculação dos direitos fundamentais aos de cidadania, pois segundo o renomado jurista, a cidadania no formato atual é a última contradição não resolvida, que ainda impede a universalidade dos direitos humanos proclamada nas normas internas e internacionais e somente a desassociação seria capaz de “transformarem direitos da pessoa os únicos dos direitos de liberdade reservados aos cidadãos: o direito de residência e o direito de circulação em nossos países privilegiados” (tradução nossa).

Portanto, destaca-se a necessidade de dar lume a esse novo modelo de cidadania que difere do tradicional, não mais vinculando o Estado ao cidadão. Atualmente, há de se considerar que a cidadania possui um caráter transnacional, e desta forma, deve-se viabilizar aos cidadãos a integração social e jurídica, não se olvidando de fomentar os vínculos, responsabilidades e reconhecimento entre os cidadãos transnacionais.

3. BREVE HISTÓRICO DAS POLÍTICAS DE IMIGRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS

O atentado de 11 de setembro de 2001 trouxe grande impacto na política de imigração americana. Após sua ocorrência, a ligação entre restrição de imigração e segurança tornou-se fundamento para impedir a entrada de determinados cidadãos aos Estados Unidos.

O fenômeno da “demonização” dos imigrantes – entendido como o processo de construção do imigrante como um problema - foi fomentado a partir de então.

¹¹ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos**. São Paulo: Ed. Hucitec, 2007, p. 167.

¹² REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos**, p. 166.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**, p. 161.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibáñez. Madrid: Trotta, 2008, p. 38-39.

Entretanto, da análise do histórico dos processos de restrição à imigração ao território dos EUA, verifica-se a presença constante da influência de ideias de nacionalismo, nativismo e racismo, que resultaram em obstáculos à imigração, confirmando a afirmação de Reis de que “as políticas não são objeto puro da ação estatal, mas refletem a ideologia de um povo e a luta de interesses da sociedade, dentro desse Estado”¹⁵.

Há registros da primeira lei, datada de 1790, denominada Act of March to Establish a Uniform Rule of Naturalization, que concedia a cidadania a imigrantes, contudo, apenas aos brancos sem condenação, a qual foi acrescida de maiores requisitos, em 1802, dentre eles a necessidade de residir nos EUA por cinco anos.

Em 1798, o Alien Friends Act e Alien Enemies Act autorizou o Presidente a deportar estrangeiros considerados “perigosos”, norma esta revogada poucos anos depois, por permitir alto grau de subjetividade na aplicação.

A 14ª Emenda, estatuída em 1868, estabeleceu uma cidadania nacional. Segundo ela, “todos os indivíduos nascidos ou naturalizados nos Estados Unidos e sujeitos à sua jurisdição são cidadãos norte-americanos”. Ao retirar a expressão “pessoas brancas livres” da Constituição Americana, atribuiu direitos de cidadania aos antigos escravos, mas manteve a inelegibilidade dos estrangeiros e dos povos africanos e orientais.

Em 1875 foi editado um estatuto restritivo, denominado The Page Act, que classificou os imigrantes ilegais em duas espécies: ou condenados por outros crimes que não fossem políticos ou mulheres importadas para a prostituição.

O Ato também previa como crime a importação de qualquer pessoa proveniente da China, Japão ou de qualquer outro país oriental, sem o seu consentimento.

Em 1885 foi aprovada a Prohibition of Contract Labor, que proibiu a imigração por contrato de trabalho e, três anos depois, a Chinese Exclusion Act estabeleceu restrições exclusivamente aos trabalhadores chineses.

A restrição de admissão ao país foi estendida a mais classes (inclusive europeus), em 1891, configurando explícita exclusão ligada a questões religiosas ou raciais.

O início do século XX foi marcado pelo reforço de medidas restritivas à imigração. Os assuntos religião e racismo sempre aparecem interligados quando se trata da imigração norte-americana, sob o argumento de proteção dos valores democráticos, republicanos e protestantes ou pela não internalização, por algumas classes de imigrantes, dos valores nacionais e ao padrão norte-americano.

Normas como a First Comprehensive Federal Law Regulating General Immigration e Literacy Test, de 1882 e 1917, respectivamente, proibiram a entrada no país de pessoas com deficiência mental, ou doentes que pudessem virar um encargo público, além dos analfabetos, ao que Zolberg,

¹⁵ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos**, p. 48.

citado por Reis¹⁶, considerou como “as primeiras pedras de um ‘muro global erguido pelo Estados industriais ricos para se proteger da invasão dos pobres do mundo’”.

Em 1917 foi aprovado o Immigration Act of 1917 e em 1921 a lei que regulava cotas de acordo com a origem do imigrante (The Quota Act of 1921).

A década de 20 foi marcada pela política de cotas para ingresso no país, com base na sua origem. Com isso, a entrada de asiáticos foi completamente proibida e a imigração europeia reduzida para um quarto do nível precedente “de modo a limitar a entrada de europeus do Sul e do Leste e facilitar a entrada de anglo-saxões e protestantes”¹⁷.

O Bracero Program, voltado aos trabalhadores temporários mexicanos, datada de 1942, foi um programa destinado a suprir a falta de mão-de-obra agrícola no Sul dos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial e teve duração de mais de 20 anos.

A ideia do programa sempre foi a de contratar trabalhadores mexicanos de acordo com a necessidade de trabalho interna, sem a previsão da entrada social e política desses indivíduos nos Estados Unidos.

Em 1952 foi aprovada o INA – Immigration and Nationalization Act, que definiu cotas com base na proporção de imigrantes de cada país, que já se encontrassem estabelecidos em seu território.

Em seguida, o Immigration Act de 1965 foi editado, consagrando o princípio da não-discriminação racial ou nacional na aferição das cotas, propiciando, assim, avanços na abertura das fronteiras, especialmente pelo motivo da reunificação familiar.

Em 1980 aprovou-se o Refugee Act of 1980 – legislação para admissão e suporte para refugiados, e em 1990 o novo Immigration Act estabeleceu a denominada Política de Enforcement.

Na década seguinte, o Personal Responsibility and Work Opportunity Act (1996), impôs restrições à elegibilidade de imigrantes legais e impediu o acesso a serviços e benefícios básicos aos imigrantes indocumentados, tais como saúde, alimentação, seguro-desemprego, aposentadoria e assistência social.

Nesse mesmo ano foi aprovado o Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act (IIRIRA), que representou o “ápice do movimento da virada contra a imigração [...] com o aumento significativo de patrulheiros, a autorização para construção de extensas barreiras físicas na fronteira sul e o endurecimento das penalidades para vários tipos de violações da lei de imigração¹⁸.”

¹⁶ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos**, p. 61.

¹⁷ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos**, p. 61.

¹⁸ AMARAL JÚNIOR. Wellington Gontijo. **As políticas de imigração dos Estados Unidos: entre o ativismo restricionista e o paradigma de enforcement migratório contemporâneo**. São Paulo: USP, 2010, p. 174.

Em 2002 o USA Patriot Act foi editado, após o atentado de 11 de setembro, incrementando o sistema de segurança nas fronteiras norte-americanas e permitindo a instalação da chamada Política de Tolerância Zero, no que tange às imigrações.

O histórico de aprovação das principais normas referentes à imigração mostra a contínua influência de movimentos nativistas e restricionistas.

Ideias de supremacia civilizacional baseadas na religião, idioma, ancestralidade, valores, estilo de vida e identidade cultural são uma constante na política migratória norte-americana.

Nas palavras de Wellington Gontijo do Amaral Júnior¹⁹:

Na definição do historiador John Higham [...] o nativismo opera com a ideia num movimento fundamentado no estabelecimento de ligações entre algumas nacionalidades e valores antiamericanos [...]. Assim sendo, um indivíduo de origem russa ou cubana pode ser considerado uma ameaça pelas conexões estabelecidas entre sua nacionalidade e valores comunistas e totalitários que ferem um determinado padrão democrático-republicano definido pelos sujeitos “ameaçados”. Ademais, um chinês ou um mexicano pode ser tido como uma ameaça por tratar-se, segundo o entendimento nativista, de raças inferiores e incapazes de absorver e maximizar valores norte-americanos fundamentais, como o protestantismo liberal, materializado nas instituições fundadas no autogoverno.

Evidencia-se, no desenrolar da história, a sobreposição de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis à imigração, forças a favor da abertura à imigração, como o impulsionamento de setores da economia, a necessidade de mão de obra na área da prestação de serviços e da agricultura e o apoio de grupos de direitos humanos e étnicos, em constante luta contra grupos xenófobos, movimentos nativistas, e circunstâncias desfavoráveis como crises econômicas, ameaças de terrorismo e percepção do aumento de crimes internacionais.

Contudo, verifica-se que gradativamente ocorre um aumento do entendimento da imigração como um problema. O mito da invasão e da perda de controle das fronteiras é constantemente reforçada por declarações oficiais do governo norte-americano²⁰.

Com a incorporação nos Estados, de normas de direitos humanos, conquistadas após a Segunda Guerra Mundial, novas justificativas tiveram que ser apresentadas para o fechamento das fronteiras, uma vez que não mais se sustentam em países democráticos e respeitadores de direitos humanos, os argumentos racistas, etnicistas e intolerantes usados anteriormente.

Assim, o fundamento da segurança nacional encontrou irrestrito espaço, utilizado para mascarar ações de xenofobia e intolerância pura e simples.

¹⁹ AMARAL JÚNIOR. Wellington Gontijo. **As políticas de imigração dos Estados Unidos**: entre o ativismo restricionista e o paradigma de enforcement migratório contemporâneo, p. 29.

²⁰ É o que se conclui do teor de recentes pronunciamentos do Presidente Trump: *“Se os imigrantes ilegais estiverem descontentes nos centros de detenção, que não venham. E todos os problemas resolvidos!”* ou *“Digam aos migrantes que venham de forma legal e, com sorte, através de um sistema meritocrático”*. CHECA, Amanda Mars. **Trump: “Se os imigrantes ilegais estiverem descontentes nos centros de detenção, que não venham”**. El País Internacional. Washington, 04/07/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/03/internacional/1562185828_083584.html. Acesso em: 28/08/2019.

Conforme afirma Reis²¹, *“a diferença entre as raças, culturas e etnias são tratadas hoje não necessariamente de forma hierárquica, característica do racismo, mas como desigualdades intransponíveis”*.

Com a instalação da política do medo, ideias totalmente contrárias aos avanços civilizatórios conquistados no início da Idade Moderna, como a construção de um muro físico separando países e a criminalização de condutas antes tidas como meras irregularidades civis e políticas, atualmente são propaladas no meio institucional formal sem a menor constrangimento e aceitos por grande parte da população.

Na prática, o tratamento desumano dispensado a estrangeiros, como o isolamento de crianças de seus pais e a falta de assistência estão sendo adotadas como medidas exemplares para desencorajar novas tentativas de entrada no país.

Tais medidas, quando ultrapassam os limites das políticas de imigração e dos direitos humanos reconhecidos em normas internacionais, merecem rechaço da comunidade internacional e levam à busca de soluções por meio de sanções por Cortes Internacionais e ao questionamento acerca da necessidade de desvinculação do direito à cidadania ao Estado e seu atrelamento à critérios de humanidade e relativos ao indivíduo.

4. AS VIOLAÇÕES A NORMAS INTERNACIONAIS LEVADAS À CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Com a vinculação das políticas de migração a questões de segurança nacional, implementou-se nos Estados Unidos um agravamento no tratamento destinado aos imigrantes em situação irregular.

Há registros de apreensões manifestamente ilegais, de inoportunização da ampla defesa, de proibição de comunicação com familiares, falta de assistência jurídica e consular, isolamento físico de crianças²², racionamento de água²³, detenção em locais similares a jaulas²⁴, dentre outras atrocidades incompatíveis com a postura de um Estado Democrático de Direito de histórica tradição de conquista de direitos humanos e de apreço pelas liberdades individuais.

²¹ REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos**, p. 172.

²² SANDOVAL, Pablo Ximénez de. **Condições precárias de crianças imigrantes em centro de detenção no Texas sacodem os EUA**. El País Internacional. Los Angeles, 28/06/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/25/internacional/1561483990_984684.html. Acesso em: 28/08/2019.

SANDOVAL, Pablo Ximénez de. **Governo dos EUA revela morte de menina imigrante sob sua custódia há oito meses**. El País Internacional. Los Angeles, 23/05/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/23/internacional/1558581604_173763.html. Acesso em: 28/08/2019.

²³ SANDOVAL, Pablo Ximénez de. **“Só posso lavar meu bebê quando tomo banho, a cada cinco dias”**. El País Internacional. Los Angeles, 30/06/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/27/internacional/1561624931_824923.html. Acesso em: 28/08/2019.

²⁴ BBC NEWS. **Como são as 'jaulas' em que os EUA estão detendo filhos de imigrantes sem documentos**. BBC News Brasil, 19/06/2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44526519>. Acesso em: 28/08/2019.

Evidencia-se, com essas práticas, a violação de todo um arcabouço jurídico internacional sobre direitos humanos, como a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Em decorrência disso, vários fatos foram submetidos à análise da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, por diversas oportunidades, proferiu Medidas Cautelares para a resolução das violações.

Dentre as Medidas Cautelares mais recentes, destacam-se as seguintes:

No caso Gary Resile outros x Estados Unidos da América, prorrogou-se a validade da Medida Cautelar 5/11²⁵, originalmente concedida em 1º de fevereiro de 2011, determinando-se a abstenção da ordem de deportação para o Haiti, local onde o requerente sofrera abuso físico e sexual, a fim de proteger sua vida e integridade pessoal.

No mesmo sentido foi a recomendação em Medida Cautelar 347/13²⁶, que beneficiou Carl E. Vincent, o qual emigrou do Haiti aos 6 anos de idade, sem conhecimento das línguas oficiais de seu país, e que à época do pedido era pai de 3 filhos nos EUA e encontrava-se acometido de uma série de patologias para as quais supostamente não poderia receber tratamento médico se fosse devolvido ao país de origem.

A Medida Cautelar 297/16²⁷ tratou do caso de EGS e AESG, cidadãos de El Salvador, que fugiram de seu país em busca de asilo nos Estados Unidos da América. Diante do reconhecimento de que a deportação de ambos implicaria em risco à vida e à integridade pessoal, a Comissão solicitou aos Estados Unidos que se abstivessem de deportá-los até futura decisão pela Corte.

A MC 152/16²⁸, proferida em favor de DS, cidadão de El Salvador que fugiu de seu país em busca de asilo nos Estados Unidos, tendo sofrido uma série de violações a direitos, no decorrer de seu processo. Na decisão, foi reconhecido o risco gerado pela ameaça de deportação, acarretando em riscos a sua vida e integridade pessoal.

A Medida Cautelar 505/18²⁹, proferida no Caso Vilma Aracely López Juc de Coc e outros x Estados Unidos, relata a separação forçada de Vilma de seus filhos pelas autoridades americanas depois de sua prisão decorrente da entrada irregular no país através da fronteira com o México.

²⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Gary Resil e outros**. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/2016/MC5-11-En.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

²⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Carl E. Vincent**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC347-13-ES.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

²⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso EGS e AESG**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC297-16-Es.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

²⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso DS**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC152-16-Es.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

²⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Vilma Aracely López Juc de Coc e outros**. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/2018/63-18MC505-18-US-en.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

Segundo aponta o relatório, as crianças teriam sido colocadas sob a custódia de centros de detenção diversos, onde aguardaram procedimentos administrativos e judiciais, o que motivou a solicitação aos Estados Unidos, pela Comissão, para que tomassem as medidas necessárias para salvaguardar os direitos à vida familiar, integridade pessoal e identidade dos beneficiários.

A Medida Cautelar 731/18³⁰, por sua vez, tratou de forma geral das crianças migrantes afetadas pela política de “Tolerância Zero” nos Estados Unidos, a fim de evitar danos irreparáveis a seus direitos.

Como medida, a CIDH impôs ao Estado norte-americano a adoção de medidas cautelares em favor das crianças que foram separadas de seus pais e mães, as quais somavam, à data da decisão, 572 crianças, considerando-se também os refugiados.

Foi determinada a adoção de medidas para proteger os direitos à vida familiar, integridade pessoal e identidade dos estrangeiros, especialmente proporcionando-se o reencontro das crianças com suas famílias biológicas e garantindo-se a livre comunicação entre os beneficiários e suas famílias e a prestação de assistência médica, psicológica e consular, bem como o fornecimento de intérpretes e garantias de reunificação familiar em caso de deportação separada.

Recomendou-se, por fim, a suspensão de qualquer procedimento de imigração que pudesse resultar na separação de filhos de seus pais.

Além das Medidas Cautelares, constata-se a existência de petições, as quais já restaram admitidas para análise da Comissão, sendo as Petições 468-08³¹(Jesús Rodríguez Barrón x Estados Unidos da América), pela alegação de afronta ao devido processo legal, falta de comunicação sobre os motivos da prisão e acusação e confisco de bens sem mandado judicial; Petição 419-08³²(Khaled El-Masri x Estados Unidos da América), noticiando a privação de liberdade em regime de asilo ilegal no Afeganistão, tortura, falta de acesso à defesa e à justiça motivadas por discriminação étnico-racial e religiosa; Petição 1506-08³³ (Oswaldo Marcelo Lucero e outros x Estados Unidos da América), que trata da situação de vítimas de políticas migratórias agressivas e crimes de ódios contra os latinos, decorrentes da atribuição de ligação da imigração com o aumento na criminalidade no país.

As denúncias levadas à Comissão trazem fatos que configuram infrações aos direitos à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à igualdade perante à lei, proteção à honra, à vida privada e

³⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso crianças migrantes afetadas pela política de “Tolerância Zero”**. Disponível em <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/2018/64-18MC731-18-US-en.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

³¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Jesús Rodríguez Barrón**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/USAD468-08ES.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Khaled El-Masri**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/USAD419-08ES.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

³³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Oswaldo Marcelo Lucero**. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/USAD1506-08ES.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

familiar, à inviolabilidade do domicílio, ao reconhecimento da personalidade jurídica e aos direitos civis e ao acesso à justiça, todos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essas condutas estatais que ultrapassam os limites de execução de políticas de imigração, configuram crimes contra a humanidade e são totalmente contrárias à legislação americana e às normas internacionais de direitos humanos.

Apesar do grande esforço envidado pela Comissão IDH e da atuação de organismos internacionais fiscalizadores das violações a direitos humanos, as medidas não se mostram efetivas a ponto de evitar novas infrações.

A raiz do problema, que reflete uma noção generalizada de supremacia, de manutenção do poder e da noção do diferente como inimigo não é alcançada pelos meios vigentes, necessitando-se de uma alteração de paradigmas, para sua consecução.

5. CONDUTA ESTATAL SOLIDÁRIA PARA O ALCANCE DA ÉTICA SOCIAL

É imprescindível, ante a realidade atual, refletir-se na busca de soluções acerca dos reiterados deslocamentos humanos por inúmeros fatores, desde a busca de melhores condições de vida, à fuga de guerras, perseguições políticas ou desastres ambientais.

Refletir sobre essa situação, com ênfase no direito, nos direciona de forma imediata aos direitos humanos, que possuem como base a dignidade da pessoa humana, na atualidade severamente desprezada.

O papel da solidariedade é a aproximação dos sujeitos sociais para direcioná-los a um fim comum, consolidando assim, uma responsabilidade compartilhada.

Gabriel Real Ferrer³⁴ explicita que *“a solidariedade é o fundamento de qualquer grupo humano e também do Estado, indispensável para a coesão social e para gerar a indispensável sensação de pertencimento entre os cidadãos.”*

Contudo, o direito à imigração ainda não se constitui em um direito humano reconhecido.

Admitindo-se que a evolução civilizatória trouxe como consequência a busca do homem por novas formas de viver, para aceitação das migrações é necessário inicialmente que se exercite a empatia, tão rara hodiernamente, para concretizar a inclusão daquele tido como “outro” como pertencente de algo comum.

Rifkin³⁵, com propriedade, elucida o tema:

onde antes a privacidade era o valor mais cobiçado de uma geração burguesa que definia liberdade em termos de autonomia e exclusividade, o acesso é o valor mais procurado para a geração do milênio,

³⁴ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012., p. 131.

³⁵ RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática**. La carrera hasta una conciencia global em um mundo em crisis. Madrid: Paidós, 2010, p. 148.

que define a liberdade em termos da profundidade e do alcance de suas relações pessoais. A exclusividade se volta menos importante que a inclusividade, e o *ethos* da colaboração começa a prevalecer ao *ethos* competitivo (tradução nossa).

A opção do indivíduo pela liberdade de circulação no mundo, para ser tida como legítima, não deve se atrelar somente à ocorrência de calamidades, conflitos armados ou desastres naturais em seu país de origem.

Um deslocamento voluntário como busca de uma vida digna deve ser entendido como uma nova necessidade e possibilidade humana.

Grande parte das migrações atualmente decorrem da busca das pessoas ao desenvolvimento humano, pois *“partem principalmente para territórios com maiores facilidades para o uso e gozo de Direitos Humanos, sem tantas privações. O acesso ao direito ao desenvolvimento humano se torna a força motriz desses movimentos”*³⁶.

Sendo assim, o reconhecimento global de uma nova era de direitos é medida imperiosa para não aplacar os avanços da humanidade.

Para tanto, é necessária a criação de espaços públicos transnacionais *“com o objetivo de projetar a construção de um novo pacto de civilização”*³⁷ visando à solução de problemas locais que afetam os migrantes e que os direitos humanos sejam colocados na devida posição de superioridade com relação a medidas políticas de imigração e critérios estatais de cidadania.

Como afirma Garcia³⁸, sendo a solidariedade o fundamento moral da transnacionalização do direito, deve ser superado o sentimento de etnocentrismo, uma vez que *“na linha do pensamento habermasiano, a cultura da solidariedade exigirá a superação das estruturas de dominação e sua substituição se deve dar por estruturas de cooperação, ou seja, por um Direito transnacional.”*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 abarca o reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos, de seus direitos iguais e inalienáveis com fundamento na liberdade, justiça e paz no mundo. Enfatiza ser indispensável que os direitos da pessoa humana sejam resguardados pelo império da lei.

Ainda que o direito à imigração não se configure como um direito humano expressamente reconhecido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serve como instrumento normativo na proteção dos direitos dos imigrantes, porquanto, tratam-se de seres humanos qual devem ter sua dignidade assegurada.

³⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo. Interfaces do Direito Global, p. 141

³⁷ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e Transnacionalidade, p. 58

³⁸ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e Transnacionalidade, p. 194

Os Estados Unidos da América praticaram condutas que ultrapassam todos os limites de políticas de imigrações, e desrespeitam até mesmo sua própria legislação interna, afrontando diretamente os direitos da pessoa humana assegurados internacionalmente, culminando na busca de auxílio das Cortes Internacionais.

Tal comportamento estatal nos remete à ideia de superioridade exarcebada, que se coloca acima de qualquer lei pátria, e, para que não se repita tamanha barbárie mundial, é necessário superar a concepção de extremo poder e buscar alteração do modelo atualmente adotado que visa os imigrantes como inimigos.

Assim, conclui-se trazendo à reflexão que os direitos da pessoa humana devem ser em qualquer circunstância assegurados e os indivíduos tratados como prioridade. Ainda que nenhum Estado seja obrigado a aceitar um estrangeiro em seu território, em razão do obstáculo de insuficiência de normas reguladoras da cidadania transnacional, imperiosa se faz a prevalência dos direitos individuais conquistados com a evolução civilizatória.

Diante da insuficiente força de atuação das instituições internacionais, no formato tradicional de constituição que atualmente apresentam, os novos espaços transnacionais mostram-se como um campo fértil para o exercício da solidariedade e amparo dos novos direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMARAL JÚNIOR. Wellington Gontijo. **As políticas de imigração dos Estados Unidos: entre o ativismo restricionista e o paradigma de enforcement migratório contemporâneo.** São Paulo: USP, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-14092011-132127/pt-br.php>. Acesso em: 21/08/2019.

BBC NEWS. **Como são as 'jaulas' em que os EUA estão detendo filhos de imigrantes sem documentos.** BBC News Brasil, 19/06/2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44526519>. Acesso em: 28/08/2019.

CHECA, Amanda Mars. **Trump: “Se os imigrantes ilegais estiverem descontentes nos centros de detenção, que não venham”.** El País Internacional. Washington, 04/07/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/03/internacional/1562185828_083584.html. Acesso em: 28/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Gary Resil e outros.** Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/2016/MC5-11-En.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Carl E. Vincent.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2014/MC347-13-ES.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso EGS e AESG.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC297-16-Es.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso DS.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2016/MC152-16-Es.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Vilma Aracely López Juc de Coc e outros.** Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/2018/63-18MC505-18-US-en.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso crianças migrantes afetadas pela política de “Tolerância Zero”.** Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/2018/64-18MC731-18-US-en.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Jesús Rodríguez Barrón.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/USAD468-08ES.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Khaled El-Masri.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/USAD419-08ES.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas provisórias a respeito dos Estados Unidos – Assunto Caso Oswaldo Marcelo Lucero.** Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2018/USAD1506-08ES.pdf>. Acesso em: 22/08/2019.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. Participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2012.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo.** Tradução de Perfecto A. Ibáñez, et. Al. Madrid: Trotta, 2008.

GARCIA, Marcos Leite. A concepção tridimensional dos direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de direitos humanos. In: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio. **O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia.** Edição comemorativa 10 anos do convênio de dupla titulação entre a Univali e a Unipg. ISBN-IT 978-88-99490-04-01, 2016.

JESSUP, Philip C. **Direito Transnacional.** Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

REIS, Rossana Rocha. **Políticas de Imigração na França e nos Estados Unidos.** São Paulo: Ed. Hucitec, 2007.

RIFKIN, Jeremy. **La civilización empática.** La carrera hasta una conciencia global em um mundo em crisis. Madrid: Paidós, 2010, p. 148.

SANDOVAL, Pablo Ximénez de. **Condições precárias de crianças imigrantes em centro de detenção no Texas sacodem os EUA.** El País Internacional. Los Angeles, 28/06/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/25/internacional/1561483990_984684.html. Acesso em: 28/08/2019.

SANDOVAL, Pablo Ximénez de. **Governo dos EUA revela morte de menina imigrante sob sua custódia há oito meses.** El País Internacional. Los Angeles, 23/05/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/23/internacional/1558581604_173763.html. Acesso em: 28/08/2019.

SANDOVAL, Pablo Ximénez de. **“Só posso lavar meu bebê quando tomo banho, a cada cinco dias”.** El País Internacional. Los Angeles, 30/06/2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/06/27/internacional/1561624931_824923.html. Acesso em: 28/08/2019.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS MULHERES QUE MANIFESTAM O INTERESSE DE ENTREGAR SEUS FILHOS EM ADOÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE SOCIAL

Marysée Bresolin Martins Pinheiro¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo “A Garantia dos Direitos Fundamentais às mulheres que manifestam o interesse de entregar seus filhos em adoção sob a perspectiva da Transnacionalidade e da Sustentabilidade Social” visa compreender melhor e mais detalhadamente categorias teóricas como: Direito da Infância, Direitos Reprodutivos, Proteção à Maternidade, Adoção, Acesso à justiça, Transnacionalidade e Sustentabilidade Social.

Neste sentido, situa-se a importância de caracterizar os direitos fundamentais destas mulheres à luz da transnacionalidade e sustentabilidade social como forma de garantir sua plena efetivação no contexto global, sem discriminações, pautada no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Os principais objetivos são: Pesquisar e analisar de que forma é assegurado o acesso à justiça e a garantia de direitos às mulheres que desejam entregar seus filhos em adoção no âmbito nacional e internacional, em consonância com as legislações pertinentes e à luz dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e Proteção Integral da Criança e do Adolescente, compreendendo seus aspectos biopsicossociais.

Quanto à metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva e a pesquisa bibliográfica. Pretende-se com esta pesquisa, contribuir para reflexões e alternativas a construção de uma nova cultura sob a perspectiva do Acesso à Justiça, Transnacionalidade e Sustentabilidade Social*.

1. A MULHER EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL

Ao analisar a questão da garantia dos direitos de proteção à maternidade no âmbito nacional e internacional, faz-se necessário compreender melhor e mais detalhadamente a situação da mulher no contexto de vulnerabilidade nos casos de adoção e conceber sua história de vida em todos os aspectos: humanos, políticos e sociais.

O ato de dispor crianças, ao longo da história era visto como “abandono”, todavia, essa prática foi difundida e aceita pela sociedade, pelo Estado e pela Igreja Católica até o século XVI.

¹Mestranda em Ciência Jurídica/UNIVALI, Bacharel em Direito, Assistente Social do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. Itajaí/SC. Email: marysea@edu.univali.br

Apenas em meados do século XVII e início do século XVIII o “abandono” de crianças passou a ser considerado uma prática a ser condenada, pois, os maus cuidados e a indiferença em relação à infância faziam com que grande parte das crianças morressem².

A Roda dos Expostos era mantida pelas irmandades religiosas e pelas Santas Casas de Misericórdia e se transformaram na principal política social para crianças pobres do Brasil Colonial e Republicano.

Segundo Chrispi, a função das rodas era conter o aborto e o infanticídio, que até o século XVIII chegava a uma perda de 30% do número de bebês mortos por fome, sede ou que eram comidos por animais, após serem deixados nas ruas, nas igrejas e conventos. A partir do século XIX a mortalidade infantil passou a ser considerada problema social, demográfico e político. Esses dados mostram o descaso que o Estado tinha em relação às crianças abandonadas e a fragilidade de vínculo apresentada entre a genitora e o filho³.

Chrispi⁴ afirma que por trás do abandono de crianças há uma violência social, psicológica e simbólica às mulheres, as quais, muitas vezes vivenciam gestações inesperadas ou indesejadas. Em muitas situações essas gravidezes são acompanhadas pela indiferença do seu companheiro e pela falta de apoio de sua família extensa. Essas situações refletem as violências simbólicas que podem levar ao ato da entrega do filho a adoção.

O processo da adoção sempre existiu como prática social da família brasileira, mas foi somente no início do século XX, com o Código Civil de 1917, que a adoção de crianças e adolescentes foi regulamentada.

Assim como a adoção, a maternidade também é uma experiência complexa e delicada, sendo por muito tempo vista como um determinismo para todas as mulheres.

Motta refletiu sobre o imperativo biológico e o determinismo social, nomeando esse fenômeno de "mito do amor materno", no qual é atribuído às mulheres um instinto materno que pressupõe por natureza um amor incondicional aos seus filhos. Neste sentido, as mulheres que não exercem a maternidade pautada no mito do amor materno tendem a ser excluídas da sociedade⁵.

Há mulheres que geram uma criança e desistem de criá-la, realizando adoções irregulares e, em alguns casos, entregando-a para os órgãos competentes, como Juizado da Infância e Juventude. Há aquelas que a abandonam em rios, latas de lixo ou outros lugares insalubres e perigosos.

²MALDONADO, T. P. **Psicologia da Gravidez**: parto e puerpério. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985. MALDONADO, T. P. *Maternidade e Paternidade*. Petrópolis: Vozes, 1989.

³CHRISPI, CHRISPI, L. L. S. **Por trás da janela**: alguns determinantes sociais do abandono de recém-nascidos. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). PUC-SP, 2007.

⁴CHRISPI, CHRISPI, L. L. S. **Por trás da janela**: alguns determinantes sociais do abandono de recém-nascidos. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). PUC-SP, 2007.

⁵MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Os mitos da maternidade e as políticas brasileiras de adoção. In: MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães Abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008. cap. 2, p. 62-82.

Geralmente, estas mulheres que vivem uma invisibilidade social, desamparadas e, muitas vezes, são nomeadas como "mães doadoras ou desistentes", mas também, num sentido mais negativo, como "mulheres desalmadas", más, sem instinto materno ou com algum distúrbio psicológico⁶.

Os motivos da entrega e os sentimentos implicados nessa decisão muitas vezes não são considerados e muitas vezes traduzem-se em uma séria questão social. Podem-se citar vários fatores que levam uma mulher a desistir do filho, entre eles: miséria, desemprego, abandono do companheiro e por parte da família, violência doméstica, abuso sexual, dentre outros.

No Brasil, esse tema ainda é pouco abordado cientificamente. Ainda são poucos os casos de entrega espontânea de uma criança para adoção. As situações mais comuns correspondem ao abandono de bebês em lugares de risco. Pode-se pensar que isso acontece devido à vulnerabilidade social e emocional dessas mulheres, como também a falta de aptidão dos profissionais da saúde para identificar situações de entrega, a fim de acolhê-las sem julgamento. Souza e Casanova⁷ complementaram que estas mulheres, com a vida marginalizada, sentem-se violentadas física, moral e psicologicamente. Muitas, ao sentirem desespero, vergonha e medo, acreditam que alguém, com melhores condições de vida, poderá ser responsável pelos cuidados afetivos e econômicos da criança.

Muitas vezes, a mulher, antes de abandonar seu filho, já se encontra abandonada e, absolutamente, excluída pela sociedade. São inúmeros os fatores que influenciam na entrega de um filho, principalmente a ausência de políticas públicas que resulta na exclusão social das famílias, a falta de apoio sócio familiar, a ausência de um suporte psicossocial, dentre tantos outros⁸.

Tal situação aponta para a necessidade de garantir direitos e interesses que são necessários para a preservação da vida digna e do desenvolvimento da condição humana.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ATENÇÃO MATERNO-INFANTIL

No Brasil, as mulheres e adolescentes em situação de rua encontram inúmeras barreiras para acessar ações e serviços públicos. No âmbito do SUS, gestores e profissionais de saúde precisam estar atentos a essas especificidades, atuando na eliminação dessas barreiras e garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Dentre esses, a Estratégia Saúde da Família, os Consultórios na Rua, as Unidades Básicas de Saúde (UBS) e os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) são estratégicos. Em âmbito internacional, o Brasil é signatário da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher

⁶ SOUZA, H. P. de; CASANOVA, R. P. de S. **Adoção: O Amor faz o Mundo Girar mais Rápido**. Curitiba:Juruá, 2012.

⁷ SOUZA, H. P. de; CASANOVA, R. P. de S. **Adoção: O Amor faz o Mundo Girar mais Rápido**. Curitiba:Juruá, 2012.

⁸ WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Os filhos de ninguém: abandono e institucionalização de crianças no Brasil**. Conjuntura Social, Rio de Janeiro, v. 04, n. 01, p. 30-36, jul. 2004. Semestral. Disponível em: <http://lidiaweber.com.br/artigos/2000/2000Osfilhosdeninguem.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016

(Pequim, 1995), cujos objetivos estratégicos na área da saúde englobam a promoção e proteção dos direitos das mulheres e o acesso a serviços de atenção primária e atendimento à saúde sexual e reprodutiva de qualidade.

No âmbito nacional, cabe destacar a Lei Federal n. 8.080/90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, estabelecendo que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (Art. 2º) sob as diretrizes: universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade e igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

No que diz respeito ao acompanhamento das mulheres e das adolescentes em situação de rua e/ou com uso abusivo de uso de álcool e/ou crack/outras drogas, é essencial garantir seus direitos sexuais e reprodutivos, dentre os quais se destacam seu direito de decidir, de forma livre e responsável, se quer ou não ter filhos, quantos filhos deseja ter e em que momento de sua vida independentemente de estado civil, idade ou condição física.

Proporcionar às mulheres serviços de atendimento primário à saúde mais acessíveis, econômicos e de qualidade, inclusive o atendimento à saúde sexual e reprodutiva e ter direito de acesso a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e um atendimento de qualidade, sem discriminação.

É fundamental o reconhecimento da universalidade dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos para a qualificação da proposição de políticas públicas que contemplem as especificidades dos diversos segmentos da população.

Necessário ressaltar cuidados nos casos de gestantes adolescentes dada a condição peculiar de desenvolvimento (art. 6º, Estatuto da Criança e do Adolescente) em que se encontram, necessitando de cuidados à saúde diferenciados e de proteção integral. Esse tipo de intervenção possibilitará a essas mulheres e adolescentes ressignificar as escolhas sobre o que lhes afeta e por elas é desejado. Destaca-se que a eventual condição gestante ou nutriz não enseja a relativização ou flexibilização dos direitos, inclusive de autonomia e liberdade.

A vulnerabilidade social em que se encontram tais populações não pode ser utilizada como condicionante para a manutenção ou eliminação de direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, é preciso garantir os direitos das mulheres de decidir manter ou não a guarda da criança, não cabendo aos profissionais qualquer julgamento, mas propiciar o apoio necessário para uma escolha consciente, desde que seja garantida a segurança e bem estar da criança, entendendo que este é um momento crítico de suas vidas e uma situação que exige um processo de amadurecimento da decisão.

3. A GARANTIA DOS DIREITOS MATERNO-INFANTIS SOB A PERSPECTIVA DA TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE SOCIAL

Neste âmbito, o direito deve promover e ampliar de forma a reconhecer valores que contribuam para o exercício dos direitos fundamentais e da dignidade humana. Nesta perspectiva, a mulher em situação vulnerável e a criança, sujeitos integrante nos ambientes sociais, são titulares de direitos.

Além dos direitos da mulher que estão envolvidos no caso da entrega do filho a adoção, deve-se considerar, de forma central, os interesses da criança e do adolescente que estão inseridos nesta situação.

Vale lembrar, que o artigo 227 da Constituição da República do Brasil de 1988 estabelece o dever do Estado, da família e da sociedade em prover as condições mínimas de desenvolvimento para criança e do adolescente.

[...] Princípio do Best Interest of the Child ou o melhor interesse da criança é peremptório em atribuir ao Estado a obrigação de colocar a criança e o adolescente acima de todos os interesses, com prioridade absoluta como mandamento constitucional constante do art. 227, uma construção embasada nesse princípio como dever social, moral e ético, compartilhado com a família e a sociedade e com todos os habitantes do território nacional sob sua jurisdição, como um dever de todos⁹.

Essa determinação, consagrada no cenário internacional, que se reflete em nossa legislação pátria, compreende a criança e adolescente como seres em desenvolvimento que necessitam dos cuidados necessários para o crescimento digno.

O superior interesse da criança e do adolescente é um princípio que, por sua natureza e extensão, está inserido nos documentos e tratados internacionais e interamericanos de proteção dos direitos humanos, como um instrumento de proteção e garantia para uma população que, também, por sua própria natureza, é especial, priorizada, portanto, pelo direito humanitário.¹⁰

É o que impõe a Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993), que dispõe que “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados (...)” (Art. 5º).

Entre os principais cuidados e direitos a serem providos, podemos citar a alimentação, educação, moradia, lazer, saúde, um ambiente de desenvolvimento livre da violência e exploração, ou seja, a criança e adolescente necessitam ser priorizados de forma absoluta.

Deve-se entender por prioridade absoluta que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupações não apenas dos governantes e da família, como de todo e qualquer cidadão. Cuidar das crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, passa a ser considerada uma função social: de todos e de cada membro da sociedade¹¹.

Nesta seara, quando uma mãe, diante de todo contexto social, financeiro e psicológico, entrega seu filho a adoção, deverá ser considerado como um ato de cuidado, uma vez que, não conseguindo prover pelos seus próprios meios os interesses necessários ao pleno desenvolvimento de seu filho, a sociedade e o Estado também deverão empregar mecanismos de cuidado.

⁹MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 68.

¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2.ed. Forense. p.27.

¹¹SCHREIBER, Elisabeth. Os direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2011. p. 80.

Assim, o ato da doação não poderá ser marginalizado ou visto com preconceito, o cuidado, em seu sentido amplo e irrestrito, também permeia a reflexão e a tomada de decisão sobre a possibilidade ou impossibilidade da permanência com a prole. Cabe destacar que, no Brasil, a legislação voltada para a criança e o adolescente tem como base a doutrina da proteção integral, segundo a qual crianças e adolescentes são considerados sujeitos de direitos.

Na legislação europeia, assim como na legislação brasileira, o interesse superior da criança deve prevalecer. Os progenitores são responsáveis pelo bem-estar, educação e bens dos filhos. Além disso, têm o direito de os representar legalmente. Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer pessoa, decretar as medidas adequadas à proteção da criança ou adolescente.

Assim, garantir à mulher a possibilidade de entregar a criança que concebeu é garantir autonomia sob o ponto de vista reprodutivo e assegurar o direito da criança e ao adolescente a uma convivência familiar adequada, pautada no princípio da proteção integral, evitando o abandono e a violação dos direitos fundamentais.

O abandono e a violação dos direitos pode ser refletida como uma forma de exclusão social, que “não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal “reação em cadeia da exclusão”, que se materializa pela exclusão econômico/financeira e até pela exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos, etc.), passando pela exclusão social, cultural e política. São valores que, ao contrário, impedem que um Estado possa ser denominado de democrático. E, principalmente, impedem a consecução da sustentabilidade (...)”¹²

Neste contexto, é que destacam-se questões como a Transnacionalidade e Sustentabilidade Social, que representam alternativas para garantia de direitos relativos à inclusão, ao acesso à justiça, a partir de uma análise do contexto societário mundial.

"Transnacional é concebido como aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, além da concepção soberana do Estado e por conseqüência, traz consigo a ausência de dicotomia público e privado”¹³

O cenário transnacional pode ser caracterizado como um conjunto de relações políticas, sociais, econômicas e jurídicas, os quais demandam respostas do direito. Estas respostas também dependem de um novo paradigma do Direito que melhor oriente e harmonize as diversas dimensões implicadas. A partir desse contexto de insuficiência da liberdade, enquanto paradigma do direito moderno para o enfrentamento dos novos riscos globais, o que se propõe é a análise da

¹² Cruz, Paulo Márcio Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar ; participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012, p.29.

¹³ CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. Direito e Transnacionalidade. Curitiba,PR: Juruá. Ed. 2009.

sustentabilidade enquanto novo paradigma indutor do direito na pós-modernidade em coabitação com a liberdade¹⁴

A questão da titularidade dos direitos fundamentais no âmbito transnacional aponta a necessidade de repensar o direito e somente tem sentido se reforçar a defesa dos direitos fundamentais e das liberdades aliadas à luta pela igualdade perante a lei¹⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos dispositivos legais resguardarem o direito da criança e do adolescente, evitando-se a prática de abandono e adoção ilegal, é imprescindível o acompanhamento da mulher que expresse o desejo de entregar seu filho/prole sem que ocorra a violação de seus direitos.

Oportuno enfatizar que a dignidade da pessoa humana representa o conjunto de vários direitos necessários para uma vida digna, entre eles o respeito à liberdade inerente a cada pessoa poder escolher, dentro da legalidade, as melhores condições de sobrevivência.

O princípio da dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da persistência de violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade¹⁶.

Assim, considerando a profundidade do significado de dignidade e direitos humanos, o Estado e a sociedade não deverá marginalizar ou incriminar a mulher que siga todas as determinações legais e necessárias para entrega do filho em adoção, pelo contrário, com tal atitude, observa-se a priorização dos direitos da criança e do adolescente, o combate a adoção ilegal e ao abandono.

O combate ao preconceito e a salvaguarda da liberdade da mulher em exercer ou não a maternidade diante de inúmeras situações sociais, econômicas e emocionais, torna-se pauta necessária para construção de um cenário que priorize a dignidade humana em todo o seu contexto.

Diante disto, torna-se imprescindível destacar aspectos que apontem elaboração de práticas de combate a descriminalização da mulher e o seu reconhecimento enquanto sujeitos de uma política pública de proteção materno-infantil, garantindo o direito de optar pela maternidade e às crianças o direito de terem acesso à convivência familiar e comunitária.

¹⁴ Cruz, Paulo Márcio Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar ; participação especial Gabriel Real Ferrer ; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí : UNIVALI, 2012, p.41.

¹⁵ LEITE, Marcos. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. Cruz, Paulo e Stelzer. Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011

¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253.

Neste aspecto, temos um longo caminho a trilhar no sentido de construir uma sociedade democrática transnacional, sem discriminações ou preconceitos, pautada em conceitos éticos, que preservem a vida e garantam dignidade e justiça social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. **Consolida as leis de assistência e proteção a menores.** Revogado pela Lei nº 6.697, de 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso em: 22 ago.2017.

BRASIL. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. **Institui o Código de Menores.** Revogada pela Lei nº 8.069, de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em: 22 ago.2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, atualizado com a Lei nº 12.010 de 2009 e com a Lei nº 13.257 de 2016. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 22 ago.2017.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. **Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 22 ago.2017.

BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. **Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm. Acesso em: 22 ago.2017.

BRASIL. Ministério da Saúde de Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Nota Técnica Conjunta n. 001/2016. **Diretrizes, Fluxo e Fluxograma para a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de álcool e/ou crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos.** Brasília, DF, 10 maio 2016. Disponível em:<http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/bolsa_familia/nota_tecnica/nt_conjunta_01_MDS_msaude.pdf>. Acesso em: 22 ago.2017.

BARSTED, Leila Linhares. **Mulheres, direitos humanos e legislação: onde está a nossa cidadania?** In: SAFFIOTI, Heleieth I. B.; MUÑOZ-VARGAS, Monica (Orgs.). Mulher brasileira é assim. Rio de Janeiro/Brasília: Rosa dos Tempos- NIPAS/UNICEF, 1994. p. 231-270.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 253.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça.** SA Fabris, 1988.

CRUZ, Paulo Márcio Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade [recurso eletrônico] / Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio e BODNAR, Zenildo. **O novo paradigma do direito na pós-modernidade**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), p. 75-83.

FERRER, Gabriel Real. **El derecho ambiental y el derecho de La sostenibilidad**. In: PNUMA. Programa regional de capacitación em derecho y políticas ambientales. 2008.

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: 1. ed. Itajaí: UNIVALI, 2013.

JUNIOR, J.S. A realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o atingimento do Estado Constitucional solidário/2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23435/a-realizacao-da-sustentabilidade-multidimensional-como-pressuposto-para-o-atingimento-do-estado-constitucional-solidario/2>. Acesso em 11/09/2018.

LEITE, Marcos. **Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar**. Cruz, Paulo e Stelzer. Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011

MACIEL. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 68.

MALDONADO, T. P. **Psicologia da Gravidez: parto e puerpério**. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

MALDONADO, T. P. **Maternidade e Paternidade**. Petrópolis: Vozes, 1989.

MENDES, Maria Goretti Soares. **O direito de não ser mãe**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 138.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Os mitos da maternidade e as políticas brasileiras de adoção**. In: MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Mães Abandonadas: a entrega de um filho em adoção. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008. cap. 2, p. 62-82.

PANDJIARJIAN, Valéria. Os estereótipos de gênero nos processos judiciais e a violência contra a mulher na legislação. Rio de Janeiro: IPAS-Brasil, 2002. Disponível em: <http://www.ipas.org.br/arquivos/valeria/painel.doc>. Acesso em: 20 nov.2009.

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

SCHREIBER, Elisabeth. **Os direitos Fundamentais da Criança na Violência Intrafamiliar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2011. p. 80.

SOUZA, H. P. de; CASANOVA, R. P. de S. **Adoção: O Amor faz o Mundo Girar mais Rápido**. Curitiba:Juruá, 2012.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. **Os filhos de ninguém: abandono e institucionalização de crianças no Brasil**. Conjuntura Social, Rio de Janeiro, v. 04, n. 01, p. 30-36, jul. 2004. Semestral.

Disponível em: <http://lidiaweber.com.br/artigos/2000/2000Osfilhosdeninguem.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

TRIBUTAÇÃO COMO FERRAMENTA TRANSNACIONAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: ANÁLISE DA PEC N. 01/2019 E SEUS IMPACTOS PARA O MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO GLOBAL

Marceli Cristia Gagiola¹

Priscila Portella Coutinho²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a alteração legislativa trazida pela Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 0001.0/2019, que tramita na Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, é contrária a previsão constitucional no que diz respeito ao direito fundamental de proteção ao meio ambiente, bem como, no que tange ao princípio da proibição ao retrocesso ambiental.

Torna-se relevante o debate, uma vez que a Proposta de Emenda Constitucional de autoria do Deputado Ivan Natz, visa inserir no texto da Constituição Estadual a emenda substitutiva ao inciso V do artigo 128, objetivando vedar a cobrança de taxa de qualquer natureza, cuja justificativa legislativa baseia-se na cobrança gerada através da taxa de preservação ambiental do Município de Bombinhas, inclusive, que, supostamente, seria um limitador ao tráfego de pessoas ou bens.

Entretanto, é consabido que o meio ambiente é imprescindível à manutenção da vida de toda a humanidade, dessa forma, além de ser considerado como um direito fundamental consagrado constitucionalmente, também deve ser respeitado e analisado sob o aspecto global, cuja proteção compete a todos, solidariamente, o que legitima o uso de diversos instrumentos, entre os quais, a tributação ambiental, modalidade de política pública para se alcançar preservação ambiental, a sustentabilidade e a mitigação dos danos ambientais existentes, da qual a PEC 01/19 vai na contramão, o que torna ainda mais preocupante o processo legislativo em questão e relevante o debate.

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pós-Graduada em nível de Especialização em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Pós Graduada em nível de Especialização em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci, UNIASSELVI. Pós Graduada em nível de Especialização em Direito Imobiliário pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pós Graduada em nível de Especialização em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/SC. Procuradora Geral do Município de Bombinhas (SC). Advogada. Email: marceligagiola12@gmail.com.

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Pós-Graduada em nível de Especialização em Direito Penal e Processo Penal, pelo Complexo de Ensino Damásio. Pós-Graduada em nível de Especialização em Advocacia Trabalhista, pela instituição Verbo Educacional. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro da Comissão OAB Jovem, subseção de Balneário Camboriú. Membro da Comissão de Assuntos Trabalhistas da OAB/SC, subseção de Itajaí/SC. Advogada. E-mail: priscila@portellaqueiroz.com.br.

Neste contexto, sobressaem-se dois vetores importantes que serão abordados conjuntamente, a preocupação global com o meio ambiente decorrente da relação da ordem antropocentrista e a obrigação em relação a proteção ambiental que é universal mas trata-se de um exercício individual e que, no contexto, deve atender a vontade do legislador ordinário.

O artigo será desenvolvido em quatro itens, sendo que o primeiro tratará de forma breve, das questões relacionadas aos deveres de proteção ambiental, em virtude da preocupação da defesa ao meio ambiente sob o aspecto global e planetário. O segundo explanará acerca das políticas públicas de tributação ambiental, como ferramenta transnacional de proteção ao meio ambiente, com uma abordagem acerca da definição de política pública ambiental e sua instrumentalização como meio de amparo, principalmente, no que diz respeito a modalidade de taxa de proteção ambiental. O terceiro item tratará da importância das ações locais de tributação para o enfrentamento da crise ambiental, a partir do concreto do Município de Bombinhas em contraposição à PEC 01/2019, cujo objeto é vetar a cobrança da taxa ambiental instituída, inclusive, neste município, único que opera a referida taxa no momento. No quarto e último item, será abordado o aspecto da PEC 01/2019 frente ao princípio da proibição ao retrocesso ambiental e a incompatibilidade da proposta com os deveres de proteção ao meio ambiente inerentes a toda a população. Isto porque, a conservação do meio ambiente se reflete como um novo paradigma global e, portanto, deve ser tratada com a devida importância pela sociedade.

Quanto a metodologia empregou-se o método indutivo, na fase de investigação, na fase de tratamento de dados, o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva e a análise de dados. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento³.

1. DEVER GLOBAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A consciência da finitude ambiental remonta a primeira viagem espacial, na década de 70, quando o homem avistou o planeta Terra em toda sua imensidão e fragilidade e constatou que todo dano ao meio ambiente converge, ainda que indiretamente, a toda a coletividade, o que culmina com o aumento das abordagens ecológicas e da ingerência do poder público.⁴

Nesse contexto, a preocupação com o meio ambiente evoluiu, criando-se novos parâmetros, especialmente, comandos que especificam os atores obrigados a tutela ambiental, ao tempo que impõe à todos, indistintamente, a responsabilidade de defender e preservar o meio ambiente para as futuras gerações, conforme consagrado constitucionalmente no artigo 225 da Carta Magna, cujo

³ Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido. (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. p.233).

⁴ ODUM, Eugene P. BARRET, Gary W. **Fundamentos da ecologia**. Tradução Pegasus Sistemas e Soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2008. p. 03-04.

dispositivo tem eficácia direta, e irradia seus efeitos pelo ordenamento jurídico, vinculando-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, norteador da ordem constitucional.

E essa preocupação ambiental legitima a criação de instrumentos que visem o uso racional e sustentável dos recursos naturais, a continuidade da sociedade e da natureza, que são a base da prosperidade social e econômica, segundo Klaus Bosselmann⁵. O autor afirma que o equilíbrio entre o meio ambiente e o objetivo econômico é imprescindível para êxito econômico, social e ambiental sem comprometer os recursos necessários para satisfazer as necessidades das futuras gerações e salienta que “[...] o desenvolvimento sustentável deve ser entendido como aplicação do princípio da sustentabilidade, e não o contrário.”⁶

A busca por essa compensação permeia a sociedade atual que vive no limiar entre o crescimento econômico e a sua sobrevivência, mediante o inevitável esgotamento dos recursos naturais, limitados e esgotáveis.

Tiago Fensterseifer ao abordar a tutela ambiental o faz através da teoria dos direitos fundamentais, criando o entrelaçamento entre ambos, através do enfrentamento da tese do antropocentrismo alargado e ecológico, que demonstra a valoração do meio ambiente para o homem, mesmo que este não esteja a seu benefício e impõe ao Poder Público a obrigação de criar medidas de eficácia de tutela ambiental, mediante perspectivas procedimentais, organizacionais e judiciais que viabilizem o desenvolvimento sustentável da sociedade.⁷ E menciona:

[...] uma vez que nós aceitarmos que uma biosfera equilibrada é pré-condição física para a vida, à proteção do ambiente deve ser proporcionada essencial e privilegiado status constitucional, afetando todos os elementos básicos da Constituição, quais sejam: os objetivos políticos, os direitos fundamentais e as instituições. Os objetivos do governo devem ampliar-se do econômico e social para o bem-estar ecológico; os direitos fundamentais devem ser complementados por deveres fundamentais e direitos ecológicos; e as instituições devem estar abertas para permitir a representação de interesses ecológicos”.⁸

Por esses motivos, torna-se indispensável a criação de políticas públicas adequadas de proteção ao meio ambiente a longo prazo, a partir da solução de problemas iniciados em escala doméstica ou local, mas, visando o enfrentamento destes desafios e suas consequências no âmbito global. Isto porque, não se pode mais falar em direito ambiental de forma restrita, sem pensar em

⁵ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade. Transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015. p. 27,38,104.

⁶BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade. Transformando direito e governança**. p.27, 50-53

⁷ Morato Leite, alinhado com a doutrina de Sendin, trabalha com o conceito de *antropocentrismo alargado* (ou moderado), objetivando a tutela do ambiente independentemente da sua utilidade direta ou benefícios ao homem, ao considerar a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural com ideais éticos de colaboração e interação homem-Natureza. Em sentido similar, Pereira da Silva defende o conceito de *antropocentrismo ecológico*, o qual rejeita qualquer visão meramente instrumental, economicista ou utilitária da Natureza, considerando que o ambiente deve ser tutelado pelo Direito, ao passo que a sua preservação é condição para a realização da dignidade da pessoa humana. [...]”. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 46.

⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado p.153.

seus reflexos planetários. Paulo Cruz destaca a perspectiva global transnacional como característica fundamental para a proteção ambiental: “Considerando a forma pela qual os ecossistemas se relacionam e a vida acontece e se desenvolve em todo o planeta, é manifestamente impossível implementar uma tutela efetiva restrita a determinado país ou território delimitado, baseada no superado conceito moderno de Soberania”⁹.

De acordo com o entendimento acima, parte-se da ideia de que a proteção ambiental tem como característica um direito ambiental transnacional, difuso e transindividual¹⁰, pois o esgotamento dos recursos naturais não renováveis, aliado ao crescimento desenfreado da população e à ausência de distribuição destes recursos de forma equilibrada, são ameaças constantes ao meio ambiente e ao desenvolvimento de forma sustentável, cujo enfrentamento confere a necessidade de ações concretas a serem realizadas pelo Poder Público, não somente com projetos locais e isolados, sobretudo pensando de forma globalizada.¹¹

Nesse aspecto, a ideia de transnacionalização do direito, incluindo-se o direito ambiental, representa um novo contexto mundial, que, nas palavras de Stelzer¹² caracteriza-se: “pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal”. E trazendo um conceito de transnacionalidade, Ulrich Beck, na obra “o que é globalização”, a traduz como: “[...] o desmanche da unidade do Estado e da sociedade nacional, novas relações de poder e de concorrência, novos conflitos e incompatibilidade entre atores e unidades do Estado nacional por um lado e, pelo outro, atores, identidades, espaços sociais e processos sociais transnacionais”¹³.

No que diz respeito à tutela ambiental em escala transnacional, deve-se destacar que os recursos naturais pertencem à toda humanidade, devendo ser protegidos, portanto, de forma ampla e global. Considera-se nesse contexto, que os limites territoriais dos Estados soberanos devem ser expandidos para algo além do território nacional, na salvaguarda do bem jurídico mais precioso: a vida de todos os seres que habitam o planeta.¹⁴ Os problemas ambientais refletem um caráter transnacional, que só podem ser resolvidos a partir de esforços permeados em conjunto,

⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**. Democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale de Itajaí, 2011.p. 154-155.

¹⁰ PHILIPPI, Patricia Pasqualini; ZICARELLI, Leonardo. **O direito transnacional ambiental e a proteção do direito ao desenvolvimento humano**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 20/09/2019. p. 1604.

¹¹ VIEIRA, R.S; ARMADA, C.A.S; GARCIA, D. S.S. **O “Estado Corporação” e o “Estado Transnacional Ambiental”**. In: Transnacionalidade e Sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação (org). Porto Velho: Emeron, 2018. p. 45.

¹² STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009. p. 16.

¹³ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** equívocos do globalismo respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 49.

¹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 75.

com a cooperação dos entes públicos, concentrados pelos Municípios, Estados, Estado Nacional, até mesmo atingindo questões supranacionais e mundiais.

Segundo Cruz e Bodnar¹⁵ o desafio da proteção ambiental impõe a necessidade de ações globalizadas dos Estados no plano mundial, ainda que por meio da atuação local, para que haja uma contribuição com a internalização de novas práticas, construindo-se assim, um compromisso solidário e global em favor do meio ambiente e das relações dos seres humanos com a própria natureza. Sobre o tema, os autores destacam ainda:

O mundo caminha em direção ao colapso pela percepção míope da crise ecológica, pois a maioria das pessoas e dos governantes que elaboram e executam importantes políticas públicas, ainda não consegue pensar globalmente os problemas ambientais e implementar estratégias de governança transnacional.

Ainda sobre o âmbito de proteção do Direito Ambiental, verifica-se que a criação de normas e de políticas públicas não deve estar adstrita aos limites das fronteiras, pois há uma necessidade da criação de ferramentas que sejam comuns a todos os cidadãos e países¹⁶. Desta forma, ao tratar-se do meio ambiente, é necessário pensar e agir localmente, para refletir os esforços de proteção globalmente, visto que a biosfera é única e pertence a todos.

A partir disso, constata-se que a caracterização do meio ambiente como direito de todos, cuja obrigação pelo zelo e conservação recai, de forma comum a toda a coletividade e, objetivamente, aos entes públicos, é essencial para garantir a concretude das garantias constitucionais, o que permite uma nova conformação jurídica quanto a valoração dos bens vitais e impõe a adoção de medidas destinadas a efetividade da tutela ambiental, com vistas ao uso sustentável dos recursos naturais.

Esta acepção se revela uma preocupação de interesse global, eis que assume proporções que resultam de um desequilíbrio socioambiental interligado.¹⁷

Importante trazer à lume o posicionamento apurado de Fritjof Capra e Ugo Mattei, que através de uma abordagem entre o consumismo e as transformações que o sistema capitalista provoca no meio ambiente, buscam uma percepção ecológica da vida, mediante o rompimento da lacuna existente entre o homem e a natureza e do compartilhamento de diversos conhecimentos, visando ao fomento e o bem comum através de dimensão ecojurídica.¹⁸

¹⁵ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. Itajaí: UNIVALI, 2012. Livro eletrônico. ISBN 978-85-7696-094-2 (e-book). Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. p. 117.

¹⁶ ROTA, Demétrio Loporeta. **Los principios de Derecho ambiental**. p. 27-28. In: CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. Itajaí: UNIVALI, 2012. Livro eletrônico. ISBN 978-85-7696-094-2 (e-book). Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. p. 165.

¹⁷ OTTONE, Ernesto. **Notas sobre globalização e progressismo**. In: Instituto de Política. Um novo caminho para o Brasil no século XXI. Brasil: UNESCO, 2002. p. 102.

¹⁸ CAPRA, Fritjof. MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018. p. 254.

Nessa perspectiva, embora de efetividade ainda distante do limiar ideal, observa-se imperioso a conjunta atuação do Estado, principalmente por meio de Políticas Públicas que visam garantir as liberdades política e jurídicas e a tutela ambiental impositiva, a fim de resguardar a manutenção da vida humana no Planeta infinitamente, conforme serão melhores abordadas no próximo capítulo.

2. TRIBUTAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO À TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Com efeito, a problemática desenvolvimentista econômica atinge a esfera social de forma antecipada, muito antes de adentrar na esfera ambiental, sendo as repercussões acerca do meio ambiente relegadas a segunda ordem pela sociedade atual, cujas ações não são efetivadas de forma determinante e o senso de tutela ambiental, muitas vezes representa um obstáculo aos parâmetros do mundo globalizado atual, sedimentado sobre o consumo e sobre o prisma econômico-financeiro.¹⁹

Destarte, a concepção de viver em um ambiente ecologicamente equilíbrio deve ser concebido sob todos os aspectos, sendo atribuído a todos, indistintamente, a tutela ambiental, mas, primordialmente, ao Poder Público, que atrai a competência constitucional de tutelar os direitos dos cidadãos e do meio ambiente, mediante a execução da legislação pertinente e programas e atividades, visando a preservação, manutenção, recuperação e, principalmente, atuação de forma positiva, impositiva e antecipada para evitar a degradação ambiental.

Nesta linha, inserem-se as políticas públicas, instrumentos democráticos e interdisciplinares que resultam de ações políticas e estratégicas que possuem como objetivo garantir o bem estar social, cuja efetividade depende da percepção da vida da comunidade local e de ações fiscalizatórias.²⁰

Álvaro Chrispino compreende as políticas públicas como ação intencional do governo para atender as demandas sociais e as define como um círculo virtuoso, através do qual a sociedade define os dirigentes do poder executivo para que depois estes representantes produzam as políticas públicas que retornam em benefícios do cidadão.²¹

Juarez Freitas, por sua vez, compreende as políticas públicas com lastro amplo, como um programa de Estado que deve ser implantado conforme as prioridades constitucionais, de modo a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais para as presentes e futuras gerações.²²

¹⁹ FERREIRA, Pinto. **Sociologia do desenvolvimento**. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1993. p. 36.

²⁰ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.p. 11-14.

²¹ CHRISPINO, Alvaro. **Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016. p. 30.

²² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade das políticas públicas: nova modalidade de escrutínio**. In.: BODNAR, Zenildo; CELANT, João Henrique Pickcius; MARCOS, Rudson (Org.). **O judiciário como instância de governança e sustentabilidade: descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018. p. 47

Quanto as características das políticas públicas, Reinaldo Dias e Fernanda Matos apontam como principais elementos a estabilidade da medida, adaptabilidade, compatibilidade com ações coordenadas, qualidade, interesse público, eficiência, modalidade e decisão para a qual são destinadas, finalidade e alcance, cujas definições são garantidoras de sua efetividade.²³

As políticas públicas, portanto, são projeções do Poder Público com vistas a concretização de soluções em benefícios de direitos individuais para solver uma problematização enfrentada pela sociedade, permeada por garantias constitucionais, através de medidas definidas conforme a discricionariedade do poder público e implementadas de maneira que atenda ao bem comum.

Em se tratando de medida de natureza conceitual abstrata, a política pública na seara ambiental deve primar pela conservação e preservação do meio ambiente e se assentar na implementação de medidas dimensionadas para ação de prevenção, conservação, reparação, recuperação, responsabilização, educação ambiental e desenvolvimento sustentável, entre outras medidas, com vistas a garantir a conformação do direito ambiental como direito fundamental e a qualidade de vida do cidadão.

Trata-se de uma nova abordagem que reflete a atual gênese da política pública ambiental e que autoriza o entrelaçamento robusto entre as diversas dimensões. Contudo, o Estado se assenta sobre uma Constituição afirmadora de direitos e garantias individuais, delineadas por políticas públicas e deveres impostos ao poder público.

Nesta linha, o manejo das políticas públicas sob o prisma ambiental, é impulsionado por diversas variáveis, nas quais inserem-se eventos de cunho internacional que deixaram um legado histórico, como a Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio Ambiente em Estocolmo realizada no ano de 1972 onde se debateu sobre o meio ambiente e o desenvolvimento do planeta terra e o Clube de Roma, organização não governamental que abordava o desenvolvimento zero e medidas urgentes para evitar um colapso ecológico,²⁴ e a Comissão sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas, de 1987 que traçou o conceito sobre o desenvolvimento sustentável²⁵ e que contribuíram, de forma efetiva, para a incorporação de medidas protetivas em políticas públicas ambientais com a finalidade precípua de mitigar os impactos causados pela crise ecológica e evitar danos do porvir, além de um arcabouço institucional composto por legislações codificadas e esparsas que norteiam as ações privadas e governamentais.

Já no âmbito nacional, as políticas públicas ambientais são compostas por uma fase pré constitucional, constitucional e pós constitucional²⁶, inserindo-se na primeira fase, partir de 1934 o

²³ CHRISPINO, Alvaro. **Introdução ao estudo das políticas públicas**: uma visão interdisciplinar e contextualizada. p. 17.

²⁴ HENZ, Bruno Gabriel. Et. al. **As Políticas Ambientais em Perspectiva Histórica e Seus Impactos Sobre as Questões Econômicas e Jurídicas**. In.: Direito, economia e meio ambiente [recurso eletrônico] : olhares de diversos pesquisadores / org. Adir Ubaldino Rech, Alindo Butzke; Maria Carolina Gullo – Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educus, 2012. p. 77

²⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p 275

²⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. p 159-160

Código das Águas, Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934²⁷, o Código de Minas, Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940²⁸, alterado pelo Decreto-Lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967²⁹. Posteriormente, orientaram a política ambiental de proteção e racionalização de recursos naturais, a Lei Federal n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981³⁰ que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, marco da proteção do meio ambiente, que condensa as diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e inovou ao fixar os mecanismos de proteção ambiental, a responsabilidade do poluidor pagador e o estudo impacto ambiental para implantação de obras potencialmente lesivas; a Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985³¹ que disciplina os requisitos para a interposição de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, entre outros e que contemplou, também a responsabilidade por dano ambiental.

A Constituição Federal inaugura a fase constitucional ao elevar o direito ambiental a status de direito fundamental e norteia a temática ambiental e garantindo o equilíbrio ecológico e a tutela plena e essencial à sadia qualidade de vida da população através da atuação conjunta e efetiva do Estado e da sociedade em prol da preservação do meio ambiente para às presentes e futuras gerações.³²

Além do disposto no próprio texto constitucional, as medidas de políticas públicas ambientais podem ser identificadas, especialmente, no evento como a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no ano de 1992 e na criação de leis de proteções ambientais, medidas que garantem maior segurança jurídica, em razão da necessidade de estarem atreladas a modificação legislativa por lei posterior e não apenas ato discricionário isolado do Poder Executivo como a Lei Federal 9.605 de 12 de fevereiro de 1998³³ que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012³⁴ que trata da proteção da vegetação nativa; Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001³⁵, que dispõe sobre as diretrizes do planejamento urbano entre outras ações

²⁷ BRASIL. **Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm. Acesso em: 20/09/2019.

²⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1985.htm. Acesso em: 20/09/2019.

²⁹ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0227.htm. Acesso em: 20/09/2019.

³⁰ BRASIL. **Lei Federal n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.bvambientebf.uerj.br/arquivos/edu_ambiental/popups/lei_federal.html. Acesso em: 19/09/2019.

³¹ BRASIL. **Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 19/09/2019.

³² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 161

³³ BRASIL. **Lei Federal 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso 20.09.2019

³⁴ BRASIL. **Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm. Acesso em 21.09.19

³⁵ BRASIL **Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 21.09.19

e a Lei Complementar n.º 140, de 08 de dezembro de 2011³⁶, que fixa normas de cooperação entre os entes públicos para atuações administrativas relativas à proteção do meio ambiente, entre outras, em busca do desenvolvimento sustentável.

Segundo Tiago Fensterseifer, a Constituição Federal constituiu um novo vértice normativo de proteção jurídica que denomina de “constitucionalização” do Direito Ambiental brasileiro Pós-1988” cujo efeito irradia por todo ordenamento atingindo, inclusive, “o legislativo infraconstitucional anterior e posterior à sua promulgação [...]” e consagra o direito ambiental como um novo direito fundamental da pessoa humana, atribuindo ao Estado, por sua vez, uma nova tarefa constitucional.³⁷

Nesta fase, novos incentivos à proteção do meio ambiente são admitidos através de programas instituídos pelo Ministério do Meio Ambiente inseridos na Agenda Nacional de Qualidade Ambiental Urbana, entre os quais destacam-se a Agenda Ambiental na Administração Pública - A3P³⁸ que se destina aos órgãos públicos da União, Estados e Municípios e aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com vistas a implementar boas práticas de sustentabilidade e o Projeto Orla que visa promover a gestão integrada da orla marítima e dos espaços litorâneos da União³⁹.

A formulação da problemática ambiental insere-se ainda nos planos de desenvolvimento dos programas de políticas ambientais das Organização das Nações Unidas consagrando-se como os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)⁴⁰ elaborado pela organização e consagrado na Agenda 2030 que se caracteriza por ações globais que visam alcançar a sustentabilidade através de práticas de medidas que buscam atingir metas inovadoras, em favor do bem estar social, realizadas por qualquer pessoa, ou especialmente, através do poder público, a quem incumbe promover a garantia dos direitos fundamentais e a execução das políticas públicas.

O Estado, portanto, está atrelado ao dever de satisfazer as necessidades sociais, atender a tutela ambiental e convalidar os seus próprios objetivos através de atividades e de programas desempenhados por um farto aparato, que possibilite arcar com os custos de sua implementação, fiscalizar, cumprir com a legislação e as políticas públicas ambientais, o que pode ser verificado a partir da implementação da tributação ambiental.

³⁶ BRASIL. **Lei Complementar n.º 140, de 08 de dezembro de 2011**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm. Acesso 21/09/2019

³⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p 160

³⁸ Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) é um programa do Ministério do Meio Ambiente que objetiva estimular os órgãos públicos do país a implementarem práticas de sustentabilidade. BRASIL, **Ministerio do Meio Ambiente**. Brasília, DF: MMA, 2017. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>. Acesso em 15/09/2019.

³⁹ Projeto Orla. **Ministério do Meio Ambiente**. Brasília, DF: MMA, 2018. Disponível em <https://www.mma.gov.br/gestao-territorial/gerenciamento-costeiro/>. Acesso em 15/09/2019.

⁴⁰ Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasil, **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pos2015/MMA,2018OBJETIVOS>>. Acesso em 15/09/2019.

Neste aspecto, destaca-se que a Constituição Federal traça a competência tributária dos entes federados, estando todos adstritos ao princípio da legalidade e para que cada ente possa atender as suas atribuições deve valer-se dos instrumentos que lhe são submetidos a fim de desenvolverem políticas públicas concretas. Sob este aspecto Regis Fernando de Oliveira afirma: “O Estado não existe por si só, como entidade lúdica. Tem um destino a cumprir e deve satisfazer às finalidades encampadas no ordenamento normativo. Sua razão de ser esta definida na própria Constituição. O Poder constituinte traça para o Estado quais os objetivos que deve alcançar.”⁴¹

Os tributos⁴², portanto, são institutos vinculados à máquina pública, com função primordialmente fiscal, mas que podem assumir atribuição, primordialmente, indutora de comportamento, destinada a conduzir condutas para determinados interesses públicos, com vistas a buscar o equilíbrio entre a arrecadação e, no prisma ambiental, a preservação e conservação do meio ambiente, que é o caso da extrafiscalidade, onde se objetiva alcançar transformações sociais⁴³.

A premissa acerca da importância da adoção de instrumento de tributação na dimensão ambiental é aventada ainda por Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida que afirma:

A adoção desta estratégia pode contribuir, em muito, para a efetividade da legislação ambiental brasileira, de predominante perfil protetivo-repressivo, bem como para a própria mudança deste clássico perfil legislativo e da forma de controle passivo que lhe é próprio. Este, como se verá, preocupa-se mais em desfavorecer as ações nocivas do que em favorecer as ações vantajosas, sendo nítida a superioridade, em termos de eficácia prática, do controle ativo, que, contrariamente, busca favorecer as ações vantajosas, mais do que desfavorecer as ações nocivas.⁴⁴

E Roberta Silva Martins não destoa ao mencionar que

[...] a complexidade dos fenômenos econômico-financeiros justifica que o Estado institua tributos com a finalidade de perseguir outros objetivos, diversos da mera obtenção de receita para custear suas atividades típicas, podendo, assim, interferir no direito de propriedade e/ou ao livre exercício de trabalho, profissão ou ofício, caracterizando-se, portanto, a finalidade extrafiscal do tributo.⁴⁵

Verifica-se, portanto, que embora a relevância da tributação resida na arrecadação deve haver uma conformação de interesses entre a fiscalidade e a extrafiscalidade a fim de parametrizar a tributação para fins ambiental com os interesses do Estado e estes com a necessidade do meio ambiente e a problemática identificada, logrando uma conscientização ambiental.

⁴¹ OLIVEIRA, Regis Fernando de. **Curso de direito financeiro**. 2.ed. rev.atual. São Paulo: RT, 2008 p.27

⁴² **Art. 3º.** Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. BRASIL. **LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 20/09/2019.

⁴³ NASCIMENTO, Leonardo Maia. **A tributação na preservação do meio ambiente e no desenvolvimento sustentável**. In.: Tributação, Meio Ambiente e Desenvolvimento. Lise Tupiassu. João Paulo Mendes Neto (Org.). 1ª Ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 33.

⁴⁴ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **A Efetividade e a Eficiência Ambiental dos Instrumentos Econômico-financeiros e Tributários**. Ênfase na Prevenção. A Utilização Econômica dos Bens Ambientais e suas Implicações. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 534.

⁴⁵ MARTINS, Roberta Silva. **Da Função Extrafiscal dos Tributos**. Disponível em <http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/DA%20FUN%C3%87%C3%83O%20EXTRAFISCAL%20DOS%20TRIBUTOS.pdf>. Acesso em: 20.09.19.

Nessa abordagem, sem afastar a autonomia dos demais entes públicos, mas considerando a máxima do “pensar globalmente e agir localmente”, através da qual se vislumbra maior efetividade, verifica-se que a competência tributária no âmbito municipal está inserida no artigo 145 e 156 da Constituição Federal, no entanto, segundo Adriana Dantas Nery, ao instituir tributos voltados ao meio ambiente o ente municipal deve ter a disposição uma infraestrutura para o exercício do poder de polícia ambiental e órgãos administrativos, além de cargos específicos, conselho, fundo municipal e, especialmente, apoio legislativo para dar efetividade as medidas a serem concretizadas.⁴⁶

Silvia Regina Salau Brollo salienta que todo tributo que possui arrecadação destinada para fins ambiental pode ser considerado tributo ambiental e ao tratar das características da extrafiscalidade dos tributos ambientais menciona que:

[...] o tributo apresenta-se ambiental (i) na estrutura interna da norma impositiva ou (ii) pela vinculação ambiental do produto arrecadado ou (iii) pelo aspecto de extrafiscalidade dado ao tributo. O tributo ambiental, na sua estrutura interna, contém, no fato gerador ou na base de cálculo, elementos de índole ambiental. [...] ⁴⁷

Para exemplificar, a autora contempla espécies tributárias cujos recursos são destinados à projetos ambientais e preservação do meio ambiente como a contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool etílico combustível, Lei nº 10.336/2001, cujo produto da arrecadação é destinado a projetos ambientais voltados para a indústria do petróleo e gás nos termos do artigo 4º da Lei nº 10.636/2002 e o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, instituído pela Lei nº 9.393/1996, cuja base de cálculo exclui as áreas de preservação permanente, as áreas de reserva legal, as áreas de interesse ecológico e as áreas cobertas por florestas nativas.

Salienta Silvia Regina Salau Brollo que:

No campo do Direito Tributário Ambiental, a extrafiscalidade deve atuar em situações cujos patamares de afetação do meio ambiente não são tão elevados a ponto de serem sancionados penalmente. A extrafiscalidade, dessa forma, lança mão de dois instrumentos de tutela do meio ambiente: o tributo ambiental e os benefícios fiscais. Assim, os agentes econômicos pagam por poluir (tributos ambientais) ou os contribuintes pagam aos agentes econômicos para não poluírem (benefícios fiscais ambientais). ⁴⁸

Portanto, o aspecto da extrafiscalidade privilegia o rompimento do modelo tradicional fiscal arrecadatório, atribuindo conotação para a função ambiental, na qual prepondera o viés ecológico-social, haja vista as ampliações das características estatais moldadas às necessidades coletivas.

⁴⁶ NERY, Adriana Dantas. [et. al]. **Tributação, meio ambiente e desenvolvimento**. Coordenação Lise Tupiassu, João Paulo Mendes Neto. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2016. p.89.

⁴⁷ BROLLO, Silvia Regina Salau. **A extrafiscalidade dos tributos ambientais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 66, jun. 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Silvia_Brollo.html. Acesso em: 21/09/2019.

⁴⁸ BROLLO, Silvia Regina Salau. **A extrafiscalidade dos tributos ambientais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 66, jun. 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Silvia_Brollo.html. Acesso em: 21/09/2019.

E os instrumentos tributários são uma nova modalidade que deve promover entrelaçamento robusto e eficaz entre a dimensão constitucional, ambiental e tributária, uma vez que vivemos num momento em que o meio ambiente é indissociável dos aspectos econômicos, jurídicos e políticos.

3. A PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA N.º 0001.0/2019 E A IMPORTÂNCIA DE AÇÕES LOCAIS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A Constituição Federal preconiza em seu artigo 225 que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum de todos, é essencial à sadia qualidade de vida e confiou ao poder público e à toda a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo em prol das presentes e futuras gerações.

Este comando, por si, torna relevante o tema que deve ser amparado por ações e amplos programas de governo e implementados com prioridades constitucionais buscando garantir a efetividade dos direitos fundamentais intergerencial.

E uma vez que o direito ambiental foi elevado a status constitucional deve ser analisado sob uma perspectiva universal e consubstanciado nos princípios da solidariedade, pois tratam de direitos que transbordam os deveres de atuação dos entes públicos, conforme concepção de Tiago Fensterseifer⁴⁹, que salienta: “O mundo gira cada vez mais em torno de uma mesma realidade ambiental (como pode ser percebido com o aquecimento global), sendo que as atividades levadas a cabo no âmbito local, regional e nacional acabam por ser determinantes para a composição da realidade global”.

Da mesma forma, quando avaliados sob a abordagem transnacional, os direitos fundamentais concebidos sob o prisma ambiental revelam-se solidários, não somente em relação aos seus contemporâneos, mas também em relação às futuras gerações, tendo em vista a pretensão de evitar-se o perecimento do planeta e o esgotamento dos recursos naturais.⁵⁰ A este respeito Marcos Leite Garcia reforça:

É a questão transnacional por excelência, e é uma questão mais que urgente de todas, pois sem o planeta, nossa casa, não poderemos viver, evidentemente que é uma questão urgentíssima. Também é a questão difusa por excelência: o uso irracional de um recurso natural, como água, por exemplo, poderá privar até as futuras gerações deste bem natural fundamental. A causa da proteção do meio ambiente, sua reivindicação e sua transformação na mentalidade do ser humano e nos meios produtivos, certamente é a mais imprescindível questão transnacional uma vez que o futuro da raça humana poderá ser sua extinção com a destruição dos elementos, que mantém o equilíbrio da

⁴⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 139.

⁵⁰ GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e Transnacionalidade**: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 173

natureza. A consciência que fazemos parte da natureza é de fundamental importância, a mudança de mentalidade aqui é vital para toda a raça humana.⁵¹

E sob a perspectiva dos princípios, identifica-se que o princípio da subsidiariedade possui importante vínculo com a questão, pois reconhece a competência autônoma dos entes políticos e viabiliza a aplicação da máxima “pensar globalmente e agir localmente”, bem assim como, o princípio da solidariedade, que torna o ser humano um ser social e estabelece conexões na sua relação com o próximo e a cooperação entre os Estados e inaugura a proteção ambiental no cenário internacional, determinando a atuação “[...] solidária dos Estados nacionais na salvaguarda dos recursos naturais planetários, em vista especialmente dos deveres e responsabilidades mútuos existentes entre todos os países na proteção ambiental”, segundo pontua Tiago Fensterseifer.⁵² Segundo o autor, no aspecto ambiental:

O princípio da solidariedade deve se projetar para além das fronteiras dos Estados nacionais, o que impõe pelo próprio contexto internacional da maioria dos sistemas naturais, no sentido de ser tomado como imperativo, ao mesmo tempo ético e prático, conformar e limitar as práticas sociais (e também estatais) predatórias do ambiente, em vista de um desenvolvimento sustentável mundial. O modelo clássico de soberania nacional está com os dias contados em razão da crise ecológica.⁵³

Portanto, o enfrentamento da crise ambiental requer a integração de medidas de conscientização, de políticas públicas e da implantação de institutos de natureza tributária, objetivando produzir mudanças comportamentais e promover equilíbrio ecológico-social com vistas a salvaguardar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, conforme preconiza a Carta Magna e os instrumentos tributários alinhados às políticas públicas ambientais são alternativas para o legislador e para o ente público promoverem o enquadramento dos objetivos institucionais.

No entanto, os argumentos que fundamentam a proposta legislativa em comento não possuem a mesma percepção jurídica.

A proposta que foi aprovada pela admissibilidade na 66ª Sessão Ordinária da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, visa alterar o disposto no inciso V do artigo 128 da Constituição Estadual⁵⁴ que atualmente preconiza:

V - Estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou de bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, excluída a cobrança de preço pela utilização de vias conservadas pelo Estado;

E passará a vigorar com a seguinte proposição:

⁵¹ GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e Transnacionalidade**: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 189.

⁵² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 114, 140-141.

⁵³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. p. 117.

⁵⁴ SANTA CATARINA. **Constituição Estadual De 1989**. Disponível em http://leis.ale.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html. Acesso em 21.09.19.

V - Estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou de bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, inclusive por meio da cobrança de taxa de qualquer natureza, excluída a cobrança de preço pela utilização de vias conservadas pelo Estado; (sublinhei).

A justificativa legislativa aponta a incompatibilidade da cobrança da taxa ambiental com o ordenamento constitucional e pretende vedar a cobrança já instituída nos Municípios de Bombinhas e Governador Celso Ramos. Segundo o legislador, trata-se de espécie de tributo vinculado ao exercício de poder de polícia ou prestação de serviço específico e divisível que não se enquadra na categoria instituída nos referidos municípios.⁵⁵

Além disso, arguiu insuficiência quanto ao exercício do poder de polícia do Poder Público e que a atividade fiscalizatória ocorre de maneira genérica, sendo que a atividade custeada pela taxa ambiental não considera o contribuinte de forma individual, infringindo o princípio da isonomia tributária, inclusive.

Alega que todos são potenciais poluidores, entretanto, a taxa incide apenas em visitantes esporádicos e por meio de automóvel, sendo seu foco principal o arrecadatário.

No entanto, constata-se que o repertório argumentativo supra é meramente político e absolutamente incompatível com a confluência doutrinária que aportam nas decisões proferidas pelo Colendo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e ao Supremo Tribunal Federal onde foram, profundamente, debatidos na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9153854-27.2014.8.24.0000 e no Recurso Extraordinário n.º 1.160.175⁵⁶, respectivamente, promovidas pelo Ministério Público em face do Município de Bombinhas, único Município Catarinense que opera a cobrança da taxa de preservação ambiental do Brasil, inclusive, cujas acórdãos serão abaixo transcritas a fim demonstrar o equívoco do empenho legislativo discutido.

Com efeito, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9153854-27.2014.8.24.0000⁵⁷ em face da pioneira taxa de proteção ambiental, entendeu o nobre Relator Des. Cid Goulart que a tese de inadequação da espécie tributária era insubsistente, porquanto, a via eleita pretendia salvaguarda do meio ambiente. Ainda, de forma ponderada, considerou a inexistência de desigualdade no tratamento jurídico conferido aos contribuintes na exata ordem da distinção das condições fáticas existentes, bem como, considerou inexistente qualquer embaraço ao trânsito de pessoas e

⁵⁵ ESTADO DE SANTA CATARINA. PEC/0001.0/2019. Disponível em <http://visualizador.ale.sc.gov.br/VisualizadorDocumentos/paginas/visualizadorDocumentos.jsf?token=4f0dd2822aadbec58cea2965ef991f1bef95aabcac52450be6d99c145bb59cc47a40691fc89dcb7efb32099cb4b3d31>. Acesso.21.09.2019.

⁵⁶ RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 1.160.175 SANTA CATARINA. Julgado em 12 de julho de 2019. <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340725834&ext=.pdf>. Acesso em: 22/09/2019.

⁵⁷ ESTADO DE SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 9153854-27.2014.8.24.0000**. Julgado. 15.02.2017. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=9153854-27.2014.8.24.0000&cdProcesso=P0000C02X0000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=uwg8ybZouNawDM9FwxMa%2F3uN3atjMFObQgdStW3%2FkXBNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1VHg3WdKaPVU%2BAjL3mqIAlfHYsbwy7onWJp5uMZVnBFSAn40nkYjVOle%2B0rmcwq7H65MKTQByQJGIQcvXEsXun6zk6wlkUfmzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04hI3hSDXGfgPyYQUT%2FhO07DFcDZuee%2F%2FpInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21hqH9G%2FY5tkzLkZ%2BVvESlqvHFNUlyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVxySp6Mv4Y1VN0i6g9NINtLj6QL5wtWViKUJXOYNFht3haxnkq9QewU67NL6QcXzreC%2BwDKtylTEPo5TJ0tXXXt9TqBrOX>. Acesso 21.09.2019.

bens no Município, uma vez que o fato gerador era a potencial degradação ambiental e não a mera circulação na localidade, razão pela qual afastou ofensa a Constituição Estadual e julgou improcedente os pedidos iniciais. Consignou ainda o julgador que o Município deverá permanecer realizando investimentos dos recursos arrecadados na preservação do meio ambiente, sob pena de ver afastada constitucionalidade, o que é contemplado na própria Lei n. 185/2013⁵⁸ que instituiu a Taxa de Preservação de Ambiental.

Quanto a cobrança da taxa gerada por veículo que adentra ao Município, no período de 15 de novembro a 15 de abril, correspondente à temporada de verão, compreendeu o relator que se trata de uma excepcionalidade que exorbita a capacidade geográfica do Município de Bombinhas e reconheceu que a taxa pode ocorrer no período de recebimento extraordinário de pessoas e onde há sobrecarga das atividades do Poder Público em prol da salvaguarda do macrobem ambiental geradas pela demanda jurídica recebida em um curto espaço de tempo que não é decorrente da utilização por moradores permanentes do Município e por aqueles que se deslocam até a região para prestar serviços de interesse da comunidade, o que também justifica a isenção de alguns segmentos de serviços da cobrança da taxa.

Já a decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 9 1.160.175 da lavra da Ministra Carmen Lucia, foi além e harmonizou a taxa de preservação com a taxa de fiscalização de controle ambiental pacificada nos tribunais superiores, negando provimento ao recurso.

As finalidades da proposta legislativa, portanto, já foram juridicamente afastadas e o instrumento tributário que se pretende fulminar possui uma sistemática protetiva ambiental que ultrapassa a mera hipótese arrecadatória que atua de forma hialina e sistêmica na comunidade local.

4. PEC N. 9 001/2019 E SEUS REFLEXOS NA CONCRETIZAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL EM ÂMBITO GLOBAL

A proteção ao meio ambiente é um comando normativo disposto no texto constitucional, que incumbe a todos, indistintamente, uma vez que o meio ambiente é direito fundamental. No entanto, requer a empatia de valores, qualidades subjetivas que operam na ordem interior de cada indivíduo, de modo que a tutela ambiental é uma projeção que deve ser alinhada a valores e princípios pessoais e concebida de forma global uma vez que repercute na esfera de todos.

Nesse aspecto, de forma interessante, Tiago Fensterseifer⁵⁹ citando Petter pontua que o consumidor pode ter a sua escolha limitada frente a defesa ambiental, pois precisa ser cientificado

⁵⁸ MUNICÍPIO DE BOMBINHAS. **Lei Complementar n. 185 de 19 de dezembro de 2013.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/lei-complementar/2013/18/185/lei-complementar-n-185-2013-institui-a-taxa-de-preservacao-ambiental-tpa-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 21/09/2019.

⁵⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente.** A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 133.

da dimensão ecológica do consumo e do seu comportamento individual, uma vez seu comportamento repercute, ainda que indiretamente, na coletivamente.

Logo, na atual dimensão o meio ambiente não pode ser considerado de forma individual e a conscientização ambiental deve ser o mecanismo estratégico de superação da crise ambiental.

Nesta linha, Márcio Ricardo Staffen⁶⁰ compreende que a conservação do meio ambiente é um novo paradigma global que denomina de “bem público global”, eis que afeto a toda humanidade, pois não se vincula somente as tratativas estatais e por isso deve ser protegido de forma universal.

O autor também elege como princípio essencial na condução auxiliar da proteção ambiental o princípio da participação, uma vez que o cidadão deve ser conscientizado dos procedimentos e das decisões que é submetido e não apenas ser mero destinatário da medida, a fim de reforçar o comprometimento com a defesa e a tutela ambiental.⁶¹

A discussão e participação popular, portanto são salutares para a efetividade do regime democrático e a Lei Complementar Municipal n.º 185 de 19 de dezembro de 2013 que institui a taxa de preservação ambiental foi afinada a estes parâmetros, ouvindo a população e, principalmente, atenta a estreita observância a vontade dos membros da Casa Legislativa, os nobres Vereadores, representantes eleitos pelo povo que votaram e a aprovaram a referida lei em conformidade com seus regimentos.

A relevância do tema tem ainda aporte no aspecto da autonomia política, tributária, administrativa e legislativa dos Municípios que está consagrada nos artigos 29 a 31 da Constituição Federal e entre outras determinações, estabelece no artigo 30 a competência para atuação do poder público, que deve estar atento ao planejamento específico, conforme a proposição local, inclusive, acerca de assuntos ambientais cujo lastro possui diversas vertentes, e quanto mais regionalizada a ação, maior será a probabilidade de eficiência da medida.

A Lei Complementar n.º 140/2011 igualmente autoriza atuação dos municípios e a implementação de ações que visem a concretização de interesses locais, com vistas a efetividade da gestão ambiental conforme se verifica em seu artigo 9º.

Arlindo Daibert Filho ao tratar da competência municipal menciona que a partir “[...] da consciência coletiva de que se deve pensar globalmente e agir localmente [...]”⁶² adotou-se o princípio da subsidiariedade que favorece a organização descentralizada e a tomada de decisões no nível mais básico da estrutura administrativa, identificado como patamar mais próximo ao cidadão, restando para a esfera superior, mais centralizada, a atuação coadjuvante na solução do problema.

⁶⁰ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. XII.

⁶¹ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 115.

⁶² FILHO, Arlindo Daibert. **O papel constitucional do município na custódia do ambiente no Brasil**. In: Vladimir de Freitas. (Coord.) **Direito ambiental em evolução** n.º 5. 1ª ed. 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011. p. 77-79.

E salienta que:

[...] para qualquer encaminhamento que se pretenda dar a um tema relacionado ao ambiente, o governo local deverá ser o indicado a atuar preferencialmente e, mesmo quando não lhe caiba fazê-lo com exclusividade, estar diretamente envolvido na matéria e à frente da condução dos temas que afetem diretamente a seus próprios interesses.⁶³

Trata-se, portanto, de uma conformação jurídica que viabiliza a atuação do ente público municipal facultando a adoção de medidas complementares, indutoras de práticas sustentáveis em todas as áreas de atuação e auxilia na realização dos atos de poder de polícia com a finalidade de efetivar a fiscalização das políticas públicas implementadas e a atuação na intervenção econômica, mediante a instituição de tributos extrafiscais como referência para a melhoria do meio ambiente e bem estar coletivo.

Para Adriana Dantas Nery a competência material do ente municipal para a concretização do poder de polícia na esfera ambiental é identificada nos artigos 1º e 25 da Lei Federal n.º 12.651 de 25 de maio de 2012, que estipula a adoção de políticas para a preservação e restauração de vegetação nativa e trata de áreas verdes urbanas e nos artigos 1º, 2º e 4º da Lei Federal n.º 10.257 de 10 de julho de 2001, que dispõe sobre planejamento urbano e assegura a função social da propriedade, dispondo da forma menos danosa ao meio ambiente.⁶⁴

Nesse aspecto, verifica-se que eventual consolidação da PEC 001/2019 não interferirá nos fluxos tributários em trâmite, visto que a matéria já passou pelo crivo judicial, entretanto, não fosse somente dissonante aos termos acima já pontuados se mostrará um reflexo deliberativo e egoístico que expressa um descaso com a solidariedade ambiental e demonstra um descaso ao empenho conjunto, justo, ético e intenso da coletividade na busca por uma solução mais adequada à problemática local.

Além disso, revela-se como uma clara intenção de violação ao princípio da proibição do retrocesso ambiental, que Michel Prieur identifica como uma ameaça às políticas ou uma “deslegislação”.⁶⁵ E Tiago Fensterseifer assim o define:

[...] o princípio da *proibição de retrocesso ambiental* (ou ecológico) seria concebido no sentido de que a tutela normativa ambiental deve operar de modo progressivo no âmbito das relações jurídicas, a fim de ampliar a qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade humana, não retrocedendo jamais a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje.⁶⁶

⁶³ FILHO, Arlindo Daibert. **O papel constitucional do município na custódia do ambiente no Brasil**. In: Vladimir de Freitas. (Coord.) *Direito ambiental em evolução*. p. 77-79.

⁶⁴ NERY, Adriana Dantas. [et. al]. **Tributação, meio ambiente e desenvolvimento**. Coordenação Lise Tupiassu, João Paulo Mendes Neto. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2016 .p. 88.

⁶⁵ PRIEUR, Michel. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Rodrigo Rollemberg (Org.) Senado Federal. Brasília – DF. p. 8.

⁶⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 261.

Nesta acepção, a legislação ambiental somente poderia ser modificada em benefício da coletividade e não em prejuízo, como pretende a indigitada Pec.

A compreensão do autor destaca em relação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental destaca que na atualidade já há um passivo ambiental insanável que repercute nas gerações futuras e, *in casu*, a finalidade legislativa deve enfrentar este recuo das práticas que exorbitam o equilíbrio ambiental e buscar uma justiça ecológica intrageracional, evitando entregar para as gerações futuras um ambiente pior do que o atual.⁶⁷

Assim, embora a PEC 001/2019 seja uma proposta individual, será apreciada por um colegiado, que se espera, seja dotado de empatia e solidariedade, haja vista a responsabilidade com a coletividade e com o meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa, nota-se os desafios que ainda estão por vir no sentido de se alcançar a plenitude na proteção do meio ambiente, da própria vida humana e das demais espécies que coabitam o planeta, em virtude das barreiras e dificuldades apresentadas ao longo do percurso, tal como o exemplo apresentado pela PEC 001/2019, que visa vedar a cobrança já instituída em alguns municípios da taxa ambiental, instrumento de Política Pública usado justamente com a finalidade de proteção ambiental.

Nesse contexto verifica-se a importância do debate sobre o tema, pois é necessário que a sociedade, principalmente em conjunto e com o apoio do Poder Público, amplie seu campo de proteção, a partir da consciência de que com o mundo cada vez mais globalizado, as atitudes e ações realizadas localmente, interferem globalmente. Por este motivo, o estudo do Direito Transnacional no contexto do Direito Ambiental torna-se cada vez mais apropriado, uma vez que não se pode mais tratar o assunto de forma isolada, visto que o Planeta Terra pertence a todos, motivo pelo qual deve ser preservado as futuras gerações.

A ideia de viver em um ambiente ecologicamente equilíbrio deve ser idealizada por todos, porém, sua concretização deve ser primordialmente exercida pelo Poder Público, em virtude da competência constitucional de tutelar os direitos dos cidadãos e do meio ambiente, no caso em exame, com a criação de políticas públicas que resultam na proteção ou reparação do meio ambiente.

No presente estudo, analisou-se especificamente a importância da Política Pública de tributação ambiental, concretizada através da “taxa ambiental” que vem sendo cobrada nos municípios de Bombinhas/SC e Governador Celso Ramos/SC, além de outros não mencionados neste trabalho, como ferramenta local de proteção ao meio ambiente, cuja projeção reflete

⁶⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 261

diretamente na preservação ambiental de forma global. Isto porque, o desafio que se verifica está atrelado à necessidade de ações pensadas de forma globalizada, para que haja uma internalização das práticas em prol do meio ambiente, no sentido de se construir um compromisso solidário e consubstanciado na fraternidade em favor de todos os seres, incluindo-se a própria natureza.

Da análise feita, conclui-se que o projeto de emenda constitucional vai na contramão desses avanços em favor do ambiente, ao tentar coibir a cobrança de taxa ambiental, por entender que todos são potenciais poluidores e que pelo fato de a taxa incidir apenas em visitantes esporádicos e por meio de automóvel, seu foco principal seria o arrecadatário.

Ocorre que a PEC 001/2019, como visto, viola vários princípios constitucionais que visam a proteção ao meio ambiente, dentre eles, o da proibição ao retrocesso ambiental, uma vez que real finalidade na aplicação da referida taxa é a de utilizar os recursos arrecadados no sentido de se prevenir futuros danos ambientais ou repará-los caso já tenham ocorrido, tratando-se de ferramenta de suma importância e aliada aos interesses coletivos do planeta, cujo objetivo é o de propiciar um meio ambiente de qualidade, equilibrado e sustentável para as futuras gerações de espécies que habitam o planeta.

O que se espera, portanto, é que cada vez mais a humanidade se conscientize e auxilie o Poder Público nas questões ambientais, cooperando assim para o progresso na proteção e salvaguarda dos direitos de todos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade. Transformando direito e governança**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

BRASIL. **LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 20/09/2019.

BRASIL. **Decreto n.º 24.643, de 10 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D24643.htm. Acesso em: 20/09/2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1985.htm. Acesso em: 20/09/2019. BRASIL. **Decreto-Lei n.º 227, de 28 de fevereiro de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0227.htm. Acesso em: 20/09/2019.

BRASIL. **Lei Federal n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.bvambienteufjf.br/arquivos/edu_ambiental/popups/lei_federal.html. Acesso em: 19/09/2019.

BRASIL. **Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 19/09/2019.

BRASIL. **Lei Federal 9.605 de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso 20.09.2019.

BRASIL. **Lei Federal n.º 12.651, de 25 de maio de 2012.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm. Acesso em 21.09.19.

BRASIL **Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em 21.09.19.

BRASIL. **Lei Complementar n.º 140, de 08 de dezembro de 2011.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm. Acesso 21/09/2019.

BRASIL, **Ministerio do Meio Ambiente.** Brasília, DF: MMA, 2017. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>. Acesso em 15/09/2019.

BROLLO, Silvia Regina Salau. **A extrafiscalidade dos tributos ambientais.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 66, jun. 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao066/Silvia_Brollo.html. Acesso em: 21/09/2019.

CAPRA, Fritjof. MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

CHRISPINO, Álvaro. **Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade.** Democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Universidade do Vale de Itajaí, 2011.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. Itajaí: UNIVALI, 2012. Livro eletrônico. ISBN 978-85-7696-094-2 (e-book). Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos.** São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **Constituição Estadual De 1989.** Disponível em http://leis.alesc.sc.gov.br/html/constituicao_estadual_1989.html. Acesso em 21.09.19.

ESTADO DE SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9153854-27.2014.8.24.0000.** Julgada em 15 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=9153854-27.2014.8.24.0000&cdProcesso=P0000C02X0000&cdForo=900&tpOrigem=2&flOrigem=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=uwg8ybZouNawDM9FwxMa%2F3uN3atjMFObQgdStW3%2FkXBNrVzxw2C62CW%2B9ccemwn1VHg3WdKaPVU%2BAjL3mqIALfHYsbwy7onWJp5uMZVnBFSAn40n>

kYjVOle%2BOrmcwqa7H65MKTQByOJGIQcvXEsXun6zk6wlkUfmzVeHm20pAkDPz%2FqVQ%2B04hl3hSDXGfqPyyQUT%2FhO07DFcDZuee%2F%2FipInrbPq9Z0%2FgumtEi76oWNtoRnbhT21hqH9G%2FY5TkzLkZ%2BVvESlqvhFNULyKI%2F6aFsgQb2j%2BlyD3aaVXySp6Mv4Y1VN0i6g9NINtLj6QL5wtWViKUJXOYNFht3haxnkq9QewU67NL6QcXzreC%2BwDKtyITEPo5TJ0tXXXT9TqBrOX. Acesso em: 21/09/2019.

ESTADO DE SANTA CATARINA. **PEC/0001.0/2019**. Disponível em <http://visualizador.alesc.sc.gov.br/VisualizadorDocumentos/paginas/visualizadorDocumentos.jsf?token=4f0dd2822aadbec58cea2965ef991f1bef95aabcb52450be6d99c145bb59cc47a40691fc89dcb7efb32099cb4b3d31>. Acesso.21.09.2019.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. 1ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

FERREIRA, Pinto. **Sociologia do desenvolvimento**. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1993.

FILHO, Arlindo Daibert. **O papel constitucional do município na custódia do ambiente no Brasil**. In: Vladimir de Freitas. (Coord.) **Direito ambiental em evolução** n.º 5. 1ª ed. 3ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade das políticas públicas: nova modalidade de escrutínio**. In.: BODNAR, Zenildo; CELANT, João Henrique Pickcius; MARCOS, Rudson (Org.). **O judiciário como instância de governança e sustentabilidade: descobertas, dúvidas e discordâncias**. Florianópolis: EMais, 2018.

GARCIA, Marcos Leite. **Direitos fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar**. In: CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011,

HENZ, Bruno Gabriel. Et. al. **As Políticas Ambientais em Perspectiva Histórica e Seus Impactos Sobre as Questões Econômicas e Jurídicas**. In.: **Direito, economia e meio ambiente** [recurso eletrônico]: olhares de diversos pesquisadores / org. Adir Ubaldino Rech, Alindo Butzke; Maria Carolina Gullo – Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

MARTINS, Roberta Silva. **Da Função Extrafiscal dos Tributos**. Disponível em <http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SOCIAIS%20APLICADAS/DA%20FUN%C3%87%C3%83O%20EXTRAFISCAL%20DOS%20TRIBUTOS.pdf>. Acesso em: 20.09.19.

MUNICÍPIO DE BOMBINHAS. **Lei Complementar n. 185 de 19 de dezembro de 2013**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sc/b/bombinhas/lei-complementar/2013/18/185/lei-complementar-n-185-2013-institui-a-taxa-de-preservacao-ambiental-tpa-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 21/09/2019.

NASCIMENTO, Leonardo Maia. **A tributação na preservação do meio ambiente e no desenvolvimento sustentável**. In.: **Tributação, Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Lise Tupiassu. João Paulo Mendes Neto (Org.). 1. Ed. São Paulo: Forense, 2016.

NERY, Adriana Dantas. [et. al]. **Tributação, meio ambiente e desenvolvimento**. Coordenação Lise Tupiassu, João Paulo Mendes Neto. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2016.

- Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Brasil, **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/>: MMA, 2018oBJETIVOS. Acesso em 15/09/2019.
- ODUM, Eugene P. BARRET, Gary W. **Fundamentos da ecologia**. Tradução Pegasus Sistemas e Soluções. São Paulo: Cengage Learning, 2008. p. 03-04.
- OLIVEIRA. Regis Fernando de. **Curso de direito financeiro**. 2.ed. rev.atual. São Paulo: RT, 2008.
- OTTONE, Ernesto. **Notas sobre globalização e progressismo**. In: Instituto de Política. Um novo caminho para o Brasil no século XXI. Brasil: UNESCO, 2002.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.
- PHILIPPI, Patrícia Pasqualini; ZICARELLI, Leonardo. O direito transnacional ambiental e a proteção do direito ao desenvolvimento humano. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 20/09/2019.
- PRIEUR. Michel. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. Rodrigo Rollemberg (Org.) Senado Federal. Brasília – DF.
- Projeto Orla. **Ministério do Meio Ambiente**. Brasília, DF: MMA, 2018. Disponível em <https://www.mma.gov.br/gestao-territorial/gerenciamento-costeiro/>. Acesso em 15/09/2019.
- RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 1.160.175 SANTA CATARINA**. Julgado em 12 de julho de 2019. <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340725834&ext=.pdf>. Acesso em: 22/09/2019.
- ROTA, Demétrio Loporeta. **Los principios de Derecho ambiental**. p. 27-28. In: CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Participação especial Gabriel Real Ferrer; org. e rev. Lucas de Melo Prado. Itajaí: UNIVALI, 2012. Livro eletrônico. ISBN 978-85-7696-094-2 (e-book). Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 15/09/2019.
- STAFFEN. Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- VIEIRA, R.S; ARMADA, C.A.S; GARCIA, D. S.S. **O “Estado Corporação” e o “Estado Transnacional Ambiental”**. In: Transnacionalidade e Sustentabilidade: dificuldades e possibilidades em um mundo em transformação (org). Porto Velho: Emeron, 2018.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **A Efetividade e a Eficiência Ambiental dos Instrumentos Econômico-financeiros e Tributários**. Ênfase na Prevenção. A Utilização Econômica dos Bens Ambientais e suas Implicações. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo, Malheiros, 2005.

NOTAS SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO E A INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA PENAL

Airto Chaves Junior¹

INTRODUÇÃO

A partir de uma orientação teórico-dogmática, procura-se realizar um estudo da Teoria do Bem Jurídico na relevante tarefa para que se identifiquem critérios razoavelmente seguros de legitimação material de responsabilização no âmbito do Direito Penal.

Para tanto, num primeiro momento, realiza-se uma abordagem do bem jurídico como objeto de proteção da norma penal a partir do funcionalismo teleológico-valorativo. Na sequência, avalia-se o bem jurídico penal como objeto de referência necessário ao processo de incriminação, ou seja, como instrumento de limitação do poder de punir. Por fim, trata-se da intervenção mínima em matéria penal e dos critérios teóricos que lhe dão suporte.

O método de pesquisa é o indutivo, subsidiado, especialmente, pela pesquisa bibliográfica.

1. O BEM JURÍDICO COMO OBJETO DE PROTEÇÃO DO DIREITO PENAL

*Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*², publicada por Claus Roxin no início da década de 1970, foi a obra em que o autor efetivamente consolidou as críticas voltadas ao finalismo (especialmente no que toca a estrutura da ação humana que, segundo os estudos desenvolvidos por Welzel, fundava-se em dados ontológicos) até então dominante na dogmática penal alemã, para dar lugar a uma teoria que ele próprio já defendia desde a década anterior³: o funcionalismo teleológico-valorativo, moderado ou valorativo.⁴ No estudo, o autor traz que não é possível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos, de modo que a teoria do delito tem de ser construída sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do Direito Penal, isto é, a política criminal. Com isso, Roxin delineia as bases de sua concepção funcional ou teleológico-racional da teoria do delito⁵, a qual obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha e encontrou, em seu posterior Tratado, sua versão mais elaborada.⁶

¹ Doutor em Ciência Jurídica; *Doctor em Derecho de la Universidad* de Alicante, Espanha; Professor do Programa de Pós-Graduação *Strito Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Mestrado e Doutorado); Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação da mesma Universidade; Professor de Penal da Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (EMPSC); Professor de Direito Penal da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). E-mail: oduno@hotmail.com

² ROXIN (2002).

³ Especialmente a partir de seu artigo *Sobre la crítica a la Teoría Final de la Acción*, publicado em ZStW 74, de 1962.

⁴ SÁNCHEZ (2013), p. 91.

⁵ ROXIN (1997), p. 51 e ss.

⁶ GRECO; LEITE (2011), p. 107.

A partir dessa proposta, o autor procura superar a concepção dualista orientada pela separação entre dogmática penal e política criminal sustentada por Von Liszt, em que o Direito Penal seria o «Senhor absoluto de si mesmo», enquanto a Política Criminal teria soberania tão somente no que se refere ao *quantum* da pena. Conforme esta concepção funcionalista, o ponto de união entre esses dois campos de estudo (Dogmática Penal e Política Criminal) gravita, exatamente, na Teoria do Bem Jurídico: a proteção do Bem Jurídico, como função primeira do Direito Penal, cumpre tanto um lugar na dogmática quanto um desempenho Político-Criminal e o delito, por ambas as perspectivas, é entendido, materialmente, como lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos.⁷ Assim, o Direito Penal estruturado teleologicamente, ou seja, construído para atender finalidades valorativas, deve orientar-se por pressupostos de Política Criminal, pelo que, passa ela a nortear também os conceitos alinhados à Teoria do Delito, sobretudo, as categorias a partir das quais seria possível atribuir responsabilidade penal ao sujeito (verifica-se o fato punível e que pode desencadear a imposição de determinada pena). Trata-se, aqui, do conceito material do crime.

Nesta perspectiva, o sistema jurídico, tanto no âmbito constitucional quanto legal, autoriza e, por vezes, determina⁸ que o legislador estabeleça penalidades a partir do que se pode reconhecer que o constituinte pressupôs a existência de um Direito de Punir do Estado. No entanto, não se diz quando é que um comportamento deve ser considerado penalmente relevante para que o Estado possa, legitimamente, exercer esse direito. E esta é a principal questão que norteia o «conceito material do crime», isto é, a qualidade do conteúdo da ação punível. Enquanto através do «conceito formal de crime», a conduta punível é apenas sujeita a uma definição no âmbito do direito positivo, o conceito material de crime remonta para os fins do próprio Direito Penal, sua razão de ser. O conceito material de crime, portanto, é anterior à própria legislação penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que ele pode tipificar a partir de uma norma penal

⁷ A ideia central da limitação de caracterização do injusto penal deriva do conceito de contrato social, tal como foi imposta há cerca de 250 anos. Com o passar do tempo, essa ideia inicial ganhou contornos diversos, de modo que as voltas do "dano social" na filosofia jurídico-penal de Beccaria e Hommel, de "lesão de direito" em Feuerbach e de "bem" ou "bem jurídico" em Birbaun e Liszt não se incorporaram em raciocínios idênticos, porém, são caracterizados por uma base comum, cujas diferenças, foram muito acentuadas com a profunda investigação que servem de modelo até os dias atuais. Conforme: SHÜNEMANN (2007), p. 206. A partir do primeiro terço dos 250 anos de história da moderna teoria jurídico-penal (a qual começa com Beccaria e termina com Birbaun), verificam-se respostas não idênticas, porém pouco divergentes no que concerne a Teoria do Bem Jurídico: a) por meio de considerações jusracionalistas - diretamente da figura do contrato social ou apoiadas de forma historicamente menos rígida - é possível desenvolver um conceito de crime, que não está disponível para o legislador, e que se define pelo "dano social causado aos bens naturais ou aos bens sociais dos membros da sociedade (...), e é imprescindível que esta infração afete um bem necessário para todos e que deve ser preservado". Ver: SHÜNEMANN (2007), p. 207; b) passa-se a sustentar a ideia orientadora de que o Estado deve garantir a possibilidade de desenvolvimento do indivíduo, fornecendo algumas coordenadas do que o Estado pode proteger através do direito penal e aquilo que o Estado não pode. Por isso, "os objetos de proteção de uma abstração incompreensível não devem reconhecer-se como bens jurídicos. Os tipos penais que sancionam formas de comportamento sob a condição de que sejam "idôneas" para "perturbar a paz pública", por exemplo, não descrevem suficientemente um bem jurídico concreto, pois a "idoneidade" reclamada pressupõe um juízo de valor não fundado empiricamente. De acordo com: ROXIN (2009), p. 21/25.

⁸ A Constituição Brasileira atribui ao legislador ordinário (através de lei federal) a criação de norma penal (art. 5º, XXXIX). No entanto, ao longo de seu texto, apresenta determinações expressas de criminalização primária dirigidas ao legislador, tais como aquelas previstas no art. 5º, XLII (prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei); art. 5º, XLIII (a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem); art. 5º, XLIV (constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

incriminadora (ação + pena) e o que ele não deve traduzir na forma de lei penal. A descrição deriva do papel do Direito Penal, que é entendido por Roxin como «proteção subsidiária dos bens jurídicos»⁹.

No âmbito abstrato, o objetivo político-criminal é preventivo geral: a ideia é que a previsão de determinada conduta na forma de tipo penal incriminador desmotive potenciais agentes a prática do comportamento previsto na norma.¹⁰ Por isso, também, ao momento de imposição da pena, devido aos limites inerentes ao princípio da culpabilidade e sua incompatibilidade com os incrementos da pena, derivados da prevenção especial e da prevenção intimidadora, a melhor maneira de proteger bens jurídicos é, conforme Roxin, a confirmação, afirmação e reafirmação da consciência jurídica (prevenção geral positiva).

Apesar disso, não parece existir um conceito de «bem jurídico» a partir do qual seja possível oferecer uma delimitação legalmente fundada e satisfatória para seu conteúdo. Por isso, Roxin¹¹ anota que o melhor ponto de partida para se determinar o seu referente é reconhecer que há uma reserva direcionada anteriormente ao legislador, restrição essa que deve ser buscada nos princípios da Constituição. A partir dos valores constitucionais, um conceito de bem jurídico juridicamente vinculante só pode ser derivado das tarefas incorporadas na Lei Fundamental do Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo através do qual seus limites para o poder punitivo do Estado são ali demarcados.

Essas formulações materiais são elaboradas a partir da perspectiva do Estado Social de Direito. Busca-se, neste contexto, estabelecer a função limitadora do Bem Jurídico o conectando às finalidades do ordenamento jurídico e à política criminal (critério teleológico-material) e com as finalidades consagradas na Constituição (teses constitucionalistas). E é por isso que quando se sustenta que toda incriminação visa a defender um bem jurídico, o conceito de bem jurídico pode ser entendido tanto de uma perspectiva dogmática quanto de uma perspectiva político-criminal, ou, para usar a famosa terminologia de Winfried Hassemer, tanto de uma perspectiva imanente ao sistema quanto transcendente ao sistema. De uma perspectiva dogmática, toda norma penal terá seu bem jurídico no âmbito de proteção. Quanto a esse conceito, não há qualquer dúvida ou

⁹ ROXIN (1997), p. 51.

¹⁰ O tipo penal aqui funciona como garantia (limite), de modo que um fato só pode ser sancionado quando legalmente determinado antes da prática da ação. Assim, toda pessoa pode ter a possibilidade, antes da conduta, de saber se sua ação é punível ou não (o tipo penal incriminador não tem poder retroativo). A tarefa de determinar legalmente responsabilidade penal nessa medida foi atribuída ao tipo penal por Ernest von Beling. Conforme ele, «(...) a teoria do tipo é crucial na tarefa de interpretar os artigos da Parte Geral do Código Penal, na medida em que possam ser redirecionados para seu esquema conceitual básico, teremos uma redação bem elaborada do ponto de vista técnico, o que facilita a aplicação do preceito a fatos limitados pelo tipo, fora de cujos limites não há crime por falta de adaptação que, por sua vez, represente a garantia de classificação constitucional expressa no princípio *nullum crime sine lege*». Ver: BELING (2002), p. 302. Assim, pode-se dizer que o tipo penal tem a função de descrever objetivamente a execução de uma ação proibida e, somente a partir dessa função é atendida a exigência que deriva do Princípio da Legalidade Estrita. Notadamente, aqui, tem-se considerações alinhadas à ideia de Estado de Direito. Conforme: ROXIN (1979), p. 170. Consequentemente, «os tipos penais recebem circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento dentro da estrutura de um sistema social global estruturado baseado nessa concepção dos propósitos ou para a operação do próprio sistema». Ver: ROXIN (1997), p. 55-56.

¹¹ ROXIN (1997), p. 55.

problema já que, onde existir uma norma, haverá um determinado interesse. O conceito político-criminal de bem jurídico seria, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional.¹² No fundo de toda norma penal, por exigência constitucional, subsiste a proteção de um bem jurídico como objeto concretamente apreensível. A conduta proibida, assim, deve ser encarada como realidade concreta, jamais como uma relação causal, neutra e formal.¹³ Desse modo, um conceito pedagógico de Bem Jurídico pode ser definido como «todo valor da vida humana (bem) protegido pelo Direito (jurídico)».¹⁴

2. O BEM JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DA INTERVENÇÃO PENAL

Toda essa racionalidade teleológica se desenvolve a partir da íntima relação que comporta o Direito Penal com as garantias do Sistema Constitucional, especialmente no que toca às características do Estado Social e Democrático de Direito. Mas, embora seja bastante prestigiada essa perspectiva de Bem Jurídico como objeto de tutela penal, um problema persiste: essa compreensão ancorada na «prevenção geral positiva» da pena, alinhada ao processo de criminalização primária, conforme estudos desenvolvidos por autores da chamada Criminologia Crítica¹⁵, não parece encontrar amparo empírico. Por isso, a ideia de proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal necessita ser enfrentada.

E esse enfrentamento está na compreensão de que não é a norma que determina substancialmente se o sujeito pratica ou não determinada conduta. Para tanto, basta analisar qualquer tipo penal em que há grande incidência comportamental (tipicidade). Imagine-se o art. 155 do Código Penal Brasileiro, que criminaliza a ação chamada furto. Em absoluto, não é a criminalização da subtração de coisa alheia móvel que impede a prática dessa ação (tanto o é que, de fato, não impede). Não parece existir, portanto, uma adequação de sentido entre a desmotivação da prática da conduta pelo sujeito e a previsão típica de referida conduta na forma de lei penal, o que faz concluir que o Bem Jurídico não poderia ser, de fato,¹⁶ objeto de proteção. E é por isso que alguns autores, a exemplo de Paulo Cesar Busato¹⁷, afirmam que o Direito Penal oferece uma proteção meramente simbólica e não efetiva na proteção de Bens Jurídicos.¹⁸

¹² GRECO (2011), p. 89.

¹³ TAVARES (1992), p. 78-79.

¹⁴ CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 212.

¹⁵ BARATTA (2002).

¹⁶ CHAVES JR. (2018), p. 119-120.

¹⁷ BUSATO (2013), p. 16.

¹⁸ Tenta-se distinguir as funções manifestas das funções simbólicas do Direito Penal. Para tanto, é comum que se recorra aos estudos do sociólogo norte-americano Robert Merton: seria simbólico o Direito Penal que não alcança as suas funções manifestas (declaradas), mas apenas as latentes, de modo que se desenvolve uma fraude. E isso parece mesmo ocorrer já que, segundo a difundida teoria da prevenção geral positiva, defendida inclusive por Winfried Hassemer (um dos principais críticos do Direito Penal Simbólico), o simbolismo é inerente não apenas às modernas incriminações, mas a toda e qualquer norma penal. Sobre o tema, ver: GRECO (2011), p. 41-42.

E isso é um fato incontestável, demonstrado por cada novo fato criminoso. Diante dessa constatação, importa lembrar que num Estado Democrático regulado pelo Direito, só é legítimo intervir juridicamente na vida das pessoas *ex post*, pelo que, não é possível pensar que o Direito Penal ofereça uma proteção real, seja qual for o Bem Jurídico a que se esteja tratando. O máximo que se pode esperar, é que a norma oriente a consciência das pessoas, mas, sempre, num caráter de mera expectativa.¹⁹

Especialmente por esta razão, esse campo de estudo entende que o bem jurídico é um indicativo que orienta o limite de produção da norma (abstratamente) e a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico é o limite que orienta a efetiva intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Tem-se, aí, um instrumento materialmente averiguável de limitação do Poder Punitivo; o Bem Jurídico Penal teria, então, uma função limitadora da intervenção penal.

Isso é importante para se romper com uma espécie de tautologia concentrada historicamente quando se tenta delimitar o conceito de bem jurídico desde as concepções contratuálistas: quando se pergunta qual o objeto de proteção do Direito Penal, a resposta recorrentemente apresentada é a de que ele tutela os bens jurídicos que a sociedade considera relevante para a sua coexistência. De igual modo, quando se pergunta quais são os bens jurídicos mais relevantes para a coexistência social, conclui-se, rapidamente, que são aqueles tradicionalmente assim considerados pelo Direito Penal²⁰, ou seja, tutelados pela norma penal.²¹ Neste ponto, se se parte da premissa de que os Bens Jurídicos mais importantes para a sociedade são aqueles assim considerados pelo legislador a partir da norma, forçoso é concordar com Winfried Hassemer²², quando diz que o conceito de Bem Jurídico está intimamente atrelado ao arbítrio do modelo de cada Estado.²³

O fato é que a concepção do bem jurídico que orienta o Direito Penal dentro da estrutura dos propósitos constitucionais é, certamente, de tipo normativo, mas não estático. Está sempre aberto a mudanças de aculturação no quadro social pois, se assim não fosse, veria ele comprometida sua função político-criminal nos movimentos de criminalização e descriminalização

¹⁹ BUSATO (2013), p. 16.

²⁰ Essa mesma constatação é registrada por Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli. Conforme os autores, a compreensão da categoria “bem jurídico penal” é melhor realizada a partir da teoria do tipo. Ver: ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 403. Assim, de acordo com os estudos dos teóricos da Criminologia Crítica, o bem jurídico penal é tido como uma espécie de ônus argumentativo necessário para criação de lei penal, e não, propriamente, um objeto de proteção da norma.

²¹ BARATTA (2014), p. 65; passagem semelhante em: BARATTA (1994), p. 10.

²² HASSEMER (1984).

²³ Vale registrar que o Estado cumpre um papel decisivo na configuração do Direito Penal. E o primeiro aspecto que mostra claramente as íntimas relações entre Direito e Poder está no fato de que a produção das leis, que constituem a principal fonte formal do Direito é de competência das instituições que detêm o Poder Político. Ver: FRAGOSO (2015), p. 114. Desse modo, «o direito penal objetivo é expressão ou emanção do poder punitivo do Estado». Ver: FIGUEIREDO DIAS (2004), p. 6. Dentro de uma modelagem democrática, o Direito Penal reprime o próprio Estado, funcionando como um direito delimitador do poder punitivo estatal, revelando-se, em última análise, como um instrumento voltado ao atendimento dos direitos e das garantias fundamentais. De outra parte, dentro de uma concepção totalitária, o Direito Penal reprimirá o indivíduo, funcionando como um direito relegitimador da ordem social vigente, revelando-se, em última análise, como um instrumento voltado à repressão implacável dos inimigos do regime político. Ver: MEROLLI (2010), p. 264.

no âmbito das reformas penais. O bem jurídico-penal deve, nessa linha, ser considerado fundamentalmente como o padrão crítico com o qual se deve verificar a legitimidade da função do Direito Penal no caso concreto.²⁴

Basicamente, nos esses estudos que procuram encontrar um *referente material* de definição de crime capaz de exprimir a *negatividade social* das situações conflitivas da vida coletiva nas sociedades modernas e de indicar hipóteses excepcionais e merecedoras de criminalização legal, situações estas que admitiriam que o Direito Penal é necessário para solução de determinados conflitos.²⁵

Problema é que, apesar de se traçar um referente material para o processo de incriminação, referidos critérios possuem determinada vagueza, o que permite que tenha sido ele utilizado pela doutrina como suporte argumentativo para explicar o porquê de certas incriminações, mas a partir do pressuposto puramente formal de que a norma penal teria como escopo sua proteção e, admitindo, assim, sua legitimidade. Não parece ser esta a melhor orientação, especialmente porque o discurso de proteção do bem jurídico é sempre uma oportunidade incriminadora e, assim, poder-se-iam tipificar condutas que lesam bem jurídicos ilegítimos (abstratamente) e, no âmbito concreto, punir comportamentos inócuos, sem qualquer correspondência efetiva com questões relevantes da vida social. Por isso, «ao invés de ser tratado como objeto de proteção, deve assumir a posição de objeto de referência necessária da incriminação»²⁶, em que a sua função essencial deve estar situada na «capacidade que mostra de se afirmar como o critério de determinação de um Direito Penal que não pode ser aleatório, que assume pela primeira vez de forma racional a sua legitimação».²⁷

Assim, não há nada que, automaticamente, forneça elementos ao legislador para que seja, desde logo, criminalizado. Pelo contrário, o conceito de bem jurídico apenas fornece um critério de incriminação que deve ser desenvolvido na matéria jurídica e que o legislador e o aplicador da lei devem consultar na criação e interpretação de cada preceito penal específico.²⁸ Trata-se de um ônus argumentativo necessário a partir do qual, legitimamente, um tipo penal pode ser criado e a ação adequada formalmente a este tipo pode ser, no plano concreto, considerada relevante a ponto de ser legítima a imposição da pena prevista no tipo.

Diante disso, pode-se dizer que o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui o objeto de proteção penal pois, existe, inegavelmente, um núcleo duro de bens jurídicos (tais como a vida, a incolumidade física, a liberdade, a sexualidade humana) que configuram a base de um Direito Penal Mínimo e, portanto, dependem de proteção, também, penal. Além do mais, admitir a proteção de bens jurídicos pela criminalização de comportamentos não exclui a necessidade de

²⁴ BECHARA (2009), p. 21.

²⁵ SANTOS (2008), p. 14.

²⁶ TAVARES (2016), p. 254.

²⁷ PEREIRA (2003), p. 309-310.

²⁸ ROXIN (1997), p. 58.

relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal (que, conforme se verá, deve ser sempre subsidiária e fragmentária), nem implica incluir todo e qualquer bem jurídico como objeto de justificação do processo de incriminação.

3. A INTERVENÇÃO MÍNIMA EM MATÉRIA PENAL

A Teoria do Bem Jurídico desempenha um papel central no Direito Penal do mundo ocidental, tanto europeu quanto brasileiro, pois o Brasil é tributário, especialmente, da dogmática penal alemã. E essa centralidade pode ser diagnosticada a partir do clássico preceito formulado por Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde: «o bem jurídico é o critério central para determinar corretamente o merecimento de pena que, para salvaguardar, de algum modo, os direitos das diferentes partes que intervêm no conflito penal, deve ser complementado com outros critérios, como a danosidade social, a subsidiariedade, a tolerância, etc.». ²⁹

Trata-se de uma tradição que relaciona a Dogmática Penal, Política Criminal e Direito Constitucional (sobretudo, no que se refere a Teoria dos Direitos Fundamentais) ³⁰ e alcança tanto o Direito Penal Material quanto o Direito Penal Formal. Esta tradição dá prioridade a certos princípios particulares da Filosofia do Direito Penal, da Política Criminal e da Dogmática Penal, dentre os quais Winfried Hassemer ³¹ destaca três:

O primeiro deles é um Direito Penal de Fato: é na base da conduta humana que se sustenta a interferência penal e o suspeito da prática da ação como primeiro ponto de partida da atividade jurídico penal do Estado. Por isso, o tipo penal deve descrever a ação criminosa e não determinada personalidade delitiva. Qualquer abertura para a infiltração de um Direito Penal de Autor (*Täterstrafrecht*) constitui uma verdadeira possibilidade de manifestação de um poder punitivo autoritário;

O segundo consiste na recusa sistemática de vincular o Direito Penal com a reivindicação de tendências gerais, certas formas de vida ou convicções morais ³² e, em vez disso, buscar objetos de proteção com o maior grau possível de definição;

O terceiro e não menos importante diz respeito a aproximação do princípio segundo o qual, em um Estado Democrático de Direito, não se pode considerar relevante penal o comportamento

²⁹ HASSEMER; MUÑOZ CONDE (1989), p. 113-114. Conforme os autores, até mesmo os teóricos de orientação doutrinária que sustentam que a missão do Direito Penal não consiste na proteção de bens jurídicos, mas no fortalecimento dos valores ético-sociais e do sistema normativo precisam admitir, também, o critério do bem jurídico, pois o Direito Penal só pode perseguir aquelas metas dentro dos limites traçados pela Constituição e pela ideia do Estado de Direito (Obra citada, p. 114).

³⁰ Em termos operacionais e processuais, conforme Canotilho, isso se dá porque as declarações em favor dos direitos fundamentais pelo texto constitucional dependem de uma prévia regulamentação dos próprios organismos estatais que elas visam controlar e condicionar no exercício das suas próprias funções executivas. Ver: CANOTILHO (2008), p. 118.

³¹ HASSEMER (2005), p. 63-64.

³² Define-se «moralismo jurídico-penal» como a tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo. Ver: GRECO (2010), p. 172. O Direito Penal não pode proteger a moral porque sua tarefa se esgota na proteção de bens jurídicos, e a moral não é um bem jurídico.

que não cause efetiva lesão (ou efetivo perigo de lesão) a um bem jurídico penalmente tutelado sob o argumento vago de necessidade de castigo.

A concepção material do Bem Jurídico Penal se encontra alinhada as ideias de direito subjetivo, interesse, valor, etc., os quais, em grande medida, relacionam-se com a ideia de repercussão social e, a partir dela, de dano ou aquilo que se compreende por lesividade social. Conforme explica Juarez Tavares³³, essa orientação subordina a norma a um processo de avaliação. Aqui, a norma jurídica, em todas as suas fases, estaria submetida a um processo de verificação de legitimidade e validade, de modo que o interesse só pudesse nela se inserir na forma de valor jurídico, cuja lesão ou perigo de lesão condicionaria a intervenção estatal.

Reconhecendo-se que o Bem Jurídico é condição necessária para a coexistência social (circunstâncias reais a partir das quais se busca promover uma vida segura e livre, que garanta os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos) tendo como núcleo fundante a Constituição, passa o Direito Penal que respeita essa funcionalidade a ter *status* constitucional. De outra parte, se a Constituição é dotada de uma carga valorativa voltada, especialmente, à proteção de Direitos Fundamentais, estaria o legislador limitado a criar tipos penais de acordo com a promoção desses direitos, cujos valores são delineados na Lei Maior.³⁴ Em conclusão, num Estado Democrático de Direito, a Constituição da República funciona como instrumento de limitação ao legislador no exercício de incremento de tipos penais incriminadores e de restrição ao operador do Direito no emprego da pena criminal a comportamentos deslocados do âmbito de proteção do Direito Penal. Por isso, Claus Roxin³⁵ defende um conceito de bem jurídico limitador à legislação penal, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma legítima punição.

Isso implica exigir, em qualquer processo de incriminação, a demonstração de que a conduta tenha lesado ou posto em perigo o respectivo bem jurídico (princípio da lesividade). De tal forma, o princípio da lesividade constitui uma manifestação do princípio da estrita legalidade penal, pois a norma é a única que pode fixar o valor a ser tutelado (ou seja, o bem jurídico penalmente protegido).³⁶ Nesse âmbito de proteção, a ideia é que sejam abarcados bens jurídicos mediante a pena em uma medida adequada, ou seja, sem exceções desproporcionais e no marco dos Sistemas Constitucionais.³⁷ Caso contrário, ou seja, «caso a incriminação não possa ter como objeto de referência a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico, é ela inválida por não representar essa norma um instrumento adequado do processo de comunicação que se destina a determinar as zonas do lícito e do ilícito».³⁸ Daí a importância da submissão ao Princípio da Exclusiva Proteção de Bens

³³ TAVARES (2016), p. 254-255.

³⁴ STERNBERG-LIEBEN (2007), p. 107-108.

³⁵ ROXIN (2009), p. 20.

³⁶ CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 213.

³⁷ SÁNCHEZ (2013), p. 92.

³⁸ TAVARES (2016), p. 254.

Jurídicos formulado por Claus Roxin³⁹, pois serve ele como linha diretriz político-criminal para o legislador, como arsenal de indicações para a configuração de um delito de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito. Mas, a partir desse modelo dogmático, três observações são necessárias.

A primeira delas é que, pela via do Princípio da Intervenção Mínima e da elaboração de um conceito de Bem Jurídico, apresenta-se uma série de peculiaridades que convertem o Direito Penal num mecanismo de proteção jurídica autônoma, e até certo ponto, independentemente de outros ramos do Direito. No entanto, «não existe uma obrigação para o legislador sancionar penalmente toda conduta que lesione um bem jurídico, e nem o Direito Penal é a única forma de proteção de bens jurídicos, sejam ou não direitos fundamentais»⁴⁰ (critério da fragmentariedade⁴¹).

A segunda observação sugere que a proteção de bens jurídicos não significa, necessariamente, proteção através do Direito Penal. Conforme lembra Claus Roxin, «os bens jurídicos não são somente protegidos pelo Direito penal, mas sim, também, por ele».⁴²

Em terceiro lugar, as condutas tipificadas penalmente que podem lesionar ou pôr em perigo bens jurídicos relevantes (princípio da legalidade penal) devem respeitar o caráter de *ultima ratio* que, dentro do ordenamento jurídico, tem o Direito Penal como último recurso de intervenção (critério da subsidiariedade⁴³).

É bem verdade que a afirmação de que o Direito Penal deve funcionar como último meio de intervenção de controle pouco contribui para o exercício desse mesmo controle, já que não se fornece, concretamente, parâmetros substanciais que legitimam determinada punição. Isso se deve, especialmente, ao fato de que não existe um conceito unitário de Bem Jurídico e, assim, não é possível definir bem jurídico como se fosse um tipo de objeto. Por conseguinte, esse conceito deve

³⁹ ROXIN (2009), p. 26.

⁴⁰ MUÑOZ CONDE (2011), p. 563.

⁴¹ O caráter *fragmentário* do Direito Penal faz com que o Estado retire do ordenamento, pelo meio legislativo, tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem não é respaldada em um consenso social sobre sua imprescindibilidade. Francisco Muñoz Conde sustenta que a fragmentariedade do Direito Penal aparece em uma tripla forma: a) defendendo o bem jurídico só contra ataques de especial gravidade; b) tipificando só uma parte de que nos demais ramos do ordenamento jurídico estima como ilícito; e, c) deixando sem castigo, em princípio, as ações meramente imorais. Resumidamente, essa seleção de bens jurídicos, os seus níveis de gravidade de ataque e a exclusão das condutas meramente imorais é denominada fragmentariedade. A fragmentariedade é, assim, uma característica do Princípio da Intervenção Mínima. Ver: BUSATO (2013), p. 56-59.

⁴² ROXIN (2009), p. 26.

⁴³ O desrespeito ao caráter subsidiário do direito penal gera um pernicioso fenômeno denominado de "hipertrofia penal", o que representa a cristalização da ideia de que o Direito Penal pode ser a panaceia para dos os males. Ora, mediante a sua deflagração, detecta-se a volúpia do legislador em querer resolver simplesmente tudo pela via criminal. Nesse contexto, o Direito Penal deixa de ser a *ultima ratio* da política social do legislador e se transforma, subitamente, na *prima ratio* ou, então, na *sola ratio* de solução dos conflitos sociais - em franca oposição, portanto, à concepção do Direito Penal enquanto um instrumento subsidiário de controle social. Ver: MEROLLI (2010), p. 21. Assim, a necessária proteção do Bem Jurídico pela via penal pode ser explicada nos seguintes termos: o legislador encontra-se diante do ente "vida humana" e tem interesse em tutelá-la, porque a valoriza (a considera positiva, boa, necessária, digna de respeito etc.). Este interesse jurídico em tutelar o ente "vida humana" deve ser traduzido em uma norma; quando se pergunta "como tutelá-lo?", a única resposta é: "proibindo matar". Esta é a norma proibitiva "não matarás". Esta norma deve ser expressa em leis e, com isto, a vida humana se revelará como um bem jurídico. Assim, a vida humana é um bem jurídico à luz das disposições constitucionais, civis (art. 948 do Código Civil Brasileiro) etc. Sem embargo, pode ser que não se contente com esta manifestação da norma e requeira também uma tutela penal, ao menos para certas formas de lesão ao bem. É aí, então, quando o legislador elabora o tipo penal que o bem jurídico "vida humana" passa a ser um bem jurídico-penalmente tutelado (art. 121 do CP). Conforme: ZAFFARONI; PIERANGELI (2011), p. 397.

ser «concebido *procedimentalmente*, em termos de justificação, argumentação ou discussão. Neste sentido, bem jurídico será todo aquele cuja tutela legítima a punição».⁴⁴

Assim, a análise de critérios da *lesividade*, *subsidiariedade* e da *fragmentariedade* pressupõe o respeito a uma escala de ponderação entre a intervenção estatal e a liberdade civil. Para tanto, deve-se, necessariamente, observar a fixação prévia de certas diretrizes que deverão ser levadas em conta em dois níveis de ponderação: a) pelo legislador (durante o processo de seleção das condutas penalmente relevantes); b) pelo aplicador do Direito na valoração do comportamento que, formalmente, teria violado o bem jurídico selecionado no âmbito abstrato.

Com relação à proteção do Bem Jurídico no campo abstrato (realizada no âmbito do poder legislativo), Guilherme Guedes Raposo⁴⁵ enumera três etapas que devem ser observadas por ocasião da escolha dos comportamentos passíveis de punição por meio de uma pena: PRIMEIRA: a identificação do bem jurídico que se deseja proteger⁴⁶; SEGUNDA: a definição da estratégia político-criminal que será adotada para sua proteção, ou seja, a fixação das medidas – punitivas ou não – que serão implementadas para resguardar a integridade do bem jurídico (o legislador deve se valer, aqui, com base em regras de experiências, em dados empíricos e criminológicos, e em eventuais conhecimentos científicos setoriais); e, TERCEIRA: a análise de qual forma de controle social, dentre todas existentes, será a mais eficaz e menos onerosa (em termos de danos sociais) para coibir o comportamento indesejado. Neste ponto, dois níveis de observação se levantam:

No primeiro nível, deve-se observar se o bem jurídico em questão inscreve-se entre aqueles cuja proteção é fundamental para o desenvolvimento social do indivíduo. Não seriam fundamentais e nem suscetíveis de incriminação, assim, a dissensão de opinião⁴⁷ e ofensas a convicções de conteúdo meramente moral. Pelas mesmas razões, não se pode(ria) se utilizar do Direito Penal para se reprimir a conduta de portar drogas para consumo pessoal. Conforme lembra Luís Greco⁴⁸, ainda que não se admire o “maconheiro”, ainda que ele possa, a partir do consumo da maconha onerar o sistema de saúde, drogar-se é um direito de cada um. Poder-se-ia, no máximo, recursar-se a entrega de algumas medidas assistenciais, pelo que, para este fim, há instrumentos diversos e mais idôneos do que o Direito Penal. Por isso, talvez o argumento da autonomia seja o mais adequado aqui para superar o apelo moralista a consequências indiretas decorrentes do exercício de um direito.⁴⁹

No segundo nível, por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger os Bens Jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente às lesões produzidas mediante riscos não permitidos e intoleráveis socialmente. De acordo com Claus Roxin⁵⁰, a categoria central do

⁴⁴ CUSSAC; BUSATO; CABRAL (2017), p. 214.

⁴⁵ RAPOSO (2011), p. 167.

⁴⁶ A importância disso reside, justamente, porque é «através do direito penal que o controle social é formalizado». Ver: HASSEMER; MUÑOZ CONDE (1989), p. 116.

⁴⁷ BUSATO (2013), p. 65.

⁴⁸ GRECO (2010), p. 178.

⁴⁹ Conforme o autor, define-se “moralismo jurídico-penal” com a tese segundo a qual a imoralidade de um comportamento é uma boa razão, isto é, uma razão adicional e intrinsecamente relevante, para incriminá-lo. Ver: GRECO (2010), p. 72

⁵⁰ ROXIN (2009), p. 41.

injusto penal não é, pois, a causação do resultado ou a finalidade da ação humana, como se vinha acreditando por muito tempo, senão a realização de um risco não permitido. A causalidade é só uma condição necessária, mas não suficiente, do injusto penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa foi desenvolvida com o objetivo de se verificar os critérios teórico-dogmáticos da intervenção mínima em matéria penal a partir da Teoria do Bem Jurídico.

Para tanto, iniciou-se com a abordagem do bem jurídico como objeto de proteção da norma penal com fundamento no funcionalismo teleológico-valorativo. Neste espaço, foi possível constatar que toda norma penal subsiste a proteção de um bem jurídico como objeto concretamente apreensível, pelo que, a conduta proibida deve ser analisada como realidade concreta, jamais como uma relação causal, neutra e formal. Assim, o conceito material do crime perpassa, necessariamente, pela lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico que a norma estaria a tutelar.

Na sequência, tratou-se do Bem Jurídico como instrumento de limitação da intervenção penal, momento em que a pesquisa tomou por base, essencialmente, estudos alinhados a criminologia crítica. Conforme essa orientação reducionista, não é a norma que determina substancialmente se o sujeito pratica ou não determinada conduta, o que faz concluir que o Bem Jurídico não pode ser, de fato, objeto de proteção. Nesta perspectiva, esse campo de estudo entende que o bem jurídico é um indicativo que orienta o limite de produção da norma (abstratamente) e a lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico é o limite que orienta a efetiva intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Tem-se, aí, um instrumento materialmente averiguável de limitação do Poder Punitivo; o Bem Jurídico Penal teria, então, uma função limitadora da intervenção penal.

Na parte final, verificou-se os critérios de (não) intervenção penal (ou de mínima intervenção). O primeiro deles é que se desenvolva, realmente, um Direito Penal de Fato, pois é na base da conduta humana que se sustenta a interferência penal e o suspeito da prática da ação como primeiro ponto de partida da atividade jurídico penal do Estado. O segundo é a recusa em se incriminar determinadas formas de vida e/ou convicções morais. O terceiro critério limitador é que não se deve responsabilizar pessoas cujos comportamento não cause efetiva lesão (ou efetivo perigo de lesão) a um bem jurídico penalmente reconhecido constitucionalmente como tal, sob o argumento vago de necessidade de castigo.

Por fim, a análise desses critérios deve ser observada para fixação prévia de certas diretrizes que devem ser levadas em conta em dois níveis de ponderação: a) pelo legislador (durante o processo de seleção das condutas penalmente relevantes); b) pelo aplicador do Direito na valoração do comportamento que, formalmente, teria violado o bem jurídico selecionado no âmbito abstrato.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 2, n. 5, 1994.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal, Tradução de Juarez Cirino dos Santos, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARATTA, Alessandro. “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica” in **Criminología y Sistema Penal**: compilación in memoriam, Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de F Ltda., 2014.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal Atual. **Revista Liberdades**, nº 1, maio-agosto, p. 16-29, 2009.
- BELING, Ernest von. **Esquema de Derecho Penal**: la doctrina del delito-tipo, Traducción de Sebastián Soler. Buenos Aires: Libreria El Foro, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, 2012, **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 17. ed., Saraiva, São Paulo.
- BUSATO, Paulo César. Antecedentes, Reincidência e Reabilitação à Luz do Princípio da Culpabilidade. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan Melo (Org.) **Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2008.
- CHAVES JR., Airto. **Além das Grades**: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blach, 2018.
- CUSSAC, José L. González *et alii*. **Compêndio de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. Florianópolis: Tirant lo Blanc, Valência; Empório do Direito, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, marzo-junio, año 4, nº 5, p. 02-08, 1992.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**: parte geral, vol. I, Coimbra: Coimbra, 2004.
- FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e Sistema Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- GRECO, Luís. Tem futuro a Teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Ana Elisa Liberatore S. Bechara (Coord.), ano 18, n. 82, jan-fev., p. 165-185, 2010.
- GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Claus Roxin, 80 anos. **Revista Liberdades**, nº 07, maio-agosto p. 97-123, 2011.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

- HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos. **Pena y Estado**, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, p. 23-36, 1995.
- HASSEMER, Winfried. Bienes Jurídicos en el derecho penal. **Estudios sobre Justicia Penal: homenaje al Profesor Julio B. J. Maier**, Editores del Pierto, Buenos Aires, p. 63-74, 2005.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Sevilha: Tirant lo Blanch, 1989.
- MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de Direito Penal**: curso ministrado na cadeira de direito penal I da UFSC. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **El Nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria Del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Protección de bienes jurídicos como limite constitucional del Derecho penal**. Elcano (Navarro) Aranzadi Editorial, 2011.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva. **Bens Jurídicos Colectivos e Bens Jurídicos Políticos**. Portugal: Coimbra Editora, 2003.
- QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- RAPOSO, Guilherme Guedes. **Teoria do bem jurídico e estrutura do delito**: Uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROXIN, Claus. **Teoría del Tipo Penal**: tipos abiertos y elementos del deber jurídico. Traducción de Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1979.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General (Tomo I)**: fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción y notas: Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. **Política Criminal y Sistema del Derecho Penal**. 2. ed. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 21, vol. 100, jan-fev., p. 89-139, 2013.
- SANTOS, Juarez Cirino dos, 2008, **Direito Penal**: parte geral, 3. ed., Lumen Juris, ICPC, Curitiba.
- SHÜNEMANN, Bernd. **La teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Traducción Rafael Alcácer, María Martín e Íñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2007.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y liberdade del legislador penal. *In*: HEFENDEL, Roland (ed.) **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid/Barcelona: Marcial Pons/Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Crime Culposos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. (Parte Geral). 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1. v.

LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: A (IN)EFETIVIDADE DOS MECANISMOS EXISTENTES PARA UMA ABORDAGEM TRANSNACIONAL

Andresa Silveira Esteves¹

Marília Raposo Vieira²

INTRODUÇÃO

O crime de lavagem de dinheiro e de organização criminosa afeta economias, sociedades, abala o sistema financeiro e sua internacionalização é uma realidade. O crime tem uma abrangência transnacional, pois ultrapassa fronteiras, motivo pelo qual entende-se essencial que as formas de combate sejam elaboradas e definidas tendo com premissa a transnacionalidade.

Nesse contexto, a presente pesquisa visa responder se os mecanismos de enfrentamento, os órgãos criados e as legislações brasileiras existentes são suficientes para combater a criminalidade organizada e o crime de lavagem de dinheiro levando em consideração, justamente, o seu caráter transnacional?

É inegável que a lavagem de dinheiro contribui diretamente para a sustentação do crime organizado, especialmente, considerando que suas etapas objetivam dificultar o rastreamento e identificação dos envolvidos. Considerando sua relevância no ciclo do crime organizado é natural que o tema se torne preocupação global, de diferentes órgãos e em diferentes esferas.

A ONU³ e outras organizações internacionais relatam abertamente sua preocupação com as proporções e consequências do crime organizado transnacional. O combate e prevenção através de medidas mais duras ao crime é uma urgência e precisa ser fortalecido.

Há três principais e conhecidos acordos quando o assunto é combate ao crime de lavagem de dinheiro: a Convenção das Organizações das Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena de 1988, que tinha como principal objetivo a cooperação dos Estados no combate ao tráfico internacional de drogas; a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional das Nações Unidas, conhecida como Convenção de Palermo de 2000, que ampliou o escopo para o combate ao crime organizado no geral, bem como o aumento do rol de crimes antecedentes; e por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Faculdade CESUSC. Participa do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias, Big Data, Jurimetria, Automação e Inteligência Artificial aplicadas ao Direito (CNPq UNIVALI). E-mail: andresa_esteves@hotmail.com

² Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Pós-graduada em Processo Civil pela Faculdade CESUSC. Pós-graduada em Penal e Processo Penal pela Universidade do Vale do Itajaí. Participa do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias, Big Data, Jurimetria, Automação e Inteligência Artificial aplicadas ao Direito (CNPq UNIVALI). Advogada. E-mail: advmariliaraposovieira@gmail.com

³ Organização das Nações Unidas

Corrupção, conhecida como Convenção de Mérida de 2003, que possui como objetivo principal focar esforços no combate à corrupção, e dedicou um capítulo inteiro sobre a lavagem de dinheiro, tornando-o crime autônomo.

Para alcançar o objetivo proposto dividiu-se da seguinte forma: 1. Normatização Internacional; 1.1 Acordos Internacionais; 2 As Organizações Criminosas por Trás Dos Crimes De Lavagem De Dinheiro; 2.1 O crime de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro; 2.2 Organização criminosa; 3 As políticas internacionais de combate e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro e seu caráter transnacional; 3.1 Transnacionalidade e a lavagem de dinheiro; 3.2 Brasil e Conselho de controle de atividades financeiras (COAF).

No desenvolvimento do trabalho se utilizou o método indutivo com pesquisa bibliográfica e, conseqüentemente, a elaboração de fichamentos, conceitos operacionais e categorização.

1. NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE LAVAGEM DE DINHEIRO

O combate e prevenção ao crime organizado e à corrupção é preocupação comum aos mais diversos Estados, em razão da expansão a nível global que tem acontecido, e faz parte dos objetivos da ONU (Organização das Nações Unidas), que, inclusive, criou convenções internacionais para combate de crime organizado transnacional, de controle de drogas e contra a corrupção, bem assim o Escritório das Nações Unidas que busca implementar as medidas apresentadas pelos referidos documentos. A partir disso, neste tópico, serão abordados os acordos internacionais existentes e a legislação brasileira referente à lavagem de dinheiro, crime diretamente vinculado à questão das organizações criminosas.

1.1 Acordos Internacionais

O combate e prevenção à lavagem de dinheiro é tema frequente de pactos e de documentos internacionais. A respeito das convenções relacionadas ao crime de lavagem de dinheiro, Badaró e Bottini⁴ ensinam que:

[...] três convenções merecem destaque, não apenas por sua importância para o aprimoramento da política criminal internacional de combate à lavagem de dinheiro, mas por terem sido incorporadas formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro, impactando diretamente na construção do marco legal e na interpretação das normas referentes ao crime em análise: a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo, e a Convenção de Mérida.

O marco internacional do combate à lavagem de dinheiro foi a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, mais conhecida como

⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013, p.30.

Convenção de Viena, que aconteceu em 20 de dezembro de 1988, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 154, de 26 de julho de 1991.⁵

A convenção teve o propósito de mostrar aos Estados-membros que: “tendo a criminalidade organizada tomado forma empresarial globalizada, seria necessário o seu combate através de uma cooperação internacional em relação às questões ligadas ao tráfico ilícito de entorpecentes”.⁶

Apesar de o objetivo central da convenção citada ser o combate ao tráfico de drogas, ela inaugura a previsão da lavagem de dinheiro em documentos do gênero.⁷

Segundo André Luís Callegari, o tratado sustenta-se de forma a trazer as descrições primordiais, passando, posteriormente, para a criminalização das condutas arroladas em seu artigo 3º.⁸

Isto posto, pode-se dizer que a Convenção de Viena foi um grande marco para a criminalização e o combate à lavagem de dinheiro. Nesse sentido Marcio Adriano Anselmo afirma que a Convenção “[...] marcou assim uma mudança drástica na política internacional antidrogas, estabelecendo como marco interestatal a formulação minuciosa e obrigatória de um tipo penal contra a lavagem de dinheiro”.⁹

Posteriormente, surge a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, que apesar de ter sido elaborada na Itália em 1999 somente foi assinada no ano 2000 em Nova York e integrada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 5.015/2004 e teve como propósito amparar a cooperação visando prevenir e combater o crime organizado transnacional.

O acordo tem uma extensão muito mais ampla que a Convenção de Viena de 1998, pois aumentou o rol de crimes antecedentes, que passaram a ser “além do narcotráfico, a participação em grupos criminosos, a corrupção e a obstrução da justiça”.¹⁰

No que se refere à lavagem de dinheiro, o artigo 6º da Convenção de Palermo estabelece a obrigação dos Estados de criminalizar o delito do mesmo modo que a Convenção de Viena. Contudo, em seu art. 7º traz as medidas que cada estado-membro deverá adotar para o combate à lavagem de dinheiro.

Art. 7º - 1. Cada Estado Parte: a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de serem utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime

⁵ ANSELMO, Marcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.69.

⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p.54.

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013, p.30.

⁸ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p.52.

⁹ ANSELMO, Marcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.70.

¹⁰ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p.63.

ênfatisados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas; b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro. 2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis. 3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, interregionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro. 4. Os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os organismos de detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro.

Neste sentido, segundo Anselmo a referida convenção nada mais é que “uma evolução natural da Convenção de Viena e trouxe importantes conceitos no que tange ao crime organizado, dedicando os art. 6 e 7 para a criminalização da lavagem do produto do crime e às medidas para combater a lavagem de dinheiro”.¹¹

A terceira Convenção relacionada ao crime de Lavagem de dinheiro, que teve como foco principal a corrupção enquanto crime financiador das organizações criminosas, é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (conhecida por Convenção de Mérida), assinada pelo Brasil em 2003, e somente incorporada ao ordenamento interno em 31 de janeiro de 2006 pelo Decreto nº 5.687.

Badaró e Bottini¹² esclarecem que a referida convenção teve como objetivo atacar a corrupção desenfreada, impor aos Estados Membros um controle mais sensível aos departamentos mais frágeis que são usados para a lavagem de dinheiro e por último implementar critérios para o incentivo à cooperação internacional entre os Estados.

2. AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS POR TRÁS DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1 O crime de lavagem de dinheiro no ordenamento jurídico brasileiro

¹¹ ANSELMO, Marcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.76.

¹² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013, p.31.

O crime de Lavagem de Dinheiro tem estado cada vez mais em voga no Brasil tanto pelo seu impacto no sistema financeiro e econômico, quanto pela atuação da mídia, que, nos últimos tempos, vem dado muita ênfase à temática em função de escândalos envolvendo figuras públicas e personalidades políticas.

Uma das teorias sobre o surgimento e tipificação do crime de lavagem de dinheiro apresenta como pioneira a Itália, em 1978. Nesta época, chamados anos de chumbo, houve uma série de ataques e sequestros com finalidades econômicas promovidos pelo grupo armado denominado “As Brigadas Vermelhas” que tinha como propósito final desarticular o poder político estatal.¹³

Como resposta a esses ataques, o governo italiano editou o Decreto-lei nº 59, de 21 de março de 1978, que como ilustra Carla Veríssimo De Carli¹⁴: “[...] introduziu, no Código Penal Italiano, o artigo 648 bis. Esse artigo incriminava a substituição de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro.”

Já no novo mundo, em 1986 foi criada nos Estados Unidos a Lei de Controle de Lavagem de Dinheiro (Money Laundering Control Act), a qual estabeleceu a “lavagem de dinheiro” como crime federal¹⁵. Com essa nova legislação, o combate desse crime passou a ser acolhido por outros países e, assim, o crime de lavagem de dinheiro passou a ser observado em escala global. Consequentemente, surgiu a necessidade de maiores formas de combate a nível internacional.¹⁶

Posteriormente, em 1988, a ONU (Organização das Nações Unidas) promoveu a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida também como Convenção de Viena de 1988, na qual foram adotadas as primeiras medidas de combate aos crimes de lavagem de dinheiro e narcotráfico, tendo em vista a necessária cooperação internacional.

A Convenção de 1988 tem como objetivo promover a cooperação entre os Estados para tratar de forma mais eficaz o tráfico de drogas, acabar com os lucros de organizações criminosas através da produção de drogas ilícitas e do tráfico e fornece novas ferramentas aos governos. A Convenção também buscou reduzir o sofrimento humano e pediu que os Estados adotassem medidas efetivas nas áreas de prevenção, tratamento e reabilitação.¹⁷

¹³ DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2006, p.72, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

¹⁴ Ibid., p.73.

¹⁵ O impulso para criação da referida legislação se deu a partir da lei seca, a qual proibia a produção e comercialização de bebidas alcoólicas nos EUA e que, consequentemente, gerou um comércio ilegal em todo o país.

¹⁶ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014, p.06.

¹⁷ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Convenção da ONU contra tráfico de entorpecentes e substâncias psicotrópicas faz 25 anos. 2013, p.01. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/convencao-da-onu-contra-trafico-de-entorpecentes-esubstancias-psicotropicas-faz-25-anos/>. Acesso em: 03 jul. 2019.

Desde então, surgiram outros tratados internacionais e diversos países criaram legislação específica visando combater os crimes de lavagem de dinheiro. O Brasil promulgou a Convenção de Viena através do Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991 ratificando o compromisso adotado.

Alguns anos depois, em razão de pressões internacionais para que o Brasil legislasse de forma específica sobre o crime de lavagem de dinheiro, foi criada a Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998. Houve forte crítica da doutrina à lei, já que o rol de crimes antecedentes apresentado no artigo 1º era taxativo e isso impedia que qualquer conduta prévia diferente daquela descrita na lei pudesse configurar o crime antecedente e, consequentemente, a lavagem de dinheiro.¹⁸

Em razão disso, em 2012 promulgou-se nova lei, a Lei n.º 12.683/12, a qual retirou o rol taxativo constante na lei anterior tornando possível que qualquer crime ou contravenção penal pudesse caracterizar o crime antecedente da lavagem de dinheiro.

Resumidamente, a lavagem de dinheiro no processo de tornar lícitos recursos financeiros provenientes de atividades ilícitas, sendo um delito praticado também de forma organizada, e que se espalha por incontáveis atividades econômicas.¹⁹

Nessa mesma toada a Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional) de 2000, no artigo 6º, alínea i, define lavagem de dinheiro como:

Artigo 6 – [...]

i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos.

Carla Veríssimo de Carli²⁰ afirma que “Existem vários modelos explicativos do processo de lavagem de dinheiro. O modelo mais utilizado é o elaborado pelo GAFI²¹ que divide o processo em três fases: colocação (placement), estratificação (layering) e integração (integration)”.

A autora supracitada leciona que²²:

A **colocação** é a fase inicial da lavagem do dinheiro, na qual ocorre a separação dos ativos ilícitos de sua fonte ilegal. Normalmente, o 'lavador' introduz os proveitos do crime no sistema financeiro.

¹⁸ MATOS, Thiago Gontijo. **Lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente**: Novos aspectos com a promulgação da Lei nº 12.683 de 2012 sob a ótica do expansionismo penal. 2017. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50239/lavagem-de-dinheiro-e-a-infracao-penal-antecedente-novos-aspectos-com-a-promulgacao-da-lei-no-12-683-de-2012-sob-a-otica-do-expansionismo-penal>. Acesso em: 22 ago. 2019.

¹⁹ DO VALLE. Juliano Keller. **A defesa do direito de defesa**: uma percepção garantista. 2. ed., Florianópolis: Habitus, 2012, p.82.

²⁰ DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2006, fl. 234, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 114. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

²¹ Grupo de Ação Financeira Internacional

²² DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2006, fl. 234, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p.114-115. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

[...]

A **estratificação** é a criação de múltiplas camadas de transações que distanciam, ainda mais, os fundos de sua origem ilegal. O objetivo é dificultar o rastreamento do dinheiro e a sua ligação com o crime antecedente. Depois que o dinheiro entrou no sistema financeiro, o 'lavador' se empenha em uma série de movimentações ou de transformações. [...] Nessa etapa, desempenham um papel fundamental os países e as jurisdições que não cooperam com investigações de lavagem de dinheiro.

A última etapa é a **integração**, quando os fundos retornam à economia legal. É a fase final de uma operação de lavagem de dinheiro completa. O objetivo é permitir ao delinquente utilizar os ativos sem gerar suspeitas que possam provocar uma investigação ou um processo criminal.

O GAFI é o principal organismo internacional responsável pelo combate e prevenção dos crimes de Lavagem de Dinheiro e do Financiamento ao Terrorismo. A ideia do GAFI é elaborar um padrão internacional de atuação dos Estados em relação aos crimes mencionados e isso se dá através das recomendações editadas. Atualmente, o GAFI possui 40 recomendações vigentes.

Na terceira recomendação²³ dispôs-se que: “Os países deveriam criminalizar a lavagem de dinheiro com base na Convenção de Viena e na Convenção de Palermo. Os países deverão aplicar o crime de lavagem de dinheiro a todos os crimes graves, de maneira a incluir a maior quantidade possível de crimes antecedentes.”

As recomendações do GAFI vêm acompanhadas de uma série de notas explicativas que objetivam deixar claros os padrões propostos para aplicação internacional. Dentre estas, cabe ressaltar as notas 2 e 3 elaboradas para a recomendação 3, citada anteriormente, na qual sublinha-se a necessidade de ampliação do rol de crimes antecedentes sugerindo-se que os Estados adotassem como referência todos os crimes constantes em sua legislação pátria, ou, caso adotassem a regra de limitação, fossem incluídos todos os crimes graves existentes no ordenamento.

Tendo isso em vista, é possível verificar que o Estado brasileiro tem se esforçado em observar os padrões internacionais propostos pelo GAFI, eis que o crime de lavagem de dinheiro, habitualmente, está vinculado a atividades exercidas por organizações criminosas e demanda, de fato, um esforço conjunto para combate, conforme será visto nos tópicos seguintes.

2.2 Organização Criminosa

O crime de lavagem de dinheiro, na maioria dos casos, é realizado por vários agentes (4 ou mais agentes) caracterizando, assim, a organização criminosa, que pode ser definida, superficialmente, como um grupo de indivíduos que atua de forma ordenada e conjunta buscando facilitar a consumação de determinado crime exigindo estratégias elaboradas com o fim de ocultação do ato ilícito, normalmente, ocorrendo uma divisão de tarefas entre os indivíduos que fazem parte da organização.

²³ GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, 40 recomendaciones del GAFI, editado por GAFISUD, 2012³, p.11.

Conforme o artigo 2º, alínea a, da Convenção de Palermo, entende-se por grupo criminoso organizado:

Art. 2- Terminologia

Para efeitos da presente Convenção entende-se por:

a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Já, a legislação brasileira, através da Lei nº 12.850/2013, em seu artigo 1º, § 1º, define como organização criminosa como:

Art. 1º [...]

§1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

De acordo com o que descreve MELO²⁴, “usualmente, o objetivo mais amplo de uma organização criminosa é ganho econômico ou ganho de poder”. Para tal, os grupos criminosos criam esquemas de desvio de dinheiro mais elaborados com o intuito de burlar o sistema, despistando qualquer suspeita.

Atualmente observa-se que grande parte destes esquemas incluem o desvio de capitais para outros países, adquirindo caráter transnacional, que será abordado a seguir, visando dificultar o rastreamento das atividades ilegais pelas autoridades fiscalizadoras. A peculiaridade da forma como são realizados os desvios de capitais pela criminalidade organizada exige dos órgãos de investigação métodos cada vez mais elaborados, que possibilitem o acompanhamento da evolução das técnicas adotadas pelos criminosos, que se modernizam e renovam a cada instante.

Portanto, acredita-se que os crimes organizados poderão ser detectados através da cooperação internacional e métodos modernos de investigação, nos termos do que será tratado a seguir.

3. AS POLÍTICAS INTERNACIONAIS DE COMBATE E PREVENÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO E SEU CARÁTER TRANSNACIONAL.

3.1 Transnacionalidade e a lavagem de dinheiro

Levando em consideração que a lavagem de dinheiro possui caráter transnacional é importante, inicialmente, entender a conceituação da transnacionalidade, assim como a urgente

²⁴ MELO, Valdir. Crime Organizado: **Uma Concepção Introdutória**. Ipea: Brasília. 2015, p.16.

necessidade de uma atuação diferenciada tendo-a como base em relação aos crimes de lavagem de dinheiro e organização criminosa.

A partir disso, Orlando Luiz Zanon Junior ensina:

A ideia de Direito Transnacional foi inicialmente proposta pelo Professor Philip Caryl Jessup, da Universidade de Yale, na obra *Transnacional Law*, de 1956. De forma pioneira, o referido autor estabeleceu uma nova abordagem sobre as relações multidimensionais baseadas em elementos normativos tanto públicos quanto privados que atravessam as fronteiras estatais. Em síntese, a expressão designa elementos normativos que regulam ações e eventos transcendentais às fronteiras nacionais, independentemente de sua origem. Logo, trata-se de um novo campo de estudo, com abordagem diversa daquela do Direito Internacional, haja vista que os elementos normativos transnacionais são respeitados e aplicados, inclusive além das fronteiras, independentemente da sua origem pública (do Estado ou de organizações dele delegatárias), de modo a minar a tese do monopólio estatal.

Tem-se, portanto, que a transnacionalidade vai além das fronteiras estatais, muito pelo contrário, propõe uma nova forma de atuação holística e cooperativa entre as nações para que problemas complexos e que afetam a coletividade sejam resolvidos de maneira adequada e interconectada.

Conforme lecionam Jaqueline Moretti Quintero e Natammy Luana de Aguiar Bonissoni²⁵, é essencial que se atente para a nova realidade de que:

O Estado-nação já não possui mais o mesmo controle habitual enquanto organismo singular de iniciativa econômica, social e política. A acentuada gama de transações e interações que se sobrepõem às fronteiras nacionais e as práticas transnacionais que vem aumentando gradativamente estão desgastando a competência do Estado-nação para administrar os fluxos de pessoas, bens, capital ou ideias.

Isso fica muito evidente na questão relacionada aos delitos de lavagem de dinheiro e organização criminosa, conforme já trabalho anteriormente, eis que são crimes que, via de regra, extrapolam os limites dos estados-nação. Nesse sentido Alberto Silva Franco, Luiz Flávio Gomes e Raul Cervini²⁶ afirmam que:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão; compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos oficiais da vida social, econômica e política da comunidade;

²⁵ ROSA, Alexandre Morais et al. **Para além do estado nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz. In: QUINTERO, Jaqueline Moretti. BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. **Transnacionalidade e civilização empática**: principais desafios, Florianópolis: Ed.Emais, 2018. p.149-160.

²⁶ FRANCO, Alberto Silva; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime Organizado**: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: RT, 1997, p.174.

origina atos de extrema violência, exibe um poder de corrupção e difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.

E, por tudo isso, afirma-se que a visão cartesiana de resolução de questões complexas que afetam a sociedade de maneira global, como é o caso da temática trabalhada nesta breve pesquisa, não é suficiente para dar conta de produzir uma resposta satisfatória. Corroborando com isto, Jaqueline Moretti Quintero e Natammy Luana de Aguiar Bonissoni²⁷:

A insustentabilidade da tradicional visão de resolução de conflitos através do direito internacional para os problemas emergentes do mundo globalizado, reforça a teoria da necessidade de criação de organismos transnacionais que possam alcançar os diversos núcleos de impasses e questões que exigem solução em níveis internacionais, além dos litígios dimensionados hoje por duas parcelas de países distintos, sem, com isso, minimizar ou obscurecer a relevância dos trabalhos realizados pelos Tribunais Internacionais já existentes, nos casos em que se aplicarem, como o é, por exemplo, o Tribunal Penal Internacional.

Em razão de tudo o que foi dito, é importante verificar os esforços realizados pelo Estado brasileiro na tentativa de repressão da criminalidade organizada e, conseqüentemente, no combate ao crime de lavagem de dinheiro, sob uma perspectiva transnacional, absolutamente necessária.

3.2 Brasil e Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf)

Como visto a evolução na forma de execução do crime de lavagem de dinheiro exigiu o desenvolvimento de meios de combate mais sofisticados e autônomos baseados em sistema de inteligência de monitoramento de operações, sistematização de relatórios e manejo de estratégias por equipe especializada²⁸. Neste aspecto, a Lei 9.613/98 registrou, em seu art. 14, a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras, o COAF:

Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

Trata-se do órgão de inteligência financeira brasileira, pertencente ao Ministério da Fazenda, responsável pela prevenção e repressão à lavagem e financiamento ao terrorismo, com atribuições específicas criadas pela Lei 9.613.98 para “[...] coordenar mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro, disciplinar e aplicar penas administrativas e receber, examinar e identificar ocorrências suspeitas”²⁹.

²⁷ ROSA, Alexandre Morais et al. **Para além do estado nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz. In: QUINTERO, Jaqueline Moretti. BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. **Transnacionalidade e civilização empática**: principais desafios, Florianópolis: Ed.Emais, 2018. p.149-160.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

²⁹ CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

Portanto, a missão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras é “prevenir a utilização dos setores econômicos para a lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, promovendo a cooperação e o intercâmbio de informações entre os Setores Públicos e Privados”³⁰.

Na página do COAF disponível na internet, dispõe-se:

A cooperação e a troca de informações com as autoridades competentes são de grande importância para viabilizar ações rápidas e eficientes na prevenção e no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. O intercâmbio de informações é disciplinado pelo artigo 15 da Lei nº 9.613, de 1998: “O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”. [...] Além das autoridades nacionais, o COAF realiza intercâmbio de informações também com as Unidades de Inteligência Financeira – UIF integrantes do Grupo de Egmont. Para o intercâmbio, a UIF deve estar autorizada por lei a trocar informações de inteligência financeira com as congêneres estrangeiras e possuir salvaguardas adequadas — incluindo disposições de confidencialidade — para assegurar que as trocas de informações estejam de acordo com os princípios fundamentais, nacionais e internacionais, e em conformidade com as suas obrigações em matéria de proteção do sigilo do dado ou informação. Aplicam-se ao intercâmbio com Unidades de Inteligência Financeira os mesmos requisitos exigidos para o intercâmbio com autoridades nacionais. Além desses, são também necessárias informações sobre a existência de relação entre a(s) pessoa(s), ou o caso suspeito, e o país alvo da solicitação. As informações trocadas entre as Unidades de Inteligência Financeira não podem ser divulgadas sem o consentimento prévio e formal da UIF requerida.

Entende-se que a forma de atuação do COAF já traz um ganho significativo para o enfrentamento dos crimes de lavagem de dinheiro e organização criminosa. Apesar disso, não se considera que possua um caráter absolutamente transnacional, assim como as Convenções apresentadas anteriormente, eis que ainda muito limitado pelas fronteiras nacionais e dependente de cooperação.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou esclarecer alguns pontos e analisar a legislação existente, bem como os órgãos envolvidos aos crimes de lavagem de dinheiro. O assunto é complexo e amplo, sem pretensões de esgotá-lo, mas sim de clarificar a matéria em questão, a qual deve ser sempre debatida a fim de surgir novas soluções a serem debatidas para uma maior efetividade no combate a esse tipo de crime.

Conforme verificou-se através dos itens anteriores, a preocupação da ONU e dos estados constituintes com o crime organizado transnacional e a lavagem de dinheiro é iminente. A lavagem de dinheiro, habitualmente, está interligada ao crime organizado e ações de combate e prevenção

³⁰ BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Atividades Financeiras – COAF.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 06 jun 2019.

através de uma visão transnacional que são fundamentais para fortalecimento do sistema financeiro e manutenção da paz mundial.

As convenções de Viena, Palermo e Mérida da ONU foram fundamentais para a formação da atual estrutura internacional de combate à lavagem de dinheiro e crime organizado. Suas recomendações vinculam os países signatários e aderem a implementar a infraestrutura mínima e as melhores práticas para o enfrentamento ao crime organizado e de lavagem de dinheiro.

Em um mundo globalizado, a facilitação da circulação de valores e mercadorias fez com que grupos criminosos se sentissem mais ousados nas suas ações, formando ramificações de negócios ilegais e fraudulentos em diferentes países, sendo uma questão não apenas das autoridades nacionais como também das internacionais, que agora devem se unir para combater tais ações.

A contribuição entre os organismos internacionais e a criação de normas de compartilhamento de informações tem tornado possível a investigação mais eficiente dos crimes abordados nessa pesquisa. Apesar disso, conforme visto acima, os esforços realizados, os órgãos criados e as medidas tomadas não são suficientes para se afirmar que há uma abordagem a partir da transnacionalidade efetiva para o enfrentamento desta criminalidade.

Porém o caminho a ser traçado no combate a essa criminalidade é árduo, e esta na hora de começar a mudar a mentalidade, devendo haver mais investimentos nos programas antilavagem de dinheiro, a fim melhorar de forma geral a economia do país, pois sem este tipo de crime países estrangeiros serão atraídos para investir no Brasil, proporcionando então uma economia mais sólida.

REFERÊNCIAS

AGUADO, Javier Alberto Zaragosa; CAPARRÓS, Eduardo Fabían; CORDERO, Isidoro Blanco. **Combate del lavado de activos desde el sistema judicial**. 3. ed. Washington, DC: Organización de los Estados Americanos, Republica Bolivariana de Venezuela, y Banco Interamericano de Desarrollo, 2007.

ANSELMO, Márcio Adriano. **O ambiente internacional do combate à lavagem de dinheiro**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198729/000901859.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 jun 2019.

ANSELMO, Marcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2013.

BRASIL. **Decreto nº. 154**, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 06 jun 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.015**, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.687**, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 06 jun 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.613**, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Atividades Financeiras – COAF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 06 jun 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.683**, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 06 jun 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 09 jun. 2019.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

DE CARLI, Carla Verissimo. **Lavagem de dinheiro**: ideologia da criminalização e análise do discurso. 2006, fl. 234, Dissertação (Mestrado no Programa de Pósgraduação em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp020509.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DO VALLE. Juliano Keller. **A defesa do direito de defesa**: uma percepção garantista. 2. ed., Florianópolis: Habitus, 2012. GAFI - GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. Quem nós somos. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/>. Acesso em: 17 jun 2019.

GAFI - GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. **História do GAFI**. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/>. Acesso em: 17 jun 2019.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE SUDAMÉRICA (GAFISUD), **Tipologías regionales - actividades y profesiones no financieras designadas (APNFD)**, Buenos Aires – Argentina, 2010.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, **40 recomendaciones del GAFI**, editado por GAFISUD, 2012a.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL. **Informe sobre países y territorios no cooperantes, organización para la cooperación y desarrollo económico**. Francia, 2012b.

- FRANCO, Alberto Silva; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime Organizado**: enfoques criminológicos, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal. São Paulo: RT, 1997.
- MATOS, Thiago Gontijo. **Lavagem de dinheiro e a infração penal antecedente**: Novos aspectos com a promulgação da Lei nº 12.683 de 2012 sob a ótica do expansionismo penal. 2017. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50239/lavagem-de-dinheiro-e-a-infracao-penal-antecedente-novos-aspectos-com-a-promulgacao-da-lei-no-12-683-de-2012-sob-a-otica-do-expansionismo-penal>. Acesso em: 22 ago. 2019.
- MELO, Valdir. **Crime Organizado**: Uma Concepção Introdutória. Ipea: Brasília. 2015.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Dinheiro escondido/guardado configura crime de lavagem**, set. 2017. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/dinheiro-escondidoguardado-configura-crime-de-lavagem/>. Acesso em: 16 jun. 2019.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA - COAF. **Comunicado do GAFI de 23 de fevereiro de 2018, março.2018**. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/linksexternos/comunicado-do-gafi-de-23-de-fevereiro-de-2018>. Acesso em: 13 jun 2019.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF**, fev. 2017. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/carta-de-servicos/lista-deservicos/conselho-de-controle-de-atividades-financeiras-2013-coaf>. Acesso em: 14 jun 2019.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA - COAF. **Intercâmbio de Informações**, jan. 2018. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligenciafinanceira/intercambio-de-informacoes>. Acesso em: 05 jun. 2019.
- MINISTÉRIO DA FAZENDA - COAF. **40 Recomendações GAFI**, jun. 2015. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/novos-padroesinternacionais-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamentodo-terrorismo-e-da-proliferao-as-recomendacoes-do-gafi-1>. Acesso em: 19 jun 2019.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Conheça a ONU**. (201-). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em: 10 jul. 2019.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Convenção da ONU contra tráfico de entorpecentes e substâncias psicotrópicas faz 25 anos**. 2013. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/convencao-da-onu-contra-traffic-de-entorpecentes-esubstancias-psicotropicas-faz-25-anos/>. Acesso em: 03 jul. 2019.
- NAÇÕES UNIDAS ESCRITÓRIO CONTRA DROGRAS E CRIME. **Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção**. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 05 jun. 2019.
- PIETH, Mark; AIOLFI, Gemma. **A comparative guide to anti-money laundering**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2004.

ROSA, Alexandre Morais et al. **Para além do estado nacional**: dialogando com o pensamento de Paulo Marcio Cruz. In: QUINTERO, Jaqueline Moretti. BONISSONI, Natammy Luana de Aguiar. Transnacionalidade e civilização empática: principais desafios, Florianópolis: Ed.Emais, 2018. p.149-160.

SAADI. Ricardo André. **O combate à lavagem de dinheiro**. 2007. 210f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2007.

SOUTO, Arthur Heinstein Apolinário. **Lavagem de capitais**: administração de justiça e ordem socioeconômica como bens jurídicos tutelados. 2013. 145f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico, para obtenção do título de Magister Scientiae) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa (PB), 2013.

O REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA E A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS FRENTE À NOVA ONDA TECNOLÓGICA MUNDIAL

Thiago Luiz Gesser Cesca¹

Vitor Sardagna Poeta²

INTRODUÇÃO

Com o advento de novas tecnologias, a inserção de novos mecanismos, cada vez mais sofisticados, cria e dita uma significativa evolução na estrutura comportamental da sociedade atual. Tal comportamento resulta na modificação do pensamento jurídico e social “inter e intra fronteiras”.

Assim, verificando-se novos horizontes no ramo do direito, necessário interpretar e aplicar as normas atuais, verificando-se, sempre, o mais justo ditame de proteção ao bem jurídico tutelado.

No âmbito das tecnologias da informação, as consequências jurídicas do avanço desenfreado instauram um cenário de insegurança jurídica, já que a falta de legislação específica enseja na adaptação do caso concreto aos diplomas normativos existentes.

Novo avanço tecnológico, conhecido como *big date*, tornou anacrônica a vasta legislação presente em todo o mundo, tornando ineficaz a tão comentada proteção dos dados pessoais e a privacidade das pessoas naturais.

Posto isso, é necessário vislumbrar uma nova legislação específica, capaz de regular e garantir a tutela dos dados pessoais.

Em meio a esse cenário, surge o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – RGPD, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018, com o intuito de assegurar a livre circulação de dados, diante das novas tecnologias, resguardando, ao mesmo tempo, a transparência dos sujeitos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, assim como o controle por parte dos indivíduos que se encontram no bloco econômico europeu.

Quase que concomitantemente, surge, no Brasil, a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a qual visa à proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: tcesca@uol.com.br

² Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Advogado. E-mail: Vitor@sardagnapoeta.adv.br

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ fora utilizado o Método de abordagem dedutivo e como método de procedimento, o descritivo, pautado no levantamento bibliográfico⁴.

Nas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

1. A TUTELA DE DADOS E A PRIVACIDADE

Em 12 de maio de 2017 ocorreu um ataque cibernético orquestrado contra empresas e órgãos públicos de todo o mundo. No Brasil, especificamente, o que gerou maior repercussão foi o que atingiu dezenas de computadores do Ministério Público de São Paulo e também o Tribunal de Justiça daquele mesmo estado.

O que se supôs, em matérias veiculadas pelas maiores agências de notícia do mundo, é que este ataque teria sido possível graças ao uso não autorizado de uma ferramenta criada pela NSA.⁹ Uma vez infectado, os dados do computador são criptografados e para que a codificação seja desfeita, exige-se um pagamento em moedas virtuais.

Segundo o Juiz Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, Alécio Martins Gonçalves, em entrevista ao telejornal SPTV,¹⁰ confirmou que o ataque atingiu alguns computadores de servidores do Tribunal, mas que dados do *data center* não foram perdidos. Afirmou, ainda, que não estimavam, até então, se seria possível recuperar as informações presentes nas máquinas infectadas.

Segundo o site especializado em tecnologia, TecMundo, a Coordenação de Tecnologia da informação do Ministério Público de São Paulo, por sua vez, havia informado os servidores que

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁹ A Agência de Segurança Nacional é a agência de segurança dos Estados Unidos, criada em 04 de novembro de 1952 com funções relacionadas com a Inteligência de sinais, incluindo interceptação e criptoanálise.

¹⁰ CIBERATAQUE faz sistema do Tribunal de Justiça de SP cair; sites do MP e do TRT também saem do ar. **G1**, São Paulo, 12 maio 2017. Disponível em: < <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/sites-do-governo-de-sp-do-tj-e-do-mp-saem-do-ar-apos-ciberataques-em-larga-escala.ghml> >. Acesso em: 20 ago. 2018.

"diante do ataque mundial aos sistemas informatizados que está ocorrendo neste momento, solicitamos a todos os usuários do MPSP que desliguem todos os computadores imediatamente".¹¹

Antes de chegar aos computadores do MPSP e do TJSP, o *ransomware*, como são conhecidos os vírus que criptografam arquivos de computadores e oferecem, mediante pagamento de resgate, os códigos para descriptografá-los, causou estragos em hospitais no Reino Unido, no Instituto Nacional do Seguro Social, na Caixa Econômica Federal, entre outras dezenas de órgãos públicos e entidades privadas ao redor do mundo.

Alguns jornais declararam que este *ransomware* foi desenvolvido por hackers com base em uma ferramenta da NSA que foi acessada pelos criminosos. O jornal *Usa Today* confirmou esta suposição trazendo declarações do Conselheiro Jurídico da Microsoft, Brad Smith, que dizia: "Vimos vulnerabilidades guardadas pela CIA aparecer no Wikileaks, e agora esta vulnerabilidade da NSA afetou clientes ao redor do mundo. Repetidamente, estes vírus nas mãos do governo tem vazado na internet e causado muito estrago (tradução livre)."¹²

Embora estes ataques tenham sido comprovadamente efetuados por hackers que não tem nenhum vínculo direto com órgãos governamentais, fica comprovada a ameaça potencial que estas ferramentas tecnológicas podem representar.

Diante dos casos apresentados, mesmo com a boa-fé dos Estados, ao que parece, é pouco provável que consigam produzir e usar tais ferramentas, garantindo que não serão invadidas e desvirtuadas por terceiros, causando danos e instabilidades na comunidade internacional. Os dados pessoais e, conseqüentemente a privacidade dos indivíduos estão, apesar dos mecanismos legais, vulneráveis.

No Brasil a preocupação em se tutelar os dados pessoais é recente. Até o ano de 2018, o país não contava com um diploma legal específico para regulamentar a questão, sendo necessário, para a responsabilização dos sujeitos envolvidos em tratamento indevido de dados pessoais, aplicar o disposto na legislação esparsa e nos Códigos vigentes.

A União Europeia, por sua vez, conta, desde a década de 1990, com uma Diretiva voltada à proteção dos dados pessoais e, agora, mais recentemente com o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – RGPD, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018.

¹¹ PAYÃO, Felipe. Acompanhe a linha do tempo do ataque hacker: MPSP, INSS e TJSP fora do ar. **TECMUNDO**, 12 maio 2017. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/ataque-hacker/116639-mp-tribunal-justica-sp-desligam-maquinas-ataque-hacker.htm?utm_source=tecmundo.com.br&utm_medium=internas&utm_campaign=saibamais. Acesso em: 20 ago. 2018.

¹² SWARTZ, Jon. NSA says it was not origin of ransomware that hit Microsoft's Windows. **USA TODAY**, 15 maio 2018. Disponível em: <https://www.usatoday.com/story/tech/news/2017/05/15/nsa-says-not-origin-ransomware-hit-microsofts-windows/101731644/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

A privacidade é um elemento de digna importância na formação qualquer conceito civilizatório de sociedade, é necessária e fundamental na formação da individualidade, destacando-se como direito e garantia fundamental do ser humano.¹³

Lima e Nunes¹⁴ citam que vivemos em uma sociedade de classificação, na qual o homem está em constante exposição através dos meios tecnológicos. Todas as suas características, anseios, desejos e preferências podem ser vistas de uma forma facial a partir de um clique, o que pode permitir o amplo acesso aos seus dados pessoais.

Carvalho¹⁵ aduz que a revolução tecnológica em que vivemos transformou os “papéis” em “dados”, geralmente “armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder”.

A revolução, através de novos meios tecnológicos, dos bancos de dados eletrônicos, concebe, nitidamente, grande ameaça à sociedade (no quesito privacidade). Com a obtenção, manipulação e tratamento dessas informações, obtêm-se as informações de quaisquer pessoas, que agora estão com as suas individualidades vulneráveis.

Necessário perceber que há uma intersecção, com um mesmo ponto da interconexão de todos os bancos de dados, formando um grande banco, chamado de *big data*, as quais são capazes de devassar a vida dos indivíduos, sem qualquer aviso prévio ou conhecimento sobre esse tipo de prática aos indivíduos.¹⁶

1.1 A tutela dos dados pessoais na União Europeia

De acordo com Silva e Silva,¹⁷ a preocupação com a tutela de dados pessoais, sobretudo da pessoa natural, diante de um vasto contexto informacional, é um tema que gera debates na União Europeia há muitos anos.

Encontram-se relatos que remetem à década de 1980, como por exemplo, cita-se a Convenção para a Proteção de Pessoas Frente ao Tratamento Automatizado dos Dados de Caráter Pessoal.

¹³ SILVA, Almerinda Maria Ferreira da. **O Direito à Privacidade do doente no serviço de urgência**. 2007. 266 f. Dissertação (Mestrado em Bioética). Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Porto, 2007. Disponível em: <https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/22110/3/tese%202.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

¹⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de Direito Digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 230.

¹⁵ CARVALHO, Leda Maria Maia Rodrigues. **A insegurança do mundo digital: um olhar crítico acerca da pedofilia na internet**. 2002, p. 122. 153 f. Tese de Mestrado (Curso de Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_inseguranca_no_mundo_digital.pdf. Acesso em: 16 ago. 2018.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 345.

¹⁷ SILVA, Letícia Brum da; SILVA, Rosane Leal da. A proteção jurídica de dados pessoais na internet: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil. **Direito e Novas Tecnologias**, 2016. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=122>. Acesso em: 20 ago. 2018.

Desde outubro de 1995, havia a existência da Diretiva 95/46/CE, a qual prelecionava, quanto aos dados pessoais, que os Estados Membros da União Europeia estabelecessem condições para o seu tratamento, sempre resguardando a tutela das liberdades e direitos fundamentais dos cidadãos.

Todavia, a norma antiga, em vigor desde os anos 1990, tornou-se antiquada, com o tempo, principalmente porque, com a evolução tecnológica, sobrevieram novas situações, as quais jamais seriam imaginadas naquela época, principalmente em relação à ampliação da informação, com a popularização da internet.

Em meio a esse cenário de “guerra atual” quanto à tutela dos dados pessoais, veio a lume o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, revogando a ultrapassada Diretiva 95/46/CE.

Editado em 2016, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia, entrou em vigor no dia 25 de maio de 2018, revogando assim a legislação anterior que tutelava a proteção de dados, Regulamento este que veio ao encontro do disposto no art. 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e do art. 6, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os quais estabelecem que todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito, reconhecendo, por conseguinte, que os dados pessoais possuem caráter de direito fundamental.

Mendes e Branco¹⁸, ao analisarem a questão, ressaltam que a proteção à vida privada é “[...] uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre de personalidade”.

Enfatizam, ainda, os autores que uma demasiada exposição da vida privada, “dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda a tentativa de autossuperação”.¹⁹

O Novo Regulamento, que revogou aquela Diretiva, não apresenta conceito muito diverso, pois considera como dados pessoais qualquer informação que identifique, de forma direta ou indireta, o indivíduo, como exemplo: nome, endereço, e-mail, número de telefone, dados genéticos, físicos, culturais, etc., ou seja, qualquer dado que permita que uma pessoa seja identificada.

Lima e Nunes²⁰ elucidam que o armazenamento de qualquer tipo de dado pessoal pode ocasionar uma destruição sobre o prisma da liberdade individual, alertando sobre as situações cotidianas em que o portador dessas informações não tem ao menos a escolha, ou até o próprio conhecimento, do armazenamento dos seus dados.

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 280.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**, p. 280-281.

²⁰ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de Direito Digital**, p. 98.

Machado²¹ aduz que os dados pessoais merecem um tratamento diferenciado em relação dos demais. Pode-se citar como exemplo o caso de empregadores que, com base em dados sensíveis de determinado indivíduo, como orientação sexual, posicionamento religioso ou questões raciais, utilizam os mesmos como critérios para contratações, demissões ou condicionantes de jornadas de trabalho, o que caracteriza notória posição discriminatória.

2. PRINCIPAIS IMPACTOS DO NOVO REGULAMENTO EUROPEU

Várias são as alterações trazidas pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) nos ordenamentos jurídicos dos Estados Membros da União Europeia e que geram maior segurança jurídica na questão dos dados e da privacidade.

Dentre as inovações, comentar-se-á sobre o direito ao esquecimento, questão que fomenta debates em todo o mundo, à portabilidade de dados e a oposição ao tratamento de tais dados, pelo limite de extensão do presente trabalho.

2.1 Direito de Portabilidade de Dados

Consta no artigo 20º, nº 1, alíneas a) e b) do Regulamento Geral da Proteção de Dados, o Direito de Portabilidade de Dados:

O titular de dados tem o direito de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se: o tratamento se basear no consentimento dado nos termos do artigo 6º, nº1, alínea a) ou no artigo 9º, nº2, alínea a), ou num contrato referido no artigo 6º, nº 1, alínea b) e, se o tratamento for realizado por meios automatizados.

Quanto ao exposto, o direito de portabilidade dos dados nasce com o objetivo de assegurar a transferência de seus dados, com maior facilidade, de um prestador de serviços para outro.

Nesse sentido, o regulamento preconiza que os titulares dos dados têm maior controle sobre seus dados pessoais, fato esse que acaba por criar, ainda, mais concorrência entre as empresas na lei do mercado, capaz de garantir princípios de inovação e desenvolvimento.

2.2 Direito de Oposição ao Tratamento de Dados

Quanto à oposição ao tratamento de dados, o novo regulamento traz inovações e novidades. Tendo em conta as novas disposições face ao tratamento automatizado de dados, o novo Direito de Oposição ao Tratamento de Dados encontra base no artigo 21º do Regulamento Geral da Proteção de Dados:

²¹ MACHADO, Joana Moraes de Souza. *A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados*, p. 14.

o titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento de dados pessoais que lhe digam respeito com base no artigo 6º, nº1, alínea e) e f), ou no artigo 6º, nº4, incluindo a definição de perfis com base nessas disposições. O responsável pelo tratamento cessa o tratamento de dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular de dados, ou para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial (artigoº 21º, nº1).

Qualquer cidadão, pode, também, opor-se ao tratamento de seus dados, caso verifique-se tratar de caso de marketing direto, conforme o artigo 21º, nº 2 do RGPD:

quando os dados forem tratados para efeitos de comercialização direta, o titular dos dados tem o direito de se opor a qualquer momento ao tratamento dos dados pessoais que lhe digam respeito para os efeitos da referida comercialização, o que abrange a definição de perfis na medida em que esteja relacionada com a comercialização direta

Ainda, de acordo com o artigo 21º, nº 3 do referido diploma: “caso o titular dos dados se oponha ao tratamento para efeitos de comercialização direta, os dados pessoais deixam de ser tratados para esse fim”

Nessa senda, consta, também, no artigo 19º do Regulamento, o alicerce jurídico, quanto ao tratamento de dados, em casos de retificação ou necessidade de apagar: *“o responsável pelo tratamento comunica a cada destinatário a quem os dados pessoais tenham sido transmitidos qualquer retificação ou apagamento dos dados pessoais ou limitação do tratamento a que se tenha procedido em conformidade com o artigo 16º, artigo 17º, nº1 e o artigo 18º, salvo se tal comunicação se revelar impossível ou implicar um esforço desproporcionado. Se o titular dos dados o solicitar, o responsável pelo tratamento de fornece-lhe informações sobre os referidos destinatários”*.

2.3 Direito ao esquecimento

No que tange o direito ao esquecimento, propriamente dito, que objetiva resguardar os direitos da personalidade, ressalta Canário²² que a sua razão de ser é exatamente o direito que “as pessoas têm [...] de serem esquecidas pela opinião pública e até pela imprensa. Os atos que praticaram no passado distante não podem ecoar para sempre, como se fossem punições eternas”.

O direito ao esquecimento surgiu exatamente para assegurar aos indivíduos o direito de não serem eternamente expostos, por exemplo, pela prática de um delito, o que acaba por eternizar o sofrimento.

Sobre a origem do direito ao esquecimento, Portela,²³ que preconiza a existência de um “direito fundamental ao esquecimento”, ressalta:

²² CANÁRIO, Pedro. Garantias da personalidade: STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. **Consultor Jurídico**, 05 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²³ PORTELA, Airton. Direito ao esquecimento: possibilidades e ponderações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3989, 3 jun. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29211>. Acesso em: 20 ago. 2018.

O debate acerca deste tema iniciou na Alemanha quando um dos condenados por crime de homicídio contra quatro soldados do Exército daquele País, prestes a ser libertado após cumprimento da pena que lhe foi aplicada, ajuizou ação para impedir a veiculação de documentário sobre o delito e o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento que ficou conhecido como caso Lebach, conferiu-lhe a proteção pretendida com base no referido direito.

Sobre o caso Lebach, cumpre trazer os ensinamentos de Cabral e Rosa²⁴:

O caso teve início no ano de 1969, quando houve homicídios de soldados alemães na cidade de Lebach/Alemanha. Após o processo, um dos condenados cumpriu integralmente sua pena e, dias antes de deixar a prisão, ficou sabendo que uma emissora de TV iria exibir um programa especial sobre o crime no qual seriam mostradas fotos dos condenados e a insinuação de que eram homossexuais. Diante disso, o condenado ingressou com uma ação inibitória para impedir a exibição do programa (evitar o dano). Posteriormente, o caso chegou ao conhecimento do Tribunal Constitucional Alemão. Discutia-se, em síntese, se deveria prevalecer a liberdade de imprensa ou a proteção constitucional do direito de personalidade e privacidade. Ao decidir o mérito do caso Lebach, o Tribunal Constitucional Alemão asseverou que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada.

Cabral e Rosa²⁵ lecionam que o direito ao esquecimento, também chamado de “direito de ser deixado em paz” ou de “direito de estar só”, nada mais é que o “direito que um determinado indivíduo possui de não permitir que um fato, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos”.

Já, Saliba,²⁶ cita que o direito de ser esquecido é “novidade jurídica originada no Século XXI, decorrente da ideia de limitar a ‘eternização’ do acesso a algumas informações pessoais existentes na internet, [...] protegendo melhor a imagem da pessoa humana e a sua dignidade”.

De acordo com o Regulamento Geral de Proteção de Dados, esse novo direito encontra fulcro no artigo 17º, “*o titular tem o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada, quando se aplique*”.

Há a obrigatoria eliminação dos dados pessoais, quando vislumbrar-se alguma das hipóteses previstas no artigo 17º:

a) quando os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento; b) quando o titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados e quando não existe outro fundamento jurídico para o seu tratamento; c) quando o titular se opõe ao tratamento e não existem interesses legítimos prevalecentes que o justifiquem; quando os dados pessoais foram tratados ilicitamente; d) quando os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da UE ou de um Estado - Membro a que

²⁴ CABRAL, Bruno Fontenele; ROSA, Raissa Viana. “The right to be let alone”: o direito ao esquecimento. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28362>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ CABRAL, Bruno Fontenele; ROSA, Raissa Viana. “The right to be let alone”: o direito ao esquecimento.

²⁶ SALIBA, José Carlos Maia. Direito ao esquecimento: Brasil e Europa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4223, 23 jan. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31705>. Acesso em: 20 ago. 2018.

o responsável pelo tratamento esteja sujeito; e f) quando os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação.

Por força do Regulamento Geral, agora, cabe aos órgãos e empresas o “deletar” dos dados armazenados em seus sistemas eletrônicos, incluindo a aplicação de medidas técnicas, para informar aos responsáveis desses dados, de que seus titulares solicitaram a supressão de quaisquer ligações, dados, cópias ou reproduções.

Dessa forma, o direito ao esquecimento impõe que o responsável pelo tratamento de dados disponha de meios que lhe possam assegurar que os dados que lhe foram disponibilizados pelo titular serão eliminados, tão logo o titular desses dados solicitar, ainda que esses dados tenham sido transmitidos a terceiros.

Quanto ao direito ao esquecimento, há exceções.

Com referência ao artigo 17º, nº 3, o direito ao esquecimento não se levanta quando estamos perante uma obrigação de exercício da liberdade de expressão ou de informação; quando é exigível o cumprimento de uma obrigação legal face ao tratamento de dados, para exercício de funções de interesse público ou exercício da autoridade pública do responsável pelo tratamento; por motivos de interesse público no domínio da saúde pública; para questão de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos; para declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial.

3. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO RGPD

Até o advento da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, a legislação pátria não contava com um diploma específico para regulamentar a proteção de dados pessoais. Algumas legislações brasileiras mencionam, de forma tímida (e ineficaz) o tema, como por exemplo, o Decreto n. 7.962, de 2013, que tratava do comércio eletrônico; e até mesmo a Lei nº 12.665, de 23 de abril de 2014 – Lei do Marco Civil da Internet.

No Brasil, o tema proteção de dados, tornou-se centre de atenções e discussões políticas, quando em 2013, o governo questionou a espionagem internacional realizada pelos EUA, no plenário da ONU. Assim, o país passou a reivindicar um novo modelo mais protetivo para armazenar as informações internas.

Por conseguinte, no ano de 2014, a Lei nº 12.665 - Lei do Marco Civil da Internet - tratou algumas questões pertinentes ao meio digital, ainda que brevemente, dispondo acerca da neutralidade da rede, a guarda de dados pessoais, o direito ao esquecimento e a responsabilidade civil.

A Lei do Marco Civil da Internet, objetivava responsabilizar manifestações na internet, reconhecendo que as respectivas violações de direito, consubstanciados no exercício irracional da liberdade de expressão, por exemplo, também seriam ilícitas.

De acordo com Saraiva,²⁷ “em princípio, qualquer ato ilegal praticado por alguém na internet pode gerar consequências jurídicas”, sendo o autor do ato responsabilizado civil e/ou criminalmente, inexistindo norma jurídica que isente o indivíduo dos atos ilegais cometidos no âmbito eletrônico e virtual.

Cumprе salientar que o diploma em comento não abordou diversos pontos, como exemplo, a aplicação de penalidades para casos envolvendo devassa de dados, por exemplo, sendo aplicável, portanto, o Código Penal, quando possível.

Assim sendo, em 2018, a edição da Lei nº 13.709, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), alterou a Lei nº 12.665, ampliando algumas questões subjetivas no diploma anterior, como a proteção de dados pessoais.

O novo diploma, além de contribuir para o ordenamento jurídico brasileiro (e mundial), ao suprir uma lacuna normativa no que tange a proteção de dados pessoais, trouxe uma nova perspectiva para o desenvolvimento tecnológico do país aliado ao modelo constitucional regente.

De acordo com Gouveia,²⁸ a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais é o primeiro diploma legal brasileiro a tratar especificamente do direito à privacidade, observando os avanços tecnológicos, sendo bastante influenciada pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia.

Neste viés importa mencionar que a Lei nº 13.709/2018 fora sancionada apenas 03 (três) meses após a entrada em vigor do RGPD, na Europa, e possuía um período de vacância de 18 (dezoito) meses de sua publicação oficial.

Nessa senda, verifica-se notória a influência do recente diploma europeu, cuja edição se mostra um expoente na política de proteção de dados pessoais no cenário brasileiro.

Sem a pretensão de esgotar a análise do novo diploma brasileiro e sem maiores comentários acerca da aplicabilidade dessas regras, ante a novidade legal, deve-se destacar que já no primeiro artigo o legislador esclarece que a lei se aplica ao tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, alcançando as pessoas físicas e jurídicas de direito privado ou público, objetivando, assim, a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, se prejuízo do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.²⁹

Já em seu art. 2º, elencam-se os fundamentos da proteção de dados pessoais no direito brasileiro, a saber: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de

²⁷ SARAIVA, Wellington. **Responsabilidade por ofensas, danos e atos na internet**. 2013. Disponível em: <http://wsaraiva.com/2013/12/23/responsabilidade-por-ofensas-danos-e-atos-na-internet/>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁸ GOUVEIA, Fernando. Lei de proteção e dados não é apenas para empresas que atuam on-line. **Consultor jurídico**, 17 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/fernando-gouveia-lei-dados-nao-quem-atua-on-line>. Acesso em: 22 ago. 2018.

²⁹ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.

expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e, por fim, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade, dignidade e o exercício da cidadania das pessoas físicas.

A Lei brasileira pormenoriza exceções à toda essa proteção tutelada, como por exemplo o tratamento de dados pessoais praticado por pessoa natural com intuito não econômico, realizado para fins jornalísticos, artísticos e acadêmicos, ou para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou, até mesmo para atividades de investigação e repressão de infrações penais, assim como também faz o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu.

Insta salientar que o legislador brasileiro estabeleceu uma série de princípios que devem nortear o tratamento de dados pessoais, tais como o princípio da boa-fé, pois claramente o usuário contumaz de redes sociais, sites de relacionamentos e/ou portal de compras, crê que seus dados não sejam manipulados, vazados e utilizados para finalidades outras senão as propostas.

Ainda, dentre os princípios, pode-se citar o princípio da finalidade (o tratamento de dados pessoais devem ser realizado com fins legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular dos mesmos); princípio da adequação (tratamento equivalente às finalidades informadas ao titular); necessidade (utilização dos dados pessoais no limite do necessário para as finalidades propostas); livre acesso (assegura, aos titulares, consulta facilitada e gratuita a integralidade dos dados pessoais); qualidade dos dados (exatidão e clareza quanto à qualidade dos dados); transparência (clareza e precisão nas informações); segurança (adoção de medidas técnicas para a proteção dos dados pessoais), dentre outros.

Seguindo a linha mestra do regulamento europeu, a lei brasileira busca assegurar com que a pessoa natural esteja ciente de que está autorizando o tratamento de seus dados, quem será o responsável por esse tratamento, o que será feito com esses dados, a liberdade para editar os dados e, principalmente, a liberdade para revogar a autorização, bem como, excluir os dados.

Como supracitado, a exigência do consentimento explícito do titular para a coleta e uso de seus dados pessoais é um ponto de extrema relevância nas relações que envolvam a matéria. A Lei 13.709, conceitua o instituto como uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.

Resta salientar, que o RGPD, colacionou o consentimento em seu diploma, no artigo 4.º, n.º 11 e artigo 7.º do regulamento, devido à negligência empresarial de não apresentar explicitamente os termos da utilização dos dados pessoais.

Destarte, em meio ao cenário internacional, a coleta de dados enseja uma discussão de cunho político e social, já que o “material” armazenado tem um grande valor político e comercial, capaz de definir tendências de consumo, comportamentos, ideologia de gênero, posicionamento político e social, por exemplo.

Dessa maneira, a União Europeia, visou, com o novo regulamento, estabelecer e dinamizar as regras para as entidades privadas e públicas no que tange os dados pessoais e o seu tratamento. E o Brasil, influenciado pelo novo regulamento europeu, acabou por editar um diploma específico regulamentador da tutela dos dados pessoais e, conseqüentemente, da privacidade, pois os dados somente podem ser utilizados com o consentimento do titular, podendo as empresas privadas e órgãos públicos serem responsabilizados se derem a eles destinação diversa do principal.

4. A NOVA ONDA TECNOLÓGICA E A PROTEÇÃO DE DADOS – A PRIVACIDADE E O FACEAPP SOB VIÉS DA TRANSNACIONALIDADE

Por qual motivo o Google e o Facebook são as empresas mais fortes e poderosas, nos dias de hoje? Simples: os dados são os bens mais valiosos que existem no planeta terra, atualmente.

No atual mundo, pós-moderno, a globalização é um fenômeno que relativiza culturas e instituições, e transforma o mundo todo em uma rede, conforme assinala Castells³⁰. A comunicação torna-se ágil e a informação se transforma em uma importante ferramenta nas relações.

De acordo com Josemar Sidinei Soares³¹, o desenvolvimento acelerado da tecnologia, sobretudo das chamadas tecnologias de informação e comunicação, amplia consideravelmente a quantidade de informações produzidas (e inclusive na seletividade da informação, pois passa-se a preferir aquela que pode ser entendida pela máquina, por um computador). Na ciência moderna o conhecimento prevalecia porque havia sido verificado metodicamente, conduzido de modo profundo para viabilizar cultivo da vida humana. Na pós-modernidade o conhecimento é válido enquanto informação, tendo em vista determinada finalidade.

Dessa premissa, importante salientar e ressaltar a necessidade de uma força jurídica transnacional, com o intuito de regular esse tratamento e uso de dados, sejam pessoais ou corporativos, para salvaguardar direitos intrínsecos de qualquer pessoa, seja ela jurídica ou física.

Na nova onda global, é certo que interesse dos produtores que as pessoas consumam os mesmos bens, tornando a situação previsível para o mercado. Entretanto, o próprio crescimento do mercado depende de uma oferta de ampla variedade de bens, capaz de alcançar os mais variados gostos. É a partir desta multiplicidade de opções, provocando o indivíduo a uma postura ativa de decidir o que consumir, que se resiste a uma padronização completa do consumo. A internet e a inteligência artificial colabora para com isso, fazendo o alinhamento dos dados, cruzando todos os algoritmos para tanto.

Nessa senda, recentemente, verificou-se nas redes sociais o “#10YearChallenge” (Desafio dos 10 anos, tradução livre), que ganhou fama na plataforma Instagram, no início de 2019 e invadiu as redes sociais com montagens, comparando fotos do presente com registros de dez anos atrás. A

³⁰ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006

³¹ SOARES, J. S. Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica. Globalização, Pós-Modernidade E Transnacionalidade: Questões Existenciais E Jurídicas, p. 93, Itajaí: UNIVALI, 2013.

brincadeira consistia em mostrar como a aparência dos usuários mudou de 2009 até 2019, e logo se espalhou para outras redes sociais e plataformas, como Facebook e Twitter.

Atualmente, a nova febre é o *FaceApp*, que “envelhece” nossa foto, tornando as redes sociais em um asilo. Porém, de breve pesquisa, verifica-se que o *FaceApp* é um serviço russo, que surgiu em 2017 e utiliza inteligência artificial para modificar o rosto das pessoas de forma divertida. Ele permite deixar o indivíduo com aparência envelhecida, rejuvenescida, experimentar diferentes cortes de cabelo, etc.

De uma simples e rápida leitura dos termos e política de privacidade do aplicativo (um tanto quanto genéricos), extrai-se que a Empresa Russa pode coletar e usar não somente as fotos dos usuários, mas também outras informações sensíveis, como identificadores de seu aparelho celular, endereço de e-mail e dados de localização.

Também, podem compartilhar os dados de seus usuários com serviços e negócios que façam parte do mesmo grupo do *FaceApp*, de empresas afiliadas e parceiras e que “ajudem” no desenvolvimento da aplicação.

Ainda, verifica-se que: "as informações coletadas podem ser guardadas e processadas nos Estados Unidos ou em qualquer outro país que o *FaceApp* e seus afiliados ou provedores de serviço tenham instalações".

E as políticas de Segurança? E a Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira, o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu?

Primeiramente, urge salientar que a LGDP (aprovada em 2018) só entrará em vigor em agosto de 2020 e o Marco Civil da Internet não tem disposição expressa nesse sentido. Lei europeia não será aplicada em nosso ordenamento jurídico.

Nos termos, a empresa cita que "não pode garantir a segurança das informações que você transmite ao *FaceApp* ou garantir que essas informações no serviço não possam ser acessadas, abertas, alteradas ou destruídas"

Essas (e tantas outras) imagens estão sendo utilizadas para treinar muitas bases de dados, sem nosso consentimento. Nós estamos treinando tecnologias de inteligência artificial que podem nos discriminar, limitar acesso a direitos, políticas, etc.

Ademais, no dia 09/07/2019, no Rio de Janeiro, uma mulher foi conduzida à delegacia porque uma câmera de reconhecimento facial a confundiu com uma suspeita de crimes³².

Diante de situações como essa, surgem diversas teorias em busca de uma reestruturação do Direito, entre elas a de um direito transnacional, que teria uma abrangência além das fronteiras do Estado, regulamentando de forma genérica temas que envolvam todos os sujeitos, dessa forma,

³² Sistema de reconhecimento facial da PM do RJ falha, e mulher é detida por engano. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/07/11/sistema-de-reconhecimento-facial-da-pm-do-rj-falha-e-mulher-e-detida-por-engano.ghml>

facilitando a resolução de conflitos que automaticamente refletem em uma maior segurança judiciária³³.

Inegável que, hoje em dia, os dados são e cada vez mais serão, uma das matérias primas mais valiosas, principalmente no mercado digital, portanto, cabe a reflexão de que necessário se faz o repensar do direito – sobretudo transnacional – para que possamos proteger direitos constitucionais atinentes à liberdade, privacidade, etc.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se compreender, com o estudo deste artigo, os impactos causados na União Europeia e no Brasil, pelo advento do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, o qual substituiu a Diretiva em vigor desde a década de 1990 e influenciou fortemente a edição da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a famosa Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil.

Constatou-se que a velocidade com que as tecnologias avançam exige que estes institutos se renovem e se fortaleçam repetidamente. Ainda, esse é um desafio enorme, pois inevitável que, ao mesmo tempo em que se exige celeridade nas ações estatais, dentre elas as legislativas, não se pode diminuir o debate em um período razoável, para que se “tomem boas decisões” acerca das ameaças e barreiras que a vida em comunidade internacional nos impõe.

O exemplo trazido do caso da agência de segurança nacional do Reino Unido comprova que os países, ainda que desenvolvidos, não estão livres das ações de terceiros, que podem interceptar e fazer uso de suas armas cibernéticas. É importante frisar que, ao se falar no mau uso por terceiros, não está se afastando a possibilidade de o mau uso ocorrer pelo próprio Estado, detentor da tecnologia.

O outro exemplo, trazido ao comento, quanto às formas de uso do aplicativo *FaceApp*, dentre outras tecnologias de inteligência artificial, capazes de manipular e tratar dados de usuário, demandam enorme atenção para que se evitem transtornos, como o ocorrido no caso *Google Analytica*.

Em meio a esse cenário, e preocupado com a tutela dos dados pessoais, é que se editou em 2016, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, o qual entrou em vigor em 2018, e no Brasil a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, já aprovado, que passará a vigor em agosto de 2020, mas que merece especial atenção, por ser pioneiro na tutela dos dados pessoais, na legislação pátria brasileira.

Havendo uma compreensão de que o Direito hoje precisa se adaptar a Globalização, não pode mais ser exclusivo de uma Nação, precisa ser pensado de forma global, de forma transnacional,

³³ Para um estudo introdutório e conceitual sobre o Direito Transnacional recomenda-se o trabalho CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais. Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade, Itajaí, v. 2, n.1, 2010.

parte-se para a problemática de como harmonizar sistemas jurídicos tão diferentes em cada país, como elaborar normas que possam conciliar culturas tão distintas como as do ocidente e do oriente³⁴.

Por fim, não há como negar que a preocupação mundial refletiu no direito brasileiro, que de forma inédita editou diploma legal voltado especificamente ao tratamento de dados pessoais, indo ao encontro da normativa geral, mormente do bloco europeu, configurando importante mecanismo de proteção dos direitos fundamentais diante da inovação tecnológica.

Porém, necessitamos, ainda, visualizar como o caráter transnacional do direito pode e poderá complementar, colaborar e arquitetar maior e efetiva proteção no que diz respeito ao tratamento e manipulação de dados, principalmente de aplicações de redes sociais, que são, hoje, onipresentes, onipotentes e oniscientes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em: 29 de jun. 2019

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

CABRAL, Bruno Fontenele; ROSA, Raissa Viana. “The right to be let alone”: o direito ao esquecimento. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4001, 15 jun. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/28362>. Acesso em: 29 jun. 2019.

CANÁRIO, Pedro. Garantias da personalidade: STJ aplica 'direito ao esquecimento' pela primeira vez. **Consultor Jurídico**, 05 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>. Acesso em: 29 jun. 2019.

CARVALHO, Leda Maria Maia Rodrigues. **A insegurança do mundo digital: um olhar crítico acerca da pedofilia na internet**. 2002, p. 122. 153 f. Tese de Mestrado (Curso de Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_inseguranca_no_mundo_digital.pdf. Acesso em: 29 jun. 2019.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CIBERATAQUE faz sistema do Tribunal de Justiça de SP cair; sites do MP e do TRT também saem do ar. **G1**, São Paulo, 12 maio 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/sites-do-governo-de-sp-do-tj-e-do-mp-saem-do-ar-apos-ciberataques-em-larga-escala.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2019.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre

³⁴ SOARES, J. S. Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica. Globalização, Pós-Modernidade E Transnacionalidade: Questões Existenciais E Jurídicas, p. 102, Itajaí: UNIVALI, 2013.

circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, n. L119/1, p.35-39, 4 maio. 2016. Disponível em: <https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/07/Regulamento-Geral-Prote%C3%A7%C3%A3o-Dados.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2019.

CORRÊA, Adriana Espíndola; LOUREIRO, Maria Fernanda Barraglin. Novo Regulamento europeu é reforço na proteção dos dados pessoais? (Parte 1). **Consultor Jurídico**, 09 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-09/direito-civil-atual-regulamento-europeu-ereforco-protecao-dados-pessoais?imprimir=1>. Acesso em: 14 jan. 2019.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A Transnacionalidade e a Emergência do Estado e do Direito Transnacionais**. Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade, Itajaí, v. 2, n.1, 2010.

GOUVEIA, Fernando. Lei de proteção e dados não é apenas para empresas que atuam on-line. **Consultor jurídico**, 17 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/fernando-gouveia-lei-dados-nao-quem-atua-on-line>. Acesso em: 14 jun. 2019.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de Direito Digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MACHADO, Joana Moraes de Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, Junho, 2014. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/206-263-1-sm.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

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

PAYÃO, Felipe. Acompanhe a linha do tempo do ataque hacker: MPSP, INSS e TJSP fora do ar. **TECMUNDO**, 12 maio 2017. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/ataque-hacker/116639-mp-tribunal-justica-sp-desligam-maquinas-ataque-hacker.htm?utm_source=tecmundo.com.br&utm_medium=internas&utm_campaign=sabamais. Acesso em: 17 jun. 2019.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTELA, Airton. Direito ao esquecimento: possibilidades e ponderações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3989, 3 jun. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29211>. Acesso em: 13 jun. 2019.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Brasil debate direito esquecimento 1990. **Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-27>. Acesso em: 05 jun. 2019.

SALIBA, José Carlos Maia. Direito ao esquecimento: Brasil e Europa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4223, 23 jan. 2015. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/31705>. Acesso em: 05 jun. 2019.

SARAIVA, Wellington. **Responsabilidade por ofensas, danos e atos na internet**. 2013. Disponível em: <http://wsaraiva.com/2013/12/23/responsabilidade-por-ofensas-danos-e-atos-na-internet/>. Acesso em: 25 jun. 2018.

SILVA, Almerinda Maria Ferreira da. **O Direito à Privacidade do doente no serviço de urgência**. 2007. 266 f. Dissertação (Mestrado em Bioética). Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Porto, 2007. Disponível em: <https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/22110/3/tese%202.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Letícia Brum da; SILVA, Rosane Leal da. A proteção jurídica de dados pessoais na internet: análise comparada do tratamento jurídico do tema na União Europeia e no Brasil. **Direito e Novas Tecnologias**, 2016. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=122>. Acesso em: 20 jun. 2019.

SOARES, J. S. Direito Global: transnacionalidade e globalização jurídica. **Globalização, Pós-Modernidade E Transnacionalidade: Questões Existenciais e Jurídicas**, p. 93, Itajaí: UNIVALI, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf. Acesso em: 17 jun. 2019.

SWARTZ, Jon. NSA says it was not origin of ransomware that hit Microsoft's Windows. **USA TODAY**, 15 maio 2018. Disponível em: <https://www.usatoday.com/story/tech/news/2017/05/15/nsa-says-not-origin-ransomware-hit-microsofts-windows/101731644/>. Acesso em: 11 jun. 2019..

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Processo nº C-698/15**, 21 dez. 2016. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-203/15&language=PT>. Acesso em: 19 jun. 2019.