

TRANSNACIONALISMO, GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS



AUTORES

Bruna Adeli Borges
Jacopo Paffarini
Luana Rocha Porto Cavalheiro
Luis Rosenfield
Márcio Ricardo Staffen
Marlon André Kamphorst
Mayara Pellenz
Paulo Valdemar da Silva Balbé
Priscila Zilli Serraglio

ORGANIZADORES

Jacopo Paffarini
Luis Rosenfield
Márcio Ricardo Staffen

COORDENADOR

Maurizio Oliviero

ORGANIZADORES

Jacopo Paffarini
Luis Rosenfield
Márcio Ricardo Staffen

COORDENADOR

Maurizio Oliviero

TRANSNACIONALISMO, GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

AUTORES

Bruna Adeli Borges
Jacopo Paffarini
Luana Rocha Porto Cavalheiro
Luis Rosenfield
Márcio Ricardo Staffen
Marlon André Kamphorst
Mayara Pellenz
Paulo Valdemar da Silva Balbé
Priscila Zilli Serraglio

ISBN: 978-85-7696-156-7

Reitor

Dr. Mário César dos Santos

Vice-Reitora de Graduação

Cássia Ferri

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

Valdir Cechinel Filho

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

Carlos Alberto Tomelin

Procurador Geral da Fundação UNIVALI

Wilson Sandrini Filho

Diretor Administrativo da Fundação UNIVALI

Renato Osvaldo Bretzke

Organizadores

Jacopo Paffarini

Luis Rosenfield

Márcio Ricardo Staffen

Coordenador

Maurizio Oliviero

Autores

Bruna Adeli Borges

Jacopo Paffarini

Luana Rocha Porto Cavalheiro

Luis Rosenfield

Márcio Ricardo Staffen

Marlon André Kamphorst

Mayara Pellenz

Paulo Valdemar da Silva Balbé

Priscila Zilli Serraglio

Projeto de Fomento

Obra resultado do projeto Professor Visitante do Exterior (PVE) com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)

Diagramação/Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Andrey Gastaldi da Silva

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. Clovis Demarchi

MSc. José Everton da Silva

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Créditos

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

Endereço

Rua Uruguai nº 458 - Centro - CEP: 88302-901,
Itajaí - SC – Brasil - Bloco D1 – Sala 427,
Telefone: (47) 3341-7880

ISBN: 978-85-7696-156-7

FICHA CATALOGRÁFICA

T159 Transnacionalismo, globalização e direitos humanos [recurso eletrônico] / organizador Jacopo Paffarini, Luis Rosenfield, Márcio Ricardo Staffen; coordenador Maurizio Oliviero; autores Bruna Adeli Borges ... [et al.]. - Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2015.

Livro eletrônico.

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

Incluem referências.

Vários autores.

ISBN 978-85-7696-156-7 (e-book)

1. Direito. 2. Transnacionalismo. 3. Globalização. 4. Direitos humanos. I. Paffarini, Jacopo. II. Rosenfield, Luis. III. Staffen, Márcio Ricardo. IV. Oliviero, Maurizio. V. Borges, Bruna Adeli. VI. Título.

CDU: 34

SUMÁRIO

ORGANIZADORES	VI
APRESENTAÇÃO.....	VII
PREFÁCIO.....	IX
APONTAMENTOS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE AUTONOMIA DO DIREITO E <i>LEX MERCATORIA</i>	12
Luis Rosenfield.....	12
CIDADANIA TRANSNACIONAL: REFL EXÕES E ENFRENTAMENTOS NA SOCIEDADE GLOBALIZADA.....	25
Mayara Pellenz.....	25
COSTITUZIONE E LINGUAGGIO NORMATIVO: UNA RIFLESSIONE DA UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA.....	50
Jacopo Paffarini.....	50
POR UMA CONQUISTA HISTÓRICA: A PROTEÇÃO DAS ÁGUAS NO BRASIL E NA BOLÍVIA E A SUSTENTABILIDADE ALÉM DAS FRONTEIRAS DOS ESTADOS.....	75
Luana Rocha Porto Cavalheiro.....	75
UMA INTRODUÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO PLANO TRANSNACIONAL	87
Marlon André Kamphorst.....	87
O DIREITO AO LAZER COMO DEMANDA TRANSNACIONAL	110
Bruna Adeli Borges.....	110
ESTADO E(M) CRISE: COMO GARANTIR DIREITOS?	129
Paulo Valdemar da Silva Balbé.....	129
A GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO E A MUNDIALIZAÇÃO DOS JUÍZES	150
Priscila Zilli Serraglio.....	150
TRANSNACIONALISMO (JURÍDICO): HEGEMÔNIA CORSÁRIA OU LUTERANA?	168
Márcio Ricardo Staffen.....	168

ORGANIZADORES

Márcio Ricardo Staffen: Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Coordenador e Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Faculdade Meridional – IMED). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Professor nos cursos de graduação em Direito e especializações no Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI) e na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Coordenador da Escola Superior de Advocacia Subseção Rio do Sul (OAB/SC). Membro Honorário do Ilustre Colegio de Abogados de Ancash (Peru). Membro efetivo da Sociedade Literária São Bento. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Líder do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (PPGD/IMED) e do Grupo de Pesquisa Direito, Constituição e Sociedade de Risco (GPDC/UNIDAVI). Advogado (OAB/SC).

Jacopo Paffarini: Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (Itália). Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Pós-doutorando em Direito (IMED). Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito (Faculdade Meridional – IMED). Mestre em Direito com a colaboração do Centro Tecnológico de Monterrey (México). Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Público Comparado de Heidelberg (Alemanha). Membro pesquisador do Grupo Internacional de Pesquisa “Corte, Doutrina e Sociedade Inclusiva: o impacto das fontes doutrinárias nas Cortes Superiores”. Colaborador assistente na Cátedra de Direito Constitucional e Direito Público Comparado da Università degli Studi di Perugia.

Luis Rosenfield: Mestrando em Direito (Faculdade Meridional – IMED). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Membro Fundador e Secretário Executivo da Rede Brasileira Direito e Literatura (RDL). Editor-assistente da ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura. Colaborador do KATHÁRSIS Centro de Estudos em Direito e Literatura da IMED. Advogado (OAB/RS).

APRESENTAÇÃO

Os problemas decorrentes de um mundo globalizado não podem mais ser analisados, compreendidos ou solucionados meramente no âmbito do Estado Nacional, exigindo a consideração da esfera global, o que significa repensar e refundar estruturas teóricas mais condizentes ao mundo atual, considerando espaços de poder transnacionais não regulados que exigem um reposicionando do direito, com toda a cautela para não se constituir um arranjo que evoque a um Leviatã global.

Nesta obra coletiva os autores tratam de diferentes temáticas que abarcam, dentro de uma perspectiva multidimensional: o problema da invasão da Lex Mercatoria no âmbito da autonomia do direito contemporâneo e a solução para reabilitar a autonomia do direito nas democracias constitucionais; a proposta de um modelo de cidadania compatível à sociedade pós-moderna e multicultural, denominada de cidadania transnacional; a reflexão comparatística entre Constituição e linguagem normativa, estimulando a ver o direito como prática social; o estudo sobre a proteção das águas no Brasil e na Bolívia, discutindo-se a importância da sustentabilidade em relação à proteção da água para as gerações atuais e futuras; a introdução aos direitos humanos e fundamentais no plano transnacional, abordando o comportamento humano direcionado à ética e estimulando a pensar em um padrão transnacional de conduta humana; a investigação se o direito ao lazer está ou não tendo espaço na sociedade no atual cenário de globalização; a discussão do Estado como garantidor de direitos dos cidadãos; a análise da globalização do direito e a mundialização dos juízes; o estudo do processo de transnacionalismo jurídico através do enfoque literário a partir dos escritos de Pier Paolo Pasolini compilados nas obras “Escritos corsários” e “Cartas Luteranas”.

A diversidade de temáticas reencontra a unidade interna no título desta obra: “Transnacionalismo, Globalização e Direito Humanos”. Trata-se de um fio condutor que perpassa coerentemente as diferentes temáticas e que reporta aos atuais desafios jurídicos, políticos, ambientais, econômicos e éticos a serem enfrentados pelos juristas contemporâneos.

O processo de internacionalização dos direitos humanos ainda não se completou, porque não há um poder com capacidade de compelir os Estados a fim de assegurar plena eficácia ao ordenamento internacional dos sistemas de proteção dos direitos humanos. Ademais, não há uma eficaz democracia na comunidade internacional para constituir uma vontade coletiva, nem

espaços públicos de governança transnacional, antevendo-se assim profundos desafios para a operacionalização prática dos princípios fundamentais consagrados no constitucionalismo.

Assim, esta obra contribui para visualizar um mundo interdependente, com novos atores que ultrapassam as fronteiras nacionais, e que, em suas esferas de atuação, acabam fazendo repensar a capacidade normativa do direito. Em âmbito transnacional é preciso pensar em soluções humanistas de preenchimento dos vazios institucional, jurídico e político, para substituir estruturas de dominação mediante a construção de estruturas de cooperação.

O título deste livro “Transnacionalismo, Globalização e Direito Humanos” já provoca o pensamento a discernir transformações do espaço jurídico que sejam benéficas à humanidade. Vale lembrar que Edgar Morin denuncia que a nossa cultura atual equivale à “pré-história do espírito humano” e que a nossa civilização corresponde à “idade de ferro planetária”, ou seja, a virtualidade intelectual, afetiva, cultural, organizacional, social e política da humanidade ainda está longe de ter sido plenamente realizada na existência.

Isso significa que a humanidade ainda não se realizou como humanidade, e que no devir não há garantia de uma evolução se o próprio ser humano não encontra a força motriz acertada, em si mesmo, para decidir sobre melhorias ao próprio mundo, para ter êxito na construção da própria realização neste mundo. Esta obra coletiva fornece algumas linhas para refletir neste sentido. É o homem o artífice da sua própria estação: seja uma primavera a florescer uma humanidade mais feliz e próspera, seja um rígido inverno a fustigar os aposentos da vida humana neste planeta. Eis a responsabilidade e a arte de viver!

Por fim, importante destacar a otimização dos esforços acadêmicos articulados pelos organizadores e autores quando do profícuo debate travado em torno das lições do Prof. Dr. Maurizio Oliviero, no Brasil e na Itália. Para tanto, registram-se os agradecimentos à CAPES pela concessão de Bolsa Professor Visitante Estrangeiro (PVE), força motriz deste diálogo

Prof. Dr. Rafael Padilha dos Santos

Doutor em Direito (UNIPG)

Professor Colaborador no Mestrado em Ciência Jurídica (UNIVALI)

PREFÁCIO

A obra que adiante se vê é o fruto de estudos e reflexões feitos ao longo do trabalho acadêmico desenvolvido na disciplina Transnacionalidade, Globalização e Direitos Humanos, que faz parte daquelas de frequência obrigatória e de fundamental importância no Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Faculdade Meridional, em Passo Fundo, RS.

Mestrado este que, a propósito, tem por objetivo a formação humanista de pesquisadores aptos a estabelecer críticas e proposições na temática do Direito, Democracia e Sustentabilidade, de forma comprometida com as presentes e futuras gerações sem descuidar de toda a construção teórica e fática estabelecida no programa como um todo, que tem duas linhas de pesquisa: “Fundamentos do Direito e da Democracia” e “Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade”.

Com efeito, os autores, sob os comandos dos **organizadores Jacopo Paffarini, Luis Rosenfield e Márcio Ricardo Staffen**, produziram o presente livro que oferece elementos singulares a qualquer estudioso do Direito que se debruçar sobre cada um dos títulos desenvolvidos.

É assim que a coletânea que segue, a par de cumprir o rigor metodológico necessário para ser levada a público, também reúne pluralidade de visões temáticas para revelar ao leitor o compromisso dos Autores com cada temática eleita e produzida na ótica da Transnacionalidade, Globalização e Direitos Humanos.

Luis Rosenfield, no texto “Apontamentos sobre a relação entre autonomia do direito e *lex mercatoria*” se propõe delinear quais são os mecanismos capazes de (re)estabelecer a Autonomia do Direito nas democracias constitucionais contemporâneas, tendo a *Lex Mercatoria* como referência invasiva no campo do Direito Contemporâneo.

Mayara Pellenz, com a temática “Cidadania Transnacional: reflexões e enfrentamentos na sociedade globalizada” analisa uma nova formatação possível para a concepção de Cidadania que ultrapassa as linhas conceituais que a tratam apenas dentro do viés Estado e Cidadão. Dentro do multiculturalismo da sociedade pós-moderna de caráter transnacional ela traz ao palco também a influência direta sobre o tema dos reflexos da globalização considerando vínculos de responsabilidade, de reconhecimento e de integração entre as pessoas.

Jacopo Paffarini, trazendo a experiência acadêmica que tem no estudo do Direito Comparado, traça uma reflexão prospectiva comparatística tendo como foco a constituição e a linguagem normativa.

Luana Rocha Porto Cavalheiro, no trabalho titulado “Por uma conquista histórica: a proteção das águas no Brasil e na Bolívia e a sustentabilidade além das fronteiras dos Estados” aborda o uso sustentável da água doce, colocando dentro desse enfoque tratativas sobre direitos humanos fundamentais e leis que estão em vigor e que coíbem o desperdício e a poluição da água no Brasil e na Bolívia. Tudo combinado com o viés da sustentabilidade.

Marlon André Kamphorst, com o título referencial denominado “Uma introdução aos direitos humanos e fundamentais no plano transnacional”, conduz o artigo com o objetivo de abordar a problemática do desenvolvimento econômico diante das graves limitações de organização econômica e social quando suas políticas buscam apenas o bem-estar social, o acúmulo de bens, o aumento da produção e a ampliação das fronteiras comerciais.

Bruna Adeli Borges, falando sobre “O direito ao lazer como demanda transnacional”, destaca os direitos sociais enquanto fenômeno da modernidade. Objetivamente, através do estudo por ela desenvolvido, percebe-se o relevo da importância do lazer e da busca de direito quanto a sua legalidade na sociedade.

Paulo Valdemar da Silva Balbé, com foco no referente titulado de o “Estado e(m) crise: como garantir direitos?” cuida, com singularidade inconfundível, compreender alterações preponderantes pelas quais o Estado tem passado e, em conjunto, busca identificar relação com a garantia e efetivação de direitos dos cidadãos. Com propriedade, ele destaca que o Estado, muito embora perdure como eficiente modelo de organização social, para o enfrentamento de problemas complexos é necessário haver união de esforços a nível internacional. Até para otimizar uma eventual governança global.

Priscila Zilli Serraglio, por sua vez, falando sobre “A globalização do direito e a mundialização dos juízes” desenvolve com muita clareza redação sobre a mutação que está sendo vivida pelo Direito, na atualidade, fruto até dos efeitos da crise do Estado. E assim ela busca traçar análise sobre a reestruturação do Direito para além do Estado e a mundialização dos juízes tendo por foco as grandes movimentações geradas pelo fenômeno da Globalização.

Por último, **Márcio Ricardo Staffen**, a partir de uma visão literária orientada pelos escritos

críticos de Pier Paolo Pasolini encerra a obra tratando do Transnacionalismo, indagando, numa ótica de diálogo entre Direito e Literatura, sobre sua representação ser Hegemonia Corsária ou Luterana? No seu tecnicismo, rigor metodológico e clareza de redação, características singulares do autor, o texto é de qualidade técnica e imensidão doutrinária inconfundível.

Deste modo, limitado ao honrado convite que me foi feito para prefaciар material jurídico-literário de qualidade ímpar como se vê adiante, a par de ter encontrado nele instigantes reflexões e muitas provocações para estudos futuros e consistentes debates acadêmicos, deixo meus cumprimentos a cada um dos Autores junto com o registro de que o objetivo da produção científica com qualidade foi plenamente alcançado pela produção conduzida pelos professores coordenadores da obra.

Por fim, **faço um pedido a você leitor: não leia este livro com pressa!**

Invista em cada texto o tempo necessário para interpretá-lo com a profundidade que cada título se apresenta. Ao final você perceberá a grandiosidade jurídica com que cada autor relatou sua pesquisa, certo que estavam inseridos, gize-se, no viés da disciplina Transnacionalismo, Globalização e Direitos Humanos.

Boa leitura a todos.

Prof. Dr. Kleber Cazzaro

Doutor em Ciência Jurídica (UNIVALI)

Professor Permanente da Universidade Estadual de Ponta Grossa

APONTAMENTOS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE AUTONOMIA DO DIREITO E *LEX MERCATORIA*

Luis Rosenfield

INTRODUÇÃO

Passadas várias décadas, o processo de globalização econômica efetivamente alcançou dimensões mundiais. Contudo, o mesmo não pode ser afirmado quanto à institucionalização de um constitucionalismo de ordem planetária. Diante deste cenário, o presente estudo se propõe a delinear quais são os mecanismos capazes de (re)estabelecer a autonomia do Direito nas democracias constitucionais contemporâneas. Esta pesquisa se justifica pela crescente frequência com que as conquistas típicas do Estado Constitucional de Direito são postas à prova em decorrência de influxos externos ao próprio Direito. Em certo sentido, trata-se de analisar determinados pontos críticos da relação estreita entre Direito e Economia.

Diante dos desafios impostos por medidas que carregam argumentos eminentemente econômicos em direção ao Direito, pretende-se expor sob quais pilares torna-se possível manter os fundamentos do constitucionalismo contemporâneo neste atual cenário adverso. Em síntese, no contexto desta globalização jurídica acelerada, estudar o conceito de autonomia do Direito equivale a buscar soluções para a consolidação de sistemas jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais e as garantias democráticas. Nesse contexto, a *Lex Mercatoria* se destaca possivelmente como a mais danosa manifestação da globalização jurídica no ponto em que contamina as estruturas tradicionais de direito público.

Entende-se por autonomia do Direito o tratamento que é conferido à ciência jurídica especialmente a partir do Segundo Pós-Guerra, com a consagração das constituições rígidas nas democracias ocidentais e consequente proteção constitucional de direitos e garantias fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão. Esta denominada autonomia do Direito se refere, principalmente, à resistência que a ciência jurídica opõe a outros sistemas sociais, como a Economia, a Política, a Religião ou a Moral. Quando é feita referência à autonomia do Direito, contudo, não há qualquer pretensão em fornecer contornos de *autossuficiência* à ciência jurídica, uma vez que se reconhece o entrelaçamento do Direito com a Economia, e a indispensabilidade

mútua destes sistemas sociais.

Dito isto, vislumbra-se a importância em desvelar como que o conceito de autonomia do Direito se relaciona com a ascensão das novas leis do mercado no âmbito da globalização jurídica, especialmente no que toca à organização dos ordenamentos jurídicos domésticos dos Estados nacionais ocidentais. A expressão *Lex Mercatoria* é fruto do chamado Direito global (também cunhado de espaço jurídico global ou globalização do Direito), e funciona como um ordenamento normativo paralelo ao Direito público tradicional, emanado pelo Estado nacional soberano. A grande problemática da ascensão da chamada *Lex Mercatoria* gira em torno da capacidade desta em refundar os alicerces do pensamento jurídico, em nível planetário, sem proporcionar quaisquer balizas democráticas para tanto. Dito de outra forma, a autoridade dessa *Lex Mercatoria* ganha contornos de regulação normativa paralela – mas absolutamente carente de legitimidade –, uma vez que é incerta sua fonte normativa.

Alguns pontos, contudo, restam bastante claros. *Lex Mercatoria* pressupõe a sobreposição do direito privado em relação direito público¹. Os princípios que orientam esta escola do pensamento jurídica são típicos do utilitarismo norte-americano. A prioridade não é a proteção aos direitos fundamentais previstos nas Cartas Constitucionais, mas sim a melhor utilização dos recursos disponíveis para gerar maior satisfação de necessidades individuais e bem-estar coletivo. Esta concepção de sociedade ganha contornos objetivos com os pragmáticos americanos, filiados ao que se denomina como Análise Econômica do Direito (AED), que, apesar de não ser um movimento unitário e coeso, caracteriza-se pela implementação de um ponto de vista econômico no trato de questões eminentemente jurídicas².

Em linhas gerais, a dicotomia entre autonomia do Direito e *Lex Mercatoria* pode ser exposta na tentativa de responder às seguintes perguntas: como pode a ciência jurídica ser estruturada como resposta viável frente aos desafios do mundo contemporâneo? Quais as condições de possibilidade para que a sociedade escolha pela manutenção de soberania do Direito

¹ ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São José: Conceito Editorial, 2010, p. 70-81.

² No que se refere à instrumentalização do Direito através da análise econômica, indispensável a leitura de da reconstrução metodológica do movimento *Law & Economics* realizada em ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 59-71; e, como texto clássico representativo dos conceitos dessa escola, ver POSNER, Richard A. **The economics of Justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 1981, p. 48-121. Este giro pragmático (*pragmatic turn*) em direção à análise econômica no campo jurídico ganha consistência e notoriedade com o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago por volta de 1960. Os expoentes desse movimento foram, à época, Ronald Coase e Richard A. Posner, ambos da Universidade de Chicago, e Guido Calabresi, da Universidade de Yale.

diante do crescente aumento de complexidade dos fenômenos jurídicos? É prudente retirar o Direito de sua atual posição dentro da estrutura do Estado Constitucional de Direito, de modo a substituí-lo pela Economia?

Falar em autonomia do Direito na contemporaneidade equivale a debater o futuro do constitucionalismo diante da atual crise do Estado e do Direito, é o que Sabino Cassese define como crise do tradicional *binômio Estado-cidadão*³. Trata-se de um esforço para se entender as formas pelas quais a globalização econômica afeta e invade o Direito, ou seja, como se dá o relacionamento entre autonomia do Direito e a nova *Lex Mercatoria* no plano nacional. Por óbvio, não se pretende responder a todas estas interrogações em um artigo tão breve, apenas traçar balizas sólidas sobre o método adequado para a condução de tais discussões. Estas são apenas algumas amostras das difíceis questões que cercam o debate sobre a autonomia do Direito diante da crescente aceleração das relações sociais no mundo globalizado. Objetiva-se, portanto, proporcionar maior clareza para a discussão, reafirmando-se os pressupostos metodológicos da autonomia do Direito diante dos novos paradigmas transnacionais, supranacionais e a-estatais.

1. CRISE DO DIREITO E DO ESTADO: DO DESLOCAMENTO DA ESFERA PÚBLICA PARA ALÉM DO ESTADO NACIONAL

A angústia frente às graves crises da esfera pública conduz à seguinte provocação: seria prudente conceber um sistema de proteção dos direitos humanos na sociedade global marcado pelo predomínio da *Lex Mercatoria*? O fundamento para responder a esta interrogação passa pela concepção do Direito como uma *escolha* da sociedade contemporânea – não a única, tampouco necessariamente a melhor –, mas o Direito como resposta viável a uma série de anseios do corpo social. No presente estágio histórico do Direito, Castanheira Neves fala da *emergência do Direito enquanto Direito*, da ciência jurídica como um elemento oriundo da tradição que, no sua atual estrutura, possui capacidade de proporcionar respostas aos desafios complexos da modernidade⁴.

Essa indagação decorre da premente necessidade de se resguardar os *bens públicos* – tais quais a democracia, os direitos fundamentais e a soberania popular –, uma vez que a *esfera*

³ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Tradução de Odete Medauar. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 83-87.

⁴ NEVES, Alfredo Antônio Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições de emergência do Direito como Direito. In: **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. v. II. Coimbra: Almedina, 2002. p. 837-871.

pública gradualmente deixa de estar sob monopólio exclusivo dos Estados nacionais. O que se vivencia hoje pode ser referido como um processo gradual de erosão das soberanias nacionais. Esse deslocamento da esfera pública – que passa a se localizar, em grande medida, para além do Estado nacional –, lança uma série de dúvidas sobre como serão administradas as conquistas civilizacionais diante de crescimento do poder das entidades transnacionais e dos entes supranacionais⁵.

Um exemplo ilustra de modo bastante eficaz os perigos de delegar uma proteção efetiva aos direitos fundamentais apenas para o direito internacional e à regulação das novas leis de mercado. Para Danilo Zolo, necessita-se ter sempre em mente que existem possibilidades reais de o mundo globalizado originar uma *cosmópolis imperial*. Zolo apenas aponta a direção do caminho a ser seguido para que seja alcançada a proteção aos direitos humanos: a construção de um *constitucionalismo global* ou de uma democracia transnacional⁶. Diante das evidentes dificuldades de tal criação – que durante muitas décadas foram alardeadas como resposta eficaz para as incessantes violações a direitos fundamentais, além de guerras, de fome e miséria em escala global –, volta-se para as proposições iniciais do presente estudo: a criação de mecanismos de proteção da autonomia do Direito no plano do direito constitucional doméstico de cada Estado nação.

A perspectiva praticamente inevitável de rompimento com a unidade estatal ocasiona o surgimento de uma imensa gama de problemas no plano normativo. No mundo globalizado, um número indeterminado de atores que rivalizam com os Estados nacionais. Fala-se, por exemplo, da necessidade de se criar a governança global (*global governance*), em face da situação anárquica e caótica da gestão de bens públicos em termo mundiais. Em razão das dificuldades encontradas nas últimas décadas em instituir a chamada governança global, também não se tem obtido êxito na concretização de um direito global, ou mesmo de uma proteção efetiva dos direitos fundamentais. Sabino Cassese analisa que – nesse mundo repleto de autoridades independentes que rivalizam frontalmente com os governos nacionais –, a soberania tradicional passa a ser disciplinada também por acordos bilaterais, multilaterais e supranacionais, e, nesses espaços de trocas econômicas, a *Lex Mercatoria* encontra campo fértil para se desenvolver⁷.

⁵ CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*, p. 19-36.

⁶ ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*, p. 70-89.

⁷ CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*, p. 31.

Percebe-se, assim, que analisar as possibilidades de consolidação da autonomia do Direito no mundo globalizado significa abordar a crise do Direito e do Estado. Como é natural, existem diversas interpretações destas intrincadas e prolongadas crises. Para Cassese, o principal fator de crise é representado pela multiplicidade de ordenamentos jurídicos globais – que compõem atualmente um cenário de direito público não-estatal –, o que ocasiona uma crise sem precedentes no que tange às fontes do Direito. Essa situação gera anarquia no que se refere ao tratamento dos bens públicos – notadamente os direitos fundamentais – tradicionalmente protegidos e promovidos pelos Estados. Essa governança global deixou de lado a ordem hierárquica típica da organização estatal: assume-se uma ordem, fundada nos acordos, gerais e setoriais, estabelecidos entre conjuntos de organizações privadas. Um dos principais problemas disso é exatamente a falta de *accountability* dessas empresas, que não respondem ao povo pelos seus atos⁸.

O que acontece de realmente complexo para a teoria do direito público, sob o viés do direito administrativo, segundo Cassese, é a fragmentação gradual dos ordenamentos estatais: passam a surgir em grande intensidade, entidades públicas nacionais dotadas de caráter híbrido, ou seja, emerge um setor público não-estatal, que rompe em grande medida com trezentos anos de construção do direito público ocidental – e isso ocorre em período de apenas algumas décadas. Essa questão ganha ainda mais relevância diante da falência das organizações internacionais, que não conseguiram impor o *rule of law* durante as últimas décadas, deixando reinar a anarquia no campo do direito internacional público, onde as violações aos direitos humanos mais básicos e elementares fazem parte do cotidiano global⁹.

Diante dessa grave e prolongada crise, as relações conflituosas entre Direito e economia se agravam de modo acelerado, gerando, cada vez mais, atritos que em nada contribuem para o estabelecimento de equilíbrio social e a promoção dos direitos e garantias fundamentais. Paradoxalmente, no momento de maior integração econômica da história da humanidade, diversas conquistas civilizacionais do *constitucionalismo* ocidental são minadas. Nesse ponto, é imprescindível realizar breves apontamentos sobre o que significam tais conquistas no plano da historicidade do Direito.

⁸ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**, p. 24-29.

⁹ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Trento: Eunadi, 2009. p. 31-43.

2. CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

O *constitucionalismo* pode ser definido como uma corrente de pensamento voltada, desde sua origem, em limitar os poderes públicos e, de mesma forma, em consolidar as esferas de autonomia dos indivíduos através de normas. Essa construção é típica do Estado Moderno europeu, representando o *constitucionalismo* um dos principais frutos da consolidação do trânsito da modernidade¹⁰. Este *constitucionalismo moderno* representa a constante tentativa de organização do poder, especialmente no período que compreende os séculos XV e XVIII. Os países que melhor representam os avanços obtidos no sentido de criar sistemas eficazes para implementação da democracia foram Inglaterra, França e Estados Unidos, cada um a seu modo e de acordo com sua história¹¹.

Se na época de predomínio do *constitucionalismo liberal* o objetivo central era precípua era o combate ao Estado absolutista, o *constitucionalismo contemporâneo* deve ser direcionado para afrontar esta organização de poder em que as interdependências estão maximizadas – na qual se anulam as distinções entre público e privado, ordenamento jurídico e economia, sociedade civil e Estado. Para se encontrar soluções acertadas aos problemas que surgem no seio do constitucionalismo deve ser buscada inspiração, para Matteucci, no velho princípio de *Iurisdictio*, pela simples razão de que sem Direito não é possível falar em liberdade. Seguindo o mesmo raciocínio de Matteucci, torna-se conveniente afirmar que, com o avanço sem limites da *Lex Mercatoria* – e, conseqüentemente, sem *Iurisdictio* –, torna-se impossível proteger os direitos humanos, ocasionando a ruína das democracias constitucionais¹².

Para Luigi Ferrajoli, duas mudanças paradigmáticas no campo do Direito conformam historicamente o conceito de autonomia do Direito. Em primeiro lugar, a ruptura ocorrida entre a ciência jurídica e a filosofia política em fins do século XIX e começo do século XX. Neste período, os grandes juristas do período realizam brusco movimento de banir toda reflexão filosófica sobre os fundamentos axiológicos e racionais do Direito, com intuito de gerar um campo fértil para o desenvolvimento da "autonomia" e da "cientificidade" das ciências jurídicas. Essa opção pela negação da estrutura reflexiva filosófica é feita em nome da necessidade de isolamento no estudo das ciências jurídicas. Nesse período o Direito passa a ser dotado de autorreferencialidade

¹⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, p. 17.

¹¹ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 23-27.

¹² MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*. p. 290-291.

epistemológica e estrutural. É possível descrever esse primeiro momento de autonomia do Direito como uma espécie de autonomia primitiva, ligada à autonomia da disciplina científica típica do Iluminismo¹³. Esta verdadeira emancipação do Direito – agora tido como um campo autônomo do conhecimento humano –, apesar de representar uma condição importante para o real desenvolvimento dos estudos na área, resultou em um quase completo abandono de perspectivas críticas externas ao Direito, fenômeno este que perdurará durante décadas, e que até hoje faz sentir seus efeitos¹⁴.

A segunda mudança estrutural no campo do Direito se dá no segundo pós-guerra, momento no qual a autonomia do Direito adquire sua significação contemporânea, no sentido de autonomia do sistema jurídico com promulgação das constituições rígidas, no que é possível chamar de emergência do *constitucionalismo contemporâneo*. Essa noção avançada de autonomia do Direito é diretamente ligada ao aparecimento das constituições rígidas e, conseqüentemente, à subordinação hierarquicamente supra ordenada da legislação ordinária. Esse segundo momento de destaque na história constitucional é chamado por Ferrajoli de segunda mutação paradigmática do Direito, possuindo quatro fatores específicos que diferenciam o Estado Constitucional de Direito e o Estado Legislativo de Direito, no qual a (re)fundamentação neo-positivista do direito pode ser retratada a partir de quatro mudanças estruturais relevantes: (i) no plano da natureza e da estrutura do direito, onde não só as normas mas também as decisões necessitam de conformação constitucional; (ii) na natureza e no papel da jurisdição, em que só pode se utilizar da legislação vigente se for considerada constitucionalmente válida pelo juiz; (iii) no plano do estatuto epistemológico da ciência jurídica, que agora adquire não apenas um papel descritivo, mas também um viés crítico a respeito de seu objeto; (iv) e, por fim, no plano da estrutura e da teoria da democracia e do Estado Democrático de Direito, pois a democracia deixa de ser puramente política e passa imediatamente a se revestir de conteúdo jurídico¹⁵.

Essa conformação clássica da história do Direito constitucional, contudo, poderia ser aplicada diretamente ao atual contexto da vida pública em escala global? Como visto anteriormente, quaisquer respostas possuem alto grau de complexidade. A necessidade de reformatação das democracias constitucionais é fruto do desenvolvimento acelerado do processo

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia*. 2. Teoria de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 33.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia*, p. 33.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia*, p. 61-90.

de globalização, especialmente na área da economia e dos sistemas de comunicação¹⁶. Habermas identifica um fator de especial importância para discutir a constelação pós-nacional que marca o início do século XXI: a oposição entre Estado e economia. Essa recorrente oposição é marcada pelo antagonismo entre as democracias de bem-estar social e o crescimento vertiginoso do neoliberalismo. Aqui, por exemplo, entra em debate a questão como a teoria dos custos dos direitos sociais e os contínuos atritos entre a prestação de direitos sociais e o Estado Liberal, entre Direito e Economia¹⁷.

Habermas adverte para o colapso da soberania do Estados – atualmente, as decisões estão sendo tomadas, cada vez mais, em nível supranacional, e essas decisões tendem a ganhar prioridade sobre a política doméstica das nações. No caso europeu, a União Europeia, como figura supranacional, por ora tem conseguido manter certos avanços sociais, cedendo pouco às pressões neoliberais na área econômica¹⁸.

Uma das chaves para resolução dos problemas de proteção insuficiente dos direitos fundamentais em virtude das pressões econômicas e das análises econômicas do Direito é o aprimoramento dos mecanismos de reforço da autonomia do Direito. Castanheira Neves explica que os problemas em torno da jurisdição se tornaram os temas centrais do universo jurídico dos nossos dias. Através do *judicium* surgem possibilidades reais de frear o uso arbitrário de força e de poder, utilizando-se da jurisdição como instrumento de imposição de *razões de validade* contra as experiências regressivas e nefastas de nossa era. Trata-se, assim, de cuidar do *Direito enquanto Direito*, mantendo-se a pretensão de autonomia constitutivo-fundante do paradigma constitucional: para o jurista português, quando tentativa de fundamentação transconstitucional do Direito deve passar, primeiramente, por este filtro de intenção de autonomia da ciência jurídica, em detrimento de elementos externos ao Direito como a Política, a Religião e a Economia¹⁹.

Nesse ponto, Aroso Linhares resume de modo claro a problemática da autonomia do Direito na contemporaneidade. *A Iurisdictio* é, portanto, ao mesmo tempo a estrutura e a intenção material de realização das expectativas sociais de uma juridicidade autônoma. Ou seja, diante da

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 57-63.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**, p. 65-67.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**, p. 128-135.

¹⁹ NEVES, Alfredo Antônio Castanheira. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função, e Problema – Os modelos actualmente alternativos da relativização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. v. 74, 1998, Coimbra, p. 1-14.

constante aproximação com os pressupostos dessa nova *Lex Mercatoria* globalizada, restaa cada dia mais evidente a necessidade de reforço da autonomia e da unidade da jurisdição. O grande desafio é descobrir *como* implementar tal anseio. Um dos principais obstáculos para isso fica por conta da emergência de ordenamentos normativos paralelos – como é o caso da nova *Lex Mercatoria* – que também se autonomizam e enfraquecem o direito público das democracias constitucionais²⁰.

3. AUTONOMIA DO DIREITO CONTRA *LEX MERCATORIA*

Durante boa parte da história da civilização ocidental, a evolução do Direito caminhou de forma estreita com o desenvolvimento da economia. Cada um dos dois sistemas sociais seguiu o outro em suas (con)formações históricas. A história do direito e a história da economia são histórias paralelas e concorrentes, que se complementam em suas historicidades²¹. Através do crescimento agressivo e vertiginoso da economia globalizada, a Economia se sobrepôs ao Direito de modo grotesco, o que ocasionou a imposição da agenda da economia sobre as prioridades do direito público. Talvez este seja um dos pontos nevrálgicos da problemática – a ausência de jurisdição constitucional e legitimidade democrática de parte significativa das ações orientadas por esta nova *Lex Mercatoria* –, de modo a proporcionar limites mínimos para a ação econômica, proporcionando a defesa dos direitos fundamentais garantidos pelas Constituições nacionais.

Francesco Galgano adverte para o fato de que a economia globalizada possui plena capacidade de se atualizar e melhorar sua dinâmica perante os desafios do mundo moderno. No entanto, a evolução do Direito Constitucional não encontra a mesma velocidade para se movimentar na realidade contemporânea. Diante da emergência da *Nova Lex Mercatoria*, adverte como necessário que as governanças tomem conhecimento das dificuldades que surgirão no futuro para o direito público e para a manutenção da autonomia do Direito para que seja alcançada uma manutenção aceitável dos direitos fundamentais. Somente a partir de medidas que desloquem os pressupostos de Direito Constitucional para além do Estado será possível manter esse grau de autonomia jurídica perante as forças econômicas²².

²⁰ LINHARES, José Manuel Aroso. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a Law & Economics Scholarship. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 78, 2002, Coimbra, p. 68-88.

²¹ WIEACKER, Franz. **Historia del derecho privado de la edad moderna**. Madrid: Aguilar, 1977. p. 23-94.

²² GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 284-287.

O perigo maior para a democracia global seria a situação em que democracias constitucionais se tornarem um *jogo com regras*, e não mais as *regras do jogo*. Ou seja, torna-se necessário lidar com absoluta cautela com a regulação privada dos entes transnacionais, uma vez que, como se sabe, a regulamentação estatal ou supra-estatal não é o único fator orientador desses estatutos²³. Esse atual direito transnacional do comércio, que contrapõe regulação e regulamentação, está proporcionando o nascimento de uma nova *Lex Mercatoria*, fundada na cultura da empresa, do comércio, das finanças, na prática dos negócios, na arte da negociação e até nos conflitos em potencial. Nesse cenário de *normativização privada*, estão completamente ausentes quaisquer proteções aos direitos fundamentais, visto que a possível coerção a essa proteção esta gradativamente sendo mitigada²⁴.

O principal ponto de atrito para se falar em autonomia do Direito é quando se discute a relação do Direito moderno diante da economia globalizada. Para Ferrajoli, a afirmação de desenvolvimento dos direitos fundamentais frente à *Lex Mercatoria* é uma construção no sentido de autonomia do sistema jurídico frente um poder externo. Nesse sentido, lembra que a histórica da economia está intrinsecamente ligada à história da teoria do Direito, ou seja, ambas histórias são concorrentes, são histórias paralelas que se complementam. Quando a economia do século XX começa a crescer de modo vertiginoso, atingindo maturidade depois de mais de cem anos da Revolução Industrial, são lançadas as bases para que a autonomia do Direito também possa crescer, desenvolver-se e consolidar-se²⁵.

Este raciocínio é repisado a exaustão por Antonio Cassese, segundo o qual os direitos humanos são o novo código da humanidade, e que seu surgimento na segunda metade do século XX é o grande giro copernicano dos últimos duzentos anos da teoria do direito. Desse modo, a afirmação das garantias e dos mecanismos de efetivação desses direitos representaria a autonomia do Direito na esfera pública globalizada. A própria evolução da Teoria do Estado e do Direito, especialmente durante o cruel século XX, funciona como testemunho da impossibilidade utilizar as pessoas e os povos como meros objetos instrumentais de finalidades diversas, sejam elas econômicas, políticas ou religiosas²⁶.

²³ CASSESE, Sabino. **La globalización jurídica**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2006. p. 149-158.

²⁴ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007. p. 32-39.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. **Teoría del derecho y de la democracia**.

²⁶ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. Roma-Bari: Laterza, 2012. p. 3-28.

Por outro lado, esse entrelaçamento entre economia e Direito é esboçado para alertar quanto aos perigos de desestruturação da esfera pública – que agora começa a se movimentar para além da estrutura tradicional de Estado – e, também, do Estado Social em nível global. A economia, para o jurista italiano, seria um dos poderes selvagens que ameaça o Estado Constitucional de Direito. Dois pontos principais, extraídos da realidade italiana, são apontados como especialmente delicados no atual cenário de proteção dos direitos humanos e do constitucionalismo como um todo" a ideia de onipotência das maiorias políticas e a ideia de liberdade de mercado como nova *Grundnorm* da ordem globalizada atual²⁷. Essas duas situações de risco são cunhadas de *as duas poderosas ideologias de legitimação do poder*. A questão da degradação do direito público – no que o autor chama de gradual *desconstitucionalização* do sistema político. Sua ácida crítica, contudo, não resta adstrita à realidade italiana, visto que se preocupa com futuro do direito constitucional no processo de integração econômica mundial e de seus reflexos para o Direito global como um todo:

todo em proceso de integración económica mundial que se pone bajo el nombre de "globalización" bien puede ser leído como un vacío de derecho público producido por la falta de garantías primarias y secundarias, esto es, de límites, vínculos y controles frente a la fuerza tanto de los Estados militarmente más poderosos como de los grandes poderes económicos privados. A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el derecho de la globalización viene modelándose cada vez más, en lugar de en las formas públicas, generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato, signo de una primacía indiscutida de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública²⁸.

Ferrajoli identifica o presente momento do constitucionalismo como um período de crise. O tensionamento da política e do mercado junto ao Direito estaria criando danos profundos no sistema de proteção aos direitos fundamentais – enfraquecendo sobremaneira o caráter vinculante principal da democracia constitucional, que é o de estabelecer limites para a atuação da política e do mercado²⁹. Ou seja, o enorme problema a invasão da *Lex Mercatoria* no campo de autonomia do Direito contemporâneo seria solucionado pelo reforço das garantias constitucionais dos Estados nacionais, no curto prazo, e pela criação de uma ordem constitucional de abrangência global, em um segundo, em um segundo momento. Esse constitucionalismo de nível planetário seria uma resposta ao processo de globalização eminentemente econômica. O cerne dessa ação seria a integração jurídica e política, em adição a já presente integração econômica, com intuito de

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia*, p. 70-71.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia*, p. 80.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia*, p. 100.

desenvolver um constitucionalismo sem Estado, possivelmente de ordem supranacional, consolidando-se assim um modelo alternativo de organização político-jurídica, que sucederia o Estado Constitucional de Direito.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras. Entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica.** v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

CASSESE, Antonio. **I dirri umani oggi.** Roma/Bari: Laterza, 2012.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado.** Tradução de Odete Medauar. Campinas: Saberes Editora, 2010. p.83-87.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo stato.** Trento: Eunadi, 2009.

CASSESE, Sabino. **La globalización jurídica.** Madrid/Barcelona: Marcial Pons Editora, 2006.

NEVES, Alfredo Antônio Castanheira. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função, e Problema – Os modelos actualmente alternativos da relativização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito.** v. 74, 1998, Coimbra, p. 1-44.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens. A crise da democracia italiana.** São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia. 2. Teoria de la democracia.** Madrid: Editorial Trotta, 2011. 676 p.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo. **Experiencias históricas y tendencias actuales.** Madrid: Editorial Trotta, 2014

GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria.** Bologna: Il Mulino, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional.** Ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LINHARES, José Manuel Aroso. A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a Law & Economics Scholarship. In: **Boletim da**

Faculdade de Direito, v. 78, 2002, Coimbra, p. 65-178.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad. História del constitucionalismo moderno.** Madrid: Editorial Trotta, 1998.

NEVES, Alfredo Antônio Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito – ou as condições de emergência do Direito como Direito. In: **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço**. v. II. Coimbra: Almedina, 2002. p. 837-871.

NEVES, Alfredo Antônio Castanheira. Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função, e Problema – Os modelos actualmente alternativos da relativização jurisdicional do Direito. In: **Boletim da Faculdade de Direito**. v. 74, 1998, Coimbra, p. 1-44.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

POSNER, Richard A. **The economics of Justice**. Massachusetts: Havard University Press, 1981.

WIEACKER, Franz. **Historia del derecho privado de la edad moderna**. Madrid: Aguilar, 1977.

ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. São José: Conceito Editorial, 2010.

CIDADANIA TRANSNACIONAL: REFL EXÕES E ENFRENTAMENTOS NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Mayara Pellenz¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a analisar um novo modelo de Cidadania que vai muito além do tradicional vínculo formado entre Estado e Cidadão. Em uma sociedade pós moderna, multicultural, de caráter transnacional, com influência direta dos processos de globalização, o conceito de Cidadania precisa ser revisitado, considerando vínculos de responsabilidade, de reconhecimento e de integração entre as pessoas.

Através dos tempos, o conceito de Cidadania tem mantido sua força. Ocorre que o significado da palavra desvela novas características, e extrapola o vínculo Estado-Nação, sofrendo transformações no tempo e no espaço. Por ser uma construção histórica, oriunda das lutas e conquistas iniciadas especialmente no contexto da Revolução Francesa, é evidente que o conceito de Cidadania sofre alterações com o percurso do tempo. Tais como os direitos fundamentais, novas perspectivas históricas são vivenciadas e assim, há necessidade de um redimensionamento do vínculo jurídico e político, que denote bem mais do que a relação indivíduo-Estado, mas sim um sentido de pertencimento daqueles que integram o corpo social. Desse modo, a Cidadania adquire novos significados à luz dos direitos fundamentais e efetiva-se, de forma mais ampla, em espaços onde o processo democrático é estabelecido. Neste viés, a pesquisa objetiva identificar os limites da Cidadania liberal e demonstrar por que o conceito precisa ser revisitado. Esclarecimentos são necessários para se compreender a configuração atual da Cidadania e de que forma ela precisa ser redimensionada para alcançar todos os cidadãos inseridos em uma sociedade de características transnacionais.

Para tanto, utilizar-se-á a técnica de pesquisa bibliográfica² e o método indutivo³ e sugere,

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional, especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Meridional e advogada. <http://lattes.cnpq.br/4364613932101832>. E-mail: maypellenz@hotmail.com.

² “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. Florianópolis. Conceito Editorial/Millennium, 2011, p. 207).

³ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática, p.

como hipótese, novas perspectivas para a superação de um conceito defasado de Cidadania. É necessário esclarecimento neste sentido, pois se trata de um importante mecanismo de inclusão e de pertencimento que não pode ser enfraquecido, degenerado ou ter sua finalidade deturpada.

1. CONCEITUANDO A CIDADANIA: DO PADRÃO CLÁSSICO LIBERAL À NECESSIDADE DE UM REDIMENSIONAMENTO TEÓRICO DIANTE DA TRANSNACIONALIDADE

Ao considerar o conceito de Cidadania à partir da realidade brasileira, percebe-se que se trata de um elemento político que remonta à *polis* grega⁴ e está presente na Constituição Federal de 1988. Sofreu, durante o processo civilizatório, alterações no tocante à sua conceituação, e representa a vinculação do sujeito com o Estado e o direito de participar da vida em Sociedade. Esta categoria está ligada à Liberdade, à conquista do voto, à participação no processo democrático e no jogo político do Estado, além do reconhecimento de um ser humano no outro, à vivência digna dos sujeitos no mesmo tempo e espaço.

A Cidadania é uma conquista social e histórica que deve ser vivenciada, especialmente porque denota a identidade do indivíduo face aos seus semelhantes. O significado do conceito de Cidadania, bem como seu exercício, envolve um contexto amplo que precisa ser considerado para seu entendimento, esclarecimento e efetivação.

O conceito de Cidadania inicialmente teve um caráter de vinculação a um Estado. Entretanto, com as mudanças sociais e a crescente transnacionalização – que é característica de uma sociedade globalizada - a Cidadania passa a ser encarada com características mais vastas.

Sob esse argumento, Braga⁵ explica que a Cidadania:

[...] pode ser definida como um conjunto de direitos que podem ser agrupados em três elementos: o civil, o político e o social, os quais não surgiram simultaneamente, mas sim, sucessivamente, desde o século XVIII até o século XX. O elemento civil é composto daqueles direitos relativos à liberdade individual: o direito de ir e vir, a liberdade de imprensa e de pensamento, o discutido direito à propriedade, em suma, o direito a justiça (que deve ser igual para todos). O elemento político compreende o direito de exercer o poder político, mesmo indiretamente como eleitor. O elemento social compreende tanto o direito a um padrão mínimo de bem-estar econômico e segurança,

205).

⁴ Vale lembrar que Atenas, nos tempos de seu maior desenvolvimento possuía noventa mil cidadãos livres, entre homens, mulheres e crianças; enquanto isso, o número de escravos para ambos os sexos alcançava a soma de 365 mil pessoas” (AHLERT, Alvorí. **A Eiticidade da Educação: o discurso de uma práxis solidária/universal**. 2.ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2003, p. 27).

⁵ BRAGA, Robert. **Qualidade de vida urbana e cidadania**. Território e cidadania, UNESP, Rio Claro, n.2, julho/dezembro, 2002, p. 2.

quanto o direito de acesso aos bens culturais e à chamada “vida civilizada”, ou seja, é o direito não só ao bem-estar material, mas ao cultural.

Atualmente, o significado de Cidadania vai além da máxima “o direito a ter direitos”, pois os cidadãos não possuem apenas direitos, mas, também, deveres. O exercício da Cidadania enseja responsabilidade, participação efetiva, consciência de voto, cumprimento das disposições legais, controle da atividade governamental, interesse pelos rumos sociais e exercício da Democracia⁶.

⁶ “A Democracia é uma expressão oriunda do grego *demos*, "povo", e *kratos*, "autoridade". Significa, de maneira bastante clara, o governo do povo, para o povo, pelo povo. A partir de seu surgimento em Atenas, a Democracia passou por três grandes momentos históricos do pensamento político, concernentes às Teorias Clássica, Medieval e Moderna. Segundo Bobbio, “de acordo com a Teoria Clássica, a democracia é a forma de governo pela qual o poder é exercido por todos os cidadãos juridicamente assim considerados, contrapondo a monarquia e a aristocracia, regimes nos quais o governo incumbe, respectivamente, a um só e a poucos. A Teoria Medieval, de origem romana, acrescenta o elemento soberania ao poder do povo, que se torna representativo ou é derivado do poder do príncipe. Por fim, a Teoria Moderna, ou Teoria de Maquiavel, distingue as formas básicas de governo: a monarquia e a república, equiparando essa última à democracia” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.319)”. Assim, em um regime democrático, cabe ao povo tomar as decisões políticas de interesse relevante, de forma direta ou indireta (por meio de representantes eleitos). A Democracia Direta por excelência ocorria na Grécia, onde a praça pública era o local de deliberação do povo, chamado a decidir sobre diversos assuntos. “Essa ideia de participação política de todos remete ao conceito de *zoon politikon* de Aristóteles e à polis grega, pois pressupõe a vida em sociedade e a solução dos conflitos mediante a persuasão, ou seja, pela utilização do discurso em substituição à violência, que era restrita à vida fora da polis” (ARENDR, Hanna. **A Condição Humana**. São Paulo: Forense Universitária, 1981, p. 34 e 35). Na obra “A Moderna Análise Política”, Dahl (DAHL, Robert. **A moderna análise política**. Rio de Janeiro: Lidaor, 1966, p. 22) conceituou a democracia como sendo “o sistema político em que a oportunidade de participação e de decisão é amplamente partilhada por todos os cidadãos”. Hoje, a democracia é termo empregado para designar “aqueles governos cujo poder é exercido pelo povo” (BARROSO, José Durão. **Democracia**. In: POLIS Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado: Antropologia, Direito, Economia, Ciência Política. São Paulo: Verbo, v.2, 1987, p. 70). Por certo, a democracia exercida de maneira direta tornou-se inviável pra os dias hoje, em virtude da quantidade de pessoas para votar e dos inúmeros assuntos relevantes para serem discutidos. Por ser uma forma de governo aclamada em todo o mundo, contrária à ditadura e ao totalitarismo, a Democracia precisava ser adequada a essa nova realidade. O desenvolvimento imoderado dos Estados tornou mais adequado, Na modernidade, os elementos caracterizadores da democracia representativa. A Democracia Representativa surge então como alternativa à Democracia Direta: o povo elege seus representantes para que tomem decisões em seu nome. Assim, “como um meio de ajudar a democratizar os governos dos Estados nacionais, a representação pode ser compreendida como um fenômeno histórico e como uma aplicação da lógica da igualdade a um sistema político em grande escala” (DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 340). O modelo de mandato político é tão eficaz que está presente em diversos governos democráticos garantindo as liberdades individuais, a igualdade dos cidadãos e os direitos políticos ao redor do mundo. Na democracia representativa, a “vontade representativa é a mesma vontade popular” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 294.) e, nas palavras de Zvetan Todorov, “[...] a população inteira escolhe seus representantes, os quais, de maneira soberana, estabelecem leis e governam o país durante um período de tempo decidido de antemão” (TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 15 e 16). Os representantes eleitos legislam em nome dos eleitores, estabelecendo, em tese, uma relação de identificação e confiança entre eles, pois se trata de “duas vontades legítimas e distintas [...], sendo a vontade menor do eleitor, restrita à operação eleitoral, e a vontade autônoma do eleito, oriunda daquela operação” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, p. 223). Observa-se que o significado do termo democracia, como governo de todos, não se alterou com a passagem do pensamento clássico para o moderno. Alterou-se, porém modo pelo qual o poder é exercido pelo povo, diretamente, como na democracia dos antigos, ou por meio de representantes legitimamente eleitos, no que se convencionou denominar democracia representativa (BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 32 e 33), que é significa um “sistema representativo de índole e inspiração totalmente popular” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**, p. 233). Em comum, observa-se que os conceitos do termo democracia são elaborados a partir da descrição de seus elementos, sendo normalmente identificados os seguintes: “1) poder exercido pelo povo; 2) representantes legitimamente eleitos; 3) regras eletivas previamente estabelecidas; 4) observância e respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos; e 5) a existência de uma sociedade livre em que prepondera a influência popular” (PANIZA, Alexandre de Lima. **Democracia e Contratualismo nas concepções de Hobbes e Rousseau: uma abordagem histórica**. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 3. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 251). Cabe salientar que a Democracia foi expoente no findar da Segunda Guerra Mundial. Após um período sombrio da Humanidade, a Democracia foi amplamente difundida como uma forma de governo capaz de garantir os direitos fundamentais do cidadão. Neste sentido, Boff e Zambam afirmam que “o século passado foi fundamental para a afirmação da democracia como o melhor sistema de organização social e com os mecanismos e instrumentos necessários e em permanente evolução, indispensáveis para garantir as condições de justiça.” (BOFF, Salete Oro; ZAMBAM, Neuro José. **O Direito das Culturas: Compromisso com o Reconhecimento**, a

Desse modo, “a Cidadania não está restrita à observada pela lei, mas também refere-se à virtude cívica, que a sociedade civil pode fomentar na esfera pública, para evitar os abusos estatais e do mercado e exercer o papel de indivíduo atuante nesta esfera”⁷.

A partir destas reflexões, ser cidadão não constitui unicamente o pertencimento de seres humanos a um Estado-Nação ativa e passivamente, mas estabelece especialmente obrigações e direitos concernentes à relação entre cidadãos e Estado. Sob esta perspectiva, “os direitos e as obrigações de Cidadania existem, portanto, quando o Estado valida as normas de Cidadania e adota medidas para implementá-las”⁸.

Percebe-se que há um ponto de intersecção entre Cidadania e Sociedade Civil⁹. Essa relação configura-se pela responsabilidade assumida por cada indivíduo de ser um ator social, capaz de modificar seu destino desde que assuma seu papel importante de participação na vida pública defendendo seus direitos e exercendo seus deveres. O ser humano como um ser ativo que impulsiona as modificações da Sociedade a qual pertence é responsável por assumir as características da Cidadania, que, assim como a sociedade, também se renova.

Cidadania e a Maturidade Democrática. In BRUCH, Kelly Lissandra; REDIN, Giuliana. **Direitos Fundamentais e Espaço Público**. Vol. 1. Passo Fundo: Editora IMED, 2010, p. 63). Embora o fenômeno democrático, como parte integrante de um governo seja um acontecimento recente, percebe-se a existência de Democracias mais ou menos desenvolvidas, de acordo com a História de cada país.

⁷ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 38.

⁸ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 36.

⁹ Importante analisar que em cada tipo de regime estatal, o conceito de cidadania pode envolver direitos e obrigações de forma diferenciada. Para o liberalismo, “a relação entre direitos e obrigações é essencialmente contratual, trazendo em si uma forte carga de reciprocidade: a cada direito corresponde em geral uma obrigação” (VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania*, p. 37-38). Na teoria liberal, ser cidadão implica ser dotado de liberdades. A cidadania aqui não relaciona-se com características que determinam sua identidade, mas sim como o indivíduo deve ter sua liberdade e igualdade resguardadas, e que por isso também torna-se responsável pelo exercício de seus direitos. Já o “[...] comunitarismo prioriza a comunidade, sociedade ou nação, invocando a solidariedade e o senso de um destino comum como pedra de toque da coesão social. É a ideia oposta ao liberalismo ao objetivar uma sociedade com valores e identidades comuns” (VIEIRA, 2001, p. 39). Por este pensamento solidário, no que tange à cidadania, as obrigações são priorizadas em face ao exercício de direitos: direitos são conferidos à medida que uma série de obrigações é cumprida. Mas em ambos, liberalismo e comunitarismo, a cidadania possui um papel normativo, mas com características que diferem. “Na visão liberal, a cidadania é um acessório, não um valor em si mesmo. Na visão comunitarista, os indivíduos são membros de unidades maiores do que si mesmos, e uma delas é a comunidade política” (VIEIRA, 2001, p. 40). Há também uma terceira via, no que tange à cidadania, percebida pela teoria social-democrata que “preconiza a expansão de direitos individuais ou coletivos a sujeitos historicamente discriminados, notadamente por sua classe, gênero ou etnia. A teoria democrata expansiva reivindica o aumento da participação coletiva nas decisões e uma maior interação entre o cidadão e as instituições” (VIEIRA, 2001, p. 41-42). A participação é muito importante nesta perspectiva. Prima-se pelo equilíbrio entre direitos coletivos, individuais e obrigações. Mas estas três teorias apresentam conflito a respeito dos direitos e obrigações relativos à cidadania, pois na teoria liberal direitos tem prioridade sobre deveres; na teoria comunitarista obrigações são priorizadas em detrimento de direitos, enquanto que para a democracia social direitos e obrigações devem encontrar equilíbrio. Na visão nacionalista a cidadania relaciona-se à formação de uma consciência nacional, proporcionando um sentimento de pertença a um Estado-nação, que é o garantidor dos direitos de cidadania. A crítica multiculturalista ao liberalismo propõe uma cidadania diferenciada. Isso ocorre tendo em vista a realidade migratória global, que tem acelerado a erosão da homogeneidade de uma cidadania caracterizada nos limites do Estado-nação. Aqui, a cidadania preserva a identidade de cada indivíduo com sua cultura, e a cidadania está em respeitar estas diferenças, buscando realizar uma maior inclusão de grupos minoritários ao corpo social.

As considerações feitas até este ponto revelam que a Cidadania pode ser entendida como um processo, haja vista que ela se realiza continuamente. Nesse processo, ao cidadão implica uma continuidade no exercício de deveres perante os demais e perante o Estado. E vai além: exige-se, ainda, a plenitude da realização destes direitos.

A plenitude do Homem somente é possível se esta Cidadania for exercida de forma direta ou ainda por meio da participação deste em associações, partidos políticos, sindicatos, ONG's¹⁰, movimentos sociais, entre outras. Por esse motivo, a interação entre as esferas privada, pública, estatal e de mercado permitem esta conexão entre o conceito de Cidadania, Estado e de Sociedade Civil¹¹. Assim:

a busca pelo exercício da Cidadania ocorre no âmbito da sociedade civil, por meio dos interesses dos grupos sociais integrantes da sociedade, mas não é ela que garante os direitos de Cidadania por não ter a proteção legal para seu exercício. No entanto é neste meio que existe o local para que tais direitos sejam exercidos¹².

Historicamente, a Cidadania fora entendida como a capacidade de cada indivíduo em exercer seus direitos e deveres dentro dos limites territoriais de um Estado-Nação. Implicava um sentimento de pertença¹³ àquele Estado. Vieira destaca que “[...] a Cidadania foi concedida a restritos grupos de elite – homens ricos de Atenas e barões ingleses do século XIII – e posteriormente estendida a uma grande porção dos residentes de um país”¹⁴. Se percebe que a qualidade de cidadão não era dotada à todos, de forma indiscriminada. Havia particularidades que diferenciavam umas pessoas de outra, geralmente ligada ao poderio econômico e social. Contudo, essa concepção se modificou. Segundo Barreto¹⁵:

A cidadania está intimamente vinculada ao processo em devir dos Direitos Humanos que consolidou a sociedade na modernidade. O conceito de cidadania surgiu ligado a um ente estatal no século XVIII; seu exercício e realização se fizeram sob a tutela do Estado nacional. Porém, considerando a atual forma de sociedade, a cidadania afirma-se pelo envolvimento do cidadão nos movimentos sociais, nos mais diversos, no âmbito da emergente sociedade civil e esfera pública transnacional que se vai construindo no mundo globalizado.

Hoje, porém, o alcance da Cidadania não se exaure pela participação social e política no

¹⁰ Organizações Não Governamentais.

¹¹ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010.

¹² LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**.

¹³ “Por pertença a um Estado-nação entende-se o estabelecimento de uma personalidade em um território geográfico.” (VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**, p. 34).

¹⁴ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**, p. 34-35.

¹⁵ BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010, p. 96.

futuro do Estado. Possui ligação com os direitos de liberdade, de manifestação, de religião, e extrapola o conceito fechado e imutável em que interesses públicos (e de bem-estar geral e de vida e coletividade) e privados (autonomia do indivíduo) convergem.

Nesse sentido, a Cidadania deve ser vivenciada e exercida, pois é dessa forma que será notada e conceituada¹⁶. Logo, percebe-se como a Cidadania está redimensionada, pois suas características modificaram-se. As novas características da sociedade globalizada, o próprio conceito de Estado e seu funcionamento demandam uma redefinição¹⁷.

O Estado-Nação tende ao declínio de sua delimitação clássica, transitando por um novo espaço de Cidadania, que passaria dos contornos do Estado-nação ao espaço global em que “[...] a consagração universal dos direitos humanos sublinha a transição da Cidadania vinculada aos direitos individuais para Cidadania devida à pessoa universal”¹⁸. Redefinem-se conceitos clássicos devido às transformações ocorridas com o advento da globalização e da transnacionalidade. O novo conceito de Cidadania está interligado a estas mudanças, bem como aos direitos adquiridos historicamente pelo Homem. Nessa linha de pensamento, Bobbio¹⁹ afirma que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Essa condição possibilita, a todo tempo, o surgimento de novos direitos devido ao momento histórico vivido pela sociedade, não sendo os Direitos Fundamentais um catálogo

¹⁶ FERREIRA, Nilda Teves. **Cidadania: uma questão para a educação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 19.

¹⁷ O Estado é uma forma de organização política que, na sociedade contemporânea, tem se encontrado exposto a fortes crises que estão afetando suas bases. O modelo de Estado surge ao final do feudalismo, na Europa ocidental. Todas as entidades políticas foram levadas à difundirem-se ao modelo estatal, que passou a ser a figura necessária da organização política. A adoção desta forma passou a ser, principalmente a partir do século XVIII, passaporte necessário para que se pudesse entrar na vida internacional. O Estado é elevado a sujeito de direito internacional e progressivamente se globalizou. Estes efeitos tendem a afetar o modelo de Estado tradicional, tornando obsoleta a concepção de soberania, redefinindo as funções do Estado. A ordem transnacional é criada por acordos entre Estados soberanos que tendem a se organizar num sistema mais amplo e que, de certa forma, restringem sua liberdade de ação. A ordem nacional clássica estava fundada sob a concepção de soberania, mas esta ordem então é colocada sob questionamentos, já que é reforçado o vínculo de interdependência entre os Estados, além do fim do monopólio estatal sobre as relações internacionais, pois as próprias sociedades hoje estão presentes na ordem internacional. Esta posição coloca os Estados sob o signo da complexidade e impõe aos Estados obrigações de diferentes naturezas, sendo que ainda precisam fazer acordos com atores que escapam a sua autoridade, tais como empresas internacionais, organizações não governamentais e redes transnacionais, por exemplo. Com a globalização e a ampliação das relações internacionais a pertinência do Estado como unidade política vem sendo colocada mais diretamente sob questionamentos. Está ocorrendo uma ampliação dos limites dos espaços nacionais e de regulação. Diante disso a regionalização tem aparecido como prolongamento lógico. Estes vínculos de interdependência é o que caracterizam este Estado pós-moderno. Esta característica não priva os Estados de suas margens de manobras, no entanto, modificam profundamente a concepção tradicional de Estado que era baseada na soberania. E este desmoronamento da soberania vem redefinindo as funções e a lógica da ação estatal. (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 23 a 39).

¹⁸ VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**, p. 47.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 12. ed. Brasília: UnB, 2004, p. 25.

taxativo e fechado, mas, sim, passível de alteração e ampliação à medida das necessidades dos novos tempos. Fenômeno semelhante ocorre com o conceito de Cidadania.

A alteração das características da sociedade e do próprio Estado ensejam uma readaptação do conceito, que, assim como os próprios Direitos do Homem, também pode renovar-se. Arnaud²⁰ explica que a sociedade civil organizada e identificada como um todo é composta por cidadãos que distinguem-se de um grupo para outro, de uma cultura para outra, transcendem as fronteiras dos países e fomentam uma “vizinhança global”. Com estas alterações sociais e os encurtamentos de distâncias, fomenta-se uma Cidadania em um âmbito que vai além do local, atingindo mais de um território ou Estado. Estas são as características destes dias, e que já não é mais possível ignorar. Nessa linha de pensamento Pérez Luño²¹, leciona que:

Las nuevas condiciones de ejercicio de los derechos humanos han determinados una nueva forma de ser ciudadano em el Estado de Derecho de las sociedades tecnológicas, del mismo modo que el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho configuro también formas diferentes de ejercitar la ciudadanía.

Percebe-se que esse autor aposta no surgimento de um novo Estado de Direito, com novas formas de exercer a Cidadania e que caracterizará as relações entre Estado e Cidadão²² no século XXI, o que aos poucos já vem se configurando.

Os direitos de Cidadania devem ser universais, garantidos por lei e estendidos a todos que afirmem igualdade e equilibre direitos e deveres, dentro de determinados limites. A Cidadania é um conjunto de práticas que definem a pessoa como membro da sociedade²³, que nestes dias é uma sociedade cada vez mais transnacionalizada.

Esta renovação do conceito de cidadania ocorre, pois hoje os cidadãos do mundo todo estão mais próximos. Todos podem sentir-se cidadãos integrantes do mundo. A ideia de Cidadania ainda está adstrita a exercer direitos e deveres dentro de limites territoriais, mas é certo que isso já está e tende cada vez mais a relativizar-se.

Sobre o tema, Mazzuoli²⁴ menciona que:

²⁰ ARNAUD, André-Jean. Governar Sem Fronteiras. **Entre globalização e pós globalização**. Crítica da Razão Jurídica. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007, p. 235.

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**. In: Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, num 25, 2002, p. 35.

²² Explica-se que, quando aparecer no texto as expressões Estado e Cidadão, ambas aparecerão com letra maiúscula para demonstrar que ambas estão na mesma situação de Poder.

²³ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**.

²⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida**

A cidadania é um processo em constante construção, que teve origem, historicamente, com o surgimento dos direitos civis, no decorrer do século XVIII – chamado Século das Luzes –, sob a forma de direitos de liberdade, mais precisamente, a liberdade de ir e vir, de pensamento, de religião, de reunião, pessoal e econômica, rompendo-se com o feudalismo medieval na busca da participação na sociedade. A concepção moderna de cidadania surge, então, quando ocorre a ruptura com o *ancien régime* absolutista, em virtude de ser ela incompatível com os privilégios mantidos pelas classes dominantes, passando o ser humano a deter o *status* de “cidadão”, tendo asseguradas, por um rol mínimo de normas jurídicas, a liberdade e a igualdade, contra qualquer atuação arbitrária do então Estado-coator.

Sob esta perspectiva, a Cidadania precisa ser entendida como uma maneira de incorporar indivíduos e grupos ao contexto social e não mais apenas como um conjunto de direitos formais, em que seu exercício limita-se ao Estado-Nação.

2. CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

O ambiente democrático é capaz de fornecer uma estrutura na qual a realização da Soberania popular seja efetiva. Os Direitos Fundamentais – na sua diversificação – confrontam os abusos na relação entre Cidadão e Estado. Esse fenômeno é resultado da disseminação dos Direitos Humanos ao redor do mundo, especialmente após a Declaração Universal de 1948. Consolidou-se os Direitos e garantias Fundamentais mínimas, na ordem externa e interna, pela constitucionalização dos Estados.

A República Moderna não inventou o conceito de cidadania, que, na verdade, se origina na República Antiga. A cidadania em Roma, por exemplo, é um estatuto unitário pelo qual todos os cidadãos são iguais em direitos. Direitos de estado civil, de residência, de sufrágio, de matrimônio, de herança, de acesso à justiça, enfim, todos os direitos individuais que permitem acesso ao direito civil. Ser cidadão é, portanto, ser membro de pleno direito da cidade, seus direitos civis são plenamente direitos individuais. Mas ser cidadão é também ter acesso à decisão política, ser um possível governante, um homem político. Esse tem direito não apenas a eleger representantes, mas a participar diretamente na condução dos negócios da cidade.²⁵

Em terras brasileiras, estes direitos e garantias foram implementados em 1988, período marcado pela democratização do país e pela promulgação da Constituição Federal. Essa nova perspectiva em relação aos direitos dos cidadãos resultou em uma nova concepção de Cidadania, Democracia e exercício dos direitos, diante de uma emancipação humana no exercício das ações participativas da vida privada e, também, da comunidade. As relações entre o indivíduo e o

pela Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 05 jan. 2008.

²⁵ VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 27.

Estado são reguladas pelas normas jurídicas e o papel exercido pelo Direito merece destaque. Permite que as regras do jogo sejam delimitadas, no tocante aos direitos e aos deveres do cidadão, viabilizando a participação democrática nas esferas de poder.

O conceito de cidadania, configurado no âmbito do saber jurídico-constitucional dominante no Brasil, frequentemente peca pela limitação, posto estar calcado em concepções nitidamente liberais, embevecidas na ideia de democracia formal representativa, que o vinculam à nacionalidade, restringindo o seu exercício ao direito de votar e ser votado e à faculdade de ocupar cargos públicos. No entanto, a práxis da cidadania não se limita ao instante periódico do voto, ela está profundamente vinculada à concretização dos direitos fundamentais e ao exercício democrático.²⁶

Ainda hoje, existem concepções que entendem como o conceito de Cidadania é reduzido ao exercício dos direitos políticos dos indivíduos. Ocorre que a Cidadania não está condicionada apenas à essa situação. Embora este seja o pensamento de muitos autores²⁷, essa concepção está redimensionada, pelo fenômeno da globalização²⁸ e da transnacionalidade²⁹.

As reflexões produzidas denotam que a Cidadania é um conceito passível de ampliação devido à passagem do tempo e também aos acontecimentos históricos decorrentes do processo civilizatório. A partir da ampliação do conceito de Cidadania e sua relação com os direitos humanos, restrições não vingam. A ideia de Cidadania é uma ideia que se refere aos Direitos Humanos, uma vez que sua história e se confunde com a história de lutas e de libertação do

²⁶ MELO, Milena Petters. **Cidadania e direitos humanos: uma nova praxis a partir da ordem constitucional de 1988**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: junho, 1999, p. 78.

²⁷ A citar Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que conceitua a cidadania como um estágio acrescido de direitos políticos, ou seja, o poder de participar do processo governamental, sobretudo pelo voto. Tomando como base esse conceito, entende-se que a cidadania tem por conteúdo a nacionalidade, somada ao gozo dos direitos políticos (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: 1983, p. 105),

²⁸ Globalização, nas palavras de GRASSO (GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 111) se refere à “expansión creciente de las actividades de la economía, producción, circulación, cambio y consumo de cosas, más allá de los confines territoriales y los vínculos del derecho positivo de los Estados”. Em um sentido amplo, segundo Márcia Nina Bernandres (Globalização. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 380), a globalização significa de maneira geral que todas as definições aludem à compressão tempo-espço e à crescente interdependência entre nações e sociedades em um mundo cada vez menor. A interdependência global traduz-se na forma de intensos fluxos de capital, bens, informações e pessoas. A globalização deve ser entendida que preditas mudanças não se restringem unicamente à circulação de capital, mas repercute em outras esferas da vida social. Neste sentido, Eli Diniz ((Org.). **Globalização, Estado e desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 24-25), infere que os equívocos mais correntes, situam-se a visão da globalização como um processo de natureza exclusivamente econômica, impulsionado por forças de mercado e mudanças tecnológicas autônomas. Trata-se, certamente, de uma simplificação, pois o processo de globalização, como foi ressaltado anteriormente, é essencialmente um fenômeno multidimensional. Consenso, no entanto, é que a globalização se apresenta como um fenômeno de caráter irreversível, que não pode ser parado.

²⁹ “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” (STELZER. Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. **Direito e Transnacionalidade**. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011, p. 21).

Homem. Sobre o tema, salienta-se:

Esse caráter pluralista da construção de um novo conceito de cidadania, pautado na efetivação dos direitos humanos, encontra na sociedade contemporânea, mormente na brasileira, quicá por seu caráter semiperiférico, materialização através de inúmeras formas de organizações, mobilização e luta política.³⁰

Considera-se a relação jurídica entre o indivíduo e o Estado, bem como a existência de direitos e dever, como uma via de mão dupla capaz de assegurar os direitos e garantias dos cidadãos desde que estes também cumpram com seu dever de Cidadania.

Sob esse argumento, a Constituição Federal de 1988 consagra, em vários de seus dispositivos, a exemplo dos arts. 68, § 1.º, II; 22, XIII, e 5.º, LXXIII, os elementos “Cidadania” e “Cidadão”. Essas categorias são entendidas como a consciência de participação dos indivíduos na vida da sociedade e nos negócios que envolvem o âmbito do Estado. Os indivíduos devem participar, em igualdade de direitos e obrigações, da construção da convivência coletiva, com base num sentimento ético comum capaz de torná-los partícipes no processo do poder e garantir-lhes o acesso ao espaço público. Sobre o tema, Farias e Aquino³¹ enfatizam que:

A criação de um *status* político, jurídico e social direcionado para um grupo de pessoas, aos poucos, perde seu significado diante dos movimentos sociais os quais reivindicam maior grau de proximidade entre todos. A nacionalidade determina segregação e, muitas vezes, a incapacidade de reconhecer o Outro como semelhante. Privilegia-se, por meio da Cidadania e nacionalidade, uma postura exagerada do ego coletivo. Cria-se uma atitude fundamentada no egocentrismo.

Muito mais do que já exposto até aqui, a Cidadania não significa mais apenas a participação e a identidade, mas um conceito mais complexo que envolve o “acesso a direitos garantidos por instituições locais, nacionais ou transnacionais”³².

Sob esta ótica, o caráter transnacional da Cidadania precisa ser aprofundado, diante dos fenômenos do mundo moderno e das relações interpessoais. A mobilidade humana³³, por

³⁰ CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002, p. 45.

³¹ FARIAS, Dóris Ghilardi; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino. **O Devir da Cidadania Mundial e sua Engenharia Social no Século XXI: Reflexões**. Cadernos Zygmunt Bauman. Vol.3. Num.5.2013. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1696/1348>>. Acesso em 02/12/2014, p. 19.

³² VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**, p. 48.

³³ Para melhor entendimento sobre o tema, faz-se necessário a conceituação desse fenômeno. Segundo SANTOS (1994, p. 6) pode ser definida como o “movimento da população pelo espaço”. As motivações e seus significados variam tanto no tempo como no espaço, devido às transformações econômicas, sociais e políticas. Assim, migração é um fenômeno histórico e social, pois o que leva as pessoas a migrarem são as condições de cada momento histórico. No Brasil os vetores migratórios vêm se manifestando desde o período colonial, mas teve sua intensificação no início do século XX, foram as grandes metrópoles (São Paulo, Rio de Janeiro e Campinas) os principais vetores das migrações internas, principalmente com o declínio econômico do Nordeste e a industrialização da economia cafeeira da região Sudeste. Porém o que se observa segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) é que esse vetor começou a diminuir a partir da década de 1980: “[...] o número de pessoas saindo do Nordeste rumo ao Sudeste foi, pela primeira vez, menor do que o do sentido contrário. Essa tendência repetiu-se anualmente até 2008.

exemplo, é uma realidade e ocorre em larga escala, com processos de migração potencializados, pela pobreza, desemprego, desastres ambientais, etc.

A perspectiva da migração enseja cuidado e deve ser objeto de atenção, visto que ocorre com cada vez mais frequência. Para muito além de circulação de pessoas em blocos econômicos, os fluxos já ocorrem de um continente para outro, por diversos motivos. O indivíduo precisa ser contextualizado como cidadão, passível de direitos e deveres, ou seja, não ser alvo de discriminação e exclusão³⁴.

O significado da Cidadania deve, portanto, garantir o direito à diversidade e ao pluralismo social. Com esta revitalização do conceito de Cidadania, esta passa a ser uma categoria mais aberta, que exige para sua realização, muito mais do que respeito aos direitos formais limitados ao Estado-nação³⁵. Outro fator que influencia de forma direta na transformação do conceito de Cidadania é a evolução do desenvolvimento tecnológico da sociedade. Com a aproximação gerada pelo ciberespaço, o indivíduo muitas vezes já não se sente apenas vinculado a um Estado. Torna-se bem mais fácil perceber o quanto uma pessoa pode ter características ou afinidades comuns aos demais indivíduos de outros locais.

Os costumes de cada comunidade ou local ‘invadem’ a vida dos demais seres, causam identificações, que as pessoas não sentem em relação ao Estado territorial ao qual pertencem.

Essa transformação explica-se pelo fato de o Nordeste vir apresentando novos índices de recuperação econômica e de industrialização. Além disso, a oferta de empregos no setor industrial do Sudeste vem diminuindo graças à migração de indústrias para o interior do território brasileiro (desconcentração industrial) e pelo fato de o setor secundário oferecer menos empregos em razão do crescente processo de implementação de novas tecnologias no campo produtivo” (PENA, Rodolfo F. Alves. Migrações Internas no Brasil. Disponível em: <http://www.mundoeducacao.com/geografia/migracoes-internas-no-brasil.htm>. Acesso em 5 de dezembro de 2014). As razões que levam as pessoas a migrarem são as mais variadas, mas a principal delas é econômica – a busca por melhores condições de vida e trabalho, porém as pessoas migram também para escapar de perseguição religiosa ou política, guerras ou de calamidades naturais, como terremotos, secas e epidemias. Contudo, “tais processos de deslocamentos humanos trouxeram consequências graves, como o êxodo rural, o aumento dos trabalhadores urbanos, a urbanização da população brasileira e algumas concentrações populacionais principalmente no sudeste o que causou o processo de metropolização em São Paulo e no Rio de Janeiro. Esse processo de metropolização também ocasionou a favelização de algumas regiões, devido à falta de políticas públicas que impedissem as pessoas de se instalarem naqueles locais e o despreparo na promoção do direito a moradia, que hoje se encontra previsto como direito fundamental social no artigo 6º. da Constituição Federal. Além disso, os impactos também são percebidos nas relações de trabalho, que muitas vezes devido às fragilidades e as vulnerabilidades dessas pessoas, são submetidas à informalidade ficando desprovidos de seus direitos trabalhistas bem como previdenciários, resultando na exploração da mão de obra barata e até escravista, afrontando assim o princípio da dignidade da pessoa humana” (SANTOS, Regina Bega. Migração no Brasil. São Paulo: Scipione, 1994, p. 7).

³⁴ O processo civilizatório permitiu que mulheres e analfabetos, por exemplo, passassem à exercer a Cidadania, alargando seu conceito, com a possibilidade de ampliado votar e serem votados como representantes eleitos. Essa transformação do processo democrático e da importância concedida ao poder soberano do povo, abrangendo todos os cidadãos, não era observada na *pólis* grega e na Revolução Francesa, por exemplo.

³⁵ Quando se analisa o conceito de Cidadania, no contexto da Idade Moderna e, mais precisamente em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, destaca-se que o homem é protegido amplamente, no tocante aos direitos naturais, seja qual for sua nacionalidade. Contudo, há uma limitação no respeito à nacionalidade, pois os direitos políticos são reservados exclusivamente aos nacionais. Um novo conceito de Cidadania, porém, abrange o aspecto nacional, mas também o universal do homem.

Muitos sentem-se cidadãos do mundo. Esta globalização gera tal complexidade³⁶, e como o Direito é um fenômeno de regulação social, deve ele estar atento ao que envolve a completude e implicações do conceito de Cidadania.

É importante mencionar que as reflexões feitas até aqui não são um tema novo. A Cidadania, para além do vínculo entre Estado e Cidadão e dos Direitos Políticos, é um fundamento que precisa ser revistado, considerando seu caráter transnacional e que ultrapassa os limites fronteiriços. Muitas são as possibilidades de viabilização de um novo modelo de Cidadania, desde que haja um espaço que possibilite o processo democrático, como direitos dos cidadãos participarem nos rumos do Estado em que vivem, ainda que não seja um cidadão nato.

Sob este ângulo, asilados, imigrantes e refugiados se inserem nessa ampliação do conceito de Cidadania e fomentam vínculos de responsabilidade com as outras pessoas consideradas como sujeitos de direitos. Os direitos civis e políticos e, ainda, a possibilidade de participação no jogo democrático são os fundamentos que caracterizam a clássica noção liberal de Cidadania. Entretanto, é preciso uma reflexão acerca de iniciativas de Cidadania que vão além do conceito tradicional e que denotem uma configuração moderna, de acordo com a realidade do corpo social.

Observa-se como a Cidadania agrega novas possibilidades e figura como o modelo transnacional mais coerente, capaz de responder aos novos desafios do século XXI. Esse é o ponto fulcral deste estudo, pois se redimensionando o conceito de Cidadania, é possível desenvolver uma categoria ativa, sem opacidade, onde seja possível a inclusão e a participação.

Os Direitos Humanos Fundamentais são respeitados, seja qual for a origem do sujeito. Além disso, fomenta-se ao reconhecimento do eu com o Outro e não discriminação dos que não partilham das mesmas vivências, experiências ou aspirações em relação ao futuro da Sociedade, mas devem ser considerados como sujeitos de direitos e respeitadas a sua individualidade, cultura, noção de vida boa, entre outros.

Houve um avanço na transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, que surgiu para superar as desigualdades sociais e a existência de um patamar mínimo de igualdade e de condições digna de vida, com caráter normativo e coercitivo que atinja à todos os sujeitos, de

³⁶ A globalização que o mundo vive não é um fenômeno novo. Mas é ao longo dos anos noventa que este processo de internacionalização obteve uma nova dimensão. As fronteiras físicas e simbólicas que delimitavam o espaço de dominação e influência dos Estados tornaram-se porosas e estes já não são mais capazes de controlar tudo o que controlava antes. A globalização ainda é reforçada por meios da sociedade da informação que traz uma realidade de proximidade planetária. Esta globalização traz muitos benefícios, mas também apresenta um desafio redobrado aos Estados e ao Direito, que deve avaliar questões como as que tratam da soberania, por exemplo.

forma impessoal. A tradicional forma de ligação do indivíduo com o Estado passou a ser determinada pela nacionalidade e pela Cidadania.

Desta era denominada (precariamente) como Pós Modernidade³⁷, novos contornos são adquiridos e questionar o conceito liberal de Cidadania não é enfraquecer seu significado, mas, sim, reconhecer que a Sociedade na Pós Modernidade clama por vínculos que se ampliam para fora das fronteiras estabelecidas e pelas categorias clássicas – como direitos políticos que garantem participação dos populares nos desígnios do Estado, concretizando a Democracia num ambiente cada vez mais diversificado e transnacional.

Esse redimensionamento enseja participação dos sujeitos nos processos jurídicos e políticos do Estado, definindo os rumos da vida pública em um espaço democrático por excelência. Atualmente, não é possível conceber vínculos estreitos e limitados entre Estado e Sujeito. A dinâmica social engloba uma rede mundial, sendo que o fenômeno da transnacionalidade é uma realidade que enseja novos rumos, vivências e experiências no sentido de integrar as pessoas ao local onde vivem e ao ente estatal a qual pertencem.

As facilidades trazidas pelos novos critérios de civilidade estão refletidas nas comunicações, nas relações virtuais, nos negócios, nos transportes e no fenômeno - cada vez mais crescente – da mobilidade humana. Os sujeitos estabelecem prioridades e modos de vida que precisam ser considerados e as vontades e necessidades vão, muitas vezes, além das fronteiras do Estado Nação. Não se pode restringir liberdades, a circulação e o trânsito de pessoas. Se, nesse contexto, o conceito de Cidadania é restringido, está-se claramente diante da restrição de Direitos Fundamentais a qual não se admite em espaços democráticos.

Destaca-se que o Estado de Direito é o espaço por excelência onde a Democracia e os direitos fundamentais podem ser vivenciados. A Cidadania tem por escopo a participação política ativa em um Estado Democrático de Direito que respeita, tutela e corrobora os direitos fundamentais, sendo que, na atualidade, seu conceito precisa ser alargado.

Essa vinculação clássica e liberal da Cidadania existe e é uma realidade, mas, para além destes contornos, surge uma Cidadania ampliada e transnacional precisa ser considerada, sem

³⁷ “Apesar de toda a problemática que envolve a afirmação desta expressão, “pós modernidade” parece ter ganho maior alento nos vocabulários filosóficos (Lyotard, Habermas, Beck) e sociológico (Bauman, Boaventura de Souza Santos) contemporâneos, e ter entrado definitivamente para a linguagem corrente. O curioso é perceber que é esta já a primeira características da pós modernidade: a incapacidade de gerar consensos” (BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p.105).

restrições, como, por exemplo, a ideia de pertencimento à um Estado. Nessa linha de pensamento, quem se movimenta nos espaços mundiais e não se pode admitir restrição de direitos – e nem de deveres – neste contexto.

Para Perez Luño³⁸, a Cidadania pode ser vista à partir de dois aspectos: o pressuposto ideológico se fundamenta pela a tradição nacionalista herderiana e o ideal político do conceito está formulado pelo pensamento liberal que tem como antecedente o humanismo cosmopolita kantiano. Os dois modelos são contrapostos: enquanto um denota autonomia, dignidade e a não instrumentalização dos homens livres, o outro, de tradição nacionalista, denota a nação ou povo como entidade coletiva natural, dotada de espírito próprio que, nas palavras de Perez Luño³⁹, “[...] cifrado em esencias irracionales que trascienden los derechos de seus componentes”.

Uma percepção mais ampliada do conceito de Cidadania é o elemento chave desta pesquisa. Trata-se de um conceito contemporâneo mas que já é sustentado por Perez Luño há algum tempo⁴⁰. Segundo esse autor, a partir dos conceitos de Thomas Marshall, pode ser considerado “[...] o conjunto de todos os direitos fundamentais, que vai além dos civis e políticos, mas que engloba também os direitos econômicos, sociais e culturais”⁴¹. Considera ainda que:

En estas versiones, de inequívoca impronta cosmopolita ligadas al proyecto humanista de lamodernidad, se proyecta un modelo de ciudadanía que haga posible una *universales civitatis* en la que se consagre plenamente el auspiciado *status mundiales hominis*.⁴²

Neste ponto, Pérez Luño⁴³ posiciona-se como defensor desta definição de Cidadania no plano jurídico constitucional. A Cidadania figura como caráter público, indo além da participação do indivíduo na busca de um futuro comum e nos rumos políticos do Estado, mas, sim, converge em direitos e deveres que atingem toda a coletividade. Sob semelhante argumento, Barreto⁴⁴ explica que:

A cidadania está intimamente vinculada ao processo em devir dos Direitos Humanos que consolidou a sociedade na modernidade. O conceito de cidadania surgiu ligado a um ente estatal no século XVIII; seu exercício e realização se fizeram sob a tutela do Estado nacional. Porém, considerando a atual forma de sociedade, a cidadania afirma-se pelo envolvimento do cidadão nos movimentos

³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**, p. 179.

³⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**, p. 179.

⁴⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**.

⁴¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**, p. 179.

⁴² PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**, p. 179.

⁴³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**.

⁴⁴ BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Diccionario de filosofia política**, p. 96.

sociais, nos mais diversos, no âmbito da emergente sociedade civil e esfera pública transnacional que se vai construindo no mundo globalizado”.

Trata-se de uma dimensão política e jurídica diferenciada. É necessário esclarecer e analisar um conceito de Cidadania que vá além do modelo pré- estabelecido, de caráter unicamente político nos contornos do pacto social.

3. ASPECTOS RELEVANTES DA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: POSSIBILIDADES NO TOCANTE À CIDADANIA

Nesta etapa do estudo, comenta-se a respeito das transformações sociais, para que, no próximo item, seja possível perceber qual sua influência para a ampliação do conceito de Cidadania.

O conceito de Cidadania em sua acepção mais moderna é oriundo do surgimento do Estado Liberal⁴⁵. Essa situação foi redimensionada com o passar dos tempos. Por esse motivo, torna-se importante situar o período histórico vivido: a pós-modernidade.

Bittar percebe que a introdução deste novo período ocorreu com a contribuição dos acontecimentos de 1968⁴⁶. O citado autor explica que maio de 1968 representou uma quebra de padrões comportamentais, sexuais, conquista de liberdades políticas, reconhecimento de

⁴⁵ “O estado liberal é o estado que permitiu a perda do monopólio do poder ideológico, através da concessão dos direitos civis, entre os quais sobretudo do direito à liberdade religiosa e de opinião política, e a perda do monopólio do poder econômico, através da concessão da liberdade econômica; terminou por conservar unicamente o monopólio da força legítima, cujo exercício porém está limitado pelo reconhecimento dos direitos do homem e pelos vários vínculos jurídicos que dão origem à figura histórica do estado de direito. Através do monopólio da força legítima — legítima porque regulada pelas leis (trata-se do estado racional- legal descrito por Max Weber) —, o estado deve assegurar a livre circulação das idéias, e portanto o fim do estado confessional e de toda forma de ortodoxia, e a livre circulação dos bens, e portanto o fim da ingerência do estado na economia. Característica da doutrina liberal econômico-política é uma concepção negativa do estado, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais, e por contraste uma concepção positiva do não-estado, entendido como a esfera das relações nas quais o indivíduo em relação com os outros indivíduos forma, explícita e aperfeiçoa a própria personalidade” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo velho e novo*. In: BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de M.A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 107).

⁴⁶ Os acontecimentos vividos em maio de 1968 são muito importantes para a história da humanidade bem como para o Direito, pois trouxeram muitas transformações e deram o passo inicial aquilo que seria o período da pós-modernidade. O Direito não pode ignorar esta data. O movimento estudantil nascido em 68 culminou em um movimento social que trouxe muitas mudanças a própria concepção de mundo e inaugurou um novo período vivido pela humanidade ao longo de sua história. Esta foi a grande revolução do final do século XX e inaugurou o período da pós-modernidade. Neste movimento o uso da força fora invocado contra o movimento sob o fundamento de retomada da ordem, afinal o capitalismo deveria continuar seguindo em direção ao futuro. O movimento fora importante, pois demonstrou a preocupação e a vontade coletiva de buscar uma transformação do amanhã. Embora o movimento de 68 não tenha levado a se consolidar uma revolução política, o que ocorreu fora uma revolução cultural. Maio de 1968 representou uma quebra de padrões comportamentais, sexuais, conquista de liberdades políticas, reconhecimento de diferenças e direitos das minorias – ocorrendo então uma redefinição do papel da moral na direção do pluralismo ético (BITTAR, Eduardo C. B. Maio de 68, após 40 anos, e constituição de 1988, após 20 anos: um balanço no cruzamento de conquistas históricas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, jan./dez. 2008. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67805/70413>>. Acesso em: 22 dez 2014, p. 272).

diferenças e direitos das minorias – ocorrendo então uma redefinição do papel da moral na direção do pluralismo ético e, muitos dos frutos desta revolução incentivaram e contribuíram para a redação da Constituição Federal de 1988.

A Pós-Modernidade é constatada a partir de mudanças da Cultura, Filosofia, Sociologia, Tecnologia, relações sociais e mercantis, entre outras. Para sua instituição observa-se um período de transição de valores, de hábitos sociais dentre tantas outras situações.

Sobre este período histórico, é importante mencionar que não há uma data precisa em que teve seu início. No entanto, sabe-se que ocorre num contexto de revolução e da necessidade de revisão do paradigma da modernidade⁴⁷. Este se trata de um período de transição, incertezas, instabilidades, complexidades⁴⁸.

Sob esse argumento, observa-se maior liberdade de expressão e busca por reconhecimento. As relações humanas e o espaço público adquirem características diferentes e que refletem nas concepções sobre Cidadania, democracia e no próprio Direito. Ainda, trata-se de um momento de desenvolvimento de tecnologias e, portanto, mudança de concepções e modos de agir e enfrentar determinados temas. Isso reflete no modo de ser do humano.

O papel exercido pela Internet, por exemplo, é relevante neste contexto, pois com seu advento, a sociedade de informação é uma realidade⁴⁹. Tudo parece estar mais rápido⁵⁰, próximo, acessível. Neste sentido, Lemos e Lévy⁵¹ (2010) explicam que as ferramentas da comunicação

⁴⁷ A modernidade fora um período histórico em que muito se progrediu em termos de desenvolvimento de técnicas e instrumentos para melhorar a vida humana. Mas junto a isso trouxe consigo uma alta exploração de recursos naturais e humanos que acabou demonstrando a necessidade de uma maior conscientização humana de que suas ações, se não bem planejadas poder gerar efeitos perversos à vida.

⁴⁸ BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)*, p. 168.

⁴⁹ Ignacy Sachs (**Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado**. São Paulo: Garamond, 2006) reitera que a maioria pobre está excluída do processo de desenvolvimento. Isso é fato. Por isso esta sociedade da informação deve preocupar-se com a inclusão de todos nestas possibilidades de ampliação de espaço público e exercício da cidadania. Aqueles que não possuem condições de ter o acesso amplo aos meios virtuais, devem ter esses meios providos por espaços disponibilizados pelo Estado para que não sofram exclusão a este acesso, já que, como cidadãos, detém direitos, que incluem o direito a igualdade, neste caso, igualdade de acesso aos meios necessários para a nova característica democrática de exercer cidadania.

⁵⁰ Zygmunt Bauman entende que esta sociedade atual pode ser descrita como a sociedade líquido-moderna. Para este autor essa sociedade “é uma sociedade em que as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir. A liquidez da vida e a da sociedade se alimentam e se revigoram mutuamente. A vida líquida, assim como a sociedade líquido-moderna, não pode manter a forma ou permanecer por muito tempo” (**A ética é possível em um mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 7). Ainda acrescenta que a vida vivida nesta sociedade atual demonstra ser uma vida precária vivenciada em condições de incerteza constante. Segundo ele, “as preocupações mais intensas e obstinadas que assombam esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás” (**A ética é possível em um mundo de consumidores?**, p. 8). Assim, sob estas características, o ser humano não pode deixar sua vida parada. Ele precisa modernizar-se, adaptar-se às mudanças constantes sob a pena de perecer.

⁵¹ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*.

fazem com que as questões locais possam ser vistas a nível planetário. Trata-se de uma nova dimensão política, a era da intercomunicação. Novos formatos estão se configurando e participar da vida pública tem sido mais fácil a partir dos benefícios eletrônicos.

O período vivido representa um momento de modificações na questão do espaço público, aliado a um momento de inovações tecnológicas e busca por reconhecimento e pela realização de direitos. O espaço público é estendido, pois as relações ampliam-se.

Lemos e Lévy entendem que a informação, comunicação, as redes sociais e a globalização desenham uma nova direção política. Aponta-se para uma maior informatização do mundo, construindo um novo espaço com maior liberdade e responsabilidades dos cidadãos, ou seja, esta evolução traz o aperfeiçoamento da inteligência coletiva e a democracia traduz esta inteligência em política, enquanto que a Cidadania a traduz numa maior capacidade de informação e responsabilidade de participação na vida social.

No entanto, ao mesmo tempo em que há uma maior conscientização a respeito do papel de cada um na Sociedade, essa apresenta inconstâncias, característica dos dias atuais. O que ocorre é que neste mundo confuso e turbulento, as pessoas não demonstram mais paciência para enfrentar situações complexas e buscam a comodidade das compras, informações e comunicações pela tela de um computador ou celular, haja vista que hoje é possível estar conectado em praticamente qualquer local do mundo.

Essa comodidade, proporcionada pela evolução tecnológica e conseqüente globalização, gera sentimentos de bem-estar, mas também acaba demonstrando a fluidez das relações humanas. A fugacidade e a rapidez das relações pós-modernas parecem criar um ambiente à descartabilidade e rapidez das mudanças éticas⁵².

Nesse período da Pós-Modernidade, as características demonstram a fluidez das relações humanas. A rede mundial de computadores certamente impulsionou um panorama diferenciado de informação, comunicação e liberdade de expressão ao noticiar qualquer fato que anteriormente eram especialidade das mídias massivas. Aproxima pessoas que estão distantes, mas junto com isso, de certa forma, proporciona um distanciamento entre pessoas que poderiam estar mais próximas fisicamente. Há um novo modelo de se relacionar, comunicar-se, entreter-se, informar-se. Observa-se que o espaço público, bem como o exercício participativo, alteram a sua

⁵² BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)*, p. 154.

configuração de presencial para virtual.

O conforto da vida virtual tem transformado a vida das pessoas. Esta sensação de insegurança, característica da Pós-Modernidade, pode ser vista frequentemente no mundo globalizado e virtual. No entanto, se as pessoas souberem utilizar-se destes meios, sua vida pode ser facilitada e locais seguros para informações podem ser encontrados.

Diante desses argumentos, evidente que a Sociedade, o Estado, o Direito transformam-se segundo cada momento histórico vivenciado. Por esse motivo, o contexto do exercício da Cidadania de transforma. De fato, o conceito tradicional de Cidadania, bem como as transformações sociais que impulsionam uma nova visão do “ser cidadão” já foram exploradas. Trata-se de um momento histórico peculiar, de revisão de conceitos tradicionais. Portanto, é neste sentido que o exercício da Cidadania deve ser analisado, haja vista a complexidade e amplitude deste conceito no contexto social atual.

4. CIDADANIA TRANSNACIONAL: POSSIBILIDADE E NECESSIDADE DOS NOVOS TEMPOS

As reflexões compostas até aqui comprovam a necessidade de uma revisão do conceito de Cidadania. No cotejo entre Estado Liberal e Estado Nacional, o cidadão nacional, no primeiro modelo, é sujeito de direitos e essa condição denota liberdade, autonomia e participação nos rumos políticos do Estado. Sob o tema, Perez Luño⁵³ considera que:

[...] a união entre cidadania e nacionalidade não se deu de modo pacífico: Estado liberal e Estado-nacional possuem conceitos distintos e contrapostos de nação. O nacionalismo leva a uma exaltação de características específicas identitárias nacionais, postuladas como uma ideologia ou cosmovisão política, o que é incompatível com o liberalismo.

No Estado liberal, a premissa maior é a de que os direitos civis e políticos são o ponto de partida, bem como os direitos sociais. Estes concretizam os ideais democráticos e são reconhecidos na relação entre o Estado e o cidadão. O cidadão tem o direito de participar das tomadas de decisões e escolhas sobre as determinações à cerca do Estado e Sociedade, corroborando o ideal grego de Democracia. O Estado Liberal, embora tenha reconhecido essas liberdades, transformou-se em Estado de Direito, capaz de promover o bem estar dos cidadãos e de concretizar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

⁵³ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**, p. 195.

Nesse ponto, a reflexão atual diz respeito às falhas ocorridas neste modelo de organização política e social, pois o Estado não consegue abarcar os direitos das pessoas. À nível de Brasil, embora o papel do Estado seja garantir a igualdade material dos cidadãos, conforme disposições constitucionais, esta não está sendo concretizada. O bem estar social passou a ser discurso e não compromisso, resultando em uma crise estatal nas esferas sociais, políticas, jurídicas, entre outros.

O conceito moderno de Cidadania, no entanto, remete à nacionalidade da pessoa, sendo que, no Estado Liberal, ser cidadão é ser nacional de um Estado. Contudo, vive-se num novo tempo e um novo contexto social, com inúmeras facetas e possibilidade, já visualizadas no capítulo anterior dessa pesquisa.

O fenômeno da transnacionalidade e da globalização são exemplos das novas realidades vivenciadas neste século. As consequências destes novos modelos são inúmeras, especialmente nos diversos modos de ser e estar cidadão no mundo. O avanço tecnológico possibilitou maior mobilidade, autonomia, integração entre as pessoas e os países e a Internet foi elemento chave nesse processo.

Por meio desse instrumento, a atuação e as possibilidades dos cidadãos foi se ampliando de modo que hoje, falar em cidadania, na acepção política, nem sempre denota uma identificação nacional. As possibilidades são muitas, considerando a liberdade do indivíduo, capaz de migrar, de escolher viver em outros locais, aumentando os fluxos migratórios que hoje são uma realidade em diversos pontos do mundo, trazendo á tona preocupações e desafios no tocante a questão dos refugiados, por exemplo, e os que migram em razão das condições climáticas. Além desses fatores, a Sociedade contemporânea é multicultural, de infinitas possibilidades e é positivo que seja assim:

Numa sociedade pluralista, a constituição expressa um consenso formal. Os cidadãos querem regular a sua convivência de acordo com os princípios que podem encontrar o assentimento fundamentado de todos [...] Cada homem e cada mulher deve ser alvo de um tríplice reconhecimento, ou seja, devem encontrar igual proteção e igual respeito em sua integridade: enquanto indivíduos insubstituíveis, enquanto membros de um grupo étnico ou cultural e enquanto cidadãos, ou membros de uma comunidade política⁵⁴.

Assim como muitas transformações contribuíram para a formação do panorama social atual, o papel do cidadão também modificou-se. Embora as atribuições do cidadão estejam

⁵⁴ HABERMAS, J. **Cidadania e identidade nacional** (1990). In: _____. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II, p. 284-285.

intimamente ligadas ao seu vínculo com o Estado, novas perspectivas precisam ser consideradas. Com a acessibilidade, a tecnologia, a Internet e a ampliação dos espaços, é preciso chamar a atenção para uma atuação do cidadão para além dos limites territoriais do Estado-Nação.

Contudo, tensões sociais precisam ser superadas para que haja a concretização dos fundamentos democráticos. Nesta perspectiva, não há que se falar em Cidadania Transnacional se não forem apartados os interesses pessoais do cidadão, vinculados com os direitos civis e políticos. É preciso articular novas condições pra que este novo modelo de Cidadania se configure, considerando elementos como pertencimento, inclusão do outro, vínculo antropológico comum, dentro outros.

O cidadão deixou de pertencer à este ou aquele espaço, mas sim, faz parte de um todo muito maior, um lar compartilhado entre seres humanos e Natureza chamado Planeta Terra. Como o Estado Moderno possui uma forma de vida social e política diferenciada em relação aos conceitos clássicos, jamais imaginadas, novas configurações atingem também as características do Homem e do Cidadão.

El reconocimiento del desdoblamiento político y jurídico del Estado a través de los fenómenos de ‘supraestatalidad’ (supeditación del Estado a organizaciones internacionales) y de ‘infraestatalidad’ (asunción de competencias jurídico-políticas por entes menores que el Estado), invita a admitir esse uso lingüístico multilateral de la idea de ciudadanía⁵⁵.

Existe uma metamorfose silenciosa que ocorre a nível mundial é responsável por partilhar de um vínculo humanitário que precisa ser fortalecido, diante daquilo que Adela Cortina denomina como “cidadãos do mundo”⁵⁶. Estas novas relações vão muito além daqueles com quem possuímos vínculos próximos.

O ideal cosmopolita enseja reconhecimento moral diante da multiculturalidade, de forma a alargar os espaços para diálogos e viabilizar identificações que se concretizam à partir das diferentes culturas e modos de vida. Neste mesmo sentido, acredita-se que “[...] somente uma cidadania democrática que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um status de cidadão do mundo”⁵⁷. A nova configuração de Cidadania proposta nestas linhas chama atenção para que os cidadãos possam compartilhar de um mínimo comum, já que fazem parte de um cenário mundial que enseja ação e participação, e não somente um mero “existir”.

⁵⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**, p. 181.

⁵⁶ CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania**. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo (SP): Edições Loyola, 2005, p. 139.

⁵⁷ HABERMAS, J. **Cidadania e identidade nacional**, p. 304.

Essa condição vai de encontro ao que Cademartori⁵⁸ colaciona sobre o tema:

Se por muito tempo o uso linguístico do termo cidadania fazia referencia a um vínculo único e exclusivo entre o indivíduo e o Estado, nas circunstâncias atuais é possível admitir uma pluralidade de cidadania. Em outros termos, substituir a cidadania unilateral por uma cidadania multilateral.

A Cidadania no modelo aqui proposto remete a valores cívicos ampliados, que convergem para patamares mínimos comuns para a convivência, de forma a viabilizar estratégias políticas-jurídicas em prol do bem comum à nível de mundo, e não somente do Estado-Nação.

Esse novo papel a ser desempenhado pelo cidadão do mundo amplia os valores cívicos a serem concretizados e oportuniza participação no cenário plural, à medida que contribui, ainda, para a formação da identidade individual do sujeito. Ademais, ter direito a participar dos destinos da sociedade significa ter direito à democracia⁵⁹.

Contudo, uma cidadania plena, da forma como está proposta nesta pesquisa, precisa ser capaz de tolerar, respeitar ou integrar as diferentes culturas, proporcionando a inclusão dos membros da sociedade e não elemento que acirra o que é diferenciado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade contemporânea, cada vez mais os conceitos clássicos do Direito estão sendo revisitados e dando espaço aos novos modelos, em virtude das transformações que vem ocorrendo na sociedade e mundo. Com todas estas mudanças, aliadas ao desenvolvimento tecnológico, há o encurtamento de distâncias, sejam elas temporais, geográficas ou culturais.

Diante desta nova realidade, o conceito de cidadania se amplia, de forma a acompanhar a evolução social. A Cidadania refere-se aos direitos e deveres de cada ser humano perante o outro. Não há o que eximir-se desta característica. A participação ativa de um indivíduo perante a sociedade na busca por melhorias demonstra a iniciativa que está dentro de cada um para transformar o espaço público.

Ser cidadão é respeitar e ver respeitado muito mais do que apenas os direitos previstos pela lei. É possuir em si a consciência de seus deveres e sem coação ver respeitado seu espaço. Espaço que hoje encontra-se relativizado. A questão da Cidadania, por muito tempo aproximada

⁵⁸ CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk. Limites e Possibilidades de uma Cidadania Transnacional: uma apreensão histórico-conceitual. In: Cruz, Marcio Paulo; STELZER, Joana (org.). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 143.

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo velho e novo**, p. 118.

com a questão da nacionalidade, não se refere à inserção do indivíduo e seu reconhecimento pelo Estado. O cidadão deve ser assim considerado em qualquer lugar do mundo, tendo em vista a característica universal da pessoa humana. Características de uma sociedade transnacional são observadas.

O Direito deve estar atento a este processo, pois ocorrendo transformações efetivas este deverá enfrentar o tema, que pode provocar muitas mudanças em situações de soberania dos Estados e outras questões que devem exigir uma resposta efetiva do Direito. Como a noção de Cidadania modifica-se, isso também pode ocorrer em relação a outros conceitos ou características estatais ou humanas e o Direito deve incorporar o sentido das transformações para não deixar sem resposta os fenômenos decorrentes de alguma inconsistência gerada neste processo.

A Transnacionalidade é um fenômeno atual e que altera aquilo que fora posto, de forma a redimensionar as relações, o tempo e espaço. O conceito de Cidadania é um dos elementos que sofrem tal modificação. Por também ser um fenômeno social, assim como o Direito, a Cidadania deve ser analisada no contexto histórico atual, em construções que se alteram com a passagem do tempo. Assim, a Cidadania hoje vai muito além do vínculo exclusivo do Estado com seu cidadão. O conceito assume novas dimensões, para além da concepção liberal até pouco tempo conhecida, à medida que a cristalização de novos modelos é uma necessidade dos novos tempos.

O contexto multicultural e plural da sociedade exigem novas posturas, que chamem atenção à uma Cidadania transnacional, multilateral e capaz de agregar o modelo já conhecido. Ou seja: além de ser um vínculo com o Estado-Nação e um direito civil, político e social, abarca também o sentimento de pertença por todos possuírem um vínculo antropológico comum.

Essa configuração contraposta contribui para um Estado transnacional mais sólido e democrático. Embora esse novo modelo encontre barreiras para concretização, é preciso viabilizar essa nova forma de pensamento, com a perspectiva de incluir e reconhecer as pluralidades e as minorias, como expressão máxima da não discriminação e Democracia. Contudo, a modificação do vínculo do cidadão e do Estado de unilateral para multilateral enseja a participação dos “cidadãos do mundo”, se houverem condições como liberdade e igualdade para tal aspiração.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AHLERT, Alvari. **A Eticidade da Educação: o discurso de uma práxis solidária/universal**. 2.ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. São Paulo: Forense Universitária, 1981.

ARNAUD, André-Jean. **Governar Sem Fronteiras. Entre globalização e pós globalização. Crítica da Razão Jurídica**. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2010.

BARROSO, José Durão. **Democracia**. In: POLIS Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado: Antropologia, Direito, Economia, Ciência Política. São Paulo: Verbo, v.2, 1987.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível em um mundo de consumidores?** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BERNARDES, Márcia Nina. **Globalização**. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade (e reflexões frankfurtianas)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009

_____. **Maio de 68, após 40 anos, e constituição de 1988, após 20 anos: um balanço no cruzamento de conquistas históricas**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 103, jan./dez. 2008. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67805/70413>>. Acesso em: 22 dez 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Dicionário de Política**. 12. ed. Brasília: UnB, 2004.

_____. **Liberalismo e Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. **Liberalismo velho e novo**. In: BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de M.A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BOFF, Salete Oro; ZAMBAM, Neuro José. **O Direito das Culturas: Compromisso com o**

Reconhecimento, a Cidadania e a Maturidade Democrática. In In BRUCH, Kelly Lissandra; REDIN, Giuliana. Direitos Fundamentais e Espaço Público. Vol. 1. Passo Fundo: Editora IMED, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRAGA, Robert. **Qualidade de vida urbana e cidadania**. Território e cidadania, UNESP, Rio Claro, n.2, julho/dezembro, 2002.

CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk. **Limites e Possibilidades de uma Cidadania Transnacional: uma apreensão histórico-conceitual**. In: Cruz, Marcio Paulo; STELZER, Joana (org.). Direito e Transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011.

CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania**. Trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo (SP): Edições Loyola, 2005.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. **A moderna análise política**. Rio de Janeiro: Lidador, 1966

DINIZ, Eli (Org.). **Globalização, Estado e desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

FARIAS, Dóris Ghilardi; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino. **O Devir da Cidadania Mundial e sua Engenharia Social no Século XXI: Reflexões**. Cadernos Zygmunt Bauman. Vol.3. Num.5.2013. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1696/1348>>. Acesso em 02/12/2014.

FERREIRA, Nilda Teves. **Cidadania: uma questão para a educação**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: 1983

GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

HABERMAS, J. Cidadania e identidade nacional (1990). In: _____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

v. II.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação**: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 05 jan. 2008.

MELO, Milena Petters. **Cidadania e direitos humanos**: uma nova praxis a partir da ordem constitucional de 1988. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: junho, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**. In: Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, num 25, 2002.

_____, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. São Paulo: Garamond, 2006.

STELZER, Joana. **O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. Direito e Transnacionalidade**. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011.

PANIZA, Alexandre de Lima. **Democracia e Contratualismo nas concepções de Hobbes e Rousseau**: uma abordagem histórica. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 3. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 251.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. Florianópolis. Conceito Editorial/Millennium, 2011.

SANTOS, Regina Bega. **Migração no Brasil**. São Paulo: Scipione, 1994.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

COSTITUZIONE E LINGUAGGIO NORMATIVO: UNA RIFLESSIONE DA UNA PROSPETTIVA COMPARATISTICA

Jacopo Paffarini¹

1. IL LINGUAGGIO NORMATIVO

La dottrina di diritto comparato ci insegna che per comprendere il funzionamento di un sistema normativo non si può fare affidamento al solo diritto scritto, perché questo non sempre è diritto o, comunque, non è mai il solo diritto. A questa regola non fanno eccezione i sistemi costituzionali: all'opposto, la storia ci testimonia la loro inevitabile "defettibilità".

Si prenda ad esempio la Costituzione italiana: nonostante la posizione di superiorità che ricopre rispetto alle altre fonti dell'ordinamento nazionale, non tutte le sue disposizioni hanno ricevuto attuazione². Addirittura si è verificato che alcune previsioni siano state attuate in modo totalmente diverso rispetto a quanto il testo lasciasse intendere³ o che ad una medesima disposizione della Carta siano stati attribuiti significati diversi, e dunque differenti applicazioni, nel corso degli anni⁴.

In questa "distanza" tra la norma scritta e la sua attuazione, del resto, risiede una delle più notevoli caratteristiche del diritto in generale⁵. Quando consideriamo il diritto costituzionale di un

¹ Dottore in Diritto Pubblico – Università degli Studi di Perugia. European Public Law Organization.

² Ad esempio, l'art. 46 e l'art.39 della Costituzione italiana: quest'ultimo, per la precisione, è stato realizzato solo nel suo primo comma. Si può sostenere che, rispetto a tali previsioni, la situazione di mancata attuazione sia ormai consolidata. In altri casi, infatti, l'inattuazione può essere dovuta a cause temporanee (spesso di natura politica) che poi vengono superate: si pensi alla tardiva introduzione delle Regioni o di istituti, quali il referendum abrogativo. Analogamente, per restare a tempi più recenti, si osservi la situazione di *empasse* in cui si trova, a dieci anni dalla Riforma del Titolo V, la realizzazione di alcune disposizioni, quali l'art.119.

³ Il potere di emanare decreti legge, ad esempio, è conferito al Governo dall'art.77 solo «in casi straordinari di necessità ed urgenza», tuttavia questa condizione non viene rispettata nella stragrande maggioranza delle ipotesi in cui tale strumento viene utilizzato dall'Esecutivo.

⁴ Ad esempio, il testo dell'art. 59 c.2 della Costituzione italiana normalmente è stato interpretato nel senso che cinque è il numero massimo dei senatori a vita che può nominare il Presidente della Repubblica, Tuttavia, vi sono stati alcuni periodi storici, come durante la presidenza Pertini, in cui si è inteso nel senso che ciascun Presidente della Repubblica, entrando in carica, poteva nominare cinque senatori.

Ulteriore dimostrazione proviene dalla giurisprudenza costituzionale, la quale giudica non tassativo (e, dunque, suscettibile di continui aggiornamenti) l'elenco delle materie sulle quali non può essere proposto referendum abrogativo, contenuto all'art.75 c.2 della Costituzione italiana (sent. 16/1978).

⁵ A proposito della distanza tra il momento dell'individuazione della norma da applicare al caso concreto e quello della sua materiale realizzazione, è stato osservato che «l'ipotesi della perfetta corrispondenza fra il comportamento previsto ed il comportamento realizzato rappresenta un caso limite, una sorta di infinito ove i valori positivi e negativi si confondono», vedi

paese occorre tener presente che, come ogni altra fonte normativa, la Costituzione è anzitutto un atto linguistico⁶.

Il linguaggio normativo costituisce pertanto il primo oggetto di studio della scienza giuridica e, rispetto al linguaggio descrittivo delle scienze naturali, acquista una sua peculiarità sotto due profili: uno di natura pragmatica, l'altro di natura semantica⁷. L'unico modo certo per poter qualificare un atto linguistico come espressione del linguaggio prescrittivo, infatti, è quello di guardare al suo concreto utilizzo. In questo senso, «descrittivo o prescrittivo è non l'enunciato in quanto tale (type-sentence), ma il suo uso, la sua concreta enunciazione (token-sentence), il suo proferimento (utterance) da parte di qualcuno in circostanze date»⁸. Ma gli enunciati prescrittivi si contraddistinguono anche da un punto di vista "sostanziale": il loro significato, infatti, si risolve in una norma e non nella descrizione di un fatto. È "normativo", pertanto, l'enunciato che può essere "eseguito o non eseguito", non l'enunciato di cui si possa dire se sia "vero o falso". Nell'analisi di un testo normativo dobbiamo, dunque, separare le parole (ossia la forma che ci descrive la presenza di una norma) e il contenuto (ossia la norma vera e propria).

A questo punto, possiamo dedurre le due prime caratteristiche costanti del discorso giuridico: l'una relativa al piano "semantico-strutturale", cioè la distinzione tra disposizioni e norme⁹, l'altra al piano "pragmatico-applicativo", ossia il processo di «specificazione» del significato dell'enunciato giuridico che viene comunemente chiamato "interpretazione".

2. «IL DIRITTO COME PROGETTO»

Nei suoi studi in materia di diritto costituzionale e di teoria del diritto G.U. Rescigno compie una riflessione molto importante per la comprensione della struttura e del funzionamento di un sistema giuridico. Egli osserva che il tempo è parte costitutiva dell'esperienza giuridica¹⁰ e che questo dona al diritto una delle sue più importanti caratteristiche: la progettualità.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1983, p. 10.

⁶ *Ça va sans dire*, i "fatti normativi" (come ad esempio la consuetudine e le fonti *extra ordinem*), dal momento che non trovano il loro fondamento in atti di volontà, quanto piuttosto nell'effettiva osservanza ed accettazione di una regola da parte dei destinatari, producono diritto senza necessità del *medium* linguistico.

⁷ GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**. Milano: Giuffrè, 2010, p. 4 e ss.

⁸ GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**, p. 7.

⁹ Con il termine "disposizione" intenderemo «ogni enunciato appartenente ad una fonte del diritto» Per "norma", invece, si intenderà «il suo contenuto di senso, il significato, che è una variabile dipendente dell'interpretazione». Vedi GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**, p. 36.

¹⁰ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **L'atto normativo**. Bologna: Zanichelli, 1998, p. 2.

Dal punto di vista “progettuale” ogni disposizione emessa dall’autorità normativa, a prescindere dal tempo in cui sia stata prodotta e dalla complessità della sua formulazione, può essere inquadrata all’interno di schemi di costruzione ben definiti, in cui distinguiamo delle “parti” necessarie ed altre la cui presenza è solo eventuale¹¹. Si può così notare uno “*schema base*”: il soggetto o la categoria di soggetti (X) dalla quale si pretende il comportamento; l’indicazione della «modalità deontica» (obbligatorio, vietato o permesso); la descrizione del comportamento oggetto di prescrizione (f)¹². Qualora le circostanze lo richiedano, tuttavia, l’autorità normativa potrà anche indicare i destinatari del comportamento (B), le circostanze di tempo (t) e di luogo (l) della condotta prescritta. La regola di comportamento a questo punto avrà raggiunto il suo “*schema completo*” che si può esprimere nel modo seguente: “X deve, deve non, può fare f nei confronti di B nel periodo t e nel luogo l”.

Lo schema completo della regola di comportamento, come è stato sopra sostenuto, invierà un comando puntuale la cui “operatività” si esaurisce in circostanze di fatto (persone, luoghi, comportamenti,...) e di tempo ben definite. Lo “schema base”, invece, delinea un progetto di comportamento la cui esecuzione avrà un numero indefinito di ripetizioni da parte di un numero indefinito di persone in un numero indefinito di luoghi.

Si osservi, inoltre, che come varia la struttura dell’enunciazione, possono variare anche i suoi destinatari (i soggetti attivi della condotta) nonché la descrizione del comportamento¹³. Così, riguardo al primo profilo, avremo una regola *particolare* (se è indirizzata ad un numero di persone determinato o, comunque, determinabile¹⁴) o *generale* (se l’insieme dei destinatari sia “aperto” e non definibile a priori: “i cittadini”, “i lavoratori”, “le madri”, ecc...). Sotto il secondo profilo, invece, una norma potrà essere definita *concreta* (se il comportamento che si vuole prescrivere sia determinato e precisamente collocato nel tempo e nello spazio) oppure *astratta* (se è indicata solamente la categoria di azioni od omissioni che si vuole comandare). Nella prassi giuridica, inoltre, queste quattro polarità tendono a combinarsi tra loro dando vita ad altrettante classi di regole di comportamento.

Ora, sebbene gli atti linguistici appartenenti alle classi di regole così delimitate costituiscano

¹¹ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *L’atto normativo*, p. 12.

¹² In tal modo, si può individuare nell’espressione “X deve/deve non/ può fare f” l’esempio più elementare di regola giuridica che può essere fatto.

¹³ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. *L’atto normativo*, p. 14.

¹⁴ Nel senso che i soggetti attivi della condotta siano individuabili uno ad uno.

senza dubbio degli enunciati prescrittivi, tuttavia, non tutti potrebbero essere definiti “atti normativi”. Nel discorso giuridico, così come in quello comune, quando si parla di “norme” si è soliti riferirsi ad enunciazioni relative a fattispecie astratte e generali¹⁵. A partire dalla nascita del costituzionalismo l’atto normativo per eccellenza è la “legge”, attraverso la quale si esprime la volontà dei rappresentanti del corpo elettorale che siedono in Parlamento. Se si assume questa prospettiva, si comprende il motivo per cui si è insistito sull’elemento temporale e programmatico che l’atto normativo esprime rispetto al “presente” del corpo sociale. Utilizzando il termine “progetto” dunque presupponiamo, da un lato, che una “esecuzione” prima o poi avvenga, dall’altro, di trovarci in una fase temporalmente antecedente ad essa e, dunque, al verificarsi del caso concreto che diventerà oggetto della disciplina normativa.

È logicamente deducibile, nonché riscontrabile nella pratica giuridica, che quando l’autorità pubblica emette regole di comportamento particolari e concrete la fattispecie che si intende disciplinare si è già verificata o si sta verificando nella pratica. Ad esempio, quando la Pubblica Amministrazione si esprime con enunciazioni del tipo “Il soggetto x, poiché commerciante privo di licenza, deve pagare l’ammenda y entro il giorno t”, si vuole indirizzare il comportamento umano verso un risultato ben preciso: non siamo di fronte ad un “progetto razionale” che anticipa una serie indefinita di comportamenti, ma ad una semplice richiesta di esecuzione.

Gli attributi di astrattezza e di generalità, dunque, ci permettono di distinguere le “norme” dai “provvedimenti”: le prime hanno una forma “dispositiva” e costituiscono la base motivazionale dei secondi che hanno, invece, una forma limitatamente “imperativa”.

Nella sua ricerca il comparatista potrà riscontrare che tra le regole generali ed astratte (espresse dagli atti normativi) e le regole concrete (che trovano applicazione con i provvedimenti) non vi è un “rapporto unico”. Questo perché l’esperienza giuridica nel suo complesso è scandita in ogni suo momento da differenti *livelli operativi*. Alcuni si collocano nell’ambito della “scala della progettazione” normativa e, dunque, interessano i rapporti tra atti normativi; gli altri riguardano l’“attuazione” di ciascuna scala del progetto, ossia l’applicazione delle disposizioni contenute negli atti normativi. Sotto il primo profilo si possono ricondurre i passaggi che operano «sul versante

¹⁵ Si esclude, pertanto, che le regole particolari e concrete possano essere espresse da atti normativi. Rispetto alle due classi intermedie che possono sorgere dalla combinazione delle due precedenti polarità (*regole generali e concrete, regole particolari ed astratte*) non si riscontra uniformità di opinioni in dottrina. Tuttavia, seguendo l’orientamento della letteratura da ultimo citata, sembra che l’elemento di distinzione determinante possa essere rintracciato nella tipologia di comportamento prescritto. Pertanto, gli atti che esprimono regole generali e concrete, sebbene si riferiscano ad una quantità di soggetti indeterminata, non possono essere definiti “normativi” dato che i comportamenti sono tutti previamente determinati; viceversa, gli atti particolari ed astratti «vengono sentiti come normativi». (RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **L’atto normativo**, p. 15).

della formazione delle norme», ossia «quelli che consentono di passare da norme più generali a norme progressivamente più dettagliate, come ad esempio avviene quando una norma costituzionale è specificata ed attuata mediante una legge, oppure quando una legge è specificata ed attuata mediante un regolamento di esecuzione»¹⁶. Il secondo aspetto, ricomprenderà invece le più diverse ipotesi nelle quali l'operatore giuridico o i privati si trovino ad interpretare una qualsiasi norma giuridica.

La metafora del «diritto come progetto»¹⁷, dunque, ci insegna a guardare al discorso giuridico come un processo comunicativo che si sviluppa in più passaggi, nei quali dobbiamo distinguere due elementi: un "enunciato" ed una "decisione". Il primo esprime quello che viene comunemente definito in dottrina "diritto teorico" e costituisce l'oggetto dell'attività di interpretazione. Dall'altra parte, invece, la decisione dà corpo alla nozione di "diritto vivente", ossia «il complesso delle norme che in un dato momento storico hanno trovato attuazione mediante i comportamenti degli operatori»¹⁸, in altre parole, il risultato (storico) dell'attività interpretativa ed applicativa. La distinzione, oltre ad avere una finalità ricostruttiva della materia giuridica, ha un fondamentale rilievo pratico alla luce del fatto che normalmente (forse sempre, ma non è un problema che ora si vuole affrontare) «ad ogni disposizione corrispondono più norme congiuntamente»¹⁹.

L'osservatore che intende conoscere in che modo un determinato problema pratico è regolato in un ordinamento giuridico, dunque, non conseguirà alcuna risposta "effettiva" considerando il solo linguaggio normativo, ma dovrà prestare attenzione anche alla prassi applicativa. Nella sua ricerca inoltre, egli potrà constatare che ogni formulazione viene, a seconda dei casi, *specificata* attraverso un ulteriore atto normativo (si pensi alle leggi di interpretazione autentica o ad una legge che dà attuazione ad un'altra anteriore ma di portata più generale) oppure *applicata* direttamente alla fattispecie concreta. In ambedue le ipotesi, il risultato dell'operazione (che sia una regola generale ed astratta o una regola di comportamento concreta e puntuale) presuppone un'attività interpretativa. La differenza sta nel fatto che, mentre nel secondo caso segue l'esecuzione, nel primo il discorso giuridico è destinato a proseguire e quindi

¹⁶ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**, p. 10.

¹⁷ Vedi RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **La Costituzione come progetto apicale e generale**, in. Le fonti del diritto, oggi: Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso. Milano: Giuffrè, 2006, p. 32.

¹⁸ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**, p. 13.

¹⁹ Così GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**, p. 36.

sarà richiesta un'ulteriore interpretazione.

Riassumendo le considerazioni fin qui svolte, possiamo affermare che la distanza tra una previsione normativa astratta e il comportamento concretamente comandato è colmata da una serie di “fasi intermedie” in cui «ci possiamo trovare di fronte ad altrettante coppie di disposizioni e norme», la norma elaborata nella precedente fase costituisce la disposizione da interpretare ed applicare nella fase successiva²⁰. Da ciò si possono dedurre due conseguenze: in primo luogo, con la sola eccezione della Costituzione, ogni atto normativo è al contempo un atto di *applicazione* (in quanto comportamento linguistico che interpreta una precedente norma giuridica) e un atto di *creazione* del diritto (in quanto si risolve nella formulazione di una nuova proposizione giuridica, generalmente di contenuto più specifico). In secondo luogo, l'eventualità che possano esistere una serie di “fasi intermedie” tra previsione ed attuazione fa sì che la norma giuridica (generale ed astratta), a cui si dà esecuzione, possa essere identificata, alternativamente, con il significato (ossia il contenuto di senso) di un singolo enunciato normativo o di un segmento di enunciati normativi o di una combinazione di enunciati normativi²¹.

3. LA STRUTTURA DEL DISCORSO GIURIDICO

Un linguaggio si ritiene “rigoroso” quando siano state fissate ed accettate dai comunicanti sia le regole che presiedono la “*formazione*” del discorso (ossia le modalità in cui possono essere utilizzate le parole e gli enunciati che di quel linguaggio fanno parte) sia le regole che presiedono la sua “*riproduzione*” (ossia le condizioni in cui è “valido” ricavare preposizioni “derivate” a partire da quelle “originarie”)²².

In questo caso si può affermare che il discorso possiede una propria logica e coloro i quali vogliono interagire non possono far altro che dividerne le regole costitutive, se vogliono comunicare comprendendosi. La rigorosità del linguaggio, dunque, non determina la verità “oggettiva” di ciò che viene affermato, quanto piuttosto la sua essenza “intersoggettiva”: la possibilità che il contenuto della comunicazione venga compreso col numero minor numero di

²⁰ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**, p. 16.

²¹ Cfr. GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**, p. 35.

²² BOBBIO, Norberto. **Scienza del diritto e analisi del linguaggio**. Milano: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1950, p. 345-346.

fraintendimenti²³.

Il linguaggio normativo, da parte sua, presuppone l'esistenza di un'organizzazione sociale, ossia di una pluralità di soggetti di cui si vuole disciplinare la "vita in comune". Proprio per questo, nel loro complesso, gli enunciati che formano l'ordinamento sono "organizzati" con lo scopo garantire la *produzione continua di regole di comportamento*. Anzitutto, si considerino le disposizioni che si rivolgono a coloro che, in quanto detentori del potere politico, presiedono l'attività di creazione delle norme generali. Il diritto progetta, infatti, anche il "comportamento" delle istituzioni pubbliche: definisce i poteri degli organi, le procedure di elezione o di nomina, il funzionamento, etc. Questo complesso di regole normalmente viene identificato con il "diritto pubblico" delle organizzazioni statali ed assumerà forme e contenuti diversi a seconda degli ordinamenti che si prendono in considerazione.

La constatazione appena compiuta ci permette di dedurre che non tutti gli enunciati che formano il discorso giuridico esprimono un obbligo o un divieto o un permesso, ma assumono anche altri contenuti di vario genere. A tal proposito si considerino, in primo luogo, gli enunciati che esprimono le "regole costitutive", le quali ricollegano ad un determinato fatto la capacità di produrre un determinato effetto giuridico, in modo che il primo si manifesta come condizione (fattuale o immateriale²⁴) del secondo. Appartengono a questa categoria le norme definitorie, le norme abrogatrici, le norme di interpretazione autentica²⁵: spesso l'effetto giuridico (il dover essere) che esse prescrivono contribuisce a formare la protasi, ossia l'antecedente logico, di altre regole (anche di comportamento) di carattere ipotetico²⁶. In secondo luogo, di notevole importanza sono le "regole attributive di competenza", ossia quelle che ci informano, rispetto ad una determinata "fonte-atto normativo", *chi* sia tenuto alla sua emanazione. Si tenga presente che l'autorità normativa indicata, normalmente, è legittimata a produrre quel determinato tipo di fonte in via esclusiva, cosicché tali regole, da un lato, vietano ad altre autorità normative di produrre quel tipo di "fonte-atto", dall'altro, forniscono un criterio di identificazione necessario

²³ BOBBIO, Norberto. **Scienza del diritto e analisi del linguaggio**, p. 352: «[...] il concetto non è una copia della realtà, ma un mezzo di comunicazione [...]. Quindi un concetto non è più o meno vero, ma più o meno utilizzabile a seconda del maggiore o minore rigore usato nello stabilire le sue regole d'uso».

²⁴ Vedi RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **La Costituzione come progetto apicale e generale**, p. 39: «Il fatto (che la regola dice essere produttivo di quello specifico effetto con il suo solo accadere) può essere un fatto fisico-naturale [...] oppure un atto cioè qualcosa in quanto voluto da un soggetto[...]».

²⁵ Vedi GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto: fondamenti teorici**, p. 22.

²⁶ Ad esempio: "il soggetto A se è tutore legale di un soggetto minore allora è obbligato a provvedere all'educazione"; "il comportamento A se c'è abrogazione della norma che lo vieta allora è divenuto lecito"; "Se la norma x esprime il contenuto y allora y è il suo significato", ecc...

(ma non sufficiente) della fonte in questione²⁷. Questo tipo di norme si differenzia sia dalle regole di comportamento, sia dalle regole costitutive: dalle prime in quanto l'attribuzione di un potere non implica di per sé alcun obbligo relativo al suo esercizio, dalle altre per il fatto che «attribuire un potere non è ricollegare un effetto (giuridico) ad un fatto, ma semmai stabilire chi ha il potere di produrre l'effetto»²⁸.

Ancor più spesso, però, le regole sulla competenza sono accompagnate da enunciati che esprimono un "dover essere" relativo *all'esercizio* del potere normativo: *al suo oggetto* e, talvolta, anche al *modo* in cui quest'ultimo deve essere disciplinato. Tali enunciati formano quelle che vengono definite dalla dottrina "norme sulla produzione", tra le quali si distinguono quelle che riguardano il dato "formale" e da quelle che riguardano l'aspetto "materiale" delle fonti cui si rivolgono. Al primo gruppo devono essere ricondotte le norme attributive di competenza e quelle che disciplinano il procedimento di formazione della fonte-atto. Nel secondo, invece, sono comprese le norme che circoscrivono o riservano l'oggetto di disciplina e quelle che limitano "direttamente" (attraverso comandi e divieti) o "indirettamente" (circoscrivendo le opzioni possibili al "legislatore") il contenuto che può assumere la disciplina dettata da una fonte²⁹.

Le regole sulla produzione giuridica non si contrappongono alle altre per la loro struttura sintattica ma in quanto assumono la qualità di «"norme sulle norme" o "norme di secondo grado", dal momento che esse regolano appunto la formazione, l'interpretazione, ecc. delle disposizioni e delle norme che costituiscono l'ordinamento giuridico»³⁰. Le regole costitutive e quelle attributive di competenza, dunque, non prescrivono alcun comportamento: il loro contenuto sussiste e si realizza senza che se ne richieda una concreta esecuzione, proprio perché si colloca su un piano ideale e non materiale. Diversamente, le regole sulla produzione "vengono o non vengono eseguite": tuttavia, proprio per la loro funzione chiaramente strumentale rispetto alla formazione delle regole di comportamento "in senso stretto", vengono distinte da queste ultime e definite "*norme secondarie*". La funzione di queste *tre tipologie di regole*, dunque, è quella di dare forma e struttura tanto al sistema quanto al discorso giuridico, costruendo i "passaggi" necessari all'individuazione della norma giuridica (generale ed astratta).

²⁷ GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto**: fondamenti teorici, p. 28.

²⁸ Vedi RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **La Costituzione come progetto apicale e generale**, p. 42.

²⁹ Per esigenze di sintesi, si preferisce schematizzare così le classificazioni della dottrina giuridica. Per un approfondimento ulteriore, cfr. GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto**: fondamenti teorici, p. 27-33.

³⁰ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**, p. 18. Dello stesso PIZZORUSSO, Alessandro. Delle fonti del diritto. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura di). **Commentario al codice civile**. Bologna-Roma: Zanichelli, 1977., p. 6.

4. L'EFFETTIVITÀ DELLA NORMA E LA VALIDITÀ DEL DISCORSO GIURIDICO

Il problema che di seguito verrà affrontato costituisce uno dei principali argomenti di confronto per i costituzionalisti a partire dal XX secolo fino ad oggi. Con le costituzioni del dopoguerra, infatti, si inizia a distinguere tra le norme sulla produzione che detengono una supremazia gerarchica, cioè derivata «dalla diversa forza politica che sta alla base delle manifestazioni di volontà dello Stato (Costituzione, legge, regolamento, ecc.)»³¹, e quelle la cui supremazia invece è «fondata su un rapporto di strumentalità logica rispetto alle norme prodotte»³².

Vi è da dire che in molti casi è possibile incontrare norme sulla produzione munite di una superiorità, oltre che “logica”, anche “gerarchica” rispetto alle fonti di produzione a cui si riferiscono: così, ad esempio, nell’ordinamento italiano la Costituzione e i regolamenti parlamentari che disciplinano il procedimento di formazione delle leggi, mentre, a loro volta i regolamenti governativi trovano la loro disciplina in atti legislativi (come in Italia, nella L.400/1988). Tuttavia, la “gerarchia basata sul carattere strumentale delle norme” non necessariamente opera in parallelo a quella “basata sull’efficacia delle norme” stesse³³. Il diritto, in quanto discorso, presuppone necessariamente una sua logica formale, mentre la norma giuridica, in quanto progetto, ne presuppone un'altra di contenuto più ampio che la comprenda e le dia fondamento. Il fatto che poi quest’ultima venga espressa da fonti dotate di “forza” maggiore secondo la gerarchia materiale, è un dato riscontrabile negli ordinamenti dotati di una Costituzione “rigida”, mentre in quelli aventi Costituzione “flessibile” la gerarchia rimane soltanto sul piano “strutturale” o “formale”³⁴. In ogni sistema giuridico, pertanto, si possono rintracciare norme secondarie, a prescindere dal rango da esse concretamente assunto³⁵.

L’esistenza di una norma, dunque, implica la sua appartenenza ad un qualche ordinamento giuridico e generalmente troverà fondamento sulle “norme secondarie” di quest’ultimo, giacché

³¹ PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**, p. 12.

³² PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**, p. 11.

³³ Anzi, vi è un unico caso in cui ciò avviene necessariamente: «è quello delle norme istitutive di singole fonti [...] le quali non possono assegnare agli atti normativi o alle norme derivanti dalle fonti che istituiscono, un’efficacia superiore alla propria». Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle fonti del diritto*, p. 9.

³⁴ Si distingue pertanto tra una relazione di gerarchia “formale”, ossia quando il rapporto di dipendenza si manifesta solo sul piano (strutturale) della “costruzione” del sistema giuridico e una relazione di gerarchia “materiale” o “contenutistica” in base alla quale le norme di rango inferiore non possono assumere contenuto contrastante con quelle di rango superiore. Cfr. GUASTINI, Riccardo. **Il diritto come linguaggio**. 2ª Ed. Torino: Giappichelli, 2006, p. 96.

³⁵ ESPOSITO, Carlo. **Validità delle leggi**: Studi sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale. Padova: 1934, p. 59 e ss.

ciascun ordinamento ne possiede. Tuttavia, questa ricostruzione non basta a dare spiegazione di due questioni. In primo luogo, anche ammesso che vi sono delle norme sulla produzione che, a loro volta, trovano fondamento in altre norme sulla produzione³⁶ (di rango pari o superiore), è chiaro che non si può procedere in un regresso all'infinito: dunque, devono necessariamente esistere delle norme "auto fondate". In secondo luogo, il rapporto tra norme "primarie" e "secondarie" non è un rapporto "necessario", in quanto è possibile riscontrare delle regole di comportamento che non trovano fondamento alla luce delle norme sulla produzione e vengono pertanto chiamate «*extra ordinem*». Si pensi alla regolarità con cui nell'ordinamento italiano veniva data applicazione, anche in caso di manifesta antinomia con le leggi nazionali, al diritto comunitario derivato (regolamenti e direttive): la presenza di questa fonte, legittimata dalla giurisprudenza costituzionale con una interpretazione piuttosto ampia dell'art.11 Cost.³⁷, è stata formalizzata soltanto nel 2001, con la modifica dell'art. 117 Cost. Allo stesso modo si potrebbe prendere in esame una tendenza che si è affermata recentemente in diversi paesi e che è inscrivibile nell'ambito della *lex mercatoria* transnazionale: la primazia del diritto arbitrale sulle fonti legislative. Al di là del forte incremento del numero dei paesi firmatari della *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (1958)³⁸, è opportuno registrare un dato significativo che ci permette di comprendere in pieno l'attualità del problema del riconoscimento delle fonti *extraordinem*. Il limite della liceità delle decisioni arbitrali si sta infatti progressivamente riducendo, come in Canada o in Svizzera dove le rispettive Corti Supreme hanno stabilito che i lodi possono essere respinti solo se contrari all'«*ordine pubblico*», mentre possono sicuramente prevalere sulle leggi che non sono riconducibili a tale concetto³⁹.

Alla luce di queste considerazioni possiamo ribadire che nessun sistema giuridico può trovare la spiegazione della sua esistenza in sé stesso e che, invece, necessariamente la sua fondazione risiede nei "fatti sociali", ossia in fatti e attività dei membri di una determinata comunità. Più precisamente, in diversi casi, la produzione di norme non avviene all'interno della

³⁶ Ad esempio, la L. 400/1988 che disciplina la potestà regolamentare del Governo, in quanto fonte primaria, trova fondamento sulle norme della Costituzione che disciplinano il procedimento legislativo (art.70 e ss.). Allo stesso modo, fino alla riforma costituzionale del 2001, non esistendo alcun riferimento costituzionale alle fonti comunitarie derivate (regolamenti e direttive), si riteneva che queste trovassero il loro fondamento nella legge di ratifica dei Trattati. In questo modo però si smentiva chiaramente il principio per cui nessuna fonte può istituire un'altra di rango superiore.

³⁷ Cfr. le sentenze della Corte Costituzionale 98/1965, 232/1975 e 170/1984. Su questo tema cfr. GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto**: fondamenti teorici, p.474.

³⁸ Alla fine del 2014 la Convenzione conta 154 paesi firmatari: più di un terzo di questi ha aderito dopo l'inizio del nuovo millennio, più della metà dopo la caduta dell'Unione Sovietica.

³⁹ Per approfondimenti sul tema cfr. PAULSSON, Jan. **The Idea of Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2013., p.103.

logica del sistema giuridico, ma attraverso un percorso “pratico”. Tutto ciò malgrado le fonti *extra ordinem* costituiscano una “anomalia” all’interno dell’esperienza giuridica, dal momento che la loro esistenza costituisce una deroga al principio della “certezza” del diritto⁴⁰, senza la quale diviene superfluo “progettare comportamenti futuri” attraverso enunciati prescrittivi.

La complessità della fenomenologia giuridica, dunque, non si può districare soltanto attraverso la logica del linguaggio normativo: occorre fuoriuscire dal sistema e considerare le norme in base alla loro “effettività”, ossia alla materiale accettazione ed osservanza da parte della generalità dei consociati.

Il “principio di effettività”, tuttavia, assume un diverso connotato a seconda che venga chiamato a dare giustificazione alle fonti sulla produzione (e, di conseguenza, all’intero ordinamento) oppure a norme singole (le fonti *extra ordinem*). Nel primo caso, il principio di effettività viene in rilievo quale «base razionale, di tutto il sistema di produzione del diritto [...] cioè come la norma fondamentale del sistema delle norme sulle fonti, che ha il suo grado successivo nel complesso delle norme sulla produzione giuridica ed il terzo nelle norme prodotte»⁴¹. Diversamente, con riferimento ad una singola norma il principio di effettività ci indica che essa «deve considerarsi giuridicamente esistente anche se non risponde ai criteri di validità dell’ordinamento vigente», in quanto generalmente accettata ed osservata dai destinatari; oppure, «non può considerarsi giuridicamente esistente anche se risponde ai criteri di validità dell’ordinamento vigente qualora non sia per nulla accettata ed osservata dai suoi destinatari»⁴². Esiste, pertanto, un limite al “discorso giuridico” dal momento in cui si può riscontrare un fondamento extralegale, non solo per l’intero ordinamento, bensì anche per la singola norma. Il principio di effettività non si ricava da norme giuridiche, bensì dai fatti o, come è stato detto⁴³, dalla “necessità”: esso nulla ci dice rispetto alla norma a cui si riferisce, se non che “opera effettivamente”, ossia che viene accettata ed osservata dai suoi destinatari. Il “progetto” disegnato dalle norme sulla produzione viene così interrotto e il discorso giuridico ricomincia da premesse differenti e non conformi con quelle delle restanti fonti del diritto che seguono la gerarchia formale e materiale vigente nell’ordinamento giuridico.

⁴⁰ PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle fonti del diritto*, p. 21.

⁴¹ PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle fonti del diritto*, p. 11-12.

⁴² GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, p. 75.

⁴³ Cfr. PIZZORUSSO, Alessandro. *Delle fonti del diritto*, p. 11; cfr. CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*, II. Padova: CEDAM, 1993, p. 193 e ss.; cfr. MODUGNO, Franco. *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*. Torino: Giapichelli, 2005, p. 168 e ss.

In questo senso, le fonti *extra ordinem* sono state definite «fonti originarie»: la loro creazione è avvenuta in assenza di limiti e di pretese di correttezza rispetto ad una qualsiasi altra norma. Sono piuttosto il prodotto di un potere *costituente*, il quale non può che trovare fondamento nella “materiale necessità” manifestatasi nel corso della *storia*.

L’esistenza della norma giuridica, dunque, “richiede assai meno” della sua validità. Poniamo il caso in cui un atto normativo sia stato prodotto da un organo palesemente incompetente o vi siano state evidenti violazioni delle norme sulla procedura di produzione nel suo processo di creazione: potremmo dire che l’atto normativo è invalido, ma da questa affermazione non possiamo dedurre che non esista alcuna norma. Si ponga l’ipotesi, sicuramente eccezionale, in cui per un qualsiasi motivo l’invalidità dell’atto non venga rilevata dall’organo competente e il suo *contenuto* venga comunque osservato ed accettato dalla generalità dei cittadini. In questo caso, esattamente come per le fonti *extra ordinem*, saremmo di nuovo davanti ad un riconoscimento “*ex post*” della norma. Si è parlato, pertanto, di «effettività legittimante» proprio con riferimento alla capacità che ha il principio in questione di “rovesciare” i tempi della produzione giuridica e, dunque, la sequenzialità logica tra le norme sulla produzione e quelle di comportamento. Il fatto normativo fondato sul principio di effettività è stato definito «normogeno bivalente» poiché esprime, in due differenti momenti, sia la norma prodotta che la norma sulla produzione: quest’ultima, infatti, «è espressa a posteriori», ossia «dallo stesso fatto normativo all’atto del suo affermarsi»⁴⁴.

4.1. L’UNITÀ DELL’ORDINAMENTO E L’APPLICAZIONE DELLE DISPOSIZIONI

Il termine della comparazione deve essere contestualizzato nella complessità e nella totalità delle fonti del diritto presenti in un dato ordinamento. È opportuno considerare, infatti, che «l’esistenza (e la stratificazione) di una pluralità di fonti influisce sul procedimento metodologico: il comparatista deve esaminare l’oggetto del suo studio nei diversi livelli di soluzione in rapporto alla scala gerarchica in cui le fonti trovano collocazione»⁴⁵. In altre parole, nel momento in cui ci addentriamo in un altro ordinamento giuridico, la conoscenza delle norme sulla produzione ci permette di entrare in contatto con le *condizioni di validità* del discorso giuridico all’interno di quell’ordinamento stesso.

⁴⁴ MODUGNO, Franco. *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, p. 167.

⁴⁵ SCARCIGLIA, Roberto. *Introduzione al diritto pubblico comparato*. Bologna: Il Mulino, 2006, p. 80.

In realtà, dovremmo ammettere che la validità non è tanto un prodotto delle norme, quanto piuttosto delle tesi della dottrina che studia quel determinato ordinamento. Il concetto di validità è dunque necessario alla dogmatica giuridica per assicurare l'*unità* del sistema⁴⁶, la quale si realizza per mezzo della gerarchia strutturale e materiale, nonché, prima ancora, per mezzo del criterio "cronologico" *lex posterior derogat priori*.

A tal proposito, si parla di "*validità formale*" di un atto normativo quando sono state rispettate le norme sulla produzione poste alla base *struttura dinamica* dell'ordinamento, ossia le regole che individuano l'organo legittimato all'esercizio del potere normativo in relazione ad determinata fonte del diritto (regole attributive di competenza) e le regole che disciplinano il procedimento di esercizio del potere normativo stesso. L'oggetto del giudizio di validità formale è pertanto l'atto normativo in sé, ossia il "contenitore" della norma (anche se è logico che poi, l'eventuale dichiarazione di invalidità dell'atto, impedisca di produrre qualsiasi effetto anche al suo contenuto).

Il giudizio di *validità materiale*, invece, si rivolge direttamente al "significato" dell'atto normativo, ossia le norme in senso stretto ricavate dalla disposizione. In questo senso, la norma è materialmente valida quando si trova in una relazione di *non incompatibilità* con le norme giuridiche derivate da fonti gerarchicamente superiori.

L'obbiettivo dell'unità dell'ordinamento giuridico, dunque, non può che essere rimandato al momento dell'applicazione, per due ragioni. In primo luogo, poiché così residueranno solo le "antinomie materiali", ossia le contraddizioni tra norme che non possano essere ordinate secondo il criterio cronologico o di competenza (territoriale o materiale). In secondo luogo, perché, posto che il principio di certezza richiede che la norma concreta ed individuale possa essere soltanto una, è ugualmente riscontrabile che «si danno effettivamente [...] diverse e discordanti ricostruzioni dell'unità dell'ordinamento, quindi diverse possibili soluzioni delle antinomie che in questo si manifestino, in funzione del diverso significato attribuibile alle varie norme»⁴⁷.

L'interpretazione costituisce quindi il principale terreno di prova delle varie ricostruzioni del sistema giuridico, le quali necessariamente influiscono sulla individuazione della norma relativa al caso concreto. Ovviamente la questione assume un'importanza fondamentale con riferimento alla validità materiale, dal momento che ogni disposizione può esprimere alternativamente o

⁴⁶ SCARCIGLIA, Roberto. *Introduzione al diritto pubblico comparato*, p. 206.

⁴⁷ SCARCIGLIA, Roberto. *Introduzione al diritto pubblico comparato*, p. 209.

congiuntamente più “significati”, ossia più norme, delle quali può darsi che solo uno o alcuni abbiano un contenuto non contrastante con le norme sovraordinate. È evidente a tal proposito la centralità assunta dalle “sentenze interpretative” dei tribunali costituzionali, i quali, pronunciandosi sui possibili significati di una disposizione, possono dichiarare l’invalidità di una o più norme facendo tuttavia “salva” la disposizione nel suo insieme. Soltanto quando nessuno dei significati ricavabili dall’enunciato linguistico non sia contrastante con le norme materialmente sovraordinate, l’invalidità colpirà l’intera disposizione⁴⁸.

5. L’INTERPRETAZIONE DEL LINGUAGGIO NORMATIVO.

La costruzione di un discorso giuridico in relazione alla soluzione di un caso concreto costituisce uno dei problemi principali dell’esperienza giuridica. Il giudice, ad esempio, non ha soltanto il dovere di individuare la regola di comportamento, ma deve anche giustificare perché ritiene che quella sia la *sola* validamente applicabile. La motivazione della sentenza, in questo senso, dovrebbe ricostruire l’iter logico che ha portato alla definizione della disposizione (la norma generale e astratta) dalla quale è stata ricavato il dispositivo della sentenza (la norma puntuale e concreta)

Come già abbiamo detto, la ricerca delle disposizioni normative e la loro interpretazione è contraddistinta da una notevole quantità di variabili che sono determinate dalla *percezione* del tessuto normativo maturata dall’interprete⁴⁹. La “descrizione”, ossia il complesso di enunciati che esprime la percezione, acquista un valore “intersoggettivo” in quanto “accettata” dagli altri partecipanti al dialogo⁵⁰. Dati questi presupposti, si potrà argomentare che la maggiore o minore estensione del “consenso” attorno ad una determinata “comprensione” circa l’oggetto del discorso è definita dalla maggiore o minore “correttezza” degli atti linguistici che la descrivono. Ciò

⁴⁸ In questo senso si è espressa la Corte Costituzionale italiana (sent. 448/2007), affermando che «nessuna disposizione di legge può essere dichiarata costituzionalmente illegittima solo perché suscettibile di essere interpretata in contrasto con i precetti costituzionali, ma dev’esserlo soltanto quando non sia possibile attribuirle un significato che la rende conforme alla Costituzione».

⁴⁹ Nel momento in cui inizia la comunicazione si sviluppa attraverso il “dialogo” una «produzione teorica multipla». Ciò avviene in quanto, «per cogliere i fenomeni che li circondano e li preoccupano, ma anche per consentire l’esistenza di una comunicazione sociale, gli uomini producono dei “discorsi”», vedi MIALLE, Michel. **Introduzione allo studio critico del diritto**. Roma: Savelli, 1979, p. 23. A ciò si aggiunga, come si è chiarito e si provvederà ad approfondire, che, se intendono “comunicare comprendendosi”, gli uomini non possono fare a meno stabilire delle regole circa la “formazione” e la “riproduzione” dei loro discorsi.

⁵⁰ Così, come osserva BOBBIO, Norberto. **Scienza del diritto e analisi del linguaggio**, p. 346, «la scienza ha inizio con la formazione del cosiddetto linguaggio scientifico, cioè con quel linguaggio che fa di una conoscenza puramente soggettiva (la mia percezione) una conoscenza al massimo grado intersoggettiva».

vale per tutti i tipi di dialogo: com'è stato autorevolmente rilevato, anche in ambito scientifico la fondatezza dei risultati di una ricerca richiede la *razionalità* del linguaggio con la quale essa viene comunicata che si verifica qualora «le [...] preposizioni costituiscano un sistema coerente di enunciati»⁵¹.

Venendo alla scienza giuridica, l'oggetto di studio del giurista sono le regole di comportamento, le quali, a partire dall'epoca illuminista, sono per la maggior parte formulate in preposizioni scritte, in opposizione alla tradizione medievale in cui, invece, vi era una prevalenza della fonte consuetudinaria. Il compito del giurista, pertanto, è quello di «trasformare il discorso legislativo in un discorso rigoroso»⁵². Così, mentre nelle scienze naturali gli enunciati del discorso degli studiosi riguardano “fatti” ed “eventi” reali, nella scienza giuridica l'oggetto della descrizione sono le “parole” dell'autorità normativa⁵³. L'interpretazione è pertanto l'insieme delle operazioni intellettuali che hanno come obiettivo la specificazione del significato delle disposizioni normative: il “medium” tra la *comunicazione* del legislatore e la *comprensione* da parte dell'autorità operante⁵⁴.

È opportuno richiamare un'ulteriore precisazione compiuta in apertura: il diritto oggettivo (le norme ricavabili dalle disposizioni), è costituito da enunciati appartenenti al discorso prescrittivo (né veri né falsi, ma soltanto eseguibili), mentre la dottrina giuridica, nella misura in cui sviluppa un discorso scientifico, utilizza enunciati “descrittivi” (veri o falsi). Questa constatazione ci permette di comprendere una delle principali problematiche dell'interpretazione

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Scienza del diritto e analisi del linguaggio**.

⁵² BOBBIO, Norberto. **Scienza del diritto e analisi del linguaggio**, p. 350.

⁵³ «Le scienze naturali sono discorsi che hanno ad oggetto fatti non linguistici o extra linguistici[...]. Il linguaggio della scienza [naturale] è ontologicamente eterogeneo rispetto al suo oggetto». La scienza giuridica, invece, «è un discorso che ha ad oggetto nulla più che un altro discorso». Vedi GUASTINI, Ricardo. **Il diritto come linguaggio**, p. 211.

⁵⁴ Cfr. RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **Comunicare, comprendere interpretare nel diritto**. In: *Diritto Pubblico*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2009. Bologna DOI: 10.1438/32545. Disponibile in: < <http://www.rivisteweb.it/doi/10.1438/32545>>. Accesso: gennaio, 2015, p. 694. Ai fini del ragionamento che si intende fare in questo paragrafo si ritiene sufficiente non approfondire ulteriormente circa il significato del termine “interpretazione”. Vengono qui condivise, a tal proposito, le osservazioni dell'A., per il quale spesso si usa ricondurre sotto la parola interpretazione «cose troppo diverse» (RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **Comunicare, comprendere interpretare nel diritto**, p. 722), mentre in realtà andrebbero almeno distinte quelle attività attraverso le quali, come vedremo, si “aggiungono frammenti di testo” alle preposizioni normative.

A tal proposito, è stato messo in luce che una prima importante distinzione va compiuta tra coloro che adottano un “concetto ristretto di interpretazione”, per i quali essa avrebbe luogo solo nei casi in cui «il testo [risulta] oscuro o in una situazione di dubbio applicativo» e coloro che, invece, sostengono che l'interpretazione vi è sempre in quanto la decisione attorno al significato rappresenta un «presupposto necessario per l'applicazione», vedi GUASTINI, Ricardo. **Il diritto come linguaggio**, p. 129. Il secondo orientamento coglie, in linea di principio, la contrapposizione tra l'elemento *semantico* e *pragmatico*, per cui qualsiasi attribuzione di significato venga compiuta nei confronti di un testo normativo, essa deve sempre trovare giustificazione alla luce della fattispecie concreta a cui si vuole applicare.

giuridica⁵⁵.

Il punto di partenza dal quale i giuristi sono soliti costruire una logica del discorso giuridico è l'analisi del linguaggio legislativo e, dunque, dalle regole che stabiliscono l'utilizzo delle parole espresse dagli enunciati dell'autorità normativa e delle regole di produzione delle preposizioni "derivate". Rispetto alle prime, occorre precisare che gran parte dei termini del discorso legislativo seguono le regole di utilizzo del linguaggio comune. Va altresì detto, tuttavia, che vi sono parole che richiamano concetti di una certa rilevanza per il linguaggio normativo o che non vengono usate secondo la prassi comune e, pertanto, si esige un maggior grado di rigosità nella loro specificazione⁵⁶. Quanto alle "regole di trasformazione", come si è visto, il diritto, esattamente come disciplina i comportamenti umani, regola la sua stessa creazione e riproduzione: le norme sulla produzione ed i criteri ordinatori delle fonti costituiranno pertanto i punti di riferimento attraverso i quali il giurista dà luogo a costruzioni teoriche relative alle qualità della norma ("validità/invalidità", "efficacia/inefficacia", "esistenza/inesistenza", etc.).

Ricomponendo il quadro d'insieme fin qui descritto, possiamo distinguere due livelli di discorso giuridico: quello del legislatore e quello della scienza giuridica. Pertanto, si tratta ora di comprendere quali relazioni si instaurano tra linguaggio legislativo e linguaggio della dottrina, nonché quali pretese di correttezza il secondo può vantare rispetto al primo.

Per iniziare, si tenga presente che, per la qualità degli enunciati che esprimono, il discorso del legislatore e quello della dottrina sono cose ben diverse. Allo stesso modo, tuttavia, questa differenza è destinata ad offuscarsi nel momento in cui si dà applicazione al primo. Nei ragionamenti giuridici gli enunciati che formano le premesse e le conclusioni del discorso non sono "norme", ma "proposizioni normative"⁵⁷, ossia enunciati che *asseriscono* determinate qualità delle norme. Un conto è «l'asserto che afferma che il diritto dispone una certa cosa, ed è una

⁵⁵ STAFFEN, Márcio Ricardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Dostoiévski e a polifonia do direito**: o eterno marido na era das súmulas vinculantes. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 182-190, 2011. Disponível em <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/293>>. Acesso em janeiro, 2015.

⁵⁶ Si pensi a parole come «buon costume», «proprietà», «utilità sociale» o «finalità sociali», ecc... È da notare che spesso, in ambito dottrinale, si usa circoscrivere o specificare il loro "contenuto" mediante il collegamento con altri enunciati normativi, gerarchicamente o materialmente subordinati.

⁵⁷ Cfr. GUASTINI, Ricardo. **Il diritto come linguaggio**, p. 192. Sul punto, si veda anche BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**. Milano: Giuffrè, 2007., p. 89, il quale distinguendo tra *norme* e *proposizioni normative*, sostiene il carattere sostanzialmente descrittivo di queste ultime che, pertanto, potranno dirsi "normative" in quanto "relative a norme", ossia poiché «affermano che una determinata norma esiste, appartiene ad un determinato ordinamento, è applicabile ad un certo caso, o è efficace». L'A. sviluppa queste riflessioni sulla scorta della teoria di VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma e azione**. Un'analisi logica. Bologna: Il Mulino, 1989; successivamente ripresa e sviluppata anche da ALCHOURRÒN, Carlos Eduardo. **Logic of Norms and Logic of Normative Propositions**. In: Logique et analyse, 12, 1969.

preposizione normativa vera o falsa», un altro è l'asserto che prescrive o dispone alcunché, ossia la norma giuridica di cui si può dire solo se sia stata eseguita o meno⁵⁸. Tuttavia, se le regole di comportamento «siano prive di valori di verità, non sono però prive di valori di verità le preposizioni che vertono su di esse»⁵⁹. Di conseguenza, le regole della logica potranno applicarsi alle norme indirettamente, «per il tramite delle preposizioni normative che le ripetono e le descrivono»⁶⁰.

I valori di verità possono dunque trasmettersi alle norme *in via riflessiva* per mezzo dei discorsi della scienza giuridica che aspirano a soddisfare una pretesa di correttezza. Ma costruire un insieme di enunciati “coerente” e “unitario” è utile anche a ridurre i rischi di incomprensione tra l'autorità normativa e gli organi dell'applicazione: il processo conoscitivo della dottrina dunque viene sistematicamente trasferito nella pratica del diritto. Si pensi a come la dottrina interviene nel processo di interpretazione del significato delle disposizioni, da un lato, mediante la selezione degli usi linguistici *validi* (tra i quali dunque troveremo non solo quelli posti dall'autorità normativa⁶¹, ma anche quelli indicati dalla scienza giuridica stessa), dall'altro, attraverso i suoi contributi in merito alla volontà e dalle finalità perseguite dall'autorità normativa⁶². Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, l'interpretazione non fuoriesce dal contesto linguistico: qualsiasi indagine circa lo “spirito” di un determinato istituto o “l'intenzione del legislatore” dovrà necessariamente prendere le mosse dagli enunciati normativi in materia o, meglio, dalle “preposizioni normative” che ne descrivono il contenuto⁶³: la “sistemazione dei concetti” svolta dalla dottrina giuridica adempie esattamente a tale scopo.

Questo rilievo è assai importante per il giurista che intende studiare il diritto costituzionale di altri paesi, in quanto lui stesso non potrà fare a meno di interpretare le disposizioni che incontra nella sua ricerca. Di conseguenza, è evidente che sarà tenuto a conoscere il metodo ermeneutico utilizzato nell'ordinamento oggetto del suo studio⁶⁴.

In conclusione, in astratto non sarebbe necessario fuoriuscire dal linguaggio dell'autorità ed

⁵⁸ BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**, p. 41.

⁵⁹ Vedi GUASTINI, Ricardo. **Il diritto come linguaggio**, p. 190 e ss.

⁶⁰ GUASTINI, Ricardo. **Il diritto come linguaggio**, p. 192.

⁶¹ Ad esempio, l'art. 12 delle “preleggi” del codice civile.

⁶² Cfr. CHIASSONI, Pierluigi. Presentazione, in BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**, p. LX.

⁶³ Sul punto si veda BOBBIO, Norberto. **Scienza del diritto e analisi del linguaggio**, p. 354-5, per il quale «il passaggio dall'interpretazione della lettera all'interpretazione dello spirito non rappresenta altro che l'estensione delle indagini sull'uso della parola in questione a contesti di preposizioni sempre più numerose e via via sempre meno affini al contesto iniziale».

⁶⁴ SCARCIGLIA, Roberto. **Introduzione al diritto pubblico comparato**, p. 60.

immergersi in altri campi della scienza (la filosofia, la sociologia, l'etica, ecc...) per definire il significato del linguaggio legislativo: è evidente che il diritto conosce e "fa proprie" valutazioni del campo "morale" o di altre discipline scientifiche. Cionondimeno, gli organi dell'applicazione sono soliti modificare i contesti linguistici al fine di conferire un significato nuovo alle disposizioni e di adattare il discorso normativo ai mutamenti della realtà⁶⁵.

5.1 L'ARGOMENTAZIONE E LA MANIPOLAZIONE DEL LINGUAGGIO NORMATIVO.

Qualora si ipotizzi un linguaggio legislativo unitario e coerente, la *ricerca* della disposizione da applicare non dovrebbe dar luogo ad esiti incerti⁶⁶: essa sarà rintracciabile seguendo le "indicazioni" offerte dagli enunciati dell'autorità normativa.

Nella prassi giuridica, tuttavia, è possibile registrare due situazioni alternative: in alcuni casi, agli occhi dell'organo dell'applicazione, l'ordinamento "fornisce" in modo chiaro e inequivoco la regola di comportamento relativa al caso concreto, in altri, invece, permangono degli elementi di incertezza.

È stato osservato che, generalmente, questa seconda circostanza può verificarsi per tre ragioni: in primo luogo, può darsi che dalle disposizioni non possa ricavarsi alcuna norma che si riferisca al caso (*lacuna normativa*); in secondo luogo, è possibile che nell'ordinamento esistano due o più norme riconducibili alla fattispecie concreta, ma che esse manifestino soluzioni contrastanti (*contraddizione normativa*); infine, si può riscontrare una norma applicabile al caso concreto, ma la sussunzione risulta essere impraticabile a causa dell'indeterminatezza dei concetti utilizzati dal legislatore nel descrivere la fattispecie astratta (*lacuna di riconoscimento*)⁶⁷.

Come abbiamo già anticipato a proposito del giudizio di validità delle norme giuridiche, il momento dell'*applicazione* costituisce una "verifica" sull'unità e la coerenza dell'ordinamento giuridico. Immaginiamo, pertanto, il possibile atteggiamento del giudice nelle situazioni appena descritte. In ognuna di queste ipotesi, l'intervento del giudice si risolve in una "innovazione" del

⁶⁵ Senza che ciò determini, come si è detto, che il linguaggio normativo si "colorisca" di preposizioni provenienti da altri rami delle scienze umane. Qui si vuole affermare che i mutamenti della realtà influiscono sulla scelta delle argomentazioni degli organi dell'applicazione, non che le premesse normative del ragionamento giuridico vadano interpretate facendo rinvio a preposizioni o ricerche di altri rami delle scienze.

⁶⁶ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, p. 350. L'A., tuttavia, illustra la possibilità che nel linguaggio normativo, così come nei discorsi concernenti altri campi scientifici, si presentino lacune ed antinomie, senza che ciò comporti il "crollo" del sistema scientifico: BOBBIO, Norberto. *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* p. 362.

⁶⁷ BULYGIN, Eugenio. *Il positivismo giuridico*, p. 64.

diritto⁶⁸: nel caso in cui riscontri una lacuna normativa sarà costretto ad “aggiungere” una (nuova) norma relativa al caso specifico (ricavata per analogia da casi simili o da disposizioni di principio o altro ancora); nel caso di conflitto tra due norme il giudice dovrà “scegliere” di applicarne una escludendo le restanti; nell’ultima ipotesi, infine, il giudice, decidendo se ricondurre o meno la fattispecie concreta in quella astratta prevista in via legislativa, allarga o restringe la “descrizione” di quest’ultima.

Questi esempi ci permettono di affermare che ogniqualvolta il giudice riscontri una lacuna o un’antinomia nel linguaggio normativo la sua attività di interpretazione si dissocia dalle regole del discorso legislativo: attraverso la sua argomentazione egli acquista la legittimazione a “creare” la norma nel caso concreto.

Nel tentativo di offrire delle conclusioni (necessariamente) approssimative, si potrebbe sostenere che nelle operazioni di applicazione degli operatori giuridici è opportuno distinguere tra “un’attività interpretativa” ed una che andrebbe più propriamente definita “manipolativa” o “creativa”⁶⁹.

La prima si risolve nell’identificazione dei significati che esprimono le disposizioni secondo le regole ermeneutiche comuni. Essa, pertanto, ha uno scopo “cognitivo” in quanto informa l’interprete che una determinata disposizione (D), sul piano linguistico, può essere “compresa” in modi differenti e, dunque, esprimere differenti contenuti prescrittivi⁷⁰. All’interno della “cornice” di significati (ad esempio: N1, N2, N3) ricavati dall’interpretazione cognitiva, l’operatore giuridico deciderà la norma (ad esempio: N2) che utilizzerà come giustificazione del provvedimento concreto.

Ora, può anche darsi che la scelta dell’operatore giuridico ricada al di fuori della “cornice” di significati ricavabile secondo le tecniche interpretative in uso. In questo caso sono due gli

⁶⁸ La risposta dovrebbe essere differenziata a seconda degli ordinamenti che si prendono in considerazione, dal momento che, in linea teorica, il giudice potrebbe “non esprimersi” ed evitare di “creare” una nuova norma. Cionondimeno, nell’ordinamento italiano (art. 12 delle “preleggi” del Codice civile) il giudice è tenuto comunque a far ricorso alle «disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe» oppure «ai principi generali dell’ordinamento giuridico» nell’ipotesi in cui non vi sia una disposizione specifica che regoli la fattispecie concreta.

Questo tipo di risposta al problema delle “lacune normative” è condiviso da diversi ordinamenti ed è coerente con la tradizione liberale dello Stato di diritto. Il codice napoleonico, infatti, allo scopo di impedire che il giudice facesse ricorso a riferimenti normativi “esterni” (in particolare alla tradizione giuridica legata al periodo precedente la Rivoluzione) all’art. 4 stabiliva che «il giudice che rifiuterà di giudicare, con il pretesto del silenzio, dell’oscurità, o dell’insufficienza della legge, potrà essere perseguito come colpevole di diniego di giustizia». Da queste basi, sorgerà la tradizione interpretativa del “corredato disposto” e del riferimento “alle intenzioni del legislatore”, quali strumenti ulteriori finalizzati a chiarire il significato delle disposizioni.

⁶⁹ RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **Comunicare, comprendere interpretare nel diritto**, p. 714.

⁷⁰ GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto**, p. 403.

elementi che vengono in rilievo: in primo luogo, il fatto che in tal modo si procede alla creazione di una norma “inespressa” in quanto non ricavabile dalla disposizione (D); in secondo luogo, la norma risultante (poniamo: N4), costituisce una “*creazione in senso forte*” del tutto analoga ad un qualsiasi atto di produzione normativa⁷¹. Da parte sua l’interprete potrà argomentare che in realtà la manipolazione venga compiuta allo scopo di applicare una certa disposizione: egli nega di voler *prescrivere* un qualcosa, ma afferma di voler semplicemente *spiegare* il significato di una disposizione. In altri casi, al contrario, si dichiara l’intento di *aggiungere, sostituire, rimuovere* dei frammenti linguistici, allo scopo di adeguare l’applicazione della disposizione a determinati principi di giustizia. A prescindere dalla motivazione che verrà utilizzata, in entrambe le ipotesi non si argomenta al fine di raggiungere un significato, bensì al fine di creare una diversa preposizione dalla quale si possa estrarre una norma che prescriva qualcosa di diverso e che non era ricavabile dalla preposizione originaria⁷².

6. L’INTERPRETAZIONE COME “SCOPERTA” E COME “CREAZIONE”

Nell’ordinamento italiano soltanto la Corte Costituzionale potrebbe legittimamente praticare il tipo di operazioni di cui si è appena parlato. Pertanto, di fronte ad un caso concreto, a meno che non sussistano “lacune” o “contraddizioni” tra le disposizioni, l’ordinamento non permetterebbe ai giudici comuni di “manipolare” le premesse normative.

I giudici sarebbero quindi “obbligati” ad applicare quanto il diritto dispone nel caso in cui l’ordinamento detti in maniera univoca disposizioni relative al caso concreto.

Cionondimeno, occorre puntualizzare alcuni aspetti della questione al fine di evitare fraintendimenti. Anzitutto, l’obbligatorietà è un attributo che attiene al linguaggio prescrittivo, ossia alla norma giuridica, e non alle preposizioni normative, che sono invece enunciati del linguaggio descrittivo. Come è stato detto, per l’identificazione di una prescrizione non è sufficiente un’indagine semantica: affinché si possa dire di una disposizione che essa “appartiene” all’ordinamento giuridico, e sia perciò “esistente”, è necessario che sia *effettivamente usata* per prescrivere (indagine pragmatica).

Il *diritto “vivente”* non può essere logicamente dedotto dal testo delle preposizioni,

⁷¹ GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto**.

⁷² RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **Comunicare, comprendere interpretare nel diritto**, p. 724-725.

nemmeno nel caso in cui esse presentino un testo privo ambiguità, dal momento che l'univocità semantica non coincide e non garantisce l'effettività della norma giuridica. Il risultato dell'interpretazione, come si è visto, dipende anche dalle argomentazioni messe in campo dall'operatore giuridico in merito alla coerenza e alla completezza dell'ordinamento (a prescindere dal fatto che esse trovino o meno fondamento su un concetto giuridico o morale di giustizia). Sul piano pragmatico, pertanto, tutte le disposizioni sono potenzialmente ambigue, anche se semanticamente univoche.

Le tecniche argomentative sono gli strumenti attraverso i quali l'interprete, a seconda dei casi, "crea" o "colma" le lacune giuridiche qualora non ritenga di aver riscontrato sufficiente univocità nel linguaggio normativo. Così, ad esempio, viene creata una lacuna quando si interpreta un termine in senso "restrittivo" o mediante l'argomento "a contrario", escludendo così che la disposizione possa estendere la sua operatività oltre un certo numero di fattispecie. In maniera analoga, con l'argomento della "dissociazione" viene introdotta all'interno di una classe di fattispecie una distinzione non prevista dalla sua formulazione: la norma (astratta) finisce col regolare solo una sottoclasse di comportamenti lasciando scoperti gli altri ai quali, il senso letterale della disposizione, sembrava pur riferirsi.

Anche al di fuori dei casi in cui il giudice è "costretto" a creare nuovo diritto a causa delle ambiguità presenti nelle formulazioni rispetto ad un caso determinato, possono darsi delle ragioni per la sostituzione delle preposizioni giuridiche con altre di diverso significato. Il giudice "comune" può avere delle ragioni morali o prudenziali per cui decide di dare la prevalenza agli "obblighi morali" della propria coscienza, piuttosto che a quelli "giuridici" enunciati dall'ordinamento⁷³. La decisione relativa al *se* e *come* utilizzare tali argomenti, come già visto, rappresenta il frutto di valutazioni che l'interprete compie nella propria mente in base a fattori (di ordine razionale o etico) di volta in volta differenti. In tal modo, l'interpretazione risulterebbe essere sempre un atto di "creazione", in quanto, sebbene sul piano semantico vi possa essere un'immediata comprensione del linguaggio del legislatore, è l'elemento pragmatico che definisce le premesse decisionali.

Ricapitoliamo quanto si è voluto fin qui esprimere. In primo luogo, abbiamo parlato dell'ordinamento giuridico come di un vastissimo insieme di atti linguistici, il cui "contenuto"

⁷³ ATIENZA, Manuel. **Los limites de la interpretación constitucional**: De nuevo sobre casos trágicos. In: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 6. Alicante: Doxa, 1997, pp. 7-30.

esprime ciò che noi definiamo “diritto oggettivo”. Si è aggiunto che, tuttavia, quest’ultimo non coincide a sua volta con il “diritto vivente”, dal momento che la forma semantica delle disposizioni non ci dà sufficienti spiegazioni rispetto a “se” ed “in che modo” verranno applicate. Il profilo semantico e quello pragmatico, cioè “l’essere” dalla formulazione e il “dover essere” della decisione applicativa, convivono come “opposti necessari” in contraddizione dialettica. Entrambi formano parte costitutiva del processo interpretativo, benché uno tra i due (quello pragmatico) prevalga in via di fatto e retroagisca sui risultati ottenuti in ambito semantico, confermandoli o modificandoli secondo ciò che è ritenuto opportuno dall’interprete⁷⁴.

Tutto ciò, come è stato notato, non è in contraddizione rispetto al dato empirico per cui si riscontra una convergenza nel tradurre le disposizioni secondo il senso che esse semanticamente esprimono: una cosa è il dato pratico, un’altra quello razionale. Mentre il secondo è il frutto dell’analisi logica del linguaggio normativo, il primo è invece la conseguenza di elementi contingenti che determinano le scelte dell’interprete⁷⁵. Su questa base, dunque, si forma ciò che viene definito “diritto vivente”: la *ratio decidendi* diviene in tal senso “fatto normativo”, esattamente come l’atto che produce la norma generale ed astratta.

L’estensione del consenso raggiunto in giurisprudenza o in dottrina rispetto ad una determinata soluzione interpretativa, poi, contribuisce a dare maggiore o minore stabilità al “diritto vivente”, ma non può mutare in verità le norme ricavate da una certa disposizione. A tal ragione, costituiscono un esempio tangibile i diversi orientamenti che nel corso degli anni sono stati dati a medesime disposizioni anche non equivoche dal punto di vista semantico⁷⁶. Ciò dimostra che il linguaggio del diritto, a differenza di quello della logica analitica, non si ponga al di fuori del tempo e delle contingenze materiali che lo caratterizzano.

Come si è detto sopra parlando delle fonti originarie, la necessità «opera come presupposto

⁷⁴ CHIASSONI, Pierluigi. Presentazione, in BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**, p. LXV.

⁷⁵ L’interprete, pertanto, sceglierà se adottare un atteggiamento più o meno “conformista” rispetto all’orientamento interpretativo prevalente.

⁷⁶ A tal proposito si è prodotto l’esempio dell’art. 59 c.2 della Costituzione italiana (Cfr. supra Cap I) il quale, nonostante la sua univocità semantica, sotto la presidenza Pertini è stato interpretato nel senso che ciascun Presidente della Repubblica fosse autorizzato a nominare cinque senatori a vita e non nel senso che i senatori a vita dovessero essere in tutto cinque.

Ancor più emblematica, sul medesimo punto, è la posizione della Corte Costituzionale (sent. 16/1978) rispetto all’art. 75 c.2: nonostante il testo della disposizione riporti un elenco, per cui potrebbe essere dedotta l’intenzione del Costituente di individuare in maniera tassativa le materie sulle quali non può essere proposto referendum, i giudici di legittimità ritengono che in realtà si tratti di una prescrizione a “fattispecie aperta” e, pertanto, l’elenco sarebbe suscettibile di continuo aggiornamento (come effettivamente lo è stato).

del funzionamento o anche della creazione di una o più norme giuridiche»⁷⁷. In altre parole, così come la necessità sta alla base delle fonti originarie e dell'eventuale presenza di fonti *extra ordinem*, allo stesso modo costituisce la ragione delle convergenze riscontrabili sul piano delle prassi interpretative e, dunque, delle possibili "manipolazioni" a cui può andare incontro l'atto linguistico normativo. Sembra tuttavia proficuo, su tale questione, richiamare quanto detto in apertura a proposito della derivazione delle regole di comportamento da "fonti sociali". Il diritto, come le altre scienze umane (l'economia, la politica, etc.), è parte integrante della "*produzione della vita sociale*" poiché progetta (o meglio, intende progettare) la generalità dei comportamenti futuri.

A tal proposito, si consideri l'insegnamento di Michel Mialle:

«la società intesa come modo di produzione, unità complessa di istanze autonome, non può essere compresa nel suo funzionamento e nella sua evoluzione se non in riferimento alle determinazioni che emanano da tutti i livelli, da tutte le istanze. Quest'insieme di determinazioni costituisce una *struttura* che può essere considerata esplicativa del rapporto causale sociale»⁷⁸.

Indagare la *struttura* che l'esperienza giuridica contribuisce a comporre, dunque, significa iniziare a guardare al diritto non più come mero "linguaggio" né come semplice "fatto", ma come una *pratica sociale* con la quale si sviluppa un progetto, più o meno cosciente e condiviso, sia attraverso la produzione di atti normativi sia attraverso la manipolazione del linguaggio del legislatore. Questa seconda prospettiva ci permette di comprendere come il c.d. attivismo giudiziario sia una realtà imprescindibile a fronte del crescente dinamismo politico, economico e culturale che caratterizza il nostro tempo. Di questa tendenza del diritto moderno deve tener conto il comparatista, il quale non potrà limitarsi a descrivere i "fatti" normativi (leggi, regolamenti, sentenze, tesi dottrinali, etc.) ma dovrà volgere lo sguardo anche a quelle componenti che fungono da «elementi di integrazione» del sistema giuridico e che, pertanto, conferiscono a quest'ultimo stabilità e identità.

REFERENZE BIBLIOGRAFICHE

ALCHOURRÒN, Carlos Eduardo. **Logic of Norms and Logic of Normative Propositions**. In: Logique

⁷⁷ Vedi PIZZORUSSO, Alessandro. **Delle fonti del diritto**, p. 11.

⁷⁸ Vedi MIAILLE, Michel. **Introduzione allo studio critico del diritto**, p. 72. Secondo l'A., dunque, «non è il livello economico, politico o ideologico che spiega tale o tal'altro gesto che io compio, è la struttura complessa delle causalità che appartengono a questi diversi livelli a essere la "causa" di questo gesto».

et analyse, 12, 1969.

ATIENZA, Manuel. **Los limites de la interpretacion constitucional**: De nuevo sobre casos trágicos. In: Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 6. Alicante: Doxa, 1997, pp. 7-30.

BOBBIO, Norberto. **Scienza del diritto e analisi del linguaggio**. Milano: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1950.

BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**. Milano: Giuffrè, 2007.

CRISAFULLI, Vezio. **Lezioni di diritto costituzionale**, II. Padova: CEDAM, 1993.

ESPOSITO, Carlo. **Validità delle leggi**: Studi sui limiti della potestà legislativa, i vizi degli atti legislativi e il controllo giurisdizionale. Padova: 1934.

GUASTINI, Ricardo. **Le fonti del diritto**: fondamenti teorici. Milano: Giuffrè, 2010.

_____. **Il diritto come linguaggio**. 2ª Ed. Torino: Giapichelli, 2006.

MIAILLE, Michel. **Introduzione allo studio critico del diritto**. Roma: Savelli, 1979.

MODUGNO, Franco. **Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto**. Torino: Giapichelli, 2005.

PAULSSON, Jan. **The Idea of Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PIZZORUSSO, Alessandro. **Corso di Diritto Comparato**. Milano: Giuffrè, 1983.

_____. Delle fonti del diritto. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura di). **Commentario al codice civile**. Bologna-Roma: Zanichelli, 1977.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo. **L'atto normativo**. Bologna: Zanichelli, 1998.

_____. La Costituzione come progetto apicale e generale. In.: **Le fonti del diritto**, oggi: Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. Comunicare, comprendere interpretare nel diritto. In: **Diritto Pubblico**. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 2009. Bologna DOI: 10.1438/32545. Disponibile in: <<http://www.rivisteweb.it/doi/10.1438/32545>>. Accesso: gennaio, 2015.

SCARCIGLIA, Roberto. **Introduzione al diritto pubblico comparato**. Bologna: Il Mulino, 2006.

STAFFEN, Márcio Ricardo; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Dostoiévski e a polifonia do direito**: o eterno marido na era das súmulas vinculantes. RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais,

Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 3, p. 182-190, 2011. Disponível em <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/293> >. Acesso em janeiro, 2015.

VON WRIGHT, Georg Henrik. **Norma e azione. Un'analisi logica**. Bologna: Il Mulino, 1989.

POR UMA CONQUISTA HISTÓRICA: A PROTEÇÃO DAS ÁGUAS NO BRASIL E NA BOLÍVIA E A SUSTENTABILIDADE ALÉM DAS FRONTEIRAS DOS ESTADOS

Luana Rocha Porto Cavalheiro¹

INTRODUÇÃO

O uso sustentável da água doce é matéria de estudos em todo o planeta, porque o conhecimento de que a água é um bem finito e associado a todas as formas de vida preocupa o ser humano, pois sem água a vida animal ou vegetal pode ser extinta.

Estamos diante de uma crise ambiental que se manifesta no mundo todo, nesse contexto é dever do homem - ser dotado de racionalidade – preservar e usar sustentavelmente a água. Para evitar a escassez desse recurso hídrico deve haver uma reeducação na sua utilização para que as futuras gerações possam viver com dignidade e qualidade de vida.

A importância deste tema, também consiste na possibilidade de estudar algumas leis que estão em vigor e que coíbem o desperdício e a poluição da água no Brasil e na Bolívia. É sabido que, o consumo irregular da água é o principal fator que pode levá-la a escassez. Diante disso, deve-se ter respeito na utilização da água doce, pois é um bem finito que move todas as formas de vida no planeta Terra.

A verdade é que a água nunca foi respeitada, pois sempre tivemos, especialmente no Brasil, água em abundância e gratuita. Com a outorga da água, teve uma espécie de reeducação no consumo da água, mas recuperar o que já foi degradado e poluído é muito difícil, para não dizer impossível.

Primeiramente, será realizada algumas reflexões em torno dos direitos humanos fundamentais, com destaque na água, que é um dos nossos mais valiosos recursos naturais. Num segundo momento, passar-se-á à análise da proteção da água no Brasil e na Bolívia, destacando algumas leis infraconstitucionais e a legislação constitucional dos referidos países.

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade Meridional, Linha de Pesquisa Fundamentos da Democracia e da Sustentabilidade. e-mail: luanna.cavalheiro@hotmail.com. Artigo desenvolvido para fins de aprovação na disciplina Transnacionalismo, Globalização e Direitos Humanos, ministrada pelo Professor Dr. Márcio Staffen.

Por fim, será estudado a importância da sustentabilidade diante do recurso natural: água. Ou seja, além das leis, tratados e movimentos que ocorreram e ocorrem em todo o mundo para a preservação, proteção e reeducação na utilização da água e dos recursos naturais, a sustentabilidade também regula essa proteção para a presente e as futuras gerações.

1. REFLEXÕES A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Os direitos adquiridos pela humanidade, foram conquistados através de muitas lutas e reivindicações em cima das necessidades de cada época. Para Bobbio², os direitos do homem, “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Nesse sentido, importante que se tenha a consciência que eles surgem de modo gradual, de acordo com o contexto histórico vivido pela humanidade e a demonstração de suas necessidades, como por exemplo, houve um tempo em que muito se lutou por liberdade, igualdade. Atualmente, tal demanda já não é mais necessária, no entanto, a cada dia surgem novas demandas e que ensejam uma observação com mais cautela.

Dessa forma, os direitos humanos fundamentais vieram para possibilitar a todos os indivíduos uma vida digna, ou seja, com as proteções mínimas contra outrem e contra o arbítrio do Estado. Os direitos humanos são invioláveis, não podem ser recusados e nem transmitidos a outra pessoa, pode-se dizer que estabelecem uma camada protetora em cada indivíduo.

Os direitos humanos existem para proteger a pessoa tendo em vista o seu caráter universal. Eles estendem-se a todos pelo simples fato de serem pessoas. Não é preciso outra característica. São os direitos atraídos em torno da dignidade da pessoa, que serve como fundamento para a defesa de tais direitos. E também para que os indivíduos possam ver respeitados seus direitos para formar uma sociedade justa, livre e igual, e não precisarem buscar sua proteção ao judiciário.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo

² Bobbio, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.³

De acordo com a situação ocorrida com a água a nível mundial, percebe-se a necessidade de refletir sobre a importância de ver esta como um direito humano fundamental, já que sem ela uma vida com dignidade não seria possível. Trata-se de um bem fundamental à existência humana e por isso deve ser tratada como tal.

Nesse sentido, nota-se que os direitos humanos que fundamenta à água, ultrapassa as fronteiras dos Estados. Para Rodotá⁴ as fronteiras abstraem e limitam a humanidade, torna os indivíduos meros sujeitos definidos em normas e, abre espaço para a violação de direitos e a coisificação da vida. Isso não pode ocorrer com os direitos humanos fundamentais, para esclarecer melhor, com os recursos hídricos.

As decisões em torno dos recursos hídricos devem ser tomadas em liberdade e igualdade pelos indivíduos, como patrimônio comum da humanidade, deve ser pensada como um direito Global. Cassesse⁵ explica que seria possível criar uma Constituição Global para tratar de determinados assuntos de interesse mundial, como os direitos humanos fundamentais, que ao nosso ver, esse relevante tema seria indispensável na constituição global de Cassesse.

Nessa concepção, o direito a água deve ser tratado como um direito humano inerente ao homem diante de suas particularidades, vez que a água lhe move a vida.

2. UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE A PROTEÇÃO DA ÁGUA NO BRASIL E NA BOLÍVIA

A água é um recurso natural associado à vida no planeta Terra e precisa ser utilizada de forma sustentável, pois a água é um recurso natural esgotável. A população do planeta, no decorrer dos anos, continuará aumentando e, se nada foi feito em relação ao consumo da água doce podemos estar caminhando rumo a extinção da vida humana no planeta. Neste sentido, Todorov⁶ explica que:

³ Bobbio, Norberto. **A Era dos Direitos**, p. 25.

⁴ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

⁵ CASSESSE, Sabino. **Oltrelostato**. Verso una nuova costituzione globale? Roma-Bari: Laterza, 2006.

⁶ TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 203.

“[...] a população do globo aumenta incessantemente, os habitantes de numerosos países têm agora os meios para elevar seu nível de vida, ao passo que os recursos terrestres em energia, em água ou em terras férteis são limitados”.

A água como patrimônio comum da humanidade deve estar assegurada, pois consiste em uma herança do passado que é destinada as gerações futuras do planeta. Nessa concepção destaca-se que a água é um recurso natural finito e precisa ser tratada com limite e respeito pelo homem para a preservação de sua própria vida e dos outros seres que habitam o planeta.

Visando elevar a água a direito fundamental expreso constitucionalmente, a Constituição da Bolívia, no artigo 20, no Título II que trata dos direitos fundamentais, prescreve que “toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativa a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, telecomunicaciones y transporte”, neste sentido todas as pessoas tem direito a água potável, e o mesmo artigo afasta a privatização da água potável no inciso III “los servicios básicos no serán objeto de concesión ni privatización”.

A Bolívia elevou a água a direito fundamental assegurado constitucionalmente, afastou a privatização do recurso hídrico mais valioso do planeta e, assegurou a todos os indivíduos o acesso a esse direito básico e essencial para a vida do ser humano.

Dessa forma, importante destacar a revolução ocorrida na Bolívia em Cochabamba em 2000, na qual as pessoas reivindicavam a não privatização da água, solução que mais tarde foi positivada na esfera constitucional do país como demonstra o inciso III do artigo 20 da Constituição da Bolívia.

Para espelhar melhor a realidade, a Guerra da Água⁷, ocorreu em um dos lugares mais privilegiados no que diz respeito aos recursos hídricos no mundo: na América Latina. A revolução ocorreu face as ações do governo que pretendia privatizar a água da cidade de Cochabamba. Segundo Modelli⁸ iniciou-se uma revolta popular com a recusa dos moradores de pagar as altas contas de água da empresa Águas del Tunari. Após prisões em massa de líderes sindicais e manifestantes, o governo cedeu as reivindicações dos manifestantes e desistiu de continuar o contrato com a empresa, vez que a administração da água voltou para o governo e foram revogadas as leis que previam a sua privatização.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 previu o fim da privatização do uso dos recursos

⁷ Guerra da Água é a expressão utilizada para se referir a revolução ocorrida em Cochabamba em 2000.

⁸ MODELLI, Laís. **Guerra pela água na América Latina**. Especial Caros amigos: a primeira à esquerda. Ano XVIII: n.º 72.

hídricos. Abordou o tema de frente e com maior amplitude que as Constiuições brasileiras anteriores. Determinou que a água fosse de bem de domínio público, e que a União detém a competência privativa para legislar sobre águas, mas cabe em comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a defesa do meio ambiente e o combate à poluição.

Para minimizar o uso indevido do recurso natural, água, o legislador brasileiro, editou normas constitucionais, conforme previsto no art. 225⁹ da Constituição Brasileira de 1988 e leis infraconstitucionais, como: a Lei 9.605/1998, Código Civil de 2002, Código de Águas – lei n.º 24.643/34, Política Nacional dos Recursos Hídricos - lei n.º 9.433/1997, Resoluções do CONANA, e Instruções Normativas.

As leis em vigor no Brasil definem o direito de propriedade dos cursos d'água, a preservação, a manutenção, o domínio, o usufruto, a poluição, bem como disciplinam as punições para o agente causador de dano na qualidade e uso da água.

Atualmente no Brasil, ocorre algo parecido com o que aconteceu na Bolívia no ano de 2000. A cidade de São Paulo/SP está sofrendo as terríveis consequências da má utilização da água doce, ou seja, algumas regiões da referida cidade já estão sofrendo com a falta de água. É uma catástrofe ambiental e social e, chegou-se a cogitar a proposta da privatização da água.

A privatização pode levar a uma grave crise hídrica, vez que penalizaria os indivíduos mais pobres restringindo o uso desse bem comum, que é acima de tudo direito humano fundamental.

Uma das soluções temporárias encontradas para minimizar a crise hídrica em São Paulo foi o rodízio com 5 dias sem água para determinadas regiões, que será posto em prática caso as chuvas não melhorarem, assim:

Apesar de já estar sendo usada a segunda cota do volume morto do sistema, o “rodízio drástico” só deve acontecer se as chuvas nos mananciais continuarem abaixo da média e se não surtirem efeito medidas como redução da pressão da água distribuída e da quantidade captada, criação de bônus e sobretaxa para incentivar menos consumo, além de planos para aproveitar a reserva da Billings.¹⁰

A água já está em disputa, pois com cada vez menos água ocorrerá mais conflitos, dessa forma os indivíduos devem repensar suas atitudes frente a esse recurso hídrico, vez que como

⁹ Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁰ PEREIRA, Elvis e outros. **Rodízio com cinco dias sem água já preocupa paulistanos**. Folha de São Paulo. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2015/02/1582941-rodizio-com-cinco-dias-sem-agua-ja-preocupa-paulistanos.shtml>> Acesso em: 04 jan. 2015.

visto este é finito.

A água doce tem tratamento diferenciado no Brasil e na Bolívia. Na Bolívia a água é direito fundamental, enquanto no Brasil, o meio ambiente é tratado como direito fundamental de terceira dimensão, sendo assim a água recebe apenas indiretamente esse tratamento pelo Brasil. Nesse viés, importante destacar que em julho de 2010, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a resolução 64/292, proposta pela Bolívia, que reconhece o direito humano a água potável limpa e saneamento básico. Essa resolução dispõe que cada pessoa precisa ter acesso à água saudável, e que a água esteja disponível em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades pessoais.

A água doce disponível no mundo é escassa, conhecendo a finitude e a vulnerabilidade da água a humanidade, vem, trabalhando em campanhas de conscientização na busca de uso sustentável da água. Como estudado, o Brasil e a Bolívia também estão trabalhando os vários aspectos da sustentabilidade do uso da água, enquanto recurso natural, finito e indispensável para a vida.

3. A PROTEÇÃO SUSTENTÁVEL DOS RECURSOS NATURAIS ALÉM DAS FRONTEIRAS

Há muito tempo, os seres humanos têm-se utilizado desenfreadamente dos recursos naturais em busca do progresso, hábitos que no decorrer dos anos foram modificados à descoberta da finitude dos recursos naturais. Essa visão antropológica, na busca do progresso, bem como, no bem-estar humano, tem levado a degradação dos recursos naturais, com a sua utilização descontrolada pela humanidade. Dessa forma, os recursos naturais com o passar dos anos só tendem a diminuir, enquanto a população no planeta aumenta constantemente, e a consequência disso é o impacto ambiental realizado pelas ações humanas insustentáveis.

Neste sentido, o processo de desenvolvimento baseado somente no modo econômico não tem levado a civilização a bons resultados. Neste novo momento que a humanidade vive, mesmo com a exploração desses bens ambientais naturais, é possível verificar uma crescente conscientização e respeito em relação aos recursos naturais e a natureza. Dessa forma, segundo Leff¹¹:

¹¹ LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Rio de Janeiro: Vozes, 2001, p. 15.

O princípio de sustentabilidade surge no contexto da globalização como a marca de um limite e o sinal que reorienta o processo civilizatório da humanidade. A crise ambiental veio questionar a racionalidade e os paradigmas teóricos que impulsionaram e legitimam o crescimento econômico, negando a natureza. A sustentabilidade ecológica aparece assim como um critério normativo para a reconstrução da ordem econômica, como uma condição para a sobrevivência humana e um suporte para chegar a um desenvolvimento duradouro, questionando as próprias bases da produção.

A sustentabilidade está ligada de maneira geral ao desenvolvimento, que está ligado à preservação do meio ambiente e seus recursos naturais. Todavia esta concepção não é única, pois a sustentabilidade é dinâmica, e permite uma infinidade de teorização a respeito, pois segundo Freitas¹², ela é multidimensional e podem ser estudadas nas dimensões ética, econômica, jurídico-política e social, “para consolidá-la nesses moldes, indispensável cuidar do ambiental sem ofender o social, o econômico, o ético e o jurídico-político”¹³. Nesse viés, o compromisso da sustentabilidade não apenas com a mitigação ambiental, mas com a prevenção e a precaução, no sentido de evitar danos previsíveis e gerar bem-estar¹⁴.

O termo sustentabilidade surgiu em 1972 com a Conferência de Estocolmo, depois houve a instalação de uma Comissão Mundial sobre o meio ambiente¹⁵. Na década de 80, foi apresentado pela Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), o Relatório Burdttan, ele define que o "Desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades". Cagliari e Santos¹⁶ explicam que estas preocupações sobre os recursos naturais “intensificaram-se a partir das décadas de 70 e 80, período em que o homem ‘despertou’ para os problemas ambientais, surgindo a partir daí legislações preocupadas com a temática, que até então não existiam” (2011, p. 28). Acrescenta Leff¹⁷ que:

A consciência ambiental surgiu nos anos 60 com a Primavera Silenciosa de Rachel Carson, e se expandiu nos anos 70, depois da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, celebrada em Estocolmo, em 1972. Naquele momento é que foram assinalados os limites da racionalidade econômica e os desafios da degradação ambiental ao projeto civilizatório da modernidade.

¹² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**, p. 57.

¹⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**.

¹⁵ JEAN-ARNAUD, André. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁶ CAGLIARI, Claudia Taís Siqueira; SANTOS, Marcelo Loeblein dos. **A ecocidadania na busca pela sustentabilidade planetária**. In: BALDO, Iumar Junior; CUSTÓDIO, André Viana. (organizadores). **Constituição, meio ambiente & políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2011, p. 28.

¹⁷ LEFF, Enrique. **Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**, p. 16.

Isto nos mostra que a preocupação com a presente e com as futuras gerações vem sendo estudada a décadas, mas que só atualmente tomou relevante importância na sociedade. Neste sentido é cada vez mais crescente essa preocupação do ser humano com o meio em que vivem, ao passo que são várias as leis, tratados e movimentos que demonstram isso, entre eles está as recentes mudanças nas Constituições do Equador e da Bolívia.

A Constituição do Equador em 2008 elevou o meio ambiente a sujeito de direitos, dando maior enfoque a sua proteção e preservação em seu artigo 71º¹⁸, e a Constituição da Bolívia em seu artigo 33º¹⁹ reconheceu os direitos dos animais no ano de 2009, também dando a estes maiores proteções²⁰. Com essas mudanças constata-se que as Constituições do Equador e da Bolívia estão afastando o antropocentrismo de suas normas em busca de direitos sustentáveis, direcionando-se ao futuro do planeta Terra.

Leff²¹, explica que:

A sustentabilidade é o tema do nosso tempo, do final do século XX e da passagem para o terceiro milênio, da transição da modernidade truncada e inacabada para uma pós-modernidade incerta, marcada pela diferença, pela diversidade, pela democracia e pela autonomia.

Os seres humanos como parte da natureza, e dotados de racionalidade, tem o dever de proteger o meio ambiente, e os bens que o integram. O “ouro azul”, assim denominada por Carli, ou seja a água, é a principal fonte de vida do planeta, e deve ser tratada com respeito pela humanidade.

As atitudes humanas refletem diretamente no consumo da água doce, podendo o impacto de suas ações serem boas ou ruins para o meio em que vivemos. É necessária a conscientização individual do homem para que haja sustentabilidade no consumo da água doce, e sempre olhar ao reflexo que as atitudes humanas individuais podem gerar para toda a coletividade. Nesse viés:

O dia 22 de março é reconhecido internacionalmente como “O Dia Mundial da Água”, definido pela Organização das Nações Unidas (ONU) como marco da Campanha “Água para a Vida 2005/2015”. A ratio subjacente de se estabelecer uma data especial para celebrar o líquido precioso é o carácter

¹⁸ Artigo 71º. “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.”

¹⁹ Artigo 33º. “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”

²⁰ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza; STRECK, Lênio Luiz. **Um Direito Constitucional Comum Latino-Americano**: por uma teoria geral do novo constitucionalismo latino-americano.[s.l.].[s.ed.].[s.a.].

²¹ LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder, p. 9.

didático, no intuito de despertar a consciência de que a água é essencial para a sobrevivência de todos, inclusive do próprio Planeta Terra.²²

O consumo sustentável da água pressupõe um compromisso individual e coletivo do homem com o homem e com o meio ambiente, que se expressa na moderação, na preservação e utilização responsável dos recursos hídricos. Dessa forma, o olhar para a coletividade é uma constante construção de uma mudança no antropocentrismo para a construção de uma visão cidadã, visando à evolução do homem e do meio em que vive, permitindo que à geração atual possa suprir as suas necessidades sem comprometer a capacitação das gerações futuras.

Neste sentido, trata-se de uma responsabilidade do homem o uso equilibrado e limitado dos recursos naturais. Acrescenta Dupas²³ que:

Hoje a natureza se converteu num problema ético; ela está tão degradada por ações humanas que a nossa relação com ela converteu-se em problema decisivo na constituição do ser afetando as condições de vida sociais e a possibilidade de sobrevivência futura da espécie. Urge uma nova ética de responsabilidade, informada por um saber que ilumine as conseqüências deliberadas da ação humana.

Não existe, ainda, por grande parte dos indivíduos uma reeducação no consumo da água doce, principalmente por aqueles que têm fácil acesso aos recursos hídricos. Isso é notável. A praticidade acomoda os seres humanos, fazendo-os não mudar os hábitos insustentáveis de consumo da água. Mas será necessário a escassez da água atingir todo o território brasileiro para os indivíduos realmente se derem conta que esse recurso é esgotável? Ou, indo mais além, a água ficar escassa no mundo inteiro, e a denominação utilizada por Carli, “ouro azul”, se efetivar na prática e a água valer muito mais que o preço do ouro? Parece que isso nunca acontecerá, mas se não houver uma mudança paradigmática no consumo e utilização da água doce esse é o destino que nos espera.

A proteção a um meio ambiente saudável e equilibrado a partir de ações sustentáveis é a solução para dar o respeito aos recursos naturais, dos quais o homem e todos os seres que habitam o planeta Terra necessitam para sobreviver, aqui em enfoque a água doce. A preservação sustentável da água é um direito dos cidadãos, dos hóspedes presentes e futuros do planeta, e a importância da consciência da humanidade em ter atitudes sustentáveis influencia para ter-se

²² CARLI, Ana Alice de. **A água e seus instrumentos de efetividade**. Millenium: Rio de Janeiro, 2013.

Constituição da Bolívia, p. 203. Disponível em: <<http://www.transparencialegislativa.org/wpcontent/uploads/2013/04/Constitucio%CC%81n-Bolivia.pdf>> Acesso em: 28 março 2014.

²³ DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**. São Paulo: UNESP, 2006, p. 121.

uma vida com qualidade e dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história demonstra que a humanidade desenvolve-se explorando todas as formas de recursos naturais. Este modelo insustentável de desenvolvimento requer uma redefinição, ou seja, incorporar uma efetiva preocupação com os recursos naturais. Particularmente, para este estudo, interessa a água, que se constitui em preocupação de cientistas e estudiosos e vem, aos poucos, conseguindo, por meio de ações, programas e esclarecimentos à sociedade, ocupar um lugar de destaque nas discussões e na formulação de políticas públicas voltadas à proteção do direito à água para o presente e futuras gerações.

O Estado Brasileiro, ao passar dos tempos evoluiu a proteção ambiental, em suas normas, e também com políticas públicas de proteção e preservação ambiental. A proteção aos corpos d'água superficiais e subterrâneos abrange aspectos protetivos contra o desperdício e a poluição na esfera constitucional e infraconstitucional. A Bolívia está mais evoluída que o Brasil constitucionalmente, pois tem um artigo em sua Constituição que trata especialmente da proteção da água.

A sustentabilidade, também tem grande importancia na proteção da água para a manutenção da vida na Terra, pois com atitudes de preservação, ou seja, ações sustentáveis, conseguir-se-á manter a água própria para o consumo e também ajudar a evitar a escassez da água prematuramente. Dessa forma, nota-se que necessita-se da conscientização da população em relação ao fim dos recursos hídricos, inclusive atenção ao impacto das atitudes humanas em relação a água, seja pelo uso irregular ou ilimitado desta.

Já temos exemplos de fatos marcantes que ocorreram em torno da disputa pela água, a revolução em Cochabamba demonstra isso e, também o que vivencia-se atualmente em São Paulo. É fato e realidade, que a água pode sim acabar, nessa concepção, a maior preocupação em torno do consumo sustentável da água, é com a vida na Terra futuramente, seja a vida humana, vegetal ou animal, bem como a qualidade de vida das futuras gerações.

Os indivíduos precisam conscientizar-se enquanto ainda temos água em abundancia, para não sofrer as consequencias da escassez prematura da água num futuro muito próximo, e isso somente ocorrerá se os hábitos rotineiros irregulares dos seres humanos não forem modificados.

Por isso a importância do assunto ser colocado em pauta pelos governos do mundo inteiro, pois a água é direito humano fundamental e, todos os indivíduos devem ter acesso a ela.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAGLIARI, Claudia Taís Siqueira; SANTOS, Marcelo Loeblein dos. **A ecocidadania na busca pela sustentabilidade planetária**. In: BALDO, Iumar Junior; CUSTÓDIO, André Viana. (organizadores). *Constituição, meio ambiente & políticas públicas*. Curitiba: Multideia, 2011.

CARLI, Ana Alice de. **A água e seus instrumentos de efetividade**. Millenium: Rio de Janeiro, 2013.

Constituição da Bolívia. Disponível em: <<http://www.transparencialegislativa.org/wpcontent/uploads/2013/04/Constitucio%CC%81n-Bolivia.pdf>> Acesso em: 28 março 2014.

CASSESE, Sabino. **Oltreostato**. Verso una nuova costituzione globale? Roma-Bari: Laterza, 2006.

DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso**. São Paulo: UNESP, 2006.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JEAN-ARNAUD, André. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**. Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEFF, Enrique. **Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

MODELLI, Laís. **Guerra pela água na América Latina**. Especial Caros amigos: a primeira à esquerda. Ano XVIII: n.º 72.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza; STRECK, Lênio Luiz. **Um Direito Constitucional Comum Latino-Americano: por uma teoria geral do novo constitucionalismo latino-americano**. [s.l.]. [s.ed.]. [s.a.].

PEREIRA, Elvis e outros. **Rodízio com cinco dias sem água já preocupa paulistanos**. Folha de São Paulo. Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2015/02/1582941-rodizio-com-cinco-dias-sem-agua-ja-preocupa-paulistanos.shtml>> Acesso em: 04 jan. 2015.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana Angélica d'Avila Melo.
São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

UMA INTRODUÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS NO PLANO TRANSNACIONAL

Marlon André Kamphorst¹

INTRODUÇÃO

A trajetória de países, sobretudo no atual período, marcado pelo contexto de acumulação capitalista, mostra-se destituída de conteúdo ético e moral, o que projeta a ciência econômica num horizonte de distanciamento entre os valores humanos. A ética é a ciência que estuda e orienta o comportamento humano, enquanto a economia analisa esse comportamento no âmbito das relações entre as necessidades humanas e os recursos disponíveis.

As relações humanas perpassam esses valores na orbita 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 a ética, a constituir o reconhecimento ao patrimônio mínimo comum, delineado pelo respeito aos direitos humanos e fundamentais de forma absoluta.

O escopo teórico, que suporta todo o itinerário de elaboração desta pesquisa, perpassa a necessidade de reconhecimento dos direitos humanos de forma nacional e internacional, numa conjuntura que converge para o diálogo interdisciplinar, e demonstra os benefícios recíprocos quando unidas e visando as mesmas metas ou, quiçá, semelhantes. O alcance da ação ética deve perpassar não só o nível interno, mas considerar as relações que extrapolam os níveis de uma nação, com respeito a dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos.

Este artigo tem como objetivo abordar a problemática do desenvolvimento econômico diante das graves limitações de organização econômica e social quando suas políticas buscam apenas o bem-estar social, o acúmulo de bens, o aumento da produção e a ampliação das fronteiras comerciais. O que nos remete a vinculação dessa relação como o fenômeno plural e global que resulta de um movimento curiosamente circular de normas, atores, fatores e que

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Pós graduado em Direito Civil. Graduado em Filosofia e licenciatura plena. Professor de filosofia. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós Graduação em Filosofia). Advogado. E-mail: marlon@sicalnet.com.br

expressa processos de interação, não só complexos quanto amplos.

Considerando-se a intervenção crescente dos sistemas de justiça, nacionais, regionais, supranacionais e internacionais, sobre a vida coletiva, também como um fenômeno global, e como característica marcante deste início de Século. É justamente essa concepção de pluralismo que auxilia compreender sejam os processos de integração entre Estados reconhecidos não apenas sob as bases dos interesses do comércio ou da guerra e sim sob bases humanistas e éticas. E nesse sentido, sejam reconhecidos os direitos humanos de forma igual, supranacional, e globalmente admitidas como um patrimônio comum.

A estratégia de pesquisa utilizada é a investigativo-bibliográfica e, buscamos uma análise considerando a realidade social contemporânea que, em diversos aspectos e publicações, retrata a incapacidade do desapego aos bens e desejos particulares, o que leva a um agir auto interessado, e não ético, sendo que aos diversos valores e direitos advindos com a evolução dos tempos, das informações e da comunicação respalda para a existência também de uma nova era dos direitos, que devem ser legislados de forma global, para garantirem a eficácia de sua aplicabilidade dos direitos humanos e fundamentais.

O método que orientará essa abordagem é o indutivo que procura destacar os aspectos mais importantes para a construção de um entendimento global sobre a temática proposta. O método indutivo segue uma linha de raciocínio e argumentação onde “as premissas particulares consideradas inicialmente conduzem à conclusão, que será considerada a parte geral, mais ampla, do que as premissas basilares²”. O estudo segue dialogando, também, com comentadores e críticos do assunto.

Portanto, 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.

² Zambam; Boff; Lippstein. **Metodologia da pesquisa jurídica**: orientações básicas. Florianópolis: Conceito editorial, 2013.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: UM PATRIMÔNIO JURÍDICO COMUM

Podemos perceber que nos últimos séculos os Estados experimentaram significativas mudanças, notadamente no que tange aos limites de sua intervenção na autonomia do indivíduo e nas relações inter-privadas. Tal entendimento no âmbito Nacional parte dos próprios postulados incorporados pela Constituição de 1988, que instituiu um modelo de bem-estar atribuindo expressamente ao Estado, em diversas áreas, o dever de atuação direta em prol da realização de direitos fundamentais econômicos e sociais ao cidadão.

Direitos tais como educação, moradia, alimentação, saúde, assistência e previdência social, assim, não compete ao Poder Público, apenas a garantia de um auxílio social mínimo, capaz de propiciar a fruição das liberdades individuais. Essa concepção reflete uma tendência diversa, pautada na promoção da igualdade material pelo Estado e na ideia de redistribuição por meio da intervenção, à qual se poderia chamar de *Direito fundamental de cunho econômico-social*. Preditos direitos designam aspectos de fundamentalidade que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna.³

Acresça-se a isso o fato de que o novo texto constitucional foi generoso na tratativa dos direitos fundamentais, conferindo aos cidadãos brasileiros a titularidade de uma série de posições jurídicas até então não garantidas pelo sistema jurídico pátrio. A contradição entre a vasta previsão normativa de direitos fundamentais e o baixo grau de efetivação prática das disposições que os veiculam chamou, como seria natural, a atenção dos juristas, notadamente no campo dos direitos econômicos e sociais enunciados no artigo 6º da Lei Fundamental, tais como educação, saúde, assistência aos desamparados, previdência social, entre outros. A questão tornou-se ainda mais complexa diante da disposição inscrita no §1º do artigo 5º da Constituição Federal, segundo a qual “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

De um lado, não restaram dúvidas quanto ao fato de que a Lei Fundamental adotou o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, por atribuir expressamente ao cidadão uma série de posições jurídico-subjetivas de caráter social, e ao Estado uma vasta gama de deveres da mesma natureza dispostos ao longo do texto constitucional, em especial no Título VIII (“Da ordem

³ A Constituição de 1988 representou verdadeiro marco no Direito brasileiro, operando inúmeras mudanças e inaugurando tendências inovadoras nos mais variados ramos jurídicos. Diante da mudança de um cenário autoritário, construído sob a égide da ditadura militar, para um quadro marcadamente democrático instaurado pela nova ordem constitucional. Os estudiosos do Direito Público pátrio, impulsionados pelo movimento da dogmática constitucional emancipatória, depararam-se com a necessidade de desenvolver teorias e categorias dogmáticas dedutíveis da nova ordem jurídica que fossem capazes de emprestar efetividade à Constituição então promulgada.

social”), delineando o perfil de uma *Administração Pública inclusiva*.⁴

A ONU define os direitos humanos como sendo garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana. Assim, os direitos humanos são, pois, garantidos internacionalmente, juridicamente protegidos e universais, porque baseados num sistema de valores comuns. Centram-se na dignidade do ser humano, obrigando os Estados e agentes estaduais a proteger indivíduos e grupos.

Para Habermas⁵, os cidadãos têm seu status determinado de acordo com os direitos individuais que dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos, e estes direitos são direitos subjetivos assegurados de forma negativa, ou seja, gozam de proteção Estatal quando ameaçados ou violados, e atua o Estado proporcionando um aparato administrativo público atuante na defesa dos interesses da sociedade, e serve à sociedade na medida em que protege seus direitos subjetivos.

A condição de primazia dos direitos humanos é sopesada por Habermas⁶, quando refere que:

O liberalismo que remonta a Locke, conjurou o perigo das maiorias tirânicas e postulou uma primazia dos direitos humanos. Em um desses casos, **a legitimidade dos direitos humanos se deveria ao resultado de um auto-entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma coletividade política**; no outro caso, os direitos humanos, já em sua origem, constituíram barreiras que vedariam à vontade do povo quaisquer ataques a esferas de liberdade subjetivas e intocáveis. (...) a idéias dos direitos humanos, que se enuncia no direito em relação a liberdade de ação subjetivas e iguais, não pode nem simplesmente impingir-se ao legislador soberano como uma barreira externa, nem se deixar instrumentalizar como requisito funcional para os fins desse mesmo legislador. (grifo nosso)

Sendo assim, deve-se partir do princípio de que os direitos humanos e fundamentais devem ser vistos como expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade multicêntrica e de acesso universal ao direito enquanto subsistência social. Dessa forma, esses direitos dizem respeito à inclusão da pessoa e à diferenciação da sociedade.⁷

⁴ É dizer: instalaram-se controvérsias a respeito do quanto o cidadão pode exigir diretamente da Administração Pública para ver satisfeitas suas pretensões ligadas a esses direitos, e até onde pode interferir o Poder Judiciário nas escolhas do Poder Executivo para efetivá-los, nos casos em que a atuação deste tiver sido insuficiente.

⁵ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria e política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

⁶ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria e política, p. 291.

⁷ No tocante a diferença entre os conceitos do Direito Fundamental e do Direito Humano, seus conteúdos praticamente coincidem, a diferença reside no âmbito de suas pretensões de validade. Os direitos fundamentais valem dentro de uma ordem

Vale ressaltar, na problemática jurídico-constitucional dos direitos humanos e fundamentais no âmbito dos estados, que passa por todos os tipos de ordens jurídicas no sistema social de níveis múltiplos: ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais. As controvérsias sobre os direitos humanos decorrem da possibilidade de diversas leituras do conceito, da pluralidade conflituosa de interpretações e concretizações das normas e da incongruência dos diferentes tipos de direitos humanos.

No caso Brasileiro, a opção por uma república que objetiva a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I) e pela promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito (CF, art. 3º, III), impõem, *a priori*, o respeito às concepções pessoais de felicidade e ao livre desenvolvimento da própria personalidade. Afinal, a pessoa pode no âmbito de um catálogo aberto de direitos fundamentais constitucionalmente tutelado buscar a arquitetura do seu estilo de vida, consoante os valores pessoais que a realizem.

É esta liberdade que franqueia a possibilidade de cada sujeito elaborar sua própria identidade, a qual, embora construída dialogicamente com seus convivas, torna-se única e individual, elemento de seu destacamento frente a seus pares. Em atendimento a este aspecto fundamental da proteção à dignidade da pessoa humana, e em reação à notória insuficiência do tradicional rol de direitos da personalidade, tornou-se comum a referência a um “direito à identidade pessoal”.

Embora não protegido por dispositivo legal específico, a jurisprudência pioneiramente dele se utilizou em hipóteses nas quais o sujeito se via lesado na sua dignidade por ser retratado com caracteres identificativos incompatíveis com aqueles que escolhera para guiar sua vida pessoal e social, como instrumento jurídico para garantir o respeito às escolhas de vida individuais de caráter existencial, cerne da tutela conferida à dignidade da pessoa humana.

Nestes termos, a proteção à livre realização de um projeto de existência individual deve ser um dos maiores objetivos de um ordenamento jurídico que preza pela tutela da pessoa humana, pois significa que sua dignidade está sendo realizada, uma vez que a personalidade está sendo construída da forma que o próprio indivíduo escolheu para si. Sendo a dignidade um dos escopos da República Federativa do Brasil e o pluralismo um dos pilares do Estado Democrático de Direito, não há outra forma que não esta de deixar que a pessoa construa seu próprio caminho, sua

constitucional estatalmente determinada, já os direitos humanos pretendem valer para o sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, ou seja, qualquer ordem existente na sociedade mundial e não apenas para a ordem jurídica internacional.

própria identidade.

Por isso, é defeso ao Estado, ao legislador, ou governo, a outras pessoas interferirem na edificação e na concretização desse projeto de vida individual, pois faz parte das escolhas mais íntimas que cada um faz para si, e esse núcleo está submetido apenas ao exercício da própria autonomia. Assim, no âmbito dos direitos fundamentais, pode a pessoa agir de acordo com o entender seja melhor para si, pois a vontade individual é a mais legítima a guiar tais decisões, em lugar da imposição do Estado ou de terceiros.

Deve a Constituição garantir que esse espaço de autonomia seja preservado, sob pena de supressão da subjetividade. É preciso que, efetivamente, abram-se os espaços para que as escolhas individuais possam ser feitas e para que cada pessoa possa participar da construção da sua personalidade e dignidade. Foi dessa forma que o constituinte traçou as diretrizes da abertura do catálogo de direitos fundamentais. Trata-se de possibilidades atribuídas a cada indivíduo, para que ele escolha a melhor forma de se realizar, através dos aspectos pessoais que lhe franqueia a autonomia privada.

Quanto a esse aspecto, Stefano Rodotà trata-o como um espaço “*indecidibile per il legislatore*”, ou seja, um ambiente no qual a decisão da pessoa é a verdadeiramente legítima, quando estiver em jogo questões afetas à sua personalidade. É um espaço delimitado pelo constituinte e, dentro desse limite, o Estado autorizou a ação do particular. Afirma o jurista italiano que:

Relega-se assim o coração do problema, que consiste justamente em uma avaliação preventiva quanto ao “se” da decisão, quanto à própria conveniência de legislar em situações em que a consciência a respeitar não é a dos deputados e senadores, mas a das mulheres e homens que devem poder governar a sua própria existência. E que, portanto, não devem ser expropriados da liberdade de decisão, mas sim colocados em posição de exercê-la responsabilmente, da mesma forma que os doutos, para os quais “não se trata de apelar à fé ou à religião, mas de confiar em uma tomada de consciência” (Ignazio Marino). A democracia é também sobriedade e respeito.⁸

⁸ Tradução livre de Stefano RODOTÀ. Politici, liberateci dalla vostra coscienza. Disponível em <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>, acesso em 29 jan. 2015. No original: “Si trascura così il cuore del problema, che consiste appunto in una valutazione preventiva intorno al “se” della decisione, all’opportunità stessa del legiferare quando la coscienza da rispettare non è quella di deputati e senatori, ma quella delle donne e degli uomini che devono poter governare la loro esistenza. E che, quindi, non devono essere espropriati della libertà di decisione, ma messi in grado di esercitarla responsabilmente, allo stesso modo degli scienziati, per i quali «non si tratta di appellarsi alla fede o alla religione ma di puntare su una presa di coscienza» (così Ignazio Marino). La democrazia è anche sobrietà e rispetto.”. Nesse mesmo sentido, Pinzani (2010, p. 169), refere que “Atribuimos autonomia a um sujeito quando ele é capaz de agir conforme um projeto pessoal de vida boa (projeto que, contudo, pode ser inspirado por modelos pré-existentes) e de considerar a si e a outros sujeitos como capazes de estabelecer relações de direitos e deveres (em outras palavras: quando é capaz de ver a si e aos outros como titulares de direitos e possuidores de deveres).”

Utilizando a construção que já se tornou referência, a proteção à dignidade da pessoa humana tem por corolários a tutela da integridade psicofísica, da igualdade, da liberdade e da solidariedade, sendo definido por Rodotà como um patrimônio mínimo jurídico comum às pessoas. Valores decorrentes da consciência individual, considerados inegociáveis e dessa forma devem ser concebidos.⁹

Nesse sentido, segue referindo Rodotà que:

A lei não pode, em nenhum caso, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana, diz com sua bela linguagem a Constituição [italiana] no seu artigo 32. É a consciência individual, com os seus tormentos, que deve ser respeitada por um legislador ao qual se destina a sobriedade e, nos casos limites, o silêncio. Ademais, concordando que exista uma área “indecidível” para o legislador e remetida às decisões individuais, no quadro de princípios gerais se encontraria uma regra capaz de evitar conflitos lacerantes onde se invoquem valores considerados inegociáveis.¹⁰

Predito patrimonio juridico minimo, incutido nas diversas dimensões institucionais que contribuem para compor a galáxia da globalização, convergem para a constitucionalização da pessoa. O revigoramento da soberania da pessoa toma forma para, aos poucos, extirpar o consumismo desenfreado pautado na lógica capitalista de mercado que tudo consome sem se preocupar com as consequências ao meio em que se vive e com as implicações à dignidade do ser humano.¹¹

Nesse sentido, podemos inferir que todos, e ninguém, são responsáveis pelos bens comuns e por geri-los, e é nessa lógica que trata a cidadania como a qualidade que realça o nosso vínculo antropológico comum e afirma que os migrantes, principalmente aqueles que migram em busca

⁹ Em 2000, a União Europeia passa contar com uma Carta de direitos fundamentais que torna vinculante para todos os países que dela fazem parte. Ela surge com o escopo de formalizar a importância que os direitos fundamentais têm nas relações sociais, jurídicas e políticas que se verificam no mundo, e principalmente, no espaço europeu, vinculando, a partir daquele momento, o seu cumprimento e o seu respeito pelos cidadãos que atuam naquele meio.

¹⁰ Tradução livre de Stefano RODOTÀ. Politici, liberateci dalla vostra coscienza. Disponível em <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>, acesso em 14 jul. 2008. No original, “La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, dice con il suo bel linguaggio la Costituzione proprio nell’articolo 32. É la coscienza individuale, con i suoi tormenti, a dover essere rispettata da un legislatore al quale si addice la sobrietà e, nei casi limite, il silenzio. Inoltre, convenendo che vi sia un’area ‘indecidibile’ per il legislatore e rimessa alle decisioni individuali nel quadro di principi generali, si troverebbe una regola capace di evitare conflitti laceranti là dove una o più delle parti politiche faccia riferimento a valori ritenuti non negoziabili. [...]”.

¹¹ Essa constitucionalização da pessoa (que substitui o sujeito de direitos por um sujeito abstrato), se pauta no tempo como espúria concepção, na contramão desse mesmo tempo que quis celebrar o fim das ideologias, que quis ser revolucionário pela força pervasiva da tecnociência, que prometeu igualdade, e que por fim, se decompôs no alastramento da desigualdade, nesse tempo que tanto mudou retorna, forte, o apelo aos direitos fundamentais, que percorre o mundo de forma inédita, encontra sempre novos sujeitos, constrói um modo diverso de compreender o universalismo, faz pessoas distantes falarem a mesma linguagem, e assim faz descobrir um mundo novo e surge como a verdadeira, grande e dramática narração comum do nosso presente. Assim, falar de “constitucionalização” da pessoa, então, não é recorrer a uma fórmula enfática. É o modo direto, e juridicamente mais intenso, de indicar um caminho antropológico irreduzível a algo que não seja o reconhecimento de sua individualidade, humanidade e dignidade social.

de asilo e refúgio, devem ter a sua dignidade respeitada, condição que se verifica pela garantia e efetivação dos direitos fundamentais como liberdade, igualdade, trabalho e vida dignos, moradia, justiça, etc. Nesse sentido, a Constituição Estatal deve assegurar a dignidade humana não só aos nacionais, mas a todos aqueles que, como pessoa, transitam pelo seu espaço.

A verificar a aplicação dos direitos, e como exemplo na necessidade da existência de entendimento nesse sentido, destaca-se o diálogo que existe entre os supremos tribunais ou cortes constitucionais, que invocam precedentes jurisprudenciais de outras cortes estrangeiras e de tribunais internacionais. Destaca-se nesse caso, o debate americano sobre a invocação de direito estrangeiro que implica a referencia aos direitos humanos de outros países.

Quanto a isso questiona-se: Em nome de que princípio democrático poderão os juízes procurar suas razões em outras fontes que não nas palavras de seu legislador? Essa é uma lancinante pergunta democrática formulada por Allard e Garapon¹², cuja resposta pode ser encontrada na “emancipação dos juízes” pelo aumento, crescente, da inclusão nas razões de decidir, de texto de direito internacional. Os juízes, com isso, liberam-se de aplicar apenas o direito interno, pois além do dever de controlar a constitucionalidade, como demonstra o direito comparado, possuem o dever de controlar a convencionalidade, ou seja, de aplicar no plano da jurisdição interna os tratados e convenções firmados pelos Estados a que estão vinculados.

O ideal seria recorrer aos processos de integração econômica, política e, mais amplamente, como é o caso da União Européia, integração cultural e social. É relevante observar, no entanto, que o ideal sistêmico pode ser visto nas razões de decidir dessas jurisdições quando invocam as decisões paradigmáticas de outros processos de integração.

Veja-se que a referência, pela Corte de Quito, acerca de emblemáticos casos julgados pelo Tribunal de Luxemburgo na década de 60 do Século XX, como o conhecido caso *Costa vs. Enel*, derivou da vontade de consolidar na região os princípios da primazia e do efeito direto do direito comunitário. A abertura ao “transjudicialismo” e à conversação constitucional, pode também ser vista nas decisões de outras Cortes Supremas nacionais, como, por exemplo, a Corte Suprema da África do Sul ao referir a julgamentos da Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, e do Tribunal Constitucional da Alemanha.

O sistema de justiça da Inglaterra tem reconhecido a autoridade persuasiva dos valores

¹² ALLARD, J. GARAPON, A. **Os juízes na mundialização**. A nova revolução do direito. Tradução Rogério Alves: Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 12.

constitucionais de outros países democráticos, especialmente quando dizem respeito aos direitos humanos. Tal conduta, segundo Marcelo Neves,¹³ é um forte indício de que esse País está aberto ao diálogo transconstitucional. Veja-se que a Corte constitucional da Colômbia em matéria de aborto abriu-se à força suasória da jurisprudência nacional estrangeira quando detalhadamente, na sentença C-355-2006, citou, farta e minuciosamente, a jurisprudência alemã sobre a matéria.

Finalmente, os diálogos transversais entre cortes nacionais e não nacionais e vice-versa representam que o olhar recíproco aos *standards* internacionais, praticado pelas jurisdições nacionais e, aos *standards* constitucionais, desenvolvido pelas jurisdições não nacionais, muito mais do que vínculos meramente normativos, denotam uma reserva de interpretação em favor de uma base intersubjetiva e intercultural para a conformação de uma comunidade mundial de valores, em que estejam à base os direitos humanos. Com efeito, julgamentos que envolvem questões sobre direitos humanos são bastante propícios para essa modalidade de comunicação transversal interjurisdicional.

É o que sobreveio no caso *Al-Skeini v. Secretary of State for Defense*, de 2007, julgado pela Câmara dos Lordes, no Reino Unido. Na espécie, os parentes próximos de cinco iraquianos brutalmente mortos por soldados britânicos em Basra durante a Guerra do Iraque, em 2003, recorreram à Câmara dos Lordes alegando que o Estado britânico violou a Convenção Europeia de Direitos Humanos, internalizada pelo Reino Unido através do *Human Rights Act* em 1998. Os Lordes realizaram uma profunda análise a respeito da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos em relação à interpretação do art. 1º da Convenção, especificamente se o caso poderia ser julgado pela jurisdição britânica, dado que os fatos ocorreram fora do território do Reino Unido.

Os Lordes apresentaram em seus votos os precedentes da Corte Europeia, como em *Loizidou v. Turquia* (1995), *Issa v. Turquia* (2004), *Öcalan v. Turquia* (2005)¹¹⁵ e em *Bankovic v. Bélgica* (2007). Ao final, os Lordes negaram provimento ao pedido dos recorrentes, pois, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos não provê uma orientação clara e eles não poderiam motivar a sua decisão nas razões constantes dos precedentes relativos à extensão da jurisdição de países em guerra que tem o controle efetivo da área onde ocorreram violações.

Também no caso *Lawrence v. Texas* (2003), referente ao livre exercício de práticas

¹³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 177.

homossexuais, bem como com o caso *Roper v. Simmons*, julgado pela Suprema Corte Americana, em que as controvérsias residiram em determinar ou não a aplicação da pena de morte a um menor, considerou que os pontos de vista de outros países e da comunidade internacional estão no centro das atenções. No direito brasileiro a referência ao direito estrangeiro em matéria de direitos humanos é preponderante.

Tanto no julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS em que o Pleno do STF caracterizou como crime de racismo a publicação de um livro com conteúdo assimétrico, usou farta jurisprudência estrangeira e foi citado inúmeros atos e normas de direito Internacional Público, como em muitos outros julgamentos o STF apresentou a sua disposição para integrar-se em um diálogo transconstitucional no sistema de níveis múltiplos, no qual diversas ordens jurídicas são articuladas concomitantemente para a solução de problemas constitucionais de direitos humanos.

Ante a todas as experiências apresentadas, o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos é o modelo de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas de maneira que todas sejam capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos humanos e fundamentais.

Os Direitos Humanos positivados como Direitos Fundamentais nacionalmente devem decorrer, segundo Habermas¹⁴ de um autoentendimento ético, complementado, segundo Rodotá pelo respeito aos valores individuais e a consciência individual de cada pessoa, consideradas de caráter inegociável, mas que o Estado, como gestor soberano, adentre ao respeito a dignidade da pessoa humana, como patrimônio jurídico mínimo, independente de sua nacionalidade, mas válida de forma supranacional, onde a ética deve estar presente na ação econômica a nível global para reconhecer os valores dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

2. DIREITOS HUMANOS: UM PANORAMA TRANSNACIONAL

Os direitos humanos nascem como sujeitos quando são reconhecidos em sentido jurídico. Até então, têm caráter meramente ético e de justas pretensões morais. Os direitos do homem nascem naturais universais, se desenvolvem como direitos positivos particulares e por fim são denotados como direitos positivos universais. Esses direitos positivos parecem ser inevitavelmente

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria e política.

particulares, mas é possível até mesmo conceber que existam elementos de universalidade nos direitos positivos no sentido que estes são justificados por considerações universais que se referem à dignidade humana, ao respeito de valores como a liberdade, ao bem estar, à solidariedade e à justiça.

Mas por si só estes valores universais não são certamente direitos, deveríamos dizer corretamente que existe algo de universal nos direitos humanos, mas não que este, enquanto direito positivo, seja universal. A universalidade se posta como uma justificação moral que está presente em uma ação particular. Por estes aspectos, podemos inferir que os direitos humanos são aqueles direitos providos de uma justificativa axiológica universal.

O conceito de direitos humanos tem sua origem na filosofia grego-romana mas passou a se consolidar no plano jurídico com as codificações europeias dos séculos XIII e XIV, em particular com o *Bill of rights* inglês de 1689, e, na verdade somente nos séculos sucessivos o conceito de liberdade individual foi progressivamente desvinculado dos grupos sociais. Assim, por direitos do homem, mais especificamente, se entendem aqueles direitos conexos à natureza da pessoa humana, que nos remete ao conceito de *identidade universal do homem*, onde a pessoa humana tem os mesmos direitos e aspira às mesmas liberdades qualquer que seja a raça, a etnia, o sexo, as opiniões, a nacionalidade.

Ainda que numa linha principiológica os direitos humanos devam ser considerados indivisíveis (como acenado na Conferencia Internacional das Nações Unidas de 1968). Entretanto, por razões de ordem prática sugerem que seja oportuna uma divisão. Os estudiosos distinguem os direitos e liberdades em “*gerações*”, fazendo referencia ao período histórico em que foram consolidados e aos documentos que os sancionaram e tutelaram.¹⁵

A garantia é uma condição essencial para assegurar a efetividade de um direito, e para

¹⁵ Dessa forma, seriam considerados direitos e liberdades de primeira geração, aqueles direitos que compreendem prevalentemente, liberdade de caráter individual, subdividida em liberdade civil (liberdade de agir) e liberdade política (participação no governo do próprio país). Trata-se, inicialmente, do direito à vida e a integridade física, das liberdades de pensamento, religião, expressão, imprensa, associação, dos direitos a participação política e ao eleitorado ativo e passivo; Direitos e liberdades de segunda geração, nas quais geralmente estão incluídos os direitos econômicos, sociais, culturais (entre os quais, o direito a um trabalho igualmente retribuído e tutelado, ao descanso e ao lazer, a moradia, a uma qualidade de vida capaz de garantir a saúde, educação e o bem estar de sua própria família); Direitos e liberdades de terceira geração, direitos de solidariedade, não para destinatários singulares, mas para inteiros grupos sociais (o povo). Aqui se fala de direito de autodeterminação dos povos, de paz, de desenvolvimento, equilíbrio ecológico, defesa do ambiente. A estes se agregam aqueles destinados a tutela de determinadas categorias de pessoas (como os menores, os idosos e as mulheres) particularmente expostas a perigos de violações das próprias situações jurídicas e por isso mercedores de uma ainda mais eficaz tutela interna e internacional; E, por fim, os Direitos e liberdades de quarta geração, ou seja, direitos ainda em fase de reconhecimento relativos ao campo das manipulações genéticas e da bioética, das novas tecnologias de comunicação, do mundo animal etc. (grifo nosso)

verificar a relevância das declarações constitucionais e convencionais em matéria de direitos fundamentais, é necessário considerar as formas de tutela, os instrumentos e as instituições que consentem um efetivo exercício.

A tutela dos direitos humanos pode ser atuada em mais de um nível e os mecanismos de proteção podem ser analisados por três pontos de vista diferentes: nacional, regional e universal. Importante compreender a relação entre as diversas jurisdições, hoje necessário para verificar a efetividade da tutela dos direitos fundamentais e individualizar as regras procedimentais dos diversos âmbitos de intervenção jurisdicional.

A afirmação da garantia dos Direitos Humanos em um cenário global é também um modo de controle do poder estatal e devemos considerar os Direitos Humanos como direitos universais, capazes de transcender quaisquer barreiras, sejam elas geográficas, sociais, econômicas ou culturais.

É necessário reconhecer os instrumentos garantidores dos direitos humanos em um plano metanacional, bem como a criação de novos instrumentos capazes de garantir eficácia universal das leis garantidoras dos Direitos Humanos em perene evolução. Os instrumentos de garantia transnacional deles podem ter o poder de relativizar a soberania estatal, mitigando o princípio da autodeterminação dos povos.

Dessa forma, têm ainda a capacidade de penetrar em ordenamentos jurídicos das mais variadas nações e especificamente, no ordenamento jurídico pátrio, as convenções e tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil faz parte têm aptidão de se estabelecerem como norma supra legal ou constitucional, como no caso da corte interamericana, que consiste em uma série de convenções normativas internacionais que tratam sobre toda gama de direitos humanos no âmbito da OEA¹⁶.

No plano nacional, a Constituição Federal do Brasil estipula que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Indiscutível a prevalência do caráter universal, posto que representa a própria essência dos Direitos Humanos.

¹⁶ Direitos reconhecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado de Pacto de São José firmada em 1969, na Costa Rica. No qual previu a criação de um órgão jurisdicional supranacional na região, abrindo espaço para o acesso à justiça de cidadãos dos Estados membros.

É inegável que no período atual a tutela dos direitos fundamentais não se limita a uma questão meramente interna, a um singular ordenamento jurídico, em verdade, exprime uma dimensão metanacional da experiência jurídica, que de algum modo através da globalização aceleraram a maturação do processo de superação dos confins nacionais. Evolutivamente, os direitos humanos passaram de ato de atribuição estatal a ato de reconhecimento por parte do estado, representando uma forma de limitação da sua soberania/autoridade, de certa forma, mitigando alguns princípios basilares como o princípio da autodeterminação dos povos e o princípio da soberania estatal.

O que pode ser percebido por exemplo, no caso singular julgado na França, onde havia um espetáculo baseado no arremesso de anão, no qual os frequentadores da notável casa noturna deveriam atirá-lo à maior distância possível. A Prefeitura, usando seu “poder de polícia” interditou o bar, sob o argumento de violação da ordem pública através de prática de atividade contrária à dignidade humana.

Um anão (M. Wackenheim), revoltou-se contra a decisão e sob a alegação de possuir o direito ao trabalho e à livre iniciativa, ensejou uma demanda jurídica que, encerrou-se em outubro de 1995, com a decisão, em grau de recurso que o Município possuía autorização para interditar o local. Após esta decisão recorreu ao Comitê de Direitos Humanos da ONU alegando que a decisão acima violava seu direito ao trabalho e, ainda, seria discriminatória. O recurso foi julgado em setembro de 2002 com decisão que confirmou o posicionamento do Conselho de Estado Francês, onde restou reconhecida a violação da dignidade da pessoa humana.¹⁷

O estudo dessa práxi contribui à compreensão da dialética inerente ao processo de internacionalização dos direitos humanos, vértice de um núcleo axiológico legitimador de um ideário de justiça em constante tensão com a noção de soberania estatal, o pilar em que se assenta a noção clássica de Relações Internacionais e de jurisdição no Direito. Indica, pois, uma tendência regional na jurisdicionalização internacional do acesso à justiça, efeito da cessão gradual de soberania em prol de valores universais imbuídos de um ideário cosmopolita no campo dos Direitos Humanos em uma constante tensão entre a jurisdição nacional e a busca de satisfação de direitos no plano supranacional.

¹⁷ http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/french/case.php?id=1024 http://archiv.jura.uni-saarland.de/france/saja/ja/1995_10_27_ce.html

Atualmente emana das ordens jurídicas do mundo globalizado um intercâmbio de conhecimentos, uma transformação de Direitos Humanos em direitos fundamentais, que por sua vez, passam então a romper barreiras geopolíticas criando o conceito de direitos fundamentais transnacionais.

É verdade que esta nova fase de vertiginoso crescimento sócio econômico estimula o nascimento de novos direitos fundamentais, inclusive de alcance transnacional, onde o local e o global se fundem para criarem o transnacional, seguido por seus instrumentos de garantia, num verdadeiro processo de positivação transnacional/global. Um direito humano fundamental é fruto de uma conexão entre direito moral e um processo de positivação.

Dessa forma, com o estabelecimento de uma associatividade fluída, pela qual a noção de território dissolve-se, cedendo lugar frente a uma perspectiva de espaço mundial, o acesso à justiça e a tutela dos Direitos Humanos, ainda que fragmentária, consolida-se internacionalmente. Não obstante, busca-se não naturalizar os efeitos ora estudados enquanto “regularidades históricas”. Nesse referencial, se por um lado o futuro dos Direitos Humanos não configura uma realidade inexorável, por outro, os mecanismos de dominação no seio da Política Mundial contemporânea tampouco restam imutáveis, abrindo espaço para práticas reivindicatórias de direitos.

Por este motivo, diversas constituições na Europa entre o fim do século XIX e início do século XX previam, ao lado dos direitos clássicos, precisas responsabilidades dos governos no campo do trabalho, da segurança social, da saúde e da educação. Nesse contexto é possível afirmar que os direitos do homem são *Imprescritíveis*, pois o sujeito permanece titular mesmo quando não os exercita concretamente, *Inalienáveis*, não podendo ser vendidos, cedidos ou transferidos, *Universais*, inerentes a cada ser humano. Os direitos e as liberdades são situações jurídicas subjetivas consistentes na atribuição, na modificação ou na extinção de poderes, obrigações e direitos sobre um sujeito.

São instrumentos para a garantia da ordem social a aplicação e efetivação de normas de garantia transnacional dos Direitos Humanos, dentre outros, a Carta da ONU, a Declaração universal dos direitos do homem, a Convenção americana de direitos humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), a Declaração americana dos direitos e deveres do homem, a Corte interamericana de direitos humanos, o Tribunal Internacional de Justiça, bem como o poder de influência das decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, apesar de não possuir

autoridade formal (fora da UE) tem um grande “poder simbólico” e, conseqüentemente,

Os direitos humanos são inalienáveis e fundamentam a dignidade do ser humano e o Estado por sua vez, é obrigado a garantir. A garantia de tais direitos está prevista não só no ordenamento jurídico nacional, mas também no ordenamento jurídico internacional que prevê inúmeros instrumentos e mecanismos de tutela a fim de assegurar o respeito e a garantia dos direitos humanos em escala transnacional. Todo Estado que ratifica um tratado internacional sobre direitos humanos está comprometido com os próprios cidadãos a respeitar e garantir os respectivos direitos fundamentais.

É bem verdade que os direitos humanos, como já referido, que uma vez positivados passam a ser fundamentais, dizem respeito principalmente à relação entre Estado e cidadão, mas isso não quer dizer que os privados possam lesar os direitos alheios, pois neste caso o Estado tem a obrigação de garantir proteção aos privados quando têm seus direitos achacados por outros privados e neste caso também a violência doméstica deve ser considerada, além de violação à ordem constitucional, como violação dos direitos de um privado. É a garantia horizontal dos direitos humanos.

A Dignidade humana é, sem dúvidas, um valor universal, mas não é universal o modo de respeitá-la e protegê-la, sendo condicionado pelas diversidades culturais. Não precisa identificar a dignidade humana com os direitos, que são somente uma forma cultural de proteção dela mesma. Sustenta-se que todas as culturas sejam de algum modo sensível aos valores humanos fundamentais, mas têm os seus modos de perseguir e praticar o respeito pelo homem. Mas a universalidade do juízo de valor não quer dizer universalidade dos direitos humanos. Trata-se de coisas diferentes que não podem ser confundidas.

Quando se sustenta que, para superar a contraposição entre universalismo e relativismo, é preciso reconhecer que os valores fundamentais são defesos também das culturas não ocidentais (como aquelas africanas), isso não quer dizer necessariamente que estes defendam “direitos”. É uma refinada técnica jurídica inventada pelo ocidente, mas não sempre aplicável a todas as culturas do mundo.

Certamente podemos dizer que existe uma relação necessária entre meio e fim, no sentido de que os direitos são objetivamente o melhor modo, mais adequado, mais eficaz para realizar os valores humanos universais. Os direitos não são mera técnica ou instrumento, é um único corpo

de práticas ético-jurídico e ético-político (as mais importantes das quais, como se sabe, são o constitucionalismo e a democracia) que pretende, não sem razão, colocar-se como universal.

Os direitos são universais enquanto fazem parte constitutiva e essencial deste complexo histórico político de instituições, doutrinas, normas, princípios, tradições e práticas. Mas muita coisa ainda seria preciso ilustrar àqueles que vociferam publicamente que “os direitos humanos são para humanos direitos” para explicar-lhes que os direitos humanos são universais.

Nesse sentido, salutar lembrar Stefano Rodotà¹⁸ quando remonta a Eligio Resta ao mencionar a necessidade de um “direito fraterno”, a ser proposto como diretriz a mobilidade das intervenções concretas de tutela da pessoa e dos direitos delas. Refere um exemplo, de que diversos tribunais abordaram o conflito entre o direito fundamental à saúde e o poder das grandes multinacionais farmacêuticas, onde prevalece uma tendência em dar valor as razões da saúde sobre o lucro, com características realmente globais, eis que advindas dos Tribunais da África do Sul e Índia, perpassando pela União Europeia até a Suprema Corte dos Estados Unidos.

3. A ÉTICA E OS DIREITOS HUMANOS: AÇÕES GLOBAIS DE INTERESSE COMUM

Os direitos humanos, por certo que adjudicam a ação ética para sua perfectibilização. Tão melhor, e mais fácil seria a concretização dos princípios quando a ação fosse regida pela moral. Merece conhecer que, originalmente, a ética radica da palavra grega *ethos*, que significa costume, que é a expressão das ações cotidianas das pessoas no tempo, determinadas por valores morais e pelas leis vigentes que definem e condicionam a conduta humana.

Vázquez (1984, p. 12), a define como "um conjunto sistemático de conhecimentos racionais e objetivos a respeito do comportamento humano moral, melhor dizendo, é a teoria ou ciência do comportamento moral do homem em sociedade".

A ética como um todo analisa o comportamento humano frente a um fim determinado, sendo que seu desenvolvimento conceitual necessita que se considere a sua evolução temporal. Platão determina a finalidade da práxi humana através do conhecimento do bem, e por objetivo chegar ao sumo bem, alcançado diante da necessidade do indivíduo desprezar os prazeres corporais e priorizar as virtudes próprias da alma humana.

¹⁸ RODOTÀ. Stefano. **Politici, liberateci dalla vostra coscienza.**

Dessa maneira, percebemos que a ética, por seu valor histórico, e diante de suas várias facetas nos apresenta uma única certeza: A ação humana deve ser por ela direcionada, pois vem amparada por aspectos fundamentais da vida humana, como o dever e a virtude. O sucesso econômico, político, social e supranacional, tem relações estreitas com a moral e a ética. Contrariamente, a escassez de valores mergulha a nação na criminalidade econômico-social.

Devemos nortear atitudes políticas e econômicas por meio de uma moral social com princípios éticos concretos que respeitem todos os indivíduos e os valorizem em suas particularidades. Em sentido global, a ética gerenciaria também a ação entre países, corporações, empresa, e por fim a pessoa.

Nessa trajetória de investigação e construção de uma moral por meio de uma conduta ética e relevante na edificação da sociedade, Amartya Sen emerge por sua teoria de prover ao ser humano condições dignas para a demonstração de suas capacidades e liberdades de uma nação fazer crescer seu desenvolvimento humano e econômico na perspectiva de justiça social, assegurando um futuro duradouro, de florescimento da paz e manutenção da estreita observância da ordem social.

Como recorda Valls¹⁹, a ética grega, que “colocava, realmente, a busca da felicidade no centro das preocupações éticas” é suplantada pelo atomismo particularista. Nesse diapasão, passa a perder sentido o fato de o próprio Aristóteles partir, no contexto da ética eudemonista, do “estabelecimento da noção de felicidade”, a qual visa, substancialmente, “buscar o que é o bem agir em escala humana, o agir segundo a virtude”. No fundo, é essa “escala humana”, universal, coletiva, que perde, em larga medida, o sentido.

Aliás, é o próprio Aristóteles²⁰ que estabelece: a “natureza moral é engendrada em nós”, cuja “capacidade se aperfeiçoa com o hábito”. Notadamente, contudo, o hábito moral está ligado, amplamente, à relação humana cotidiana, avistada para além do contato imediato, pragmático, com o outro. Este, por seu turno, não é – e isso já na visão aristotélica, mas melhor trabalhada em Kant²¹ – condição de realização do interesse particular. Significa que a moralidade se forma como conjunto, confluência de pessoas no tecido social.

Mesmo quando se trata a liberdade em um campo mais amplo, como o Estado e as

¹⁹ VALLS, A. L.M. **O que é ética**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 25.

²⁰ ARISTÓTELES. **Ética Nicômacos**. Tradução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 35.

²¹ KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

instituições, o princípio da autonomia de Kant²² ainda se mantém forte, já que, no fundo, as condições de vida (para além do pragmatismo econômico) se referem a um sujeito concreto e que empreende também a reflexão moral – o mesmo que, futuramente, será o sujeito social e participativo. E nesse sentido o comportamento moral que revele o reconhecimento dos direitos humanos deve ser aplicado não só no plano nacional, mas espreado supranacionalmente.

Kant²³ é muito claro quanto ao princípio da autonomia: “escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer”. Disso resulta, quase que obviamente, uma refuga do entendimento liberal segundo o qual o interesse particular funda a sociedade. Se, por um lado, esta última concepção deixa de lado a ética, lacerando, portanto, as ligações com o discurso moral, por outro isso vai significar a adoção indireta de uma moral particularista, privatista, contrária à noção.

Afinal, como lembra Oliveira²⁴, “a liberdade existe tanto como substância coletiva como quanto querer livre”. De modo que Sen não prega o fim do desenvolvimento, mas vai além da própria interpretação moral desenvolvida por Kant, já que considera como importantes questões relativas à miséria, à fome, ao analfabetismo, às intervenções democráticas as quais determinam também o comportamento moral. A própria liberdade depende de fatores contingentes, que variam de nação para nação, de continente para continente, e que vão reivindicar, em último caso, uma atenção que não é só econômica – basta lembrar a exigência de que esse pensamento parta do ambiente democrático. E, nesse cenário, também a necessidade de considerar o *homem como fim e não como meio* é um grande pressuposto, o que torna Kant importante dentro do diálogo.

Portanto, quando Sen fala em “auto-interesse” está a falar daquela noção de vontade particular, de atendimento a particularidades isoladas do compromisso ético, e dessa maneira dissociada também do reconhecimento dos direitos humanos como direitos universais. Assim, a motivação que está disposta no mundo, perde, inclusive com o avanço tecnológico voltado para o desenvolvimento como progresso econômico, uma noção mais aproximada de reflexão ética. A liberdade, a igualdade, a participação democrática, o crescimento sustentável da indústria, o futuro geracional do mundo, à medida que não são indicadores claros do desenvolvimento, são relegados a um plano secundário.

²² KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**.

²³ KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, p. 104.

²⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993, p. 241.

O que faz, portanto, Sen teorizar a liberdade como medida do desenvolvimento é esse diagnóstico drástico e verdadeiro. A ação baseada na generalização do auto-interesse como única motivação do comportamento humano é contrária à ética e não pode, por isso, promover o contentamento esperado.

Diante disso, somente uma ação coletiva, em âmbito transnacional, de cooperação social e capaz de amadurecer o agir responsável corresponderia a uma opção ética séria e estruturalmente voltada para o melhoramento abrangente das condições de vida. No fundo, o que está em jogo é a capacidade de unificação do projeto pessoal com o fim coletivo, amparado no sentimento de responsabilidade e regozijo com a sociedade em que se vive, e não somente a satisfação pessoal momentânea.

Tomando por base essa concepção de pessoa, o agente é considerado como a pessoa que age e transforma e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores, motivações e objetivos, independente de serem avaliados por algum critério externo. Na perspectiva dessa proposta, a ética é subjetivamente compreendida e assim tudo o que indivíduo valoriza e deseja obter é valioso para ele. Dessa forma, uma pessoa pode estar mais feliz se tiver obtido o que almejava para si e para o seu meio envolvente, sendo possível, até, que o seu bem-estar seja reduzido em favor da realização da condição de agente.

É importante afirmar a condição de agente como uma dimensão essencial da concepção de pessoa para a construção da sua identidade integrada com o contexto onde vive. Nessa condição, as pessoas precisam pensar, avaliar e agir reconhecendo e desenvolvendo suas capacidades. Esse reconhecimento representa a conversão dos bens primários em capacidades, buscando promover os objetivos que considera valiosos para a sua realização individual e sua inserção no conjunto da sociedade²⁵ (Sen, 2010).

Nesse patamar de diferenças, as preocupações com relação ao que se pode fazer para que os menos favorecidos de nossas sociedades sejam respeitados, promovidos e valorizados em sua dignidade humana e tenham efetivamente a possibilidade de alargamento de suas capacidades, liberdades de escolha, por meio de princípios de justiça e equidade, e autonomia na decisão de seu destino e da vida que queiram levar, na consecução de um país democrático e na observância de uma conduta moral, refletida exaustivamente por uma perspectiva ética, que seja adimensional

²⁵ SEN, Amartya.KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

e atemporal no escopo das sociedades, são enormes, exigentes e desafiadoras.²⁶

Considerando as inter relações supranacionais, o verdadeiro enfoque seria na globalização da ação humana baseada na capacidade humana de agir na condição de agente. E ver respeitada sua dignidade em qualquer parte de um país, onde a ação ética é a base de preservação da dignidade humana. E o afastamento do agir auto interessado é a moção de validade para a compreensão da existência de um patrimônio comum a todos, que deve ser respeitado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O distanciamento entre a existência de direitos humanos e fundamentais e sua efetivação em nível transnacional é fato indissociável da realidade que vivemos. Nesse viés, a busca de sua aproximação se destaca na reflexão internacional. Com igual escopo, a importância do papel das questões éticas na ação humana, que associa o bem-estar com a prática das virtudes morais, evidenciando a necessidade de se desenvolver o comportamento com os cuidados do agir ético, para que a ligação entre a ação e a positividade beneficie a vida de todos e a organização social.

Patrocinando o respeito aos valores dos direitos humanos, fundamentais e a dignidade da pessoa humana, como defesa a um patrimônio jurídico mínimo, estamos ligando a ética à ação humana, permeada pela possibilidade da compatibilidade da ação ética, costumeira, em defesa destes princípios e do desenvolvimento.

Portanto, podemos expandir essa compreensão para uma abordagem mais abrangente, completa e produtiva, dado que uma maior atenção e mais explícita às considerações éticas que moldam o comportamento e o juízo humano podem conduzir a sociedade a um desenvolvimento humano, e também sustentável, com respeito à pessoa, suas escolhas, seus direitos, ao meio ambiente, aos recursos naturais e ambientais, enfim, a vida no seu conjunto e nas suas condições de expressão e manifestação.

O caminho proposto por Sen perpassa a constatação de que o agir humano, ao simplificar o

²⁶ Amartya Sen (**Sobre Ética e Economia**. São Paulo. Companhia das Letras: 1999, p. 34) refere que é possível a adoção desse comportamento: “De fato, no caso japonês, existem eloquentes provas empíricas de que afastamentos sistemáticos do comportamento auto-interessado em direção ao dever, à lealdade e à boa vontade tem desempenhado um papel importante no êxito da indústria.” E complementa que esse comportamento (**Sobre Ética e Economia**, p. 11) “tem sido de extrema importância para obtenção de eficiência econômica do indivíduo e do grupo.” Nesse sentido, segue Amartya Sen (**Sobre Ética e Economia**) referindo que o predomínio do comportamento baseado em regras no Japão pode ser visto para além dos assuntos econômicos, mas também em outros âmbitos da conduta social, como, por exemplo, a raridade com que se joga lixo nas ruas, a pouca frequência de litígios, um número incomumente pequeno de advogados e baixo índice de criminalidade em comparação com países do mesmo nível de riqueza, expressam essa possibilidade de cultura econômica baseada na ética.

comportamento humano definindo-o como puramente autointeressado, afasta qualquer possibilidade de uma orientação ética na sua estruturação. Como resposta a essa difundida contradição, mostra que o comportamento humano quando influenciado por compromissos assumidos pelo agente ético pode não visar apenas ao seu bem-estar, mas o afastamento do puro auto-interesse em direção da liberdade de escolha, do desenvolvimento das capacidades, da integração social e da efetivação de modelos de sustentabilidade social, econômica e ambiental.

Nesse sentido, alargar as decisões pessoais permeadas pelas capacidades em nível transnacional, é ponto precípuo, insubstituível e necessário para o verdadeiro desenvolvimento econômico e social pautado pela liberdade e pelas capacidades na confluência da economia e da ética, considerando as relações supranacionais. Eis que, no sentido das decisões em caráter global, o que pode ser percebido é uma grande porosidade e permeabilidade entre sistemas jurídicos que toma a forma desse cruzamento de referências entre relações, e nesse sentido, com juízes externos a compor a vasta rede de comunicação transjurisdicional.

Os efeitos da emancipação e da emulação fomentam a construção de uma base teórica e de referenciais concretos acerca dos bens públicos mundiais que tem a pretensão de transcender as fronteiras nacionais, ante a circularidade que pode orientar as decisões dos juízes nacionais, formando uma jurisprudência constitucional global, formando um contexto de tradição com a integridade de princípios globais em matéria de direitos humanos, onde os bens públicos mundiais podem ser inseridos. Por isso, o recurso à jurisprudência estrangeira em matéria de direitos do homem pode significar a assunção em favor de marcos normativos internacionais de direitos humanos que fazem parte da tradição construída pela comunidade inter-humana.

A construção desse ideário, por sua vez, articula-se com a sociedade civil através de organizações reticulares além fronteiras na tutela desses direitos e valores quando da inépcia do Estado em assegurá-los. Esses movimentos passam a engendrar uma nova discursividade no plano mundial e paulatinamente fazem-se ouvir, ainda que nos tradicionalmente mais refratários e conservadores *locus* sociais como o Direito.

Como se percebe, atualmente por meio de ações do nominado grupo “Estado Islâmico”, que ostenta através de gravações divulgadas via internet assassinatos de prisioneiros, (notadamente jornalistas) e a destruição de obras de arte, tais quais, estátuas, afrescos e pintura, em verdadeiros crimes contra a humanidade.

Logo, a preocupação de Rodotá está no nível da efetividade de tais direitos, e que, se considerados crimes contra a humanidade, devam ser legislados para que não subsistam somente no plano moral, e de fato, atinjam os objetivos e diretrizes estabelecidas em benefícios da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos e fundamentais. E justamente esse fator de exposição pública advindo com a “revolução da Internet”, produz incessantemente novas formas de relações institucionais e assim indica também as novas vias de um constitucionalismo global possível.

Stefano Rodotá verifica com o novo mundo dos direitos uma necessidade de legalização e positivação de ordenamentos de caráter global, com a capacidade de exigência do cumprimento das emanções e dos direitos humanos e fundamentais. Ponto de relevante hiato no tocante ao exercício desses direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

ALLARD, J. GARAPON, A. **Os juízes na mundialização**. A nova revolução do direito. Tradução Rogério Alves: Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética Nicômacos**. Tradução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

CENCI, Angelo Vitório. **O que é ética?** Elementos em torno de uma ética geral. 3. Ed. Passo Fundo, A.V. 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria e política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HEGEL, Georg. W. F. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ícone, 1997.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1997.

KESSELRING, Thomas. **Ética, política e desenvolvimento humano**: a justiça na era da globalização. Trad. Benno Dischinger. Caxias do Sul: Educus, 2007.

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

NEVES, João Luís César, **Introdução à Economia**, 5. Edição. Lisboa: Verbo, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e sociabilidade**. São Paulo: Loyola, 1993

PLATÃO. **A República**. Trad. e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

PINZANI, Alessandro. Solidariedade e autonomia individual. **Revista Dois Pontos**. Curitiba/São Carlos. vol.7. n.2. pp.157-173. Out. 2010.

RODOTÁ, Stefano. **Il diritto de avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

RODOTÀ. Stefano, **Politici, liberateci dalla vostra coscienza**. Disponível em <<http://daleggere.wordpress.com/2008/01/13/stefano-rodota-%C2%ABpolitici-liberateci-dalla-vostra-coscienza%C2%BB/>>, acesso em 14 jul. 2008.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 3.ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SEN, Armatya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo. Companhia das Letras: 1999.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. Trad. Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.

_____. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo D. Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SOUZA, Felipe de. **A Ética para Aristóteles**. Disponível em: <http://www.psicologiamsn.com/2012/10/a-etica-para-aristoteles.html>. Acesso em: 25 nov. 2014.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Sentido e alteridade**. Porto Alegre: EDIPUC, 2000.

VALLS, A. L.M. **O que é ética**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

ZAMBAN, Neuro José. **A teoria da justiça em John Rawls**. Passo Fundo: UPF, 2004.

_____. **Amartya Sen: liberdade, justiça e desenvolvimento sustentável**. Passo Fundo: IMED Editora, 2012.

O DIREITO AO LAZER COMO DEMANDA TRANSNACIONAL

Bruna Adeli Borges¹

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são um fenômeno da Modernidade, pois as condições para o seu florescimento se dão no chamado trânsito à modernidade, conforme a tese das linhas de evolução. Desse modo se quer nesse estudo salientar a importância do lazer e a busca de direito quanto a sua legalidade na sociedade.

Pois é sábio que o lazer é um direito social assegurado pela Constituição Federal a todos os cidadãos, contudo a atual organização da sociedade, com jornadas de trabalho sem limites que privam o trabalhador e assim o indivíduo se afasta cada dia mais do convívio social.

Aqui tem-se como problema: O direito ao lazer está tendo seu devido espaço na sociedade diante de uma sociedade totalmente globalizante?

Para tentar encontrar respostas para essa pergunta serão abordadas as seguintes questões: o lazer como demanda fundamental; conceito de lazer; lazer como demanda Transnacional: questão de direitos; estado e transnacionalidade; Direitos garantidos: dignidade da pessoa humana; o lazer, os direitos tendo em vista a questão ambiental; Bens vitais básicos: um breve relato sobre Rodotá e a globalização.

1. LAZER COMO DEMANDA FUNDAMENTAL

Poder-se-á definir lazer, como a forma de uma pessoa utilizar seu tempo dedicando-se a uma atividade ou a um evento que sejam proporcionados pelo ente Público, através de políticas públicas como forma de promover o desenvolvimento do cidadão em sociedade.

¹ Mestranda pelo Programa de Pós Graduação da Faculdade IMED. Área de Concentração: Direito, Democracia e Sustentabilidade. Linha de pesquisa 1: Fundamentos Normativos da Democracia e Sustentabilidade. E-mail: brunadeli@ibest.com.br – Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen.

Portanto o direito ao lazer é um tema de suma importância para o desenvolvimento de nossa sociedade, por isso ele nos leva a fazer importantes reflexões sobre a sua necessidade.

Tendo em vista a crescente supervalorização do trabalho, isto é, o empregador e o empregado não têm as mesmas vivências sociais e demandas de prioridades, com isso emerge-se o desrespeito à dignidade do ser humano no mercado de trabalho.

O direito ao lazer está contido no rol dos direitos sociais nos arts. 6º, 7º, inciso IV; 217, § 3º e 227, *caput*, da Constituição da República de 1988.

Por isso esse artigo detém no sentido de encontrar contribuições capazes de solucionar os problemas inerentes à aplicabilidade do direito social ao lazer e estudar as razões que, eventualmente, não permitem a sua efetividade e eficácia.

De acordo com Gomes e Elizalde², o lazer não é um fenômeno isolado e se manifesta em diferentes contextos de acordo com os sentidos e os significados culturalmente produzidos/reproduzidos pelos sujeitos em suas relações com o mundo.

O lazer participa da complexa trama histórico-social que caracteriza a vida na sociedade, e é um dos fios tecidos na rede humana, ou seja, não se vive isolado, pois o ser humano é parte integrante de uma vida social.

Sendo assim, o lazer é uma necessidade humana a que se caracteriza através dos símbolos e das significações pela vivência do cotidiano, pois é um potente aliado ao processo de transformação da nossa sociedade.

Como destaca Morais³:

(...) no processo de estabelecimento da sociedade industrial, impõe-se, no conjunto, a conformação de uma nova estrutura disciplinar que consiga transformar o tempo dos homens em tempo de trabalho, seja como produção propriamente dita, seja como recuperação das forças para uma nova jornada. O que importa é que o tempo do trabalhador, a sua vida toda, seja utilizada da melhor forma pelo aparelho produtivo, pois o controle não é feito apenas no interior da fábrica, mas estendido à vida cotidiana.

Na vida cotidiana o lazer constitui-se de relações dialógicas com outros campos além do trabalho, tais como a educação, a política, a economia, a linguagem, a saúde, a arte, a ciência e a

² GOMES, Christianne.L.; ELIZALDE, Rodrigo. **Horizontes latino-americanos do lazer** / Horizontes latino-americanos del ocio. Belo Horizontes, UFMG, 2012.

³ MORAIS, José Luis Bolzan de. **A Subjetividade do Tempo. Uma Perspectiva Transdisciplinar do Direito e da Democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc, 1998, P. 28.

natureza, entre outras dimensões da vida, sendo parte integrante e constitutiva de cada sociedade.

Pode-se considerar o lazer uma necessidade humana, tanto na dimensão da cultura, a qual se vivencia através do lúdico e também das manifestações culturais, tanto no tempo e no espaço social. Por isso, o lazer poderá ser constituído pela ludicidade e pelas manifestações culturais e sociais.

No entanto, foi através do reconhecimento do direito social ao lazer que veio contribuir para a expansão do ser humano em sua essência, já que o papel do lazer é uma das condições básicas na forma de desenvolvimento humano, para a melhoria da vida das pessoas, sejam essas só ou em grupos, o qual visa um melhor desenvolvimento social, tanto no presente como visando às gerações futuras, as quais poderão desfrutar e confraternizar com amigos práticas lúdicas, esportivas e culturais.

Assim, segundo Gomes⁴, as manifestações culturais que constituem o lazer são práticas sociais vivenciadas como: festas, jogos, passeios, viagens, entre outros tipos de lazeres desfrutados pelos cidadãos.

Por isso é evidente que o lazer seja revalorizado, não somente no sentido da elevação do ser humano, mas sim para poder viabilizar o resgate nas relações afetivas, tanto no âmbito da vida privada, quanto no meio social, possibilitando uma alternativa para a formação de uma sociedade mais tranquila.

Deste modo, pretende-se buscar fontes filosóficas sobre o conceito de lazer, no sentido de descanso da alma, estudando as obras de influentes filósofos.

1.1. CONCEITO DE LAZER

Observa-se de acordo com Gomes e Elizalde⁵, nos estudos sobre o lazer difundidos no Ocidente é possível verificar que as raízes, geralmente, são localizadas na antiga Grécia clássica ou na modernidade européia.

Essas duas interpretações distintas são divergentes em termos da ocorrência histórica do

⁴ GOMES, Christianne L. **Lazer, trabalho e educação**: relações históricas, questões contemporâneas. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

⁵ GOMES, Christianne.L.; ELIZALDE, Rodrigo. **Horizontes latino-americanos do lazer** / Horizontes latino-americanos del ocio.

lazer e geram intensos debates acadêmicos: para alguns, a existência do lazer é observada desde as sociedades gregas e, para outros, o lazer é um fenômeno específico das sociedades modernas, urbanas e industrializadas:

Ambas as interpretações colaboram com a manutenção de uma lógica evolutiva e linear que define os tempos, as histórias, as culturas e as práticas de todas as realidades e de todos os povos que, por sua vez, devem almejar o modelo ocidental – urbano, industrial e capitalista – como o ideal a ser alcançado para atingir um suposto progresso.

Deste modo salienta-se sobre este ideal do capitalismo que deve ser revisitado, pois, atualmente, a sociedade vive uma decadência de valores inversos. Por isso, a necessidade de pensar no lazer de forma diferente, sob o viés de uma concepção ambientalista de sociedade, onde o ser humano pense nesse lazer atrelado ao patamar social de cuidados com o meio e desenvolvimento de práticas voltadas ao pensar coletivo numa perspectiva transformadora de sociedade igualitária.

Portanto, deve-se neste momento deixar de lado a concepção de uma sociedade que exclui a decisiva participação de outras realidades em um jogo de poder que envolve, de maneira desigual, vários componentes, dentre os quais os povos e as culturas de outros continentes, tais como América Latina, África e Ásia.

2. LAZER COMO DEMANDA TRANSNACIONAL: QUESTÃO DE DIREITOS

Cabe refletir sobre a questão desse lazer como demanda transnacional para entender que toda e qualquer ação realizada no Estado requer um planejamento maior dos estados e, quanto ao lazer cabe buscar ultrapassar as fronteiras.

Segundo Bhabha⁶:

(...) os debates de fronteira acerca da diferença cultural tem tanta possibilidade de serem consensuais quanto conflituosos, podem confundir nossas definições de tradição e modernidade, realinhar fronteiras habituais entre público e privado, assim podem desafiar as expectativas de desenvolvimento e progresso.

Ainda cabe ressaltar que as demandas transnacionais se justificam a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos que serão

⁶ BHABHA, H. K. **Locais da cultura**. Em: BHABHA, H. K., O local da cultura. Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2007, p. 14.

ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional. Esses fenômenos novos se identificam com os chamados “novos” direitos ou “novos” direitos fundamentais.

Assim, é inevitável e evidente a necessidade de abordar questões relacionadas ao fenômeno da transnacionalidade, a qual faz-se vital importância para o futuro da humanidade, as quais são demandas transnacionais.

Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente se faz necessário afirmar que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica, mas sim com os direitos sociais, no caso – o lazer.

2.1. DIREITOS GARANTIDOS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana tem seus valores e suas raízes advindas do pensamento cristão⁷. Assim, várias religiões partem da idéia de ser humano como ente de sabedoria e de entendimento. Também, como ser capaz de expressar suas idéias e pensamentos. Além disso, dotado de liberdade em suas ações. Tanto no Antigo, quanto no Novo Testamento, o ser humano tem referência de sua criação à imagem e semelhança de Deus⁸.

É o que expressam os filósofos religiosos da época, pois: A dignidade da pessoa humana tem seus valores e suas raízes advindas do pensamento cristão⁹. Assim, várias religiões partem da idéia de ser humano como ente de sabedoria e de entendimento. Também, como ser capaz de expressar suas idéias e pensamentos. Além disso, dotado de liberdade em suas ações. Tanto no Antigo, quanto no Novo Testamento, o ser humano tem referência de sua criação à imagem e semelhança de Deus¹⁰.

É o que expressam os filósofos religiosos da época, pois:

Com efeito, no pensamento de Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerentes à natureza humana, de tal

⁷ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 29.

⁸ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 30.

⁹ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 29.

¹⁰ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 30.

sorte, que por força de sua dignidade, o ser humano sendo livre por natureza, existe em função de sua própria vontade.¹¹

A evolução do entendimento da dignidade humana, com berço no cristianismo, foi encontrar sua expressão mais polida no pensamento de Immanuel Kant. Este concebe a dignidade da pessoa como produto do seu pensamento, da razão, do raciocínio humano, dizendo que o homem é um fim em si mesmo¹².

A partir deste pensamento de Kant a sociedade foi evoluindo. Com ela o entendimento das pessoas e a idéia que se foi tendo acerca da dignidade humana. Com base nisso, mais tarde, nasceram os direitos fundamentais, demarcando seu surgimento o Estado moderno constitucional. O reconhecimento e a proteção da dignidade humana se deram a partir da compreensão de que ela possui um caráter essencial a toda a existência.

Tal como alude Moraes¹³:

[...] a forte concepção religiosa trazida pelo *Cristianismo* com a mensagem de igualdade de todos os homens, independente de origem, raça, sexo ou credo, influenciou diretamente a consagração dos direitos fundamentais, enquanto necessários à dignidade da pessoa humana.

Evidencia-se, no trecho, a dignidade da pessoa humana como sendo a origem dos direitos fundamentais. Verdade que, neste país, isto se tornou mais evidente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Porém, antes da referida Carta Magna, a dignidade do homem teve sua expansão tornada mundial pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a qual trouxe a valorização da pessoa humana, visando, antes do restante, o direito do homem e da mulher, bem como, suas condições de vida e sua dignidade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem foi o ápice de conquista mais importante dentro dos direitos humanos. Isto, pelo fato de resguardar a dignidade humana no centro de seus valores, dando a cada indivíduo seu direito de liberdade de igualdade. Ademais, por embasar toda a relação social entre indivíduos, vez que sem dignidade não há como se falar de integridade, muito menos fraternidade. O Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos do Homem a assinando em 10.12.1948, juntamente com outros países, gerando grande repercussão. Pois a partir disso, iniciou-se a aprovação de inúmeras declarações e tratados internacionais assentando

¹¹ HERDEGEN *apud* SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 31.

¹² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59.

¹³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25.

o tema.

A dignidade da pessoa humana continua sendo, mais do que nunca, a aliança dos direitos fundamentais. Tanto no aspecto político, quanto no social e, principalmente, no jurídico. Neste último, salienta-se a dignidade como sendo um guia de recursos jurídicos – direitos e deveres – dentro da vida das pessoas, onde cada um, e todos, tendem a atingir uma vida digna, baseada na luta e na busca constante de seus ideais.

Tal dignidade visa buscar e atender melhores condições de vida das pessoas, bem como, direciona o ser humano no seu bem estar, proporcionando uma existência humana mais acolhedora, trazendo à cada dia uma garantia. Dessa forma, torna-se um valor supremo, sendo que esta dignidade nasce e cresce com todo e qualquer indivíduo, mais: faz parte do cotidiano das pessoas e traz uma importância para todo o seu ser.

Os direitos fundamentais trazem resultados de uma positivação constitucional, determinam valores básicos dentro de uma Constituição, a qual apresenta em seu bojo, princípios, normas, direitos e deveres de todos os cidadãos¹⁴. Dentro de um Estado Democrático de Direito esses valores constitucionais devem ser respeitados e direcionados ao ser humano. Pois, cada um deve estabelecer suas condutas não ultrapassando a dignidade, liberdade e igualdade, de si mesmo e dos demais.

A Constituição Federal de 1988 traz de modo significativo e de grande importância seus direitos fundamentais, os quais foram frutos de transformações concernentes para atingir o Estado Constitucional Democrático, trazendo contornos básicos do Estado social que identificou nossa República, encontrando-se expressos os princípios e fundamentos que norteiam o Estado brasileiro em todas as relações.

Destarte, pode-se dizer que os direitos fundamentais encontram-se entrelaçados com o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo esse o alicerce daqueles. Além disso, a dignidade é um elemento comum às pessoas, o qual, por esse motivo, rege a vida de toda a população.

É a partir da Segunda Guerra Mundial que a dignidade da pessoa humana passa a ser expressamente reconhecida como valor fundamental dentro de algumas Constituições (a alemã e a mexicana, por exemplo), após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948¹⁵.

¹⁴ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 70.

¹⁵ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, p. 62.

Mesmo assim, muitos Estados não inseriram tal princípio dentro de seus textos constitucionais.

Desse modo, dentre os países do Mercosul apenas a Constituição do Brasil (art. 1º, inc. III), e a Constituição do Paraguai (Preâmbulo)¹⁶, destacaram expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, com *status* de valor e de norma fundamental, segundo o qual cada ser deve ter seus direitos respeitados.

Assim, pode-se dizer que o Estado existe e vai continuar existindo em função da pessoa humana, reconhecendo esta como um ente supremo e absoluto, proporcionando a todos melhores condições de existência.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos trata no seu art. 1º da dignidade da pessoa humana, segundo a qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”. Compreende-se, então, que todas as pessoas são iguais em dignidade, sendo ela inerente a cada indivíduo e produto da razão humana, consistindo numa qualidade natural do homem.

A dignidade da pessoa humana teve seu primeiro reconhecimento como sendo um direito constitucional na Constituição da Alemanha pós-segunda guerra. Isto como consequência, pois antes de tal assente, a dignidade humana foi gravemente violada pela prática de vários crimes cruéis como genocídio. Depois disso veio a Constituição Portuguesa, a qual conheceu a dignidade da pessoa humana como sendo a base da República soberana. Em seguida, a Constituição espanhola também tem o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento de ordem política e social.¹⁷

A Constituição brasileira reconhece a dignidade humana e a tem como fundamento¹⁸, visando à existência de uma vida digna na qual todos têm direito de desfrutar de tal harmonia.

¹⁶ SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, p. 63.

¹⁷ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, p.76.

¹⁸ 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.

Porém, há discussão acerca do valor supremo atribuído por esta Carta Magna à dignidade das pessoas. Também:

mais do que isso, “a dignidade da pessoa humana é dotada, ao mesmo tempo, da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica. Se é fundamento, é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio de ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional”.¹⁹ (SILVA apud ALVARENGA 1998, p.137).

2.2. O LAZER, OS DIREITOS TENDO EM VISTA A QUESTÃO AMBIENTAL.

O direito ao lazer, conforme tratado no texto, é um direito social, devendo ser priorizado a todos os seres humanos. Importante destacar as diversas formas de lazer como: o futebol, o brincar na escola e em casa, salutar o é destacar aqui sobre os tipos de lazer para cada idade.

Quando na infância não lembramos das brincadeiras e formas de lazer que a criança necessita tanto na escola, como em casa; passeios, diversões, brincadeiras são formas de lazer.

Já quando adulto pode ter em seu cotidiano muitas formas de lazer também. O idoso não difere disso. Aqui no Brasil observamos muitos grupos, centros de apoio e recuperação de adultos que promovem o lazer.

Desse modo destaca que sendo o lazer um direito social, cabe ao poder público garantir meios para sua realização nas cidades.

Sob um viés ambiental na política nacional e de educação ambiental, deve estar atrelada a questão dos direitos sociais da pessoa, bem como as formas de lazer, já que essas estão garantidas em leis nacionais e internacionais.

Cabe dizer que em outros países esse direito ao lazer também é garantido, se tornando assim, um direito transnacional.

Cabe destacar sobre a lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999, que estabeleceu:

(...) a Política Nacional de Educação Ambiental (art. 6º). Definiu-se a educação ambiental como os processos pelos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade, sendo ainda um

¹⁹ SILVA apud ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza**: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 137.

componente essencial e permanente da educação nacional que deve estar presente de forma articulada, em todos os níveis e modalidades de processo educativo, em caráter formal e não formal, conforme observamos nos artigos 1º e 2º da aludida lei.²⁰

Cabe dizer que a educação ambiental e o lazer serão implementados ainda através de ações e práticas educativas voltadas para a sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente.

Desta forma, nada adianta promover o lazer por lazer, ele deverá respeitar uma lei existente que protege tanto o meio ambiente como o direito ao próprio ao lazer, sem que esqueçamos que o ser humano é parte deste meio, onde se deve atrelar lazer, meio ambiente para que os mesmos sejam garantidos. Nesse sentido discorro sobre um lazer bastante incentivado no Brasil que é o futebol.

Vejamos o seguinte:

“O futebol brasileiro faz parte de nosso folclore, é uma importante manifestação cultural e tem potencial para incrementar o turismo no país. Partindo desses pressupostos Sérgio Miranda Paz defende que ele deve ser incluído nas disciplinas de Cultura Brasileira do ensino superior. O engenheiro elétrico, bacharel em ciências da computação, também formado em Educação Física e Turismo, levou esse assunto tão a sério que produziu a tese de doutorado: O futebol como patrimônio cultural do Brasil: estudo exploratório sobre possibilidades de incentivo ao Turismo e ao lazer, apresenta na Escola de comunicações e Artes (ECA) da USP.²¹

Tendo como exemplo o futebol como lazer neste sentido, se quer dizer que muito além de ser um lazer ele representa um esporte que traz à tona diferentes expressões, até mesmo de deslocamento para sua efetivação, e por isso, a importância de se pensar no meio ambiente de forma ampla, em termos nacionais e internacionais, pois envolve toda uma estrutura física de pessoas e de espaço (meio ambiente).

2.3. BENS VITAIS BÁSICOS: RELATO DE RODOTÁ

Cabe aqui discorrer sobre os bens vitais básicos já que o ser humano deve primar por eles enquanto vive, e neste caso, o lazer toma uma proporção grandiosa no dia a dia das pessoas.

O cuidado com si próprio e o meio ambiente, ou seja, o ser humano fazendo parte deste meio, enseja certo cuidado no trato desses bens preciosos como o lazer.

²⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12 ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 128.

²¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**, p. 457.

Nesse meio entra a questão do direito, no sentido de que a nova realidade de um mundo sem fronteiras e sem limites, ocasionada em grande parte pela globalização, produz um sentimento de desorientação, de perplexidade. Faz-nos questionar o papel do ser humano no mundo e o artifício humano que é um direito.

Cabe lembrar que de tal forma que o ser humano necessita ser respeitado, o poder da cidadania sempre entrará como principal, pois o direito ao lazer, ou a qualquer outra forma de cultura é inerente à pessoa, qualquer que seja o lugar em que esta se encontre.

Rodotá nesse sentido demonstra grande preocupação com o reducionismo da pessoa e dos seus artifícios sem fronteiras que abstraem e limitam a sua humanidade, tolhendo a autonomia dos indivíduos e tornando-o meros sujeitos definidos em normas, abrindo espaço para a violação de direitos. Salienta que: “(...) as fronteiras do tempo histórico e do espaço não podem restringir a dinâmica das relações humanas e, da mesma forma, dos novos direitos que surgem para acompanhá-la”²².

Nesse sentido faz-se necessário vislumbrar essa questão para verificar até que ponto os direitos são realmente garantidos.

3. A GLOBALIZAÇÃO

A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu ente natural.

3.1. CONCEITO DE GLOBALIZAÇÃO

É um processo econômico e social que estabelece uma ligação entre os países e as pessoas do mundo todo. Através desse processo, as pessoas de modo geral, os governos e as empresas trocam idéias, realizam todas as transações operacionais, comerciais e financeiras nos aspectos culturais e sociais em qualquer lugar do mundo.

Globalização, no entanto, é um conjunto de transformações na ordem política, social,

²² RODOTÁ, Stefano. *Il diritto de avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 03.

cultural e econômica, tratados desde o final do século XX.

4. ESTADO E TRANSNACIONALIDADE

A palavra Estado surgiu no período da Renascença, derivada do latim “*status*”, deve-se a Nicolau Maquiavel a inclusão desse termo, através de seu livro O Príncipe, escrito em 1513, onde se lê como primeira frase, o seguinte: “Todos os estados, todos os domínios que tiverem e têm poder sobre os homens, são estados e são ou repúblicas ou principados” (O Príncipe p. 7). No entanto, a verificação de toda evolução e transformação histórica do Estado medieval ao Estado Moderno nos traz anteriormente as formas estatais pré-modernas.

A *pólis* que quer dizer cidade de onde provém o termo política como uma sociedade de maior expressão ou visando um ideal de autosuficiência; uma elite com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos. Nos assuntos privados a autonomia da vontade individual é restrita.

Já os *civitas* romana era a comunidade de habitantes onde a *res publica*, ou seja, a coisa comum pertence a todos, se apresentava assentada em base familiar de organização; a noção de povo era muito restrita e os magistrados considerados como governantes superiores.

Nas formas estatais da antiguidade o povo não era ligado por suas tradições costumes, cultura, língua, mas sim pelo produto das guerras e conquistas. O governo era marcado pela autocracia ou por monarquias e o caráter autoritário e teocrático do poder político. Tinha-se um sistema econômico baseado na escravidão e por fim, uma profunda influência religiosa. Para Streck e Morais²³:

O Estado é um fenômeno original e histórico de dominação. Cada momento histórico e o correspondente modo de produção engendram um determinado tipo de Estado. Observa-se assim, que o Estado moderno, em sua primeira versão absolutista, nasce das necessidades do capitalismo ascendente na passagem do período medieval, ou seja, o Estado não tem uma continuidade evolutiva, que o levaria ao aperfeiçoamento; são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas.

Cabe salientar que desde a consolidação do estado democrático de direito, no Brasil, com destaque para a Constituição Federal de 1988, vem se conformando um contexto propício para um certo destaque do Poder Judiciário, especialmente da jurisdição constitucional, exercida,

²³ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 195 p, 2003, p. 195.

notadamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

A que dizer que as Constituições democráticas, advindas no segundo pós-guerra, em geral, tiveram a preocupação de se acautelar da repetição daqueles horrores vividos, fortalecendo-se enquanto documentos, além de jurídicos, eminentemente políticos, garantidores de direitos e de garantias fundamentais dos cidadãos.

Daí que começam a surgir novas demandas de atuação do Judiciário e, com elas, novos desafios à sua operacionalização e à sua legitimidade em face desses aspectos, que repercutem, também, nas visões relativas à separação de poderes. Trata-se de Cruz²⁴, o qual explica:

“(…) que o conceito de soberania, primeiro, encontra-se junto ao Estado Absoluto, caracterizando o poder estatal como único e exclusivo sujeito da política; depois, com o surgimento do Estado Constitucional Moderno, passa a ser referido à Nação, mediante contribuições teóricas de Sieyès”.

É nítido que a democracia veio corroborar a identificação da soberania com o povo. Já depois da Segunda Guerra Mundial, o Estado Constitucional Moderno deve interagir no plano internacional, vinculando-se a obrigações externas através de tratados bilaterais, convenções multilaterais ou do costume. A existência da sociedade internacional, no entanto, não agride a soberania do Estado Constitucional.

Assim, como ensina Cruz²⁵:

(…) no mundo atual, pelo movimento da globalização foram abertos novos pressupostos democráticos que impulsionam a uma maior solidariedade universal e um desenvolvimento comum solidário. A definição de soberania, de absoluta revela-se relativa, especialmente por força do fenômeno da integração em comunidades supra-estatais, além da reflexão da perda do poder normativo do Estado diante da consolidação da ordem jurídica internacional e novas fontes do direito.

4.1. HISTÓRIA, EVOLUÇÃO E CONCEITO

Após a evolução e história do Estado chega-se ao seu conceito através de seus elementos que os institui e que são os principais formadores desta nação. Entretanto esses elementos são a parte essencial do Estado em que sua retirada descaracterizaria este Estado. Estamos falando de três elementos, a saber: povo, território e governo.

²⁴ CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI. p. 60, Editora Univali: 2011, p. 60.

²⁵ CRUZ. Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade**: democracia, direito e estado no século XXI, p. 60.

A começar pelo povo que é um aglomerado de pessoas que participam ativamente da vida em sociedade com os mesmos valores sociais, culturais, com interação e consciência de irmandade e, principalmente com sentimento nacional.

Destarte, o povo se compõe de cidadãos, isto é dos participantes do sufrágio, da organização dos quadros dos governamentais, ou seja, são os votantes que para a aquisição dessa qualidade necessitam de certas exigências legais para um maior exercício do voto. Por outro lado, temos a população que designa um conjunto de pessoas que vivem em determinado território, em determinada época, independente de ter ou não de semelhança com seus pares em valores culturais, de língua, etc. Engloba os nacionais e os estrangeiros fixados num território de certo Estado.

Território nada mais é que a base física e geográfica onde vive o povo e a população de determinado Estado. Deste elemento se retira os recursos materiais, as riquezas, toda subsistência humana que satisfazem a necessidade de todos. Estabelece as relações existentes entre um Estado e outro. Pode ser visto no aspecto geográfico onde se tem a delimitação das fronteiras; no aspecto sociológico se estuda a formação dos valores sociais, étnicos e religiosos; aspecto político quando temos como limite o poder soberano e no aspecto jurídico estudamos seu enfoque no seu ordenamento de Direito. Assim o território é o elemento essencial para caracterização do Estado, ou seja, sem território não pode haver Estado.

Como último elemento temos o governo como friza Anderson Menezes “o governo é o órgão diretor, o aparelho de mando e coação exercitado pelo Estado” (p. 142). O Governo sendo o administrador do Estado tem o poder de reger uma sociedade política e o aparato estatal no qual o corpo governante funciona e exerce sua autoridade, ou seja, é a instância máxima executiva, com o condão de elaborar leis, aplicá-las e executá-las. Abrange ainda os três poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nas palavras de Kleber Couto Pinto:

O administrador por excelência do Estado sempre foi consagradamente o Executivo, principalmente nos sistemas presidencialistas como o nosso. Assim o Governo pode ser identificado *stricto sensu* com o próprio Poder Executivo, excluindo-os demais. Um governo destituído de poder, portanto, não está apto a governar. Um Estado sem governo não está apto a sobreviver. Conclui-se com facilidade que o Governo precisa desse poder maior, que a doutrina denomina de sabedoria (PINTO, p. 57).

Assim, o governo como elemento diretivo, revela a soberania do Estado, que nada mais é

que a qualidade de um poder supremo do Estado de não ser determinado ou obrigado senão pela sua própria vontade dentro da sua esfera, competência e dos limites superiores do Direito ao fim coletivo que está chamado a realizar.

Com toda essa evolução acerca do conceito de Estado, do nosso sistema de Governo e de todo exercício da soberania que foi evoluindo com o passar dos anos com mudanças na tecnologia, à informação, o avanço da internet, etc. Tudo isso com o próprio trabalho e esforço do homem, para se chegar a viver melhor em sociedade tanto em nível nacional como em nível internacional, principalmente para que as pessoas consigam se comunicar e viver harmoniosamente nesse século de constante transformação.

4.2. GLOBALIZAÇÃO E TRANSNACIONALIDADE ENTRE OS ESTADOS

Enfim, a globalização e a transnacionalidade entre os Estados na busca de mecanismos e alternativas ágeis e sólidas para resolução dos conflitos, engajará ao Estado condições de atuação e mediação dessa ordem supranacional, ao invés de sofrer de forma perene com a crise que lhe acomete.

Toda a tecnologia e a informação em voga só ensejam condições favoráveis a todos, já que estamos vivendo em um período de mudanças e transformação nessa era de globalização. Vale dizer neste estudo sobre a produção normativa não estatal, que ganha ênfase na sociedade global nos dias atuais, vale destacar as palavras de Sabino Cassese²⁶:

El Estado soberano controla la fuerza, domina la tecnología y la economía, reconoce sólo instituciones iguales (esto es, otros Estados). [...] Todo esto ha cambiado en la segunda mitad del siglo XX. [...] Las editoriales, calles, trenes, telecomunicaciones eran instrumentos del Estado. Ahora trascienden al Estado y la someten a sus reglas. El transporte aéreo está más regulado por las asociaciones del sector (entre ellas la IATA) que por los Estados. La Unión telegráfica internacional, luego Unión internacional de las telecomunicaciones, la Unión postal internacional, la Oficina internacional de pesos y medidas, instituidas ya entre el séptimo y el octavo decenio del siglo XIX, determinan hoy los estándares que los Estados hacen respetar. Y, si los Estados alguna vez gobernaron y controlaron las comunicaciones interestatales entre los individuos, ahora estos últimos pueden establecer, a través de la red electrónica, grupos internacionales sin que los poderes públicos generales tengan siquiera la posibilidad de interferir. [...] Un ejemplo de esto último es el rating de los Estados las deudas públicas son valuadas por los mercados financieros y la solidez

²⁶ CASSESE, Sabino. **La Crisis del Estado**. Tradução: Pascual Caiella e Juan González Moras. Buenos Aires: Lexis-Nexis e Abeledo-Perrot, 2003, p. 80.

financiera de los estados sometida a un juicio no distinto de aquel que se hace respecto de una empresa.

Deste modo, todos os patamares que a sociedade delega como principal, nem sempre devem ser os seguidos, pois tal como acima citado, o que acaba prevalecendo são os de intuítos econômicos e consumistas para uma sociedade. E estes moldes, necessariamente precisam ser invertidos para uma conjuntura igualitária, democrática social tendo em vista o respeito e o próprio direito que o meio ambiente necessita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao findar esse artigo reflete-se sobre o estado, bem como a globalização que é algo a ser pensado, pois cabe ao estado pensar sobre novas políticas públicas e zelar pela busca de condições positivas frente aos direitos sociais que assim devem ser garantidos a todos os indivíduos, tendo como exemplo o lazer aqui abordado.

Cabe ressaltar que assim como existem os direitos a vida, ao lazer, existem também, os direitos humanos e ambientais que são garantidos por lei e que fato devem ser conhecidos e transmitidos.

Todo esse estudo mostra a questão do direito garantido e assegurado em lei maior. Desse modo, pode-se dizer que esses devem ser garantidos e por isso o estudo sobre essa temática, para instigar futuros profissionais da área a auxiliar os indivíduos. Salienta-se que a própria noção da Teoria do Estado passa a ser objeto de reflexões, não mais de maneira fechada, com um olhar exclusivo para dentro de seu território, mas com um olhar novo, global, para fora de seus limites territoriais.

Assim frisa-se que na Modernidade os direitos humanos nascem como direitos fundamentais, ou seja, primeiramente são concebidos como direito interno, como direitos do cidadão, mas ainda que direito nacional-interno com ampla vocação e pretensão universal como direitos do homem genérico, se referindo a todos os seres humanos. Porém cabe salientar que o fenômeno da universalidade dos direitos humanos é diferente do fenômeno da internacionalização dos mesmos. A universalização é anterior aos mesmos, pois se dá já na construção teórica dos direitos, ainda como Direito Natural Racionalista, e segue seu curso desde as primeiras declarações de direitos.

Já a internacionalização dos Direitos Humanos é um processo muito mais recente, pois se dá basicamente como resultado da barbárie da guerra, do desejo do nunca mais da Segunda Guerra Mundial, com o advento da Organização das Nações Unidas (ONU) e com a construção de pelo menos três sistemas internacionais de proteção de Direitos Humanos (ONU, Organização dos Estados Americanos e Conselho da Europa) e tem como marco documental inicial a fundamental Declaração Universal de Direitos Humanos.

Não resta a menor dúvida de que a manutenção da paz e a defesa dos direitos humanos, objetivos plasmados no art. 1º da Carta de São Francisco de 1945, decisivamente são os principais motivos da criação da ONU.

Da mesma forma que essas foram também as principais preocupações tanto da Comunidade Interamericana como Européia. Não resta dúvida que a questão da universalidade do conceito ocidental dos direitos humanos/direitos fundamentais é uma discussão prévia ao tema da transnacionalidade dos mesmos.

Então voltando por fim a situação problema que envolve muitos pressupostos da sociedade questiona-se novamente: O direito ao lazer está tendo seu devido espaço na sociedade diante de uma sociedade totalmente globalizante?

Por fim, salienta-se que tudo dependerá de como a sociedade, estado trata a questão do lazer. Se o estado oportunizar o direito através de políticas públicas mesmo nessa sociedade globalizante, o direito ao lazer²⁷ terá sentido, porém, se a sociedade de consumo imperar por não pensar nesta questão o lazer será esquecida. Caberá ao profissional de direito lutar por estas causas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

²⁷ O artigo 227, inclusive, dispõe que é dever do Estado assegurar o lazer de forma concorrente com o esforço da família e sociedade. A união de forças deve desembocar num esforço de todos para implementação e preservação do lazer. Estado e não-Estado devem dar execução e levar o lazer à prática por meio de providências concretas. O direito social ao lazer tem a finalidade de favorecer a todos e especialmente os mais fracos, realizando plenamente a isonomia e a felicidade. O direito ao lazer busca melhorar a vida humana. Por via transversa, melhorar também a saúde. Aliás, o lazer serve de essência para a transformação, efetividade e realização de inúmeros outros direitos fundamentais. <http://antoniopires.jusbrasil.com.br/>.

BRASIL, **Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2003.

BOXER, Charles Ralph. **O império marítimo português, 1415-1825** (em português). Companhia de Letras. ed. [S.l.: s.n.], 2002.

BHABHA, H. K. **Locais da cultura.** Em: BHABHA, H. K., O local da cultura. Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p. 90, 2003.

CASSESE, Sabino. **La Crisis del Estado.** Tradução: Pascual Caiella e Juan González Moras. Buenos Aires: Lexis-Nexis e Abeledo-Perrot, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI.** p. 60, Editora Univali: 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 12 ed. Ver. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

GALENO, Alex. Mídias corroídas e subjetividades amputadas. In ___ **Complexidade à flor da pele: ensaios sobre Ciência, Cultura e Comunicação.** São Paulo: Cortez, 2003. p. 95-107.

GOMES, Christianne L. **Lazer, trabalho e educação: relações históricas, questões contemporâneas.** 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

GOMES, Christianne.L.; ELIZALDE, Rodrigo. **Horizontes latino-americanos do lazer / Horizontes latino-americanos del ocio.** Belo Horizontes, UFMG, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A Subjetividade do Tempo. Uma Perspectiva Transdisciplinar do Direito e da Democracia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul/RS: Edunisc, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

RODOTÁ, Stefano. **Il diritto de avere diritti.** Roma-Bari: Laterza, 2012.

SARLET, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 195 p, 2003.

ESTADO E(M) CRISE: COMO GARANTIR DIREITOS?

Paulo Valdemar da Silva Balbé¹

INTRODUÇÃO

O desafio que se pretende enfrentar no presente trabalho será compreender em algumas linhas as alterações pelas quais tem passado o Estado e identificar sua intrínseca relação com a garantia e efetivação de direitos dos cidadãos, incumbência que tem suscitado ampla discussão na sociedade e no meio acadêmico.

A questão inerente ao Estado e à defesa dos direitos humanos e fundamentais faz despontar dúvidas que recaem sobre a suficiência de suas estruturas e, mormente, o enfrentamento de dificuldades que se apresentam em um mundo dito “globalizado”, no qual tem preponderado a liberdade nas relações de troca e a forte atuação, ao lado de organismos internacionais já reconhecidos, de atores não facilmente identificáveis, desvinculados de territórios e dotados de sistemas regulatórios próprios e de um amplo poder de influência.

Também não é lícito olvidar, nesse mesmo contexto, que um dos problemas que assolam grande parte das democracias ocidentais, sobretudo aquelas dotadas de um arcabouço constitucional voltado para a promoção de bem-estar de seus cidadãos e redução das desigualdades materiais, tem sido a crescente majoração dos custos financeiros para a manutenção de suas estruturas, situação agravada pelo aumento do volume de recursos que tem abandonado seus limites territoriais em decorrência de estratégias e práticas ousadas de evasão fiscal e ocultação de capitais.

Trabalha-se com a hipótese de que, nada obstante em face das inúmeras deficiências apontadas tenha alterado o uso corrente da expressão “crise do Estado” para designar, de certo modo, sua gradual extinção no papel de garantidor de direitos humanos e fundamentais, sua capacidade organizacional e estruturas continuam sendo imprescindíveis para o préstimo de bens e serviços à população.

¹ Mestrando em Direito. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu. Faculdade Meridional (IMED). Vinculado ao grupo de pesquisa "Direito e desenvolvimento" pela Faculdade Meridional (IMED). Email: paulo.balbe@gmail.com

Embora o Estado perdure como eficiente modelo de organização social, o enfrentamento de problemas complexos exige o esforço internacional para o estabelecimento de uma governança global, sobretudo em matéria de tributação e mercado financeiro, com o propósito de minorar os efeitos nefastos que a lavagem de dinheiro e a evasão fiscal acarretam nas economias locais e, sobretudo, na concretização dos direitos humanos.

Para a abordagem do tema utilizam-se os métodos dialético e analítico, sobretudo consideradas as contradições e evolução histórica dos institutos e categorias tratados. Utiliza-se, no desenvolvimento do trabalho, os procedimentos histórico e funcionalista, mediante revisão bibliográfica de livros e artigos relacionados ao objeto do estudo.

1. ESTADO E SOCIEDADE

A concepção de direitos e liberdades, tal como conhecemos hoje, remonta originariamente às grandes revoluções ocorridas nos séculos XVII e XVIII. Instaure-se a categoria de direitos individuais, mormente de índole “negativa” como ferramenta de proteção dos indivíduos frente aos abusos dos titulares do poder na sociedade.

A partir das revoluções inglesas do século XIII ocorreu uma mudança social significativa, na qual a autoridade absoluta (o rei) passou a reconhecer (vez que compelido a tal) determinados direitos de seus súditos (Magna Charta de 1215, Petition of Rights, de 1628 e Habeas Corpus Act, de 1679)², cuja observância, desde então, foi tutelada pelo Poder Judiciário, e não pelo príncipe ou o legislador.

Tem-se, pois, que no Estado Liberal de Direito “ [...] existe un solo y único derecho, el derecho positivo del Estado. En él, los derechos y libertades deben encontrar el fundamento y las oportunas formas de tutela”³. E essa concepção, peculiar ao pensamento novecentista, sofre significativa mudança a partir do final da Segunda Guerra Mundial, sobretudo com a doutrina que passou a apregoar a força normativa da Constituição e seu cariz dirigente.

A questão atinente ao “fim do Estado” leva à confusão, nos modelos contratualistas, com as finalidades supostamente idealizadas pelos indivíduos participantes do contrato ou do pacto

² Em especial o direito de liberdade, compreendido neste termo a liberdade pessoal e a propriedade dos bens dos indivíduos.

³ FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 118.

social. Conquanto refute essa premissa, afirmando que não seria correto atribuir ao Estado a existência de uma vontade consciente direcionada para o alcance de fins específicos Herman Heller⁴ reconhece a possibilidade de identificação de seu sentido, expresso em uma “função objetiva”, ou “função social”, consistente:

[...] na organização e ativação autônomas da cooperação social-territorial, fundada na necessidade histórica de um status vivendi comum que harmonize todas as oposições de interesses dentro de uma zona geográfica, a qual, enquanto não exista em Estado mundial, aparece delimitada por outros grupos territoriais de dominação de natureza semelhante.

O conjunto das funções objetivas estatais (territorial, política, jurídica), compreendidas na função de cooperação social-territorial, embora expliquem a existência do Estado enquanto instituição, não prescindem de sua justificação, pois deve corresponder aos anseios dos indivíduos que lhe prestam sacrifícios de toda a ordem. E essa justificação não reside exclusivamente na lei enquanto elemento de criação do Estado (sentido técnico-jurídico), mas também “[...]como autoridade legítima que obriga moralmente à vontade”⁵.

Resulta que o ideal de “justiça social” é inerente à organização estatal, que não se restringe à organização jurídica emanada de um poder legitimado apenas formalmente no estatuto, expresso na legislação enquanto produto de um procedimento técnico-jurídico, supostamente representante dos interesses da coletividade. Nesse sentido preceitua Heller⁶:

Não se fazendo a separação entre o jurídico e o antijurídico, não é possível uma justificação do Estado. Para levar a bom termo essa separação, precisa-se, como base, de um critério jurídico que se deve admitir esteja acima do Estado e do seu direito positivo. Ao direito, como valor suprapositivo de distribuição e de medida, incumbe a função de ordenar retamente a vida social, isto é, atribuir a todos os seus membros o que, com referencia a um todo, lhes compete em faculdades e obrigações: estabelecer entre si uma justa relação.

A Constituição, nesse contexto, não é singelo plexo de normas jurídicas estáticas, pois também almeja disciplinar o conjunto de relações dinâmicas que se sucedem no tempo (normalidade). Nesse aspecto a normatização, concebida como um plano, com a pretensão de reger não somente indivíduos e fatos situados em um dado momento histórico, mas manter um vínculo entre os cidadãos predecessores e sucessores, contribuiria para a normalização das condutas sociais segundo parâmetros jurídicos e extrajurídicos. Aí reside a concepção de normalidade normada, que dá sustentação teórica à chamada “Constituição Dirigente”, podendo

⁴ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 244.

⁵ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**, p. 261.

⁶ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**, p. 262.

ser sintetizada na percuciente observação de Heller⁷:

[...] sobre a infra-estrutura da constituição não normada, e influída essencialmente por esta infra-estrutura, ergue-se a Constituição formada por normas na qual, ao lado da tradição e do uso, desempenham o seu papel peculiar a função diretora e a preceptiva, que tem caráter autônomo e que, com frequência, decidem contra o tradicional.

O debate acerca dos rumos do Estado Moderno está, portanto, ligado umbilicalmente aos modelos constitucionais, de sorte que acolhida de um conjunto de direitos no texto da constituição de um Estado nacional sob a nomenclatura de “direitos fundamentais” não pressupõe que todos os direitos assim designados sejam, na essência, revestidos dessa importância, isto é, que guardem relação direta com o conjunto de liberdades e limites decorrentes das construções teóricas elaboradas no decurso da história. Portanto, dentre os direitos fundamentais, formalmente alçados a essa categoria pelo ordenamento positivo, nem todos são dignos de tal nomenclatura em virtude de seu próprio conteúdo material.

A atuação do Estado na garantia dos direitos fundamentais, conquanto comprometida com valores atinentes à correção de desigualdades, não autoriza a supressão das liberdades de seus cidadãos, premissa que, adotada, afasta a alternativa de sacrifício de minorias com suporte em um viés utilitarista. Nesse contexto o Estado encontra-se em uma situação paradoxal, na qual busca a coexistência entre seu dever de atuar (de viabilizar a concretude dos direitos sociais) e o de controlar a amplitude de sua atuação, de sorte a não violar garantias e liberdades individuais.

O Estado Social de Direito, ou seu equivalente histórico-sociológico, o Estado de Bem-estar Social (CÁRCOVA *in* OLIVEIRA NETO *et alii*, 2008) surge, então, como produto da história, resultante de um contexto sócio-político pautado pelos anseios revolucionários (cujas referências mais conhecidas são a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919) e pela ruptura com o modelo do Estado Liberal, fruto de uma concepção de sociedade dividida em classes. E justamente após a Segunda Guerra Mundial adquiriu maior destaque, vindo a sofrer o início de uma acentuada crise a partir da década de 70.

Por mais que se busque compreender o *Welfare State* em parâmetros totalizantes, a tarefa escapa a uma simplificação, pois constitui um processo histórico e, conseqüentemente, varia nos aspectos geográfico e temporal⁸. Justamente em razão desse processo, da influência do fluxo da história, já não resta mais dúvida de que as características do Estado Social de Direito ou Estado de

⁷ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**, p. 298.

⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. **Morte e vida da constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 61.

Bem-Estar Social sofreram mutações, nada obstante continuem presentes em vários textos constitucionais da atualidade.

Falar de crise ou morte do Estado Social de Direito equivale a reconhecer suas limitações, a precariedade ou a superação de suas estruturas para o enfrentamento dos desafios atuais. Não há, todavia, a curto prazo, possibilidade concreta de que o modelo do Estado Social de Direito venha a ser extinto.

2. OS DESAFIOS DO ESTADO NO CONTEXTO GLOBAL

Desde a segunda metade do século XX tem aumentado o número de organismos internacionais e, conseqüentemente, o número de declarações e tratados que demonstram o interesse no reconhecimento e na normatização dos direitos humanos na seara internacional.

A questão que se apresenta, entretanto, é a de saber se essa compreensão é seguida do correspondente aperfeiçoamento do Estado ou se, diversamente, a nova realidade pode constituir mais um fator desencadeante de sua crise.

O Estado Moderno, enquanto entidade racionalmente construída para conjugar e organizar os fatores sociais, tem sido reconhecido como dotado de soberania, ou seja, com a legitimidade e autoridade para fazer impor, dentro de seu território ou, em alguns casos, fora deste, sob seus cidadãos (indivíduos que possuam com ele vínculo jurídico-político) o ordenamento jurídico nacional.

São inúmeras as circunstâncias, entretanto, que denotam a deficiência do modelo estatal forjado na Idade Moderna. Pode-se identificar essas circunstâncias na própria relação com os elementos “soberania”, “povo” e “território”, comprovando que sua existência já se encontra bastante mitigada no contexto global.

Tomando por exemplo, inicialmente, a soberania, perceptível que seu enfraquecimento decorre especialmente da relevância de que tem se revestido as fontes normativas supraestatais, não raras vezes desvinculadas de organizações internacionais compostas por uma comunidade de “estados soberanos”. Nesse sentido é crescente o número de normas técnicas e regulamentos privados que tem influência no comportamento dos indivíduos, assim como na produção e

circulação de bens⁹.

Os elementos “povo” e “nação” também sofrem interferências importantes em razão dos êxodos provocados pelos conflitos armados ou cataclismas ambientais, de sorte que esses deslocamentos populacionais têm ocorrido sem a observância de um vínculo político-jurídico com determinado Estado, nada obstante possuam reflexos no corpo social, interferindo diretamente na ordem jurídica interna e na economia¹⁰.

O território, por sua vez, adquire um novo significado com o avanço das tecnologias de informação e o grande impulso do comércio internacional, situação que torna ilusória a possibilidade de efetivo controle das fronteiras.

Essas são hipóteses que ilustram o abalo sofrido pelo Estado suas estruturas básicas. Nada obstante, a busca de soluções para essa instabilidade não raro resultam na utilização de mecanismos ortodoxos, de questionável eficácia¹¹, porquanto eventual êxito na sua utilização decorre de experiências realizadas em contextos históricos diversos.

Os remédios são contingentes, considerado o desenvolvimento das empresas transnacionais¹², a necessidade de descoberta e implementação de novos espaços que viabilizem ampla liberdade para a troca de produtos e serviços e a migração de capitais na rede financeira mundial. E, nessa conjuntura, as próprias tentativas de normatização pelos órgãos de natureza internacional, considerando a utilização de mecanismos e estruturas semelhantes ao Estado (exclusividade das fontes, centralização), resultam ineficazes para reger (controlar) todo o conjunto de relações travadas no mercado¹³.

Em um contexto no qual as relações econômicas são travadas em um mercado global, quaisquer medidas locais e pontuais serão ineficientes para a solução de problemas. Conquanto tais soluções sejam justificadas sob o prisma político – e de certo modo correspondam aos anseios

⁹ Cite-se, exemplificativamente, o ICANN (International Corporation for Assigned Names and Numbers), que é uma organização privada, incumbida da importantíssima função, de interesse mundial, de controlar o registro de domínios dos sítios hospedados na rede mundial de computadores (internet).

¹⁰ Veja-se, por exemplo, as recentes migrações de indivíduos originários de Estados Africanos (Nigéria, Senegal) para países localizados nos continentes Europeu e Americano.

¹¹ Barreiras migratórias, barreiras alfandegárias e os subsídios econômicos.

¹² Adota-se aqui a terminologia utilizada por Arnaud. O adjetivo “transnacional” corresponde à ideia de que as empresas atuariam em afronta às legislações nacionais e internacionais, criando “[...] suas próprias normas em prol da eficiência do mercado”. (ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica**, vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 16-18, 20 e 32-33).

¹³ Tomada a palavra “Mercado” como um “Mecanismo de trocas abstrato” ou “[...] o conjunto de contratos, de convenções e de transações relativas a bens ou a operações dadas” (ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**, p. 94-95).

nacionais contra os efeitos da globalização - a assimetria entre a política nacional e a economia global torna-se aparente¹⁴ e exige um novo arranjo estrutural que ultrapassa os limites territoriais de um único país. Nesse sentido a percuciente lição de Cassese¹⁵:

Quando un compito travalica le possibilità di intervento di singoli Stati, è naturale che essi si coalizzino, per affrontarlo insieme. E che costituiscano un organismo globale, devolvendo ad esso il compito che gli Stati da soli non possono svolgere. Questo è il modo normale in cui le cose dovrebbero andare (2009, p. 12).

Na conjuntura atual, na qual se verifica o embate entre o racionalismo originário na Idade Moderna e as concepções teóricas que buscam refutar a nova roupagem da filosofia liberal, surgem dúvidas em relação ao papel do Estado nessa nova realidade; um antagonismo entre o que Arnaud¹⁶ denominou de “racionalidade lúdica” (pela qual os próprios atores passariam a estabelecer formas de regulação e ajuste, pautado pelo livre jogo das trocas) e providencial (correspondente às tentativas institucionalizadas/estatais de resolver as injustiças sociais).

A dúvida que paira sob essa proposta “lúdica” concentra-se no papel desempenhado pelas organizações internacionais e supranacionais em relação aos problemas sociais de escala global. Embora o número significativo de organismos atuantes no âmbito mundial, não se identifica nesses níveis a existência de redes organizadas, que autorize crer na potencialidade de solução de mazelas de natureza social (por exemplo, a fome, a desigualdade, a pobreza, o desemprego) em um âmbito extra-estatal. Basta que se atente para o fato de que as organizações internacionais que hoje atuam nesse meio (UNICEF, MSF, Cruz Vermelha Internacional) não possuem condições de solucionar os problemas sociais nos espaços geográficos onde atuam.

Ainda que as estruturas criadas no seio do Estado Social de Direito também não sejam suficientes para erradicar mazelas, não subsistem razões para desconsiderá-las, apregoando sua extinção. Reconheça-se que há, de fato, Estados ineficientes, os quais não logram fazer valer os preceitos fundamentais de suas constituições, mas geralmente assim o são em virtude de problemas sociais mais graves, que ultrapassam as capacidades locais de articulação e financiamento¹⁷.

¹⁴ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato**. Torino: Eunadi, 2009, p. 05.

¹⁵ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato**, p. 12.

¹⁶ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**.

¹⁷ Colha-se o exemplo da Etiópia, país que possui uma constituição que reconhece explicitamente as principais conquistas do Estado Moderno, a exemplo da laicidade e do respeito aos direitos humanos, mas não tem conseguido superar as crises sociais e políticas, levando grande parte de sua população a viver com baixíssimos padrões de vida.

3. DIREITOS HUMANOS: O DESAFIO DE SUA APLICAÇÃO

A função de garantir direitos humanos e fundamentais enfrenta dificuldade ímpar em um mundo globalizado, no qual a adoção de medidas pontuais pelos Estados Nacionais, voltadas para a solução de problemas locais, frequentemente causam problemas mundiais que, por sua vez, retornam ao âmbito local¹⁸.

A incapacidade de assegurar os direitos humanos e fundamentais (quando não os violam diretamente) tem sido o principal motivo para a descrença no Estado como protagonista de uma proposta reformadora. Tem-se buscado, portanto, novos caminhos na seara internacional.

As apostas são direcionadas à capacidade de articulação e de aprimoramento técnico dos órgãos internacionais (e, conseqüentemente, na eficácia de suas decisões, pois afetam diretamente as relações comerciais e financeiras) nas declarações internacionais e demais instrumentos de *soft law*, nos juízos arbitrais e, especialmente nas cortes internacionais.

A opção de reconhecimento desses direitos pela via do direito positivo estatal, ou seja, na forma de direitos fundamentais, exige elevado grau de dependência da atuação de um segmento político. Em suma, a querela que pretende superar com o reconhecimento dos direitos fundamentais a nível global pressupõe o enfrentamento das condições de ingresso das questões sociais na arena política, despertando a velha problemática da representatividade e da legitimidade. E tal problema não se restringe aos Estados Nacionais, considerando que o estabelecimento de foros de debate e deliberação nas instâncias internacionais estão sujeitos ainda em maior grau à alienação dos assuntos sociais, considerados os limites à representatividade democrática¹⁹.

Uma hipótese para a superação desse problema seria reconhecer que os direitos fundamentais são dotados de uma ampla aceitação mundial, com reconhecimento e proteção por povos de diversas culturas.

Admitida a superação da questão relativa às fontes normativas, presumindo a aplicação dos direitos humanos, ainda que não internalizados no ordenamento jurídico estatal, remanesce o problema da aplicação daqueles preceitos e o confronto com a cultura jurídica tradicional, acostumada com o Direito dotado de estrutura preponderantemente analítica (*hard law*). Nesse

¹⁸ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato.

¹⁹ CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato.

sentido é pertinente o apontamento de Stefano Rodotà²⁰:

In studiosi meno avvertiti queste suggestioni si risolvono in tentativi di restituire al legislatore un trono che non esiste più, con un atteggiamento antistorico e nostalgico che si alimenta, delle stesse pulsioni che inducono a considerare i diritti fondamentali casi avvinghiati alla forma dello Stato nazionale che ogni deperimento di quest'ultimo non solo li priva di una adeguata protezione, ma inibisce loro la possibilità di seguire un altro cammino senza assumere una funzione distruttiva della democrazia [...].

Na visão de Rodotà²¹ há a pressuposição de que a estrutura analítica, tradicional, deve ser substituída por uma estrutura normativa mais adaptável, permeável às mudanças da sociedade como, por exemplo, as cláusulas gerais e os princípios. Essa mudança traz, certamente, um acréscimo de poder para a jurisdição, mas demonstra também uma virtude: o dever de o Poder Judiciário se pronunciar frente aos problemas que lhe são postos para apreciação. A essa virtude se contrapõe uma falha na política: a usual omissão legislativa.

A atuação do Poder Judiciário, portanto, naquele atual contexto, seria não só a de complementar à atuação legislativa, mas também a de resolver problemas pontuais, concretizando direitos e garantias, promovendo as condições necessárias ao exercício da democracia²².

Embora não se negue a razão e a consistência teórica de Arnaud²³ e Rodotà²⁴, a possibilidade de um reconhecimento dos direitos humanos pela via internacional, sem a interferência estatal, continuaria esbarrando no óbice da utilização de órgãos dos Estados nacionais (por exemplo, o Poder Judiciário)²⁵ e, especialmente, na necessidade de utilização de recursos orçamentários locais.

Na linha teórica liberal a extensão conferida aos direitos humanos na esfera internacional não chega, obviamente, a compreender toda a gama de direitos fundamentais tipicamente reconhecidos pelos Estados Sociais. Nesse sentido Rawls²⁶ é enfático ao estipular um rol taxativo de direitos humanos que correspondem a “[...] uma classe especial de direitos urgentes, tais como a liberdade que impede a escravidão ou servidão, a liberdade (mas não igual liberdade) de

²⁰ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari (Italy): Laterza, 2012, p. 50.

²¹ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**.

²² RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**.

²³ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**.

²⁴ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**.

²⁵ Ainda que seja reconhecido, porventura, o acesso direto aos tribunais internacionais ou juízos arbitrais.

²⁶ RAWLS, John. **O direito dos povos**. Trad. BORGES, Luís Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 103.

consciência e a segurança de grupos étnicos contra o assassinato em massa e o genocídio”.

A situação, posta nesses termos, resulta na formulação de propostas que rejeitam a hipótese de uma “terceira via”, como sustenta Hayek²⁷. A aparente dicotomia, resultante da apregoada “morte anunciada” do Estado-Providência ou Estado Social ou de sua manutenção motivada por princípios ou valores morais tende a encaminhar para a conclusão de que as propostas teóricas do liberalismo renovado (ou neoliberalismo) seriam as mais indicadas para a organização dos fatores sociais em um contexto global.

Diverge dessa conclusão Habermas, para quem o Estado social, ao promover políticas públicas e suprir necessidades básicas “expande a autolegislação burocrática dos cidadãos em um Estado nacional” (2001, p. 84) à medida que potencializa as condições dos membros dos grupos menos privilegiados de gozar os seus direitos e, conseqüentemente, participar do processo de legitimação, de escolher os rumos do Estado em cujos limites territoriais está inserido.

Percuciente nesse ponto a síntese daquele autor (2001, p.64): “O final do século encontra-se sob o signo do risco estrutural de um capitalismo domesticado de modo social e do renascimento de um neoliberalismo indiferente ao social.”

O Estado Social de Direito e as constituições dirigentes, contudo, subsistem. Estas últimas não mais como propostas revolucionárias de reorganização dos fatores sociais, com a pretensão de instaurar uma nova ordem de coisas, de conduzir dramaticamente os rumos da política de modo alienado ao que ocorre no mundo. Conquanto expressem um “plano global normativo” e, nessa ótica, contemplem uma feição ideológica²⁸, passam a atuar em rede, em conjunto com outros textos constitucionais e com as normas elaboradas no plano internacional²⁹.

Nos países de “modernidade tardia”, nos quais sequer foram garantidas conquistas elementares da sociedade moderna (por exemplo, a eliminação de trabalho escravo, o acesso aos níveis elementares de educação e alimentação) a substituição do papel do Estado de Direito Nacional, orientado por uma carta constitucional dirigente, é tarefa de difícil implementação, com o risco de uma inserção abrupta na política de mercado sem os necessários mecanismos que assegurem um mínimo de segurança aos indivíduos integrantes dos povos.

²⁷ *Apud* ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização.**

²⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁹ Canotilho *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente.**

4. A QUESTÃO DO CUSTO DOS DIREITOS

Apesar de suas limitações, o Estado subsiste como o principal anteparo jurídico e administrativo para o alcance de serviços públicos aos povos³⁰. Ainda que, porventura, seja possível estabelecer relativa autonomia dos indivíduos para pleito e resguardo de direitos básicos fora do esquema clássico dos direitos subjetivos públicos, ou seja, em uma perspectiva que sublima de algum modo as instâncias e aparatos administrativos e burocráticos estatais necessários ao seu reconhecimento e efetivação, ainda assim a concretização das medidas necessárias para a satisfação desses direitos não prescindiria de estruturas administrativas organizadas e coordenadas, revelando elevada complexidade.

O eventual reconhecimento da preponderância de uma esfera normativa organizada nos níveis internacionais, ou até mesmo a observância de regulações supranacionais, originárias de órgãos privados, aliada à sua aplicação cogente por parte de magistrados, pertencentes a órgãos do próprio Estado ou a tribunais internacionais³¹, não eliminaria a necessidade de atos concretos destinados à efetivação daqueles direitos.

Natural que, no contexto acima delineado, seja o próprio Estado, embora desprovido de parcela substancial de sua soberania³² (isto é, na qualidade de principal fonte de Direito), o incumbido de realizar, de efetivar no plano concreto, no mundo material, os direitos dos indivíduos, mediante a prática de atos (entrega de bens, prestação de serviços).

Ainda que se cogite de instituições ou organismos internacionais voltados à prestação de assistência humanitária ou econômica, é equivocada a conclusão no sentido de que o préstimo desses serviços seja suficiente para a proteção dos direitos humanos em nível global, mesmo que se visualize exclusivamente uma reduzida gama de países destinatários dessas atividades de auxílio e de um número ainda menor de direitos básicos cuja proteção e alcance devam ser assegurados obrigatoriamente a todos os indivíduos (vide, por exemplo, a preservação de

³⁰ Aqui entendido, nesse conceito, os indivíduos que com eles possuam vínculos jurídico-políticos (cidadania) ou que estejam na abrangência demográfica de seus territórios (por exemplo, migrantes).

³¹ Pertinente nesse ponto a valiosa observação de Allard & Garapon em relação ao que chamam de “comércio de juízes” como alternativa para a redução de custos de transação em uma economia globalizada e as respectivas disputas de influência pela utilização ampla de procedimentos e técnicas importadas de sistemas jurisdicionais de países mais desenvolvidos economicamente (ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves: Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 41 e 49).

³² Entenda-se nesse contexto a soberania como sinônimo do papel do Estado como principal fonte de Direito, com aptidão impor sua observância em seu espaço territorial. A perda de soberania parte da hipótese de que alguns documentos celebrados no âmbito normativo internacional, desprovidos de cogência (*soft law*), sejam passíveis de interpretação e aplicação via atividade hermenêutica realizada pelos magistrados.

genocídio e o combate à fome, na África).

O mesmo ocorre em relação aos bancos de fomento internacionais, pois embora os recursos liberados sejam, em princípio, destinados à criação ou ao aperfeiçoamento de mecanismos para a melhoria do bem-estar da população³³, os montantes tomados a título de empréstimo têm de ser restituídos de algum modo, em que pese sob condições mais generosas, se comparadas àquelas aplicadas no mercado financeiro. O pagamento desses empréstimos ocorre pela via tradicional da transferência (direta ou indireta) de recursos orçamentários, originários de receitas derivadas dos Estados, ou seja, de prestações pecuniárias vertidas pelos seus cidadãos e demais indivíduos que se encontrem sob seu âmbito de soberania.

As hipóteses acima trabalhadas servem para exemplificar que pelo menos algumas das tradicionais limitações do Estado Social de Direito – a escassez de recursos financeiros/orçamentários – continua presente, embora não tenha sido o foco de atenção da comunidade acadêmica jurídica na mesma proporção do esforço empreendido no reconhecimento e defesa de direitos e garantias aos indivíduos. E em certo ponto é natural que a questão referente à carência de recursos adquira relevo, considerando que dificilmente o acréscimo das perspectivas de garantias e direitos aos indivíduos ocorra sem o correspondente custo.

Não se trata de sobrepor o plano econômico ao plano normativo, de sorte a justificar a perda de autonomia do Direito e, conseqüentemente, seu papel de regulador nas relações de mercado. Implica, diversamente, em reconhecer que também a missão do Direito exige o comprometimento com a realidade, com os custos necessários à realização desse projeto.

5. A LAVAGEM DE DINHEIRO E A EVASÃO FISCAL INTERNACIONAL: ENTRAVES À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Considere-se o caso das economias locais dos países periféricos: dependentes que são do capital externo, exigem alto ingresso de receitas públicas para o pagamento de juros a rentistas, condição para o ingresso e a manutenção de capital estrangeiro (SACHS, 2008). Essa situação, aliada ao gasto público necessário para a manutenção do aparato administrativo do Estado e o custeio de serviços públicos essenciais (sem prejuízo das políticas públicas de distribuição de

³³ E, sob esse aspecto há de se reconhecer que, em alguns casos, a execução desses projetos conflita com os direitos fundamentais de outros indivíduos. Nesse sentido o exemplo dado por Cassese (*Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, p. 18).

renda), exige um considerável acréscimo de valores nos cofres públicos.³⁴

Não somente as economias dos países em desenvolvimento, mas também os países centrais, sobretudo pelo nível de desenvolvimento de seus sistemas jurídicos e de maior eficácia de suas políticas públicas, estão dependentes de um fluxo regular de receitas tributárias. Convém perquirir se, portanto, no atual contexto de pluralidade de normas e regulações vigentes na esfera internacional existe algum espaço para o incentivo e a proteção das relações obrigacionais tributárias.

Cediço que a liberdade do fluxo de capitais conferiu ampla margem de autonomia aos principais atores do mercado global, categoria esta que não mais se restringe às multinacionais, considerando que também os Estados Nacionais e as instituições financeiras se utilizam amplamente dos mecanismos do mercado, tais como o sistema financeiro internacional (com gênese nos parâmetros acordados em Bretton Woods), especialmente a compra e venda de títulos mobiliários.

Sem embargo da notória competição estimulada pela liberdade do fluxo de trocas no mercado mundial³⁵, os Estados Nacionais passaram a sofrer um novo tipo de ameaça aos seus recursos orçamentários: a evasão fiscal, geralmente associada à cognominada “lavagem de capitais”³⁶. Tais práticas são decorrentes da possibilidade concreta de movimentação do capital sem o rígido controle originário de normatizações locais, proporcionando que a movimentação de riqueza ocorra sem os correspondentes encargos, a exemplo da identificação de seus beneficiários e do pagamento de tributos.

Como a obrigação tributária tem sustentação na soberania do Estado (em realidade um dos seus principais reflexos), seu alcance fica limitado aos principais elementos que a integram, ou seja, o território e a cidadania. Residem, portanto, nos aspectos territorial e pessoal os principais

³⁴ Merece destaque o fato de que o incentivo a uma base larga de tributação, com o intento de promover a arrecadação com maior ônus nos impostos indiretos e redução da progressividade nos impostos diretos, é fruto das propostas sintetizadas no “Consenso de Washington”, cujas conclusões passaram a pautar todos os futuros pactos de financiamento pleiteados pelos países da América Latina perante o Fundo Monetário Internacional e demais agências internacionais (DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade contributiva**: análise dos direitos humanos e fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2010, 2010, p. 56).

³⁵ NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

³⁶ Utilizaremos aqui o vocábulo “evasão fiscal” como sinônimo de inadimplemento voluntário de obrigações tributárias mediante violação de um preceito normativo, prática relacionada ao descumprimento de obrigações ditas assessórias ou instrumentais. Logo, não só ocorre o inadimplemento do tributo como o propósito deliberado de, após a ocorrência do fato gerador, o contribuinte buscar suprimir quaisquer informações relevantes para a apuração do crédito em favor do Fisco. Ocorrerá evasão, portanto, nos casos de manifesta infração à norma (ilicitude), critério que afasta os casos de “planejamento tributário”, que por natureza caracteriza a viabilidade de economia de custos mediante a adoção de procedimentos lícitos, porém menos onerosos, sob a perspectiva fiscal.

elementos de conexão da norma tributária, permitindo que o raio de eficácia de uma lei tributária local ultrapasse, em algumas situações, as fronteiras territoriais³⁷.

A inviabilidade de acertamento de padrões para os elementos de conexão das normas tributárias, aliado à dificuldade de identificação da origem e dos titulares dos valores movimentados³⁸, torna caótico o combate da evasão fiscal no âmbito global e contribui para a erosão das economias nacionais³⁹. Nesse aspecto não remanescem mais dúvidas de que a intenção de combate isolado do problema ou, ainda, de ações multilaterais descoordenadas entre países podem acarretar o grave risco da bitributação ou múltipla tributação, causando o efeito contrário daquele pretendido, ou seja, de incrementar os recursos orçamentários sem prejuízo das atividades econômicas lícitas⁴⁰.

Exemplo concreto do que tem ocorrido em período recente foi a divulgação, no ano de 2010, de dados originários de 30.000 (trinta mil) contas bancárias de uma subsidiária do Banco HSBC na Suíça (movimentadas no período de 2005 a 2007), decorrente da violação de sigilo bancário perpetrada por um ex-funcionário daquela instituição financeira. As referidas contas apontam considerável volume de recursos financeiros ocultos, de possível origem criminosa, envolvendo grande número de correntistas⁴¹.

Existem, entretanto, esforços internacionais voltados para o combate da lavagem de dinheiro e, conseqüentemente, para a evasão fiscal. Destaca-se nesse ponto o “Forum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários”, instituído no ano de 2001 pelos países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴², com o escopo de estabelecer padrões de cooperação e de transparência em matéria

³⁷ PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

³⁸ Situações decorrentes de peculiaridades de legislações societárias de alguns países e, sobretudo, do nível de sigilo bancário.

³⁹ Preocupantes os dados divulgados pelo Jornal inglês “The Guardian”, que apontou que alguns países chegaram a perder, somente no ano de 2010, o equivalente a US\$ 100b de recursos fiscais em decorrência da evasão fiscal. No ranking elaborado o Brasil figurou como país com o segundo maior índice de evasão fiscal no mundo. Vide <<http://www.theguardian.com/news/datablog/2013/sep/27/tax-evasion-how-much-does-it-cost-a-country>>. Acesso em 18/01/2015.

⁴⁰ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2013). Combate à erosão da base tributária e à transferência de Lucros. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264201248-pt>>. Acesso em 18/01/2015.

⁴¹ Financial Times, 09/02/2015. Disponível em < <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/c4f77d36-b04e-11e4-a2cc-00144feab7de.html#axzz3UEg7x1Lz>> Acesso em 12/03/2015.

⁴² O “Global Forum on Transparency and Exchange of Information” é composto por integrantes oriundos de 105 jurisdições. Sua reestruturação, ocorrida no ano de 2010, permitiu a modificação de sua estrutura e do método de deliberação, com a implementação de revisões das jurisdições e modelos regulatórios dos países que o integram. Os processos de revisão permitem que os países promovam a adequação de sua legislação aos padrões definidos. Atualmente seu escopo tem sido o de desenvolver um padrão automático mundial para a troca de informações de informações financeiras entre os países membros. O Brasil, nada obstante figure como um dos membros que estão comprometidos com a adesão a esses padrões, continua

fiscal.

O problema da lavagem de dinheiro também é enfrentado no âmbito internacional por diversos organismos, com destaque às propostas do Comitê de Supervisão Bancária de Basileia – BCBS, que tem emitido relatórios anuais propondo a observância, pelos bancos centrais dos países membros, de padrões de controle de risco e identificação de capitais suspeitos⁴³. Embora os acordos e padrões estabelecidos não tenham força de norma jurídica, isto é, não estejam dotados de poder de coerção, caracterizam-se como indicadores robustos dos princípios éticos assumidos pelos bancos centrais dos estados membros.

Os esforços internacionais somam-se, sob outro aspecto, na tentativa de manutenção de um equilíbrio fiscal entre o Estado Moderno e suas estruturas administrativas locais (ou entre os demais entes que compõem a federação, no caso de estados federados), sobretudo pelo necessário arranjo que estas estruturas devem adquirir para fazer frente a uma demanda crescente de direitos fundamentais dos indivíduos e a dificuldade de obtenção de suficientes recursos financeiros no esquema de repartição de receitas tributárias. Tarefa essa que “se torna mais complexa atendendo à perda de soberania dos governos nacionais em resultado da transferência do centro de decisão de algumas políticas importantes para entidades supranacionais”⁴⁴.

A sustentabilidade do papel do Estado como protagonista da concretização de direitos fundamentais é ameaçada diante da carência de recursos orçamentários e, sobretudo, pela diminuição de autonomia para a utilização de medidas aptas a controlar o fluxo de capitais. Alternativas outrora frequentes aos Estados nacionais, a exemplo da manipulação das taxas de câmbio, mostram-se cada vez mais restritas pela imposição de normas emanadas por organismos supranacionais (por exemplo, o FMI), ao passo que a cobrança por ajustes fiscais, consubstanciados na forma de limitação de gastos, resultam no aperto do cerco aos governos e, sobretudo, à autonomia política, posto que a atividade parlamentar dispõe cada vez menos de meios para a efetiva ciência e deliberação acerca das despesas públicas.

admitindo o sigilo em relação ao quadro societário de empresas constituídas por cidadãos brasileiros nos paraísos fiscais. Nesse sentido vide a Instrução Normativa SRF nº 1.183, de 19/08/2011 (artigo 8º, 1º). Documento disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/ins/2011/in11832011.htm>. Acesso em 18/01/2015.

⁴³ Digno de nota o acordo cognominado “Prevention of criminal use of the banking system for the purpose of money laundering”, celebrado no ano de 1988 e o acordo entabulado “Sound management of risks related to money laundering and financing of terrorism”, celebrado no ano de 2006. Em ambos os acordos ressaltou-se a preocupação do sistema financeiro com a confiança dos depositários e, conseqüentemente, com a má-publicidade e a perda de credibilidade decorrente da associação de bancos com práticas criminosas. Vide <http://www.bis.org/bcbs/index.htm> Acesso em 12/03/2015.

⁴⁴ NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**, p. 21.

Prover adequados recursos aos Estados Nacionais pressupõe uma base de financiamento adequada, essencial para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Práticas de lavagem de dinheiro (money laundering, black money), além de constituírem expediente para o acobertamento de crimes, contribuem para a violação dos direitos humanos de modo direto - quando os recursos são originários de exploração do trabalho humano) - ou indiretamente - quando propiciam a evasão fiscal e, desse modo, contribuem para a erosão dos recursos dos Estados destinados ao custeio das atividades (bens e serviços) indispensáveis para assegurar aos indivíduos padrões de vida dignos⁴⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de direitos e liberdades, sobretudo o de direitos subjetivos individuais, possui origem em período recente da História, com o surgimento dos movimentos constitucionalistas na Idade Média e o desenvolvimento das teorias contratualistas no início da Idade Moderna.

Falar em direitos inerentes ao homem pressupõe a convicção de que o indivíduo e a sociedade, em termos rudimentares (reconhecidos direitos básicos, concepção de Hobbes) são anteriores ao Estado. Por outro lado, adotado o viés estatalista, a sociedade somente poderia advir do Estado, decorrendo deste construto racional a condição de cidadão, de detentor de direitos.

Sublimadas essas diferenças teóricas, embora impliquem em repercussões importantes no Direito, a questão que guarda relevo é o nascimento do Estado como entidade racionalmente construída, destinada a organizar os fatores sociais e impor o respeito da lei. A norma, o estatuto, possui natureza bifronte, porquanto não somente é destinada à organização de todo o conjunto de interesses e de estruturas, mas também atua como fundamento de validade e de legitimação do Estado de Direito.

A noção de Estado Moderno não esconde divergências quanto à extensão desses direitos outorgados aos seus cidadãos. Correndo o risco de sintetizar posições demasiado complexas, é possível afirmar que o antagonismo que atualmente se apresenta nos campos teórico, político e

⁴⁵ A relação entre direitos humanos e tributos também é constatada pela International Bar Association. Acerca do tema é válida a consulta à publicação "Tax abuses, poverty and human rights – IBAHRI Task Force Report". Disponível em < <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=4977CB3D-4988-4C9C-84C7-9050A5CB2311>> Acesso em 12/03/2015.

ideológico é o do Estado Liberal e o do Estado de Bem-Estar Social (Estado Social de Direito).

Em relação ao Estado de Bem-Estar Social pode-se afirmar que se caracteriza pela proposta de implementar critérios de justiça social, criando mecanismos que proporcionem aos seus cidadãos condições mínimas de uma vida satisfatória, digna. Esse objetivo consta de sua própria norma fundante, a constituição, que adquire características de documento dirigente, propondo normas (princípios, valores, regras) voltados para a consecução de finalidades de reforma da sociedade. Não promove a abolição do sistema capitalista, pois adota o mecanismo de mercado, embora geralmente institua limites para a correção de distorções, de efeitos sociais que se contrapõe aos objetivos constantes da constituição.

Sob a perspectiva liberal, ou neoliberal, o grau de intervenção do Estado na vida dos indivíduos é substancialmente reduzido às hipóteses de criação e fiscalização dos marcos regulatórios nos casos de falhas de mercado, ou seja, o poder público somente atuaria onde e quando os atores do mercado não possuem condições ou interesse em agir. No que toca aos indivíduos, a garantia de igualdade conferida pela lei é formal, pois as desigualdades materiais são decorrentes da competitividade instaurada no mercado, conferindo a cada uma parcela de substancial autonomia para perseguir seus interesses e propósitos.

Ambos os modelos possuem abertura para a implementação de políticas ditas “sociais”, porém a diferença está na forma e na intensidade que são promovidas. No caso do Estado Social de Direito, sua participação na concretização de direitos fundamentais dos indivíduos caracteriza-se pela prestação de bens e serviços, seguindo diretrizes normativas (valores, princípios, regras) prefixados no próprio texto constitucional. No Estado Liberal sua atuação primordial consiste em assegurar a observância de garantias constitucionais clássicas (liberdade, propriedade), mas sua atuação para a correção de desigualdades e mazelas sociais não ocorre, via de regra, pela observância direta ao texto constitucional, mas de políticas democraticamente aprovadas pelo parlamento, o que o torna dependente, nesse aspecto, das contingências do jogo democrático.

O Estado Social de Direito foi o modelo que adquiriu maior destaque e simpatia na Europa Ocidental e na América Latina. Dada a natureza dirigente de sua constituição e a simpatia pelo valor “justiça”, abre maior espaço para o reconhecimento de direitos fundamentais e direitos humanos, situação que denota sua propensão para uma atuação de concretização desses direitos de modo ativo, na forma de prestação de serviços públicos e de execução de políticas sociais.

Nas últimas décadas, em decorrência da expansão do mercado e do aumento substancial das trocas comerciais, da circulação de moeda, da internacionalização do sistema financeiro e da abertura dos mercados, sobreveio especial desafio para o Estado Social de Direito. Doravante, tem de articular o préstimo de diversos serviços públicos no âmbito interno, ao passo que é destituído de sua soberania pela observância às normas e regulamentos supranacionais, sofrendo de igual maneira influência crescente do mercado internacional.

Não há, contudo, indícios de que essa instabilidade, de que a constatação de deficiências no modelo de Estado Social de Direito, possa constituir a causa de sua ruína. Isso porque não subsiste no contexto global uma estrutura suficientemente coordenada e fortalecida para o atendimento das necessidades individuais protegidas pelos direitos humanos e fundamentais.

Conquanto admissível aceitar a mitigação da soberania estatal, reconhecendo a possibilidade de submissão pontual a organismos e tribunais internacionais, as instituições estatais permanecem sendo necessárias, nos espaços locais e regionais, para assegurar a concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Quanto aos direitos fundamentais, o Estado constitui, de certo modo, uma forma de limitação, impedindo sua abertura semântica e identificação com os direitos humanos, posto que a internalização de alguns direitos fundamentais no ordenamento jurídico, ainda que benéfica (por conferir-lhes eficácia e procedimentos formais de tutela jurídica), logra por reconhecer certa “fraqueza” ou insuficiência de direitos humanos reconhecidos na seara internacional.

A aparente ineficácia dos direitos humanos nas esferas regionais e locais (via de regra motivada pela ausência de coerção) pode vir a ser gradualmente suprimida mediante uma mudança de racionalidade, ou seja, da crença de que somente normas com estrutura analítica (*hard law*) fossem passíveis de aplicação no direito doméstico. Essa mudança é passível de implementação pela via da atuação jurisdicional e da arbitragem. Nesse contexto o poder judiciário nacional e as cortes internacionais adquirem força e responsabilidade.

Independentemente da forma pela qual possa vir a ocorrer a amplitude e a eficácia dos direitos humanos e fundamentais, não subsistem razões suficientes para formar convicção favorável a uma “governança global” que deixe de reconhecer o Estado como uma estrutura mínima de organização dos fatores sociais, imprescindível para a efetivação (concretização) de direitos aos indivíduos.

Reconhecido o papel do Estado, enquanto garantidor dos direitos humanos e fundamentais, alguns dos principais problemas relacionados com o âmbito internacional tem sido a lavagem de dinheiro e a evasão fiscal. A desarticulação dos países e organismos internacionais tem contribuído para a fuga de capitais e, conseqüentemente, para a perda de recursos financeiros (tributos incidentes sobre o capital), recursos esses que são essenciais para o implemento de políticas públicas e proteção aos direitos fundamentais.

Do mesmo modo, a dificuldade dos países em tributar esses valores traz como consequência a majoração da pressão e da carga fiscal para setores da economia formal – sobretudo em épocas de crises financeiras – que, por sua vez, restringe a atuação dos Estados na concretização de direitos fundamentais e gera o aumento de preços dos produtos e serviços consumidos por toda a população que, situada no elo final da cadeia econômica, arca com todo o peso da carga tributária e com a ineficiência das políticas públicas.

Quaisquer tentativas locais de vedar essas práticas nefastas somente serão eficazes com o auxílio de outros órgãos internacionais que, por exemplo, exijam maior transparência e controle na origem de valores que transitam pelo sistema financeiro internacional (flexibilização do sigilo bancário, identificação dos titulares). Do contrário eventuais soluções locais, de recrudescimento do controle sobre o fluxo de capitais no território de um Estado, trarão como consequência o aumento dessas práticas e a migração desses recursos a países mais tolerantes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização**: a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves: Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica, vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Receita Federal. Instrução Normativa nº 1.183, de 19/08/2011. Disponível em <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/ins/2011/in11832011.htm>>. Acesso em 18/01/2015.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**: giustizia e democrazia oltre lo Stato. Torino: Eunadi, 2009.

CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **As concepções políticas do século XX**: história do

pensamento político. Trad. COUTINHO, Carlos Nelson; KONDER, Leandro. Rio de Janeiro: Zahar Editores S.A., 1983.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade contributiva**: análise dos direitos humanos e fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. Trad. NEIRA, Manuel Martínez. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da. **Sustentabilidade fiscal em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2011.

NETO, José Rodrigues de (org.); COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org); MEZZARROBA, Orides (org); BRANDÃO, Paulo de Tarso (org). **Constituição e Estado social**: os obstáculos à concretização da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de Oliveira. **Morte e vida da constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE (2013). **Combate à erosão da base tributária e à transferência de Lucros**. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264201248-pt>>. Acesso em 18/01/2015.

Global Forum on Transparency and Exchange of information for tax purposes. **Tax transparency 2014**: report on progress. Disponível em <http://www.oecd.org/tax/transparency/GFannualreport2014.pdf>. Acesso em 18/01/2015.

PINTO, Edson. **Lavagem de capitais e paraísos fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. Trad. BORGES, Luís Carlos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari (Italy): Laterza, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

The Guardian. **Tax evasion**: how much does it cost? 27/09/2013. Disponível em <http://www.theguardian.com/news/datablog/2013/sep/27/tax-evasion-how-much-does-it-cost-a-country>. Acesso em 18/01/2015.

A GLOBALIZAÇÃO DO DIREITO E A MUNDIALIZAÇÃO DOS JUÍZES

Priscila Zilli Serraglio¹

INTRODUÇÃO

O direito vive hoje um período de mutação, que acompanha a crise do Estado – este perde seu papel central de único ente da produção jurídica, tornando-se sujeito de direito, em condição de igualdade com outros atores da arena transnacional, que também contribuem para a reestruturação do fenômeno jurídico.

As mudanças efetivadas no segundo pós-guerra, após a comprovada insuficiência de um Estado-providência e a retração do ente estatal do mercado econômico e de certos campos da vida privada, provocaram diversas e profundas transformações em aspectos relevantes da vida humana, tais como a política e o direito, sendo estes, a partir de então, condicionados pelo capital e suas tendências hegemônicas de produção e consumo.

Nesse último século, a economia tomou dimensões globais, fragilizando as fronteiras territoriais e liquefazendo os limites geográficos aos quais a tecnologia, o transporte, a cultura e o direito se encontravam restritos. Assim como o mercado se expandiu para além do Estado, os demais artifícios humanos também foram desterritorializados, implicando, em consequência, o eclipse da soberania estatal e a emergência de novos focos de poder, um poder fragmentado, dividido entre os vários atores de um espaço de transnacionalismo, constituído por uma rede de relações sociais, horizontais e autorreguladas.

O Direito, diante de tão intensas transformações, também sofre os efeitos da crise do Estado, desvinculando-se do espaço nacional para ascender a um Estado de regulação transnacional das relações estabelecidas em rede, tornando-se menos rígido e mais flexível. O fenômeno jurídico adapta-se conforme as necessidades humanas que dele se utilizam como forma de limitação do poder em um espaço igualitário de exercício da autonomia dos agentes que dele se ocupam.

¹ Advogada. Mestranda do PPGD da Faculdade Meridional – IMED, bolsista PROSUP-CAPEL. Integrante dos grupos de pesquisa: 1) Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade; 2) Multiculturalismo e pluralismo jurídico. E-mail: pris_zs@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/5732131166139352>>.

Atualmente, a globalização das relações sociais demanda a globalização do Direito, exigindo a constituição de um Direito global, capaz de garantir a proteção de direitos historicamente conquistados, mantendo o equilíbrio e a ordem entre os vários ordenamentos jurídicos que se interligam na arena transnacional.

Por ser um terreno caracterizado pela tecnocracia, esse espaço supraestatal é administrado por uma governança global exercida através da cooperação de todos os membros transnacionais, que negociam constantemente o seu equilíbrio. Nesse cenário, o papel jurisdicional do direito é intensificado pela ausência de um corpo normativo solidamente constituído, que confira segurança jurídica à comunidade que sofre seus efeitos, seja direta ou indiretamente.

Os órgãos judiciais passam a exercer, portanto, o papel de concretização das garantias fundamentais caras aos indivíduos como seres de dignidade e respeito, que delas dependem para se autodeterminar. Desse modo, juntamente com a pressão determinante da sociedade civil e dos movimentos e associações sociais, internacionais, governamentais e não-governamentais, verifica-se igualmente um processo de mundialização da justiça, mais especificamente da atividade dos juízes. A transição paradigmática em curso é também caracterizada pela retomada da responsabilização do humano segundo a repercussão do seu comportamento social, seja a nível local ou global. A globalização jurídica e a constituição, já em curso, de um Direito mundializado, dependem da aproximação entre norma e decisão, teoria e prática, regulamentação e regulação, direito e política, política e técnica.

A filosofia e a teoria geral do direito devem acompanhar as transformações sociais, somente assim podem ser capazes de descrever e esclarecer o complexo Direito existente. Ao mesmo tempo, são também centrais as categorias metodológicas da decisão e da norma, para compreender o significado do direito contemporâneo. Substancialmente, a decisão é o conjunto de comportamentos sociais que, em razão da significação e do reconhecimento normativo, se torna "direito". A aparente generalidade da definição, de fato, a torna adequada para compreender a complexidade do fenômeno jurídico atual: a decisão é também a conduta moral e ético-política que pode tornar-se modelo jurídico-normativo. Ademais, ela não está limitada às vontades e escolhas dos tribunais judiciais nem aos comandos autoritários da Administração, pois, da mesma forma e concomitantemente à norma, depende do reconhecimento dos cidadãos para integrar o fenômeno jurídico; conseqüentemente, os cidadãos, assim como todos os demais atores, passam a ter um papel mais ativo e importante na construção do Direito.

Esses são novos tempos em que o contrato social passa por uma metamorfose – busca-se, na eficácia e efetividade do direito, principalmente através da sua função jurisdicional, uma maior humanização do fenômeno jurídico, que deve ter na pessoa (eu soberano) e na dignidade humana, o seu princípio e o seu fim. Assim, face ao atual paradigma, o presente artigo busca analisar a reestruturação do direito para além do Estado e a mundialização dos juízes, num período de grandes e constantes incertezas, geradas pelo fenômeno globalizatório. Para tanto, utiliza como critério metodológico para o relato dos resultados apresentados, o método dedutivo, assim como as técnicas da pesquisa bibliográfica, da categoria, do conceito operacional, do fichamento, e do referente.

1. NORMA E DECISÃO: ENTRE REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO

O direito tem experimentado um forte período de crise. Não que isso signifique que as categorias jurídicas, como a soberania, o ordenamento, os sujeitos, os tribunais, a norma, a decisão, tenham perdido sua relevância; mas, definitivamente, não tem o mesmo valor que continham no passado. Isso se justifica em razão de fatores tais como mercado, globalização, crises, atores transnacionais que agora se tornaram os principais interlocutores entre as populações dos Estados e estes últimos. O que se verifica é o enfraquecimento do Estado. Se fala cada vez mais de decodificação e desregulamentação.

Nesse contexto, norma e decisão, e, por conseguinte, validade e eficácia, são categorias determinantes para explicar a transformação paradigmática do fenômeno jurídico, que deixa de estar vinculado ao território do Estado, para se desenvolver a partir de uma perspectiva global, menos regulamentada e mais autorregulada, ainda e sempre mais determinante em tempos de governança global². Estas categorias – norma e decisão – são úteis e essenciais, porque, sendo influenciadas pelo mundo moral, político, religioso e social, facilmente interagem com a complexa e difícil realidade concreta, local e global. Nesse ponto, a norma deve ser entendida como uma ferramenta cognitiva que, tendo natureza organizatória, consegue dar sentido ao mundo das decisões.

² Cf. ARNAUD “A existência do Estado de Direito é fundamental para a paz internacional. Foi a pedra angular ética de toda sociedade livre; respeitá-lo é tanto essencial para a comunidade de vizinhança global quanto para a comunidade nacional. Daí a importância da manutenção do direito; falar de governança global sem direito seria contraditório. Sua primazia é uma precondição para uma governança global efetiva. Não se trata de por em questão o poder de que os Estados gozam, o qual a comunidade internacional deve, pelo contrário, utilizar para implementar suas decisões.” (ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 140).

As decisões, em vez disso, constituem objeto da interpretação, mas que, por sua vez, devem coincidir com o mundo dos fatos, do comportamento social. Decisão e comportamento, então, devem ser usados de forma intercambiável para explicar as mudanças no sistema jurídico contemporâneo. O fenômeno jurídico, portanto, amplia sua estrutura, abarcando as decisões dos sujeitos, que são decisões influenciadas pela moral, pela religião, pela economia, sem qualquer intermediação jurídica – outro exemplo relativo à fragmentação que caracteriza o fenômeno jurídico contemporâneo. Conforme Catania³:

In via approssimativa potrei dire che considero la norma uno strumento conoscitivo, che come ogni strumento conoscitivo ha carattere ipotetico. È una sorta di schema organizzatorio, che mette in grado di dare un senso al mondo delle decisioni. Delle decisioni viene dato qui un ambito di significazione molto ampio e generico. Le decisioni sono infatti il dato da interpretare, che non può, a mio avviso, essere ridotto, come è d'uso, alle decisioni giudiziarie che si esprimono in quel tipico atto che è la sentenza. Piuttosto, ampliandolo notevolmente, ci si riferisce con esso al comportamento sociale: il mondo delle decisioni è il mondo dei comportamenti sociali.

Neste contexto, a norma, esquema metodológico com o fim de aferir o modo de identificação do direito, também desempenha, especialmente, em relação à decisão, um papel fundamental, de reconhecimento. O reconhecimento, na esteira da teoria de Hart, não está adstrito à interpretação normativa dos juristas, mas se dá pela identificação do que é concebido como direito por certa comunidade e seus cidadãos. Nesse sentido, Catania⁴, para compreender a fragmentação do fenômeno jurídico contemporâneo, se socorre da teoria de Kelsen⁵, que define o direito como técnica, estuda a dinamicidade e o caráter metodológico do conceito de ordenamento, e analisa, por fim, o papel crucial das decisões.

No início do século XX, Kelsen já havia operado um desmascaramento das categorias jurídicas, revolucionando a teoria do direito com o esvaziamento da tríade “Ordenamento-Estado-Soberania”⁶. Esta visão revolucionária de Kelsen é útil hoje mais do que nunca para a compreensão do fenômeno jurídico. O método positivista de compreender e explicar a lei, no entanto, não deve incidir apenas sobre os elementos jurídicos, como ordenamento, norma, e organização, mas, além destes, deve considerar também o perfil sociológico do direito, ou seja, o mundo das decisões, ações, comportamentos concretos. Este deve ser o ponto de partida para compreender o direito, isso porque o elemento sociológico afeta não apenas o direito, mas

³ CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell'età globale. Roma: Laterza, 2008, p. 12.

⁴ CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto**. Decisione e norma nell'età globale.

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armenio Amado, 1979.

⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**.

reclama uma técnica bastante difundida no exercício e na interpretação do direito: a hermenêutica.

As mesmas decisões são imbuídas de princípios morais, mesmo quando não positivados, que estão incluídos dentro do sistema jurídico. Princípios que são baseados na cultura ética da sociedade, e que são a base das decisões judiciais. A política está intimamente relacionada aos valores morais que constituem o ordenamento jurídico, o qual reflete a moral constitutiva da própria sociedade da qual faz parte. Torna-se, portanto, principal o papel conseqüentemente político do juiz-intérprete. Hoje, de fato, a realidade da prática, das decisões dos juristas, dos tribunais, é mais essencial do que nunca para praticar, criticar, conhecer e mudar o direito, inclusive utilizando-se da consulta a decisões estrangeiras como forma de melhor decidir os casos:

O comércio entre juízes apoia este esforço no sentido de bem julgar, uma vez que a circulação de decisões abre um mundo de possibilidades. É, aliás, o único modo de tornar efetivo o conceito de direitos fundamentais. A eventualidade de estes princípios serem objeto de um julgamento de valor ou de uma interpretação subjetiva não constitui uma ameaça a estas referências, reforçando, pelo contrário, a sua utilização numa sociedade que se quer democrática, aberta, evolutiva, centrada no intercâmbio e na autoridade persuasiva. [...] A tomada em consideração das conseqüências aproxima a decisão da ação. Os juízes são investidos de uma função que os obriga a prever e a ponderar as conseqüências das suas decisões, o que constitui uma virtude política. As sentenças proferidas em outras paragens no âmbito de casos semelhantes, que, na maioria das vezes, já foram aplicadas, revestem-se de um valor de experimentação para a decisão que eles se preparam para tomar. A partir do momento em que são consultadas por juízes estrangeiros, as decisões passam a ser apreciadas em função não tanto da sua pureza doutrinária – que o juiz pirata normalmente conhece mal – mas sim, por um lado, da argumentação diretamente compreensível e, por outro, da originalidade ou da eficácia da solução imaginada⁷.

Neste cenário, a positividade do direito significa concretude e realidade. Os níveis de argumentações técnicas e/ou morais coexistem com os procedimentos e técnicas administrativos, públicos ou privados. A legitimidade das decisões, princípios, direitos e justiça são agora baseados na natureza técnica e política do fenômeno jurídico. A instrumentalidade e a politização do direito emergem também nos esforços para se sobrepôr às lutas partidárias, para alcançar o núcleo dos direitos fundamentais.

O instrumento jurídico, sob a ótica política, busca exercer uma forma de controle homogêneo e unidirecional – não aquele coeso e coerente, mas um controle de acordo com uma realidade fragmentada, desigual e desordenada. Ser positivista significa se dar conta da

⁷ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves: Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 83-85.

pluralidade de estratégias atuais que mostram a existência de uma igualmente ampla gama de objetivos políticos conflitantes. O direito não pode ser separado da política. A política está dentro e não fora do direito: a quantidade de leis especiais e regras excepcionais, a sua desorganização, atesta a constância da política no direito.

Politização e positividade exaltam a natureza técnica do direito, a capacidade de atingir metas, mas, ao mesmo tempo, se dissolvem no mesmo controle homogêneo que tentam exercer. Nota-se, portanto, que o direito só pode ser conhecido e compreendido a partir da sua abertura a observações sociológicas e comportamentais, à preocupação com a eficácia. Há quem diga que lei é lei, contudo, a lei não é nada mais que um ato humano com múltiplos significados a serem escolhidos de forma responsável, no sentido de uma responsabilidade individual específica para o ato de decidir.

Norma e decisão são, assim, aquelas categorias que conseguem decifrar as formas que assume o direito para influenciar as relações sociais estabelecidas. A ciência jurídica, portanto, deve ser identificada de forma sistemática, por meio da técnica interpretativa – atividade hermenêutica que invoca uma forma de racionalidade prática ligada à construção do direito nos tribunais, sob a forma de princípios e regras gerais de natureza constitucional. Esta técnica resulta na abertura do sistema jurídico à moral, à ética, ao senso comum da vida social; resulta, inclusive, na formulação de normas extrajurídicas de caráter moral e suas consequências legais.

O direito, hoje, pode ser analisado em sua complexidade conforme a lógica dedutiva, mas não no sentido do geral para o particular, e sim no sentido de coerência entre premissas e conclusões, incluindo casos e consequências. Verifica-se que é a partir da norma que se deduz um comportamento preciso, como consequência imediata da aplicação da referida norma. Por isso, o processo lógico-dedutivo se torna útil, se não essencial para a compreensão do fenômeno jurídico.

As regras têm um importante aspecto comunicativo. Autorização, permissão, obrigação, disposição tornam-se normas, porque comunicam seu sentido normativo para os outros, porque são lidas como conteúdos normativos. As regras, de fato, comunicam efetivamente uma mensagem. Atualmente, a comunicação é com certeza a dimensão mais importante a ser exercida pela regra. A regra deve sempre se reconectar com o comportamento humano, pois seu escopo é influenciá-lo:

Os juízes, no seio da mundialização, refletem cada vez mais com base em casos exemplares. Não aplicam uma norma de direito mundial a casos particulares, mas partem, pelo contrário, desse caso

concreto para uma norma. [...] A sentença não cria uma nova regra, mas pode adquirir o estatuto de exemplo para outras decisões que aí se irão inspirar. A prática judicial engendra, assim, uma relação entre o geral e o particular sem culminar numa síntese dialética como sugerem o direito comum ou a noção de pluralismo ordenado. A articulação entre o geral e o particular é novamente operacionalizada em cada caso, em cada decisão. O direito globalizado, entendido desta forma, apenas se concretiza nos casos particulares, dos quais parte sempre.⁸

Contudo, com a consolidação do fenómeno da globalização económica, a função de controle coercitivo do direito sobre o comportamento humano sofreu um enfraquecimento acentuado, abrindo espaço para novas formas de controle regulamentar, mais flexível e menos rígido, visando suprimir alguns grupos e a promover outros. Observa-se, pois, que a regulação abre sempre mais espaço para a excepcionalidade. Vivemos em uma sociedade globalizada, influenciada pela mídia, em que o conceito de autoridade e, portanto, da normatividade do direito está enfraquecido. Deve-se buscar um equilíbrio entre a existência de normas clássicas e as novas normas oriundas dessas relações jurídicas.

Tudo isso não se confina a uma estrutura hierárquica vertical, mas a uma estrutura reticulada, onde se entrecruzam infinitos nós que tornam precários, flexíveis, instáveis e imprevisíveis o quadro normativo e o mapa dos poderes, quase que impossibilitando o controle e previsibilidade do modelo jurídico antigo.

Hoje, no entanto, no lugar de normas de conduta, parecem surgir, em vez disso, novas formas jurídicas, cuja origem é muitas vezes o acordo privado com base em estratégias de governança, mercado, conveniência, economia e eficiência, estranhas à lógica jurídica interna dos países. Nesse aspecto, o que se observa é a desterritorialização do fenómeno jurídico, passando algumas funções estatais a desvincular-se do ente nacional e a serem assumidas por novos atores transnacionais, movidos por interesses diversos⁹, o que propicia fortes tensões institucionais, gerando uma grande sensação de insegurança no cenário local e global, já que o aparato normativo estatal não é mais suficiente para satisfazer sozinho as necessidades dos cidadãos e tutelar os bens jurídicos fragilizados. Não é por acaso que estamos na presença de desequilíbrios e

⁸ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito**. Tradução de Rogério Alves: Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 79.

⁹ Logo, o fenómeno jurídico passa a se desenvolver em um Direito mais maleável, principalmente no que diz respeito à governança global, assegurando a dialeticidade entre os atores jurídicos, por meio da consulta, da cooperação e da participação destes no espaço transnacional. Conforme Cassese “La prima condizione della sua stessa esistenza e del suo funzionamento, è il transnazionalismo. L’ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fatto, costruito innanzitutto da linee orizzontali, tra autorità nazionali e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interestatale, sia al livello globale in senso stretto” (CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes, 2010, p. 11).

assimetrias profundas enfrentadas no cenário global.

A única estrutura firme a sustentar o direito estatal é aquela composta pelos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos na ordem interna, e que permanecem sendo o ponto estável do direito positivo. Mas nem quanto a isso há certeza teórica, posto que, com a (in)gerência da economia em todas as áreas constituintes do humano e tendo em vista que as tomadas de decisão relativas ao aspecto social são quase sempre tendenciosas e imediatistas, tem-se a impressão de que “Tudo passa a ser um processo de bricolagem e manipulação de forma que o núcleo essencial intangível dos Direitos Fundamentais é deslocado para satisfazer majoritariamente a liberdade de contratar e a garantia da propriedade (leia-se capital econômico).”¹⁰ (STAFFEN, 2013, p. 157).

Assim, devido às mudanças ocasionadas pela globalização, principalmente no que tange à penetração de critérios econômicos privados nas políticas públicas dos Estados, a tradição do Direito tem se visto obrigada a se adaptar aos novos paradigmas de uma governança global, gerida por um processo administrativo contínuo dos atores transnacionais no trato de assuntos conflitantes comuns. A formação dessa realidade contribui fortemente para a *lex mercatoria*, um sistema de normas e regras do tipo habitual, nascido espontaneamente em determinados setores comerciais e que visa à regulamentação de elementos internacionais, contratuais e extracontratuais, de forma racional e pacífica. É mais uma prova da flexibilidade e da precariedade do modelo jurídico atual.

Assume, então, imensa relevância o aspecto jurisdicional do direito, apesar de não se prescindir da sua função legislativa, posto que:

Percebe-se, por detrás desse conjunto de prescrições, ao mesmo tempo uma certa suspeição com respeito aos governantes e a importância do papel do juiz. Um poder judiciário forte suscita uma confiança maior. Convém, portanto, preservar uma real independência para a Justiça, mas o legislador nacional tem seu lugar na implementação dessa nova ordem jurídica. Caberá a ele, notadamente em virtude do princípio da abertura comercial, a tarefa de ajustar os direitos nacionais às necessidades do mercado global. Caberá a ele empreender as reformas fiscais necessárias, limitar as intervenções do Estado, proceder à privatização das empresas estatais, estimular os investimentos estrangeiros através de medidas adequadas. O direito tendo se tornado, ele próprio, por essência, um direito “privado”, é o contrato que dirige o jogo¹¹. (ARNAUD, 2007, p. 123).

¹⁰ CAZZARO, Kleber; GRADOS, Guido Cesar Aguila; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Constitucionalismo em mutação**. Reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 157.

¹¹ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização, p. 123.

O direito se dá em cadeia, de decisão em decisão, por meio da interpretação da norma. No cenário contemporâneo, no entanto, a norma tornou-se pouco eficaz. E tudo isso a partir da perda de soberania que afetou a maioria dos Estados e que, conseqüentemente, enfraqueceu o sistema de controle do e pelo direito, ocasionando, inclusive, a transformação da lei, hoje, cada vez mais excepcional (mesmo, e especialmente, em relação à formação de um pluralismo de fontes). Resta afirmar, portanto, que a função do direito positivo tornou-se simplesmente aquela de mera “normalização” do fenômeno jurídico¹².

Nesses termos, torna-se central o texto constitucional que estabelece e defende os princípios fundamentais. A realidade, quando em contato com os princípios, assume valor. Há necessidade, portanto, de uma racionalização normativa mais acentuada, para reativar a capacidade do direito de dar sentido a este tempo caótico de decisões éticas conflitantes, possível somente através de uma “crença” na eficácia do direito, que só se materializa quanto mais evidente se torna a relação indissociável entre moral e direito, já que novos direitos nascem todos os dias e em relação às mais variadas categorias.

A fim de se compreender o direito, deve-se manter uma relação fiel entre norma e decisão, porque é só assim que se evidencia a dimensão social da decisão. O direito é técnica à disposição da vontade humana, capaz de regulação, regulamentação, direção e organização comportamentais. O comportamento legal é, por conseguinte, a ação humana condicionada, constituindo esta o objeto da normatização, de tal forma que a eficácia é, por isso, a condição *sine qua non* do direito¹³.

¹² “Normas próprias estão surgindo [...] ao sabor das necessidades e das negociações, dando à luz um direito transnacional do comércio. Além disso, proliferam os modos de regulação privada. [...] Esses modos de regulação não significam o fim de toda a regulamentação – e é aí que o jurista se sente envolvido – mas significa que um grande número de operações são feitas agora obedecendo a regras estabelecidas de maneira mais contratual, elaborada muitas vezes de forma inédita para o caso específico [...]. Digamos em suma que, com o aparecimento de um campo transnacional, um número crescente de atores jurídicos passou a funcionar seguindo regras próprias que dispensam usualmente os direitos que lhes seriam normalmente aplicáveis [...] e isso pressupondo a anuência dos Estados-nações agora mais e mais ausentes do tabuleiro econômico e financeiro.” ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**, p. 33.

¹³ “O interesse desses exemplos é o de atrair as atenções sobre um fato: numerosos modos de resolução dos litígios existem em todas as sociedades, que, em razão de variar de tipo, de natureza e de alcance, escapam ao direito do Estado. Isso tem a ver com a famosa dicotomia entre o direito nos livros e o direito em ação. [...] A observação do comportamento das partes nos litígios, se é destinada a encontrar mecanismos apropriados de tratamento dos conflitos, pode conduzir a uma maior flexibilidade na administração da justiça, e em conseqüência, uma justiça de melhor qualidade. [...] Além disso, trata-se de setores de produção normativa segmentados. Os usuários desses fragmentos, quando apelam para um, não reivindicam a autoridade do outro – a segmentação é específica da racionalidade jurídica evidenciada pelo pluralismo das fontes do direito.” (ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**, p. 211).

2. A GLOBALIZAÇÃO JURÍDICA E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO

A nova realidade de um mundo sem fronteiras e sem limites, ocasionada em grande parte pela globalização, produz um sentimento de desorientação, de perplexidade. Faz-nos questionar o papel do ser humano no mundo e o do artifício humano que é o direito.

A complexidade da vida contemporânea exige que se atente para a diversidade de direitos que demandam reconhecimento e efetivação; que se questione para que servem as fronteiras, seus efeitos, suas modalidades e quem pode defini-las. Isso porque as limitações criadas servem tanto para defesa quanto para exclusão de direitos, para o registro de uma realidade ou para a imposição artificial de um vínculo, uma determinação¹⁴.

Assim ocorre com a cidadania, que, nos moldes dos Estados-nação, era tida como dispositivo de exclusão do não cidadão. Hoje, a cidadania é qualidade inerente à pessoa qualquer que seja o lugar em que esta se encontre. A cidadania – mesmo que de forma ainda incipiente, frágil e demorada – deixa de ser opositiva, para ser inclusiva; passa a significar muito mais que uma disposição formal e conformadora do ser humano como sujeito de direitos e deveres perante um Estado. Deixa de representar somente o vínculo jurídico-político (status legal), e, como valor – que se transforma conforme a necessidade histórica da humanidade – passa a designar uma condição humana básica de participação comunitária (estreitamento dos vínculos comuns entre as pessoas), e de responsabilidade perante os demais seres:

E próprio il dilatarsi degli orizzonti spaziali e temporali, insieme alla percezione sempre più diffusa che la persona non può essere separata dai suoi diritti, scardina la cittadinanza come proiezione e custodia di una identità opositiva, feroce, escludente, che separa e non unisce. La cittadinanza cambia natura, si presenta come l'insieme dei diritti che costituiscono il patrimonio d'ogni persona, quale che sia il luogo del mondo in cui si trova, e così avvicina e non divide, offrendo anche all'eguaglianza una nuova, più ricca dimensione. È rivelatore questo mutamento di significato del riferimento alla cittadinanza, la cui conotazione "esclusiva" è ormai accompagnata, e spesso beneficamente offuscata, da una sua versione "inclusiva", appunto quella dei diritti di cittadinanza.¹⁵

Fica claro, portanto, a importância que a igualdade passa a ter ante a complexidade cada vez mais intensa das relações humanas num espaço de liberdade como autonomia; ela se torna uma infinita superação das fronteiras, tanto do tempo quanto do espaço, que separam e excluem,

¹⁴ "Frente às desigualdades inevitavelmente geradas pela globalização, que supõe uma interdependência da humanidade inteira para a realização de uma sociedade aberta – na qual as pessoas devem aceitar o risco – a paz só poderá nascer a partir de um meticuloso respeito às regras de comportamento justas. A equidade é isto: um tratamento igual para cada um, segundo essas regras abstratas de comportamento justo." (ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**, p.).

¹⁵ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 4.

para integrar, permitir a livre construção da personalidade, e ter como fundamento a diversidade.

Evidencia-se, nesse sentido, a importância de se cultivar os bens comuns por meio da lógica da solidariedade, sendo imperioso que se pense num mundo em que não existe centro, mas que seja determinado por redes cooperacionais, como já vem ocorrendo no mundo eletrônico, realidade que deve se espalhar à linguagem da política e do direito, como nova forma de organização social.

Nesse contexto, o jurista italiano Rodotà demonstra uma grande preocupação com o reducionismo da pessoa e dos seus artifícios em fronteiras que abstraem e limitam a sua humanidade, tolhendo a autonomia dos indivíduos e tornando-os meros sujeitos definidos em normas, abrindo espaço para a violação de direitos e a coisificação da vida. As fronteiras do tempo histórico e do espaço não podem restringir a dinâmica das relações humanas e, da mesma forma, dos novos direitos que surgem para acompanhá-la¹⁶.

Os direitos são reivindicações históricas, calcados na luta pela sobrevivência humana, que hoje, mais do que nunca, denota a retomada da capacidade humana de gerir a própria vida e os próprios negócios, necessitando, para tanto, do reconhecimento e da cooperação dos outros que também dividem o mesmo meio, para que a pessoa possa realizar-se. Sob esse prisma, os direitos podem ser enquadrados como patrimônio comum da humanidade, aventando a necessidade de se pensar num Direito global, num constitucionalismo de rede. Mas, quem será legitimado a falar e agir em nome da humanidade? Essas são questões que Rodotà¹⁷ se preocupa em discutir, já que são as pessoas que controlam o artifício humano, e não o oposto:

Compare così un nuovo soggetto, con l'ambizione di tutto unire, e tuttavia portatore di nuovi dubbi e di latenti ambiguità. La prima questione, ovvia, riguarda chi è legittimato a parlare ed agire in nome dell'umanità. S'essa è presentata come il nuovo soggetto storico, questa impostazione non sfugge al rischio di farsi piuttosto espressione d'una partita di potere, dove la forza diviene l'unica via per selezionare chi può stabilire (imporre?) le regole necessarie perché sia soddisfatta la condizione dell'universale, come ci insegna in primo luogo la vicenda, anche semantica, della "guerra umanitaria". Se, invece, in nome dell'umanità sono legittimati a parlare ed agire tutti e nessuno, il

¹⁶ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Para o autor (p. 6), "Un innegabile bisogno di diritti e di diritto si manifesta ovunque, sfida ogni forma di repressione, innerva la stessa politica. E così, con l'azione quotidiana, soggetti diversi mettono in scena una ininterrotta dichiarazione di diritti, che trae la sua forza non da una qualche formalizzazione o da un riconoscimento dall'alto, ma dalla convinzione profonda di donne e uomini che solo così possono trovare riconoscimento e rispetto per la loro dignità e per la stessa loro umanità. Siamo di fronte a una inedita connessione tra l'astrazione dei diritti e la concretezza dei bisogni, che mette all'opera soggetti reali. Certo non i "soggetti storici" della grande trasformazione moderna, la borghesia e la classe operaia, ma una pluralità di soggetti ormai tra loro connessi da reti planetarie".

¹⁷ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**, p. 43.

problema diviene quella della frammentazione, e la narrazione dei diritti corre il rischio di perdersi nella babele dei linguaggi.

Para Rodotà, todos, e ninguém, são responsáveis pelos bens comuns e por geri-los. É nessa lógica que o autor trata a cidadania como a qualidade que realça o nosso vínculo antropológico comum e afirma que os migrantes, principalmente aqueles que migram em busca de asilo e refúgio, devem ter a sua dignidade respeitada, condição que se verifica pela garantia e efetivação dos direitos fundamentais como liberdade, igualdade, trabalho e vida dignos, moradia, justiça, entre outros.

Nesse sentido, verifica-se uma maior ênfase ao papel do judiciário¹⁸ que ao do legislativo, pois que, não desmerecendo o sentido da democracia representativa e da produção normativa, exige-se, hoje, o sopesamento de princípios para que se efetive e se materialize a dignidade humana no cotidiano das relações. Isso demanda dos juízes uma participação determinante numa era de constitucionalização da pessoa; é dizer, as pessoas necessitam que os juízes declarem e façam cumprir as garantias que lhes são asseguradas pelo ordenamento jurídico complexo, sempre aberto a integrar novos direitos e a leva-los a sério, como já dizia Dworkin, ainda mais face à mundialização da justiça e da atividade judicial, propiciada pela globalização, exigindo dos juízes a coordenação entre ordens jurídicas diversas, através de um intercâmbio de culturas jurídicas em relação à consulta de decisões estrangeiras:

A mundialização da justiça funciona, por conseguinte, como um princípio de estabelecimento de relações no termo do qual nenhum tribunal poderá permanecer indiferente aos seus homólogos, sem que, para tal, intervenham quaisquer vínculos ou instâncias físicas de coordenação, normalmente considerados como critérios de juridicidade. As relações assim induzidas não têm nada que ver com um sistema: não é necessário organizar ou ordenar estas ligações, que, nesse caso, perderiam indubitavelmente muito da sua força e flexibilidade inerentes. Não se espera que os juízes e os tribunais sejam, como se verifica num sistema, os agentes passivos de uma ordem jurídica, mas sim, pelo contrário, os intervenientes ativos num comércio em constante evolução.¹⁹ (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 35-36).

Mas, nesse ponto, importante destacar que os valores democráticos, os princípios

¹⁸ “Malgrado o desenvolvimento, nas últimas décadas, de sistemas de alternativas à solução judiciária dos conflitos, nossos legisladores atribuem cada vez mais espaço ao juiz. Quando a condição de ser a boca da lei não permite que o magistrado da ordem judiciária encontre uma solução adequada, ele se concerta com outros intervenientes e parceiros sociais, para encontrar soluções pragmáticas, nem que seja nos limites da outorga que lhes é confiada em razão das suas funções. A intervenção do juiz pela via da delegação se inscreve cada vez mais na lei. Por detrás dos processos de que ele trata, o juiz ainda é responsável pela proteção e pela educação dos indivíduos que lhe são confiados. [...] A globalização de um modelo – o da Common Law – e a adaptação da justiça às mutações das sociedades contemporâneas são duas causas que fazem com que nossos direitos tendem a se judicializar, duas causas que importa não confundir.” (ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização.**, p. 126-127).

¹⁹ ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito**, p. 35-36.

constitucionais e os direitos fundamentais limitam a esfera de decisão dos poderes, já que a dignidade se impõe como marco para evidenciar o “núcleo duro” dos direitos. Assim, pode-se criar uma identidade constitucional que não exclui ou isola, mas que torna os direitos como fatores de união em torno dos vínculos sociais que criam. Para tanto, necessário que os comportamentos individuais se voltem a uma atuação participativa e responsável na política e na experiência cotidiana comum.

Ademais, se direito e poder são os dois lados da mesma moeda, posto que a eficácia de ambos depende da realização conjunta dos requisitos da norma jurídica (justiça e validade) e do poder (legitimidade e legalidade), o ponto de equilíbrio entre eles se traduz numa intensa participação popular ativa, somente possível através de um estado democrático.

Com isso, não se almeja um excesso de politização, mas se quer referir à mudança de comportamento moral dos indivíduos para com a esfera pública e as coisas que a partir dela fazem sentido – os bens públicos e coletivos. Almeja-se, ante a complexidade do período contemporâneo, uma atuação humana que tenha como fundamento a responsabilidade, o racionalismo crítico (instrumento elementar na elaboração e interpretação do direito), e a preocupação com a perpetuação dos resultados da ação no tempo. A solidariedade é o caminho para a sustentabilidade e para a concretude dos direitos e, conseqüentemente, da pessoa.

A constitucionalização da pessoa aponta uma maior participação dos cidadãos quanto aos bens comuns partilhados por todos. O revigoramento da soberania da pessoa toma forma para, aos poucos, extirpar o consumismo desenfreado pautado na lógica capitalista de mercado que tudo consome sem se preocupar com as conseqüências ao meio em que se vive e com as implicações à dignidade do ser humano.

Essa nova realidade que aos poucos toma maiores proporções garante uma maior importância aos bens comuns que fazem parte da nossa subsistência, como ocorre com o direito à uma alimentação adequada, a um trabalho digno, à água, para citar somente alguns, mas principalmente, à acessibilidade igual e adequada de todos a esses bens comuns. Nesse sentido, apesar do hiato entre teoria e prática, o direito à cidadania se torna o principal bem comum das políticas redistributivas, já que esses direitos são elementos constitutivos da pessoa e da sua dignidade, e a cidadania, se concebida e exercida como condição humana básica, é capaz de conferir-lhes garantia pela rede global.

Assim, cabe referir que, com a constitucionalização da pessoa (que substitui o sujeito, de direito e dever, abstrato), busca-se a concretização dos seus direitos e, mais importante, da sua dignidade, como *homo dignus*, já que a dignidade encontra a sua determinação na pessoa, no ser humano em si, mas não como sua essência, e sim como condição da livre determinação do seu projeto de vida.

Evidencia-se, portanto, o binômio indissociável entre pessoa e dignidade. O sujeito abstrato deixa de existir, testemunhando-se a concretização da pessoa no sistema jurídico; passa-se a dar relevância a várias figuras subjetivas do ordenamento jurídico, como o trabalhador, o idoso, a criança, o deficiente, aos quais não somente se reconhece, mas se valoriza a sua dignidade humana inerente e que os caracteriza como pessoa de direito. Um passo significativo, que ajuda no aprofundamento da questão relacionada com o direito de autodeterminação. Conforme Rodotà:

La dignità si realizza attraverso un processo, al quale concorrono il potere di governo della persona interessata e il dovere che incombe su chi deve costruire le condizioni necessarie perché le decisioni di ogni persona possano essere prese in condizioni di libertà e responsabilità. Deve essere dunque garantita a ciascuna persona la possibilità di vivere con piena dignità, attivandosi, la società stessa, per l'eliminazione di quei fattori impedienti e per la soddisfazione delle più essenziali necessità umane. La vita degna di essere vissuta, allora, è quella che la persona autonomamente costruisce come tale.²⁰

O direito à autodeterminação deve ser reconhecido, mesmo em relação ao próprio corpo e, portanto, no tocante à concepção da vida; aos indivíduos devem ser dadas as ferramentas necessárias para proteger aquilo que, entre os direitos, representa a verdadeira liberdade²¹. Nesse sentido, prima-se pela construção do fenômeno jurídico por expansão, horizontalmente, através da interligação entre ordens jurídicas correlatas, mas não como ponto de chegada, e sim como início de estruturação de um direito global que, apesar de firme, seja adaptável à luta constante de seres históricos em processo permanente de (re)constituição.

Só o desenvolvimento de um novo direito pode preencher as lacunas abertas pelas mudanças em curso, restabelecendo o equilíbrio entre política, economia e técnica que a dinâmica

²⁰ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**, p. 209-210.

²¹ “[...] o fato de que o retorno do risco e o impulso do padrão de durabilidade estão preparando o terreno para o reinado da responsabilidade nada tem de imprevisto. Os cidadãos são hoje convocados, individualmente ou através de organizações, a assumirem suas responsabilidades face aos perigos que espreitam o planeta. Ao devolver à esfera privada uma dimensão que havia sido esquecida com a ampliação do papel do Estado, o processo de globalização nos convida a recolocar em tela a divisão do direito público e do direito privado.”. (ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização**, p. 135).

global desestabilizou. Certamente, o direito não é capaz de amparar toda a gama das necessidades humanas – até porque uma judicialização integral da existência se assemelharia mais a um cerceamento do que a um espaço livre de convivência. Contudo, somente através do Direito é possível conter a pressão cada vez mais invasiva da economia e da técnica reguladora das relações no espaço transnacional e globalizado.

A crise da soberania estatal tem um impacto significativo sobre a eficácia do direito, que não pode ser proveniente total ou principalmente do monopólio do poder do Estado. Hoje, a eficácia do direito depende principalmente das relações horizontais de reconhecimento normativo, devido também à multiplicidade de atores institucionais em jogo. Por certo, o direito pode ainda ser considerado um "equilíbrio de forças". Mas a força normativa do direito vigente - em um contexto equilibrado entre normalidade e exceção - devem ser identificados, especialmente em processos horizontais de confiança social.

De qualquer forma, parece prevalecer, como critério de efetividade do direito, o cálculo e a conveniência econômica, de acordo com a relação custo-benefício: em verdade, este é o legado da prevalência da economia, a qual, no contexto da globalização capitalista, assume o papel da *lex mercatoria*. Impera a lógica contratual e pactual, tanto no direito civil quanto no direito penal; e o respeito às normas depende mais da necessidade de convivência social do que do processo de internalização ideológica da regra e do seu sentido.

Naturalmente, para que o direito possa exercer uma função não só legislativa, mas também jurisdicional, deve superar o paradigma do direito moderno como a imposição vertical da lei, tornando-se norma a atender as necessidades materiais das pessoas – protegendo seus direitos civis, políticos, e sociais –, o que somente é possível através de um novo direito construído horizontalmente, em rede, que permita o diálogo e a complementação entre as ordens jurídicas existentes, sejam elas nacional ou supraestatal. Para tanto, é necessário romper com a abstração do enquadramento da pessoa na velha forma de pessoa jurídica, conferindo-lhe tratamento mais substancial, que dê conta da realidade fática humana, na direção de uma profunda conexão entre o direito e a vida, unindo os mundos teórico e prático.

Assim, a verdadeira questão é: como avançar o direito de ter direitos sem as políticas governamentais das quais dependem o seu desenvolvimento? Na ausência de um poder político democrático e legítimo supranacional, só o direito, ou melhor, os juízes que o administram, quer operem no contexto nacional, quer em nome de instituições supranacionais, podem fazer valer as

garantias já conquistadas, ao mesmo tempo em que evitam que a sua aplicação seja reduzida ao direito do mais forte, fazendo uso, principalmente, da troca de experiências e jurisprudências entre as Cortes e Tribunais²². Tal prática, quando utilizada de forma consciente e responsável, permite, atualizando o precedente emprestado ao contexto a ser utilizado, uma maior humanização do direito, tornando-o menos abstrato e mais concreto, permitindo uma maior satisfação das necessidades humanas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No estágio atual da história, a globalização do Direito encerra uma pluralidade de desafios, a começar pela reconfiguração do papel do fenômeno jurídico tradicionalmente encarado como instrumento de regulamentação vinculado ao Estado-nação e a transposição das necessidades humanas, antes confinadas nos limites territoriais dos países, ao campo supraestatal.

A transnacionalização dos ordenamentos jurídicos e os efeitos decorrentes desse processo demandam um direito global, capaz de regular os conflitos entre uniformidade global e diferenças nacionais (locais), o problema da existência simultânea de normas globais, normas nacionais e normas regionais, por vezes concorrentes entre si, e a crise de legitimidade que assola a arena transnacional quanto à competência jurisdicional para cuidar da pretensão resistida, seja ela local ou global.

Nesse aspecto, a política e o direito dependem de um trabalho conjunto para suprir os vazios jurídicos e sociais acarretados pela transição paradigmática vivenciada atualmente. Na ordem global, governada a partir da cooperação entre os agentes que dela fazem uso, o Estado de direito continua exercendo um papel determinante na limitação do poder, exercido de forma um tanto homogênea e fragmentada, vez que não há ente soberano a regulamentar as relações e impor uma vontade.

O espaço transnacional é administrado em rede e depende da transparência e da autorregulação por um direito mais maleável, adaptável às transações cada vez mais instantâneas e complexas decorrentes do fenômeno globalizatório. Nesse sentido, constata-se a adoção de

²² "O comércio entre juízes apoia este esforço no sentido de bem julgar, uma vez que a circulação de decisões abre um mundo de possibilidades. É, aliás, o único modo de tornar efetivo o conceito de direitos fundamentais. A eventualidade de estes princípios serem objeto de um julgamento de valor ou de uma interpretação subjetiva não constitui uma ameaça a estas referências, reforçando, pelo contrário, a sua utilização numa sociedade que se quer democrática, aberta, evolutiva, centrada no intercâmbio e na autoridade persuasiva." (ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito**, p. 83).

princípios básicos de utilização e construção do direito global, a saber: o devido processo legal, a racionalidade, a proporcionalidade, o dever de motivação das decisões (inclusive, administrativas) e a justiça.

Com a globalização da economia, da política e do direito, mundializou-se também a justiça e a atividade jurisdicional, vez que a ordem jurídica global deixou de abarcar somente sujeitos de direito público para abrir espaço à sociedade civil e aos movimentos sociais, assim como às organizações não-governamentais, ensejando uma participação mais ativa dos indivíduos no cenário jurídico, que exigem a oportunidade de também dizer o direito. Tal realidade permite a penetração do ordenamento global na ordem jurídica nacional, de tal modo que a função dos juízes no espaço global-nacional coincide com a integração entre os diversos regimes regulatórios, em prol de constituir unidade entre tais ordenamentos plurais e distintos, fazendo uso do intercâmbio de jurisprudências a fim de conferir maior dialeticidade e racionalidade às decisões, primando pela eficácia e efetividade dos direitos aplicados aos casos concretos, tornando o fenômeno jurídico menos abstrato e mais próximo do seu fim, a superação das necessidades e a supressão das desigualdades.

Talvez, se se desenvolver positivamente essa nova matriz de participação ativa dos cidadãos, de correção horizontal e móvel, que desponta no horizonte temporal das transformações sociais, e se se der a devida atenção ao reconhecimento dos direitos humanos - que, apesar de retóricos, são indiscutíveis e globais -, respeitando-se os acordos realizados, então talvez se possa pensar em uma rede de múltiplos arranjos efetivamente vinculantes a renovar a vocação do direito de ser um instrumento, se não solidário, de transações razoáveis.

Por fim, resta salientar que, apesar da influência negativa em diversos aspectos da vida humana oriunda da globalização da economia e da expansão dos mercados, a incipiente globalização do Direito e da justiça em atuação conjunta com a administração multilevel dos espaços relacionais, tendo como norte a soberania da pessoa como *homo dignus* a partir de uma gestão responsável calcada na solidariedade, produz a constante construção de espaços de preservação do patrimônio cultural comum, caros à humanidade, como o direito a ter direitos, passados, presentes e futuros.

Assim, numa era de globalização e de transnacionalismo, a estruturação de um direito global calcado na promoção dos direitos humanos, em critérios de sustentabilidade planetária e no combate às redes criminosas, constitui-se no horizonte como uma nova e eficaz forma de

limitação de um poder extremamente volátil e fluído, característico dos tempos presentes. Eis o projeto a ser construído e executado.

REFERÊNCIAS FONTES DAS CITADAS

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização. A nova revolução do direito.** Tradução de Rogério Alves: Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado.** Campinas: Saberes, 2010.

CATANIA, Alfonso. **Metamorfosi del diritto.** Decisione e norma nell'età globale. Roma: Laterza, 2008.

CAZZARO, Kleber; GRADOS, Guido Cesar Aguila; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Constitucionalismo em mutação. Reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica.** Blumenau: Nova Letra, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Coimbra: Armenio Amado, 1979.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti.** Roma-Bari: Laterza, 2012.

TRANSNACIONALISMO (JURÍDICO): HEGEMÔNIA CORSÁRIA OU LUTERANA?

Márcio Ricardo Staffen¹

INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta objetiva analisar o processo de transnacionalismo (jurídico) com foco no sentido do tema e do problema, a partir de uma mirada literária orientada pelos escritos de Pier Paolo Pasolini. Com a premissa básica de que o transnacionalismo e a globalização supõe a força transformadora de cada realidade nacional, capaz de trazer consigo um elemento de cambiamento dos aspectos estruturantes da sociedade local, que se realiza através de regras de uma linguagem (jurídica) global, no marco cultural de cada ordenamento (constitucional) avalia-se nos argumentos de Pasolini a extensão real e virtual deste giro comportamental, individual e/ou institucional, decorrente de manifestações de poder progressivamente hegemônico.

A proliferação do discurso que gravita nos símbolos da globalização por si representa um grandioso espaço de investigação, tal qual estabeleceu com pioneirismo no literato Pasolini nos idos de 1970 e compilados nas obras “Escritos corsários” e “Cartas Luteranas”. Todavia, é chegado o momento destas manifestações ecoarem nos cenários jurídicos transnacionais. Momento este de mensurar a impotência do Estado com a alvorada de novas instituições transnacionais. Momento em que a Sociedade e o Estado deixam a centralidade que ocupou com a modernidade e, com eles, o Direito moderno. Momento em que as grandes discussões jurídicas são travadas no anseio de estabelecer-se diretrizes para a equação Law-Body-Space.

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnica, econômica e financeira espreado planetariamente, o qual demonstra a redução (crise) dos espaços políticos tradicionais. Esta é a grande crítica estabelecida por Pier Paolo Pasolini em seus escritos, isto é: a institucionalização de eixos ausentes de gravidade, no qual os

¹ Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia - Itália. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Coordenador e Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado - IMED. Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Email: staffen_sc@yahoo.com.br

indivíduos são despidos e se despem de suas caracterizações pessoais em favor de espaços de dominação institucionalizadas pelo desejo de gozo irrecalcável, induzido, não-espontâneo e transnacional.

Se estabelece, nesta linha, espaços virtuais sobre os quais se acredita valer tudo, sendo que, em verdade nada vale. Eis a preocupação pela reintrodução enviesada de um novo-fascismo, no qual nada vale por que não há noção de limite, apenas uma posição de máxima alienabilidade dos bens, personalíssimos ou não. Na essência, o referente transnacional que orienta Pasolini é a preocupação da manipulação dos discursos de transcendência e descolamento social por ideias corsárias, ou seja, práticas de pirataria legitimadas pelos poderes públicos tradicionais que, não possuindo outras alternativas deixam-se seduzir por promessas autofágicas. Paralela e simultaneamente pela orientação individual de cunho luterano que deseja o desenvolvimento crendo estar pleiteando o progresso, mas se rebela não para seus desideratos e sim para o gozo dos corsários de plantão, estranho à realidade do seu próprio país.

1. O DESVELAR DO TRANSNACIONALISMO

Em resumo, breve e antecipado, o Direito enquanto construção social aplicada, tem como condição primeira a procura de instrumentos de limitação dos poderes, sobretudo. Já não é mais apenas meio de ordenação social. Com isso, necessita guardar em seu bojo uma perspectiva de *dever-ser*, de funcionalidade social. O surgimento de novas matrizes de poder exige um novo direito de contenção dos excessos e projeção de expectativas realizáveis em um futuro próximo.

Ainda que a História não tenha chegado ao seu fim, conforme profetizou Francis Fukuyama², certamente o Estado Constitucional em suas promessas liberais, sociais e democratas não foi adimplente, ao ponto de constituir mitologias jurídicas, nos dizeres de Paolo Grossi³. Tanto na gramática, quanto na prática várias são as disposições constitucionais que se encontram à espera de satisfação ou, que de pronto foram revogadas em face da sua (suposta) impossibilidade.

Intacto neste processo de descalcificação não restou o ordenamento jurídico. Afinal, conforme adverte Cotterrell⁴, o ordenamento jurídico não será relevante a menos que a lei (em sentido amplo) seja capaz de produzir efeitos na sociedade. Destaque-se a não tão-somente

² FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

³ GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

⁴ COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

impotência jurídica como causa deste inadimplemento, some-se neste quadro os vultos impeditivos e/ou promocionais decorrentes de condições nacionais, regionais, internacionais⁵, tecnológicas, sociais e, especialmente, econômicas.

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e financeiro espreado planetariamente, o qual demonstra a redução (crise) do Estado⁶ e institui instrumentos de governança global.

Contudo, o transnacionalismo não se restringe às fileiras de uma operação internacional arquitetada plenamente pela autonomia da vontade, inclusive na possibilidade de se escolher uma regra de direito, como pensou no início Philip Jessup⁷.

Com clareza ímpar se vislumbra nos dizeres de Gomes Canotilho o ataque contínuo ao estatualismo centralizador e unitário de inspiração hegeliana. Ao tempo em que a ausência de um Estado europeu não é, via articulações silogísticas, empecilho para a aprovação de uma Constituição da União Europeia, não é, por si só, travejamento para o desenvolvimento de um direito global⁸. O Estado perdeu sua habilitação de único senhor da ordem⁹.

Queste connessioni, combinandosi con imponenti flussi migratori, determinano un progressivo superamento dei confini statali che, affrancando le Costituzioni dal territorio (Zagrebelsky), cioè deterritorializzando la sovranità, genera la consapevolezza che ciascuno Stato non dispone più degli strumenti normativi per soddisfare da solo i bisogni dei suoi cittadini, il loro benessere e la loro salute minacciata dai cibi transgenici, dai virus e dalle radiazioni che vengono da lontano.¹⁰

A partir da fragilidade dos tradicionais atores nacionais, espaços de debilidade passa(r)am a serem ocupados, notadamente após a Segunda Guerra, por interesses transnacionais constituídos

⁵ Sobre tais circunstâncias ver: REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico**. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 24 e ss.

⁶ Merece reprodução nesta quadra a advertência de Sabino Cassese: “Infine, il transnazionalismo dell’ordine giuridico globale suggerisce cautela nel parlare di crisi dello Stato e di fuga verso il livello globale, perchè la dinamica del sistema amministrativo globale è largamente dipendente dallo Stato o da suoi frammenti.” (CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006, p. 12-13).

⁷ JESSUP, Philip. **Diritto transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008, p. 202-203.

⁹ ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 03.

¹⁰ REPOSO, Antonio. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico*. p. 26.

através de instituições novas, de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico Moderno¹¹. A tradicional homogeneidade no pensamento político-jurídico fora perdida. Em maior ou menor medida instalou-se um cenário de tensão institucional, no qual as “velhas” instituições estatais e, por via idêntica os indivíduos, deparam-se com sensações de turbulência.¹²

Tal qual se manifestou Günther Teubner¹³ a força motriz do Direito já não é mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos; mas, sobretudo, a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais.

Nesta medida, necessário se faz reconsiderar as relações existentes entre Direito e Estado, entre público e privado, entre os diferentes cenários jurídicos e as autoridades legais, sob pena da exaustão dos modelos decorrentes de fraturas infindáveis.

Com efeito, na dinâmica de emergência que se apresenta, imperioso o estabelecimento de rupturas elementares para superação do esquema nuclear Constituição-Estado; desfazer-se das teorias e das práticas cultivadas em “momentos” isolados, únicos e exclusivos para se mirar uma teia de coligações complexas e de variados sentidos com a análise de uma circulação multipolar de instituições¹⁴.

2. TRANSNACIONALISMO E HEGEMONIA

Nestes termos, o declínio do Estado Constitucional nacional e a ascensão de um paradigma transnacional de Direito decorre, substancialmente, da penetração de critérios de governança nos assuntos e políticas públicas dos Estados, logisticamente apoiado pelos avanços tecnológicos. A globalização econômica produz um processo de globalização¹⁵ jurídica por via reflexa, que transcende a constatação de Crouch, uma vez que se observa em igual medida a globalização também dos comportamentos jurídicos, tal qual a opção pessoal e facultativa por precedentes na

¹¹ STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. *Revista Opinión Jurídica* - Universidad de Medellín, v. 10, p. 159-174, 2011.

¹² GIUDICE, Alessio Io. *Istituire il postnazionale*. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

¹³ TEUBNER, Gunther *et alii*. *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: University Oxford Press, 2004.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, p. 283.

¹⁵ Nestes termos: “Le grandi multinazionali hanno spesso superato la capacità di amministrazione dei singoli Stati nazionali. Se non apprezzano il regime fiscale o normativo in un Paese, esse minacciano di trasferirsi altrove e gli Stati entrano sempre più in competizione fra loro nella disponibilità di offrire condizioni favorevoli, poichè hanno bisogno di quegli investimenti.” (CROUCH, Colin. *Postdemocrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2005, p. 35).

tradição do *civil law* entre outros “costumes”¹⁶.

Assim, o processo de globalização necessita ser compreendido como expressão de uma interdisciplinaridade sistêmica¹⁷. Logo, o Direito em sua face transnacional, por mais incipiente que seja, tem como objeto a compreensão e a regulação das relações provenientes dos fluxos globalizatórios, transnacionais. Fluxos estes que não se restringem à globalização do segundo pós-guerra. Contudo, ainda que algumas bases de governar o mundo estejam sedimentadas na descoberta da América, a grande especificidade verte da policentricidade que governa a globalização do terceiro milênio.

Notadamente entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é transladada para a acepção governança (*governance*), a partir dos postulados de Rosenau e Czempiel¹⁸, haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propósitos claros e definidos. Com isso, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassam por alianças militares (OTAN); instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins); organismos regionais (Conselho Europeu); agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa); ordenamentos quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL); *summit* (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de ONGs.

Ainda que o fenômeno da globalização não se mostre uma novidade, certamente a crise econômica vivida em 2008, demonstrou substancialmente os diversos níveis de marcha deste processo de expansão. Notadamente a economia se globaliza com maior velocidade, em comparação com a política (e com os assuntos do Estado), criando, neste panorama, assimetrias entre economia global (transnacional) e a política nacional (não se podendo descartar a política comunitária). Evidenciou-se, sem exageros, a existência de uma governança global sem governo (como é o caso da ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*).

Para Francis Snyder, a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas,

¹⁶ Merece referência nesta quadra a manifestação do Tribunal Permanente de Revisão (MERCOSUL), na decisão consultiva n.01/2007 (Costa vs. ENEL). Nela, Wilfrido Fernández, presidente da Corte à época fundamentou seu voto, no primeiro processo de consulta submetido ao Tribunal para particularmente valer-se de decisões de Cortes europeias como *ratio decidendi* em matéria procedimental, instituindo em solo sulamericano a integração jurídica a partir da jurisdição-mãe dos países membros, a europeia. Contudo, seu voto restou vencido.

¹⁷ COTTORRELL, Roger. What is transnational law? *Law & Social Inquiry* – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

¹⁸ ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government: order and change in world politics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos e processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos. Procede-se, nestes termos, a uma forma global de pluralismo jurídico¹⁹. Um pluralismo que não é unitário nem uniforme; não é orgânico nem estruturado.

Este diagnóstico representa exatamente o exaurimento do Estado e das instituições internacionais de cunho monista-dualista. As vertentes do Direito em vias de transnacionalização articulam-se em múltiplos níveis, governos, administrações locais, instituições intergovernamentais, cortes ultra-estatais e nacionais, *networks*, organismos híbridos (público-privado), organizações não-governamentais e dos próprios indivíduos.

Esse novo paradigma jurídico permeia os tecidos normativos estatais, utilizando os canais que a própria globalização cria (*in primis* aqueles econômicos e judiciários) e subtraindo soberania às instituições “tradicionais”. É a “linguagem dos interesses”, portanto, a fazer com que a fronteira entre *hard Law* (Constituição, leis, etc.) e *soft Law* (antecedentes judiciários, “programas de ajuste estrutural das finanças do Estado”, etc.) se torne sempre mais sutil e irrelevante. A linguagem normativa transnacional se declara mais como motor de “convergências” e de “diálogos” que de diferenças: a retórica do cosmopolitismo esconde a conotação imperativa do direito global, aproveitando-se da ausência de um aparato de poderes públicos ao qual atribuir a função coercitiva e da presumida posição de igualdade dos sujeitos jurídicos.²⁰

Não por acaso, este cenário de desagregação estatal recebe a alcunha de formação neo-medieval, por Parag Khanna²¹, em analogia ao sistema político-governamental típico ao feudalismo. A título de ilustração a Europa do século XIV sustentava-se por aproximadamente mil instituições políticas, reduzidas ao número de trezentas e cinquenta no século XVIII e finalmente encolhidas na potência de 25 países, no século XX. Atualmente, contabilizam-se mais de 2.000 regimes reguladores, número que tende a multiplicar-se. As organizações inter-governativas (*globalized administrative regulation*) eram 7.608, em 2011; 1.039, em 1981; 154, em 1960; 123, em 1951; 37, em 1909.²²

Estas instituições inter-governativas, pelas quais os Estados buscam maior legitimidade e meios de promoção de políticas públicas, classificam-se nas seguintes categorias, segundo argumentação de Kingsbury, Kirsch e Stewart:

¹⁹ SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, 5/4, 1999, p. 334.

²⁰ OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

²¹ KHANNA, Parag. **How to run the world: charting a course to the next renaissance**. New York: Random House, 2011.

²² CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 17.

[...] administration by formal international organizations; administration based on collective action by transnational networks of governmental officials; distributed administration conducted by national regulators under treaty regimes, mutual recognition arrangements or cooperative standards; administration by hybrid intergovernmental-private arrangements; and administration by private institutions with regulatory functions.²³

Todavia, a existência de um direito global alimenta, nesta quadra da História, uma pluralidade de desafios, a iniciar pelas próprias bases de globalização, múltipla em sua essência. Ao passo que a globalização guarda vastidão de caracteres, tais signos observam-se também nos ordenamentos jurídicos, nacionais e os sistemas transnacionais. Há um forte problema decorrente do conflito entre uniformidade global e diferenças nacionais (locais), da concorrência entre normas globais, normas nacionais e normas locais.

O poderio dos ordenamentos jurídicos estatais de produzir o próprio Direito em forma absoluta está gradualmente se redimensionando, reformulando a própria categoria histórica e política da soberania nacional na direção de uma caracterização ainda de híbrida matriz. O transnacionalismo jurídico está dividido em dois níveis: o primeiro e mais raso que se preocupa com os assuntos nacionais (internos) de cada Estado; e o segundo, mais amplo, diluído no cenário transnacional, constituído por uma área global²⁴, de modo que predomine a cooperação (*partnership*) entre seus agentes em seu duplo nível.

La prima condizione della sua stessa esistenza e del suo funzionamento, è il transnacionalismo. L'ordine giuridico globale, mentre viene descritto normalmente come costruito lungo linee verticali – dal livello nazionale a quello globale – è, invece, di fatto, costruito innanzitutto da linee orizzontali, tra autorità nazionali e agenzie globali e tra agenzie globali. In altre parole, è un ordinamento fondato largamente sulla cooperazione sia al livello interstatale, sia al livello globale in senso stretto.²⁵

Este cenário de cooperação absolutamente novo em suas características pode ser facilmente ilustrado nos exemplos da Organização Internacional para a Estandardização (ISO), composta por organismos de normatização, de matriz híbrida público-privado, criando pontes entre setores públicos e privados, mas, com atribuições, regulamentadoras iminentemente

²³ KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. V. 38, n.3/4, p. 20, 2005.

²⁴ CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006. Em complemento: “Il diritto globale, quindi, non si forma solo attraverso un processo di diffusione unidirezionale, dal livello superiore al livello inferiore (*top-down approach*), ma anche com un percorso inverso, che procede dal basso verso l’alto (*bottom-up approach*). Le norme nazionali possono essere recipete e «risalite» a livello sovranazionale”. CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009, p. 125.

²⁵ CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. p. 11.

públicas²⁶. O mesmo critério de parceria se vislumbra com a aderência de Estados ao Comitê da Basileia para vigilância bancária, de modo que uma instituição tipicamente nacional transcende sua *prima ratio* para contribuir com autoridades bancárias internacionais. Todavia, conforme já antecipado, o caso de maior envergadura e incidência prática no dia-a-dia aponta para a regulamentação e regulação da *internet*. Cabe à ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, uma organização público-privada, composta por entes privados desenvolver funções públicas que atingem o globo indistintamente.

Na mesma toada, por sua vez, existem organizações estritamente privadas a transitarem no cenário global sem pontos de dependência e condicionantes público-estatais. É o caso da Federação Internacional de Futebol Associado (FIFA) e da Câmara Internacional de Comércio (ICC) que elabora e aplica suas normas de modo autônomo com o objetivo central de promover o comércio e investimentos internacionais, servindo, inclusive, de instituição parceira para organismos nacionais e internacionais, conforme se vislumbra com a ONU e com a OMC.²⁷

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. São entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à *internet*, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte.

Nestes termos, a dimensão transnacional do Direito não busca promover a erradicação do Estado e de seus espaços de governo. Não lhe interessa também um encadeamento vertical dos entes. Todavia, o que se percebe é a real impossibilidade de cisões entre espaços nacionais, internacionais e transnacionais, como se pretendeu articular no passado com a díade nacional-internacional²⁸. A causa central desta projeção é a indiscutível capacidade reinante nas

²⁶ SCHEPEL, Harm. **The constitution of private governance**: product standards of integrating markets. Oxford: Hart, 2005.

²⁷ CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?**, p. 19.

²⁸ STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do estado constitucional nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais. ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global**: transnacionalidade e globalização jurídica. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2013, p. 74-90.

organizações provenientes dos fluxos globalizatórios de se relacionarem diretamente com os sujeitos e com a sociedade civil, sem perpassar estâncias oficiais de poderes.

Promove-se, destarte, o cambiamento do modo tradicional de pensamento das instituições para um contexto de conectividade horizontal dos sistemas jurídicos, criando *linkages*²⁹, um paradigma suportado pela credibilidade em *networks*, verdadeiro *regime complex*. Por consequência, em definitivo deixa de ser importante o foco no divórcio entre o público e o privado, em virtude da dinâmica motriz impulsionadora.

Todavia, renasce frequentemente a inquirição sobre os instrumentos de respeito às normas, afinal no campo doméstico (nacional) impera a definitividade das decisões e a soberania decorrente do exercício legítimo da força pelo poder, contudo, os cenários transnacionais não gozam desta prerrogativa. Assim, como consequência deste panorama de *linkages* o que se observa é a observância das normas através de instrumentos de indução e substituição, de modo que conteúdos jurídicos estanques são incluídos em pautas combinadas, isto é, a temática ambiental, por exemplo, já não se inscreve apenas pela tutela pura do ambiente, mas também em expedientes outrora tipicamente negociais e comerciais³⁰.

Outro expediente novo que se observa é o surgimento de instrumentos para respeito à norma manejados na contramão dos métodos estatais clássicos, ou seja, ao invés da sanção pelo descumprimento o rumo é alterado pela promoção direta dos sujeitos que voluntariamente adimpliram suas obrigações de modo que os reticentes se inserem em uma posição de ampla exclusão. Neste quadro, bons exemplos podem ser extraídos da articulação encabeçada pela IATA – Associação Internacional de Transportes Aéreos, com entes governamentais, empresas privadas e companhias aéreas, ou ainda, no caso do direito à alimentação, como Direito Humano elementar, entre FAO, GATT, importadores e exportadores de matérias agropecuárias.

Nesta quadra, importante retomar uma abordagem já principiada: o sistema *multilevel* que orienta este complexo Direito Global. Todavia, o foco não pode se restringir apenas na existência de fluxos de relacionamento entre Estados e agentes transnacionais, como que se tal operação se procedesse sempre de modo direto e claro, o que instituiria um sistema *dualevel*. Em certa medida isto se deve ao fato de que as forças transnacionais escancararam com a máxima de igualdade entre os Estados no âmbito das relações internacionais e do Direito Internacional. Sob este viés

²⁹ LEEBRON, David W. *Linkages*. *American Journal of International Law*. Yale: v. 96, 2002, p. 05.

³⁰ STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

não faz sentido crer que a China, com uma população superior a 1,3 bilhão de habitantes equivale a Pitcairn e sua população de 51 indivíduos. O mesmo pode ser dito sobre as disparidades econômicas estampadas nos dados do PIB.

Por oportuno vale mencionar que tal sistema *multilevel* não decorre de uma partícula nuclear originária, tal qual o Estado, no paradigma da modernidade. O nacional, o internacional, o supranacional passam a coabitar um campo de circulação de modelos em rede com tessituras horizontais, verticais, diagonais e afins. De igual forma, registra Cerny³¹ que não seria de todo correto advogar a existência de um cenário de anarquia. Caso se compreenda a existência de uma anarquia esta tão-somente tem sua composição modificada/relocada, pois já se aviventavam nos cenários tradicionais, avocando, contudo, para seu bojo a atividade econômica e os novos vultos de poder.

Entretanto, a princípio, há um fato no mínimo paradoxal neste cenário que se apresenta com voracidade, a saber: a condição tendencialmente hegemônica do transnacionalismo, ainda que trabalhado sobre aspectos *multilevels*. Não causa estranheza a propensão dos expedientes transnacionais em procurarem consolidar práticas de cunho econômico, sejam por meios diretos ou por articulações paralelas, de modo que o elemento central ordena-se por primados pecuniários, ou melhor, pelo dinheiro e suas expressões.

Como consequência há uma força própria das deliberações econômicas em promoverem mecanismos de concentração de capital e recursos. Por consequência, há de ser repetida a pergunta de Jürgen Habermas sobre a possibilidade de democratização do dinheiro, isto é, a difusão progressiva e geral do capital. Ao tempo que tal proposta se torna impraticável e meramente retórica, têm-se processos de consolidação hegemônica do poder, por novos traços. Mesmo que não haja pretensão pela existência de uma autoridade global suprema, aos moldes do paradigma nacional isso não é suficiente para se expurgar o conteúdo hegemônico do transnacionalismo.

Diante deste contexto, Cassese aponta que tal política global rege-se pelo domínio dos *networks* com desenvolvimento fluídos e alianças variáveis, vencendo aquele com maior habilidade para o estabelecimento de conexões diretas com a sociedade civil. Em síntese: minimizam-se as relações verticalizadas intermediadas pelo Estado; facilitam-se os canais de

³¹ CERNY, Philip G. Globalization and changing logic of collective action. FRIEDEN, Jeffery A.; LAKE, David A. **International political economy: perspectives on global power and wealth**. Londres: Routledge, 2000.

circulação de modelos jurídicos e; fomenta-se a pesquisa por funcionalidades analógicas para desafios antes domésticos³².

Como consequência observa-se uma mutação efetiva nas funções do Legislativo nacional. Tanto os eixos de pressão quanto às fontes normativas passaram através da globalização jurídica e do transnacionalismo por um amplo alargamento, em certa medida, incontornável e irrefreado. Opera-se uma sangria no tradicional paradigma de ordenamento jurídico. Agentes transnacionais lançam instrumentos jurídicos cogentes que incidem sobre a máquina estatal e as pessoas diretamente, no qual o devido processo legislativo é acessório ou, até mesmo, desnecessário, instalando um panorama complexo e ambíguo. Ambíguo em razão de proceder na produção normativa sobre bases contratualísticas, mixando público e privado na circulação de modelos jurídicos.

Não por acaso Eric Posner³³ argumentar (radicalmente, é verdade) em termos da existência de Legislativos sem legisladores; Executivos sem governantes e; resolução de controvérsias sem cortes judiciais. Impondo, essencialmente um complexo coligamento de direitos e obrigações oscilante entre pretensões globalizantes e fragmentadoras, haja vista a essência deste direito transnacional³⁴.

Entretanto, a primeira compreensão sobre o caráter hegemônico do transnacionalismo necessita ser aprimorada para escapar do senso comum teórico instalado a partir das infelizes leituras de Gramsci. Neste contexto, em condição preliminar urge a discussão sobre o conceito político de hegemonia, sob o viés transnacional, para defesa da hegemonia e sua práxi com foco na possibilidade de articulação de lutas diametralmente opostas, que se estabelecem em flancos fragmentados, mas que necessitam de direcionamento. Logo, é preciso ver na hegemonia contemporânea a necessidade de inserção e aceitação de mecanismos de coerção e consenso, tal qual sustenta Zizek³⁵. Assim, a hegemonia deve estar sujeita ao conflito e à disputa como condição de renovação e defesa. Entretanto, há um outro desafio a ser superado no sentido da essência de renovação e melhoramento das posições hegemônicas, pois há uma condição débil na contra-hegemonia instalada ao tempo em que se preocupa apenas com temáticas pontuais, sem aspectos efetivamente políticos relacionados com a totalidade do problema. Assim, o próprio capitalismo

³² CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013, p. 34-35.

³³ POSNER, Eric A. **The perils of global legalism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2009, p. 58-70.

³⁴ POSNER, Eric A. **The perils of global legalism**, p. 81.

³⁵ ZIZEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2013.

não é hegemônico, afinal, o “século americano” acabou, e se iniciou um período em que múltiplos polos do capitalismo global vêm se formando. Nos EUA, na Europa, na China e talvez na América Latina também, sistemas capitalistas desenvolveram com colorações específicos: os EUA representam o capitalismo neoliberal, a Europa o que resta do estado de bem estar social (Welfare State), a China o capitalismo autoritário e a América Latina o capitalismo populista. Com o fracasso da tentativa estadunidense de se impor como a única superpotência mundial – a policiadora universal –, há agora a necessidade de estabelecer as regras de interação entre esses polos locais no que diz respeito aos seus interesses conflitantes³⁶.

De forma precisa, ao se explorar a relação entre Direito e Poder, se demonstra que o Direito não é apenas o poder de mobilização no contexto de variados campos sociais, transitáveis entre o local, o nacional e o transnacional. Contudo, a aceitação substancial de contrapostos plurais passa a ser condição para legitimidade, promoção e justificação de várias formas de políticas públicas nas mais diversas áreas³⁷.

Como resultado da confluência destes argumentos ganha espaço a abordagem de Pier Paolo Pasolini, a partir de uma mirada literária, para às demandas provenientes do transnacionalismo e da hegemonia que porta. A proliferação do discurso que gravita nos símbolos da globalização por si representa um grandioso espaço de investigação, tal qual estabeleceu com pioneirismo no literato Pasolini nos idos de 1970 e compilados nas obras “Escritos corsários” e “Cartas Luteranas”³⁸.

Todavia, é chegado o momento destas manifestações ecoarem nos cenários jurídicos transnacionais. Momento este de mensurar a impotência do Estado com a alvorada de novas instituições transnacionais³⁹. Momento em que a Sociedade e o Estado deixam a centralidade que ocupou com a modernidade e, com eles, o Direito moderno. Momento em que as grandes discussões jurídicas são travadas no anseio de estabelecer-se diretrizes para a equação *Law-Body-Space*⁴⁰.

Notadamente os processos de globalização de maneira crescente criaram um mercado

³⁶ ZIZEK, Slavoj. Who can control the post-superpower capitalist world order?. **The Guardian**. London, 06 maio 2014.

³⁷ BENDA-BECKMAN, Franz von; BENDA-BECKMAN, Keebt von; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world: anthropological enquiries**. London: Berghahn, 2012, p. 22.

³⁸ PASOLINI, Pier Paolo. **Escritos corsários, cartas luteranas**. Lisboa: Assírio & Alvim, 2006, p. 48.

³⁹ LAMBERT, Hélène. Transnational law, judges and refugees in the European Union. GOODWIN-GILL, Guy S.; LAMBERT, Hélène. **The limits of transnational law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 04.

⁴⁰ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. p. 39.

mundial, uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação de capitais, mercadorias, bens e serviços. Fez-se espaço para o exercício de um poder de natureza técnica, econômica e financeira espreado planetariamente, o qual demonstra a redução (crise) dos espaços políticos tradicionais. Esta é a grande crítica estabelecida por Pier Paolo Pasolini em seus escritos, isto é: a institucionalização de eixos ausentes de gravidade, no qual os indivíduos são despidos e se despem de suas caracterizações pessoais em favor de espaços de dominação institucionalizadas pelo desejo de gozo irrecalcável, induzido, não-espontâneo e transnacional⁴¹.

Em complemento é de se destacar a condição negativa e hedionda de estagnação do modelo de sociedade atual, que multiplica insatisfações e recalques pessoais e coletivos. No qual as construções “ditas” hegemônicas, em verdade se caracterizam como manipulação ideológica, sobretudo.

Se estabelece, nesta linha, espaços virtuais sobre os quais se acredita valer tudo, sendo que, em verdade nada vale. Eis a preocupação pela reintrodução enviesada de um novo-fascismo, no qual nada vale por que não há noção de limite, apenas uma posição de máxima alienabilidade dos bens, personalíssimos ou não. Na essência, o referente transnacional que orienta Pasolini é a preocupação da manipulação dos discursos de transcendência e descolamento social por ideias corsárias, ou seja, práticas de pirataria legitimadas pelos poderes públicos tradicionais que, não possuindo outras alternativas deixam-se seduzir por promessas autofágicas. Paralela e simultaneamente pela orientação individual de cunho luterano que deseja o desenvolvimento crendo estar pleiteando o progresso, mas se rebela não para seus desideratos e sim para o gozo dos corsários de plantão, estranho à realidade do seu próprio país.

Tal contexto ganha relevância com a inserção de preceitos transnacionais em países periféricos dos eixos centrais de transnacionalização, como é o caso do Brasil, afinal, a ausência de práticas hegemônicas sustentáveis acaba por criar novos espaços de colonialismo, nos dizeres de Nader⁴². Um exemplo contundente de “invasão” transnacional nos atributos de identificação nacional/regional diz respeito à revisão ortográfica promovida pela agremiação da Comunidade do Países de Língua Portuguesa, de cunho puramente transnacional que normatizou toda a ortografia nacional, sem, contudo, se expor publicamente, de forma com que as regras impostas provem de

⁴¹ PASOLINI, Pier Paolo. **Escritos corsários, cartas luteranas**, p. 56.

⁴² NADER, Laura. **Law and the frontiers of illegalities**. BENDA-BECKMAN, Franz von; BENDA-BECKMAN, Keebt von; GRIFFITHS, Anne. The power of law in a transnational world: anthropological enquiries. London: Berghahn, 2012, p. 56.

discursos e práticas abiogênicas. Em verdade, toda a alteração cultural promovida fora implementada e executada sem maiores esclarecimentos, cooptando a realidade dos países atingidos (Angola, Brasil, Cabo Verde, Macau, Moçambique, Portugal e Timor Leste). Neste cenário, há inegavelmente uma ruptura com marcos fundantes da cultura endêmica de cada nação, que se materializa em suas regras fonéticas, ortográficas e gramaticais próprias, em nome de uma demanda socialmente não pleiteada.

O referente transnacional de Pasolini é o referente da ambiguidade, da imitação hedonista e adoção substancialmente inconsciente, mas apresentada sempre como mais pura manifestação da vontade. Noutras palavras, constrói uma crítica ao comportamento artificial e vazio dos agentes, incapazes de mensurarem o contexto hegemônico que os circundam. No agente, há um gozo em ser subjugado, traído, humilhado e desprovido de dignidade, bem como na condição comum e indissociável de traído e traidor, corsário e luterano. Em suma, com todo o processo de desenvolvimento do transnacionalismo nos últimos quarenta anos e a alvorada de expedientes jurídicos globais/transnacionais a advertência literária de Pasolini não pode ser preterida. A preocupação reside na urgência de se resgatar condições efetivas de responsabilidade, como condição de sustentação do transnacionalismo e de uma hegemonia dotada de função.

Neste quesito, Pier Paolo Pasolini antecipa em décadas a condição de baixa lealdade promovida pelo transnacionalismo, no sentido, da efemeridade das relações, mas sobretudo, por alterar o conceito de lealdade existente entre indivíduos e Estados, inclusive, jurídica. Uma lealdade descalcificada simultaneamente pelos envolvidos, na medida em que o Estado paulatinamente desloca suas funções para condutas alheias aos indivíduos e, estes, não se veem limitados apenas pela autoridade e territorialidade do Estado, sendo que o referencial que ganha centralidade é o da mais valia hedonista. Eis a extração que ganha relevo do diálogo entre Direito e Literatura a partir dos escritos corsários.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BENDA-BECKMAN, Franz von; BENDA-BECKMAN, Keebt von; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world: anthropological enquiries**. London: Berghahn, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

CASSESE, Sabino. **Chi governa il mondo?** Bologna: Il Mulino, 2013.

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale**. Giustizia e democrazia oltre lo stato. Torino: EINAUDI, 2009.

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Bari/Roma: Laterza, 2006.

CERNY, Philip G. Globalization and changing logic of collective action. FRIEDEN, Jeffery A.; LAKE, David A. **International political economy: perspectives on global power and wealth**. Londres: Routledge, 2000.

COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society**. Aldershot: Ashgate, 2006.

COTTORRELL, Roger. What is transnational law? **Law & Social Inquiry** – Queen Mary University of London, London, n. 2, p. 340-372, 2012.

CROUCH, Colin. **Postdemocrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GIUDICE, Alessio Io. **Istituire il postnazionale**. Identità europea e legittimazione. Torino: G. Giappichelli, 2011.

GROSSI, Paolo. **Mitologie giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

JESSUP, Philip. **Direito transnacional**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KHANNA, Parag. **How to run the world: charting a course to the next renaissance**. New York: Random House, 2011.

KINGSBURY, Benedict; KIRSCH, Nico; STEWART, Richard. The emergence of global administrative law. **Law and Contemporary Problems**. V. 38, n.3/4, p. 20, 2005.

LAMBERT, Hélène. Transnational law, judges and refugees in the European Union. GOODWIN-GILL, Guy S.; LAMBERT, Hélène. **The limits of transnational law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LEEBRON, David W. Linkages. **American Journal of International Law**. Yale: v. 96, 2002.

NADER, Laura. Law and the frontiers of illegalities. BENDA-BECKMAN, Franz von; BENDA-

BECKMAN, Keebt von; GRIFFITHS, Anne. **The power of law in a transnational world: anthropological enquiries.** London: Berghahn, 2012.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. Reflexões sobre o direito transnacional. **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Itajaí, v. 17, n. 1, p. 18-28, 2012.

PASOLINI, Pier Paolo. **Escritos corsários, cartas luteranas.** Lisboa: Assírio & Alvim, 2006.

POSNER, Eric A. **The perils of global legalism.** Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

REPOSO, Antonio. Introduzione allo studio del diritto costituzionale e pubblico. PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; RINELLA, Angelo; SCARCIGLIA, Roberto; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale e pubblico.** 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 2009.

ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst Otto. (Orgs.). **Governance without government: order and change in world politics.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SCHEPEL, Harm. **The constitution of private governance: product standards of integrating markets.** Oxford: Hart, 2005.

SNYDER, Francis. Governing economic globalization: global legal pluralism and european law. **European Law Journal**, 5/4, 1999, p. 334.

STAFFEN, Márcio Ricardo. A redução do estado constitucional nacional e a ascensão do direito global! Há espaço para os Juizados Especiais Federais. ROSA, Alexandre Morais da; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito global: transnacionalidade e globalização jurídica.** Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2013.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STAFFEN, Márcio Ricardo; BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. Transnacionalización, sostenibilidad y el nuevo paradigma de derecho in siglo XXI. **Revista Opinión Jurídica - Universidad de Medellín**, v. 10, p. 159-174, 2011.

TEUBNER, Gunther *et alii*. **Transnational governance and constitutionalism.** Oxford: University Oxford Press, 2004.

ZIZEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais.** Rio de Janeiro: Boitempo, 2013.

ZIZEK, Slavoj. Who can control the post-superpower capitalist world order?. **The Guardian.** London, 06 maio 2014.