



PRISCILLA MACIEL DE MENEZES SILVA

TRANSCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO HUMANO DO CLIMA

Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

COIMBRA, 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



TRANSCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO HUMANO DO CLIMA

PRISCILLA MACIEL DE MENEZES SILVA

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Área de Especialização: Ciências Jurídico-
Políticas

Menção: Direito Constitucional

Orientador: Professora Doutora Suzana Tavares
Silva

Coimbra
2014

Dedico este trabalho aos meus pais, razão dos meus esforços, pelo apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ser fonte de luz em minha vida, fortalecendo a minha fé para carregar o peso das responsabilidades que a vida apresenta.

À Nossa Senhora de Fátima pelas intercessões, fazendo com que minhas orações chegassem ao "Pai", realizando o seu papel de Mãe, não me deixando sentir só e desamparada durante todo o meu processo de amadurecimento pessoal, espiritual e profissional.

Aos meus pais, Marcone e Cássia, pelo amor incondicional e pelo permanente estímulo. São verdadeiros MESTRES da vida, conduzindo a minha família com muita sabedoria, fé e amor. Serei eternamente grata por tudo o que fizeram e fazem por mim e pela constante entrega para me ver bem e feliz.

Aos meus irmãos, Daniel e Diêgo, os meus grandes e verdadeiros AMIGOS, companheiros e conselheiros para todas as horas. Obrigada pelo carinho, pelo amor e pela cumplicidade. Estaremos sempre juntos!

À minha cunhada e amiga Márcia Regina, à minha sobrinha e afilhada Maria Luíza, fonte dos meus esforços, e ao meu sobrinho Diêgo Filho, a quem dedico todo meu amor e carinho.

À minha cunhada Juliana Arnez, por ter chegado na minha família e tão logo ter conquistado a todos com o seu carisma e a sua alegria.

Aos meus avós, Lourival Ribeiro, Nancy Ferreira, Joaquim Alves (*in memoriam*) e Maria das Neves, que me ensinam a cada dia a dar valorizar os meios de aprendizado que a vida proporciona.

As minhas queridas e eternas amigas de longas datas com que vivi momentos maravilhosos, em especial à Samara Amorim e à Lívia Braz que me deram todo amparo, conforto e compreensão nos momentos difíceis que passei.

Aos meus amigos que estiveram comigo durante esta caminhada. Juntos, partilhamos grandes momentos de alegria, nostalgia, frustrações e realizações, em especial à Maria Luiza do Valle Rocha, por ser a minha força nos momentos em que mais precisei.

Ao meu estimado amigo, Dr. Oswaldo Trigueiro do Valle, por me agradecer com a sua generosidade, abrindo-me "portas" para trilhar caminhos acadêmicos.

A todos que compõem a Faculdade de Direito Universidade de Coimbra (FDUC), em especial a minha estimada professora e orientadora, Suzana Tavares, pela paciência, sensibilidade e generosidade em repassar todo o conhecimento que lhe é imanente.

Aos que, de perto ou não, deram sua real contribuição para a feitura desta dissertação de Mestrado.

Muitos me apoiaram na elaboração deste trabalho; outros tantos me incentivaram. Muito obrigada!

RESUMO

O objeto do presente trabalho é o transconstitucionalismo aqui apresentado como um método e uma opção constitucional adequada para a concretização do Direito Humano do Clima, sob a ótica da interação entre sistemas sociais autônomos e da circularidade da hermenêutica constitucional que busca, sobretudo, o consenso e a cooperação. Justifica-se a pesquisa pela constatação acadêmica e empíricas de que as premissas que erigiram o constitucionalismo ao patamar de "congregador" social e assegurador de direitos fundamentais encontram-se em "crise" pela dificuldade em solucionar problemas globais, a exemplo das mudanças climáticas, que mitigam a eficácia de diversos direitos humanos, como a diversidade cultural, à saúde, à subsistência, entre outros. Propõe-se, contudo, um constitucionalismo "aberto" e, portanto, adequado as complexidades do século XXI, disposto a dialogar com as epistemologias alternativas, levando justiça ao âmbito do não-Direito, transcendendo, assim, o Direito positivado. Sugere-se um novo "rosto" aos ordenamentos jurídicos, alertando para a necessidade de reconhecer outros ordenamentos e a sanar o seu "ponto cego" por meio da observação do outro (alteridade), ou seja, ao contrário de um modelo jurídico de repulsa, um paradigma de interlocução de modo a dinamizar as identidades em detrimento de práticas bloqueadoras. A opção pelo método (transconstitucionalismo) e pelo objeto (direito humano do clima) é estratégica e oportuna, pois a Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH) tem voltado-se a tutelar o direito à diversidade cultural e, portanto, vem dando especial atenção as comunidade indígenas que sofrem com as pressões econômicas, políticas e com os desequilíbrios ambientais. Diante disso, chama-se atenção para os impactos que as mudanças climáticas causam nas comunidades que cultivam comportamentos ancestrais e, por isso, a opção migratória poderá levar ao desaparecimento desses grupos. Nesta esteira, apresenta-se o caso Inuits X EUA para demonstrar de que forma a CIDH poderá ser um poderoso artefato na redução de emissões de gases provocadores do aquecimento global que agridem, principalmente, os mais vulneráveis.

Palavras-chaves: Transconstitucionalismo. Direito Humano do Clima. Hermenêutica Circular. Alteridade. Diálogos..Cooperação.

ABSTRACT

The aim of this course work is the transconstitucionalism presented here as a method and a suitable constitutional option for the accomplishment of the Human Rights Climate, from the perspective of interaction between autonomous social systems and the circularity of constitutional hermeneutics that seeks, above all, consensus and cooperation. This survey is justified by the

empiric and academic findings, from where the premises which brought the constitutionalism to the level of social “congregator” and fundamental rights securer find themselves in “crisis” due to the difficulty in solving global problems, as in the case of climate changes, which mitigate the effectiveness of various human rights, such as, cultural diversity, health, livelihood, among others. However, the proposition is an “open” constitucionalism, and therefore, suited to the complexity of the twenty- first century, willing to dialogue with alternative epistemologies, taking justice to the field of non-law, transcending, then, the positive law. A “new” face of legal systems is suggested, alerting to the need of recognizing other systems and solving their blind spot through the observation of the other (otherness), in other words, opposed to repulsive legal model, an interlocution paradigm, so as to expedite the identities rather than valuing blocking practices. The option for the method (transconstitutionalism) and the object (Human Rights Climate) is strategic and well-timed, as Inter-American Court of Humans Right (IACHR) has defended the right to cultural diversity, and therefore, has been giving special attention to the indigenou communities, which suffer from political and economic pressure, as well as environmental imbalances. So, attention must be drawn to the impacts that climate changes cause in the communities which cultivate ancestral behavior, and, as a consequence, the migratory option may lead to the extinction of these groups. Following that line of thought, we present the Inuits x USA case to show in which way IACHR can be a powerful tool in reducing the emissions of global warming gases which specially attack the most vulnerable.

Key-words: Transconstitucionalism. Human Rights Climate. Circular Hermeneutics. Otherness. Dialogues.Cooperation.

LISTA DE ABREVIATURA

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AGU - Advocacia-Geral da União

art. - Artigo

CADH - Convenção Americana dos Direitos Humanos

CEDH - Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem

CELE - Comércio Europeu de Licenças de Emissão

CIDH - Corte Interamericana dos Direitos Humanos

CFC - Cloro-Flúor-Carbono

CO₂ - Gás Carbônico

CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente

COP - Conferência das Partes

CRFB - Constituição da República da Federativa do Brasil de 1988

CRP - Constituição da República Portuguesa de 1976

EUA - Estados Unidos da América

IPCC - *Intergovernmental Panel on Climate Change* (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas)

MDIC - Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul

NATO - *North Atlantic Treaty Organization* (Organização do Tratado do Atlântico Norte)

OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OMC - Organização Mundial de Comércio

OMM - Organização Meteorológica Mundial

ONU - Organização das Nações Unidas

PMNC - Política Nacional sobre Mudança do Clima

PNUMA - Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente

SEATO - *The Southeast Asia Treaty Organization* (Organização do Tratado do Sudeste Asiático)

SECEX - Secretaria de Comércio Exterior

STF - Superior Tribunal Federal

TC - Tribunal Constitucional Português

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TJCE - Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I: DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO	12
1.1 Os Movimentos Constitucionalistas emblemáticos e seus impactos na construção das constituições "transversais"	12
1.1.1. O constitucionalismo na Inglaterra: um modelo em permanente re (construção)	14
1.1.2 A liberdade e a igualdade norte - americana	18
1.1.3 O revolucionário constitucionalismo francês	22
1.2 Constituições transversais para além dos Estados	26
1.2.1 Um ataque à soberania?	26
1.3 O Transconstitucionalismo	33
1.3.1 Um reflexo do neoconstitucionalismo?	33
1.3.2 Dialética entre instâncias multiníveis e a evolução dos direitos humanos (ou fundamentais?)	38
CAPÍTULO II: CLIMA: UM DIREITO GLOBAL[...]	44
2.1 [...] Humano e um dever fundamental	44
2.2 "Principiologia" para aplicação do direito climático	51
2.2.1 Precaução é palavra de ordem!	51
2.2.2 Princípio do poluidor-pagador: qual o custo das "externalidades" ? ..	55
2.2.3 Cooperação: pressuposto de um direito global	61
2.2.4 Diálogo e "comunidade cosmopolita"	65
CAPÍTULO III: TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO DE TRATAMENTO DO DIREITO DO CLIMA	68
3.1 Direitos humanos no centro do transconstitucionalismo	68
3.1.1 Perspectivas de efetivação	68
3.2 Os perigos do método	75
3.2.1 Constitucionalismo em cheque?	75
3.2.2 Justiça ou insegurança jurídica?	79
3.3 Transconstitucionalismo: método de tratamento do direito humano do clima	83
3.3.1 Caso EUA <i>versus Inuits</i> : "impunidade climática"?	86
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	91

INTRODUÇÃO

Urge em uma sociedade com problemas globais, implementar bitolas jurídicas que auxiliem na satisfação de justiça de "casos difíceis" não alcançados pelo ordenamento jurídico normativo, propondo ao Direito o papel de "motor" do progresso social e, também, meio através do qual os seres humanos possam pleitear e obter de forma satisfatória o seu bem-estar e a sua sobrevivência digna.

Vê-se a partir do transconstitucionalismo uma necessidade de intervenção de Cortes Internacionais para contribuir com a efetivação de diretrizes que impõem limites de emissão de gases poluentes, colaborando com que os preceitos de desenvolvimento sustentável insito nas constituições e em ordenamentos internacionais sejam concretizados, transformando o paradigma em realidade.

Para detectar as viabilidades do método (transconstitucionalismo) e, por conseguinte, a efetividade do objeto (direito humano do clima) é necessário demonstrar as necessidades que levaram ao clamor pela abertura cognitiva das constituições, viabilizando o diálogo e o entrelaçamento entre normas multiníveis, resultado de uma sociedade plural e global, onde as comunicações são vitais. Ou seja, a ploriferação de cartas que preveem direitos fundamentais e humanos, ou materialmente constitucionais, incapacitaram as Constituições, impondo a urgência de rever a rigidez das identidades e, por conseguinte a segurança jurídica, sobrelevando o ideal de justiça no caso concreto que, sem dúvidas, é princípio jurídico irrefutável e imponderável.

Para justificar o método, Marcelo Neves a partir da Teoria de Interação de Sistemas Autônomos de Niklas Luhmann, demonstra de que modo as estruturas podem interagir para autoconstruírem-se e não autobloquearem-se. Nas perspectivas do presente trabalho serão entrelaçados a política (poder/não poder), o direito (lícito/ilícito) e a ciência (saber/não saber). Uma vez corrompido algum desses códigos binários haverá a "desdiferenciação" do sistema e, portanto, a destruição do mesmo. Logo, se cada estrutura funcionar de acordo com o seu código, haverá a construção e a reconstrução de um

sistema que estará sempre em processo de dissenso, necessitando de reações eficazes para não haver a "estabilização de expectativas".

Desta forma, o transconstitucionalismo surgiu como método que busca solucionar problemas constitucionais comuns a vários ordenamentos, concretizando direitos materialmente constitucionais, por vezes não constitucionalizados, que interferem diretamente no modo de vida da população, podendo levar ao desaparecimento de comunidades inteiras. Partindo dessa proposta, encontra-se o direito humano do clima que visa tutelar a situação humana no século XXI, realizando a urgente adequação do homem à "revolução da natureza"¹, que consiste no prognóstico equivocado do que vem a ser a natureza em si, pressupondo, portanto, um redimensionamento da ontologia humana e, conseqüentemente, na ontologia jurídica. Por isso, Ernesto Von Perbogh advoga no sentido de que, há, atualmente, uma segunda "Revolução Copernicana", onde o homem é colocado em justa posição ao meio ambiente.²

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem combatendo a forma como a qual a política e a economia enxergam as comunidades indígenas e, para preservar a sua cultura, a sua propriedade e aos os seus modos ancestrais de sobrevivência. Aproveita-se este momento para reafirmar a importância da CIDH no combate as mudanças climáticas que, sobretudo, ataca os mais vulneráveis e que, por conseguinte, retiram da natureza os seus artefatos de sobrevivência.

Deste modo, é oportuno e estratégico o tema, pois há, atualmente, uma obrigatoriedade de se reverem dogmas jurídicos que não se coadunam ao ordenamento jurídico multinível e, também, é forçoso aumentar a capacidade do Direito de dar respostas aos direitos de terceira geração, "frágeis" e carentes de proteção, pois está em cheque a sobrevivência do homem e ao seu bem-estar.

Portanto, a relevância do presente trabalho se perfaz, através da aplicação do método (transconstitucionalismo) ao objeto (direito humano do

¹ MAGALHÃES, Paulo. **Condomínio terra: das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do planeta**. Coimbra: Almedina, 2007, pg. 11

² PERBOGH, Ernesto Von. **Redes: o despertar da consciência planetária**. São Paulo: DVS Editora, 2013, pg. 64

clima), partindo da necessidade de um perfil "aberto" das Constituições, disposto a fazer justiça material e não meramente formal, salvaguardando a existência digna na atual conjuntura planetária.

CAPÍTULO I

DO CONSTITUCIONALISMO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

1.1 Os Movimentos Constitucionalistas emblemáticos e seus impactos na construção das constituições "transversais"

A partir das experiências históricas e movimentos revolucionários ocorridos no século XVIII, a semântica constitucional³ ganhou destaque no plano estrutural e, portanto, possibilitou o entrelaçamento entre os sistemas jurídico e político. Diante da aquisição de conhecimento que adveio por meio de conflitos de ideias e interesses levaram a necessidade de complementação (Estado de Direito e Direitos Fundamentais com a Democracia) e de criação de filtros de tensões (o poder de declarar a inconstitucionalidade de leis e a ruptura com o Poder Constituinte) entre política e direito, culminando na criação de Constituições que desenvolveram procedimentos, de modo a conferir racionalidade jurídica (procedimentos judiciais) e racionalidade política (procedimentos administrativos, legislativos-parlamentares, eleitorais e democráticos diretos). Desta forma, ainda que sejam apresentadas por meio de contraposições filosóficas e empíricas, o pressuposto para construção de uma sociedade moderna e o oferecimento de parâmetros para a evolução da era contemporânea é o acoplamento estrutural entre política e direito, bem como a diferenciação funcional entre ambos os institutos, assegurando valores democráticos, de igualdade e de justiça em "pontes de transição", proporcionada pela Constituição⁴.

Nesse contexto, de dialética e de troca de experiências entre política e direito consolidam as constituições transversais, por meio do qual alcança-se a legitimação política do direito e a legitimação jurídica da política. Em outras

³Marcelo Neves afirma que o conceito de constituição determina que "o termo "Constituição" caracteriza-se sincronicamente pela plurivocidade e diacronicamente pelas mutações de significados". Afirma ainda o autor que, embora haja uma pluralidade de conceitos, "eles são susceptíveis se ser classificados em quatro tendências fundamentais, que podem designar-se respectivamente através das palavras-chave "sociológica", "jurídico-normativa", "ideal" e "cultural-dialética"." NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 2^oed, São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, Pg. 55

⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 1^aed., São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013, Pg. 54

palavras, as finalidades de interação dos sistemas em comento acarreta a "consistência jurídica e a adequação política do direito e por conseguinte a consistência política e a adequação jurídica da política". Enfim, o resultado do constitucionalismo foi a separação entre Poder e Lei, determinando núcleos intangíveis, que só poderão ser alterados mediante ruptura com o Poder Constituinte para reconstrução de um novo acoplamento estrutural entre Política e Direito.

Ressalta-se, todavia, que o constitucionalismo vivenciou fases e modelos distintos⁵, cada qual com as suas características e peculiaridades designadas por atores e variáveis sociais, econômicos, culturais e religiosas que vigoravam em tempos e lugares dessemelhantes. Com várias acepções, a designação unívoca, portanto, do movimento em tela, de cunho garantista, teórico e ideológico, é tarefa árdua para os doutrinadores. Sabe-se, porém, que suas perspectivas deram ensejo às limitações da atuação estatal, por meio da desconcentração e da divisão orgânico-funcional dos poderes, bem como aos direitos e garantias individuais. Além de que, inaugurou a era das Constituições Escritas, dotando o sistema normativo de clareza, publicidade e segurança,⁶ cujo substrato material (estabelecimento de poderes supremos, distribuição de competência, a transmissão e o exercício de autoridade, a formulação de direitos e garantias individuais e sociais) deu azo à sistematização do Direito Constitucional, pilar das disciplinas que compõem a ciência jurídica contemporânea⁷.

Ademais, o paradigma do Estado Constitucional foi uma construção da sociedade moderna que procurou - com alguma carência de efetividade - ser a solução para atribuir coercitividade aos direitos e garantias fundamentais, limitar e controlar o poder estatal, além de que atribuir maior eficiência organizacional. Fruto, preponderantemente, da inquietude da sociedade

⁵J.J.Canotilho afirma que o Constitucionalismo traz consigo uma relevante carga axiológica e se consubstancia como uma teoria normativa da política. Por isso, tem as características próprias de cada "coração nacional", mas apresentam pontos em comum entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª, ed., Coimbra: Ed. Almedina., 2011, Pg. 107 à 117.

⁶ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. Cit 2011. Pg. 107.

⁷ J.J Canotilho afirma que antes de adentrar nos estudos sobre a sistemática do Direito Constitucional "impõe-se uma reflexão em torno dos ciclos longos e dos movimentos fractais da ideia constitucional". CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª, ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2011, Pg. 51.

inglesa, francesa e americana, as premissas constitucionalistas foram disseminadas mundo afora. Urge, portanto, observar o destaque que dois (2) princípios adquirem durante o processo de solidificação do constitucionalismo que são: a legalidade e a legitimidade. O primeiro é a finalidade desejada na transição de um poder despótico, cujos poderes concentravam-se nas "mãos" dos homens, para estabelecer um poder do povo, dado objetivamente por lei e dotado de segurança e previsibilidade. Ao tratar de legitimidade nos deparamos com a necessidade de consensualidade, ou seja, com o mínimo de validade social. Entretanto, pode-se afirmar que ambos se complementam⁸. Tal afirmativa, pode ser verificada quando comprovamos que um dado ordenamento jurídico tem que ter o mínimo de aceitação social, caso contrário haverá a necessidade de repensar o sistema.

A seguir, faz-se uma passagem descritiva acerca da evolução do constitucionalismo, a partir de uma análise empírica e cultural que se inicia no século XIII e influencia de forma categórica e direta a consolidação dos Estados Constitucionais, bem como a sedimentação de uma dogmática jurídica⁹, construída mediante teses e antíteses que surgiram ao longo dos séculos.

1.1.1. O constitucionalismo na Inglaterra: um modelo em permanente re (construção)¹⁰

O modelo constitucional inglês é marcado por frequentes reconstruções pelo que pode ser observado na configuração institucional do Poder Judiciário, como Poder independente da atuação do Parlamento. Tal fato pode ser observado no episódio remanescente de 2005, quando foi aprovado o *Constitutional Reform Act*, no qual o Poder Judiciário foi reorganizado,

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 3ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, Pg. 28.

⁹ A dogmática jurídica confere ao mundo jurídico: identidade, diferenciando-o de outros subsistemas; estabilidade social: as pessoas acreditam que as decisões realmente eliminam conflitos, camuflando as suas próprias características arbitrárias; ideologia, uma vez que todo discurso dogmático segue uma ideologia, "buscando, com efeito a crença, e não o conhecimento neutral de seus postulados" e valor, "a que a dogmática apela com o intuito de provocar determinadas reações na conduta dos indivíduos" ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. 5ªed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, Pg. 174 à 180.

¹⁰SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ªed., São Paulo: RT, 2014, Pg. 47.

mediante nova divisão entre o Poder Judiciário e o Parlamento, bem como a transferência das funções judiciais da Câmara dos Lordes para uma nova Suprema Corte instalada em outubro de 2008¹¹. Muito embora siga, até os dias atuais, um perfil constitucional histórico, consuetudinário e material, destoando de paradigmas constitucionais escritos, formais e hierárquicos, bem como a ausência da supremacia das normas constitucionais, a inexistência de um Poder Constituinte originário ou derivado, nos leva a concluir que não há como configurar o corpo normativo inglês como uma constituição transversal que acopla política e direito de forma complementar e reguladora de tensões recíprocas. Tais tensões, travadas no campo do controle de constitucionalidade, não pode ser observadas no sistema constitucional inglês, pois esse apregoa a supremacia do parlamento, conceito basilar da democracia de Westminster, cuja máxima é não haver lei superior à vontade do Parlamento¹². Ressalta-se, todavia, as reformulações jurídico-político fruto da inquietude e das exigências sociais na Inglaterra, que por sua vez, vem sendo realizadas. Fato esse que pode-se comprovar, quando em 1998 o Parlamento inglês incorporou ao ordenamento interno a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) por meio do *Human Rights Act*, servindo de parâmetro para aplicação, pelo Poder Judiciário, da legislação ordinária.¹³

Porém, a história do constitucionalismo inglês alicerçou as constituições transversais e, por isso, suas conquistas são dignas de nota. Verifica-se que, na Inglaterra o constitucionalismo instalou-se de forma evolutiva e não de forma, tipicamente, revolucionária, como ocorreu na França e nos Estados

¹¹ ROBERTO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit 2014, Pg. 32 à 36.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ªed., São Paulo: RT, 2014, Pg. 47.

¹³ O Comitê de Apelação da Câmara dos Lordes declarou incompatível com o Human Rights Act, o tratamento dado pela Lei Antiterrorista inglesa de 2001 que, sob o argumento antiterrorista, limitava, sobremaneira a liberdade. Em comentário ao art. 44 do regulamento citado, o penalista Luís Flávio Gomes afirma que o Direito Penal do inimigo não pode prosperar e assevera que " a liberdade humana é um dos valores mais importantes. A prisão de qualquer pessoa, dessa forma, está cercada de inúmeras garantias, principalmente quando decretada antes da condenação final. Recorde-se que todo réu é presumido inocente, até que a condenação penal se torne firme e definitiva (até que transite em julgado). Ninguém, de outro lado, pode ser detido por tempo indeterminado. Todo réu tem direito de ser julgado em prazo razoável (sem demora injustificada)." GOMES, Luis Flávio. **Legislação inglesa antiterror não vale**. Visualizado em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795%7D_terrorismo-luiz-flavio.pdf. Acessado em: 15/06/2014

Unidos¹⁴. O período que se inicia no século XIII e perdura até o século XVIII é denominado de fase pré-constitucional, porém alguns artefatos produzidos ao longo desses séculos, tiveram repercussões relevantes para formatação do constitucionalismo. Pode-se destacar, todavia, a promulgação da Magna Carta de 1215, quando se vivenciava a monarquia na Inglaterra, cujo pressuposto era resguardar os "direitos feudais dos barões, relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosa"¹⁵, como o início simbólico da era constitucionalista. Tal fato se deu, pois as instituições feudais da época desenvolveram a força política dos barões e, por isso, impuseram ao rei João Sem Terra a elaboração da Magna Carta.¹⁶ Vê-se, portanto, que a Magna Carta traz características do constitucionalismo moderno, pois prescreve a limitação de poderes e direitos das pessoas. Em seguida, levado pela dinamização das relações justificada pelo surgimento de novos atores sociais, o parlamento, ainda que, inicialmente, convocado e controlado pelo rei, começa a tomar força e a aproveitar-se da fragilidade do absolutismo inglês.

Desta forma, em 1628, o Parlamento, formado pela aristocracia, clérigos e burgueses, submeteu o rei à *Petition of Rights*, implicando redução de poderes ao rei e indicando liberdades públicas a serem observadas, como por exemplo, "o protesto contra os lançamentos de tributo sem aprovação do Parlamento, as prisões arbitrárias, o uso da lei marcial em tempos de paz e a ocupação das casas particulares de soldados." ¹⁷Diante dessa situação, o rei descontente com as medidas que levaram ao enfraquecimento do absolutismo, iniciou uma guerra civil, em meados de 1648, que culminou na instauração da República, sob o comando de Cromwell. Foi durante o curto período em que

¹⁴ J.J Canotilho ressalta em sua obra o constitucionalismo inglês foi um modelo historicista, cujas peculiaridades se diferenciam do modelo revolucionário inglês. CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. Cit. 2011, Pg. 51 à 56

¹⁵ ROBERTO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. 2014, Pg. 32 à 36

¹⁶ Luís Roberto Barroso faz referência ao simbolismo da Magna Carta e, nesse sentido, Marcelo Neves destaca os pontos positivos e negativo do caráter simbólico das Constituições. Em relação ao primeiro, o autor assinala a carência de normatividade do texto constitucional, em relação ao segundo o doutrinador refere-se ao papel político-ideológico realizado pelas constituições. Contudo, frisa o autor que "Constituições Normativas" e "Constituições Simbólicas" são mais pontos extremos de uma escala do que uma dicotomia. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Op. Cit. 2007, Pg. 95

¹⁷ ROBERTO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit. 2014, nota 30, Pg. 33

Oliver Crowell esteve no poder quando foi promulgada o que muitos consideram a primeira constituição escrita denominado *Instrument of Government*, em 1653. Porém, em virtude da sua morte, em 1658, James II retoma o poder e as práticas absolutistas voltam a vigorar, perdendo as forças em meados 1689 quando foi derrubado na Revolução Gloriosa (1688-1689), que buscou o continuísmo e não a ruptura do sistema, tomando o poder o invasor holandês Guilherme de Orange, sob o regime da supremacia do Parlamento cristalizado no *Bill of Rights*. Essa, por sua vez, previa a convocação do Parlamento para consentir a criação de leis, a instituição de tributos e assegurava a imunidade dos parlamentares para manifestar-se no Parlamento¹⁸.

Portanto, diante da construção de uma Monarquia Constitucional (ou Monarquia Parlamentarista), onde o povo detinha o poder mediato, os súditos foram erigidos, paulatinamente a condição de cidadão, as perspectivas democráticas começaram a surgir e, portanto, o ideal de pluralismo político se estruturando. Neste momento, o *Rule of Law* ganha contornos de efetividade e a teoria igualitária aristotélica¹⁹ embasa o que mais tarde, no século XVIII, vem a ser a premissa do Estado de Direito, o *check and balances*. Outrossim, com uma separação orgânico-funcional em que o poder era exercido pelo rei e pelo poder jurisdicional, a quem incumbia as funções legislativas e executiva no sistema da *common law* e sem interferências entre ambos os poderes, aliado as limitações do poder real e ao surgimento de liberdades públicas, a sociedade inglesa moderna começa a desenhar-se e ganhar características que legou o mundo.

Porém, algumas indagações são feitas em torno da criação de constituições escritas serem elementos que identificam e caracterizam os movimentos constitucionalistas. Na realidade, as constituições escritas, apenas, representam um dos pilares do constitucionalismo. Tanto é assim, que o malgrado o constitucionalismo inglês seja caracterizado pelo presença de leis

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. 2014, Pg. 44 à 51

¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2006, Capítulo I – Constitucionalismo; Título I – Teoria da Constituição, pág. 01 a 16. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

esparsas de cunho material e costumeiro, influenciou diretamente o constitucionalismo norte-americano com o ideário de liberdades públicas que alicerçaram as premissas democráticas e de justiça. Muito embora, de acordo com Paulo Bonavides²⁰, tenha sido na Inglaterra, o lugar onde foi promulgada a primeira constituição escrita como vistos linhas atrás, afirma-se, todavia, que as constituições inglesas são parcialmente costumeiras e se apoiam em um tripé: o *statute law* (leis materialmente constitucionais criadas pelo Parlamento) , o *case law* (decisões judiciais que se traduzem por interpretações e reinterpretações, leituras e releituras de normas produzidas pelo Parlamento) e o *common law* (decisões judiciais escritas que incorporam costumes vigentes à época), bem como as Convenções Constitucionais (acordos políticos não escritos de conteúdo orgânico-funcional), tornando a constituição inglesa em uma das maiores do mundo²¹.

1.1.2 A liberdade e a igualdade norte - americana

. A história norte- americana é caracterizada por ser revolucionária e audaciosa e, por conseguinte, traz em seu cerne traços marcantes de transversalidade. O fato é que, colonizados pelos ingleses, os norte-americanos iniciaram seu anseio pela independência após as imposições tributárias e restrições à atividade econômica e ao comércio. Batalhas sangrentas foram travadas, desencadeadas por uma série de atos que causaram a fúria dos ocupantes do Novo Continente²².

Fruto de rupturas e movimentos revolucionários, a Constituição norte-americana surge a partir de um Poder Constituinte Originário, que iniciou em

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ªed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, Pg. 84

²¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Constitucionalismo e interpretação**. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/2.pdf>. Acessado em 15/06/2014

²² O *stamp act* de 1765 ("a Coroa Britânica instituiu o imposto do selo incidente sobre jornais, documentos e diversos outros itens"), o Massacre de Boston (revolta decorrente das "tarifas sobre importações das colônias"), em 1770 e o Boston *Tea Party* (os ingleses "permitiram que a Companhia das Índias Ocidentais distribísse seus estoques de chá no mercado americano, causando grande prejuízo ao mercado americano."). Em 1773, e as conhecidas medidas intoleráveis, são exemplos de fatores pontuais que deram azo a organização das treze colônias face à Coroa Britânica. ²² ROBERTO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. cit., 2014, notas 47,48 e 49, Pg. 37

1774, quando foi convocado o Primeiro Congresso Continental. Destaca-se que entre 1775 à 1788, houve a criação de "plataformas" de discussões de grande relevância para o processo de independência estadunidense. Comandada por George Washington, as então colônias inglesas, foram estimuladas a adotarem uma constituição escrita, além de que formaram uma comissão para elaborar um documento que declarasse a independência. Tendo Thomas Jefferson como o principal redator, em 4 de julho de 1776 foi assinada a Declaração de Independência das antigas colônias da Inglaterra na América do Norte, que é considerado o símbolo das treze colônias americanas, ainda como Estados distintos.

Com uma série de irregularidades e destoando, sobremaneira, das intenções iniciais, em 1781 os Estados Independentes ratificaram os Artigos da Confederação, estabelecendo uma confederação formada por treze estados soberanos originados de antigas colônias. Destaca-se que foi, na Convenção da Filadélfia, quando aprovada a primeira Constituição²³ (escrita e jurídica), em setembro de 1787, e teve por conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação de Poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of the law*), como ideal de "limitação normativa do domínio político através da lei escrita"²⁴. Formou-se, portanto, uma Federação subdividida em dois âmbitos de poder, estadual e federal. Entrou em vigor em 1788, com a ratificação de dez das treze colônias, sendo a primeira Constituição Escrita que trouxe uma rol de direitos a serem tutelados, tais como: liberdades de expressão, religião, reunião e direitos ao devido processo legal e ao julgamento justo. Tal fato, ocorreu apenas em 1791, e ficou conhecido como *Bill of Rights*. Declarada a independência e iniciado o período de expansão territorial para a ocupação de terras indígenas, e as práticas escravagistas, de 1861 à 1865, iniciou-se mais um período sangrento nos

²³ A Constituição estadunidense teve por característica ser a própria "manifestação-decisão do povo", cujo escopo não era "reinventar um novo soberano onipotente, mas permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que atuassem em violação da constituição, concebida como lei superior". CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. Cit, 2011, pg. 94.

²⁴ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. cit., 2011, pg. 110

Estados Unidos. Em 1860, após Abraham Lincoln, abolicionista, ser eleito presidente estadunidense, desembocou a Guerras da Secessão, culminando na vitória dos Estados do Norte e abolida a escravidão com a promulgação da 13ª Emenda à Constituição Americana. Tal fato, de acordo com Marcelo Neves, faz alvorecer as estruturas no plano jurídico-político que irão se entrelaçar e dialogar entre si²⁵.

Outro aspecto transversal importante trazido pelo constitucionalismo dos Estados Unidos da América é o controle de constitucionalidade difuso. Marcadamente um controle ou acirramento de tensões entre o político e o jurídico, o controle difuso nasce em solo estadunidense a partir da decisão emblemática do caso *Marbury versus Madison*²⁶, cujo pressuposto é a Supremacia da Lei Fundamental, a presença da constituição escrita, a valorização da Jurisdição Constitucional e da hermenêutica apoiada em princípio e valores inseridos no texto Magno. Além de que, corrobora a essência do Poder Judiciário, guardião da Constituição, em atender à Lei Fundamental e prezar pela sua boa aplicação, pois essa, em sentido jurídico, é a norma das normas (*paramount law*)²⁷ e atribui consistência ao ordenamento. Ademais, o controle difuso ressalta a relação de complementaridade entre a política e o direito, desenvolvendo uma relação horizontal e ortogonal entre ambas as estruturas, destoando dos aspectos de subordinação e demonstrando a ambivalência da Constituição²⁸.

Ainda, em relação ao legado constitucional transversal americano, nota-se que o princípio da igualdade foi construído por meio de interpretações e reinterpretações, adaptado conforme as mutações sociais. Vale ressaltar que o princípio da igualdade, no plano jurídico, garante a consistência e a adequação social necessária para que haja racionalidade e, ainda que imperfeita e paradoxal, características das quais denotam a importância do direito, que

²⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit., 2013, Pg. 53

²⁶ De acordo com Gilmar Mendes, o *judicial review* norte americano caracteriza-se pela ruptura com a supremacia do Parlamento (modelo adotado pelos ingleses) o que provocou uma mudança de paradigma e, sobretudo, chamou atenção pela sua simplicidade, pois é dada competência ao juiz da causa aferir a constitucionalidade da lei, sendo determinante para adoção em diversos países. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, Pg. 1059

²⁷ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. Cit. 2011, pg. 58

²⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit. 2013, Pg. 58

trafega de forma comutativa com a racionalidade política do pluralismo de ideais e opiniões, provando que não só o acoplamento estrutural se forma uma constituição transversal, mas também pela vinculação de racionalidades específicas da política (democracia) e do direito (igualdade/justiça)²⁹.

Os Tribunais norte-americanos atuaram de forma relevante demarcando, efetivamente, por meio dos seus julgados, a verdadeira compreensão acerca da igualdade em determinado momento histórico. Destaca-se a frase "todos os homens nascem iguais em direito". Originária da declaração de independência norte-americana, no século XVIII, essa máxima era dirigida as pessoas do sexo masculino, brancos e protestantes. No século XIX, refletia-se a frase de forma a assegurar que homens, negros e brancos, permaneceriam "*separate, but equal*", entendimento aplicado pela Suprema Corte Americana no caso *Plessy versus Ferguson* - 1892, cujo entendimento do *justice* Hery Brown era que a lei do Estado da Lousiana não feria a igualdade, posto que, segregação racial não implica inferioridade. Tempos mais tarde, já na esteira no século XX, no cerne de muitas conquistas, floresceram a partir de movimentos sociais que carregavam em seu coro a ânsia pela igualdade. Em 1956 a Corte americana decidiu no caso *Brown versus Education* que a segregação racial referia a emenda XIV e portanto seria inconstitucional tal medida, determinando que negros e brancos teriam as mesmas oportunidades educacionais, pois o contrário resultaria efeitos psicológicos maléficos, limitando a capacidade de aprendizado. Ainda no século XX, foram reconhecidos os direitos da mulheres, inserindo a participação feminina no processo eleitoral³⁰.

. O legado americano para o constitucionalismo ocidental, foi de demasiada relevância. Com a implantação de uma constituição sintética, rígida, codificada, baseada em um "acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e construir um "governo" vinculado à Lei Fundamental"³¹, e, ainda, com a exposição de um rol de direitos fundamentais aliada a uma rica atividade hermenêutica, baseada na interpretação histórica, sistêmica e

²⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit. 2013, Pg. 58 à 61

³⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Constitucionalismo e interpretação**. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/2.pdf>. Acessado em 15/06/2014

³¹ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Op. Cit., 2011,

teleológica, auxiliando no fortalecimento da jurisdição constitucional, o constitucionalismo estadunidense deixou, sobretudo, um ideal de elasticidade e dinamicidade de constituição, dando vida ao texto Magno, em detrimento da inflação de normatividade que poderá levar ao imobilismo autoritário³². Vê-se, portanto, sinais de democracia, justiça e igualdade delineados pelo órgão central, a Suprema Corte, entrelaçando a política e o direito.

1.1.3 O revolucionário constitucionalismo francês

Em que pesem as opiniões contrárias de doutrinadores e filósofos sobre as disputas entre franceses e americanos pela dianteira no que tange aos impactos das suas conquistas sobre o constitucionalismo moderno, competitividade essa que Noberto Bobbio afirma ser um tema ritual cujas enunciações são de concepções fáticas (relação entre os dois eventos) e axiológicas (superioridade moral)³³. O fato é que a Revolução Francesa, como evento político, representou o atestado de óbito do absolutismo e do poderio do regime feudal³⁴, instituindo a hegemonia burguesa e o liberalismo estatal, além de que, a sociedade francesa ansiava por estabelecer uma nova relação entre governantes e governados. Após uma série de revoluções, a França viu-se economicamente fragilizada e, ao final no século XVIII, iniciou uma guerra sangrenta, cujo estopim foi em 14 de julho de 1789 com a Queda Bastilha, quando uma multidão foi às ruas de Paris reivindicar contra a miséria e a opressão das quais eram submetidos, aliada a recusa da nobreza em reduzir privilégios fiscais, levando a convocação dos Estados gerais. Antecipando-se aos fatos, uma vez que os votos eram tomados por Estados e havia uma aliança entre clero e nobreza, o Terceiro Estado formado pelo camponeses, burguesia e trabalhadores urbanos, autoproclamaram-se Assembleia Constituinte, iniciando uma contenda contra o absolutismo. Capitaneados pela burguesia, sedenta pelo início do Estado Liberal e pela afirmação do capitalismo, sob o lema liberdade, igualdade e fraternidade, a revolução

³² MAGALHÃES, José Luis Quadros. **Jurisdição Constitucional e Federalismo**. Disponível em > <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30439-31720-1-PB.pdf>. Acessado em 01/08/2014.

³³ BOBBIO, Noberto. **Era dos Direitos**. 7ªed., Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004, Pg. 103

³⁴ *Ibidem*, Pg. 79

promoveu a abolição do sistema feudal, promulgou o a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789³⁵ ("revolução jusfundamental do direito")³⁶ e elaborou uma nova Constituição em 1791.

A primeira fase da Revolução Francesa contribuiu, ainda que de forma semântica e idológica, para as concepções das constituições transversais. Tal fato, verifica-se no art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que expressa: "Toda sociedade em que não esteja assegurada a separação de poderes, nem os direitos e garantias individuais não tem Constituição". Logo, inaugura-se, então, uma estrutura social moderna, sendo a Constituição um artefato que cristaliza um pacto social entre vontades individuais que deverão ser respeitadas, pois do contrário, a própria declaração garante um direito secundário de resistência³⁷, que deverá ser utilizado, caso os direitos primários de segurança, propriedade e liberdade não fossem respeitados pelo Estado. Ademais, o ideia de respeito ao indivíduo quanto indivíduo e não como "animal político" amparou a definição do conceito moderno de democracia e refutou o conceito de povo, traduzido como retórico e abstrato, preterindo a denominação cidadãos, dotados de poderes para insurgir contra os arbítrios do Estado através do voto³⁸. Portanto, os valores e racionalidades específicas da política e do direito começam a ser estudados e passam por evoluções que perduram até os dias atuais.

Outra herança da Revolução Francesa são os ensinamentos do Abade Emmanuel Sieyès, iluminista do século XVIII, denominado "descobridor científico" do conceito de poder constituinte. Pressuposto para a constituição

³⁵ Ao contrário do constitucionalismo britânico, a característica universal veio a verificar com a Declaração de Direitos Norte-Americanas e com as Declarações de Direito do Homem e do Cidadão de 1789, fato que desenquadra o modelo constitucional inglês do paradigma jusnaturalista de direitos individuais. SILVA, Suzana Tavares. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011, Pg. 18

³⁶ Ibidem.

³⁷ José Carlos Buzanello afirma que "o problema do direito de resistência está na garantia de defesa da sociedade, na garantia dos direitos fundamentais, e no controle de atos públicos, bem como na manutenção do pacto constitucional por parte dos dos governantes". Acrescenta o autor que "os elementos fundamentais que indicam a presença do direito de resistência no Direito Constitucional se referem necessariamente aos valores de dignidade humana e ao regime democrático". BUZANELLO, José Carlos. **Em torno da Constituição do direito de resistência**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/917/R168-02.pdf>. Acessado em: 02/08/2014

³⁸ BOBBIO, Noberto. **Era dos Direitos**. Op. Cit, 2004, Pg. 84

escrita, o poder constituinte, expressão do princípio democrático (daí a dimensão jurídica, posto que tal princípio autoriza a elaboração de uma nova constituição), tem natureza política, extrajurídica, que se relaciona com a soberania, una e indivisível, no sentido de que é categoricamente proibido o mandato imperativo, pois todo o poder reside na Nação. Quando originário, o poder constituinte é resultado da união de "vontades" das forças determinantes e representativas da sociedade no qual surge a constituição. Com o papel de criar ou recriar uma nova ordem jurídica estatal, o poder constituinte rompe com o antigo modelo, recepcionando, quando for possível, as normas compatíveis com a nova constituição, porém, ressalta-se a desobrigação de se compatibilizar com o ordenamento antigo³⁹. De acordo com os ensinamentos de Marcelo Neves, o fechamento do sistema político se dá com o povo constitucional que é reator das decisões políticas tomadas e, por sua vez, a constituição fecha o sistema jurídico, permitindo a entrada da política quando, no caso-limite, houver, respeitados os procedimentos constitucionais, ruptura política, na forma do poder constituinte, reconstruindo um novo acoplamento estrutural entre política e direito⁴⁰.

Em fase posterior, denominada de "Era Napoleônica", a França redesignou novas características geopolíticas na Europa que, muito embora, em meio às instabilidades institucionais, liberdades públicas, a igualdade formal e a propriedade privada, se consolidaram como direitos conquistados nesta época. Após, o falecimento de Napoleão Bonaparte, em 1814, um novo ciclo constitucional se inicia, até que em 1958, dá-se início à Quinta República e com ela a institucionalização do semipresidencialismo (o Poder Executivo é compartilhado pelo Primeiro-Ministro que é chefe de governo e o Presidente que é chefe de Estado) fundado na soberania popular, separação de poderes, na declaração de direitos de 1789, complementado pelo preâmbulo da Constituição de 1946 e pelo Tratado de Maastricht, assinado em 07 de fevereiro de 1992 que disciplina a entrada da França na União Europeia. O Poder Legislativo é de natureza bicameral exercido pela Assembleia Nacional e pelo Senado, enquanto o Poder Judiciário não ganha tamanho destaque na

³⁹SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit. 2014, Pg. 100 à 103

⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit, 2013, Pg. 71

Constituição Francesa, e é formado por duas ordens de jurisdição distinta, Corte de Cassação (cúpula da jurisdição judicial).⁴¹

O controle de constitucionalidade não se perfaz nos moldes norte-americano. A Constituição francesa de 1958, permite um controle prévio e preventivo, realizado pelo Conselho Constitucional, que, pela sua competência eleitoral e de juiz constitucional, submetem a sua apreciação, as leis orgânicas e regimentos parlamentares e demais leis, desde que levadas mediante requerimento das pessoas legitimadas. Com o passar do tempo, o Conselho Constitucional ganhou forças e, atualmente, pelas modificações constitucionais, poderá manifestar-se acerca da compatibilidade de acordos internacionais com a Constituição. Mais tarde, com a promulgação da Lei de Modernização das Instituições da V República, o Conselho Constitucional se aproxima dos demais Tribunais Constitucionais Europeus e, portanto, permite a fiscalização de constitucionalidade realizada a *posteriori*.⁴²

O impactos dos movimentos constitucionalistas foram sofridos por todo o mundo, principalmente no eixo ocidente. Porém, cumpre ressaltar que poucas foram as constituições do globo terrestre que alcançaram um nível satisfatório de estabilidade política. Fragmentado e descentralizado, o poder estatal se consubstancia disperso, impedindo que o direito atue como bloqueador de fatores destrutivos e, por fim, aniquila qualquer tipo de possibilidade de complementaridade e de filtragem de tensões por parte das constituições. Sem mecanismos de controle e "pontes de transições", artefato que possibilite a interação entre política e direito, não há como alcançar um Estado igualitário e democrático preparado para interagir com um ambiente extra-societário.

Todavia, em uma sociedade globalizada e em permanente processo de formação, novos problemas surgem que, portanto, requerem novas soluções, dos quais fogem da capacidade dos Estados resolverem de forma isolada. Assevera-se que, cabe ao direito encontrar meios que direcionem as devidas respostas por meio da regulação de processos sociais globalizados.

⁴¹ ROBERTO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit., 2014, Pg. 52

⁴² ROBERTO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Op. Cit., 2014, nota 30, Pg. 53 à 55

1.2 Constituições transversais para além dos Estados

1.2.1 Um ataque à soberania?

O conceito de soberania trazido pela era moderna se vincula a noção de Estado que, de acordo com Dalmo Dallari, pode ser definido como "a ordem jurídica soberana, que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território."⁴³ Diante dessa afirmativa, extrai-se que o Estado, delimitado por meios naturais ou artificiais e governado por lei, mediante um poder " não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente", é composto pelo povo (substrato humano), reator e, portanto, responsável pela manifestação da opinião pública sem a qual a democracia não sobrevive⁴⁴. Acrescenta-se que soberania e poder constituinte são duas faces de uma mesma moeda, ao ponto de ser entendido como "soberania constituinte do povo"⁴⁵. Possuem como características, a autonomia e exclusividade, pois não se concebe a coexistência de duas soberanias em uma mesmo território. É superior e, juridicamente, ilimitado e incondicionado, sendo, portanto, hierarquicamente, mais súpereo do que os demais poderes e em relação à ordem jurídica interna. Alerta-se, por sua vez, que o poder constituinte como evento político, como já afirmado linhas atrás, tem força material, social e eminente (sob o manto do formalismo jurídico), porém não tem características com natureza absoluta⁴⁶.

Ainda no século XVIII, o Abade Sieyès afirmava que o poder constituinte era condicionado e limitado pelos direitos naturais⁴⁷, teoria divina do Direito que

⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1972, Pg.104

⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. Op. Cit., 1998, Pg. 6 à 11

⁴⁵ Neste sentido, Carlos Ayres de Brito enfatiza que "o poder constituinte é o criador da constituição porque, ele sendo a primeira manifestação de soberania, é o próprio povo. BRITO, Carlos Ayres. Obra: **Teoria da Constituição**. Cap.II - A lógica própria do poder constituinte e a do poder constituído, págs. 31 a 54. Itens 2.1. A natureza política do poder constituinte; 2.2. O caráter político do direito posto pelo poder constituinte. Ed. Forense, 2003. Rio de Janeiro. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional –Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit., 2014, Pg. 104 à 106

⁴⁷ Entendia o Abade que " de acordo com que critérios, com que interesses se teria dado uma Constituição à própria nação. A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo.Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural".

surgiu desde o período de Aristóteles e Platão, sendo colocado como instância superior ao direito positivo regulador das relações sociais, o que tornava o poder constituinte como a cristalização da onipotência. Porém, de acordo com J.J. Canotilho, os atributos divinos de poder de constituir (potestas constituens), do poder de editar normas (norma normans) e do poder de criação a partir do nada (creation ex nibilo) é rejeitado pela doutrina atual. O autor assegura que, para o poder constituinte ser legítimo, se faz mister que seja contabilizado a "vontade do povo" (titular do poder), além dos princípios da justiça (racionalidade específica do direito) e dos princípios do Direito Internacional⁴⁸. Em relação a esses últimos, Celso Ribeiro Bastos afirma que o princípio da soberania é abruptamente corroído pela ordem jurídica internacional, por meio de tratados, conferências e convenções, posto que urge enfrentar, em conjunto, problemas comuns, de natureza diversa. Portanto, inócuo o conceito de soberania como sinônimo de onipotência⁴⁹. Bráulio Junqueira traz à tona o imbróglio em torno do significado de "soberania" e reproduz passagem escrita por Jaques Maritain cujo entendimento é de que fora distorcido, pois "*principatus* (principalidade) e *suprema potesta* (poder supremo) significam, simplesmente "autoridade governamental suprema", não "soberania" como se supôs desde o momento em que essa palavra pela primeira vez apareceu no vocábulo de teoria política."⁵⁰

É nesse contexto hodierno, de Estado pós-nacional e de supralegalidade, que surge a emergência pela formação de ordem jurídica internacional, transnacional e supranacional, pondo em xeque a soberania estatal, ante a uma tendência lógica e evolutiva do direito, desafiando os cientistas e operadores jurídicos a configurar artefatos equivalentes às estruturas e elementos contidos nas Constituições Transversais do Estado

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 91-103. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

⁴⁸ CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, Pg. 71

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. Op. Cit. 1998, Pg. 27

⁵⁰ JUNQUEIRA, Bráulio. **A institucionalização política da União Europeia**. Coimbra: Ed. Almedina, 2008, Pg. 163 à 167

Constitucional. Porém, neste momento convém indagar se há, de fato, um "desfalque" na soberania dos Estados quando esses se dispõem a agrupar-se em blocos, com o fito de concretizarem objetivos comuns. Será que não é um ato de soberania a decisão pelos Estados de compor grupos que prescindem os Estados? Há, atualmente, uma real soberania no plano internacional?

Florisbal de Souza Del'Olmo enfatiza em sua obra que há latente distinção entre a soberania externa e a soberania interna. Ressalta o autor que internamente, a soberania se opera como autoridade superior do Estado sobre as pessoas e coisas que estão dispersos sob o seu território, impondo, inclusive, deveres aos nacionais e estrangeiros que se encontram dentro dos limites traçados constitucionalmente. Entretanto, no plano externo há uma paridade contrária à superioridade, cuja Carta da Organização das Nações Unidas menciona no art. 78 que as relações entre os Estados deverão ser baseadas no princípio da igualdade soberana. Oportuno assegurar que, em um contexto supranacional, por exemplo, soberania não é um termo "rival" ou incompatível, mas por necessidades convergentes os Estados integram-se estabelecendo uma relação de coordenação e cooperação entre eles. Ou seja, em tese, os regulamentos internacionais e processos integrativos não preconizam assimetrias entre Estados, mas permanecem independentes com igualdade de condições que não chegam a comprometer a sua característica soberana⁵¹.

Porém, urge observar que o conceito de soberania, como "ingrediente" indispensável aos Estados de Direito (XVIII ao XIX) e Estado Constitucional (XX), atualmente passa, mais um vez, por metamorfoses significativas, de forma que seja enquadrada na hodierna sociedade mundializada e plural. Frisa-se, no entanto, que vivenciamos um Estado Constitucional que, por sua vez são dois termos umbilicalmente ligados, de forma que o Estado é o objeto e o pressuposto da Constituição. Entretanto, um Estado Constitucional soberano interligado em rede de constituições, tal como propõe o fenômeno da interconstitucionalidade defendido por J.J. Canotilho, cuja premissa é fortalecer a "amizade" entre o pluralismo de ordenamento e de normatividade. Nesse

⁵¹ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, Pg. 95

contexto, tal fenômeno prevê "a concorrência, a convergência, a justaposição e o conflito de várias constituições e vários poderes constituintes em um mesmo espaço político", de tal forma que como assevera o autor, que as constituições saíram dos "castelos" para à "rede".⁵²

Portanto, a clássica noção de soberania "caiu por terra" diante das novas premissas globais. Instituições internacionais como a OEA, a ONU, OIT, OLP, entre outras ONG's se misturam com os Estados e políticas integradoras, como o Mercosul, a União Europeia e a Venezuela-Cuba, ganham força e prevalência no atual contexto em que a sociedade se encontra⁵³.

1.2.1.1 A internacionalidade, a supranacionalidade e a transnacionalidade

As constantes mutações acerca do conceito hodierno de soberania e a intensa necessidade de abertura das constituições ao diálogo e interações com outros textos constitucionais, em um contexto de interconstitucionalidade, é fértil o terreno onde brotam as ideias pela formação que vão desde à política interna mundial, supranacional ou transnacional até a edição de constituições internacionais, supranacionais e transnacionais. Tais concepções cruzam-se em uma série de teses e antíteses cujos temores circundam em torno da construção de algo utópico sob o ponto de vista dogmático e, sobretudo, carente de efetividade e legitimidade.

Portanto, a ideia de formar constituição supranacional global tendente à formação de uma cidadania mundial e consciência da solidariedade cosmopolita compulsória além de que um regime global de bem-estar e estabilidade mundial inclusiva, perpassa por resolução de entraves semelhantes à construção do constitucionalismo e, por conseguinte, do Estado Moderno como sinônimo de garantia de direitos fundamentais e limitação do poder⁵⁴. Ou seja, como compatibilizar política e direito e suas respectivas racionalidades específicas em um contexto global? Outra questão é lidar com uma órbita assimétrica e fragmentária em nível político, onde Direito e Poder,

⁵² CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, Pg. 1425

⁵³ JUNQUEIRA, Bráulio. **A institucionalização política da União Europeia**. Op. Cit, 2008, Pg. 164

⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit., 2013, Pg. 132 à 136

constituição e força normativa estão em descompasso. Diante do exposto, é inevitável crer que o resultado dessas questões é a opressão das grandes potências mundiais sobre os Estados frágeis, cujas expectativas "imperiais" irão sobressair de tal modo que o Direito não conseguirá neutralizar os particularismos, relegando as constituições globais ao mero simbolismo ou semanticismo⁵⁵. Acrescenta-se, ainda, que sob a retórica dos Direitos Humanos as intervenções militares são realizadas, não dispondo, contudo, de um mecanismo de controle e sistemas de sanções eficazes para conter os avanços dos "mais poderosos".

De fato, a Carta das Nações Unidas promulgada em 1945 foi o único documento mundial capaz de consenso. Neste diapasão, de acordo com Peter Haberle, a Carta das Nações Unidas e suas convenções, em especial, a convenção de Haia (1945) e de Viena (1961/1969), bem como estatutos dos Tribunais Internacionais, como o da Corte Internacional de Justiça, o do Tribunal Penal Internacional, o do Tribunal Europeu de Direitos dos Homens e o da Corte Interamericana de Direitos dos Homens, são textos de Direito Internacional, classificados como "constituições parciais". Haberle, explica que tal classificação tem por justificativa serem tratados de longa duração e materialmente (cita-se o exemplo do Direito Internacional Ambiental) similares as constituições. Acrescenta o jurista alemão que ocorre uma interligação, cujo fenômeno se assemelha à "osmose", entre "constituições parciais" nacionais e as "constituições parciais" de Direito Internacional, por meio de "*articulación de principios jurídicos, una aportación e recepción recíproca entre el Estado constitucional cooperativo y el Derecho Internacional*". O que se verifica na prática, conforme Haberle ressalta, é a relativização do binômio interno/externo e assevera que uma vez infringido o "Direito Internacional Subjetivo" (direitos sociais e liberdades fundamentais), resta-se ferido o Direito Nacional Subjetivo⁵⁶.

Porém, há uma série de medidas que devem ser tomadas, como a reformulação orgânica e institucional, distribuindo funções de forma a coadunar

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ HABERLE, Peter. **El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales**. Brasília: Revista de Direito Público do IDP, ano X, nº 54, 2013, Pg. 09 à 13

as atividades da pluralidade de órgãos, bem como criar procedimentos que culminem no "dueto" igualdade e democracia⁵⁷. Desta forma, enfatiza Haberle, há um "constitucionalismo universal", mas não uma "constituição global", nem um "sistema jurídico global" e completa o autor, frisando que há uma dinâmica de complementaridade entre Direito interno e internacional de tal modo que ambos se enriquecem mutuamente e constroem pontes para formação do "Estado constitucional cooperativo"⁵⁸.

No tocante à construção de uma supranacionalidade no plano regional há necessidades de conter o *déficit* democrático com a formação e o fortalecimento de um povo constitucional capaz de aliar racionalidade democrática e jurídica⁵⁹. Há, atualmente, dois exemplos emblemáticos de modelos supranacionais: o Mercosul e a União Europeia⁶⁰. Entre eles, realidades diferentes são encontradas, tendo em vista que, na União Europeia se verifica assimetria entre os países, porém, em nível nacional, a maioria dos países europeus conseguiram atingir um patamar de democracia e igualdade maior que os países da América do Sul que, enfrentam um duplo *déficit* democrático. O que se almeja, portanto, é a formação de uma esfera pública mais forte apta a intensificar o pluralismo e determinar os *output*, contrariando as perspectivas de unidade e homogeneidade, posto que o dissenso é alimento para que a democracia sobreviva⁶¹.

No que concerne ao processo de formação de uma Constituição da União Europeia, Alessandra Silveira afirma que a Constituição europeia, sob o ponto de vista material, já existe e cristaliza a ideia do "novo constitucionalismo", o constitucionalismo plural, que resulta do diálogo entre

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ªed. Coimbra: Ed. Almedina, 2011, Pg.

⁵⁸ HABERLE, Peter. **El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales**. Op. Cit., 2013, Pg. 09 à 13

⁵⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit., 2013, 101

⁶⁰ A denominação União Europeia foi determinada pelo art. 1º do Tratado de Lisboa que aduz: "Pelo presente Tratado, as ALTAS PARTES CONTRATANTES instituem entre si uma UNIÃO EUROPEIA, adiante designada por «União», à qual os Estados-Membros atribuem competências para atingirem os seus objectivos comuns. O presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos. A União funda-se no presente Tratado e no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (a seguir designados «os Tratados»). Estes dois Tratados têm o mesmo valor jurídico. A União substitui-se e sucede à Comunidade Europeia".

⁶¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit., 2013, 101

constituições dos Estados-membros e, sobretudo, um "constitucionalismo evolutivo", apto a substituir um constitucionalismo arcaico que se mostra incompatível com os problemas do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais. Acrescenta a autora que não há hierarquia entre as Constituições Nacionais e Constituição Europeia (tratados constitutivos), mas rege-se pelo princípio da competência. Desta forma, caso o direito da União esteja destoando do Direito Interno, o Tribunal de Justiça não invalidará a norma interna, mas sob a égide do art. 226º do Tratado Consolidado, poderá propor uma ação de incumprimento contra o Estado-Membro que deverá tomar as medidas necessárias para adequar-se ao direito da União, podendo o juiz nacional, inclusive, declarar inconstitucional a norma à luz da constituição nacional se estiver previsto o primado do direito da União. Além da ação de incumprimento, o reenvio prejudicial também instrumento para conter conflitos entre norma interna e norma da União. O reenvio prejudicial é um recurso obrigatório ao Tribunal de Justiça, pois não é de competência do juiz nacional declarar inválida a norma da União.⁶²

Ademais, Marcelo Neves destaca as Constituições Civas Transnacionais imbricada à autopsie do direito e, por sua vez, a sua emancipação de instâncias organizadas da sociedade com a política. Para esta teoria, as ordens jurídicas globais interagem com sistemas sociais mundiais por meio de uma constituição civil que atuará como uma "ponte de transição". Porém, o autor ressalta que desta forma não há condições de assegurar a igualdade jurídica e, portanto, o uso dessas constituições se consubstanciam metafórica e incompatível com os pressupostos constitucionalistas⁶³.

Verifica-se, portanto, que diante da pluralidade de ordens jurídicas cada qual com suas normas, procedimentos, dogmática e níveis (nacional, supranacional e transnacional) aliada ao surgimento de problemas cada vez mais transterritorializados, bem como ao surgimento de novos atores governamentais e não governamentais, o que deve ser descartado é o tratamento desses entraves de forma analítica. Tais atores, de acordo com Peter Haberele, são as ONG's e os Tribunais Internacionais que tornam a seara

⁶² SILVEIRA, Alessandra. **Princípios do Direito da União Europeia**. Lisboa: Quid Juris, 2009, Pg. 17 à 36

⁶³ Ibidem

constitucional pluralista e dinâmica⁶⁴. Por isso, urge discutir a concretização dos casos por meio de diálogo e da cooperação entre ordens jurídicas multicêntricas por meio de Cortes das mais variadas instâncias ou naturezas de forma que os litígios globais sejam resolvidos efetivamente, levando os Estados ao desapego as suas constituições e que essas, por sua vez, sejam instrumentos de abertura cognitiva de cunho concretizador. O intuito é que os diferentes ordenamentos normativos não se autobloqueiem, nem heterobloqueiem outras normas, tendo em vista a solução de casos jurídicos, pois a fertilização constitucional atual é incompatível com o autismo jurídico e, por conseguinte, pleiteia pelo dinamismo não provocado tão somente pelo conflito de normas, mas também pela hermenêutica importada, cuja autoridade persuasiva de uma norma estrangeira, auxilia na formação de normas concretas cosmopolitas⁶⁵.

Chega-se, então, ao método transconstitucionalista que visa, sobretudo, sanar os "pontos cegos" da norma por meio da alteridade, da construção do conhecimento e "conversação" adequando-se, portanto, ao multacentrismo de uma sociedade mundializada.

1.3 O Transconstitucionalismo

1.3.1 Um reflexo do neoconstitucionalismo?

Os movimentos constitucionalistas acima descritos ergueram, entre os séculos XVIII e XIX, o Estado Liberal também conhecido como Estado Constitucional, período de prosperidade econômica e intensa transformação tecnológica dos meios de produção, marcado pelo absentismo estatal e pela defesa de liberdades individuais, propriedade e da igualdade. Nos dizeres de Paulo Bonavides, o apogeu das Constituições se deu no dealbar do Estado Liberal, momento em que se verifica as correntes positivistas sobrelevando-se em relação aos jusnaturalistas⁶⁶. Essa afirmativa nos remete as lições de

⁶⁴ HABERLE, Peter. **El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales**. Op. Cit., 2013, Pg. 09 à 13

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ªed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, Pg. 125

Noberto Bobbio que ao descrever uma abordagem avaliativa do direito, cujas premissas corroboram com a objetividade das ciências exatas, voltadas a informar a realidade e os fatos, o que diferencia de um direito ideal, dotado de paixões, ideologias e subjetivismos. Ou seja, o referido autor ensina que o formalismo jurídico se distancia de conceitos teleológicos, deontológicos ou justificativos, aproximando, nesse sentido, o positivismo à Escola Realista do Direito que dispensa a eficácia da norma, mas valoriza a validade destas cujo pressuposto é ser emanada pela autoridade competente, dotada de abstração e generalidade⁶⁷. Tal entendimento, encontra-se amparado pelos ensinamentos de Hans Kelsen sobre a Teoria Pura do Direito, despida de socialidade racionalista, de justiça e, portanto, denominada anti-ideológica⁶⁸.

Contudo, em virtude de uma série de crises econômicas e movimentos sociais de cunho reivindicatório, o liberalismo clássico restou-se insustentável e o seu formalismo teve de ser quebrantado, posto que o Estado, antes considerado sob a máxima "quanto menos melhor", viu-se tendo que intervir na educação, na saúde, no trabalho, tornando complexa e burocrática a sua atividade. Tal fato pode ser observado com maior ênfase e magnitude com o fim da segunda guerra mundial quando eleva-se, de forma relevante, o número de garantias a serem asseguradas pelo Estado, principalmente as provenientes de instrumentos e atores internacionais. Portanto, o legicentrismo jurídico se tornou inócuo frente as novas necessidades e, portanto, se averbera a imprescindibilidade de sanar a carência de juridicidade da Constituição e a urgência de adequá-la à realidade⁶⁹.

Diante desse contexto, surge o neoconstitucionalismo, cujo teor o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar, mas tão somente apontar aspectos convergentes com a teoria transconstitucionalista, como superação do positivismo jurídico clássico, abrindo portas à moral, empregando uma nova

⁶⁷ BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1999, Pg. 135 à 144

⁶⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Op. Cit., 2011, Pg. 81

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In NOVELINO, Marcelo. *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 31/68. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993, acesso em 28/05/2011. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG

roupagem ao Poder Judiciário como guardião da Constituição. Neste desiderato, verifica-se a constitucionalização da ordem jurídica, atribuindo às Constituições ao pluralismo axiológico e, portanto, dotando as Leis Fundamentais de contornos humanistas. As perspectivas neoconstitucionalistas contextualizam um fenômeno da contemporaneidade cujos pressupostos são capazes de unir premissas jusnaturalistas e positivistas, sem no entanto encerrar os entraves existente entre eles, mas na intenção de como afirma Daniel Sarmento citando Hebert Hart, trata-se de um positivismo inclusivo onde norma de conteúdo moral, que, por sua vez, ganha imperatividade. Para isso, as novas Constituições Europeias foram editadas de forma mais robusta, com uma variedades de temas o que deu azo a interpretações extensivas, teoria da argumentação jurídica e técnicas de ponderação para chegar a um resultado razoável. Tal resultado ficou nas "mãos" do Poder Judiciário, cujo ofício se tornou bem mais complexo e polêmico, pois uma das maiores críticas ao neoconstitucionalismo parte da demasiada força que adquiriu o Poder Judiciário, denominado de ativismo judicial. Cabe a ele, decidir "casos difíceis" com base na racionalidade jurídica e não somente aplicar a subsunção, mas criar norma no caso concreto, defendendo, sobretudo, os valores constitucionais⁷⁰.

Portanto, a moderna dogmática jurídica adotada em várias partes do mundo, ensejou o objetivismo valorativo que pode ser visualizado em alguns julgados emblemáticos. O caso Luth, cuja decisão foi prolatada pelo Tribunal Constitucional Alemão é a consagração explícita da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Denominada de "celebridade internacional"⁷¹, o conflito

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Em artigo recente, o Desembargador Névilton Guedes do TRF da 1ª Região relatou o impacto que o Caso Luth tem na jurisprudência mundial, reconhecido, inclusive, por juristas alemães. Afirma o autor, que durante as comemorações dos 50 anos do Tribunal Alemão, "Dieter Grimm, consagrado jurista e professor alemão, hoje internacionalmente reconhecido, tendo ele mesmo sido juiz no *Bundesverfassungsgericht*, em artigo comemorativo aos 50 anos do Tribunal Constitucional de seu país, no periódico *Die Zeit* (40/2001, *Politik*), com o título "A carreira de um chamado ao boicote" (*Die Karriere eines Boykottaufrufs*), bem avalia a importância dessa decisão, considerando-a a mais importante já proferida pela Corte alemã. Em sugestiva análise, afirma o grande jurista que a *ponderação de bens, a proporcionalidade, a irradiação dos direitos fundamentais sobre o direito ordinário e o dever de proteção que decorrem dos direitos fundamentais*, a partir dessa decisão, tornaram-se "artigos de exportação" do Direito Constitucional alemão, oferecendo ainda justificativa para a estima que se costuma dedicar àquele Tribunal Constitucional." <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>

em tela foi julgado em 1958 em sede de recurso contra decisão da Justiça Estadual de Hamburgo que havia firmado entendimento com base no Código Civil alemão que emana regras sobre a moral e os bons costumes. Erich Luth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, não tinha legitimidade para boicotar o filme do produtor Veit Harlam, compreensão esta afastada pelo Tribunal Constitucional sob o argumento de que o direito fundamental à liberdade de opinião prevalecia sobre o direito ordinário. Na histórica decisão, o Tribunal, baseando-se na Lei Fundamental de Bonn de 1949, declarou que "a finalidade primária dos direitos fundamentais é salvaguardar as liberdades individuais contra as interferências das autoridades públicas", além de que, contrariando as perspectivas do positivismo jurídico, afirmou na ocasião que a "Lei Fundamental de Bonn não é um documento axiologicamente neutro", que "estabelece uma ordem de valores" e, por isso, "deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado". Ademais, a decisão em comento preconiza que os demais estatutos devem obedecer o "sistema de valores dos direitos fundamentais", de forma a harmonizar-se com os dogmas valorativos⁷². Neste diapasão, extrai-se que os direitos fundamentais não se consubstanciam apenas como direitos oponíveis em face ao Estado, conquista dos movimentos sociais na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, mas também como cerne, positivado, do ordenamento jurídico e, portanto, artefato do labor hermenêutico cujos pressupostos devem ser analisados pelas esferas públicas e privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), sob pena de incorrer numa inconstitucionalidade. Frisa-se, contudo, que pela dimensão objetiva dos direitos humanos justificam restrições em prol da liberdade social em detrimento da liberdade anárquica, desde que tais restrições respeitem o núcleo essencial e intangível dos direitos e o princípio da proporcionalidade, ou

⁷² SARMENTO, Daniel. **A Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria.** In Sampaio, José Adércio Leite (coord.) *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.* Belo Horizonte, Ed. Del Rey, Ano 2003, págs. 251 á 314 - " Material da 1ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera- UNIDERP | REDE LFG.

ponderação de bens. Tal premissa leva em consideração o indivíduo posto em sociedade, homem enraizado e situado⁷³.

A sistemática humanística alemã ultrapassou as fronteiras europeias e impacta até hoje as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. A multifacetária objetividade dos direitos fundamentais foi recepcionada no Brasil, sob a égide da Constituição de 1988, e encarada como um reforço de juridicidade. Porém, tal teoria não surte qualquer efeito se ausentes a supremacia normativa da Constituição e o controle de constitucionalidade, gerando o fenômeno da constitucionalização do direito, adentrando, inclusive em esferas particulares. Afora, de acordo com a obra de Ingo Sarlet, as dimensões objetivas e subjetivas convergem a formatação de procedimentos e organizações, sem as quais a proteção desses direitos tornam-se insuficientes⁷⁴. O Ministro Gilmar Mendes ao apreciar o RE 201.819/RJ relatou que " a autonomia da vontade não confere aos particulares [...] o poder de transigir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa, também se impõem, aos particulares no ramo das relações privadas [...]". No presente caso o Ministro afirma que a exclusão do sócio sem ser concedida as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, fere em demasiado o recorrido e atinge a liberdade do exercício profissional do sócio⁷⁵. Ainda em relação à jurisprudência brasileira, o Ministro Sepúlveda Pertence ao julgar o HC 76.060-4/SC decidiu "que à luz da proporcionalidade e razoabilidade se impõe evitar afronta à dignidade pessoal" disse o ministro relator do caso, invocando a dignidade da pessoa humana para evitar que o presumido pai seja coagido a fazer o exame de DNA⁷⁶.

⁷³ Ibidem

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. OP. Clt, Pg. 262 à 265

⁷⁵ RE 201.819/RJ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. Disponível em:

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/246_Caso%20UBC%20-%20RE_201819.pdf.

Acessado em: 15/05/2014

⁷⁶ TAVARES, André Ramos. **Constituição do Brasil Integrada**. 2º ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, Pg. 03

A ideologia neoconstitucionalista auxiliou na criação dos contornos transconstitucionalistas, sob três aspectos: o protagonismo do Poder Judiciário, a valorização da hermenêutica jurídica e a razoabilidade das decisões. A nova roupagem adquirida pelo Poder Judiciário o coloca numa posição muito mais pró-ativa do que a mera "boca da lei" como nos tempos de outrora. Em que pese as correntes contrárias ao perfil criativo do Judiciário, o fato é que o caso concreto adquiriu maior pragmatismo, além de que no transconstitucionalismo os Tribunais são as já referidas "pontes de transição" e assumem um papel central na solução dos casos transfronteiros.

Outro aspecto do legado tríade neoconstitucional é a valorização da hermenêutica jurídica, fortalecida pela inserção de valores às constituições, tendo vista a harmonização e compatibilização das decisões com ordenamento jurídico, priorizando à justiça, à moral e os preceitos democráticos. Outrossim, verifica-se a "persuasão importada", ou seja, o diálogo, ainda que silencioso, entre Tribunais de países diversos. E, por fim, a razoabilidade das decisões por meio de técnicas de ponderação para solução de "casos difíceis". No plano transconstitucional, tal ponderação é realizada entre Tribunais e ordenamentos multiníveis por meio do diálogo e da cooperação.

1.3.2 Dialética entre instâncias multiníveis e a evolução dos direitos humanos (ou fundamentais?)

As constituições do pós segunda guerra mundial, em especial a Lei Fundamental de Bonn de 1949, cuja influência ultrapassou as fronteiras europeias, reproduziram valores inspirados na Declaração Universal de 1948, que *mutatis mutandis* foram adaptados e articulados a diferentes espécies de dogmática constitucional. De acordo com as lições de Ingo Sarlet, em que pese as semelhanças terminológicas entre direitos humanos e fundamentais, o fato é que os direitos fundamentais são positivados na constituição de um determinado Estado e, portanto, obedecem à limitações espaciais e temporais. Entretanto, os direitos humanos são consagrados em documentos internacionais, que aspiram validade universal e revelam caráter supranacional, internacional ou transnacional. Porém, apesar das diferenças conceituais, direitos fundamentais e humanos convergem cada vez mais,

levando à aproximação do direitos, constitucional e internacional, fenômeno que se verifica, também, de forma muito intensa, na economia, cujos aprofundamentos não serão objetivos do presente estudo. Outrossim, assevera-se a presença de Cartas supranacionais, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e a Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁷⁷

Neste diapasão, convém assinalar o monismo de Hans Kelsen, teoria que visa demonstrar a necessidade de compatibilizar direito interno e internacional, com fulcro de abordá-los como ordenamentos interdependentes de modo a estruturar um sistema unitário de normas jurídicas. Menciona o membro da Escola de Viena que "todo movimento técnico-jurídico aqui apontado tem como última tendência apagar a linha fronteira entre o direito internacional e o ordenamento jurídico estatal singular". Ainda, de acordo com a Teoria Pura do Direito, de origem kelsiana, a evolução do direito mundial dilui o dogma da soberania e relativiza o Estado, cujas premissas conduzem à centralização do ordenamento jurídico internacional e o consequente aprimoramento técnico do mesmo⁷⁸.

Unindo, por sua vez, a teoria de Kelsen com a noção sistêmica sob a análise de David Easton descrita por Paulo Bonavides, ver-se uma interface dentro do sistema político entre o meio intra-societário (coexistem o sistema biológico, psíquico, ecológico com o sistema político) e extra-societário (coexistem os sistemas situados fora das sociedades nacionais - NATO, SEATO, Nações Unidas - sistemas ecológicos internacionais, sociais e internacionais, políticos internacionais). Acrescenta-se que o sistema político de Easton é um subsistema do sistema global, aberto e passível de distúrbios e desequilíbrios provocados no meio intra e extra-societário ajustados pela dinâmica de *input* e *output*. Os *inputs* são compostos pelas demandas (exigências, reivindicações e reclamações), bem como pelos suportes (apoio e sustentação) e os *output* são as decisões, atos ou medidas produzidos pelos fluxos provenientes dos inputs, ou seja um *feedback* que realimenta os inputs,

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit, 2014, Pg.

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed., São Paulo: RT, 2011

capazes de alterá-los e, conseqüentemente, determinar novas decisões das autoridades, de mudanças ou de permanências⁷⁹.

Portanto, extrai-se que diante do unitarismo jurídico de Kelsen soma-se a interação do sistema político interno e externo de David Easton e a interpretação sistemática contemporânea das Constituições com o incremento do método axiológico-teleológico de modo que as Constituições se compatibilizem ao máximo com a realidade e, neste contexto enfatiza a característica holística do direito inserido em um sistema de normas e valores que dialogam entre si. Ressalta-se, ainda, que a Teoria Dialógica do Direito, vocifera no sentido de que o direito não é "encontrado", mas sim "descoberto" e "construído" na medida em que há inúmeras alternativas, porém será decidida via diálogo e cooperação.⁸⁰ Tal teoria não resulta em silogismo otimista ou ingênuo, mas coaduna-se com preceitos democráticos, realistas e contemporâneos face a uma ciência jurídica cosmopolita e pluralista.

O fato é que, com a criação de várias cartas de direitos fundamentais e humanos tornou-se complexa a aplicação e efetivação desses direitos. Por sua vez, as Constituições nacionais não conseguem alcançar o problema, posto que são projetos políticos cujo propósito não foi o de solucionar tensões entre ordenamentos jurídicos diferentes. Desta forma, diante da interferência da realidade extra-estadual, da interconstitucionalidade e, portanto, do constitucionalismo multinível, instrumentos corriqueiramente acionados no direito nacional como o da primazia, da subsidiariedade, da proporcionalidade e da interpretação conforme são insuficientes para equacionar os atuais entraves jurídicos.

Neste contexto, ao contrário das premissas constitucionais e neoconstitucionais, o transtitucionalismo não pressupõe hierarquias e primazias constitucionais ou normativas, combatendo, neste diapasão, o exacerbado emprego do sufixo "ismo" (constitucionalismo/neoconstitucionalismo) sob pena de desencadear o isolamento e o fechamento dos diferentes ordenamentos jurídicos, para enfim satisfazer os interesses da sociedade global. Por meio do entrelaçamento

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ªed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2000, Pg. 118 e 119

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Op. Cit., 2000, Pg. 123

hierárquico e do aprendizado recíproco entre ordens jurídicas, a teoria transconstitucional vislumbra decidir litígios transfronteiriços cujos interesses ultrapassam as fronteiras estatais. Porém, desafios são lançados e deverão ser enfrentados por meio de modelos eficientes e reais, que compatibilizem-se com os fins dos estados contemporâneos que, se antes eram conquistas territoriais e interesses nacionais o motor estatal, hodiernamente almeja-se um "Estado de direito democráticos, sociais e ambientais", no plano interno e Estados abertos e internacionalmente "amigos" e "cooperantes" no plano externo".⁸¹.

Para ilustrar o presente trabalho, traremos à baila um caso brasileiro que provocou um verdadeiro diálogo entre tribunais de diferentes instâncias e que corroboram com as perspectivas de cooperação, requisito essencial de uma sociedade mundializada para a prolação de decisões judiciais. Porém, faz-se mister asseverar que o mais importante é verificar os casos em há um *judicial dialogue*, "uma relação bidirecional e não apenas a recepção de uma jurisprudência dos tribunais mais conceituados pelos tribunais de países considerados menos paradigmáticos ou relevantes na arena global".⁸²

1.3.2.1 Caso 1: ADPF 101/2009 (combate à importação de pneus usados)

A ação de arguição de descumprimento de preceitos fundamentais (ADPF) foi, de fato, emblemática, pois foi a primeira a ter por objeto decisões judiciais e pioneira, também, no que tange à propositura pelo Chefe do Executivo Federal. Após o juízo positivo de admissibilidade formal, quanto à procedência da ação, e material, quanto a procedência dos pedidos, o Supremo Tribunal Federal julgou o processo mediante colaboração de *amicus curiae* (sociedade civil e representantes de indústria de pneus). O caso pneumático teve como pressuposto uma série de decisões em sede liminar, autorizando a importação de pneus usados para o Brasil.

Ocorre que, tais decisões contrariavam os atos normativos nacionais (portaria nº 08 do Secretaria de Comércio Exterior - SECEX - do Ministério de

⁸¹ CANOTILHO, J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. Cit 2011, Pg.. 1369

⁸²SILVA, Suzana Tavares. **Direitos Fundamentais na Arena Global**. Op. Cit., 2011, Pg. 75

Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior - MDIC -, Decreto nº 875/1993 decorrente da ratificação da Convenção da Brasília sobre Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA) que vedavam expressamente a importação de pneus usados, bem como afrontava diretamente valores constitucionalmente assegurados nos arts. 196 (direito à saúde) e 225 (direito a meio ambiente equilibrado). Em contrapartida, as decisões judiciais que permitiam as importações embasavam-se no art. 170, IV (liberdade de comércio e livre iniciativa), na resolução nº 258/99 do CONAMA que permite a importação de pneus reformados (os submetidos a recapagem, recauchutagem e remoldagem).

Ainda que assim não fosse, as contradições persistiram, pois o Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul confirmou o direito do Uruguai de exportar pneus remoldados ao Brasil e, nesse contexto, estendeu para os países integrantes do Mercosul o mesmo direito. Diante dessa decisão, o Brasil emitiu a Portaria nº 02/02 do SECEX regulamentando a importação de pneus remoldados provenientes de países do Mercosul. A União Europeia, por sua vez, verificando esse cenário de permissivos para países do Mercosul e as contradições entre leis internas e decisões judiciais acionou a Corte da Organização Mundial de Comércio que, por sua vez, cobrou o entendimento uniforme do Brasil, sob pena de ser condenado por discriminação arbitrária e restrição disfarçada ao comércio internacional.

Nesse diapasão, a Suprema Corte brasileira viu-se na obrigatoriedade de tomar uma decisão imediata e adequada a compatibilizar riscos políticos (externamente) e sanitários (internamente), pois de acordo com dados levantados à época, caso a Europa tivesse a possibilidade de importar pneumáticos para o Brasil iria provocar um desgaste ambiental sem precedentes, pois estimava-se certa de 2 à 3 bilhões de passivos, que somados aos internos e ao clima tropical brasileiro os riscos de epidemias iriam aumentar, sobremaneira. Portanto, o Brasil tomou uma decisão intermediária, visto que obedeceu a OMC no que tange à necessidade uniformização entre atos normativos internos e decisões judiciais. Porém, na esteira decisória, o

Brasil inadmitiu a importação de pneus usados por países do Mercosul, cabendo, inclusive, reclamação constitucional em casos de descumprimento⁸³.

A leitura, na íntegra, da ADPF é importante para compreensão da exata interligação entre manutenção da saúde pública e preservação ambiental. Dos memorandos enviados pelos *amicus curiae* que atuaram na causa, somado ao trabalho de coleta de dados realizados pela Advocacia Geral da União (AGU), verifica-se que houve efetiva preocupação relacionada as emissões de gases, poluidores do ar, e por conseguinte, causadores de devastação atmosférica e de doenças respiratórias graves. E, por isso, é responsabilidade dos Estados conter o manejo de resíduos tóxicos e o método de descartes dos mesmo, para inibir a liberação de gases provocadores do efeito estufa, de mudanças climáticas acarretadas por ações antrópicas, bem como os efeitos adversos dessas mutações, como por exemplo evitar a resiliência do ecossistemas naturais e manejados. Nesse sentido, a Ministra Carmem Lúcia fez referência à ineficácia do método de descarte dos resíduos pneumático através da incineração, produtora de gases tóxicos que poluem a atmosfera, causando danos à saúde humana e natural.

Nos próximos capítulos traremos o cerne do presente trabalho que será o de travar discussões acerca de métodos juridicamente adequado para o tratamento de problemas climáticos, o enquadrando como direito humano ambiental e demonstrando a importância do transconstitucionalismo e do ativismo judicial multinível para tutela deste direito que é vital para sobrevivência humana. Eis um desafio global!

⁸³ Decisão disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acessado em: 15 de Agosto de 2014

CAPÍTULO II

CLIMA: UM DIREITO GLOBAL[...]

2.1 [...] Humano e um dever fundamental

As revoluções constitucionalistas trouxeram consigo uma grande capacidade de congregação social, além de que ergueram duas "vigas-mestras" que direcionam a atividade política-jurídica até os dias atuais, são elas: a dignidade da pessoa humana e a separação de poderes. Esses foram os fundamentos dos Estados amparados nas constituições do século XX, caracterizado pela idiosincrasia pela qual, de acordo com as lições Konrad Hesse a eficácia do direito depende de fatores extrajurídicos, como a cultura e a história, que configuram a identidade ou o projeto político-jurídico-social nacional perante instâncias internacionais⁸⁴. Porém, ao final da segunda guerra mundial, instituições internacionais ganharam reforços, o que tornou as constituições insuficientes perante uma economia globalizada, colocando o constitucionalismo em uma difícil missão de ao menos manter a importância do termo constituição, demonstrando a sua capacidade de responder a desafios globais e, por fim, aproximando-se de novos valores "mundializados". Nesse sentido, insta observar o papel da mudança climática na desconfiguração dos conceitos de constituição, de estado e da sua implicação na formação de uma comunidade mundial, desenhando uma nova geopolítica que deve ser seguida pelo viés jurídico-normativo destinado a superar o provincianismo constitucional.⁸⁵

Neste diapasão, Niklas Luhmann ressalta a dissonância entre a sociedade de unidade global e o direito positivo (limitado aos limites territoriais), e prescreve a necessidade da assimilação fática do direito para adequar-se à atual "história mundial concatenada" e ao "rápido crescimento de coerências em escala mundial". Ensina o autor que a intersubjetividade universal hodierna dilui as sociedades múltiplas que mantinham apenas contatos de vizinhança

⁸⁴HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pg. 45

⁸⁵ . SILVA, Suzana Tavares. *Op Cit*, 2011, pgs. 10 à 12

em uma sociedade que atinge uma escala mundial, cujas interações devem propiciar a elasticidade das estruturas funcionais (economia, direito, cultura, comunicação, etc.) com o objetivo de adaptarem-se para solucionar problemas entrelaçados. O fato é que, o direito hermético e o nacionalismo político desconsideram e desrespeitam entraves sociais relevantes, levando a crer que desta forma, política e direito, podem se fazer presente não como estruturas que auxiliem no progresso, mas como fatores de riscos à evolução social. Portanto, o direito deverá inserir a capacidade de assimilação por meio de mecanismos cognitivos para que as soluções não sejam aleatórias, mas estratégicas, eficazes e compatíveis com as "constelações úteis" que a pós-modernidade trouxe. Além de que, o direito global não anseia por ser uma super estrutura normativa, mas clama ao Direito uma capacidade assimilativa e adaptativa de modo que selecione e estabilize as estruturas organizacionais com o fito de compatibilizar-se aos problemas "planetários".⁸⁶

No entanto, a ciência jurídica, cuja epistemologia moderna foi dada, predominantemente, pelos movimentos ocorridos entre os séculos XIII até a metade do século XX que influenciaram filósofos e doutrinadores da época, seguiu um prisma baseado no princípio da territorialidade, cujo escopo é "estabelecer limites e desenhar fronteiras no funcionamento interno da sociosfera"⁸⁷. O fato é que, o território foi objeto de guerras sangrentas, principalmente com o surgimento da agricultura e, portanto, das incansáveis lutas pelo direito de propriedade. Neste contexto, de acordo com Francisco Rezek, o território é o lugar onde se exerce com exclusividade e generalidade a competência e a jurisdição. Com exclusividade, pois "no exercício de tais competências, o Estado local não enfrenta a concorrência de qualquer outra soberania"⁸⁸ e generalidade, porque a "jurisdição significa que o Estado exerce no seu domínio territorial todas as competência de ordem legislativa, administrativa e jurisdicional"⁸⁹. Insta observar que o "princípio da

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 198, pgs. 154 à 165

⁸⁷ MAGALHÃES, Paulo. **Condomínio terra: das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do planeta**. Coimbra: Almedina, 2007, pg. 18

⁸⁸ RESEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009, pgs. 72 à 90

⁸⁹ Ibidem

territorialidade é eixo estruturador do regime internacional⁹⁰ e fundamentador da onipotência do Estado dentro dos seus, respectivos, territórios, além de que, é requisito cultural, a medida em que o indivíduo sente a necessidade biológica de ser parte de um território, e de paz social⁹¹.

Entretanto, a comunidade internacional acostumada a lidar com o princípio da descentralização e da desorganização, com base na inesgotabilidade de recursos naturais (recursos comuns), traçou o seu sistema jurídico com base no princípio da liberdade de exploração e na ausência de gestão desses recursos, até que foram surgindo entraves transfronteiriços, levando a Declaração de Estocolmo, em 1972, a proclamar um sistema de responsabilidade internacional dos Estados, onde reafirma a soberania estatal, porém com a *"obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional"*. Desta forma, percebe-se a primeira manifestação do regime internacional em regular a coexistência entre vizinhos como direitos comuns.

Tempos mais tarde, com o aumento do interesse, das técnicas e das pesquisas, cientistas descobrem os malefícios do CFC's para a camada de ozônio e as suas implicações em nível global, provocador de repercussões de forma duradoura e cumulativa, cujos danos, peregrinos, são de efeitos desastrosos e imensuráveis. Ocorre que, a medida que os estudos foram aprimorando-se, as preocupações deixaram de ser com o problema em si e passaram a se relacionar com as dificuldades em se achar soluções categóricas⁹².

Portanto, a crise climática causa um verdadeiro amálgama no direito, posto que, como ciência reguladora de problemas sociais, não pode se eximir da responsabilidade em apresentar alternativas. Diante de tantas incertezas, como agir sem se eximir ou apresentar propostas ineficientes? Contudo, enquanto o "direito pensava", as pesquisas evoluíam e resultados cada vez mais desastrosos foram apresentados. O IPCC (Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas) criados pela Organização Meteorológica Mundial

⁹⁰ Ibidem

⁹¹ MAGALHÃES, Paulo. Op. Cit, 2007, pg. 39 à 42

⁹² GUIDDENS, Nicholas. **A política da mudança climática**. São Paulo: Zahar, 2010,

(OMM) e pelo Programa das Nações Unidas (PNUMA), em 1988, cujo objetivo é de reunir dados científicos sobre condições climáticas e submetê-los a uma crítica rigorosa, em 2007 publicou um relatório, com "Alto Grau de Confiança", em que afirmou, categoricamente, o aquecimento do sistema climático. Além dessa afirmação, dita inequívoca, o IPCC anunciou algumas probabilidades, entre elas, que 90% do aquecimento é resultado de ações antrópicas, provenientes do consumo de combustíveis fósseis utilizados, preponderantemente, para produção de energia, transporte e agricultura.⁹³

Para se chegar a essa conclusão, o IPCC utilizou-se de registros de temperatura desde 1850 e captou que 11 dos anos mais quentes ocorreram nos 13 últimos anos. Afirmou, ainda, o órgão da ONU, que os efeitos do aquecimento global podem ser vistos e sentidos. Como exemplo, cita-se o aumento do número das dimensões dos lagos glaciais na Sibéria Ocidental, as alterações dos ecossistemas árticos e antárticos e a antecipação da primavera em regiões setentrionais. Frisa-se que as alterações climáticas não impactam, apenas, o meio ambiente natural, pelo contrário. O IPCC prevê implicações econômicas, como "as guerras travadas⁹⁴ em função de recursos naturais" e sociais, como "as inundações de cidades costeiras provocando miséria e migração em massa e que o mesmo pode ocorrer à medida que áreas mais secas se tornem mais áridas"⁹⁵.

Entre céticos e críticos, apocalípticos apaixonados e realistas hostis, entre pavores e sarcasmos, o fato é que, as mudanças climáticas é pauta hodierna e conteúdo de políticas públicas formuladas no mundo inteiro. Nicholas Stern coloca em choque, os dois objetivos do século: vencer a

⁹³ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Op. Cit 2010, pg. 42

⁹⁴ O caso Darfur é paradigmático no que tange à situação de guerra ocasionado pelas mudanças climáticas. Localizada a oeste do Sudão, povoada por aproximadamente 7 milhões de habitantes, Darfur traz as reais consequências que as tensões ambientais podem levar, pois a forte seca que assola a região desde a década de 80 eleva os preços dos alimentos e da água. Porém, relegados por "realistas teimosos", tais focos de guerra são tratados por meio de uma "linguagem militar" em detrimento de soluções que giram em torno de "estratégias de água". Jeffrey Sachs afirma que os tratados globalmente pactuados em benefício da segurança climática são indispensáveis à segurança global e, buscam, outrossim, o mitigar os ricos futuros, corroborando com as premissas do desenvolvimento sustentável. SACHS, Jeffrey D. **O meio ambiente revisa**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474346/noticia.htm?sequence=1>. Acessado em: 02 de Outubro de 2014

⁹⁵ GIDDENS, Anthony. Op. Cit, 2010, Pg. 40 à 42

pobreza em um mundo em desenvolvimento e combater as alterações climáticas. Mas, neste contexto, questiona-se se a solução é convencer os países em desenvolvimento a frear suas políticas econômicas em prol de mitigar as mudanças climáticas? Em caso de resposta positiva, poderia estar preferindo a saúde climática à redução da pobreza. Ou seja, são dois objetivos que devem caminhar de "mãos dadas", e não na "contra-mão". O economista, acrescenta, que não é concebível travar uma "corrida de cavalos", pois a escolha entre um ou outro acarretaria "graves dificuldade éticas e seria tão paulatinamente destrutivo que falharia como política pública". Neste sentido, o autor aponta para a necessidade de superação do "*business as usual*", para um arranjo político que eleve os padrões de vida da população, fomentando um quadro de expansão, aplicando estratégias mais sustentáveis.⁹⁶

Desta forma, repensa-se as bases da "consciência jurídica universal" para "reconceitualizar o ordenamento internacional"⁹⁷ e, por fim, incorporar a proteção ambiental como elementar para a satisfação de uma sadia qualidade de vida e fator inarredavelmente imbricado ao bem-estar da população. Insta, neste instante, asseverar a convergência entre a proteção dos direitos humanos e o direito do clima, cujo pressuposto é a adequação de valores e deveres éticos e legais que incluem a proteção do clima como núcleo das normas de direito do homem e como axioma indispensável a satisfação da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, estabelecer um elo entre proteção contra mudanças climáticas e gozo dos direitos humanos.

Nesta esteira, portanto, relega-se o excesso de positivismo para priorizar a jurisprudência, cujo labor hermenêutico evolutivo e dinâmico vem dando margem à efetivação dos acordos internacionais, fazendo convergir os diversos diplomas de direitos fundamentais e humanos⁹⁸ (destacam-se, neste contexto, os direitos federativos ou de clube - direitos fundamentais constitucionais, Convenção Europeia do Direito do Homem, Carta de Direitos Fundamentais da

⁹⁶ STERN, Nicholas. **O desafio global**. Lisboa: Esfera do Caos, 2009, Pg. 31 à 41

⁹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional e os limites da razão de estado**. Obra: A humanização do direito Internacional. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006, págs. 109a 118. Material da 7ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

⁹⁸ BARROS, Ana Sofia. **Multinacionais e deslocalização de indústrias perigosas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, pgs. 74 à 76

União Europeia)⁹⁹ tutelados, reflexivamente, quando salvaguardados o direito do clima ou outros direitos ambientais.

Neste sentido, ganha relevo o art. 8º da CEDH cujo teor visa resguardar o respeito à vida privada e familiar e, portanto, o dever de ingerência estatal na efetivação de tais direitos, no tocante à necessidade de tutela da segurança, da moral, da saúde e da liberdade. Para ilustrar esta afirmativa, de forma analógica ao direito climático, urge trazer à tona o caso *Hatton e Outros versus Reino Unido*, processo nº. 36022/97, de 08 de Julho de 2003, no qual o Tribunal de Estrasburgo, ao analisar o recurso proposto por oito residentes das proximidades do aeroporto de *Heathrow*, que demonstraram o descontentamento com o ruído de aviões em horário noturno, decorrente de uma autorização que permitiu aterrissagem que, por consequência, gerou efeitos maléficos decorrentes da alteração do sono, reforça que o "direito humano ambiental"¹⁰⁰ não pode vulnerar-se diante do poderio econômico da iniciativa privada e, por isso, traz o dever positivo e "fundamental"¹⁰¹ do Estado nas questões ambientais, e a ele (ao Estado) cumpre o ônus da prova de que os padrões utilizados pelas empresas estão de acordo com a CEDH.

Como direito global humano, o direito climático traz consigo um ideal de solidariedade, característica peculiar dos direitos de terceira dimensão. Tal solidariedade é enquadrada em uma categoria materialmente constitucional, reproduzido por vários documentos internacionais e, portanto, por se tratar de um bem difuso e coletivo, impõe condutas positivas ou negativas à coletividade e ao Estado. Ou seja, cabe ao Estado a *due diligence*¹⁰² perante as atividades da iniciativa privada e ação individual de cada um face à inação e o inexorável comprometimento da paz, da saúde, da vida e da segurança da população.

⁹⁹ TAVARES, Suzana. **Direitos fundamentais na arena global**. Op. Cit., 2011, Pg. 22

¹⁰⁰ "Environmental protection should be taken into consideration by States in acting within their margin of appreciation and by the Court in its review of that margin, but it would not be appropriate for the Court to adopt a special approach in this respect by reference to a special status of environment human rights". Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2003-VIII.pdf. Acessado em: 01 de Outubro de 2014,

¹⁰¹ O termo "fundamental" utilizado neste tópico não pretende atribuir um cariz, apenas, constitucional, mas, sobretudo, atingir o sentido semântico da palavra, ou seja, algo indispensável ou essencial.

¹⁰² BARROS, Ana Sofia. **Multinacionais e deslocalização de indústrias perigosas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012, pgs. 88 à 102

Frisa-se que as contribuições para a mitigação dos efeitos das mudanças climáticas são de responsabilidade de todos.

Portanto, há de se falar, então, em "planetização", "globalização" e "internacionalização" de problemas climáticos, pois "muitas vezes os principais prejudicados pela degradação ambiental são os países vizinhos. Cita-se, neste diapasão, o caso da Suécia. Ao estabelecer uma política de redução de emissão de CO₂, observou que só conseguiu reduzir 10% da meta inicial, tendo em vista que 85% das emissões de CO₂ eram provenientes de países vizinhos"¹⁰³. Diante desse contexto, verifica-se que não há como estabelecer metas internas e tratar o tema como um *domestic affair* para reduzir as emissões de gases causadores das mudanças climáticas, tem que haver acordos globais que prevejam uma cooperação mútua. Nesta perspectiva, portanto, o direito do clima prescreve um dever de solidariedade, cuja essência extrai-se o princípio da socialidade, ou seja, o direito-dever do cidadão socialmente situado, e cujo efeito é designado de *boomerang* na medida em que "são por, um lado direitos e, por outro lado, deveres para o respectivo titular activo"¹⁰⁴. Se fez mister, portanto, aquebrantar o individualismo do Estado Liberal para implementar o ideal de solidariedade ou fraternidade, uma das máximas da Revolução Francesa, seja como um fim altruísta, na medida em que o Estado não consegue atingir o nível máximo da onipresença, seja pelos "valores de contextualização comunitária".¹⁰⁵

Registre-se, pois, o dever de repensar a soberania, pois mantê-la é o mesmo que conservar um álibi para postergar um problema, bem como o individualismo em detrimento dos valores éticos e da solidariedade. O aquecimento global destruiu fronteiras, mostrou sua aptidão unidimensional e sua característica apátrida e, por isso, há necessidade de pactos globais dotados de juridicidade, de ratificação e cumprimento obrigatório, para que não se trate de um "direito proclamatório ou exortatório"¹⁰⁶, de meros catálogos de

¹⁰³ AMARAL, Luís Mira. **Indústria e energia: as apostas do fim do século**. Lisboa: Bertrand editora, 1997, Pg. 132 à 134

¹⁰⁴ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, pg. 239

¹⁰⁵ GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção ambiental**. Lisboa: edição digital, 2012, pg. 102

¹⁰⁶ MAGALHÃES, Paulo. Op. Cit, pg. 25

pieosas intenções ou até mesmo que sirvam, simplesmente, para sensibilizar os países, mas que se tratem de *hard law* passíveis de fiscalização e dotados de garantias que, por sua vez, atribui caráter instrumental ao direito. Para isso, faz-se necessário a fundamentalização, material e formal, do Direito do Clima que, de acordo com a sistematização de Norberto Bobbio, é enquadrado na 3ª dimensão de direitos fundamentais, com contornos de solidariedade, pois, sobretudo, tutela o direito de gerações futuras.

2.2 "Principiologia" para aplicação do direito climático

2.2.1 Precaução é palavra de ordem!

Inicialmente, insta observar que o Direito do Clima preocupa-se com a segunda geração de problemas ecológicos e visa redimensionar as formas de interações entre o homem e a natureza. Grandes entraves existem e devem ser solucionados e inicia-se pela reconstrução de abstrações jurídicas que há muito se propuseram a efetivar divisões inoportunas ao contexto atual. Ou seja, segmentar o que é uno é desativar a possibilidade de diálogo e, portanto, "ocultar interligações", cujo conhecimento é substancial para mitigar incertezas ao passo que o Direito do Clima deve permear em todas as políticas econômicas, sociais e culturais. O fato é que, a natureza real é dessemelhante da natureza pensada e, portanto, nesse contexto, o direito deverá funcionar como 'ativador primário', regulando e equilibrando os interesses entre o sistema humano e ecológico para que haja uma simbiose e que seja suficiente para dar suporte à vida¹⁰⁷.

Nesse sentido, o princípio da precaução e da prevenção, representam a "defesa da prudência ambiental e da sustentabilidade", porém diferenciam-se "pela natureza das medidas *evitatórias* que promovem". Precaução quer dizer gerar uma "responsabilidade - antecipada", fundada na ameaça de riscos sérios, e centrada nas gerações atuais e futuras. A urgência de práticas precaucionais é entendida como o anseio pela realização de justiça intergeracional (dimensão diacrônica do princípio da precaução, cuja finalidade é tutelar as gerações futuras), e de justiça intrageracional (dimensão sincrônica

¹⁰⁷ Ibidem, pgs. 9 à 14

do princípio da precaução) como ferramenta fundamental para inibir a desigualdade entre cidadãos, uma vez que são numerosos os indivíduos em situação de vulnerabilidade social, econômica, cultural e geográfica e, por isso, sofrem demasiadamente mais as consequências dos riscos sociais e ambientais¹⁰⁸. Nesse sentido, Nicholas Stern enfatiza que "as pessoas pobres são atingidas mais cedo e com mais força pelas alterações climáticas e as respostas globais podem e devem ser concebidas de maneira mais equitativa e que promovam desenvolvimento."¹⁰⁹

O princípio da precaução foi mencionado pela primeira vez na Lei Federal de Proteção Contra Emissões (Alemanha, 1974) e ganhou maior notoriedade nos anos 90, quando foi citado no princípio 15 da Declaração do Rio, aprovada em 1992 e na Convenção- Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, também em 1992. Em ambos os regulamentos frisam que *a falta de certeza científica não deveria ser usada como uma razão para adiar tais medidas (precaucionais), tendo em consideração que as políticas e medidas para lidar com as alterações climáticas deveriam ser razoáveis em termos de custos, de forma a garantir benefícios globais ao custo mais baixo possível.*

Verifica-se, contudo, a necessidade de adequar o direito para que possa haver uma compreensão do homem como parte do ambiente, posto que é inteligente moldar a organização humana aos imperativos da natureza. Nesse sentido, é forçoso asseverar que as atividades econômicas, mais precisamente as que emitem gases poluentes, devem ser orientadas, objetivamente, a melhorar a qualidade de vida das pessoas e, portanto, a verificação da constitucionalidade das justificativas que levam a realização do empreendimento devem analisadas antes mesmo da constatação da relação do seu objetivo-risco.

Outrossim, as políticas de adaptação (instrumento legal contido da Política Nacional de Mudança Climática do Brasil), de acordo com os ensinamentos de Anthony Guiddens, devem ser de natureza antecipatória e preventiva. O autor assinala para adaptação proativa (feita para o futuro)

¹⁰⁸ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da precaução: manual de instruções.**, Revista Cedoua, 2008, Pgs 9 à 51.

¹⁰⁹ STERN, Nicholas. **O desafio global.** Op. Cit, 2009, Pg. 54

relacionada ao princípio da precaução como fator preponderante para "diagnosticar vulnerabilidades e responder a elas", explorando a sua capacidade de resiliência de forma estratégica e sistemática, de modo não só a resistir a mudanças, mas de responder de forma ativa e positiva a elas¹¹⁰.

Considerado por muitos um "princípio europeu", o princípio da precaução foi acrescentado pelo Tratado de Maastricht, cujos reflexos levaram ao movimento de reforma ecológica do Direito Constitucional Europeu. Nesse diapasão, o Tribunal Europeu de Direito do Homem (TEDH), no caso *Maria Basila versus Romênia*, reconheceu o nexo de causalidade da conduta da indústria metalúrgica Sometra com o dano a saúde de Maria Basila e dos seus filhos afetados pela exposição ao dióxido de enxofre, cádmio, chumbo e outros materiais pesados e, ressaltou que caso seja verificado o dano *prima facie*, ou seja, que são evidentes os malefícios causados pela poluição ambiental, haverá inversão do ônus da prova e caberá ao Estado provar que o direito humano não foi afetado. Produtora de chumbo de e zinco, a indústria contribuiu com o aumento de 20 vezes o índice máximo permitido, poluindo o ar, o solo, a vegetação e, ao longo de mais de 40 anos de funcionamento, a empresa tomou algumas medidas preventivas, mas não suficientes para mitigar sobremaneira os efeitos das emissões. Em decisão, o TEDH reconheceu o direito humano da recorrente em desfrutar do meio ambiente equilibrado e a inação do Estado diante do caso que à luz do princípio constitucional e dúplice da precaução deverá provar a falta de mácula ao direito humano diante da presunção *iuris tantum* de que as atividades industriais não agridem o homem¹¹¹.

Ademais, Vasco Barroso Gonçalves interpreta as medidas de gestão de riscos juntamente com o princípio da precaução e salienta que dessa união brotarão políticas estratégicas, ou seja, que foquem em ações antecipadas diante das incertezas dos riscos, mediante a construção de um banco de dados que contenham informações fulcrais de modo a construir um conjunto de alternativas que previnam, adaptem ou mitiguem os riscos verossímeis ou

¹¹⁰ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Op. Cit., 2010, 114

¹¹¹ ARAGÃO, Alexandra. **Aplicação nacional do princípio da precaução**. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24581/1/Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o%20%28Alexandra%20Arag%C3%A3o%29.pdf>. Acessado em: 12 de Setembro de 2014

plausíveis. Nesse contexto, a democraticidade deverá ser observada por quem compete tomar decisões, ou seja, a governança dos riscos é imprescindível, pois estabelece a participação de técnicos e não técnicos (*inputs*) em um processo social interativo para a produção de deliberações mais eficazes, caracterizado pelo compartilhamento de informações e dotado de confiança pública. Ou seja, extrai-se portanto, que o princípio da precaução prioriza a atuação racional e planejada, anterior a manifestação do perigo, por meio da utilização da melhor tecnologia disponível.¹¹²

No tocante ao princípio da prevenção, ao contrário da precaução, trata-se de gestão de riscos visíveis e previsíveis pelo conhecimento humano. Seu objetivo, portanto, é provocar medidas que minorem ou evitem um dano concreto, ou seja, adotar práticas que controlem as fontes de poluição a partir de instrumentos legalmente previstos, tais como: estudo de impacto ambiental, as ecoauditorias, estabelecimento legal de valores-limites de poluentes, etc. No Direito brasileiro, de acordo com Celso Antônio Pacheco Fiorillo, o princípio da precaução é fruto do "eurocentrismo" e não se aplica, uma vez que a constituição não o prevê expressamente, além de que confronta com dispositivos constitucionais que priorizam o desenvolvimento e o mercado nacional e, portanto, ressalta a cautela que os operadores do direito devem ter ao fundamentar suas decisões em sistemas jurídicos "alienígenas". Do contrário, afirma o autor, o princípio da prevenção é vetor balizador do meio ambiente e, portanto, deverá observado¹¹³.

Do exposto, extrai-se que as incertezas científicas relacionadas ao aquecimento global, as mudanças climáticas e, por conseguinte, aos malefícios das ações antrópicas que potencializam os riscos naturais não podem dar margem à impunidade. As soberanias delineadas pelo direito caem por terra diante da verdadeira e única soberania que é a da natureza. Portanto, medidas preventivas e precaucionais são faces de uma mesma moeda e devem atuar conjuntamente em benefício do meio ambiente, lançando instrumentos e

¹¹² GONÇALVES, Vasco Barroso. **Princípio da precaução e gestão de riscos ambientais: contribuições e limitações de modelos econômicos.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n4/08.pdf>. Acessado em 12 de Setembro de 2014

¹¹³ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, Pg. 128

diretrizes que devem ser seguidos pelos tribunais dos mais variados níveis, posto que em xeque está a própria sobrevivência humana. No entanto, as necessidades de tutelar gerações vindouras, do surgimento do direito do porvir e das perspectivas de riscos globais e retardados que clima acarreta, o princípio da precaução tem maior amplitude e responde de maneira mais clara as exigências hodiernas.

2.2.2 Princípio do poluidor-pagador: qual o custo das "externalidades" ?

O princípio do poluidor - pagador é antes de tudo, um princípio de justiça tributária ambiental. Visa, portanto, redistribuir os custos e impedir que as "externalidade negativas" sejam suportadas de modo desproporcional. É, também conhecido como princípio da responsabilidade, bem como da contabilização dos custos, uma vez que "quem polui mais, pagar mais". Com característica inibitória, sancionatória e compensatória o princípio em comento, está relacionado a medidas preventivas e precaucionais que, e nas lições de Giddens é relevante no caso de mitigação de danos climáticos¹¹⁴. Promove, outrossim, um verdadeiro diálogo interdisciplinar (economia, política e direito) que convergem para a proteção ambiental. Porém, neste contexto, quem é o poluidor? De acordo com Ricardo Torres, o poluidor "não é um conceito jurídico, nem mesmo indeterminado, mas um tipo, que existindo na sociedade de risco, vem sendo tipificado por leis recentes, susceptíveis de ulteriores regulamentações tipificadoras e até de atos administrativos tipificadores."¹¹⁵

Cristiane Derani alerta que na esteira contrária ao princípio do poluidor-pagador encontra-se o princípio do ônus social, cujo pressuposto é dividir os custos ambientais com a coletividade de modo que a totalidade desses custos não poderão ser suportada integralmente pela empresa poluidora, entrando, por conseguinte, o Estado como subvencionador subsidiário¹¹⁶. Reitera-se que este tipo de prática é incompatível com o Estado "*laissez-faire*" e, no entanto, se coaduna com os anseios de um Estado Social prestacionista. Ademais, "o

¹¹⁴ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Op. Cit, pg. 204

¹¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, pgs. 21 à 54

¹¹⁶ DERANI, Cristiane. **Direito econômico ambiental**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1997, Pag.161

princípio do poluidor- pagador prevê uma ampla escala de possibilidades de reações, sem prever, obrigatoriamente, uma única variante ou um determinado padrão para a sua realização".¹¹⁷

Um dos instrumentos hodiernos do princípio em tela é o imposto sobre carbono, cujo escopo é garantir que sejam estimados, inclusive, os custos das futuras gerações. Porém, efetivá-lo não é tarefa fácil. Primeiro, pois apesar de ser encarado como um instrumento econômico eficaz, o imposto sobre carbono não encontra o respaldo político adequado, o que dificulta a sua aplicação na prática. Eduardo Felipe Matias afirma que o imposto sobre carbono poderá ser cobrado de forma simples e transparente, sendo, portanto, arrecadado e cobrado no ponto de extração ou de importação, posto que incidiria em um número pequeno de contribuintes¹¹⁸. Um dos benefícios do imposto é a possibilidade de arrecadar receitas para o Estado, cujas consequências podem ser desde a diminuição de tributação de fatores positivos, como o trabalho, passando pela correção de *déficits* públicos, até a vinculação de receita para políticas mitigatórias e de adaptação às mudanças climáticas, assim como ocorreu na Dinamarca, cujas receitas dos impostos ambientais foram destinadas a subsidiar práticas de economia de energia¹¹⁹.

Porém, inúmeros são os desafios que necessitam ser ultrapassados. Além da falta de apoio político, assim como o *cap and trade*, os impostos sobre carbono devem fixar metas de minimização de emissão de carbono, caso contrário poderá ser mais barato pagar o imposto do que redimensionar as atividades para enquadrar-se em padrões ambientais mais satisfatórios. Malgrado hajam a necessidade de maiores especificações e clarificações o imposto sobre carbono é uma arma poderosa contra as mudanças climáticas e devem ser aplicados de forma clara, diferentemente do que ocorreu com a tributação de combustíveis fósseis no Reino Unido, onde o imposto foi cobrado de maneira camuflada. Transparência e clareza são condições básicas para que o imposto possa alcançar os seus objetivos, ou seja, orientar uma

¹¹⁷ *Ibidem*

¹¹⁸ MATIAS, Eduardo Felipe. **Ação internacional contra a mudança climática (imposto sobre carbono)**. Revista Consulex nº 381, 2012.

¹¹⁹ GIDDENS, Anthony. Op. Cit, pg. 188

mudança comportamental na sociedade e, com isso, as transformações ambientais serão vistas e anunciadas¹²⁰.

O fato é que, deve-se, portanto, "taxar o que é mau e não o que é bom". Nesse sentido, a lógica é que, elevar o preço do que é "mau", haverá uma substituição gradativa do pelo que é "bom". Um bom exemplo para esta teoria é estimular o investimento em energias renováveis e desestimular o uso de combustíveis fósseis no mercado¹²¹. Porém, algumas experiências já foram realizadas e a falta de resultados práticos relevantes, portanto, de um gerenciamento eficaz impede a disseminação do imposto sobre carbono. O pioneirismo veio com os países nórdicos, na década de 1990. Na Dinamarca, onde foi comprovada a maior queda de emissões introduziram os impostos sobre eletricidade, consumo de energia e os combustíveis fósseis, além de que acrescentaram uma taxa de CO₂ para os consumidores residenciais. Os finlandeses foram considerados os primeiros a instituírem os impostos sobre carbono e, portanto, aplicaram na indústria, nos transportes e nas residências. Seguiram-se pela Suécia, Noruega e a Islândia e a estimativa é que em 10 anos reduziram de 2 à 4% das emissões.¹²²

Giddens afirma que os impostos sobre carbono poderiam assumir uma feição incentivadora e ao mesmo tempo sancionadora. Os incentivos se consubstanciarão em convencer as famílias a implementar medidas mais eficientes em matéria de energia, sob pena de uma aplicação de "sobretaxa da mudança climática", caso as providências ambientais não sejam tomadas. Frisa o autor, a necessidade de gerenciamento da medida quando propõe uma "auditoria energética nacional" para auferir quais medidas deveriam ser tomadas pelas famílias para evitar a "sobretaxa".¹²³

A proposta é a implementação da medida a longo prazo, a começar pelas famílias de maior poder aquisitivo. Em contrapartida, Eduardo Felipe Matias aposta em acordo internacionais, pelo que evitaria "uma guerra comercial em torno de políticas diferentes de cortes de emissões". Ressalto, todavia, que todas essas propostas são plausíveis, mas podem se tornar irreais

¹²⁰ Ibidem

¹²¹ Ibidem, pg. 189

¹²² GIDDENS, Anthony. Op. Cit, pg. 190

¹²³ Ibidem

diante da celeuma jurídica - tributária que essas iniciativas poderiam acarretar.¹²⁴ A necessidade de aprovação do parlamento, por força do princípio da reserva legal para instituir impostos, a inconstitucionalidade de cobranças de tributos de cunho sancionador ou via acordos internacionais, a verificação do princípio da capacidade contributiva, além de que a designação "imposto" não é apropriada ao caso da mudanças climáticas, podendo ser utilizada a extrafiscalidade tributária ou a cobrança de taxas ou contribuições, isenções, incentivos, alíquotas diferenciadas ou compensações desde que previstas em lei específica, assim como reza o art. 5º da Lei 12.187/09 que regulamenta o PNMC no Brasil.

Insta, portanto, trazer à baila a decisão do Tribunal Constitucional Português, proferida em 01/2014 que decidiu acatar o recurso do Ministério Público, determinando a reforma da decisão proferida pelo Tribunal Central Administrativo do Norte, cujo acórdão revogou a decisão do Tribunal Administrativo e Fiscal de Viseu que, por sua vez, referendou a aplicação de multa a Sociedade Industrial de Papel, Limitada (Ilhavense) aplicada pela Agência Ambiental Portuguesa pela 1778 toneladas de dióxido de carbono emitidas em 2006 no valor de €71.120,00 (setenta e um mil e cento e vinte euros).

Nas fundamentações, o Tribunal frisou uma "penalização" ou "sobrecusto" às emissões quantificadas acima de um determinado valor para o qual o operador que as tenha emitido não possua as necessárias licenças. Ou seja, estar-se, diante do caso concreto, a verificar dois instrumentos de defesa ambiental: o mercado de licenças e as a penalização no âmbito de tributos ambientais. Em passagem, o Tribunal Constitucional Português cita dois tipos de tributos ambientais: tributos ambientais em sentido estrito, técnico ou próprio (com finalidade extrafiscal, tem por intuito promover uma mudança comportamental) e a os tributos ambientais em sentido amplo ou impróprio (com finalidade arrecadatória ou redistributiva, cuja receita é direcionada à defesa ecológica)¹²⁵.

¹²⁴ MATIAS, Eduardo Felipe. Op. Cit, 2012

Importante ressaltar que corrigir os rumos da economia e enquadrá-la para um viés mais sustentável é corrigir falhas de mercado que, por sua vez, conduz, inexoravelmente, a ineficiência e desperdícios. Desperdícios, pois não são precificados as externalidades decorrentes das atividades de produção. Tais externalidades devem ser combatidas através da formação de uma agenda, cujo intuito é evitar que os estoques de CO₂ se perpetuem na atmosfera terrestre, além de que políticas públicas que visem, preponderantemente, países desenvolvidos e em desenvolvimento, mais precisamente o Brasil, Indonésia, Índia e China que pela prospecção relevante em termos de densidade populacional, serão os responsáveis por grande parte das emissões *per capita*. Ademais, as políticas públicas devem ser concebidas de forma a garantir o custo-benefício das medidas, criar métodos de adaptação para reduzir a vulnerabilidade, reforçar a resiliência dos inevitáveis efeitos das alterações climáticas, diminuir o uso de carbono e chamar atenção das grandes potências mundiais que devem fixar prioridades mais efetivas em torno da questão climática para que haja coordenação e cooperação internacional¹²⁶.

Nesta esteira, a União Europeia ganha destaque no que concerne as perspectivas de auxílio interno e internacional. A fim de alcançar metas ambiciosas, os países europeus tem destinado seus esforços para atingir políticas que simultaneamente sejam necessárias a resolução dos problemas das alterações climáticas, da segurança energética e recessão econômica. Tais enfoques foram cristalizados no Plano de Relançamento da Economia Europeia, cujos pressupostos foram investir em uma "economia limpa" e em uma "infraestrutura verde" que, inexoravelmente, deverá caminha junto com uma política energética adequada.

Convém enfatizar, nesse contexto, a directiva 2003/96/CE, cuja finalidade foi a reestruturar o quadro comunitário de produtos energéticos e eletricidade para beneficiar os investimentos hipocarbônicos. A directiva em comento, prevê, portanto, políticas de isenções, totais ou parciais, ou reduções do nível de tributação para produtos provenientes de fontes renováveis de energia. No Brasil, o estímulo as renováveis por meio de tributação é pauta no Congresso Nacional, principalmente após a Resolução 482 da Aneel cujo teor

¹²⁶ STERN, Nicholas. Op. Cit, Pg. 31 à 41

é inserir as micro e minigeração distribuída no mercado, uma "porta aberta" as renováveis, porém os projetos de lei se acumulam e, por vezes, são engavetados. No entanto, o Brasil é um país de fonte energética, predominantemente, limpa. Atualmente, conta com 66% da sua capacidade de energia hídrica instalada e ganha força no mercado brasileiro, ainda que timidamente, a energia eólica que hoje corresponde à 1,6% da capacidade de instalação, de acordo com as estatísticas do anuário energético publicado pela EPE¹²⁷.

Neste diapasão, o Ministério do Meio Ambiente e do Ordenamento do Território, em Decreto-Lei nº. 93/2010 de 27 de julho, reconhece as alterações climáticas como um problema global e inclui a aviação civil no âmbito do CELE (Comércio Europeu de Licenças de Emissões) aplicando aos operadores de aeronave de países terceiros que realizem voos de e para União Europeia. As operadoras são disponibilizadas, por meio de leilão, um montante de licenças de emissões, cujos proventos serão revertidos para o combate à mudança climática. No decreto constam instrumentos de monitorização e de penalização em caso de emissões excedentárias. No tocante as penalizações, o art. 18.1 aduz que "o operador da aeronave que não devolva, até o dia 30 de Abril do ano civil, licenças de emissões suficientes para cobrir as emissões do ano anterior, fica sujeito ao pagamento, pelas suas emissões excedentárias, de €100 por cada tonelada de dióxido de carbono equivalente emitida à qual não devolver licenças."

"Internalizar custos ambientais externos" para evitar a "privatização dos lucros e a socialização das perdas"¹²⁸ é a grande missão do princípio do poluidor pagador. Mas, como e quem pode precificar as externalidades? É, sem dúvidas, uma missão multidisciplinar, e é muito provável que não se chegue a conclusão alguma, posto que a característica, por vezes, irreversível do dano ao clima e a falta de esforços em aplicar instrumentos de resiliência, leva-se a crer que o melhor mesmo é pensar nos custos para implementação de políticas públicas mais sensatas e econômicas e de encontrar caminhos

¹²⁷ **Anuário estatístico de energia elétrica 2013.** Disponível em: http://www.epe.gov.br/AnuarioEstatisticodeEnergiaEletrica/20130909_1.pdf. Acessado em: 03 de Outubro de 2014

¹²⁸ DERANI, Cristiane.Op. Cit, Pg. 161

para avançar sem a dependência dos hidrocarbonetos, estipulando metas obrigatórias e penalidades em caso de não serem cumpridas. Ou seja, a responsabilização solidária com ideal de preservação ambiental é o ponto fulcral para prevenir as mudanças climáticas e ambientais.

Nesse sentido, Odum, em meados de 1970, ensina que há três maneiras de medir o custo da poluição, são elas: o custo com a perda de recursos por meio da exploração desnecessária; o custo com o controle da poluição e o custo com a saúde humana. A verificação desses custos são demasiadamente importantes para averiguação do custo benefício das atividades desenvolvidas pelo homem. Para exemplificar o autor traz à tona um estudo realizado pelo instituto norte - americano *Nacional Academy os Sciences* que relatava que no ano 2000 o desenvolvimento industrial dos veículos a motor e a produção de energia aumentariam os custos de poluição de 10 à 100 vezes caso a expansão idealizada pela homem não fosse amplamente planejada. Na ocasião foi constatado que a diminuição de mortalidade por doenças infecciosas era inversamente proporcional ao aumento das doenças respiratórias e do número de pessoas com câncer e, por conseguinte, se caso não fossem reduzido em 50% a poluição do ar em áreas urbanas, o gasto com saúde pública representaria dois bilhões de dólares¹²⁹.

Atualmente, a OCDE divulgou durante o Fórum Internacional de Transporte realizado em Leipzig, na Alemanha, que US\$ 3,5 trilhões são gastos devido à morte prematura e às doenças causadas pela poluição decorrente de uso de veículos.¹³⁰

2.2.3 Cooperação: pressuposto de um direito global

A cooperação é pressuposto e modelo de tratamento para problemas climáticos que ultrapassam fronteiras e consubstanciam deveres bidimensionais, ou seja, frente aos Estados e a Comunidade Internacional. Tal

¹²⁹ Odum. Eugene P. **Fundamentos de ecologia**. Lisboa: Fundação Calouste Guberian, 1970, pg. 687

¹³⁰ **Avaliação do impacto da poluição atmosférica no Estado de São Paulo sobre à visão da saúde**. Disponível em: http://www.saudeesustentabilidade.org.br/site/wp-content/uploads/2013/09/Documentofinaldapesquisapadiao_2409-FINAL-sitev1.pdf. Acessado em 12 de Setembro de 2014

Comunidade, vem alertando para a necessidade de uma governança global face aos problemas climáticos que afetam toda a humanidade e a sociedade. Eugene P. Odum ao tratar das interações ecológicas entre duas espécies descreveu nove hipóteses e destacou a protocooperação e o mutualismo entre as hipóteses de interações positivas. Ambas, em uma perspectiva ontológica, mostram-se dispostas a conviver de forma harmoniosa e equilibrada, resultando no crescimento e sobrevivência das espécies que, sob um prisma mais amplo, estão vocacionadas a realizar uma simbiose. Em contrapartida as interações negativas, comensalismo e predação, operam-se sob o princípio da exclusão competitiva, onde duas ou mais espécies interagem de forma adversa ao crescimento e a sobrevivência, ou seja, tal interação proporciona uma vantagem competitiva sobre a outra que nas lições de Odum é decorrência da alelopatia, na qual uma espécie se consubstancia nociva para outra. Ademais, a simbiose depende da maturidade e da evolução do ecossistema. Tal qual ocorre na ecologia, a humanidade deve interagir de forma benéfica e positiva e não de forma alelopática e destrutiva, posto que a interrelação entre diferentes instâncias sociais é pressuposto vital para o sistema global¹³¹.

Nesse diapasão, a questão climática contribuiu de forma relevante para a construção de uma nova rotina institucional e clama por divisões de custos de políticas preventivas e por negociações constantes entre países. São firmados, portanto, acordos e compromissos de conteúdos não obrigatórios e programáticos, consubstanciando-se como um "Código de Condutas" as serem praticadas pelos países signatários. Nesse contexto, de acordo com Fernando Mariño Menendez, a regulação convencional específica do clima, a Convenção - Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, ocorrido em 1992, assinado por cento e sessenta e seis Nações, prevê que as partes devem proteger o sistema climático em benefício das gerações presentes e futuras com base na equidade e na conformidade com "responsabilidades comuns, porém diferenciadas". O Tratado preconiza que as partes devem cooperar e compartilhar tecnologias "limpas", além de instituírem outros meios que limitem as emissões de gases termoativos e levar a sério o trabalho de investigação e observação de dados sobre o clima, criando instituições que auxiliem os

¹³¹ODUM, Eugene P. **O fundamento da ecologia**. Op. Cit., pgs. 328 à 366

governos nas decisões de ações estratégicas para o futuro. Ademais, os Estados devem criar políticas internas, disponibilizando instrumentos com os inventários das fontes de emissão e dos sumidouros¹³².

Nesse mesmo contexto de cooperação, o protocolo de Kyoto estipulou metas a serem cumpridas, em conjunto ou individualmente, com foco nos países desenvolvidos. O plano inicial era reduzir as emissões em 5,2% do nível de 1992, até o período entre 2008 e 2012. O grande legado deixado por Kyoto foi a aproximação da comunidade mundial e o reconhecimento dos perigos comuns, porém de forma geral, seguindo o escol de Anthony Giddens, foi o verdadeiro fracasso. As possíveis reduções alcançadas, há quem diga que são frutos de "trusques contábeis"¹³³ e, portanto, não há precisão para se constar tal mitigação. A demora da ratificação de países como a Rússia, por exemplo, e os debates desgastantes em prol de metas voluntárias dificultou e muito o alcance de metas no tempo pré-fixado. Outrossim, o boicote dos Estados Unidos justificado pelo temor do avanço da China e pelo possível *déficit* de competitividade e desaceleração do seu crescimento, cujos reflexos poderiam ser sentidos pelo mundo inteiro¹³⁴. A criação de mecanismos de flexibilização, a exemplo do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL), cuja finalidade é ajudar os países que não conseguiram atingir as suas metas, mediante aquisição do direito de emissões de países em desenvolvimento (as Reduções Certificadas de Emissões - RCE's). Porém, para adquirirem as RCE's os países desenvolvidos necessitam financiar projetos de baixo carbono, particularmente o reflorestamento e o florestamento, nos países em desenvolvimento, a maioria situadas na China, África do Sul, Brasil e Índia¹³⁵. Em suma, com exceção da União Europeia que muito tem se esforçado para atingir as suas metas, as políticas globais devem ser mais enfáticas, mais atrativas, preconizar por clarificar os processos necessários para atingir as metas e, por último e não menos importante, estimular práticas solidárias em detrimento de práticas

¹³² MENÉNDEZ, Fernando M. **Mariño. Instrumentos y regímenes de cooperación internacional.** Madrid: Editora Trotta, 2012, Pg. 134

¹³³ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática.** Op. Cit. 2010, pg. 233

¹³⁴ Ibdem

¹³⁵ SEIFFERT, Maria Elizabeth Benardini. **O mercado de carbono e o protocolo de Kyoto: oportunidades de negócios na busca da sustentabilidade.** São Paulo: Ed. Atlas, 2009, Pg. 57

suicidas, cuja a máxima é "com o mal dos outros eu passo bem". Assim que devem ser os pensamentos pós - Kyoto.¹³⁶

O fato é que, os países da UE não conseguirão atingir suas metas sem o apoio e a pró-atividade dos países em desenvolvimento. Por isso, levaram a pauta da cooperação e do auxílio por meio de financiamentos na capacidade, ou seja, na construção de bases sólidas onde sejam adotados métodos transparentes e confiáveis na medição da redução de CO₂ e nas aplicações de investimentos em projetos sustentáveis que busquem agregar as intenções "verdes" europeias, invés de neutralizar seus esforços. Ou seja, reformular uma "arquitetura financeira" para fomentar o bom governo, com responsabilidade, trazendo a máxima eficácia, maior coerência e previsibilidade foram ideais levados ao COP-15, cujo escopo era aumentar a cooperação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, auxiliando os mais vulneráveis, além de metas audaciosas, porém necessárias. No entanto, faltam mecanismos de coerção, os quais forcem os países signatários a cumprirem com compromissos celebrados, levando a cabo a necessária revolução global hipocarbônica.

Nesse mesmo viés de cooperação *latu sensu*, Maria da Glória Garcia afirma que a *governance* é determinada pela ação institucionalizada e orientadas pelas premissas do desenvolvimento sustentável. Assevera a autora que a ploriferação de novos atores dotados de autonomia, de natureza pública e privada, sugerem uma nova forma de agir da comunidade, na qual há uma "regulação da autorregulação", diferenciando-se, contudo, do modelo político que segregava Estado e sociedade, apontando para um sistema administrativo baseado na negociação e na cooperação¹³⁷. Outrossim, as interrelações em Estado e comunidade se daria de forma participativa, de modo que as iniciativas multiníveis (locais, regionais, supranacionais, nacionais, internacionais) sobrelevam-se aos impulsos estatais isolados. Portanto, o Estado ganha um perfil de "piloto" no tocante a gestão de diferentes interesses e níveis comunitários, fortalecendo as parcerias público-privadas, bem como

¹³⁶ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Op. Cit, 2010., pg. 234

¹³⁷ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito no meio ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007, Pg. 348

outras formas de participação, pois afinal, percebe-se que o Estado é apenas um dos "motores" do desenvolvimento sustentável.¹³⁸

Um modelo de gestão participativa, imprescindível diante de um grande número de organizações e redes sociais, é um novo paradigma político, dotada de valor humano. É complexo, arriscado e cheios de implicações, porém necessário na atual conjuntura da sociedade de risco. Deste forma, a dinâmica do *input* e *output* deverá ser reconfigurada para que seja dotada de confiança e aceitação. Nesse diapasão, os *inputs* são os interesses e os *outputs* as respostas aos interesses, que por sua vez, deverão ser aptos a fomentar a credibilidade estatal e ratificar a sua gerência na rede de atuação comunitária. Portanto, a nova forma de cidadania ambiental imposta pelo novo perfil que assume o Estado Social, de responsabilidade difusa e solidária, garante ao Direito do Clima uma natureza dúplice a ser realizado e a não ser perturbado e, portanto, servem de base para um Estado Sustentável.

2.2.4 Diálogo e "comunidade cosmopolita"¹³⁹

As alterações climáticas impuseram a necessidade de uma reformulação no contexto político, jurídico e social em nível global. Supera-se, todavia, o conceito do direito internacional clássico e inicia-se um árduo trabalho de se condensar e tornar viável, de acordo com Habermas, "uma constituição política da sociedade mundial" e não mera construção mental". Afirma o autor que reconhecer este fato não é a solução, entretanto o amálgama gira em torno da disponibilidade de "cooperação entre potências mundiais" e a capacidade de desenvolver ações globalizadas. A UE se mostrou tangível ao tipo de comunidade cosmopolita, ou supranacional, priorizando os benefícios da cooperação, muito embora não esteja pronta para consolidação de uma constituição supranacional. Porém, de fato, vem demonstrando que problemas além dos Estados tem de ser solucionado de forma conjunta e pacífica, por

¹³⁸ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito no meio ambiente**. Op. Cit., Pg. 343

¹³⁹ A democracia cosmopolita no sentido aqui descrito coaduna-se com as lições de Gunther Teubner. O autor afirma que na esteira da globalização a política perde o seu papel de líder isolado e, portanto, cabe ao direito absolver esta premissa e se desvincular a democracia "autista" para uma democracia cosmopolita, típica de uma sociedade mundial.

meio da solidariedade e da flexibilização, cujas perspectiva tem sido repassado aos Tribunais dos mais diversos níveis.¹⁴⁰

A partir da descoberta de riscos de natureza global, passou-se a entender que o entrelaçamento de experiências locais eram necessários para que tarefas estratégicas fossem realizadas, acarretando, porém na desterritorialização e na formação de "cidades universais"¹⁴¹. Nesse sentido, verifica-se que entre o global e o local não existem conflitos, mas um processo dialético em que "questões de interesse global se tornam parte da experiência local". Giddens afirma que o fim da sociedade pós-tradicional é o início da sociedade global e propõe o "diálogo cosmopolita da humanidade" como a melhor forma de solução de conflitos¹⁴². Vale lembrar que o multcentrismo social e as diferentes racionalidades conflitantes das quais caracteriza a policontextualidade social, existe desde a modernidade. Nesse sentido, frisa Marcelo Neves que "não há um centro da sociedade que possa ter posição privilegiada para ser sua observação e descrição". Ou seja, o cruzamento de informações e, por conseguinte, o diálogo deve ser sempre priorizado, pois somente, assim, chegar-se-á a conclusões mais justas e adequadas. Desta feita, as diferenças não devem levar ao isolamento, mas sobretudo, abrir-se para a evolução cognitiva.¹⁴³

Corroborando com essas perspectivas, Norberto Bobbio entende que a tarefa de efetivar os direitos do homem perpassa pelo "desenvolvimento global da civilização humana" e frisa que "este problema não pode ser isolado, pois que o isola já perdeu."¹⁴⁴ Ou seja, as relações intersubjetivas como fruto do processo de globalização devem ser estabelecidas de forma pacífica, cuja única alternativa é por meio de diálogo, provocando, assim um intercâmbio de experiências e de informações necessário ao progresso humano. Portanto, é bem verdade que os cidadania mundial assume responsabilidades difusas pelo que se faz necessário reformas culturais, posto que novas formas

¹⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a constituição da Europa**. Lisboa: Edições 70, 2012, pgs. 115 à 120

¹⁴¹ GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito no meio ambiente**. Op. Cit., pg.

¹⁴² GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Op. Cit., 2010, 54

¹⁴³ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit, 2013, Pg. 104

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Op. Cit. 2004, Pg. 44

comportamentais são exigidas. Outrossim, a questão climática exige reais transformações.

O cerne dos problemas climáticos não está na natureza, mas na forma com a qual o homem lida com ela. Novos padrões de relacionamento entre a biosfera, a sociosfera (sistema jurídico, político, econômico) e a tecnosfera (aglomerados urbanos, sistema de energia e transportes, comunicação) deverão ser praticados para que seja atingido o equilíbrio¹⁴⁵. Esses padrões de relacionamento, todavia, implicam o compartilhamento de responsabilidades entre diversos atores e níveis de instituições. Nesse contexto, o poder judiciário e seus diferentes níveis devem auxiliar de forma direta para o fortalecimento do diálogo e da democracia cosmopolita, mediante a participação e a troca de informações, cujo grande aliado é o instituto do *amicus curiae*.

A seguir, veremos de que forma os Tribunais podem, por meio do diálogo e da cooperação, ser um forte artefato para concretização do direito do climático.

¹⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Fontes Martins, 2008

CAPÍTULO III

TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO DE TRATAMENTO DO DIREITO DO CLIMA

3.1 Direitos humanos no centro do transconstitucionalismo

3.1.1 Perspectivas de efetivação

O Direito Constitucional hodierno vivencia o que J J Canotilho denomina de "asfixia filosófica". Não quis o autor afirmar a sobrecarga filosófica, mas lamentar a transferência da "filosofia do constitucionalismo" à política e à sociologia e, portanto, a "purificação" constitucional, o afasta de "pressupostos éticos e filosóficos". Contudo, urge asseverar que as investigações epistemológicas devem seguir caminhos estrategicamente colimados com contextos realistas que convirjam para o fomento de perspectivas acerca de "Constituições materiais" ou "Constituições vivas" e, portanto, que atentem para "abertura do leito jurídico" em prol de adequar-se ao "mundo global".¹⁴⁶

As demandas "mundializadas" requerem uma contrapartida no plano jurídico -normativo - decisório e, neste sentido, clamam para um "nova ordem mundial". Uma nova tarefa é dada ao direito: renovar-se, de modo a acompanhar a dinâmica científica e tecnológica, utilizando da sua força coercitiva para buscar apresentar soluções concretas e adequadas. O fato é que, o surgimento do sistema jurídico multinível (nacional, internacional, supranacional e transnacional), aliado a crescente de desafios transfronteiriços provocam "a diminuição da capacidade regulatória do Estado"¹⁴⁷ e, com isso, impede a centralização e o poder decisório estatal, "enterrando", nesse sentido, o código-binário centro/periferia. Portanto, a *unita multiplex*, ou simplesmente, "a conexão unitária da pluralidade"¹⁴⁸, desencadeia o redimensionamento da semântica constitucional de modo que a abertura para rearticulações das identidades pela observação de outros sistemas, estabeleça

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. "**Brançosos**" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, Pgs. 165 à 167

¹⁴⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit., 2013, 26 à 24

¹⁴⁸ Ibidem

uma relação de alteridade. Ou seja, exclui-se o "constitucionalismo imposto"¹⁴⁹ e abre-se espaço para o diálogo transconstitucional sem, portanto, estabelecer hierarquias, mas tão somente, relacionamentos construtivos "mediante articulação pluridimensional entre princípios e regras", cuja última instância decisória é senso comum.¹⁵⁰

É nesta esteira que Luhmann prevê que "a crescente atenção para as ofensas aos direitos humanos faz parte dos mais importantes indicadores de uma sociedade mundial"¹⁵¹. A partir desta premissa, Marcelo Neves afirma que os direitos humanos perpassam todo o tipo de ordem jurídica e torna-se a questão central do transconstitucionalismo, trazendo "incongruências práticas", colidindo com outros direitos, ocasionando a "heterogeneidade de expectativas normativas", mas uma expectativa de inclusão jurídica, instigando cooperações entre ordenamentos diversos para a sua real efetivação.¹⁵²

É neste amálgama que se verifica, ainda, a pluridimensionalidade dos direitos humanos, o que, de acordo com Norberto Bobbio, são "fortes" os direitos humanos (que nas lições restritivas luhmanianas os direitos humanos "fortes" eram os que, uma vez maculados, causavam violações chocantes à dignidade humana, a exemplo da execução à morte, tortura, desaparecimentos de pessoas, deportações forçadas, entre outros) que foram trasladados para as Constituições dos estados (direitos fundamentais) e, portanto, são institucionalizados e positivados, passível de implementação processual. Em contrapartida há ainda os direitos humanos "fracos", cuja localização é a "fronteira do sistema jurídico, vinculando-o a uma moral" e, portanto, carente de previsibilidade e efetivação¹⁵³. Ao grupo dos direitos humanos "fracos" situam-se os direitos de terceira geração, que, quando muito, encontram guarida em

¹⁴⁹ Ibidem

¹⁵⁰ Ibidem

¹⁵¹ LUHMANN *Apud* NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pg. 251

¹⁵² Ibidem, pg. 255

¹⁵³ Norberto Bobbio afirma que "No sistema internacional tal como ele existe atualmente, inexistem algumas condições necessárias para que possa ocorrer a passagem dos direitos em sentido fraco para direitos em sentido forte: a) a de que o reconhecimento e a proteção das pretensões ou exigências contidas nas Declarações provenientes de órgãos e agências do sistema internacional sejam considerados condições necessárias para que um Estado possa pertencer à comunidade internacional; b) a existência, no sistema internacional, de um poder como suficiente forte para prevenir ou reprimir a violação dos direitos declarados!" Norberto Bobbio, **A era dos direitos**. Op. Cit. pg. 76

Constituições de Estados Democráticos. A esse rol (de direitos humanos "fracos") acresce-se o direito humano do clima, cuja concretização deverá ser alcançada por meio de interpretações e práticas cooperativas transversais entre ordens jurídicas¹⁵⁴.

Nesta perspectiva, urge trazer à tona o caso *Yake Axa versus Paraguai* julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) onde atravessam-se diversas ordens jurídicas para sobrelevar o direito humano. O fato ocorreu em 10 de janeiro de 2000, quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma petição apresentada por Tomás Galeano e Esteban López, líderes da Comunidade Indígena Yaxye Axa do Povo Enxet-Lengua, representados pela Organização "*Tierraviva para los Pueblos Indígenas del Chaco*" e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), contra a República do Paraguai. Na petição se alegou que o Estado paraguaio violou os artigos 4º - direito à vida -, art. 25 - proteção judicial - em conjunção com o 1.1 - obrigação de respeitar os direitos- contemplados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

Além disso, a petição alega que o Estado desconheceu o artigo 27º - Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua - do Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e os artigos 1(2), 2(1), 4(1) e 5(a) do Convênio 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (Convênio 169), em detrimento da Comunidade Indígena e seus membros, por não providenciar assistência integral à Comunidade enquanto perdura o processo de reivindicação de território tradicional, não finalizar o trâmite administrativo de recuperação de terras e por proibir suas atividades econômicas tradicionais de subsistência, isto é, a caça, a pesca e a colheita. Em decisão não unânime, a CIDH reconheceu o direito da comunidade indígena, posto que ficou constatado que os membros da Yake Axa foram "los unicos que "humanizaron" la región de El Chaco" e, por isso, implementaram "a su cultura, su modus vivendi, su forma de organización".

¹⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit, 2013, pgs. 252 à 258

Acrescentou a Corte o deslocamento da suas "tierras ancestrales" para outra localidade afetaria, sobretudo, "o derecho a la vida de sus miembros"¹⁵⁵.

Vê-se, portanto, um típico caso de transconstitucionalismo, com vários direitos colidentes, tanto "fortes" quanto "fracos" e uma pré disposição do Estado para cooperar e acatar a decisão da CIDH. Assevera-se, entretanto, que há uma nítida conversação entre ordens multiníveis, afirmando que ordenamentos estrangeiros são parceiros e, nesse contexto, auxiliam na "construção de um transconstitucionalismo multiangular"¹⁵⁶.

Outro caso que convém explicitar é o da inclusão social da comunidade indígena da Costa Atlântica Nicaraguense e a confirmação do seu exercício de cidadania ativa, retirado por lei local que vetou a possibilidade de participação nas eleições por associações que não sejam partidos políticos. Em 26 de abril de 2001 a organização Yatama, partido político da comunidade indígena, o Centro Nicaraguense de Direitos Humanos, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional apresentaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após exercer o juízo de admissibilidade positivo, a Comissão a tentativa de solucionar o caso de forma amistosa solicitou que a Nicarágua adotasse meios para permitir a participação dos índios nos processos eleitorais, levando em consideração a opinião indígena em respeito ao direito consuetudinário, valores, usos e costumes dos povos indígenas que habitam as Regiões Autônomas da Costa Atlântica da Nicarágua.

Após realizado o relatório e apresentado as partes interessadas, em 2003 o caso foi apresentado a CIDH que decidiu pela igualdade e não-discriminação da população indígena que, por sua vez, tem direito a tomada de decisões de assuntos políticos e a participar de maneira direta e proporcional ao número de habitantes, deixando clarificado as intenções de inserir as "minorias" no seio social, sem retirar-lhe as suas características culturais e comportamentais¹⁵⁷.

¹⁵⁵Sentença disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Acessado em 01 de Outubro de 2014

¹⁵⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pg. 235

¹⁵⁷ **Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/jurisprudncia-da-corte->

3.1.1.1 Alteridade: o elixir do "ponto cego"

Tendo em vista a necessidade de uma nova metodologia jurídica que busque dar aos novos problemas, materialmente, constitucionais, insta, portanto, ressaltar a inoperância de uma Constituição que se firme como "nível inviolável", impondo uma hierarquia igualmente inviolável, trazendo o Estado como único lugar para resolver problemas "mundializados". Nesse diapasão, o transconstitucionalismo é proposto como método que visa suplantar o provincianismo constitucional e, por fim, solucionar problemas utilizando-se da transversalidade, com vista a levar em conta a ótica do outro. O fato é que, o jurista pós-moderno deverá ser um observador de experiências vividas em outros *locus*, posto que o olhar do outro é o nosso "ponto cego" e, por isso, observá-lo é uma tarefa que amplia o campo de visão necessário para solução de casos complexos, pluridimensionais e multiangulares¹⁵⁸.

Portanto, analisar o outro é algo que alimenta a nossa identidade. Nesta perspectiva, assevera-se o impacto de decisões estrangeiras nas fundamentações das decisões do Supremo Tribunal Federal - STF. A realidade que verifica-se atualmente é que entre os anos de 2010 à 2012 houve uma crescente significativa no que tange à diálogos transnacionais. Em termos quantitativos foram 20 em 2010, 26 em 2011 e 48 em 2012¹⁵⁹ todas mencionando jurisprudência de Cortes Constitucionais ou não, bem como de Tribunais Internacionais¹⁶⁰. Neste sentido, Francisco Balague Callajón, de

interamericana-de-direitos-humanos-direitos-dos-povos-indgenas?related=3. Acessado em 01 de Outubro de 2014

¹⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pg. 295 à 298

¹⁵⁹ Estes dados demonstram o engajamento em termos quantitativos dos ministros do STF com diálogos constitucionais. SILVA, Christiane Oliveira Peter. **Transjursfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais**. 2013 284f. Tese de doutoramento em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2013

¹⁶⁰ Luiz Guilherme Arcaro Conci faz uma crítica relevante em torno da falta de uniformização das decisões do STF. Malgrado seja notória a abertura aos diálogos transnacionais, principalmente por parte do Ministro Gilmar Mendes, há forte resistência da Suprema Corte brasileira em acatar decisões da CIDH. Prova disso foi a ADPF 153/2010 deu a Lei de Anistia interpretação conforme a Constituição, desconsiderando o precedente da CIDH (Barrios Altos e Arellano Almonacid). O fato é que, a Constituição de 1988, no art. 5º §§ 3º e 4º, se mostrou aberta e receptiva aos tratados internacionais, principalmente os que relacionam-se com os direitos humanos, além de que é signatário de vários diplomas internacionais a exemplo do Pacto São José da Costa Rica, submetido a jurisdição da CIDH e da Convenção de Viena que

forma análoga as pretensões do presente trabalho, afirma que diálogo entre Tribunais de diferentes instâncias, são necessários ao fortalecimento da cooperação e ensina que deverá ser realizado mediante instrumentos formais (elementos processuais) e substanciais (linguagem jurídica comum). Além de que, prevê o autor, o mister de produtividade entre jurisdições, relegando, portanto, a posição "defensiva" dos ordenamentos, apontando, assim, para a flexibilidade e, portanto, ressalta a importância da utilização cada vez maior de métodos de interpretação, como o direito comparado, de forma a haver uma retroalimentação jurídica entre ordens diferentes¹⁶¹. Frisa-se, contudo, que a pura convergência é inalcançável, mas a disposição da abertura dos sistemas constitucionais para o diálogo (retirar as tendências bloqueadoras) e para o entrelaçamento de ordens jurídica, ainda que presente a heterogeneidade e o dissenso, é essencial para emergir as premissas do transconstitucionalismo.

Neste sentido, explica Karl Larenz, a jurisprudência como disciplina do Direito tem um valor diferenciado na medida em que tem por "tarefa atividade jurídica prática". Ressalta o autor que "a possibilidade e utilidade das indagações juscomparatísticas assentam em soluções de um ordenamento positivo são, com frequência, respostas a problemas jurídicos gerais, que assumem posicionamento idêntico ou comparável"¹⁶². No entanto, as jurisprudências correspondem a um "método empírico-analítico"¹⁶³ do Direito e auxilia na construção de "novas conexões jurídicas de sentido", amadurecendo

prevê em seu artigo 27 que as obrigações internacionais devem ser cumpridas, caso contrário haverá responsabilização internacional. Desta feita, de acordo com o precedente da CIDH, anistiar crime de lesa-humanidade (crimes que transcendem o indivíduo e afetam a humanidade) fere frontalmente a CADH sendo, portanto, passível de "controle de convencionalidade". Nesta esteira, o Brasil foi condenado pela CIDH por responsabilidade internacional por manter a interpretação da Lei de Anistia no caso *Gomes Lund*, entendendo a CIDH que não há que ser invocado a condicionante temporalidade, tendo em vista que é de entendimento, inclusive da Corte Europeia de Direitos Humanos os crimes de grave violação aos direitos humanos "fortes", a exemplo dos crimes cometidos na fase da ditadura militar, não são passíveis de anistia, além de que são de caráter contínuo e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. O Brasil demonstra, portanto, um problema de coerência (*venire contra post factum*) na sua jurisprudência. CONCI, Luiz Guilherme Acaro. **Estudos de homenagem ao professor Dr. Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pgs.301 à 326

¹⁶¹ CALLEJÓN, Francisco Balague. **As relações entre o Tribunal de Justiça da UE e os Tribunais Constitucionais Nacionais dos Estados-Membros**. Porto Alegre: Revista dos Direitos Fundamentais e Justiça, nº 13, Pg. 13 à 36

¹⁶² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, pgs 267

¹⁶³ DREIER *Apud* LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, pg. 284

as pré-compreensões, necessárias para diagnosticar uma conjuntura apropriada de sentido em um processo circular hermenêutico dialético¹⁶⁴. Não está-se a falar, portanto, de mera reprodução jurisprudencial, mas de elaboração de decisões interpretadas com base em experiências vivenciadas para a construção de soluções dotadas de justeza. Nesse contexto, a alteridade visa afirmar que não há uma metanarrativa que sobressaia e serve de referência para as demais, para, sobretudo, evitar uma "atomização" de estruturas jurídicas que levam à irracionalidade¹⁶⁵.

Insta, portanto, trazer à tona o caso, emblemático, Raposa Serra do Sol julgado pelo STF em 2009, em cujas fundamentações foi trazido o caso *Awas Tigni versus Nicarágua*¹⁶⁶ julgado pela CIDH em 2001. Em síntese, a celeuma gira em torno da falta de demarcação de terras indígenas nacionais e da frequente usurpação das mesmas para o desenvolvimento da agricultura, pecuária, mineração e construção de hidrelétricas. Porém, em 15 de abril de 2005, um decreto assinado pelo presidente Luiz Inácio Lula da Silva homologou a Portaria nº 534, do Ministério da Justiça, que demarcou a área para delimitar o direito de propriedade da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Trata-se de uma área que abriga 194 comunidades com uma população de cerca de 19 mil índios dos povos Macuxi, Taurepang, Patamona, Ingaricó e Wapichana. A portaria de 2005 deu prazo de um ano para os não-índios abandonarem a terra indígena. No entanto, logo após a edição deste documento e do decreto presidencial que o homologou, começaram a tramitar diversas ações na Justiça, contestando a demarcação. Somente no Supremo Tribunal Federal tramitam mais de 30 ações relacionadas a Raposa Serra do Sol.

Em seu voto o relator, Ministro Carlos Ayres de Brito, mencionou a referida decisão da CIDH para resguardar o direito à propriedade dos indígenas

¹⁶⁴ *Ibidem*, Pg. 285 à 297

¹⁶⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit. 2013, pg, 97

¹⁶⁶No caso *Awas Tigni versus Nicarágua* a CIDH amplia o alcance do direito de propriedade, reconhecendo a estreita relação que tem essas comunidades com os território por eles habitados, ou seja, realiza uma interpretação evolutiva com vistas a abarcar o elemento imaterial e espiritual que tem a propriedade, cabendo ao Estado preservá-lo com respeito à manutenção do legado cultural para as presentes e futuras gerações. **Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas**. Op Cit. Acessado em 01 de Outubro de 2014

e ressaltou que " a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições contra a esses direitos". Frisou, ainda, que a questão se coaduna no art. 21 do CADH, onde a legislação internacional menciona o "direito à propriedade privada. 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social", e assevera que o "interesse social pode ser abrangente do interesse dos índios às suas terras"¹⁶⁷.

3.2 Os perigos do método

3.2.1 Constitucionalismo em cheque?

O modelo de entrelaçamento entre sistemas autônomos não é novidade para o constitucionalismo. Como viu-se no primeiro capítulo, as constituições que deram ensejo as limitações de poder e a defesa de direitos individuais perante o Estado foram construídas a partir transversalidade entre política (poder/não poder) e direito (lícito/ilícito), cada qual atuando de acordo com o seu sistema binário, pois caso contrário o sistema estaria corrompido, restando-se comprovada a presença de uma constituição meramente simbólica. Nestas perspectivas foram construídas as identidades estatais e, portanto, estabelecidos os "rostos" de representação no âmbito internacional¹⁶⁸.

Porém, a comunicação transversal surgida com o constitucionalismo deverá ser ampliada para interagir com o "mar" de constelações nacionais e internacionais que surgiram após a 2ª Guerra Mundial, tendo, por conseguinte, que lidar com diversas "formas de direito" diante de problemas constitucionais semelhantes, sem estabelecer hierarquias, mas dialogar para encontrar um denominador comum, necessitando redimensionar o conceito de justiça na comunidade cosmopolita atual¹⁶⁹. Ressalta-se que esta necessidade de

¹⁶⁷ A decisão está disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>. Acessado em: 01 de Outubro de 2014

¹⁶⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit. 2013, Pg. 53 à 62

¹⁶⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirma em seu art. 6º "Todo indivíduo tem direito em todo o lugar". Parte-se da premissa que da "desterritorialização" do

transversalidade extra-estatal não implica, todavia, erros dogmáticos. Pelo contrário. Importa reconhecer, por exemplo, que o direito humano do clima é discutido, atualmente, em toda a parte do mundo e, portanto, as soluções podem servir de parâmetros hermenêuticos, facilitando a pré-compreensão do julgador.

Entretanto, a transversalidade, o diálogo e abertura cognitiva dos ordenamentos jurídicos, pressupostos do transconstitucionalismo, encontram alguns desafios para a sua real aplicação. Ou seja, a racionalidade transversal só é positiva quando as relações externas não são autobloqueadoras, além de que internamente é elementar que as estruturas sociais estejam coadunadas com premissas democráticas e de justiça. Em outras palavras, deverá haver cooperação e não submissão ou repulsa no âmbito externo e, no âmbito interno, a formação de Estados Democráticos e não Estados Totalitários, buscando estabelecer simetrias para uma assimilação crítica e construtiva. Nesta perspectiva, convém afirmar que de acordo com o Índice de Desempenho Ambiental elaborado pela Universidade de Yale e Columbia, os cinco melhores desempenho são países democráticos, são eles: Suécia, Noruega, Finlândia, Suíça e Costa Rica. Os Estados Unidos da América aparece em 55º lugar¹⁷⁰ e curiosamente é um país de perfil bloqueador e que não reconhece a competência das cortes internacionais, ampliando seu código de poder diante de comunidades "frágeis" e, portanto, causando uma "desdiferenciação" na relação transversal entre ordenamentos distintos.

Entrelaçar ordenamentos jurídicos, praticar a alteridade e flexibilizar a soberania enfrenta, todavia, opiniões divergentes. Na decisão do caso *Roper versus Simmons*, em 2005, o *justice* Antonin Scalia afirmou que "invocar a lei alienígena quando está de acordo com a opinião de um, e a ignorar quando vai contra, não é uma prática razoável, mas sim um sofisma."¹⁷¹ Talvez seja uma visão kantiana na medida em que, as decisões quando estar-se na minoridade são tomadas mediante a orientação de outrem. Acredita Kant que guiar-se pelo

direito humano, transcende o conceito de Estado soberano para salvaguardar a pessoa humana."

¹⁷⁰ GIDDENS, Anthony. A política da mudança climática. São Paulo: Zahar, 2010 Pg. 56

¹⁷¹ SCALIA *Apud* TAVARES, André Ramos. **Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Coimbra, 2012, Pgs. 261 à 292

pensamento alheio é tão cômodo que mesmo após a chegada da maioria o homem se acovarda e tem preguiça de tomar as suas próprias decisões de acordo com convicções particulares. Não parece uma postura inteligente quando se trata dos problemas sociais globais hodiernos, posto que os problemas deixam de ser individuais e passam a ser compartilhados e, por isso, devem igualmente, serem pautadas na alteridade e na cooperação para o arranjo de decisões ótimas.¹⁷²

André Ramos Tavares¹⁷³ descreve modelos de análise de decisões estrangeiras pela jurisdição constitucional. Entende o autor que o modelo de submissão é a "deferência total à jurisprudência estrangeira" e, portanto, "uma forma de neocolonialismo". Nesta esteira, uma dos grandes problemas é o perigo de "potencializar as contradições e invalidades internas" e, de acordo com o constitucionalista em comento, esta bitola seria utilizada por Cortes Constitucionais jovens, a exemplo da África do Sul¹⁷⁴, ou em nome de um direito global quando há convergência de preocupações e pela igualdade da essência do problema. O segundo modelo apresentado, é o modelo de repulsa o que por muito tempo foi percebido na Corte Suprema norte-americana. Cabe ressaltar que os EUA é o grande berço do constitucionalismo e da justiça constitucional e, por tal razão, possa justificar uma autossuficiência exacerbada, levando a um provincianismo constitucional, podendo acarretar o isolamento da jurisprudência norte-americana.¹⁷⁵

Por fim, o terceiro e quarto modelo são o unilateralismo e o de interlocução, respectivamente. São modelos completamente opostos onde o primeiro baseia-se na "cegueira" e o outro no diálogo pelo qual é adequada as perspectivas do presente trabalho. Ou seja, não um há "colonialismo", mas é

¹⁷² KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2013, pgs. 9 à 11

¹⁷³ André Ramos Tavares traz a designação "transjudicialismo" para transposição estatal de decisões judiciais e, ainda, o "cross-constitucionalismo" em sentido mais amplo, para designar a promoção de um intercâmbio consistente de elementos constitucionais entre agentes supostamente autossuficientes. TAVARES, André Ramos. **Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Op. Cit. 2012, Pgs. 261 à 292

¹⁷⁴ A Constituição da África do Sul no art. 39, n.1 alínea "c" apregoa que na interpretação da declaração de direitos, o tribunal deverá considerar o Direito estrangeiro.

¹⁷⁵ TAVARES, André Ramos. **Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional**. Estudos em homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Op. Cit, 2012, Pgs. 261 à 292

uma reflexão, discussão, compreensão, sendo, portanto, diferente de "submissão ao material estrangeiro", mas associado ao "modelo dialógico de utilização de elementos estrangeiros, no sentido comunicacional". Esse modelo dialógico, articulado ou de interlocução é adequado à solução de direitos globais e tem aptidão para concretização e ampla proteção de direitos humanos, portanto um método de tratamento jurídico ao direito humano do clima.

As preocupações em torno da efetivação do direito humano do clima é plausível na medida em que inclui-se como direitos secundários se comparados a direitos econômicos e anseios políticos que, por sua vez, assumem a dianteira. Ou seja, é urgente a necessidade de técnicas que sejam capazes de reestabelecer o sistema e evitar as "desdiferenciações", golpeando à moral e à ética em busca de um desenvolvimento econômico agressivo. Um dos "pontos fracos" das leis e das políticas climáticas é se concentrar no "que fazer", mas não dizer "como fazer", além de que a corrupção sistêmica é de todo o mal, posto que nos países democráticos há a necessidade de enfrentar problemas com "às sucessivas trocas de governo"¹⁷⁶. As entidades criadas para monitorar as emissões de gases poluentes são tão somente órgãos consultivos ou de assessoramento, tendo as Cortes Internacionais que avocarem para si este papel, pelos motivos expostos ao longo do presente trabalho.

Para exemplificar a corrupção sistêmica urge tecer comentários acerca de uma terceira pista de pouso no aeroporto londrino, *Heathrow*. Apesar do relatório da Comissão de Desenvolvimento Sustentável de que a ampliação do aeroporto deveria ser repensada, o mesmo foi descartado, pois prevaleceu a perspectiva econômica do aumento de 230 milhões de passageiros em 2006 para 465 milhões de passageiros em 2030. Ou seja, os discursos de mercado são bloqueadores dos discursos ambientais, não havendo, portanto, reação suficiente para restaurar a dinâmica do sistema¹⁷⁷.

Diante do exposto, verifica-se as crescentes preocupações em torno do fim ou da ruína do constitucionalismo, substituído pelo transconstitucionalismo

¹⁷⁶ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Op. Cit. 2010, pg. 111

¹⁷⁷ *Ibidem*, Pg. 110

ou até sucumbido pela falta de resposta à problemas globais. Na realidade, a base do transconstitucionalismo é o constitucionalismo disposto a enfrentar entraves convergentes em justaposição com ordenamentos "periféricos" e, nesse contexto, evitar o que a epistemologia contemporânea do direito que, atualmente, não suporta a fragmentação sem a interligação de disciplinas jurídicas e sem a interação como epistemologias alternativas, como a ecologia, sociologia e filosofia¹⁷⁸.

Logo, ressalta-se que cometem erros dogmáticos os ordenamentos que insistem no "autismo" e desconsideram a jurisdição de tribunais internacionais, bem como a jurisprudência estrangeira, bloqueando a solução de problemas que dizem respeito à própria sobrevivência humana. Neste contexto, insta asseverar que o constitucionalismo disposto a abrir-se cognitivamente é fundamental à efetivação do transconstitucionalismo como método de tratamento para o direito humano do clima. Percebe-se, pois uma compatibilização entre o constitucionalismo e o transconstitucionalismo, ou seja, são dois institutos que devem caminhar de "mãos dadas" sem, no entanto, haver supressões ou aniquilações.

3.2.2 Justiça ou insegurança jurídica?¹⁷⁹

As revoluções ocorridas a partir do século XVIII desembocaram na formação de preceitos constitucionalistas, sobretudo os direitos de resistência contra o arbítrio do poder absolutista que, por sua vez, tiveram características sociais e econômicas. Neste contexto, surgem os primeiros *standards* constitucionais, liberdade e igualdade, iniciando um período de abstencionismo estatal para que a iniciativa privada, destacando-se nesta perspectiva à

¹⁷⁸ CARNEIRO, Maria Francisca. **Reflexões sobre a epistemologia contemporânea no Brasil**. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_02777_02790.pdf. Acessado em: 14 de Outubro de 2014

¹⁷⁹ A intenção deste tópico não é estabelecer uma abordagem acerca da "constituição aberta" nos moldes de Peter Haberle. A propósito Haberle pretende democratizar o processo interpretativo, rompendo com os quadros da hermenêutica tradicional, provocando um diálogo no processo decisório e, conseqüentemente, afrouxando a normatividade e a juridicidade da Constituição. O modelo aberto de Constituição combina com um conceito cultural de constituição, coadunando-se com o pluralismo social, chamando as organizações privadas a participarem, fortalecendo a esfera pública. HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes: Constituição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

burguesia francesa, pudesse prosperar e ditar novos caminhos ao mercado e, portanto, demarcando o estopim da economia capitalista. Para isso, foram formulados pactos sociais que submetiam a sociedade e o Estado, sendo o pilar da formação do Estado Constitucional ou Estado de Direito com ideais positivistas, cujo escopo era trazer maior previsibilidade, estabilidade e inflexibilidade às relações sociais e, por conseguinte, econômicas. Tais premissas corroboram com a necessidade de satisfazer anseios de segurança, inerente a própria natureza humana, através do direito que o concebe dimensão valorativa e meta jurídica a ser alcançada.

Ao lado da justiça, a segurança jurídica surge, de acordo com o filósofo alemão Gustav Radbrush, como ideal do Direito e estabelece condições para que a mesma seja alcançada. Afirma o autor ser o Direito positivo, a subsunção da lei ao fato (ao contrário da valoração do juiz a partir de cláusulas gerais de boa fé ou bons costumes), a certeza e a excepcionalidade da mutação legislativa são catalisadores da segurança jurídica.¹⁸⁰ No entanto, aplicado todos esses critérios acima descrito à par de ter um direito seguro há um ínsito paradoxo quando afirma-se que o Direito positivo deverá ser aplicado mesmo quando injusto ou "é tão importância a certeza da lei que sem esta, ela deixa de ser justa."¹⁸¹ Tal afirmativa enquadra-se em retóricas de teorias do direito, tradicionalista e formalistas, relativizadas pelo Estado pós-moderno, pois a legislação não consegue solucionar problemas tão complexos e plurais que emergem da sociedade atual. Nesta esteira, Luís Roberto Barroso afirma que "o pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma e, mais do isso, que a justiça pode estar além dela."¹⁸²

O que se percebe é a imprescindibilidade da forma circular da hermenêutica jurídica de forma que hajam diálogos, críticas, construções e desconstruções, ou seja um vai - vem, com o fito de complementaridade e

¹⁸⁰RADBRUSH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GRadbruchIntrod.pdf. Acessado em: 05 de outubro de 2014

¹⁸¹ BACON Apud RADBRUSH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GRadbruchIntrod.pdf. Acessado em: 05 de outubro de 2014

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**. Op. Cit, 2013, pg. 334

aprofundamento de casos complexos envolvendo contextos normativos e instâncias jurídicas diferentes em busca do consenso¹⁸³. Nesta esteira, ressalta-se a importância do direito comparado e a sujeição ou a disposição de "conversar" com tribunais internacionais ou não. Essa é a única possibilidade de efetivação do método transconstitucionalista adequado a solução problemas climáticos trazidos neste trabalho.

Neste contexto, o transconstitucionalismo, por meio da transversalidade e do diálogo imanente, aproxima o direito a outros sistemas autônomos da sociedade, como política, ciência e economia, bem como reencontra-se com a filosofia e com valores éticos e morais relegados pelo positivismo e pelo provincianismo constitucional, prezando, sobretudo pela equidade das presentes e futuras gerações. Em outras palavras, a tutela jurídica climática se volta as perspectiva de concretizar o desenvolvimento sustentável posto em ordenamentos jurídicos como valor meramente simbólico, cedendo face às práticas corruptivas do mercado e da política. Nos dizeres de Nicholas Stern a sustentabilidade diz respeito à tutoria e ao dever de custódia do meio ambiente das presentes gerações para com a geração do futuro¹⁸⁴.

Contudo, a segurança jurídica proporcionada pela abertura cognitiva do ordenamento jurídico relega as idiosincrasias e sobreleva a certeza na realização da justiça (equidade) através de Direito. Convém, neste momento, ressaltar a distinção realizada por Perez Luño entre segurança jurídica objetiva que, por sua vez, é aquela que se manifesta nas regularidades estruturais e funcionais do sistema jurídico por meio de suas normas e instituições, e a segurança jurídica subjetiva traz um ideal de certeza e de confiança no ordenamento jurídico¹⁸⁵. Nesta perspectiva, extrai-se que a abertura cognitiva busca obter a certeza no direito (dimensão subjetiva), por meio da teoria de circulação de conhecimento e, por conseguinte, salvaguardar o direito da humanidade, ou seja, uma meta-segurança que encontra-se carente de

¹⁸³STECK, Lênio; KOCKER, Rafael; MULLER, Fabiano; FOGAÇA, Lucas Dalarrosa. **Hermenêutica constitucional e senso comum teórico dos juristas**. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/19_Dout_Nacional%209.pdf. Acessado em 15 de Outubro de 2014.

¹⁸⁴ STERN, Nicholas. **O desafio global**. Op. Cit, 2009, Pg. 126

¹⁸⁵ LUÑO Apud TRINDADE, Otávio Augusto Cançado. **O mercosul no direito brasileiro: incorporação de normas e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, Pg. 15

previsões normativas em virtude da sua característica pluridimensional e complexa.

Justiça, portanto, é a "fórmula de contingência" do Direito, ou seja, consiste na proibição de negação e na canonização, não podendo, portanto, "ser aberta a qualquer ponderação" e, por conseguinte, é utilizada como fórmula de orientação central, irrefutável e não pode entrar em concorrência com qualquer princípio, jurídico ou extra-jurídico. Nesse contexto, afirma Teubner, que a justiça como "fórmula de contingência" opera na fronteira do Direito e o ambiente externo, portanto, não busca-se, nesta perspectiva, "a justiça imanente ao Direito, mas a uma justiça que transcende o Direito." Eis a fórmula que direciona o Direito positivo para as questões que são externas ao Direito, e nessa amplificação do Direito inserido em uma lógica policontextual, o Direito é capaz de fazer justiça ao meio ambiente natural. Ou seja, o Direito transcende o patamar das auto-referencialidade, rompendo com o Direito positivado, realizando a justiça no âmbito do não-Direito¹⁸⁶.

Teubner enfatiza que haverá justiça meramente formal quando não for capaz de "oferecer critérios substanciais para decisões individuais, se ela não pode ser identificada como valor ou princípio jurídico e se ela também não informa qualquer máxima externa ética ou política" e orienta a partir de das reflexões luhmanianas que justiça é a "complexidade adequada do decidir consistente". Para isso, o Direito deverá possibilitar o *re-entry* de sistemas do não-Direito, buscando justiça por meio de discursos científicos, pedagógicos ou médicos, sob um processo de reconstrução de prismas¹⁸⁷.

Portanto, a justiça é subversiva ao Direito, pois "causa uma virada contra o positivismo e sabota decisões jurídicas"¹⁸⁸, implantando uma praxis discursiva ao Direito, porém possibilitando pontes de interação entre o homem, a sociedade e a natureza. Nesta esteira, percebe-se que não há insegurança jurídica sob o enfoque da certeza que a justiça se realizará. Portanto, a

¹⁸⁶ TEUBNER, Gunther. **Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito?** Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259/2792>. Acessado em: 06 de Outubro de 2014

¹⁸⁷ Ibidem

¹⁸⁸ Ibidem

segurança jurídica neste caso é meio para o alcance da finalidade jurídica que é a justiça.

3.3 Transconstitucionalismo: método de tratamento do direito humano do clima

Ao longo do presente trabalho foram destacados números, probabilidades e exemplos de fatores negativos que estão a ocorrer em virtude dos efeitos deletérios provocados pelas alterações climáticas. Efeitos que impactam o meio ambiente físico e biota, a composição, a resiliência e a produção de ecossistemas naturais ou administrados e, também, o funcionamento dos sistemas socioeconômicos, a saúde e o bem-estar da população. Ademais, os dados do IPCC comprovam que o aumento da temperatura no planeta é agravado por ações antrópicas e, por isso, a cooperação internacional se faz indispensável, pois urge mitigar essas variações levando em consideração o tempo e espaço para verificação de medidas eficazes¹⁸⁹. Neste contexto, verifica-se que a questão climática ganha contornos de direito humano, pois as alterações constatadas impactam diretamente a humanidade, além de que compromete de forma relevante a sobrevivência digna e pacífica da população.

Verifica-se, neste diapasão, a aplicabilidade do método transconstitucional para a efetivação do direito humano do clima, considerado, de acordo com a constatação acima descrita, um direito "fraco" e, portanto, carente de um "algoritmo", cujos pressupostos se conformem com a sua complexidade. O transconstitucionalismo, comprovadamente, através da sua transversalidade, bem como da sua capacidade de concretizar direitos humanos ou materialmente constitucionais é aqui proposto como artefato apropriado para efetivação da tutela climática.

Explica-se. O clima enquadra-se na Teoria Sistêmica de Luhmann, prevista por Marcelo Neves, bem como encontra respaldo na Teoria de David

¹⁸⁹ A Convenção Quadro nas Nações Unidas sobre Mudança Climática foi aberta durante a Convenção ocorrida no Rio-92 e orientou as políticas públicas nacionais e internacionais sobre mudanças climáticas, trazendo princípios, definições, instrumentos e objetivos. Disponível em: http://www.mct.gov.br/upd_blob/0005/5390.pdf. Acessado em 07 de Outubro de 2014

Easton¹⁹⁰ trazida no primeiro capítulo deste trabalho, cujo acoplamento estrutural e a interface realizada entre sistemas autônomos provoca um intercâmbio construtivo entre ambas as esferas de comunicação. O contrário, ou seja, o isolamento dos sistemas leva a autodestruição, o que analogamente, ocorre com os fenômenos da ecologia descrito por Eugene P. Odum, tratado no segundo capítulo deste trabalho.

Na perspectiva aqui trazida sobre métodos jurídicos de efetivação do direito climático comunicam-se os sistemas político (poder/ não poder), direito (lícito/ilícito), ciências naturais (saber/não saber). Contudo, a medida em que os sistemas interagem deverão, igualmente, encontrar mecanismos de instigações e reações. Desta forma, uma constatação científica deverá encontrar respaldo em convenções políticas e assim serem passíveis de monitoramento pelos Tribunais competentes. Ou seja, uma tentativa de sabotagem a uma convenção política deverá acarretar sanções jurídicas e, portanto, constatação científica. Por outro lado, a omissão jurídica diante de um ilícito deverá encontrar respaldo na cooperação política entre países e, igualmente, um diagnóstico científico sobre os danos causados.

Nesta esteira, a corrupção do sistema acarreta um problema moral e ético e, portanto, merecerá maior atenção se as práticas "corruptivas" forem permanentes, levando, contudo, a uma "estabilização das expectativas", incapacitando a sua tendência de autoprodução. Para ilustrar esta afirmativa, coloca-se em pauta o Caso Belo Monte, cujas estratégias jurídicas e políticas desferiram duros golpes nas constatações científicas e nos direitos humanos. Em síntese, Malgrado seja um projeto audacioso e cujas perspectivas se enquadrem no art. 170, VI da CRFB¹⁹¹, bem como no alcance de metas que visem, sobretudo, assegurar o fornecimento de energia elétrica a todos os

¹⁹⁰ No primeiro capítulo deste trabalho foi trazido à baila a Teoria de David Easton cuja essência é a troca do sistema societário com o extra-societário de acordo com um mecanismo dinâmico de input e output, provocando uma espécie de irritações e reações que deverá provocar uma construção e uma evolução de ideais, pois os output muda a medida que os inputs também mudam.

¹⁹¹Art. 170 da CRFB: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

cantos de um Brasil "continental", cujos problemas de "malha energética" são tão complexos quanto as soluções políticas tomadas.

O fato é que, em 2005, o Poder Executivo expediu o Decreto 788/05 autorizando a construção da Usina de Belo Monte no Rio Xingú, localizado no Estado do Pará. Justificando frontal violação ao art. 231, §3º da CRFB¹⁹², por se tratar de utilização de recursos hídricos em terras indígenas, o Procurador-Geral da República propôs a ADIN 3.573-08¹⁹³, pois como reza o dispositivo supracitado os requisitos formais do ato não foram satisfeitos, tendo em vista a exigência de autorização do Congresso Nacional, mas desde que ouvidas as comunidades indígenas afetadas, não fora cumprida. Além de que, os estudos de impacto ambiental, o EIA/RIMA, foram realizados após a emissão do decreto, impossibilitando, todavia, a constatação dos reais impactos causados pelo empreendimento, cuja dimensão foi capaz de alterar sobremaneira o meio ambiente físico e biótico, bem como a sobrevivência das comunidades indígenas. Ou seja, uma série de conchaves políticos e jurídicos foram realizados, corrompendo os fluxos do sistema (política, direito e ciência) e, gerando um mal precedente para casos semelhantes.

Na atual vigência de governança global foi inevitável a interferência da CIDH que muda a sua postura para ser pró-ativa face à direitos humanos "frágeis" e, todavia, para reconhecer a relevância do dano ambiental, bem como o direitos das comunidades nativas como nas jurisprudências retromencionadas. O Brasil, por sua vez, demonstra ainda falta de abertura ao diálogo no campo internacional, relegando as externalidades internacionais e preterindo o proveito econômico a qualquer custo¹⁹⁴. Vê-se, portanto, um típico

¹⁹² Art. 231 da CRFB - São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens; §3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

¹⁹³ O mérito da ADI não chegou a ser apreciado e, portanto, sequer a ação foi conhecida. A decisão está disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395720>. Acessada em 10 de Outubro de 2014

¹⁹⁴ SICILIANO, André Luiz. **O caso Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: análise em dois níveis.** Disponível em: <http://pt.slideshare.net/alsiciliano/artigobelo-monte-na-cidh>. Acessado em: 09 de Outubro de 2010

caso da fatídica "estabilização das expectativas" e, portanto, de autodestruição provocada pelo bloqueio e, conseqüentemente, ausência de reação eficaz pelos sistemas atingidos.

Percebe-se, pois que o método não tem suporte em um sistema de identidade "atomista", posto que a efetivação da bitola parte da "dupla contingência". Ou seja, deverá haver a observação recíproca entre ordens jurídicas e tribunais de forma que uma reconheça a outra e, nesta perspectiva, uma ordem deverá suportar a outra, ocasionando à transversalidade por meio de "pontes de transição", mediante articulação de princípios e regras¹⁹⁵. Sendo assim, a abertura cognitiva dos ordenamentos e, portanto, a partir da permissão para os tribunais multiníveis realizarem seu papel na defesa de direitos humanos os atuais problemas de natureza constitucional irão ser solucionados com mais frequência. Ou seja, na medida em que a transversalidade sistêmica houver espaço em sistemas relutantemente "refratários" a relação entre clima, política e direito irá ser construtiva.

3.3.1 Caso EUA *versus* Inuits: "impunidade climática"?

Os documentos internacionais de maior relevo que preveem a salvaguardam de direito humanos (CADH e CEDH) não trazem expressamente a tutela do meio ambiente ou a necessidade de preservar o equilíbrio ambiental. No entanto, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem incentivado o processo de *greenining*¹⁹⁶ nas suas decisões e inserido a tutela ambiental como indissociável da proteção de direitos humanos, a exemplo da preservação da diversidade cultural.

No entanto, há sob o ponte vista político, econômico e jurista há uma séria dificuldade em aplicar o princípio da precaução, posto que concretizá-lo poderá levar a extremos seja de conservacionismo, seja de ceticismo. Em outras palavras, as incertezas das ações antrópicas no ambiente climático e quanto ao impacto do aquecimento global na sociedade podem levar à regras

¹⁹⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Op. Cit. 2013, Pg. 270

¹⁹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. **Direito internacional do meio ambiente e o greening na convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a08v9n1.pdf>. Acessado em 07 de Outubro 2014

"heurísticas" explanadas pela jurista americano Cass Sunstein, das quais destaco três. A primeira dela é a "heurística da disponibilidade" em que as pessoas se interessam pelo o que veem no noticiário e automaticamente ignoram-se outros riscos e centram-se nos riscos ambientais. A segunda é o "desprezo pela probabilidade", fato que prende a concentrar-se nas piores hipóteses e relegar que muitas vezes são improváveis e a terceira é a "aversão à perda", ou seja, predileção ao status quo, ou ainda, estão mais preocupadas com as perdas do que com os ganhos futuros.¹⁹⁷

Diante da fórmula "heurística" de Sustein, extrai-se que a princípio da precaução, orientador da aplicação do direito humano do clima, acarreta a opção por algum tipo de risco. Contudo, o transconstitucionalismo não visa ser uma medida "heurística", mas a sua complexidade (a do método) é proporcional ao caso e, portanto, forçará o juiz a realizar um trabalho "artesanal" de "tecelagem" transpassando os ordenamentos e transcendendo o Direito com o fito de realizar a justiça. Neste quesito, a Corte Interamericana tem decidido que em se tratando de comunidades indígenas não há opção, posto que a esquivia da tutela acarretará o desaparecimento de toda comunidade.

É nesta perspectiva que cabem tecer considerações acerca do caso Inuits X EUA. Os Inuits são povos indígenas, também conhecido com esquimós, que habitam as regiões árticas do Alasca, Canadá, Rússia e Groelândia, vivendo nas partes mais inóspitas do planeta. O superaquecimento da terra nos últimos 30 anos tem afetado de maneira nefasta a região Ártica, produzindo mudanças significativas no modo de vida dos Inuits. A comunidade conta com aproximadamente 155.000 inuits que tentam combinar os costumes ancestrais com modos de vida mais modernos, com destaque para a pesca, a caça, o uso de recursos naturais e o turismo que é muito forte na região. O fato é que, o bioma da área ocupada pelos Inuits é a tundra ártica o que resulta na necessidade de ser manter permanentemente gelada, caso contrário estará

¹⁹⁷ SUSTEIN Apud GUIDDENS, Anthony. **Política da mudança climática**. Op. Cit. 2010, Pg. 84 e 85

rompido o equilíbrio da tundra o que provocará correntes que desembocam no mar.¹⁹⁸

Por isso, em 2005, Sheila Watt-Cloutier, uma ativista inuit e uma das mais renomadas autoridades em assuntos climáticos, membro do Inuit Circumpolar Conference, encaminhou a petição 1.413/05 para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que tomasse providência quanto às nocivas práticas poluentes da indústria dos Estados Unidos da América. A ativista alegou o direito à segurança humana, tendo em vista que o degelo da tundra dificulta as comunicações dos Inuits por trilhos e, por vezes, provoca a morte dos membros, põe em risco à biodiversidade, levando animais como os ursos polares a entrarem em extinção, a segurança alimentar pela diminuição de peixes de água doce, danos estruturais e perda da manutenção da tradição cultural do povo inuit, implicando movimentos migratórios, forçando a mudança de vida drástica da população. A demanda dos inuits remete a responsabilidade dos Estados no tocante a tutela do clima, sendo, portanto, um "Estado assegurador" de políticas mitigatórias de mudanças climáticas, exercendo atividades de governança com grupos de interesse. Porém, deverá pensar em um Estado que transcenda a política, do sentido de política partidária, pois não há o que ser relutante diante de evidenciações na prática que, por sua vez, deverão ter lugar na agenda política para que os casos ganhem a repercussão devida, causando impacto no estilo de vida da população.¹⁹⁹

Malgrado todos os esforços, o processo for extinto sem julgamento de mérito, pois o Estados Unidos da América não se submete à jurisdição da CIDH, porém a demonstração que passa o caso em comento é a de que há um processo de mudança e que demandas como estas devem ser realizadas com mais frequência para que evidenciações sejam o caminho para formação de uma nova mentalidade e de novos comportamentos.

Portanto, percebe-se que enquanto houver bloqueadores e fechamento cognitivo dos ordenamentos não haverá espaço ao transconstitucionalismo

¹⁹⁸ **Human Rights and climate change.** Disponível em: http://www.ciel.org/Publications/Climate/CaseStudy_Inuit_Espanol_Sep07.pdf. Acessado em: 12 de Outubro de 2014

¹⁹⁹ Ibidem.

operar e alargar o campo de eficácia do direito humano do clima que, sobretudo afeta a permanência de comunidades indígenas ancestrais e compromete a manutenção de verdadeiros documentos arqueológicos "vivos", essencial a história e a cultura do planeta. Enquanto isso, amarga-se o gosto de a "impunidade climática", atacando os que mais precisam: os vulneráveis!

CONCLUSÃO

O diálogo e a alteridade propostos no presente trabalho são mecanismos que buscam a transversalidade e a interface entre ordenamentos dessemelhantes, mas que enfrentam problemas convergentes. A "crise" climática é certamente o tema que mais intriga políticos, cientistas e , juristas e economistas na atualidade. Questiona-se: como um movimento que nasceu como um projeto político poderá dar soluções a problemas tão amplos e complexos? Como abrir-se para evocar ordenamentos alienígenas sem causar amálgamas jurídicos internos? Como aplicar o princípio da precaução, levando ao direito tutelar incertezas?

São reflexões levantadas no presente trabalho e que trazem possíveis soluções extraídas de uma nova forma de interpretar a norma jurídica, baseado no princípio da justiça e na circularidade hermenêutica com o direito comparado. Além de que, demonstra-se o ideal de governança entre o Direito e outras epistemologias alternativas, a exemplo da ecologia e da sociologia, bem como a necessidade de maior participação da população em um cosmopolitismo imposto pela sociedade "mundializada" , plural e dinâmica.

É necessário repensar dogmas e aplicar novos métodos, como o do transconstitucionalismo, para remodelar as "ficções" jurídicas e políticas, a exemplo da segurança jurídica e da soberania, respectivamente, para a construção de uma sociedade mais democrática e inclusiva.

Desta forma, propõe-se uma postura mais pró-ativa dos órgãos julgadores e um perfil democrático dos Países, principalmente, das grandes potências, a exemplo dos EUA, que vem demonstrando ser um "bloqueador" de ordenamentos jurídicos "periférico", inclusive em âmbito internacional.

Diante do exposto, o que se quer atingir é a inação do Estado-juiz em face ao problema climático global que impacta a sociedade do presente e ameaça as futuras gerações, bem como o fechamento cognitivo antidemocrático dos países "refratários" e "autistas" que atingem, demasiadamente, a vida dos mais vulneráveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. 5ªed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

AMARAL, Luís Mira. **Indústria e energia: as apostas do fim do século**. Lisboa: Bertrand editora, 1997.

ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da precaução: manual de instruções**. Revista Cedoua, 9-57 (2008).

ARAGÃO, Alexandra. **Aplicação nacional do princípio da precaução**. Disponível em:
<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24581/1/Aplica%C3%A7%C3%A3o%20nacional%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o%20%28Alexandra%20Arag%C3%A3o%29.pdf>. Acessado em: 12 de Setembro de 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. Saraiva: São Paulo, 1999.

BARROS, Ana Sofia. **Multinacionais e deslocalização de indústrias perigosas**. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos**. 7ªed., Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.
_____ **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone Editora LTDA, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ªed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

BRITO, Carlos Ayres. Obra: **Teoria da Constituição**. Cap.II - A lógica própria do poder constituinte e a do poder constituído, págs. 31 a 54. Itens 2.1. A natureza política do poder constituinte; 2.2. O carácter político do direito posto pelo poder constituinte. Ed. Forense, 2003. Rio de Janeiro. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional –Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG

BUZANELLO, José Carlos. **Em torno da Constituição do direito de resistência**. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/917/R168-02.pdf>. Acessado em: 02/08/2014

CALLEJÓN, Francisco Balague. **As relações entre o Tribunal de Justiça da UE e os Tribunais Constitucionais Nacionais dos Estados-Membros**. Porto Alegre: Revista dos Direitos Fundamentais e Justiça, nº 13, 2010.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª, ed., Coimbra: Ed. Almedina, 2011.

_____. **"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Reflexões sobre a epistemologia contemporânea no Brasil**. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_04_02777_02790.pdf. Acessado em: 14 de Outubro de 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Acaro. **Estudos de homenagem ao professor Dr. Jorge Miranda**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Futuro do Estado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1972.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito econômico ambiental**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1997.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do direito no meio ambiente**. Coimbra: Almedina, 2007.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de proteção ambiental**. Lisboa: edição digital, 2012.

GOMES, Luis Flávio. **Legislação inglesa antiterror não vale**. Visualizado em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B3971CBDC-8395-4372-8A33-DA8DD393B795%7D_terrorismo-luiz-flavio.pdf. Acessado em: 15/06/2014.

GONÇALVES, Vasco Barroso. **Princípio da precaução e gestão de riscos ambientais: contribuições e limitações de modelos econômicos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v16n4/08.pdf>. Acessado em 12 de Setembro de 2014.

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. (Trad. Sérgio Bresserman Viana). Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

HABERLE, Peter. ***El Constitucionalismo Universal desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales***. Brasília: Revista de Direito Público do IDP, ano X, nº 54, 2013.

_____. **A sociedade aberta dos intérpretes: Constituição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. (Trad. Gilmar Mendes). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Um ensaio sobre a constituição da Europa**. (Trad. Marian Toldy e Teresa Toldy). Lisboa: Edições 70, 2012.

Human Rights and climate change. Disponível em: http://www.ciel.org/Publications/Climate/CaseStudy_Inuit_Espanol_Sep07.pdf. Acessado em: 12 de Outubro de 2014.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. (Trad. Gilmar Mendes). São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

JUNQUEIRA, Bráulio. **A institucionalização política da União Europeia**. Coimbra: Ed. Almedina, 2008.

Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos: direitos dos povos indígenas. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/jurisprudncia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos-direitos-dos-povos-indgenas?related=3>. Acessado em 01 de Outubro de 2014.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. (Trad. Arthur Mourão) Lisboa: Edições 70, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella Jr.) 7ª ed., São Paulo: RT, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. (Trad. José Lamego) Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

MAGALHÃES, Paulo. **Condomínio terra: das alterações climáticas a uma nova concepção jurídica do planeta**. Coimbra: Almedina, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Constitucionalismo e interpretação**. Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n9/2.pdf>. Acessado em 15/06/2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. **Direito internacional do meio ambiente e o greening na convenção americana sobre direitos humanos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v9n1/a08v9n1.pdf>. Acessado em 07 de Outubro 2014.

MATIAS, Eduardo Felipe. **Ação internacional contra a mudança climática (imposto sobre carbono)**. Revista Consulex nº 38, 2012.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ªed., São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **Transconstitucionalismo**. 1ªed., São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013.

RADBRUSH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/GRadbruchIntrod.pdf. Acessado em: 05 de outubro de 2014.

ROBERTO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014

SACHS, Jeffrey D. **O meio ambiente revida**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474346/noticia.htm?sequen ce=1>. Acessado em: 02 de Outubro de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3ªed., São Paulo: RT, 2014.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podivm, 2009, pp. 31/68. Disponível em: http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=56993, acesso em 28/05/2011. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional –Anhanguera- UNIDERP | REDE LFG.

_____. **A Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria**. In Sampaio, José Adércio Leite (coord.) Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, Ano 2003, págs. 251 á 314 - " Material da 1ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera- UNIDERP | REDE LFG..

SACHS, Jeffrey D. **O meio ambiente revida**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/474346/noticia.htm?sequen ce>.

SEIFFERT, Maria Elizabeth Benardini. **O mercado de carbono e o protocolo de Kyoto: oportunidades de negócios na busca da sustentabilidade.** São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

SICILIANO, André Luiz. **O caso Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos: análise em dois níveis.** Disponível em: <http://pt.slideshare.net/alsiciliano/artigobelo-monte-na-cidh>. Acessado em: 09 de Outubro de 2010.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, pp. 91-103. Material da 3ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

SILVA, Christiane Oliveira Peter. **Transjfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais.** 2013 284f. Tese de doutoramento em Direito, Estado e Constituição. Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2013.

SILVA, Suzana Tavares. **Direitos Fundamentais na Arena Global. Coimbra: Ed. Coimbra, 2011.**

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios do Direito da União Europeia.** Lisboa: Quid Juris.

STERN, Nicholas. **O desafio global.** (Trad. José C. S. Duarte). Lisboa: Esfera do Caos, 2009.

STECK, Lênio; KOCKER, Rafael; MULLER, Fabiano; FOGAÇA, Lucas Dalarrosa. **Hermenêutica constitucional e senso comum teórico dos juristas.** Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/19_Dout_Nacional%209.pdf. Acessado em 15 de Outubro de 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional,** São Paulo: Editora Saraiva, 2006, Capítulo I – Constitucionalismo; Título I – Teoria da Constituição, pág. 01 a 16. Material da 1ª aula da Disciplina Teoria Geral da Constituição, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

_____. **Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional.** Estudos em homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda. Coimbra, 2012.

_____. **Constituição do Brasil Integrada.** 2º ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

TEUBNER, Gunther. **Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do direito?** Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259/2792>. Acessado em: 06 de Outubro de 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Direito tributário ambiental.** (Org. Heleno Torres) São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional e os limites da razão de estado.** Obra: A humanização do direito Internacional. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006, págs. 109a 118. Material da 7ª aula da Disciplina Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito Constitucional – Anhanguera-UNIDERP | REDE LFG.

_____. TRINDADE, Otávio Augusto Cançado. **O mercosul no direito brasileiro: incorporação de normas e segurança jurídica.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.