

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

DEPARTAMENTO DE ANÁLISIS ECONÓMICO APLICADO

INSTITUTO UNIVERSITARIO DEL AGUA Y E LAS CIENCIAS AMBIENTALES - IACA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO STRICTO SENSU EM DIREITO – PPGD

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

MÁSTER EN TECNOLOGÍAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE LA GESTIÓN AMBIENTAL

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

**DIREITO À ÁGUA: POR UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL
EM DEFESA DE BENS FUNDAMENTAIS**

VANESSA RAMOS CASAGRANDE

Passo Fundo–Brasil e Alicante-Espanha, maio de 2023

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

DEPARTAMENTO DE ANÁLISIS ECONÓMICO APLICADO

INSTITUTO UNIVERSITARIO DEL AGUA Y E LAS CIENCIAS AMBIENTALES - IACA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO STRICTO SENSU EM DIREITO – PPGD

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

MÁSTER EN TECNOLOGÍAS Y POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE LA GESTIÓN AMBIENTAL

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO

DIREITO À ÁGUA: POR UMA CONSTITUIÇÃO GLOBAL EM DEFESA DE BENS FUNDAMENTAIS

VANESSA RAMOS CASAGRANDE

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade de Passo Fundo- UPF e da Universidad de Alicante, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Dr. Paulo Marcio Cruz

Orientador: Professor Dr. Andrés Molina

Coorientador: Professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Passo Fundo–Brasil e Alicante-Espanha, maio de 2023

CIP – Catalogação na Publicação

C335d Casagrande, Vanessa Ramos
Direito à água [recurso eletrônico] : por uma Constituição Global em
defesa de bens fundamentais / Vanessa Ramos Casagrande. – 2023.
1.250 KB ; PDF.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Marcio Cruz. Orientador: Prof.
Dr. Andrés Molina.

Coorientador: Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho. Dissertação
(Mestrado em Direito) – Universidade de
Passo Fundo, 2023.

1. Direito fundamental. 2. Água doce - Legislação. 3. Bem comum. 4.
Direito constitucional. I. Cruz, Paulo Marcio, orientador. II. Molina,
Andrés, orientador. III. Sobrinho, Liton Lanes Pilau, coorientador. IV.
Título.

CDU: 342.7

Catalogação: Bibliotecária Jucelei Rodrigues Domingues - CRB 10/1569

AGRADECIMENTOS

Agradeço à **Deus**, por todos os dias, oportunidades, caminhos e pessoas.

Agradeço ao meu pai, **Sérgio Casagrande**, por ser meu mentor da vida toda, minha bússola e a pessoa mais humana, honrada e íntegra que eu conheço. Por ser o gestor de cada uma das minhas conquistas através de todas as sementes sólidas, saudáveis e férteis que em mim plantou. Por se fazer presente em todos os caminhos que eu percorro através de seus sábios e valorosos ensinamentos, exemplos e conselhos. Por ser o grande gestor do tema deste trabalho, cultivando em mim a consciência e o amor pelo tema da água, por ter me impulsionado em cada uma das minhas leituras e por se fazer presente e inspirar meus pensamentos todos os dias, noites e madrugadas.

Agradeço à minha mãe, **Marcia Ramos Casagrande**, por ser absolutamente tudo! Minha fortaleza. A pessoa mais abençoada que conheço e que está comigo em todas as situações, e me ensina diariamente a seguir em frente com o coração leve e um sorriso no rosto. Obrigada pela doçura, pelo encanto, pela força inabalável! Você é a luz que me ilumina!

Agradeço ao meu irmão, **Marcio Ramos Casagrande**, por ser meu companheiro da vida e pela cumplicidade eterna. Meu homem de aço e coração de anjo. Aquele que compartilha comigo histórias, experiências, medos, dores e alegrias, na mesma intensidade. A pessoa que me faz bem só por existir e que sempre está comigo, se fazendo presente e indispensável em todas as situações.

Agradeço ao meu amor, **Renan Ribeiro Brandão**, que me apoia dia após dia, sempre me dando suporte e incentivo para que eu possa trilhar meu caminho sem pesos ou culpas. Obrigada por tolerar todas as minhas ausências e me apoiar em todos os projetos! Ver teus olhos brilhando a cada desafio e conquista minha não tem preço. Sentir teu incentivo e o quanto aposta nisso tudo é indescritível.

Agradeço a minha querida dupla e amiga inseparável, **Elys Marina Hack**, que esteve ao meu lado em todos os momentos, de braços atados, me apoiando, auxiliando, lutando e vencendo, dia após dia. Obrigada por tanto amor, luz, cumplicidade, carinho, gargalhadas, desespero, amizade e lealdade! Você fez simplesmente toda a diferença na minha experiência no mestrado, nas atividades de bolsista e na minha vida.

Agradeço ao meu maior amigo da vida, **Gabriel Fernando Andriolli**, que esteve a meu lado desde o início. Aquele que nunca permite que eu perca a essência da minha identidade e, com a palavra certa, acendeu a faísca para que todo este processo pudesse iniciar

Agradeço minha amada prima **Ana Claudia Ramos**, por estar sempre de mãos dadas comigo, mesmo à distância. *My secret weapon in my arsenal.*

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo, na pessoa da querida secretária **Vanessa Camera**, que sempre tanto me ajudou com sua doçura, profundas conversas e amizade.

Agradeço a todo o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo pelas aulas ministradas com dedicação.

Agradeço à CAPES pelo incentivo financeiro.

Agradeço ao querido Prof. **Paulo Marcio Cruz** pela orientação, pela gentileza com que sempre me atendeu, e por todos os direcionamentos dados a este trabalho. A riqueza de seus escritos tornam mais leves os caminhos a serem percorridos.

Agradeço ao meu genial mestre, Coordenador de Mestrado e Coorientador, Prof. Dr. **Liton Lanes Pilau Sobrinho**, que inegavelmente possui uma biblioteca em sua cabeça e que sempre tem uma ideia inovadora para oferecer e uma palavra de otimismo para passar. Obrigada por tanto respeito, pela confiança, pelas oportunidades e por sempre ter acreditado e expressado o potencial que vê em mim! Obrigada por toda amizade, apoio e compreensão nesta caminhada! Estar sob sua coordenação e orientação sempre será uma honra e uma alegria!

Agradeço a querida Profa. Dra. **Talissa Trucollo Reato**, que sempre teve um jeitinho especial de auxiliar e participar, com muito carinho e cumplicidade.

Agradeço ao Prof. Me. **Franco Scortegagna**, pelo suporte, compreensão, amizade e, especialmente, humanidade com que me auxiliou.

Agradeço aos meus amores **Marley** e **Ivy**, por terem dividido comigo todos os momentos, ainda que escondendo seus olhinhos dos abajures ao longo das madrugadas.

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus pais Sérgio Casagrande e Marcia Ramos Casagrande, os responsáveis por tudo e sem os quais nada seria possível. Tudo é por vocês e para vocês, e sempre será.

*On the turning away
From the pale and downtrodden
And the words they say
Which we won't understand
Don't accept that what's happening
Is just a case of others' suffering
Or you'll find that you're joining in
The turning away*

*It's a sin that somehow
Light is changing to shadow
And casting it's shroud
Over all we have known
Unaware how the ranks have grown
Driven on by a heart of stone
We could find that we're all alone
In the dream of the proud
On the wings of the night
As the daytime is stirring
Where the speechless unite
In a silent accord
Using words you will find are strange
And mesmerised as they light the flame
Feel the new wind of change
On the wings of the night*

*No more turning away
From the weak and the weary
No more turning away
From the coldness inside
Just a world that we all must share
It's not enough just to stand and stare
Is it only a dream that there'll be
No more turning away*

(Pink Floyd - David Gilmour, Anthony Moore)

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Universidad de Alicante, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e os Orientadores e Coorientador de toda e qualquer responsabilidade acerca dele.

Passo Fundo-Brasil e Alicante-Espanha, maio de 2023

**Vanessa Ramos Casagrande
Mestranda**

A Comissão Examinadora abaixo assinada, aprova a Dissertação.

**“DIREITO À ÁGUA: POR UMA CONSTITUIÇÃO
GLOBAL EM DEFESA DE BENS
FUNDAMENTAIS”**

Elaborada por

VANESSA RAMOS CASAGRANDE

Como requisito parcial para a obtenção do grau de “Mestre em Direito”
Área de Concentração – Novos Paradigmas do Direito

APROVADA COM DISTINÇÃO E LOUVOR

Pela Comissão Examinadora em: 23/03/2023



Dr. Paulo Márcio Cruz
Presidente da Comissão Examinadora
Orientador



Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho
Coordenador PPGDireito
Membro interno



P/
Dr. Nicolás Basigli
Membro externo



SUMÁRIO

RESUMO.....	12
RESUMO EM LINGUAS ESTRANGEIRAS.....	13
INTRODUÇÃO.....	15
1 CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO GLOBAL.....	17
1.1 CONSTITUCIONALISMO, SOBERANIA E GLOBALIZAÇÃO	17
1.2 CRISE DO CONTITUCIONALISMO E O TRANSCONSTITUCIONALIDADE.....	29
1.3 CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO: O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA MULTINÍVEL	47
1.3.1 CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL DE INGOLF PERNICE.....	48
1.3.2 CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI.....	56
2 NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E BENS FUNDAMENTAIS.....	63
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E EVOLUÇÃO	63
2.2 CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DE BENS FUNDAMENTAIS POR LUIGI FERRAJOLI	85
3 POR UMA PROTEÇÃO GLOBAL AO DIREITO À ÁGUA.....	93
3.1 TRATAMENTO JURÍDICO DA ÁGUA E SUA INSUFICIÊNCIA	93
3.2 DIREITO À ÁGUA COMO UM BEM FUNDAMENTAL GLOBALMENTE PROTEGIDO	106
3.3 CONCRETIZAR PARA SOBREVIVER: A UTOPIA AO ALCANCE DAS MÃOS.....	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS DAS OBRAS CITADAS.....	127

LISTA DE SIGLAS

AIEA – Agência Internacional de Energia Atômica

CF – Constituição Federal

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

EUA – Estados Unidos da América

FAO – Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação

FMI – Fundo Monetário Internacional

ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável

REDD++ - Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal

OMC – Organização Mundial do Comércio

OMI – Organização Marítima Internacional

ONU – Organização das Nações Unidas

ONU – HABITAT – Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

UNIDO – Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial

RESUMO

Este trabalho, inserido na Linha de Pesquisa “Jurisdição Constitucional e Democracia”, possui como finalidade o estudo da necessidade de uma Constituição Global para proteção da água como um bem fundamental. No desenvolvimento do presente estudo, contemplou-se o método hipotético-dedutivo, o qual permite que o investigador possa ir do conhecido ao desconhecido, e ainda o método hermenêutico, com a finalidade de melhor compreensão da doutrina e legislação. No que se refere às técnicas de procedimento, utilizou-se a técnica bibliográfica e documental, com suporte em instrumentos normativos do ordenamento jurídico brasileiro, e fontes bibliográficas, com abordagem qualitativa. Neste contexto, o primeiro capítulo dedica-se ao estudo do constitucionalismo, sua evolução, a questão da soberania e a globalização. Analisa ainda a crise que acomete o modelo atual de constitucionalismo e a questão da transconstitucionalidade, além de verificar o modelo possível para o constitucionalismo do futuro, pautado em um esquema multinível e garantista. O estudo do segundo capítulo abrange os direitos fundamentais e os correspondentes bens fundamentais a partir da teoria de Luigi Ferrajoli. Por fim, o terceiro capítulo reconhece a água como um bem fundamental e demonstra insuficiência regulatória jurídica atual para garantir o acesso de todos à água potável, concluindo que apenas uma constituição global é capaz de estabelecer a proteção necessária.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Global. Bens Fundamentais. Direito fundamental à Água.

ABSTRACT

This paper, part of the research line "Constitutional Jurisdiction and Democracy", aims to study the need for a Global Constitution to protect water as a fundamental good. In developing this study, the hypothetical-deductive method was used, which allows the researcher to go from the known to the unknown, and also the hermeneutic method, with the purpose of better understanding the doctrine and legislation. As far as the procedural techniques are concerned, the bibliographical and documental technique was used, supported by normative instruments of the Brazilian legal system, and bibliographical sources, with a qualitative approach. In this context, the first chapter is dedicated to the study of constitutionalism, its evolution, the issue of sovereignty and globalization. It also analyzes the crisis that afflicts the current model of constitutionalism and the issue of transconstitutionality, in addition to verifying the possible model for the constitutionalism of the future, based on a multilevel and guaranteeist scheme. The second chapter covers fundamental rights and the corresponding fundamental goods based on Luigi Ferrajoli's theory. Finally, the third chapter recognizes water as a fundamental good and demonstrates the current legal regulatory insufficiency to guarantee access to drinking water for all, concluding that only a global constitution is capable of establishing the necessary protection.

KEY-WORDS: Global Constitution. Fundamental Goods. Fundamental Right to Water.

RESUMEN

Este trabajo, inserto en la línea de investigación "Jurisdicción Constitucional y Democracia", pretende estudiar la necesidad de una Constitución Global que proteja el agua como bien fundamental. En el desarrollo de este estudio se utilizó el método hipotético-deductivo, que permite al investigador ir de lo conocido a lo desconocido, y también el método hermenéutico, con el fin de comprender mejor la doctrina y la legislación. En cuanto a las técnicas de procedimiento, se utilizó la técnica bibliográfica y documental, con apoyo en instrumentos normativos del ordenamiento jurídico brasileño, y fuentes bibliográficas, con enfoque cualitativo. En este contexto, el primer capítulo está dedicado al estudio del constitucionalismo, su evolución, la cuestión de la soberanía y la globalización. También analiza la crisis que afecta al actual modelo de constitucionalismo y la cuestión de la transconstitucionalidad, y verifica el posible modelo para el constitucionalismo del futuro, basado en un esquema multinivel y garantista. El segundo capítulo aborda los derechos fundamentales y los correspondientes bienes fundamentales a partir de la teoría de Luigi Ferrajoli. Finalmente, el tercer capítulo reconoce el agua como bien fundamental y demuestra la insuficiencia normativa legal actual para garantizar el acceso al agua potable para todos, concluyendo que sólo una constitución global es capaz de establecer la protección necesaria.

PALABRAS CLAVE: Constitución Global. Bienes Fundamentales. Derecho Fundamental al Agua.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do Título de Mestre em Direito pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Direito, vinculado ao Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito (PPGDireito), Universidade de Passo Fundo (UPF), sob a Linha de Pesquisa “Jurisdição Constitucional e Democracia” e a Área de Concentração “Novos Paradigmas do Direito”.

Ainda, o objetivo específico é investigar se o regramento jurídico mundial é suficiente para proteger um bem transfronteiriço como a água.

Com a finalidade de desenvolver-se a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) O constitucionalismo atual é suficiente para tutelar e garantir, no âmbito interno dos Estados, o fornecimento de água potável para todos.
- b) O Direito Internacional tem conseguido agir em consonância perfeita com os ordenamentos jurídicos dos Estados, de forma a tutelar este bem transfronteiriço que é a água.
- c) É necessário um tratamento jurídico mais adequado à água, que deve ser somado a um novo modelo de constitucionalismo.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos no presente relato de pesquisa.

A dissertação está composta de 3 capítulos:

O primeiro capítulo trata do constitucionalismo e sua evolução, abrangendo análise sobre a questão da soberania e a globalização e, assim, a crise do constitucionalismo e da transconstitucionalidade, até chegar ao que vê como a evolução necessária construindo-se um constitucionalismo global, multinível.

O segundo capítulo dedicou-se à análise dos direitos fundamentais e sua evolução intrinsecamente ligada à evolução do próprio constitucionalismo,

identificando a necessidade de uma teoria de bens fundamentais para uma maior proteção de bens vitais.

O terceiro capítulo verifica a questão da água e a carência e fragilidade regulatória, exigindo a elevação da água à categoria de bem fundamental e sua proteção planetária a partir da construção de uma constituição global.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos e concepções destacados da Dissertação, seguidos de estímulo à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a necessidade de criação de um constitucionalismo global, que controle os interesses dos mercados e os efeitos da globalização, de forma a garantir e tutelar bens fundamentais. O tema é relevante pois intimamente ligado à sobrevivência da vida na Terra, uma vez que a água é elemento essencial para todas as espécies.

Quanto a metodologia empregada, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, o qual permite que o investigador possa ir do conhecido ao desconhecido, e ainda o método hermenêutico, com a finalidade de melhor compreensão da doutrina e legislação. No que se refere às técnicas de procedimento, utilizou-se a técnica bibliográfica e documental, com suporte em instrumentos normativos do ordenamento jurídico brasileiro, e fontes bibliográficas, com abordagem qualitativa.

CAPÍTULO 1

CONSTITUCIONALISMO E CONSTITUIÇÃO GLOBAL

As revoluções sociais francesa, inglesa e norte americana havidas no Século XVIII culminaram na queda do absolutismo e o início do constitucionalismo que se mantém em constante evolução até os dias atuais. Questões como soberania e globalização merecem análise, ao perceber-se que os movimentos da sociedade atual têm aproximado os indivíduos e as relações, e criado uma espécie de poder alheio aos Estados, agigantando-se enquanto praticamente neutralizam o poder de coerção estatal, deixando bens sociais à mercê da lógica dos mercados, o que agrava a desigualdade social e o risco ambiental. O constitucionalismo transnacional mostrou-se eficiente nas áreas em que fora implementado, mas incapaz de controlar situações que extrapolam os limites de sua competência. Neste cenário busca-se um novo salto evolutivo, de modo a constituir um novo modelo de constitucionalismo mais adequado às exigências atuais da sociedade. Para tanto, a análise de um constitucionalismo global, organizado em um sistema multinível parece necessária.

1.1 – CONSTITUCIONALISMO, SOBERANIA E GLOBALIZAÇÃO

As convulsões sociais havidas no Século XVIII na França e nos Estados Unidos culminaram no surgimento do Estado Moderno que, diferentemente do regime absolutista anterior, trouxe em seu bojo os ideais da liberdade, igualdade e fraternidade.

O constitucionalismo é filho do iluminismo. É “a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício de seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar.”¹

Indiscutivelmente as Constituições trouxeram inovações e evoluções na

¹ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** Tradução de: Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p.

seara jurídica, iniciando o chamado Constitucionalismo Moderno que, nos termos de Paulo Marcio Cruz:

[...] se manifesta nas Revoluções do século XVIII apresenta uma característica definidora: a afirmação radical da liberdade do indivíduo e a existência de alguns direitos irrenunciáveis deste mesmo indivíduo, como critério essencial da organização do Estado. Este princípio de liberdade individual se expressa como a mesma justificativa, em última análise, da existência do Poder Político².

A idade moderna, atrelada ao capitalismo, funda as bases da filosofia do direito até os dias atuais:

Individualismo, direitos subjetivos, limitação do Estado pelo direito, universalidade dos direitos, antiabsolutismo, contratualismo. Essas noções jusfilosóficas, surgidas das realidades sociais capitalistas de então, constituem um arcabouço comum que se poderia chamar de pensamento filosófico moderno, iluminista.³

Se antes o poder era fundamentado na vontade divina com perseguições de toda ordem por motivos religiosos, a reforma religiosa, com pluralidade de religiões, cria um déficit de legitimidade divina justamente pelo fato de que as pessoas já não eram mais devotas de um mesmo Deus⁴.

A teoria do contratualismo⁵ traz a percepção de que a existência de Estado e sociedade civil é melhor para os indivíduos, que passam a ser o centro das relações políticas.

A fundação do estado civil com poderes limitados, respeitando os direitos naturais, garante que o indivíduo cede apenas parcela de suas liberdades, retendo algumas outras. A ideia era de que a liberdade individual deve limitar o exercício do poder.

Nos três principais modelos de constitucionalismo (inglês, francês e norte-

² CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 27

³ MASCARO, Alisson Leandro. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2021, p.124.

⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p p. 55

⁵ Em síntese, a teoria do contratualismo entende que existe um pacto ou contrato social entre os diferentes membros da sociedade de forma a garantir a ordem social. As três principais teorias contratualistas foram desenvolvidas por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau,

americano), o ponto comum é a necessidade de conter o poder. Seja no modelo francês, que temia o poder judiciário, seja no modelo norte-americano que temia o parlamento, a intenção precípua sempre foi a limitação do poder e o asseguramento das liberdades individuais.

Não obstante tais modelos tenham evoluído com o passar do tempo, a pedra de toque sempre girou em torno destes dois pilares e um terceiro, que demorou mais tempo para se aproximar da realidade, que é a busca da legitimação do poder político pelo consentimento daqueles a ele submetido, por meio do exercício dos direitos políticos, via democracia representativa, que só se tornou realidade no Século XX⁶.

Era uma preocupação do constitucionalismo evitar a concentração excessiva de todo poder que pudesse macular a liberdade individual, e por isso buscava-se a separação dos poderes. A necessidade de contenção do poder é retratada na obra O Federalista, quando se afirma que a ‘ambição deve poder contra-atacar a ambição’⁷, e que, embora não seja exatamente lisonjeiro reconhecer a necessidade destas estratégias para contenção do poder, o seu reconhecimento é inegável⁸:

Mas o que é o próprio governo senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: é necessário primeiro capacitar o governo a controlar os governados; e em seguida obrigá-lo a se controlar a si próprio. A dependência para com o povo é, sem dúvida, o controle primordial sobre o governo, mas a experiência ensinou à humanidade que precauções auxiliares são necessárias.⁹

O segundo pilar do constitucionalismo assenta as bases na garantia das

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p

⁷ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James ; tradução Maria Luiza X de A. Borges. **Os Artigos Federalistas**. São Paulo: Faro Editorial, 2021, p. 275

⁸ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James ; tradução Maria Luiza X de A. Borges. **Os Artigos Federalistas**, p. 275

⁹ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James ; tradução Maria Luiza X de A. Borges. **Os Artigos Federalistas**, p. 275

liberdades individuais. É preciso ter em mente que no contexto dos Séculos XVIII e XIX a liberdade era garantida pelo absenteísmo estatal, numa espécie de escudo colocado em volta do indivíduo protegendo-o dos ataques e abusos dos governantes. O direito, naquele momento, era pensado como uma liberdade negativa.

Levando em consideração o modelo de Estado existente imediatamente antes do Constitucionalismo, é possível compreender a importância dada a este novo modelo e a necessidade de salvaguardar direitos como a liberdade de religião, liberdade de expressão e o direito à propriedade.

Antonio Pérez Luño aponta que o constitucionalismo atual é fruto dos ~~dos~~ fundamentais: as normas que sancionam o estatuto dos direitos fundamentais, [j]unto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad.”¹⁰

Por fim, o terceiro pilar foi o mais dificultoso a tornar-se realidade, pois buscava a legitimação do poder político através do consentimento dos governados. Embora o pensamento político nesta fase de certa forma resgatasse ideia havida na Grécia antiga sobre democracia, naquela oportunidade excluía-se das decisões as mulheres, os escravos, os estrangeiros e seus dependentes, e todas as decisões eram tomadas diretamente pelo povo, em praça pública. Na modernidade a ideia é retomada por Jean Jacques Rousseau como defensor da democracia direta, exercendo forte influência na Revolução Francesa, embora ele mesmo reconheça que o sucesso da democracia direta só é possível em comunidades políticas pequenas, e entenda a impossibilidade de transplantar este modelo para a Europa do Século XVIII.

É neste momento que passa a surgir a ideia de representação política, embora o sufrágio universal só tenha se tornado uma realidade no Século XX. O voto censitário, depois substituído por voto capacitário eram nitidamente excludentes ao levar-se em consideração que a massa de analfabetos era imensa, diante da exigência que condicionava o voto à algum grau de instrução.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 19.

Dos mencionados três modelos de constitucionalismo, enquanto o modelo inglês funda-se na preservação das tradições sob uma ótica liberal, os modelos francês e norte-americano se apoiam na razão, desconfiando das tradições. Sendo assim fica simples compreender que o modelo inglês não adota a ideia de ruptura, enquanto nos outros dois modelos a ruptura com o sistema anterior é abraçada e pretendida. É assim que surgem, nos modelos francês e norte-americano, a ideia de Poder Constituinte, fundando-se um novo Estado e uma nova comunidade política. Outra diferença existente, naquele momento, entre o primeiro modelo e os outros dois é que nestes está presente o controle de constitucionalidade, feito pelo Judiciário nos Estados Unidos, e pelo legislativo na França.

É de se ressaltar que todos os modelos sofreram evoluções até os dias atuais, sendo que se na Inglaterra o controle sempre foi mais fortemente realizado pelo próprio povo em nome de sua cultura constitucional que não mais elegia parlamentares que não representassem seus interesses, com o passar do tempo o movimento de internacionalização e universalização de direitos fez com que o Reino Unido passasse a ser condenado pela Comissão Europeia de Direitos Humanos e também pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, o que alçou o *Human Rights Act* à legislação parâmetro para controle das leis.

Na França a própria Revolução dá o tom de ruptura. A teoria do Poder Constituinte é originariamente francesa e estava fulcrada da ideia de soberania do povo que rompia com as instituições do passado e criava órgãos e poderes inspirado da teoria do Abade Emanuel Joseph Sieyès e sua obra que questionava sobre o que era o terceiro estado e já no primeiro capítulo enuncia que o Terceiro Estado é uma Nação completa, e assim defendia a necessidade da Nação passar a ocupar papel relevante na ordem política e assim dizia

O plano do presente trabalho é muito simples. Devemos responder a três perguntas:

1ª) O que é o Terceiro Estado? – Tudo.

2ª) O que tem sido ele, até agora, na ordem política? - Nada

3ª) O que é que ele pede? – Ser alguma coisa.¹¹

¹¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. XXXIX.

Tendo em vista que a Revolução Francesa foi justamente um movimento contra o judiciário, que era o antigo regime onde os cargos de juizes eram distribuídos por reis permitindo um enredo de troca de favores e corrupção, no novo modelo a defesa da Constituição francesa era realizada pelo parlamento.¹²

O constitucionalismo norte-americano também traz a ideia de ruptura. Neste modelo o controle ficou à cargo do judiciário, visto que, diferentemente do povo francês, os americanos por sua vez nutriam desconfiança do legislativo, pois oprimidos pelo parlamento inglês.

Deste modo, norte-americanos entenderam prudente fortalecer o judiciário e as garantias dos juizes com vitaliciedade e estipulação definitiva de subsídios¹³ pois, 'o poder de sustento de um homem equivale ao poder sobre sua vontade'.¹⁴ Havia igualmente previsão de *impeachment* no caso daquele juiz que incorresse em má conduta.¹⁵

A figura do judiciário como garantidor da constituição, com a supremacia da constituição, fica clara no célebre caso Marbury x Madison, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1803.

É de se dizer que garantias constantes no texto constitucional norte-americano, atualmente utilizadas em causas nobres, no momento de sua escritura tinham um caráter mais elitista, como fica claro na proteção das minorias contra os abusos das majorias, quando pretendia-se proteger ricos (minorias) do desígnio dos pobres (maioria).

É também de se salientar o nítido caráter republicano daquele texto, que logo no preâmbulo é iniciado com a inscrição 'We, the people'¹⁶. Igualmente

¹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p

¹³ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James ; tradução Maria Luiza X de A. Borges. **Os Artigos Federalistas**, p. 412

¹⁴ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James ; tradução Maria Luiza X de A. Borges. **Os Artigos Federalistas**, p. 412

¹⁵ HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James ; tradução Maria Luiza X de A. Borges. **Os Artigos Federalistas**, p. 414

¹⁶ USA. **Constitution of United States**. Disponível em

importante apontar que a constituição norte-americana traz, do ponto de vista institucional, a ideia de Federação, Presidencialismo e a compreensão da constituição como norma jurídica, e o judiciário como garantidor desta norma.

Se no Século XIX e começo do Século XX este modelo norte-americano de controle de constitucionalidade era tido como uma invenção excentrica norte-americana, após a Segunda Guerra Mundial houve um nítido fortalecimento do judiciário, em alguns casos até mesmo um protagonismo na discussão de questões essenciais, como a democracia.

No que tange às liberdades individuais, se inicialmente pretendia-se um estado absentéista ou estado mínimo, ao final do século XIX, com a Revolução Industrial, já eclodiam protestos pela intervenção estatal de modo a garantir ativamente direitos mínimos.

A Primeira Guerra Mundial evidenciou a incapacidade do liberalismo em resolver problemas gravíssimos, deixando claro que a mera previsão nos textos constitucionais de que ‘todos são iguais perante a lei’ não é suficiente para garantir direitos mínimos aos indivíduos. As jornadas de 15, 17 horas de trabalho onde crianças, e mulheres prestes à parir, eram obrigadas a trabalhar em condições sub-humanas, com remunerações aviltantes, e repressão agressiva a qualquer espécie de protesto culminaram na crise a sociedade liberal.

O quadro dramático de desigualdade e injustiça produzido pelos excessos do capitalismo selvagem, associado à progressiva universalização de direito de voto, vai levar à mudança de paradigma do Estado Liberal para o do Estado Social. Uma das consequências desta ampliação da intervenção do Estado nas relações sociais é o fenômeno da “inflação legislativa”: não só aumenta exponencialmente a quantidade de normas jurídicas, como também certas características destas normas se alteram significativamente. A generalidade e abstração das normas vai sendo substituída pela concretude das chamadas “leis-medida”. Os códigos, neste quadro, perdem a centralidade de outrora, passando a disputar espaço com uma legislação extravagante cada vez mais abundante. A doutrina passa a falar até numa era de “descodificação” do Direito. Como não poderia deixar de ser, a inflação legislativa leva à desvalorização da lei.¹⁷

https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em 04 abr 2023.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>. Acesso em 12 mar 2023.

As Constituições e o modelo de Estado foram repensados, e aquelas passaram a prever direitos sociais, além dos direitos individuais clássicos. As Constituições agigantam-se e passam a tratar de temas variados e não apenas da organização do estado ou da relação deste com o cidadão. Passaram a tratar de relações em que o estado sequer estará presente, em nítida expressão da eficácia horizontal de direitos.

Deste modo, além das Constituições tratarem de um maior número de temas, de forma mais detalhada¹⁸, “os princípios e valores da Constituição penetram em todo ordenamento jurídico, impondo uma filtragem constitucional do ordenamento, vale dizer, a releitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição.”¹⁹

Além disso, as constituições passaram a prever ou ampliar seus instrumentos de controle de constitucionalidade, deixando nítida a supremacia da Constituição, que não podia mais ser vista como mero aconselhamento, mas como norma jurídica hierarquicamente superior às demais.

A universalização do sufrágio, a existência de novos grandes partidos políticos ampliaram o direito ao voto de tal forma que as mazelas enfrentadas pelos mais pobres passaram a ser notadas, discutidas e trazidas para o direito. Percebeu-se que a mera previsão de direitos em texto constitucional era insuficiente, cabendo ao Estado garantir e fornecer condições materiais para que tais direitos fossem efetivamente usufruídos por todos, indistintamente.

Outro nítido exemplo da influência dos novos ventos que traziam a garantia dos direitos sociais é a mudança de entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, que passou a interpretar a Constituição não mais como um

¹⁸ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>. Acesso em 12 mar 2023.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>. Acesso em 12 mar 2023.

obstáculo para a criação de políticas sociais.²⁰

Dentre diversos questionamentos e críticas ao estado liberal percebeu-se que o estado ausente e distante dos conflitos sociais, com textos constitucionais recheados de direitos e omissos na garantia deles era um remédio inócuo, de modo que, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, firma-se o estado social que passa a intervir na economia, compensar as desigualdades sociais através de prestações estatais e concessão de direitos sociais. A constituição recebe uma nova interpretação, deixando de lado a postura absenteísta e adotando uma característica positiva. É um estado prestacional, que busca materializar direitos.

Todo o direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, de uma massa amorfa, carente de acesso à saúde ou à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai uma imensa tarefa. O Estado subsume toda dimensão do público e tem que prover os serviços inerentes aos direitos de Segunda geração à sociedade, como saúde, educação, previdência, mediante aos quais alicia clientela.²¹

Mesmo naquelas constituições anteriores à Segunda Guerra Mundial, a influência do Estado Social pode ser sentida pela mudança de interpretação ao texto já escrito.

Paralelamente ao fenômeno da constitucionalização, outros dois fenômenos seguem a todo vapor, que são a globalização das relações e, na Europa, a “europeização do direito”²².

Como definição do processo de globalização é possível utilizar a teoria de Giddens a qual diz que “a globalização pode ser definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas

²⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p.

²¹ CARVALHO NETO, Melenick de. **Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado, v. 3. Belo Horizonte: 1999.

²² SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>. Acesso em 12 mar 2023.

de distância e vice-versa.”²³

As relações sociais tornam-se mais dinâmicas, conectadas e interrelacionadas umas com as outras. A expansão da internet e a facilidade de acesso deixa à todos conectados, próximos.

Alguns fatores alimentam os processos de globalização, enquanto outros tornam a mesma imprescindível para a sua solução. A nova estrutura de comunicação e a revolução da tecnologia de informação, os novos mercados globais munidos de distribuição global, o desenvolvimento de novos níveis de processos políticos e a formação de novas instâncias governamentais, a difusão de valores democráticos pós-guerra fria, a internacionalização da segurança contra o terrorismo, as pandemias e crises ambientais, os processos migratórios e a emergência de uma nova sociedade global são alguns dos fatores que alavancam o processo globalizante.²⁴

O mercado se expande com as relações interpessoais. Os governos se apequenam, pois não existe vácuo de poder. Onde houver uma relação econômica, financeira, comercial, haverá alguma espécie de domínio, ainda que não seja estatal, previsto no movimento do constitucionalismo.

Muitas vezes, a burocracia governamental torna lenta a regulamentação de situações que, na prática, já existem. A ausência de controle e regulação das atividades abrem espaço para abusos e excessos pois, como dito, em toda relação sempre há alguém no comando.

A questão da globalização na virada para o século XXI representa, para as empresas que fazem negócios transnacionais, o mesmo que a questão das classes sociais representava para o movimento dos trabalhadores no século XIX, mas com uma diferença essencial: enquanto o movimento dos trabalhadores atuava como poder *de oposição*, as empresas globais atuam até este momento *sem oposição* (transnacional).²⁵

O enfraquecimento das instituições e das ideologias escalam progressivamente conforme a sociedade e as forças sociais encontram-se perdidas em meio a tantas novidades. A globalização trouxe o hiperconsumo, a facilidade de acesso à bens materiais há pouco inalcançáveis, seja pela dificuldade que a distância

²³ GUIDDENS, Anthony. **Consequências da Modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 199, p. 76

²⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14

²⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 14

física impunha, seja pela inexistência deles. É inegável a avanço da oferta de produtos.

Tamanho oferta trouxe competitividade, empresas nacionais e multinacionais sedentas por um mercado inexplorado. O objetivo de colocar maior quantidade de produtos, de diversos modelos, sempre inovadores e recentes, à um preço competitivo, trouxe consequências imprevisíveis aos modelos de constitucionalismo outrora construídos.

A economia de mercado se tornou superpoderosa a ponto de ter engendrado um sistema que escapa a qualquer controle, seja por parte dos banqueiros, das instituições internacionais ou dos Estados. Neste contexto, o princípio da plena soberania dos Estados recua, uma vez que estes têm cada vez menos margens de manobra. A economia se torna obesa, enquanto o Estado se torna modesto ou impotente.²⁶

A relações construídas nesta escalada evolutiva da globalização escapam dos controles tradicionais governamentais. Não há previsão legal que faça frente às inovações diárias. Os tempos correm diferente entre estas realidades.

Diante desse descompasso, multinacionais sentem-se livres para driblar impostos e legislações trabalhistas e ambientais. O mercado passa a buscar e pulverizar suas atividades entre vários Países conforme a legislação posta. Busca-se o local em que a mão de obra é mais barata e as leis trabalhistas e ambientais são menos rigorosas. As vendas são direcionadas para grandes centros comerciais. Os valores arrecadados são destinados à Países com menor rigor tributário, e o lixo é descartado em locais com menor rigor ambiental.

Acredita-se que a economia globalizada seja a mais adequada para oferecer o bem-estar por todo o mundo e desta maneira eliminar as desigualdades sociais. Mesmo no que diz respeito à proteção ambiental, afirma-se, grandes avanços são conquistados com o livre comércio, pois a pressão da concorrência contribui para a proteção de fontes de matéria-prima e torna obrigatória uma convivência saudável com a natureza. Contudo omite-se premeditadamente (...) o desemprego em massa no chamado Terceiro Mundo (...) salários reduzidos, condições de trabalho subhumanas e com zonas sem interferência sindical.²⁷

²⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **Da Leveza: rumo a uma civilização sem peso**. Trad. Idalina Lopes. Barueri: Manole, 2016, p. 50

²⁷ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.206

Há confusão entre globalização econômica e internacionalização da economia, quando em verdade o que ocorre é a segunda, pois não há avanço econômico em todas as regiões, e sim em algumas²⁸, com “fortalecimento das relações *transnacionais* de comércio e produção e dentro delas”²⁹, exclusivamente.

O processo econômico moderno (convencional ou ortodoxo), por um lado, tem no meio ambiente como fonte de matéria-prima a energia necessária à produção, beneficiamento e transformação dos bens e mercadorias a serem comercializadas. Paralelamente, a teoria econômica convencional ignora o meio ambiente nessa condição, e explora-o de forma sem precedentes.³⁰

A globalização causa impactos também nas tradições e, como ressalva Amartya Sen há um “poder esmagador da cultura e do estilo de vida ocidentais para solapar modos de vida e costumes tradicionais”³¹ sendo necessário “incluir esforços conjuntos para tornar a forma da globalização menos destrutiva para o emprego e o modo da vida tradicional e para ocasionar uma transição gradual.”³²

O crescimento da globalização demanda regulamentação internacional, com instituições que cuidem das transações que ultrapassam fronteiras.³³ A globalização “não inicia o fim da política, mas antes anuncia seu recomeço”³⁴ e deve vir “acompanhada por uma melhor coordenação da política entre Estados nacionais soberanos, pelo aprimoramento da fiscalização de bancos e instituições financeiras, por uma cooperação mais estreita entre organizações internacionais e pelo seu próprio fortalecimento, a fim de que adquiram maior eficiência e flexibilidade.”³⁵

²⁸ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 206

²⁹ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 207

³⁰ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. FLORES, Guilherme Nazareno. **Desgovernança global, entropia, e consumismo: a teorização de um direito transnacional para uma transição à sustentabilidade**. Florianópolis: Emais, 2018, p. 123.

³¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 308

³² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 309

³³ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 227

³⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 225

³⁵ BECK, Ulrich. **O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização**. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 227

É necessário que os Estados entrem nessa dança de cadeiras evolutiva e aperfeiçoem-se, unindo-se entre si e não deixando lacunas de poder a serem preenchidas por poderes gananciosos pois, “a liberdade da política do Estado é incansavelmente erodida pelos novos poderes globais providos das terríveis armas da extraterritorialidade, velocidade de movimento e capacidade de evasão e fuga.”³⁶

Ao invés de resistências descabidas e preconceitos infundados, é necessário ver Estados como aliados. É preciso ver a “transnacionalização do Estado como nova possibilidade de construção político-jurídica.”³⁷

Pelo que já se pode perceber, o Estado Constitucional Moderno, construído teoricamente para existir soberano no seu interior e para se relacionar quase sempre conflitivamente com seu exterior, deve começar a dividir a cena possivelmente com um novo modelo de espaço jurídico que, ao que tudo indica, será o mediador das relações políticas, sociais e econômicas locais e regionais com aquelas globalizadas ou mundializadas.

Se do absolutismo ao constitucionalismo houve um inegável e necessário avanço histórico, social e jurídico, é chegada a hora da civilização do Século XXI fazer um novo movimento de progresso à altura da complexidade social atual pois,³⁸ “as últimas gerações humanas são devedoras de um efetivo novo avanço na questão do que se pode chamar de um mundo solidário e humanizado”.³⁹

A evolução já se encontra em curso impondo uma atuação consciente, pró-ativa e disposta a encontrar mais soluções que problemas.

1.2 – CRISE DO CONSTITUCIONALISMO E TRANSCONSTITUCIONALIDADE

O fenômeno da constitucionalização, com hipertrofia desta norma jurídica, a colocou no topo hierárquico normativo de cada País, e essa ‘filtragem do direito’⁴⁰ fez com que o agigantamento desta norma servisse para dois lados de uma mesma moeda: se por um lado uma constituição forte, ativa, é benéfico para a sociedade,

³⁶ Bauman. Modernidade Líquida. P. 231

³⁷ CRUZ, Paulo Marcio. LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali, 2014, p. 13.

³⁸ CRUZ, Paulo Marcio. LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali, 2014, p.14

³⁹ CRUZ, Paulo Marcio. LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**, p. 14

⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 165.

por outro as normas previstas e não implementadas sofrem a mácula da insuficiência do texto constitucional, fazendo-o cair em descrédito não apenas em relação à própria constituição, mas em relação à todo o sistema jurídico daquele País, justamente por ser o fundamento de validade de todo o ordenamento.

É a constituição simbólica lecionada por Marcelo Neves⁴¹. A constituição fulcrada em meros “compromissos dilatatórios”⁴², que cria um simulacro de realidade, onde o texto prevê uma situação perfeita em direitos e garantias, mas a realidade fática é absolutamente diferente, de forma que os seríssimos problemas sociais de uma determinada sociedade não encontram solução justamente porque as previsões legais já existentes impedem a tomada de atitude política efetiva. A constituição, assim, perde relevância normativo-jurídica e, com ela, todo o sistema jurídico pois, sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o arcabouço jurídico, perde sua matriz geradora.

Toda a sociedade moderna está pautada “na forte noção de Estado”⁴³, e assim ainda hoje, em uma sociedade globalizada mantém-se uma teoria jurídica originária da modernidade, absolutamente presa à noção de Estado e de norma jurídica.⁴⁴

E é neste ponto que reside a crise que se passará a tratar: “Quando se ingressa numa nova forma de sociedade globalizada, que também se poderia denominar de transnacionalizada, ou pós-moderna, o problema é o fato de que qualquer perspectiva mais racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada. Há uma crise do Direito da modernidade.”⁴⁵

O Direito “se torna defasado em relação a uma série de questões importantes da sociedade, em relação aos problemas políticos decisivos e, principalmente, em relação àquilo que chamamos de novos direitos.”⁴⁶

⁴¹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

⁴² NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 41

⁴³ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p.185

⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**, p. 185

⁴⁵ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**, p. 186

⁴⁶ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**, p. 186

Deste modo, a crise é estrutural e também de funcionamento interno, quando inserida neste contexto de globalização.⁴⁷ O Direito, nos moldes conhecidos, e seus ritos e procedimentos é incapaz de acompanhar a dinamicidade da sociedade que, a todo instante, exige uma nova previsão legal para um novo fato social. É necessário adequar o Estado à este novo mundo pois toda a “globalização do mercado e das tecnologias da informação deverão estar acompanhadas de uma globalização política e social, no qual os valores democráticos tenham um claro protagonismo.”⁴⁸

Democracia e defesa dos valores fundamentais, como o direito à um meio ambiente equilibrado, condições dignas de existência e direitos trabalhistas, andam juntos, pois ceifada a democracia encerra-se todo movimento de defesa e proteção aos mais essenciais direitos.

A equivocada impressão de que a fragilidade das instituições criaria apenas problemas distantes da realidade diária dos cidadãos não ultrapassa uma análise mais detida quando se percebe que são estas mesmas instituições que salvaguardam todos os direitos previstos no ordenamento jurídico dos Países.

Tanto a legislação interna quanto aquelas de Tribunais Internacionais, garantidoras de absolutamente todos os direitos que balizam a vida em sociedade, somente encontram aplicabilidade e efetividade através de instituições alicerçadas em bases fortes.

Assim, embora o presente trabalho tenha como foco a análise da questão da proteção ambiental, parece impossível deixar de analisar os vários caminhos percorridos os quais criaram obstáculos para a plena efetivação de direitos já reiteradamente previstos em diversas legislações, nos mais diversos Países.

Se a primeira preocupação da humanidade foi assegurar direitos

⁴⁷ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**, p. 186

⁴⁸ CRUZ, Paulo. LACERDA, Emanuella Cristina Andrade. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali, 2014, p.15

negativos, os denominados direitos de primeira geração, as guerras mundiais demonstraram a necessidade de previsão constitucional também de direitos positivos, os denominados direitos de segunda geração. Da mesma forma, logo percebeu-se a necessidade de ampliar novamente o rol dos direitos fundamentais trazendo os denominados direitos de terceira geração que contemplam direitos transindividuais ou novos direitos.

Conforme a humanidade avança amplia-se a necessidade e urgência por proteção estatal. Desde modo, todo e qualquer abalo ao sistema constitucional gera corrosão dos direitos e garantias individuais, coletivos e transindividuais. A humanidade é uma obra em constante evolução e embora tenha avançado consideravelmente, continua sob a necessidade de vigilância constante.

A análise da história demonstra o peso da incerteza que recai sobre todos os seres humanos, e a necessidade da escolha consciente dos governantes, sob pena de lutas e vitórias históricas serem erodidas, ou ao menos abaladas, em um razoavelmente curto mandato de quatro anos.

A total expressão da democracia só consegue ser alcançada com cidadãos bem informados, que tenham capacidade intelectual de avaliar informações não distorcidas e escolher dentre as opções existentes. A legitimidade de qualquer governo depende da livre vontade popular. Não poderá se falar em legitimidade e democracia sempre que os processos de ocupação do poder estejam viciados por autoritarismo, desinformação ou qualquer espécie de controle.

Em obra escrita em 2014, o professor Dr. Paulo Marcio Cruz já afirmava que:

Em épocas de crise e insegurança, tem sido frequente, principalmente num passado próximo, o aparecimento do fenômeno da “legitimidade carismática” da autoridade, que sempre tem a pretensão de se justificar pela atribuição desta legitimidade a um líder excepcional, “ungido” pela Divindade – daí o termo carismático – e escolhido para guiar a comunidade em tempos difíceis. Foi assim com o Führer, com o Duce, com alguns caudilhos e com De Gaulle, na França.⁴⁹

⁴⁹ CRUZ, Paulo. LACERDA, Emanuella Cristina Andrade. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali, 2014, p.20

E isso deixa evidente a necessidade de vigilância constante sobre as conquistas já alcançadas e, assim, o impedimento do retrocesso. Hoje, em pleno ano de 2023, tem-se história recente na América do Norte e América Latina sobre crise de representatividade e ocupação do poder por indivíduos não exatamente preocupados com a proteção de valores muito caros à humanidade, dentre eles, a democracia e a proteção do meio ambiente. O questionamento de resultado das eleições e autoritarismos de toda ordem, com incentivo à tomada de poder à força evidenciam a necessidade de proteção das instituições e o risco que traz a falta de legitimidade daquele que ocupa o poder.

Alguns traços de populismo também são perceptíveis tendo sido “recentemente institucionalizado como governo em vários países, incluindo Bolívia, Brasil, Hungria, Índia, Itália, Polônia, EUA, Reino Unido e Venezuela.”⁵⁰ E isso é importante mencionar justamente porque o “populismo é definido por desafiar as instituições democráticas estabelecidas, o que debilita os elementos processuais liberais da democracia representativa.”⁵¹

Com isso, fica evidente que o desarranjo normativo presenciado nos dias atuais possui múltiplos fatores, que se interrelacionam e, de certo modo, apoiam-se entre si na desorganização social.

Se na construção social do constitucionalismo acredita-se que as bases democráticas estão bem arraigadas, basta um olhar ao redor do mundo atual para perceber que as ditas ‘garantias’ já não estão mais tão seguras assim.

Com sua vibrante sociedade civil, histórico de eleições livres e justas e PIB relativamente elevado, os cientistas políticos há muito proclamam a Hungria uma “democracia consolidada”. Desde a eleição de Viktor Orbán, em 2010, o país marcha a passos largos rumo à autocracia: Orbán encheu de sectários o supremo tribunal da Hungria e sua poderosa comissão eleitoral, transformou canais de televisão estatais em veículos de propaganda, entregou jornais importantíssimos nas mãos de seus aliados e causou graves danos ao sistema eleitoral do país. No ano passado, o governo recrudescer ainda mais a repressão. Uma grande universidade foi forçada a deixar o país. Orbán foi rebatizado primeiro-ministro em eleições na maior parte livres, mas não mais justas. Segundo um painel de especialistas

⁵⁰ CRUZ, Paulo. LACERDA, Emanuella Cristina Andrade. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**, p. 16.

⁵¹ CRUZ, Paulo. LACERDA, Emanuella Cristina Andrade. **Da soberania à transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**, p. 16

internacionais, o país não podia mais ser classificado como “livre”.⁵²

A expressão de governos totalitários e populistas estão espalhadas por várias partes do mundo, mesmo em localidades de reconhecida característica democrática, havendo manifestações não apenas na Hungria, mas também na Polônia, República Tcheca, Itália, Áustria.⁵³

A verdade é que esse movimento de encolhimento da democracia encontra-se acelerado e disseminado. De forma curiosa cidadãos têm se mostrado dispostos a abrir mão de valores e conquistas caros à humanidade em nome de promessas vazias de governos populistas. Paira a dúvida se a humanidade encontra-se absolutamente cansada e descrente à ponto de acreditar em “messias” ou “enviados de Deus” ou se, em verdade, encontra-se envaidecida por conquistas alcançadas por gerações passadas e não entende os riscos que se sujeita hodiernamente. Fato é que a humanidade tem percorrido caminhos perigosos e flertado com autoritários de várias vertentes.

Mouk fixa que “o que define o populismo é essa reivindicação de representação exclusiva do povo – e é essa relutância em tolerar a oposição ou respeitar a necessidade de instituições independentes que com tamanha frequência põe os populistas em rota de colisão com a democracia liberal.”⁵⁴

Outra característica importante é que governos populistas, via de regra, são “hostis às normas internacionais, às organizações internacionais com poder suprajurisdicional, e às cortes nacionais que tendem a interagir estreitamente com os formuladores de normas internacionais.”⁵⁵

Neste sentido, é elucidativa a manifestação de Viktor Orban ao manifestar-se sobre a adequação da Hungria às metas contra as mudanças

⁵² MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras. 2019, p. 9.

⁵³ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. p. 9

⁵⁴ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**, p. 10.

⁵⁵ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**, p. 17

climáticas até 2030 e defender uma abordagem cristã contra o aquecimento global, em evidente oposição às imigrações oriundas de países muçulmanos.⁵⁶

É, neste sentido também, pertinente a colocação feita por Dalmo de Abreu Dallari ao afirmar que o conceito de soberania é um dos conceitos que mais têm atraído a atenção dos teóricos do Estado, filósofos do direito, cientistas políticos, internacionalistas e assim por diante, e que isso justifica a fartura bibliográfica e a multiplicidade de teorias, o que acabou prejudicando a precisão do conceito e dando margem a todas as distorções que são ditadas pela conveniência,⁵⁷ e seguindo essa linha de raciocínio o autor cita Kaplan e Katzenbach apontando que

[..] não há no Direito Internacional um termo mais embaraçoso que soberania, parecendo-lhes que seu uso impreciso e indisciplinado talvez se deva ao fato de haver se tornado um 'símbolo emocional', amplamente utilizado para conquistar simpatias em face das tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época.⁵⁸

Fato é que o conceito propriamente de soberania aparece por primeiro no livro *The Six Books of The Commonwealth*, escrito em 1575 por Jean Bodin⁵⁹, e embora levasse em consideração a realidade de sua época, vinculando soberania à pessoa de um soberano, a ideia foi mantida como prerrogativa do estado desde os textos de 1789 até os dias atuais.⁶⁰

É neste sentido que Dallari indica que o conceito de soberania é, inegavelmente, “uma das bases da ideia de Estado Moderno”⁶¹ e que se pode dizer que

A soberania pode ser definida como poder de autodeterminação. É o poder que tem uma comunidade nacional alçada em Estado, de dizer aos demais Estados que é senhora do seu destino político, não admitindo qualquer interferência exterior nos assuntos de seu exclusivo interesse.

De toda forma, o conceito de soberania⁶² não abarca abusos, visto que se

⁵⁶ CORREIO DO POVO. **Hungria apresenta plano cristão contra a crise climática**. Disponível em <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/mundo/hungria-apresenta-plano-crist%C3%A3o-contra-a-crise-clim%C3%A1tica-1.393596>. Acesso em 03 mar. 2023

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.81

⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 81

⁵⁹ BODIN, Jean. **The Six Books of Commonwealth**. Trad. MJ Tooley. Oxford: Alden Press, 1575.

⁶⁰ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 49

⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, p. 81

⁶² Quanto ao conceito de Soberania Dalmo Abreu Dallari, citando Kaplan e Katzenbach, menciona que

a soberania garante autodeterminação interna por um lado, por outro lado, obviamente não significaria poder absoluto, justamente porque a autodeterminação de um Estado somente estará garantida na autolimitação de outro Estado. E ainda que se perceba que esta autolimitação depende exclusivamente da vontade daquele Estado, há valores compartilhados de caráter supraestatal que impediria retrocesso em relação a direitos fundamentais dos cidadãos,⁶³ porém aqui a grande questão é a insubordinação e a falta de ânimo em colaborar pelo bem da humanidade como um todo. É o desrespeito pelo coletivo.

Neste sentido, válidas as palavras de Norberto Bobbio quando conceitua Soberania e faz ressalva que

No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer pela teórica quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do Estado Moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional. Para o fim deste monismo contribuíram, ao mesmo tempo, a realidade cada vez mais pluralista das sociedades democráticas, bem como o novo caráter dado às relações internacionais, nas quais a interdependência entre os diferentes Estados se torna cada vez mais forte e mais estreita, que no aspecto jurídico e econômico, quer no aspecto político e ideológico. Está desaparecendo a plenitude do poder estatal, caracterizada justamente pela Soberania; por isso, o Estado acabou quase se esvaziando e quase desapareceram seus limites.⁶⁴

Em um ambiente globalizado mecanismos de controle interno e respeito no âmbito externo são de extrema importância, levando Estados a cederem parcela de sua soberania em prol de um bom relacionamento com a comunidade internacional e, claro, o maior exemplo que se tem até os dias atuais é a União Europeia.⁶⁵

é um dos conceitos que mais tem atraído a atenção de teóricos do Estado, filósofos do direito, cientistas políticos, internacionalistas e isto justifica a farta bibliografia, multiplicidade de teorias

⁶³ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. p. 50-51

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** Tradução de: Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. P. 1187

⁶⁵ O movimento pela unificação da União Europeia foi gestado por longos anos, tendo sido objeto de discurso em 1929 na Sociedade de Nações de Genebra e após em discursos de Churchill em 1946 o qual pretendia a reconciliação entre França e Alemanha, e ele próprio fundou na Grã-Bretanha o United Europe Movement. Em 1947, através do Plano Marshall onde os EUA disponibilizaram-se a prestar auxílio financeiro aos países que aderissem à união, foi instituída a Organização Europeia de Cooperação Econômica. Após, vieram outros acordos como a formação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, a fim de evitar o domínio de material bélico por apenas um Estado. Em seguida veio a adesão de outros Estados e o Ato Único Europeu, que conduziu a comunidade por caminhos mais político a adoção de moeda única. A criação da União Europeia deu-se com o Tratado de Maastricht, em 1992. Para estudo mais aprofundado do tema, indicamos a leitura completa da obra de Márcio

Veja-se que [...]“Por regla general, puede decirse que el tratado no menoscaba la soberanía, ya que esta limitación se basa definitivamente en la voluntad del propio Estado limitado; es más, en virtud de esta limitación, la soberanía del Estado queda asegurada.”⁶⁶

Deste modo, resta evidente que a soberania do Estado se manifesta no intuito de fazer parte deste acordo internacional. A dinâmica fica ainda mais clara ao se analisar que em um mundo cada vez mais globalizado, haverá crescente necessidade de interação e interdependência fazendo com que mais e mais Estados tenham interesse em fazer parte de uma crescente ordem jurídica internacional.

Nas Constituições de Estados, em maior e menor grau de comprometimento e clareza, é possível perceber esse compromisso assumido com a ordem internacional.

Da Constituição do Brasil de 1988 extrai-se do seu artigo 5º. §2º que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”⁶⁷

No que tange aos países europeus, a força que as normas comunitárias exercem é ainda maior:

A influência das normas comunitárias sobre o direito interno dos países europeus é enorme, sobretudo em face a dois princípios construídos pela jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Europeias: o princípio da aplicabilidade imediata, segundo a qual as normas comunitárias ingressam e tornam-se aplicáveis nos ordenamentos dos Estados-membros assim que editadas, independentemente de qualquer procedimento específico de incorporação; e o princípio da supremacia das normas comunitárias, pelo qual se considera que estas normas posicionam-se

Monteiro Reis, intitulada Mercosul, União Europeia e Constituição: A integração dos Estados e os Ordenamentos Jurídicos nacionais.

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado**. Ciudad de México: Unam, 1969, p. 421. Tradução livre: em regra geral, pode-se dizer que o tratado não prejudica a soberania, já que, definitivamente, esta limitação se baseia na própria vontade do Estado limitado; mais ainda: em virtude desta limitação, fica assegurada a soberania estatal.

⁶⁷ BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 mai 2023.

acima daquelas editadas internamente por cada Estado.⁶⁸

Desde seu surgimento, a integração europeia é o melhor exemplo de supranacionalidade e, justamente por isso, ainda pairam dúvidas sobre sua natureza e quanto ao seu futuro. O que se sabe é que, dentre as mais diversas correntes de entendimento, a soberania dos Estados-Membros não foi integralmente cedida, permitindo retiradas, como foi o caso do Reino Unido que decidiu deixar o bloco econômico e político europeu.

Deste modo opera-se um conceito de Supranacionalidade onde a Soberania é transferida de absoluta para relativa.⁶⁹

Se a manutenção de parcela de soberania, sob um olhar desatento, parece ser razoável e até desejado pelos Estados, por outro lado deixa nítida a inquietante fragilidade à que todos e cada um dos cidadãos dos mundo está sujeito.

A verdade é que a democracia exige uma maleabilidade que tiranos e autoritários não são capazes de ter, respondendo com autoritarismo toda vez que sentem-se acuados.

É o que dizem Levintsky e Ziblatt:

A democracia é um trabalho árduo. Enquanto negócios familiares e esquadrões de exércitos podem ser governados por ordens, democracias exigem negociações, compromissos e concessões. Reveses são inevitáveis, vitórias são sempre parciais. Iniciativas presidenciais podem morrer no Congresso ou ser bloqueadas por tribunais. Todos os políticos se veem frustrados por essas restrições, mas os democráticos sabem que têm de aceitá-las. Eles são capazes de vencer a torrente constante de críticas. Para os outsiders, porém, sobretudo aqueles com inclinações demagógicas, a política democrática é com frequência considerada insuportavelmente frustrante. Para eles, freios e contrapesos são vistos

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>. Acesso em 12 mar 2023

⁶⁹ GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. **Direito Internacional sob os novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. P. 25.

como uma camisa de força. Como o presidente Fujimori, que não tinha estômago para a ideia de ter de almoçar com líderes do Senado toda vez que quisesse aprovar uma lei, os aspirantes e autoritários têm pouca paciência com o dia a dia da política da democracia. E, como Fujimori, querem se libertar.⁷⁰

Diante disto, e da atual guerra que a Rússia vem travando contra a Ucrânia, é possível dizer que, de forma lamentável, Levitsky e Ziblatt não estavam absolutamente corretos ao afirmar que as democracias já não morriam mais sob a mira de canhões, mas sob artifícios mais ardilosos. Em verdade, as democracias e os bens da humanidade estão sob toda espécie de risco e ataque.

Se o intercâmbio entre Países, ofertado pela globalização, possui como lado benéfico o pluralismo da diversidade, o que permite que o diferente se equivalha, se equilibre e se respeite, em verdadeira expressão de democracia, este benefício não tem sido apropriadamente explorado. Diante do panorama atual, é possível perceber movimentos pendulares sociais⁷¹ que oscilam entre a democracia e o autoritarismo, de forma não homogênea entre os Países.⁷² Há uma crescente onda de nacionalismo onde a paixão pelo seu País perde foco diante do ódio e da rejeição que é nutrida pelo estrangeiro.

Se parecia que a humanidade estava caminhando para um promissor caminho de unificação de interesses pelo bem geral, deixando para trás um histórico horrendo de preconceito, discriminação e xenofobia, hoje o futuro que se avizinha parece incompatível com o que parecia estar sendo construído naquele ideal de supranacionalidade e a superação de limites e fronteiras territoriais.

Quando no começo da década de 2000 os cidadãos de uma série de países europeus tiveram a oportunidade de votar sobre o alcance da integração europeia, o grau de oposição espantou a classe política. Em rápida sucessão, franceses, holandeses e irlandeses votaram contra propostas de uma integração ainda maior.⁷³

⁷⁰ LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.80

⁷¹ LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.80

⁷² THORNILL, Chris. **Crise democrática e o direito constitucional global**. Trad. Diógenes Moura Breda e Glenda Vicenzi. São Paulo: Contracorrente, p. 13-14

⁷³ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras. 2019, p. 236

E, com a crise financeira de 2008 dos países do Sul da Europa essa resistência agravou-se ainda mais. A moeda que os unia pesava sob os ombros e impedia que caíssem em falência ou dessem calote nas dívidas.⁷⁴

Ato contínuo, a história cheia de expectativas encontrou nova desagradável surpresa com a retirada do Reino Unido da União Europeia.

Somando-se esse senso de nacionalismo exacerbado ao profundo desprezo por outras nacionalidades, culminaram novos chocantes acontecimentos. A candidatura de Donald Trump cravada de ofensas e desrespeitos à imigrantes e pautada no nítido objetivo de atentar contra regras de proteção ambiental deixava clara a característica que seria dominante ao longo de seu mandato. Proibição de imigração de muçulmanos, ataques a mexicanos e endurecimento de regras inclusive para visitantes. Uma autoidolatria desmedida e incentivo à repulsa por outros Países faz a humanidade rever cenas que deveriam pertencer apenas aos livros de história, como cientificador que impediria a repetição.

Não bastasse isso, negacionismo e ataques aos mecanismos de proteção ambiental culminaram com a retirada dos Estados Unidos do Acordo de Paris.⁷⁵

No Brasil, seguindo os passos norte-americanos, como num impulso de quem importa uma mercadoria qualquer, brasileiros passaram a idolatrar um presidente de outro País. Ninguém passou ileso de ver uma postagem ou uma camiseta ostentada por um peito brasileiro estufado com os dizeres: “Go, Trump”. [grifo nosso]

Numa versão ainda menos apurada, a população brasileira elegeu Jair Bolsonaro que sustentou valores pouco democráticos sob o escudo do falacioso lema “Deus, pátria e família”. Assim, cooptou valores caros à humanidade misturando estado e igreja, apelando para a fragilidade sentimental que o tema das

⁷⁴ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 236.

⁷⁵ GLOBO. **Trump anuncia saída dos EUA do acordo de Paris sobre mudanças climáticas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/trump-anuncia-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris-sobre-mudancas-climaticas.ghtml>. Acesso em 02 fev 2023

famílias naturalmente arrebanha. [grifo nosso]

Houve manipulações de toda ordem com *fake news*, e foi possível ver o medo estampado nos olhos de eleitores que lutavam contra um mal imaginário. Viu-se crescer o pavor e um instinto combativo doentio em pessoas de bem. Passou-se a tratar o diferente como um inimigo, ao invés de um complementar.

A já largamente utilizada “ameaça do comunismo” voltou a rondar o imaginário da população e foi possível ver “ninguém vai comer meu cachorro” em mais de um cartaz de manifestante.

Em terras latino-americanas o argumento do capitalismo criou diversos solavancos e gerou sérios impactos com a negação do aquecimento global. Em quatro anos de mandato foi possível ver uma quantidade considerável de retrocessos ambientais, como alterações no Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e na composição da REDD++, diminuindo a participação da sociedade civil; aumento das taxas de desmatamento; criação de empecilhos das questões indígenas e quilombolas; a criação do questionável marco do saneamento básico e o maior desmatamento da história da amazônia brasileira⁷⁶.

Em 2020, com a pandemia causada pelo coronavírus, o autoritarismo e a discriminação ficaram ainda mais aguçadas, e ainda mais evidenciada a desigualdade social. Foi possível ver chineses sendo atacados em ônibus, ruas e praças, e condenados como culpados pela existência de um vírus mortal.

Curiosamente, ao mesmo tempo em que chineses foram responsabilizados pela catástrofe mundial, presidentes vinham à sua nação minimizar o impacto da doença que se alastrava e estimular a livre circulação das pessoas, e com elas do vírus.

Deste modo fica evidente o quanto todos os direitos conquistados e o

⁷⁶ BRASIL DE FATO. **Bolsonaro deixará o governo com aumento de 60% no desmatamento da Amazônia.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/11/30/bolsonaro-deixara-o-governo-com-aumento-de-60-no-desmatamento-da-amazonia>. Acesso em 05 abr. 2023.

fortalecimento das instituições é salutar e interligado. Não é possível discutir democracia, tentar resolver a questão dos cidadãos que não possuem água tratada e saneamento básico em suas residências, ou a falta de acesso à educação como temas distintos, separados em caixas herméticamente fechadas. São temas relacionados e demandam olhar atento, acurado e bem intencionado.

É de se ressaltar ainda, que embora os exemplos antidemocráticos mencionados sejam reconhecidamente de direita, o autoritarismo não encontra morada em apenas uma ideologia política.

Enquanto Chavez (Venezuela) e Correa (Equador) são populistas de esquerda, Uribe (Colômbia) é um neoliberal de direito e o partido Fidesz (Hungria) é um movimento nacionalista de direita, e todos tornaram seus regimes significativamente menos democráticos.⁷⁷

Lamentavelmente são vários os artifícios utilizados na desconstrução da democracia e no ataque aos direitos humanos. A corrosão interna do sistema também é um meio que tem se mostrado bastante útil para dominação de povos. Emendas aos textos constitucionais, acordos a portas fechadas e vários outros estratagemas mais sorrateiros compõem o que David Landau denomina como “Constitucionalismo Abusivo”, que define como “the use of mechanisms of constitutional change in order to make a state significantly less democratic than it was before.”⁷⁸

David Landau divide sua análise quanto ao grau de democracia de cada País e indica duas dimensões importantes para análise, sendo a primeira a dimensão eleitoral e se os opositores reúnem condições para disputar as eleições em igualdade, já a segunda dimensão refere-se ao quanto dos direitos dos indivíduos e grupos minoritários são protegidos. Landau alerta que o retrocesso no processo eleitoral acarreta retrocessos nos direitos de uma forma geral, dentre eles

⁷⁷ LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism** (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646, p. 213.

⁷⁸ Landau, David. **Abusive Constitutionalism** (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646, p. 195. Tradução Livre: “o uso de mecanismos de mudança constitucional a fim de tornar um Estado significativamente menos democrático do que antes.”

o aumento da corrupção, que encontra passe livre dentro de uma estrutura que não encontra limites de responsabilização vertical ou horizontal.⁷⁹

No que tange a disputa de eleições em pé de igualdade, é preciso dizer que não existe paridade quando os ocupantes do poder se utilizam da máquina pública em benefício próprio. A utilização da máquina acontece por diversas formas como o controle da mídia, o uso de recursos públicos para arrebanhar votos, o assédio brutal aos opositores e o controle dos mecanismos de responsabilidade horizontal.

In these regimes the dominant political actors and forces tend to control not only the branches of government, but also the mechanisms of horizontal accountability that are supposed to check political actors. Thus, institutions like courts, ombudsmen, attorney general's offices, and electoral commissions all tend to be controlled by incumbents.⁸⁰

Aliás, a utilização da máquina pública atinge frontalmente ambas as dimensões propostas por Landau, uma vez que dominando a competição eleitoral, os direitos de grupos minoritários passam a ficar automaticamente sem representação.

A dominação por autoritários faz cair por terra garantias há tanto conquistadas por meio das regras formais concebidas, pois elas se tornam facilmente contornadas, manipuladas ou desmanteladas.⁸¹

Competitive authoritarian regimes tend to possess democratic-looking constitutions with structural features such as the separation of powers, but take informal measures to neutralize the value of these checks. Rulers can appoint friendly judges to courts, and can neutralize judges representing opposing interests by, for example, bribing them or threatening them.⁸²

⁷⁹ LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism** (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646, p. 195

⁸⁰ Landau, David. **Abusive Constitutionalism** (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646, p. 200. Tradução Livre: "Nestes regimes os atores e forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilidade horizontal que supostamente devem controlar os atores políticos. Assim, instituições como tribunais, ombudsmen, procuradorias gerais e comissões eleitorais tendem todas a ser controladas pelos titulares. Em vez de servirem como controles independentes do poder governamental, estas instituições estão trabalhando ativamente em nome de seus projetos políticos."

⁸¹ LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism** (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646, p. 211.

⁸² LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism** (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646, p. 212. Tradução livre: "Regimes autoritários competitivos tendem a possuir Constituições de aparência democrática com características estruturais como a separação de poderes, mas tomam medidas informais para neutralizar o valor desses

Deste modo, é possível perceber que o Constitucionalismo posto, da forma que até então é conhecido já não consegue mais blindar e evitar regimes autoritários ou abalos aos direitos fundamentais. Exemplos não faltam quando analisamos que Uribe manteve-se no poder Colombiano a partir de uma reforma constitucional que permitia a reeleição. Com uma permanência maior no poder, maiores são os impactos aos direitos fundamentais na medida que o executivo se agiganta e se apodera do judiciário, como se dá nos casos de empacotamento das cortes, pois permite que o presidente nomeie um número considerável de ministros.

No Brasil, além da possibilidade de reeleição prevista no texto constitucional, outros métodos foram adicionados, como a alteração da idade da aposentadoria compulsória de modo a impedir que novos cargos ficassem vagos e houvessem novas nomeações de Ministros. E, mais adiante, já como novo chefe do Executivo eleito, voltou-se a discussão com a perniciosa ideia de alterar novamente a idade da aposentadoria compulsória, desta vez para garantir o esvaziamento de cadeiras de Ministro, e permitir novas nomeações. São tantos ardis golpeando o constitucionalismo e os direitos fundamentais que o questionamento sobre como impedir retrocessos se torna inevitável.

A humanidade segue buscando mecanismos de proteção aos seus mais básicos e essenciais direitos. A história da evolução dos direitos humanos está atrelada à evolução do constitucionalismo. Se no campo interno há insuficiência regulatória ou incapacidade dos Estados em prover seu próprio conteúdo constitucional, paralelamente busca-se mecanismos garantidores no âmbito internacional.

A criação da ONU, e com ela a Carta das Nações Unidas, assinada em 1945, constitui demonstrativo desta necessidade e preocupação em somar esforços para proteção de direitos humanos, especialmente em resposta aos retrocessos havidos nos anos trinta e quarenta do Século XX. Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de

controles. Os governantes podem nomear juízes amigáveis para os tribunais e podem neutralizar juízes que representam interesses opostos, por exemplo, subornando-os ou ameaçando-os”.

Direitos Civis e Políticos, assinados em 1966 reiteram a tentativa de fortalecer os mecanismos de proteção.

Entretanto, o fato é que “a eficácia destas declarações reside em sua força de persuasão ética e moral”⁸³, dependendo da boa vontade dos Estados para seu cumprimento pois, “não faltam Estados-membros que não ratificaram alguns dos acordos internacionais nesta área ou, mesmo o fazendo, não trasladaram essas normas para seus ordenamentos jurídicos internos, não obrigando aos poderes públicos quanto a elas.”⁸⁴ Afora essa dita boa vontade, enquanto não houver ampla expressão de democracia, passando pela educação de qualidade que melhor instrui eleitores, sempre haverá o risco de retrocessos ainda mais drásticos do que a não ratificação de acordos, que é a retirada de acordos já ratificados, conforme bem exemplifica a retirada dos Estados Unidos do Acordo de Paris, durante o mandato de Donald Trump.

Há uma preferência por acordos geograficamente mais limitados⁸⁵ de modo a reunir em torno de um mesmo propósito Países com características culturais e políticas mais semelhantes⁸⁶ e, desta forma, garantir maior efetividade, mas a retirada do Reino Unido da União Europeia igualmente demonstra essa relutância em pertencer à algo maior, em prol do bem comum dos povos.

O fato é que “a necessidade de abordar questões relacionadas ao fenômeno da transnacionalidade, dito de forma mais radical, sem receio a cometer exageros: faz-se vital para o futuro da raça humana tratar das questões que intitulamos de demandas transnacionais.”⁸⁷ Não apenas por ser o exemplo mais elucidativo, mas também por ser o enfoque que se pretende dar ao presente trabalho, a questão da preservação ambiental é uma demanda transnacional por excelência.

⁸³ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. p. 279

⁸⁴ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. p. 279

⁸⁵ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. p. 279

⁸⁶ CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. p. 279.

⁸⁷ GARCIA, Marcos Leite. **Novos Direitos Fundamentais e Demandas Transnacionais**. XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, p. 6737. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3681.pdf>. Acesso em 04 abr 2023, p.6736

A poluição, o mau destinação dos resíduos sólidos, o aquecimento global, e o mau gerenciamento dos recursos hídricos são questões transfronteiriças, que geram mazelas não apenas ao País omissor ou inefetivo quanto à regulação da proteção ambiental.

Desta forma fica evidente que todas as questões apontadas quanto aos mais diversos ataques aos direitos fundamentais está muito longe de ser questão exclusiva e isolada de um País, visto que, por exemplo, as nascentes e os cursos de rios ignoram limitações geográficas e o negacionismo de um País fatalmente gerará prejuízos a um número imensurável de seres vivos diretamente, e a todos indistintamente de forma indireta.

Também não é demais lembrar que o negacionismo vivenciado durante a pandemia pela Covid-19 culminou com a proliferação de diversas variantes de vírus que não ficaram adstritos ao local do negacionismo, espalhando-se por todo o globo terrestre e causando a morte de milhares de indivíduos.

Não obstante a ONU (Organização das Nações Unidas) ser a instituição responsável pelo sistema global, sujeitando a todos, é apenas no Tribunal Penal Internacional que está prevista competência para julgar pessoas acusadas de praticar crimes graves contra os direitos humanos.

De todo modo, o direito internacional evoluiu com os anos e passou-se a reconhecer a capacidade internacional dos indivíduos, admitindo-se que pessoas participem como partes em processos internacionais, sendo que o sistema europeu reconhece a capacidade do indivíduo em ser autor de um processo internacional com um Estado. Já os sistemas americano e africano admitem a participação de indivíduos apenas na denúncia perante órgão de fiscalização, cabendo a este órgão, se entender pertinente, acionar o Tribunal competente.

É visível, então, que os mecanismos de proteção não são uniformes e igualmente efetivos, aproximando-se mais em semelhança apenas na demonstrada exaustão que sobre eles recai, quanto à efetivação de proteção dos indivíduos.

Como salienta Hobbes, a existência de instituições políticas eficientes é

indispensável para o controle da desordem comum aos homens não sujeitos à um poder superior. É a guerra de todos contra todos.⁸⁸

Diante da exaustão das instituições, os olhos se voltam na busca de novos modelos de constitucionalismo que sejam mais abrangentes e capazes de alcançar espaços hoje isentos de controle e regulamentação. É o que se passará a ver.

1.3– CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO, O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA MULTINÍVEL

Sendo o conceito de Constituição diretamente relacionado à ordem jurídica interna dos Estados, consubstanciando-se na expressão mais solene da soberania e da autodeterminação democrática de um povo e, assim, fonte de legitimidade dos atos públicos⁸⁹ torna-se absolutamente natural a resistência percebida quando se pretende utilizar este mesmo termo nas relações internacionais, afinal a sociedade internacional não está organizada na forma de um Estado.⁹⁰

Neste sentido, oportuna a análise tecida por Ingolf Pernice quando indica que mesmo quando inseridas num contexto de resistência, há níveis de abertura do que seria exatamente tido por uma Constituição⁹¹.

O autor debruça-se analisando que enquanto a Grã-Bretanha construiu sua história de constitucionalismo sobre um terreno mais estável e tradicional de valores constitucionais, o mesmo não se pode dizer da Alemanha, que historicamente viu-se impossibilitada de confiar na autoridade pública quanto ao respeito pleno e contínuo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais sem que haja um catálogo específico estabelecendo estes direitos e

⁸⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, p. 98

⁸⁹ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>. Acesso em 20 abr 2023.

⁹⁰ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>. Acesso em 20 abr 2023.

⁹¹ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. Acesso em 20 abr 2023.

definindo limites ao poder público.⁹² Assim, coerente a pressão exercida pela Alemanha para o desenvolvimento de um sistema de direitos fundamentais individuais de forma a limitar os poderes legislativo e executivo no âmbito da União Europeia, visto que se por um lado a integração à União implicaria em alguma perda do poder soberano, seria necessário o implemento de garantias neste novo nível superior a fim de impedir retrocessos.⁹³

É neste cenário que surge a discussão sobre a existência ou não de uma Constituição da União Europeia sendo a corrente a que Ingolf Pernice se filia aquela que entende haver uma Constituição não unificada (a despeito da preferência Alemã por um texto único), mas resultado da somatória dos tratados, leis e precedentes existentes, num sistema jurídico composto por duas camadas constitucionais complementares que são o arcabouço da União Europeia e as Constituições Nacionais.

É com este entendimento que Ingolf Pernice dá início ao que denomina de Constitucionalismo Multinível.

1.3.1 – Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice

Inspirado nos escritos de Immanuel Kant em *A Paz Perpétua*, que já no Século XIX entendia a necessidade de fundar-se novos alicerces para uma nova era de pacifismo construído sobre novas relações internacionais⁹⁴, e em Jürgen Habermas em *A constelação Pós-nacional*⁹⁵, Pernice indica que o processo de globalização tem tornado os Estados, isoladamente, cada vez mais incapazes de enfrentar os desafios e efetivamente atender às necessidades dos cidadãos no tocante à paz, segurança, bem-estar e assim por diante, e é deste modo que

⁹² PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. Acesso em 20 abr 2023.

⁹³ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. Acesso em 20 abr 2023.

⁹⁴ KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua: um projeto filosófico**. Trad. Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020, p. 9

⁹⁵ HABERMAS, Jurgen. **A Constelação Pós-nacional: Ensaio Político**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

Habermas sustenta a necessidade de uma estrutura supranacional e também internacional de forma a complementar e fechar a teia jurídica sobre todos os problemas que assolam a humanidade.⁹⁶

É neste sentido, então, que se passa a perceber um conceito pós-nacional de Constituição já não mais atrelado aos Estados, mas que leva em conta o cidadão que agrega cidadanias, de modo a ser cidadão de um determinado Estado, mas também cidadão de uma área maior, como é o caso da União Europeia, hoje o melhor exemplo de constitucionalismo multinível⁹⁷.

The statehood of the Member States and national citizenship are not called into question, but a new constitutional layer establishing a complementary public authority has been added for matters of common interest, drawing its legitimacy from the subjects who are also subject to its policies: the citizens of the Union. **In a democratic system, there cannot exist another basis of the legitimacy of public authority but the citizens**, and this is what we find in the European Union. And this new constitutional layer, step by step, develops to the common constitutional frame for national constitutions which, in parallel and as a consequence, mute their character each from the basic instrument of a sovereign state to the constitutional charter of a “Member” State⁹⁸ [grifo nosso].

Deste modo, consegue-se ultrapassar o importante obstáculo da cidadania eliminando distinções entre pessoas, pois todos originários de um mesmo sistema maior. Todos, como cidadãos da União Europeia, possuem direito à voto de modo a determinar os rumos que pretendem ver serem seguidos. A legitimidade do poder vem do povo, superando a vinculação à um determinado Estado. Os votos de nível local também são mantidos, traduzindo perfeitamente a característica multinível desta cidadania. É um novo contrato social, somado aos demais, com dimensão

⁹⁶ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. Acesso em 20 abr 2023.

⁹⁷ É relevante pontuar que pretendendo este trabalho alcançar a ideia de um Constitucionalismo Global para proteção de bens fundamentais (conforme se verá nos capítulos seguintes), a análise de um constitucionalismo multinível torna-se essencial por ser o caminho a ser percorrido para atingimento do objetivo final. Deste modo, oportuno tratar do modelo de constitucionalismo multinível já existente e bem-sucedido que é a União Europeia, como forma de pavimentar o destino que se pretende seguir.

⁹⁸ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 5. Tradução livre: “A condição de Estado dos Estados-Membros e a cidadania nacional não são postas em causa, mas foi acrescentado um novo estrato constitucional que estabelece uma autoridade pública complementar para assuntos de interesse comum, desenhando a legitimidade dos indivíduos que também estão sujeitos às suas políticas: os cidadãos da União. **Num sistema democrático não pode existir outra base de legitimidade do poder público senão os cidadãos**, e é isso que encontramos da União Europeia. E essa nova camada constitucional, passo a passo, evolui para o quadro constitucional comum para as constituições nacionais que, paralelamente e como consequência, silenciam seu caráter de instrumento básico de um estado soberano para a carta constitucional de um Estado “membro”. Sem grifos no original. Acesso em 20 abr 2023.

local, regional, nacional e europeia.⁹⁹ Conforme salienta Pernice:

None of these systems is covering all possible questions of public concern, but They are complementary to each-other and bound together by provisions regarding the attribution of the respective powers and responsibilities, the participation and representation of one in the functioning of the Other, and rules of conflict which make sure that, at whatever level decisions are taken, the system produces for each case Only one legal solution.¹⁰⁰

Com este mecanismo pode-se indicar a garantia da segurança jurídica, não deixando campos descobertos e vácuos de poder naquela porção terrestre.

É mérito também da União Europeia a manutenção da autonomia nacional dos Estados-membros, porém diretamente interligados aos mandamentos europeus, de modo que a modificação implícita ou explícita nas constituições nacionais e neste modelo de constitucionalismo europeu ocasiona efeitos mútuos, de modo a garantir o respeito recíproco. Conforme elucida Pernice

Although “autonomous” in their origin,, both constitutional levels strongly depend on each-other: the European authority could not function without the national institutions and legal systems on which it is based, and the national authorities have to rely on and operate through the European institutions if they want to achieve the results which They on their own, would not be able to reach. Thus, in applying European law which prevails over conflicting national law, national authorities act as European agencies, while regarding European legislation, national governments in the Council have the decisive power and the national parliaments in many regards do or, at least, can participate very actively.¹⁰¹

⁹⁹ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 6. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁰⁰ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 6. Acesso em 20 abr 2023. Tradução livre: Nenhum destes sistemas cobre todas as possíveis questões de interesse público, mas são complementares entre si e vinculados por disposições relativas à atribuição dos respectivos poderes e responsabilidades, à participação e representação de um no funcionamento do outro, e regras de conflito que garantem que, seja qual for o nível de decisão, o sistema produz para cada caso apenas uma solução jurídica.

¹⁰¹ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 5. Tradução livre: Embora autônomos em sua origem, ambos os níveis constitucionais dependem fortemente um do outro: a autoridade europeia não poderia funcionar sem as instituições nacionais e os sistemas jurídicos nos quais se baseia, e as autoridades nacionais devem contar e operar através da União Europeia instituições, se quiserem alcançar os resultados que elas sozinhas, não seriam capazes de alcançar. Assim, ao aplicar o direito europeu que prevalece sobre o direito nacional conflitante, as autoridades nacionais agem como agências europeias, enquanto no que diz respeito à legislação europeia, os governos nacionais no Conselho têm o poder decisivo e os parlamentos nacionais em muitos aspectos fazem ou, pelo menos, podem participar muito ativamente. Acesso em 20 abr 2023.

É deste modo que Ingolf Pernice indica a discrepância da União Europeia em relação aos modelos prontos de Estado e de Organização Internacional. Como o próprio autor sustenta, há quem afirme ser uma organização *sui generis*, mas esta definição pouco contribui para dizer o que de fato a União Europeia é¹⁰².

Assim, na busca de analisar melhor a União Europeia, a qual é hoje o melhor exemplo de constitucionalismo multinível, Ingolf Pernice indica razões pelas quais ela não pode ser considerada uma organização internacional, dentre elas o fato de que em organizações internacionais os cidadãos não possuem sua própria representação política ou participam do processo de tomada de decisões, tampouco permitem ação legal direta contra os indivíduos e, por isso, não são previstos recursos legais de indivíduos contra medidas da organização, justamente por tais medidas não surtirem efeito direto sobre o cidadão. Assim, “a União Europeia, na sua própria substância, não é (apenas) uma organização de Estados, mas, antes de tudo, uma organização de cidadãos, embora pareça à primeira vista, uma organização entre Estados.”¹⁰³

Ademais, sendo o povo o detedor da soberania, é dele que se extrai a legitimidade da autoridade pública europeia, não derivando, portanto, da autoridade nacional e nem dela dependendo¹⁰⁴. A relação entre eles é funcional e não hierárquica.¹⁰⁵ Em relação ao ordenamento nacional, o povo apenas está adstrito à forma de constituir um novo poder mais amplo, considerando apenas os procedimentos previstos nas Constituições nacionais.¹⁰⁶ É por este mesmo motivo que não cabe aos Estados-membros e nem à União Europeia dizer sobre quais

¹⁰² PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 6. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁰³ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 7. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁰⁴ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 7. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁰⁵ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 8. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁰⁶ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 7. Acesso em 20 abr 2023.

temas teriam competência para atuar, inovando unilateralmente na ordem jurídica, a dita *kompetenz-kompetenz*¹⁰⁷, “The competence to create new functions or competencies is – with due respect to the protection of human rights and freedoms – the sovereign power of the people, neither the states nor the European Union dispose of it”¹⁰⁸

Estando posicionadas em estaturas diferentes dentro do ordenamento, é compreensível que a cada situação apresentada, caiba a cada um a competência para dirimir o conflito ou indicar a solução. Entretanto, havendo conflito, é natural que a ordem de maior abrangência tenha prevalência em função da necessidade de garantia de aplicação isonômica a todos os jurisdicionados, independente da nacionalidade. É, aliás, desta garantia que se extrai a legitimidade e efetividade do direito Europeu, obrigando à todos igualmente, e fazendo com que os cidadãos queiram sujeitar-se à ele em nome da segurança de que todos os demais também o farão. Assim, “This reciprocity is the contractual basis for the validity of each general norm. It is the condition also for the functioning of the system at all, which is in the common interest of the Member States and their citizens”¹⁰⁹

É, contudo, importante mencionar que este dever de reciprocidade não importa contramedidas de um Estado em outro em caso de violação ou não cumprimento do contrato social. Considerando que na União Europeia a reciprocidade encontra-se direcionada aos cidadãos, caberá à Comissão e ao Tribunal de Justiça fazer cumprir regras comuns.¹¹⁰

¹⁰⁷ O princípio alemão *kompetenz-kompetenz* é aquele pelo qual o julgador sempre terá uma competência mínima sobre um caso para que possa declarar-se competente ou incompetente para o julgamento da questão.

¹⁰⁸ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 7. Acesso em 20 abr 2023. Tradução livre: a competência para criar novas funções ou competências é – com o devido respeito pela proteção dos direitos humanos e das liberdades – o poder soberano do povo, nem os Estados nem a União Europeia dispõem dela.

¹⁰⁹ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 8. Acesso em 20 abr 2023. Tradução livre: essa reciprocidade é a base contratual para a validade de cada norma geral. É também a condição para o funcionamento de todo o sistema, que é de interesse comum dos Estados-membros e dos seus cidadãos.

¹¹⁰ PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>. p. 9. Acesso em 20 abr 2023.

Assim, se no âmbito regional a União Europeia tem atingido notáveis resultados, é importante perceber que persistem situações pendentes de solução justamente por escaparem de seu âmbito de atuação. É neste ponto que se percebe a necessidade de ampliação do constitucionalismo multinível para uma proporção mundial.

Conforme se verá nos próximos capítulos, os desafios da globalização e a questão ambiental, em especial a água que é o exemplo de direito transfronteiriço por excelência, demandam o avanço de novos mecanismos de proteção não apenas para melhor qualidade de vida e segurança nas relações econômicas, mas por ser a medida urgente a garantir a sobrevivência da vida na Terra.

We live in a world, where the states, while insisting on their national sovereignty, have lost control over parts of what they have been created for: International financial markets, global trade with new dynamic actors and an increasing demand on scarce resources like energy, climate change as well as increased waves of economic refugees, international crime and terrorism, the digital revolution and its repercussions on information and communication world-wide have changed the conditions under which security, welfare, peace and freedom can be preserved. Even the only remaining super-power on the globe, for the time being understands that cooperation at the global level is needed. But cooperation is irreconcilable with hegemony.¹¹¹

Se por um lado o constitucionalismo multinível mostrou-se eficiente na expressão realizada na União Europeia, conseguindo manter a paz até então incerta naqueles Países, por outro ele não possui equivalente no âmbito internacional. As Nações Unidas não foram exitosas em criar uma autoridade supranacional que detivesse poderes legislativos, executivos e judiciais, assentando-se mais na proibição do uso da força e da intervenção entre os Estados, e nos princípios da autodeterminação e igualdade soberana dos Estados, deixando relevante lacuna quando prevê o poder de decisão ao Conselho de Segurança carecendo, entretanto,

¹¹¹ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.huberlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 3. Acesso em 20 abr 2023. Tradução livre: Vivemos em um mundo onde os estados, embora insistam em sua soberania nacional, perderam o controle sobre partes daquilo para o qual foram criados: mercados financeiros internacionais, comércio global com novos atores dinâmicos e uma demanda crescente de recursos escassos de energia, as mudanças climáticas, bem como o aumento das ondas de refugiados econômicos, o crime internacional e o terrorismo, a revolução digital e suas repercussões na informação e comunicação em todo o mundo mudaram as condições sob as quais a segurança, o bem-estar, a paz e a liberdade podem ser preservados. Mesmo a única superpotência remanescente no globo, por enquanto, entende que a cooperação em nível global é necessária. Mas a cooperação é inconciliável com a hegemonia..

de efetividade por conta do direito de veto concedido aos cinco membros permanentes e de legitimidade justamente por conta dessa desigualdade de status concedida aos seus membros.¹¹²

É, também, por este motivo que não se pode entender a Carta da ONU como uma Constituição propriamente dita. Deste modo, vislumbrada a necessidade de um ordenamento multinível que contemple também uma esfera mundial, valiosa a análise feita por Habermas quando indica a necessidade de ver cidadãos como partes constituintes desta sociedade mundial, à exemplo do que já acontece na União Europeia¹¹³. E assim, claro, a necessidade dos multiníveis de poder, nos âmbitos local, regional, nacional, supranacional e mundial, de forma a garantir que o cidadão seja sempre ouvido e mantenha a sua soberania, e com ela confira legitimidade aos poderes. Neste sentido Christian Tomuschat afirma que “It is clear that a universal framework for action, a constitution of mankind, cannot be directly related to the individual human being. No system seeking to regulate the interaction among more than 5 billion people would be viable.”¹¹⁴ ¹¹⁵ E enfatiza

the fact that the human being remains the final beneficiary of the entire system of international law. But the individual cannot be given a decisive role within the mechanisms of a world constitution. The sheer weight of numbers makes it necessary to rely on representative institutions. In this sense, every State and every Government play the role of a representative of its people.¹¹⁶

¹¹² PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 4. Acesso em 20 abr 2023.

¹¹³ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 8. Acesso em 20 abr 2023.

¹¹⁴ TOMUSCHAT, Christian. **International Law as the Constitution of Mankind**, in: United Nations, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, New York 1997, 37-50. *apud* PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 8. Acesso em 20 abr 2023. Tradução livre: É claro que uma estrutura universal de ação, uma constituição da humanidade, não pode ser diretamente relacionada ao ser humano individual. Nenhum sistema que busca regular a interação entre mais de 5 bilhões de pessoas seria viável.

¹¹⁵ O trecho extraído do texto de Christian Tomuschat fora redigido no ano de 1997. Em 15 de novembro de 2022 a população mundial atingiu a marca de 8 bilhões de habitantes.

¹¹⁶ TOMUSCHAT, Christian. **International Law as the Constitution os Mankind**, in: United Nations, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission*, New York 1997, 94 e segs. *apud* PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 9. Acesso em 20 abr 2023. Tradução livre: O fato de que o ser humano continua sendo o beneficiário final de todo o sistema de direito internacional. Mas não se pode atribuir ao indivíduo um papel decisivo nos mecanismos de uma Constituição Mundial. O simples peso dos números torna necessário contar com instituições representativas. Neste sentido, todo Estado e todo Governo desempenham o papel de representante de seu povo.

Embora possa parecer que múltiplos níveis de poder tornariam cada vez mais distantes as deliberações das mãos dos cidadãos, é necessário salientar que, como já dito neste capítulo, cada vez mais serão necessários métodos mais eficazes de participação popular, passando pela participação mais ativa em processos coletivos, ações de inconstitucionalidade das leis, mecanismos de *impeachment*, garantia de educação de qualidade e acesso à informação desprovida de manipulação. Não bastasse isso, ao se analisar que nos dias atuais, a todo momento questões vitais à sobrevivência na Terra sequer estão passando pelo conhecimento dos cidadãos, esgueirando-se nas sombras do obscuro e sendo decididas conforme interesses de mercado, resta nítido que qualquer novo mecanismo que aproxime os cidadãos do poder de decisão será válido.

É natural que a criação de um novo poder gere inquietude social, especialmente fomentada por aqueles que já detém o poder e não querem ver-se limitados, e apoiada no desconhecimento da forma que tal processo poderia se dar especialmente “porque a ideia de que uma sociedade pode agir sobre si de modo democrático só foi implementada de modo fidedigno até agora no âmbito nacional”¹¹⁷. Contudo não se deve esperar mais por um momento revolucionário, tal como no iluminismo, para que avanços sociais reais sejam implementados, principalmente porque no silêncio das massas é que crescem os domínios escusos.

É também neste sentido que Douglas M. Johnston pontua sobre a ampliação dos meios de atuação dos cidadãos, abrindo-se maior espaço para a sociedade civil

cannot realistically be restricted to state or inter-state actors, since they themselves are the chief object of the study. Trust would have to be placed in an open-ended coalition of state and non-state institutions, so that the voices of civil society can be heard within the chambers of the power-holders.¹¹⁸

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 78.

¹¹⁸ JOHNSTON, Douglas M. **World Constitutionalism in the Theory of international law**. p 3 - 29, Disponível em: https://brill.com/display/book/edcoll/9789047415916/B9789047415916_s004.xml, p. 10. Acesso em 20 abr 2023. No original: Não pode ser realisticamente a atores estatais ou interestaduais, uma vez que eles próprios são o objeto principal do estudo. A confiança teria que ser depositada em uma coalizão aberta de instituições estatais e não estatais, de modo que as vozes da sociedade civil pudessem ser ouvidas dentro das câmaras dos detentores de poder.

Então, para além do direito internacional já posto, é necessário ampliar os horizontes em nome de uma nova evolução do constitucionalismo com garantia efetiva de bens essenciais à vida, e entrega definitiva da soberania e do poder de decisão nas mãos dos cidadãos do mundo, por meio de mecanismo de representação eficientes.

1.3.2 – Constitucionalismo Garantista de Luigi Ferrajoli

Como visto, considerando o aludido processo desconstituente global que a humanidade vivencia, é necessário iniciar um novo modelo de constitucionalismo. Apoiado no constitucionalismo multinível, é possível buscar novos horizontes e agregar o entendimento de outros doutrinadores para a construção deste novo modelo jurídico.

Muito embora existam mecanismos internacionais visando a proteção de liberdades fundamentais e direitos sociais, havendo autores que entendem a Carta da ONU, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os Pactos de 1966 e as demais Cartas de direitos como “uma espécie de Constituição embrionária do mundo”,¹¹⁹

faltam totalmente as suas normas de atuação, isto é, as garantias internacionais dos direitos proclamados e as respectivas funções e instituições de garantia, na ausência das quais o processo desconstituente está destinado a se desenvolver na forma de um crescente distanciamento entre as promessas normativas e a realidade de suas negações e violações.¹²⁰

Por este motivo a política moderna caiu em descrédito, e seguirá expandindo sua crise para os mais diversos setores sociais enquanto permanecer impotente frente aos desafios globais que já se apresentam.

É neste sentido que surge como solução viável, e urgente, a criação de um constitucionalismo garantista com “normatividade forte associada à maior parte

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. P. 176.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. P. 176

dos princípios constitucionais”¹²¹ de forma a reconstruir a democracia. Considerando que o modelo de constitucionalismo atual foi concebido apenas em relação aos poderes estatais e capazes de atender aos problemas locais, o constitucionalismo do futuro deve desancorar-se de sua origem estatal e de sua tradição estadocêntrica desenvolvendo-se em relação aos poderes supraestatais.¹²²

A teoria garantista de Luigi Ferrajoli, inicialmente aplicável no âmbito do direito penal faz perceber que, mesmo quando recebida na ótica do direito constitucional como modelo de legitimidade de intervenção punitiva e de racionalidade, é essencial haver correspondência entre a norma e sua efetiva aplicabilidade sob pena de tornar o modelo constitucional uma mera fachada.¹²³

Deste modo, a teoria evolui para outros ramos do direito dando início à uma verdadeira teoria geral do garantismo jurídico cujas características são elencadas por Sérgio Cadermatori:

Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. (...) Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.¹²⁴

No plano teórico, Ferrajoli aponta que por ser o constitucionalismo global pautado no universalismo de direitos fundamentais, será necessário desfazer a correlação entre constituição e um *demos*, no sentido de uma unidade ou homogeneidade cultural, fazendo-se perceber que a unidade não é um pressuposto, mas sim o resultado da efetiva igualdade em direitos¹²⁵, “os quais agem como fatores

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. P. 183

¹²² FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. P. 185

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995. p. 851

¹²⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**, 1999 Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 72

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como**

de integração política e social gerando a percepção dos outros como iguais e o senso comum de pertinência a uma mesma comunidade política.”¹²⁶

Assim, a legitimidade de qualquer Constituição não está, a despeito do que pode parecer, no consenso das maiorias, mas na garantia do direito de todos, sendo mais legítimas quanto maior foi a desigualdade, de modo que a igualdade do gozo dos direitos, garantidos pelos direitos sociais, remova assimetrias.¹²⁷

Aliás, é neste sentido que Ferrajoli apoia a lógica do modelo garantista constitucional em âmbito global, apontando que cabe à ela garantir direitos já há muito previstos em Cartas Constitucionais e tratados e até hoje não implementados por conta do apequenamento que os Estados vêm sofrendo perante o mercado financeiro.

Para tanto, precisamente na proposta feita por Ferrajoli¹²⁸, são remédios para preenchimento deste vazio de garantias, em primeiro lugar, a criação de uma tributação internacional sobre transações financeiras, denominada de *Tobin Tax*. Em segundo lugar propõe-se uma harmonização dos sistemas fiscais dos Estados, de modo a impedir a fuga de capitais para os paraísos fiscais.¹²⁹ Em terceiro lugar, o autor indica a necessidade de separar novamente bancos comerciais de bancos de negócios e argumenta que a Organização das Nações Unidas – ONU, o Fundo Monetário Internacional – FMI, o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio – OMC, que hoje são controlados por Países ricos devem retornar às atividades originalmente previstas, quais sejam, buscar a estabilidade financeira, auxiliar no desenvolvimento de países pobres, promover emprego e reduzir desequilíbrios e desigualdades.¹³⁰

modelo teórico e como projeto político. P.186

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** P.186

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** P.186

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** P.193

¹²⁹ A obra tratada foi publicada em 2015, momento em que Ferrajoli aponta como montante evadido um total de 21 trilhões de dólares, o que representava à época um quarto do PIB mundial.

¹³⁰ Neste ponto da obra, Ferrajoli sustenta que diante da evidente dificuldade e resistência que certamente tal projeto enfrentará, poderia-se iniciar com uma Constituição da União Europeia. Embora reconheça-se que tal medida poderia gerar algum impacto em algumas das emergências globais enfrentadas como a questão da migração ou do desemprego, deixa-se de mencionar no presente trabalho pois em nada contribuiria na solução das emergências ambientais, em especial a emergência da escassez de água potável, justamente em função da característica transfronteiriça que carrega em

O autor indica também a necessidade de separação de poderes, que vai muito além da tradicional separação feita por Montesquieu¹³¹, e assim diferencia poderes públicos de poderes não públicos. Ele inicia separando poderes políticos de poderes econômicos a fim de evitar a submissão daqueles à estes. Para tanto, é necessária a proibição dos *lobbies* e a instituição de severas sanções para os casos de corrupção. Além disso, a instituição de incompatibilidades entre os poderes, muito além daquelas já existentes como a proibição de ocupação de cargos públicos por grandes titulares de interesses e poderes privados, mas também no sentido de atribuir o controle destes limites e incompatibilidades à órgãos independentes e imparciais.

Por evidente, essa separação só se perfectibiliza com uma limitação e fiscalização rigorosa dos financiamentos de campanhas políticas pelos poderes privados. Tal forma de financiamento contamina todo o sistema democrático, pois coloca o público em função do privado, que se aparelha e domina o controle e as ações da esfera pública. Com tal dominação, as decisões políticas deixam de visar o bem coletivo para ceder às exigências privadas, em detrimento de importantes valores sociais.

Outra anotação relevante feita por Ferrajoli é que devem ser “proibidos os financiamentos por parte de pessoas jurídicas, como as empresas e as sociedades comerciais, sendo evidente que uma pessoa jurídica não pode ter motivos idealistas para financiar um partido, mas somente interesses econômicos”¹³², e segue afirmando que mesmo para as doações originadas de filiados e simpatizantes, deve ser feita de forma anônima, bem como estabelecido um limite máximo de valor a ser doado, e a necessidade de prestação de contas dos valores recebidos.¹³³

Seguindo a análise da separação de poderes, Ferrajoli sustenta a necessidade de distanciamento entre os partidos políticos e poderes públicos, e

si, e que será melhor trabalhada nos próximos capítulos.

¹³¹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, p. 165

¹³² FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. P. 200

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. p. 201

justifica essa demanda apontando para a já mencionada crise de representatividade que paira sobre a sociedade e que, neste parêntese, isso só pode ser resolvido com a criação de uma incompatibilidade entre ocupar um cargo do partido e ocupar cargo público ao mesmo tempo, de forma a impedir que partidos assumam posições nas instituições.¹³⁴

Como última separação necessária, o autor retoma a tripartição de poderes feita por Montesquieu e passa a reformulá-la as dividindo em instituições de governo e instituições de garantia. Assim, as instituições de governo seriam aquelas incumbidas das funções públicas decisórias, legitimadas pela representação popular e imbuídas da esfera do decidível onde estariam inseridos os poderes legislativo e executivo. Por outro lado, as instituições de garantia compreenderiam “não somente as funções jurisdicionais, mas também as funções administrativas destinadas de maneira primária à garantia dos direitos, como as instituições de ensino, as instituições hospitalares, as instituições previdenciárias”¹³⁵, e assim por diante, estando relacionadas, portanto, à garantia dos direitos fundamentais e, portanto, à esfera do indecidível.¹³⁶

Assim, justifica-se essa divisão como o caminho para “fundação da democracia constitucional”¹³⁷ superando o modelo formulado por Montesquieu que concentrava direitos sociais na administração pública, ou seja, vinculado ao poder executivo, o que somado à outra separação já mencionada, mas que ocorre nos dias atuais, coloca direitos sociais à disposição de partidos políticos e loteamentos partidários, reforçando o descrédito, a inoperância e a crise democrática que o constitucionalismo garantista pretende corrigir.

Além disso, a teoria do constitucionalismo garantista indica postulados essenciais a serem levados a efeito e garantidos em seu grau máximo¹³⁸, sendo o

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p.203

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 203

¹³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 204

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 204

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como**

primeiro deles o princípio da legalidade onde todos os poderes, públicos e privados, ficam sujeitos à lei, retomando ao ideal de governo das leis, e não dos homens e suas voluntariedades. O segundo refere-se aos direitos de liberdade, mais voltados aos direito material e processual penal, apontando para a necessidade de garantias mais rígidas do *habeas corpus* e da dignidade da pessoa humana contra a prática da tortura.

O terceiro pressuposto centra-se na garantia dos direitos sociais por intermédio de uma renda de base que também traduz-se em um direito civil de autodeterminação, possibilitando aos indivíduos que não sejam constrangidos a submeterem-se a trabalhos em condições precárias e até análogas à escravidão.

Já o quarto pressuposto é de extrema relevância para o presente trabalho, e será analisado no segundo capítulo com maior vagar. Trata-se da garantia dos bens fundamentais. Conforme explica Ferrajoli, o desenvolvimento tecnológico tornou possível, para o bem e para o mal, a produção de bens artificiais e a destruição de bens naturais, sendo ambos vitais para as pessoas.¹³⁹ Então, se por um lado medicamentos puderam garantir qualidade de vida e longevidade, por outro cada vez mais e mais pessoas são mortas por consequencia dos gases de efeito estufa como mudanças climáticas, poluições, aluviões, deslizamentos de terras, secas e desertificações.¹⁴⁰

Ademais, tornou-se possível a destruição e apropriação privada de bens naturais como a água, o ar, e a integridade do meio ambiente como um todo, capaz de garantir a vida na Terra.¹⁴¹ Tais bens, concebidos como bens comuns, adquiriram valor de troca, deixando de serem garantidos à todos pelo direito.¹⁴²

Ferrajoli, inclusive, cita passagem de Adam Smith quando indica que

modelo teórico e como projeto político. p. 206

¹³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 224

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 225

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 225

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** p. 225

As coisas que têm o máximo valor de uso frequentemente têm escasso ou nenhum valor de troca; e, ao contrário, aquelas que têm o máximo valor de troca frequentemente possuem escasso ou nenhum valor de uso. Nada é mais útil que a água; mas com esta não se poderá adquirir quase nada e dificilmente se poderá obter algo em troca dela. Um diamante, ao contrário, não há quase nenhum valor de uso; mas com este se pode obter em troca uma grandíssima quantidade de outros bens.¹⁴³

Mas que, entretanto, a dinâmica social tornou estas ditas coisas comuns em bens, atribuindo-lhes valor econômico e passando a ingressar na agressiva lógica dos mercados, que ignora previsões legais justamente por estabelecer suas conexões em uma área sem domínio legal, e que é muito mais adepta aos interesses financeiros.

O capitalismo anárquico provocou assim um duplo processo predatório: primeiramente, a dilapidação ou a destruição dos bens comuns e a transformação da originária disponibilidade natural destes, como ocorreu tipicamente com a água potável, quando esta começou a se tornar escassa; sucessivamente, a transformação destes mesmos bens, em razão da sua escassez, os quais se tornaram passíveis de apropriação privada segundo a lógica do mercado.¹⁴⁴

Diante deste cenário, o constitucionalismo de um futuro urgente precisa estabelecer um sistema garantista, revolucionando o cenário presente jurídica e politicamente, garantindo bens fundamentais (asseguradores de direitos fundamentais) a partir de um sistema multinível, que vincule à todos indistintamente, e estabeleça rígidos limites ao feroz mercado globalizado que hoje se apresenta.

¹⁴³ SMITH, Adam. **La ricchezza delle nazioni**, Milano: Mondadori, 2009, Libro I, cap. IV, p. 109,

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. p. 226

CAPÍTULO 2

DIREITOS FUNDAMENTAIS E BENS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo finca suas bases na necessidade de limitar o poder, em favor dos direitos dos governados. O estudo do avanço do constitucionalismo está intimamente atrelado ao estudo da afirmação dos direitos fundamentais, pois a supremacia da Constituição só faz sentido quando utilizada para tutelar e garantir, de forma equilibrada, direitos para todos os membros daquela sociedade.

É assim que se inicia o estudo deste segundo capítulo, utilizando dos estudos e desafios do constitucionalismo, apontados no Capítulo 1, para analisar os direitos fundamentais e a construção de uma teoria de bens fundamentais, baseado nos estudos de Luigi Ferrajoli.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO E EVOLUÇÃO

O avanço do constitucionalismo está diretamente relacionado com a evolução dos direitos fundamentais. A Constituição como norma balizadora e matriz geradora finca as bases de sua superioridade justamente na proteção dos direitos fundamentais nela previstos, que espraia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico interno.

É, contudo, de se dizer que conceituar direitos fundamentais não é tarefa simples e tem exigido de “filósofos do direito, constitucionalistas e internacionalistas discussões há décadas.”¹⁴⁵

Assim, conforme Pérez-Luño, “los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (Weltanschauung) y que informan la

¹⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021, p. 100.

ideología política de cada ordenamiento jurídico.”¹⁴⁶

As Constituições trazem a previsão dos direitos fundamentais como forma de garanti-los no âmbito interno de seus Estados, de modo universalizado. Por outro lado, a internacionalização destes direitos é um movimento diverso, construindo o consciente coletivo do que se passa a chamar de direitos humanos.¹⁴⁷

Deste modo, apesar do amplo valor semântico, e embora diversas doutrinas tratem como termos equivalentes, incluindo ainda os direitos do homem, é preciso esclarecer que com a positivação do direito, a construção destes conceitos se dá nos moldes da Modernidade, e os direitos humanos ganham caráter universal, numa perspectiva internacional.¹⁴⁸ De acordo com Pérez Luño:

[...] como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los derechos fundamentales. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.¹⁴⁹

¹⁴⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2017, p. 33. Tradução livre: os direitos fundamentais seriam os princípios que sintetizam a visão do mundo (Weltanschauung) e informam a ideologia política de cada ordem jurídica

¹⁴⁷ GARCIA, Marcos Leite. **Novos Direitos Fundamentais e Demandas Transnacionais**. XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, p. 6737. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3681.pdf>. Acesso em 04 abr 2023.

¹⁴⁸ NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos Direitos Humanos**. Revista Brasileira de Direito Público, a.1, n. 3, out/dez. 2003, p. 146. (bernardo Gonçalves, p. 250)

¹⁴⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 236. Tradução livre: como um conceito de contornos mais amplos e imprecisos do que a noção de direitos fundamentais. Os direitos humanos são habitualmente entendidos como um conjunto de poderes e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. A noção de direitos fundamentais, por outro lado, tende a referir-se aos direitos humanos que são garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos nas suas normas constitucionais, e que normalmente gozam de uma protecção reforçada.

É neste sentido que se diferenciam os conceitos conforme o plano de positivação, onde direitos do homem estariam relacionados aos direitos naturais, sem positivação. Direitos fundamentais são os positivados no direito constitucional dos Estados, restringindo-se portanto ao âmbito interno. Finalmente direitos humanos são aqueles positivados no plano internacional. Assim, “cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho.”¹⁵⁰

O critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado do Direito.¹⁵¹

Entretanto, é preciso dizer que assim como o movimento do constitucionalismo é resultado direto de fatos e urgências sociais, a evolução dos direitos fundamentais em gerações e a internacionalização destes direitos fundamentais também o são. O sistema jurídico está sempre atento aos fatos sociais, sendo impactado e transformado por ele¹⁵². Desta forma, conforme salienta Ingo Wolfgang Sarlet

Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre direitos humanos e direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que as sucederam, de tal sorte que – no que diz com o conteúdo das declarações internacionais e dos textos constitucionais – está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao que já está sendo denominado de um direito constitucional internacional.^{153 154}

De todo modo, tal proximidade protetiva não pode ser tida como uniforme

¹⁵⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 236. Tradução livre: A partir deste reconhecimento, surgem os direitos fundamentais, cujo nome evoca a sua função de fundamento da ordem jurídica do Estado de direito.

¹⁵¹ SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 31

¹⁵² LUHMANN

¹⁵³ SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 33

¹⁵⁴ No que tange à questão da aproximação e harmonização internacional destes direitos, o assunto será melhor explorado no terceiro capítulo do presente trabalho.

entre as mais diversas Constituições dos Estados, tampouco as previsões internacionais. É necessário também distinguir direitos humanos de direitos fundamentais em relação ao grau de efetividade pois, conforme analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, os direitos fundamentais estão aparelhados de instâncias judiciárias para garantir sua aplicabilidade, ao passo que todos os direitos humanos, não previstos também como direito fundamental, poderão padecer de carência de força cogente, pois dependentes de recepção pelo ordenamento jurídico interno.¹⁵⁵

Neste sentido, Peces-Barba esclarece que os direitos são produzidos sob “rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el Derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad.”¹⁵⁶

É neste sentido também que Peces-Barba estabelece linhas de evolução dos direitos fundamentais, as quais compõem os processos de positivação, generalização, internacionalização e especificação.¹⁵⁷

Por sua vez, Ferrajoli aponta que “são ‘fundamentais’ os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãos, ou enquanto capazes de agir”¹⁵⁸, e segue apontando relevante diferença entre direitos fundamentais e o conceito de direitos fundamentais, e salienta que

Diremos também, sem que a nossa definição seja de algum modo invalidada, que um dado ordenamento jurídico, por exemplo, totalitário é privado de direitos fundamentais. A previsão de tais direitos por parte do direito positivo de um determinado ordenamento é, de alguma maneira, condição de sua existência ou vigor naquele ordenamento, mas não incide sobre o significado do conceito de direitos fundamentais. Menos ainda incide sobre esse significado a sua previsão num texto constitucional, que é somente uma garantia de sua observância por parte do legislador ordinário.¹⁵⁹

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p.34

¹⁵⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 29. Tradução livre: importantes características derivadas da ideia de dignidade humana, necessárias ao desenvolvimento integral do ser humano. O acolhimento no direito positivo é a condição para que este possa realizar efectivamente a sua finalidade.

¹⁵⁷ Peces Barba, fazer nota do pensamento do autor.

¹⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 183

¹⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre

Assim, em texto denominado Sobre os Direitos Fundamentais¹⁶⁰, publicado em coletânea organizada por Miguel Carbonell, Ferrajoli questiona *quais* seriam os direitos fundamentais, e encontra três respostas diferentes, a depender da teoria com que se analisa: a) no plano teórico-jurídico, Ferrajoli “os identifica com os direitos universalmente atribuídos a todos como pessoas, ou como cidadãos ou pessoas com capacidade de ato, e que são, portanto, inalienáveis.”¹⁶¹; b) sob o ponto de vista do direito positivo, direito fundamental é aquele previsto nas Constituições e, no plano internacional, são os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim como aqueles previstos nos pactos internacionais e demais convenções, baseados todos na universalidade e na inalienabilidade; c) na ótica da filosofia política a análise é sobre *quais* direitos devem ser garantidos como fundamentais, e assim os subdivide em 3 critérios axiológicos que se passa a analisar.

O primeiro critério refere-se ao vínculo entre os direitos humanos e a paz, e estabelece que todos aqueles direitos capazes de garantir a paz devem ser tidos como direitos humanos. O autor vincula um ao outro na medida em que a violação sistemática de direitos fomenta os conflitos, uma vez que tais valores sustentam o mínimo vital tanto no âmbito interno quanto internacional. A importante reflexão a ser feita neste sentido é a grave situação que se cria quando a garantia dos direitos humanos não é universal e impõe movimentos migratórios aos indivíduos que buscam garantias de um mínimo existencial. A desigualdade entre indivíduos de uma mesma sociedade e de sociedades diversas evidencia a crise humanitária que se pronuncia pela força impingida pelas fronteiras e as cidadanias. Se por um lado há seres humanos em busca de dignidade, de outro há cidadãos exigindo o robustecimento legal contra movimentos migratórios. A globalização reforça e majora o problema onde todos têm, ao mesmo tempo, acesso à tudo e à nada. Não há explicação plausível para que todos os indivíduos tenham ao alcance das mãos (limitados apenas pela falta de recurso financeiro) o novo iphone mas não tenham como obter água potável

Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 183 - 184

¹⁶⁰FERRAJOLI, Luigi. **Sobre os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁶¹FERRAJOLI, Luigi. **Sobre os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>. Acesso em 20 abr 2023.

em suas torneiras. A dinâmica dos mercados deixou ainda mais evidente a discrepância de prioridades. Se há falta de mínimo existencial em localidades do Globo, é iminente a explosão de movimentos migratórios mais agressivos por aqueles que foram excluídos, o que coloca em risco a paz de todos os seres humanos. Como se verá mais adiante, muito além da importância da previsão de direitos humanos, está a urgência de garantir sua eficácia. É neste sentido que Ferrajoli sustenta que as divisões territoriais, com cidadãos deste ou daquele Estado e, por sua vez, com garantias e efetivações diversas constituem hoje um grande obstáculo para a paz mundial.

Hipoteticamente, se todos os Estados se dissolvessem em uma comunidade mundial informada pelo paradigma federal do estado de direito constitucional e com garantia igual de direitos humanos para todos, os conflitos entre grupos étnicos perderiam muito de sua razão de ser e o problema da autodeterminação seria de fato consideravelmente menos dramático.

E diante deste raciocínio, o segundo critério estabelecido por Ferrajoli se refere ao direitos das minorias e assim ao nexos entre direitos e igualdade

Igualdade é, em primeiro lugar, igualdade nos direitos de liberdade, que garantem igual valor de todas as diferenças pessoais – de nacionalidade, sexo, língua, religião, opiniões políticas, condições pessoais e sociais – que fazem de cada pessoa um indivíduo diferente de todos os outros e de cada indivíduo uma pessoa igual a todos os outros; e, em segundo lugar, a igualdade de direitos sociais, que garantem a redução das desigualdades econômicas e sociais.¹⁶²

Deste modo, o autor menciona a resistência à um constitucionalismo global em nome das diferenças culturais e as rechaça apontando justamente que as diferenças se mostram mais acentuadas tanto mais as garantias de direitos humanos diferem entre os Estados. “É na garantia dos próprios direitos fundamentais como direitos iguais que amadurece o sentimento de pertencimento e a identidade coletiva de uma comunidade política.¹⁶³” Ademais, como ele bem sustenta “as constituições são pactos de convivência tanto mais necessários e justificados quanto mais heterogêneas e conflituosas são as subjetividades culturais e sociais que são

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Sobre os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Sobre os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>. Acesso em 20 abr 2023.

chamadas para garantir.”¹⁶⁴

Por fim, o terceiro critério axiológico refere-se ao papel dos direitos fundamentais como lei dos mais fracos. À isso é possível afirmar que “historicamente, todos os direitos fundamentais foram estabelecidos, nas diferentes cartas constitucionais, como resultado de lutas ou revoluções que em cada ocasião romperam o véu da normalidade e naturalidade que escondia um precedente de opressão ou discriminação”¹⁶⁵ Assim, a previsão de direitos humanos constituem a resposta ao grito de socorro daqueles que já não suportavam a opressão.

Com isto, Ferrajoli indica a relação entre direitos fundamentais e sua universalidade, no sentido de que tornam-se inalienáveis pois, por exemplo, incompatíveis com uma sociedade escravagista ou inteiramente mercantilista, por exemplo.¹⁶⁶ De mesmo modo, não é possível fixar como direito universal um direito absolutamente fútil. Ferrajoli salienta que os interesses protegidos pelos direitos fundamentais coincidem com as liberdades conquistadas historicamente por meio de guerras e revoluções, e que de tais “garantias dependem a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos.”¹⁶⁷

É a estipulação em normas constitucionais que garante a universalidade destes direitos¹⁶⁸, ainda que no âmbito interno dos Estados. Por óbvio, a igualdade como garantia constitucional só é efetiva quanto menor for o distanciamento das classes sociais e maior forem os níveis de democracia.

Assim, ficam nítidos os motivos pelos quais escravos e mulheres, por exemplo, já tiveram seus direitos fundamentais negados. À eles era negada identidade

¹⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Sobre os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Sobre os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>. Acesso em 20 abr 2023.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 183

¹⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 207

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 207

de pessoa, capacidade de agir e cidadania.¹⁶⁹ Direitos fundamentais estão intrinsecamente relacionados aos direitos da pessoa humana e é por isso que os critérios estabelecidos por Ferrajoli da personalidade, capacidade de agir e cidadania¹⁷⁰ devem ser ter cada vez mais seus significados ampliados e universalizados.

Para definir direitos fundamentais, Ferrajoli indica quatro teses¹⁷¹, as quais se pontua objetivamente, para em seguida adentrar com maior vagar: A primeira se refere a diferença entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais, apontando tal assimetria onde direitos fundamentais são inclusivos, universais, indisponíveis, fundados na filosofia jusnaturalista e contratualista. Por sua vez, direitos patrimoniais são exclusivos, singulares, disponíveis e fundados na tradição civilista e romanista.

A segunda trata dos direitos fundamentais correspondendo a interesses e expectativas de todos, formando o fundamento e o parâmetro de igualdade jurídica que o autor denomina de “dimensão substancial” da democracia. “É o conjunto das garantias asseguradas pelo paradigma do Estado de Direito.”¹⁷²

A terceira tese aponta a moderna natureza supranacional dos direitos fundamentais, especialmente após a formulação em convenções internacionais devidamente recepcionadas pela constituições dos Estados, consubstanciando-se em limites externos e não apenas internos, e na base normativa de uma democracia internacional, que embora ainda distante de ser atuante, já está normativamente pré-configurada.

Por último, a quarta tese se refere às relações entre direitos e suas garantias, tratando das prestações negativas e positivas, as quais denomina de garantias primárias e secundárias, respectivamente. Ferrajoli alerta que embora compreendidas logicamente no estatuto normativo dos direitos, são frequentemente não só notadas mas também nem sequer normativamente estabelecidas, e que a inexistência das garantias poderia equivaler a uma inadimplência do direito

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 252

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 262

¹⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 266

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 266

positivamente estipulado, cabendo à legislação suprir esta indevida lacuna.

Iniciando a análise mais aprofundada, a diferenciação entre direitos fundamentais e patrimoniais é de extrema importância ao presente trabalho. Conforme questiona Ferrajoli “Que coisas são os direitos fundamentais?”¹⁷³ Ao que ele mesmo, utilizando Locke, aponta como resposta “a vida, a liberdade e a propriedade.”¹⁷⁴ A aglutinação de dois valores assim tão diversos encontra explicação lógica no movimento liberal do constitucionalismo, mas é importante tornar claro o conceito de propriedade em dois sentidos:

Há o direito de propriedade como expressão de liberdade, aquele direito de “adquirir e dispor dos bens de propriedade”¹⁷⁵ ao qual tem-se o caráter universal, ou seja universalidade de titulares. Por outro lado, há os direitos de propriedade relacionados aos direitos reais, que são singulares, onde há um titular determinado e todos os demais estão excluídos.¹⁷⁶

Todos somos igualmente livres para manifestar nosso pensamento, igualmente imunes de prisões arbitrárias, igualmente autônomos em dispor dos bens de nossa propriedade e igualmente titulares dos direitos à saúde e à instrução. Mas qualquer um de nós é proprietário ou credor de coisas diferentes e em medidas diversas: eu sou proprietário desta minha roupa ou da casa onde vivo, isto é, de objetos diversos daqueles dos quais outros, e não eu, são proprietários.¹⁷⁷

Desta forma, enquanto o direito de ser proprietário é inclusivo e igualitário, a condição de proprietário é exclusiva e diferenciadora. À este direito de ser proprietário dá-se a característica da fundamentalidade, tornando-o indisponível, inalienável e ilimitável. Estão na esfera no indecível, e fora do alcance dos Estados, da maiorias e dos mercados.¹⁷⁸

Aqui reside a grande diferença basilar para o presente trabalho: a intangibilidade dos direitos fundamentais. Encontram-se intangíveis de tal forma que se tornam indisponíveis até mesmo aos seus titulares, que deles jamais podem abrir

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 19

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 19

¹⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 20

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 20

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 20

¹⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 22

mão. Tamanha proteção propaga efeitos de tal monta para evitar que ao fim e ao cabo a liberdade extrema pudesse encerrar a vitória do mais forte sobre o mais fraco, que sucumbiria às pressões e ocasionaria a negação do próprio direito e a regressão ao estado de natureza.¹⁷⁹

Deste modo, Ferrajoli sustenta que enquanto as relações patrimoniais são horizontais, pois entre particulares titulares de direitos patrimoniais, nos direitos fundamentais as relações são verticais, sempre entre os indivíduos e os Estados, de tal modo que a violação das normas constitucionais gerarão, inevitavelmente, a invalidade das leis. Esta é a esfera pública do Estado constitucional de direito, denominada de dimensão substancial da democracia.¹⁸⁰

Os direitos fundamentais como dimensão substancial da democracia vem da natureza das necessidades por eles protegidos especialmente porque encontram como base estrutural¹⁸¹ “a universalidade, a igualdade, a indisponibilidade, a sua atribuição *ex lege*, e o seu viés normalmente constitucional, e, por isso, supraordenado aos poderes públicos como parâmetros de validade do seu exercício.”¹⁸²

E é justamente por conta destes valores que estruturam os direitos fundamentais que eles configuram a garantia de necessidades vitais como a vida, a liberdade e a sobrevivência. Os direitos, por repousarem nos textos constitucionais como fundamentais, consubstanciam-se na garantia de sua proteção. Como dito, direitos fundamentais, por assim o serem, escapam dos desígnios do mercado ou das maiorias e “nenhum contrato pode dispor sobre a vida. Nenhuma maioria política pode dispor da liberdade e de outros direitos fundamentais: decidir que uma pessoa seja condenada sem prova, ou privada da liberdade pessoal, ou dos direitos civis ou políticos, ou, ainda, deixada morrer sem cura ou na indigência.”¹⁸³

É da substância destes direitos, da essência destes direitos, protegerem bens inegociáveis, para que assim permaneçam.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 23

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 24 - 25

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 25

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 25

¹⁸³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 26

Disso resulta desmentida a concepção corrente da democracia como sistema político fundado sobre uma série de regras que asseguram a onipotência da maioria. Se as regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria são normas formais sobre aquilo que pela maioria é decidível, os direitos fundamentais prescrevem aquilo que podemos chamar de a esfera do indecidível: do *não decidível que*, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e do *não decidível que não*, das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais.¹⁸⁴

O paradigma da democracia constitucional é a sujeição do direito ao direito gerada justamente por essa dissociação entre mera legalidade e estrita legalidade, entre forma e substância.¹⁸⁵ Essa dissociação faz perceber que “o princípio da soberania popular e a regra da maioria subordina-se aos princípios substanciais expressos pelos direitos fundamentais e relativos a isso que não é lícito decidir e a isso que não é lícito não decidir.”¹⁸⁶

Se da análise do histórico do constitucionalismo extrai-se a criação de direitos importantes, é sempre necessário salientar que alguns daqueles direitos, embora essenciais, não possuíam desígnios tão nobres. E diz-se isso jamais na intenção de menosprezá-los, mas justamente no intuito de deixar claro o quanto as lutas por direitos foram e são caras à humanidade, uma vez que algumas conquistas apenas foram alcançadas como meio de proteção do mais forte, que era minoria em determinado momento histórico. A proteção das minorias é essencial, mas teve origem em obscuro passado onde as minorias eram os ricos, os quais pretendiam proteger-se das majorias pobres. Da mesma forma a segregação racial ocorrida nos Estados Unidos, onde previa-se que as pessoas poderiam ser separadas em escolas e demais serviços conforme sua raça, desde que tivessem acesso ao mesmo tipo e qualidade de serviço. A marcante decisão foi proferida no caso *Plessy v. Ferguson* em 1896¹⁸⁷, e apenas em 1954 no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*¹⁸⁸ foi reconhecida a inconstitucionalidade da segregação perpetrada por 58 anos, não sem resistência.

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 26, grifos no original.

¹⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 27

¹⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 27.

¹⁸⁷ JUSTITIA. U.S. **Supreme Court. Plessy v. Ferguson**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Acesso em 01 abr 2023.

¹⁸⁸ JUSTITIA. U.S. **Supreme Court. Brown v. Board os Education of Topeka**. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em 01 abr 2023.

Neste sentido “os direitos fundamentais inscritos nas constituições – dos direitos de liberdade aos direitos sociais – operam em tal modo como fontes de invalidação e deslegitimação, além da legitimação.”¹⁸⁹ Direitos fundamentais estão além da autolimitação passível de revogação pelo soberano, não são direitos do Estado ou para o Estado podendo, ao contrário e sempre que necessário, serem dirigidos contra o Estado e as maiorias.¹⁹⁰

Aos direitos fundamentais são dados regime de cláusulas pétreas, imutáveis justamente porque destinados à todos indistintamente, ainda que à apenas um indivíduo isoladamente frente à uma maioria dominante e com interesses contrários.

Ferrajoli aponta a democracia constitucional como filha da filosofia contratualista justamente por ser um contrato social direcionado à todos em defesa de todos, ou de apenas um. O descumprimento deste pacto, deste modo, gera o legítimo direito de resistência¹⁹¹.

Da evolução dos direitos previstos constitucionalmente, desde a liberdade, passando pelos direitos sociais, até chegar aos direitos metaindividuais, “os direitos fundamentais se afirmam como as leis do mais fraco em alternativa à lei do mais forte que vigorava ou vigoraria na sua ausência”¹⁹², e foram conquistados à duras penas, à base de guerras e revoluções, razão pela qual faz-se imperiosa a proteção de todos e de cada um deles.

A própria divisão em gerações de direitos fundamentais, de Karel Vasak e Norberto Bobbio¹⁹³, deixa claro o nexos existente entre eventos sociais e avanços jurídicos, pois aqueles justamente se deram para que estes pudessem ser

¹⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 27 - 28

¹⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 28

¹⁹¹ Norberto Bobbio, em *A era dos Direitos*, p. 19, faz ressalva de que o direito de resistência será o remédio sempre que um direito natural for violado pelo Estado. Estando o direito positivado na Constituição do Estado, havendo violação, o direito natural transforma-se em direito positivo a promover ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

¹⁹² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 29.

¹⁹³ O tema será oportunamente analisado ainda neste capítulo, a partir da página 71 do presente trabalho.

garantidos¹⁹⁴.

Houve ainda a participação ativa de documentos internacionais para a evolução destes direitos fundamentais, que internacionalizados, recebem a denominação de direitos humanos, extrapolando os limites dos Estados e as questões de cidadania. É a equivalência de todos em direitos, independente do País ao qual seja cidadão. A questão se materializa diante dos olhos quando se percebe a questão dos imigrantes. Uma vez universalizados os direitos independentemente de sua cidadania, imigrantes devem ver assegurados para si os mesmos direitos que os cidadãos nacionais possuem. Questões como migração e globalização colocam em evidência a necessidade de fortalecimento dos direitos fundamentais e dos direitos humanos de forma a equilibrar e igualar as realidades entre os diversos Estados, rompendo com a desigualdade social interna mas também no âmbito internacional, sob pena de se ter “ilusória democracia em somente um país, ou melhor, nos ricos países do Ocidente, ao preço da não democracia no resto do mundo.”¹⁹⁵

Conforme bem explica Amartya Sen, é preciso garantir o “direito à ter direitos”.¹⁹⁶ E essa garantia só pode vir a partir de fortes e arraigadas previsões legais.

Ferrajoli sustenta que as pressões que a globalização e a sociedade atual exercem, fatalmente culminarão na falência da cidadania e dos limites estatais, com a “definitiva desnacionalização dos direitos fundamentais e correlativa desestatização das nacionalidades”¹⁹⁷ como forma de resolver a crise de efetividade que paira hoje sobre as sociedades atuais. A própria sociedade irá impor estas medidas quanto mais exacerbadas forem as limitações a si impostas. Contudo, é de se dizer que a forma como a sociedade reage às limitações é por meio de guerras e resistência, e o direito à paz deve ser o principal direito tutelado por todo ordenamento jurídico mundial.

¹⁹⁴ É de se mencionar a ressalva feita por Virgílio Afonso da Silva, na obra *Direito Constitucional Brasileiro*, o qual aponta que as gerações de direitos são estudadas como se atendessem à um padrão e tivessem garantido direitos uniformemente em todo o mundo ao mesmo tempo, e aponta para a os direitos políticos, que embora sejam direitos acomodados na primeira geração pela divisão tradicional, no Brasil apenas em no ano de 1985 alcançou aos analfabetos, em evidente negação desta garantia. Contudo, é de se dizer que tal fato evidencia com cores ainda mais nítidas o valor de cada uma destas conquistas alcançadas, não consubstanciando direitos que simplesmente “caem dos céus”.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 33

¹⁹⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 365.

¹⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 33.

Não é preciso ir muito longe para perceber que a crise hídrica atual em pouco tempo irá gerar guerra por água potável, com irremediável invasão daquele que carece do recurso e resistência por parte daquele que ainda o detiver, especialmente por ser um recurso escasso e esgotável para todos.

Se, conforme salientado por José Alcebíades de Oliveira Junior, “cidadania não significa apenas a atribuição formal de direitos a sujeitos, mas a efetiva concretização destes”¹⁹⁸ e à isto já se reconhece imensa dificuldade, ainda mais dificultoso é o extrapolamento de cidadania no sentido excludente (limitado as fronteiras dos Estados) com a garantia dos mesmos direitos à todos, universalmente.

Outro ponto destacado por Ferrajoli¹⁹⁹ refere-se ao direito à asilo político, que iniciou restrito à perseguições políticas, raciais ou religiosas, e não por lesão ao seu direito de subsistência, e somente depois passou-se a incluí-lo com uma base moderna pautada na igualdade de direito e na dignidade da pessoa humana, mais divorciada da questão da cidadania.

Demanda, contudo, atenção o movimento político que vem ganhando força no sentido do patriotismo exacerbado, que encaminha a sociedade para o extremo oposto das evoluções objetivadas e resgata a arraigada noção de cidadania e limitações territoriais por fronteiras.

Existe, de fato, um nexos profundo entre democracia e igualdade e, inversamente, entre desigualdade nos direitos e racismo. Assim como a igualdade nos direitos gera o sentido da igualdade baseada no respeito ao outro como igual, a desigualdade nos direitos gera a imagem do outro como desigual, ou seja, inferior antropologicamente porque inferior juridicamente.²⁰⁰

A última tese de direitos fundamentais trazida por Ferrajoli, originalmente gestada por Hans Kelsen²⁰¹, debruça-se sobre as garantias dos direitos previstos no ordenamento jurídico afirmando que um direito meramente previsto, ainda que em texto constitucional, sem a correspondente garantia, não poderia ser realmente considerado um direito. Conforme alerta o autor, esta quarta tese é, talvez, a mais

¹⁹⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 192

¹⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 34.

²⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 35

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 36

gravosa de todas porque colocaria em xeque todos os direitos, internos e externos aos Estados, uma vez que sem a garantia devida, tornaria inócua sua previsão.

Todavia, Ferrajoli elucida que a teoria de Hans Kelsen está pautada em direitos patrimoniais, fulcrados no direito civil, os quais somente encontram efetividade com o exercício do direito de ação para ativar as garantias secundárias.²⁰² Em sentido oposto, os direitos fundamentais geram megadireitos que originam os demais, então assim como o princípio da legalidade penal (garantia primária) dá origem ao direito penal (garantia secundária), seria mais lógico apontar o inverso em sede de direitos fundamentais/ humanos, no sentido de que as garantias que seriam inúteis sem a existência de direitos.²⁰³

Em verdade, a história evolutiva dos direitos constitucionais e internacionais é baseada em árduas lutas e difíceis conquistas, tendo espaço primeiramente a vitória com a previsão do direito e, em seguida, com a garantia adequada. Não é possível desmerecer ou questionar o valor destas conquistas quando o que a situação evidencia apenas é que “existe uma abissal diferença entre norma e realidade, que deve ser comaltada ou, quando menos, reduzida enquanto fonte de deslegitimação não somente política, mas também jurídica, dos nossos ordenamentos.”²⁰⁴ A grande questão, então, não se encontra no plano teórico, mas no plano político. É uma questão de implementação das medidas já constitucionalmente previstas por legislações infraconstitucionais, no âmbito interno, ou repetição nos textos constitucionais daqueles direitos humanos ainda não internalizados.

No ambiente em que nasce o constitucionalismo moderno, após a segunda guerra mundial e a derrota do nazifascismo, com a Carta da ONU de 1945, a Declaração Universal dos Direitos de 1948, a constituição italiana de 1948, e a lei fundamental da República Alemã de 1949, redescobre-se o significado de Constituição²⁰⁵. E, “redescobre-se - em nível não somente estatal, mas também internacional- o valor da constituição como conjunto de normas substanciais voltadas

²⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 36

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 37

²⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**. p. 41

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 44

a garantir a divisão dos poderes e dos direitos fundamentais de todos.”²⁰⁶

É neste sentido que entende-se que o constitucionalismo atual é processo inconcluso, jamais podendo ser descartado, mas sim desenvolvido progredindo ao âmbito supraestatal e global.

Assim, finalizada a análise das quatro teses apontadas por Ferrajoli, percebe-se que todas confluem para o constitucionalismo em evolução. A positivação de direitos fundamentais em textos constitucionais consubstancia limites e vínculos substanciais à legislação positiva, com a fixação do princípio da estreita legalidade, ou legalidade substancial, que difere da mera legalidade obtida com a simples positivação em textos constitucionais.

Diferentemente do que Francis Fukuyama sustentou na obra *O Fim da História e o Último Homem*²⁰⁷, a sociedade (e conseqüentemente o direito) possuem ainda um longo caminho a ser percorrido, não por demérito das conquistas já alcançadas, mas porque a evolução é, e sempre será, um processo inconcluso.

Conforme teoria idealizada por Karel Vasak, na obra *The International Dimensions of Human Rights*²⁰⁸ e depois largamente difundida por Norberto Bobbio, em *A Era dos Direitos*²⁰⁹, os direitos foram forjados conforme os acontecimentos sociais assim o exigam, e assim dividido em gerações, que se sucedem e coexistem. O futuro certamente não difere do passado, e serão necessários novos caminhos evolutivos para acompanhar as necessidades sociais. Sendo assim, e conforme já visto quando da análise histórica do constitucionalismo, na primeira geração estavam relacionadas as liberdades individuais pautadas no absentismo estatal. Por sua vez, os direitos de segunda geração vieram com o objetivo de atender também outras demandas sociais enfocando direitos sociais, econômicos e coletivos. Já a terceira geração de direitos fundamentais estão fulcrados nas profundas mudanças da comunidade internacional, pautado nos novos problemas e preocupações mundiais.

²⁰⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 45

²⁰⁷ FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

²⁰⁸ VASAK, Karel. **The International Dimensions of Human Rights**. Paris: Greenwood Press, 1982.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Surge aqui preocupação com questões transindividuais ou metaindividuais', ultrapassando os limites do indivíduo. A forte característica de humanismo e universalidade traz enfoque para proteção do meio ambiente, questões consumistas, desenvolvimento sustentável e patrimônio comum da humanidade, os chamados novos direitos.

A nota distintiva desses direitos de terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.²¹⁰

Conforme aduz Bobbio, a evolução dos direitos do homem "ocorreu em duas direções: na direção de sua universalização e naquela de sua multiplicação"²¹¹, sendo que a multiplicação ocorreu de três modos:

a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como um ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente.²¹²

A universalização e a multiplicação de direitos culminaram nesta terceira geração de direitos humanos, denominados novos direitos, que dedicam-se aos direitos meta-individuais, difusos e coletivos. São denominados como direitos de solidariedade justamente por abarcarem categorias ou grupos de pessoas e não mais estarem limitados ao homem individual. Ganham destaque direitos do consumidor e os direitos do meio ambiente.

No Brasil, a primeira previsão de proteção ao meio ambiente foi infraconstitucional, com o Código Florestal de 1934, vindo a ter conteúdo constitucional apenas na Constituição de 1937, muito embora tal assunto tenha sido ignorado nas Constituições de 1946 e 1967 e somente com a Constituição de 1988 tenha alçado uma relevante posição de proteção. É, contudo, importante mencionar que os primeiros estudos brasileiros sobre interesses metaindividuais antecedem a

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49

²¹¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 33

²¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 33

Constituição Federal de 1988, influenciados pela doutrina estrangeira, e salto importante na proteção destes direitos foi dado com a aprovação da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985.

Os direitos de terceira geração são tidos como direitos de solidariedade e de fraternidade especialmente por sua “implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.”²¹³ No Brasil, o art. 225 da Constituição de 1988²¹⁴ mostrou-se revolucionário na previsão de proteção mais intensa do meio ambiente, permitindo uma postura mais ativa do Ministério Público neste contexto. Ademais, o mencionado art. 225 CF somado ao art. 3º,²¹⁵ da CF que prevê a solidariedade como um objetivo básico da República Federativa do Brasil, dá o fundamento necessário para a aludida ampliação da proteção pretendida em proporções mundiais.

Neste sentido, corroborando à ideia de expansão ao nível mundial, Gregorio Peces-Barba²¹⁶ possui tese sobre as linhas de evolução dos direitos fundamentais, e aponta para quatro processos históricos:²¹⁷

a) Processo de Positivção: para o autor, a positivção dos direitos justifica-se pela maior eficácia que implica e também por vincular poder e direito. “A partir del siglo XIX esa positivación se considera una condición esencial para la existencia de los derechos con eficacia social y no se concibe una implantación de ellos al margen de la positivación.”²¹⁸ E segue afirmando que:

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49

²¹⁴ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 mai 2023.

²¹⁵ BRASIL, **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 mai 2023.

²¹⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 154.

²¹⁷ Os quais pretende-se aprofundar apenas na justa medida necessária para desenvolvimento do presente trabalho, sem exaurir-se sua análise.

²¹⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 156. Tradução livre: A partir do século XIX, esta atitude positiva foi considerada como uma condição essencial para a existência de direitos socialmente eficazes, sendo inconcebível que estes pudessem ser estabelecidos sem atitudes positivas.

Todos los textos constitucionales, expresión de un poder político democrático, que interioriza las pretensiones morales justificadas como valores o principios políticos, recogen como Derecho positivo a los derechos fundamentales, que se desarrollan, se aplican u se garantizan por otras formas de producción normativa como la Ley u la Jurisprudencia.²¹⁹

O processo de garantir direitos fundamentais também se estende à esfera judicial, que interfere sempre que houver violação. Peces-Barba ainda aponta para “el proceso de reflexión paralelo en que consiste la filosofía de los derechos fundamentales”²²⁰ e que “la positivación de los derechos fundamentales producirá un interés de la Filosofía jurídica y de las distintas ramas de la ciencia del Derecho por el estudio del fenómeno.”²²¹ Peces-Barba ainda pontua que:

Así, se irá formando una teoría jurídica de los derechos fundamentales, cada vez más importante y con más autonomía, con dimensiones de teoría del Derecho, de Derecho Constitucional, Internacional, Administrativo, Procesal, Laboral, etc. Esta teoría jurídica será inseparable de la teoría moral y de la teoría política sobre los derechos fundamentales.²²²

E, deste modo, Peces-Barba encerra a análise da positivação afirmando que “sin la positivación los derechos no se completan, sólo son ideas morales, valores, que no lo son plenamente hasta que no enraizan em la realidad.”²²³

b) Processo de Generalização: Consiste “en el progresivo, aunque nunca definitivo, ajuste entre las afirmaciones de que los derechos son naturales, es decir, que corresponden a todos los seres humanos, y una práctica restrictiva que circunscribía su disfrute a una clase social, la burguesía.”²²⁴ A generalização dos

²¹⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 159. Tradução livre: Todos os textos constitucionais, expressão de um poder político democrático, que interioriza reivindicações morais justificadas como valores ou princípios políticos, incluem os direitos fundamentais como direito positivo, que são desenvolvidos, aplicados e garantidos por outras formas de produção normativa, como a lei e a jurisprudência.

²²⁰ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 159. Tradução livre: o processo de reflexão paralela que é a filosofia dos direitos fundamentais

²²¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 159. Tradução livre: a positivação dos direitos fundamentais conduzirá a um interesse da filosofia jurídica e dos diferentes ramos da ciência do direito pelo estudo deste fenómeno.

²²² PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 159. Tradução livre: Assim, formar-se-á uma teoria jurídica dos direitos fundamentais cada vez mais importante e autónoma, com dimensões de teoria jurídica, de direito constitucional, internacional, administrativo, processual, laboral, etc. Esta teoria jurídica será inseparável da teoria moral e política dos direitos fundamentais.

²²³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 160. Tradução livre: sem positivação, os direitos não são completos, são apenas ideias morais, valores, que só o são plenamente quando se enraízam na realidade.

²²⁴ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 160. Tradução livre: no

direitos humanos torna os indivíduos iguais, de forma “general y abstracta, válida para todos los tiempos, que se correspondia con un goce, excluyente en la realidad, de amplias categorías de ciudadanos.”²²⁵ A efetiva igualdade do exercício dos direitos humanos deve estender-se também aos direitos econômico, sociais e culturais, para que haja a generalização dos direitos civis e políticos.²²⁶ É consequência da luta pela igualdade real, e não apenas formal.

c) Processo de Internacionalização: É a ampliação da generalização para além das fronteiras do Estado. Possui a nobre motivação de “internacionalizar os direitos humanos e criar sistemas de proteção internacional.”²²⁷ Contudo, o propósito de universalizar direitos humanos e positivá-los “carece de un poder político que garantice plenamente la eficacia de ese ordenamiento”²²⁸, o que o deixa em um maior primitivismo em relação ao ordenamento interno dos Estados.²²⁹ Aqui Peces-Barba evidencia a carência de um poder político supranacional e coloca a soberania como um obstáculo para a organização e proteção dos direitos.²³⁰

d) Processo de Especificação: é o processo produzido em relação aos titulares dos direitos e também em relação ao seu conteúdo. Assim, no tocante aos titulares de direitos, Peces-Barba enumera três situações onde a desigualdade pontual serve como ferramenta para alcançar a igualdade necessária. Em primeiro lugar ele menciona as pessoas que se encontram em situação de inferioridade e, por isso, necessitam de uma proteção especial. O exemplo dado pelo autor é a mulher que deverá receber proteção até que se “alcancen niveles sustanciales del valor igualdad”²³¹. Em segundo lugar estão as pessoas que não se encontram em condição

ajustamento progressivo, mas nunca definitivo, entre a afirmação de que os direitos são naturais, isto é, pertencem a todos os seres humanos, e uma prática restritiva que circunscreveu o seu gozo a uma classe social, a burguesia.

²²⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 161. Tradução livre: geral e abstracto, válido para todos os tempos, que correspondia a um usufruto, excludente na realidade, de amplas categorías de cidadãos.

²²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 164

²²⁷ LEITE, Marcos Garcia. **Novos Direitos Fundamentais e Demandas Transnacionais**. Conpedi. P. 6738

²²⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 173. Tradução livre: não dispõe de poder político para garantir plenamente a eficácia dessa ordem.

²²⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 173

²³⁰ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 178

²³¹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 181. Tradução livre: atingir níveis substanciais do valor da igualdade

física igualitária, e aqui o valor necessário é a solidariedade e a fraternidade e a forma de garanti-los é por meio dos “derechos vinculados a la salud, a la seguridad social y al acceso y a las condiciones de trabajo.”²³² Finalmente, em terceiro lugar quanto às condições particulares dos titulares o autor menciona a relação onde uma das partes exerce papel preponderante ou de superioridade, como é o caso dos consumidores em relações de consumo, e é necessário a busca da igualdade por intermédio de uma proteção reforçada.

Já em relação aos conteúdos Peces-Barba trabalha o que a teoria das Gerações de Direito, trabalhadas por Bobbio e Vasak, iriam apontar como quarta geração, “si la liberal, la democrática y la socialista se consideran autónomamente”²³³. É quando “ficam mais claras as demandas transnacionais”.²³⁴ No processo de especificação quanto aos conteúdos, Peces-Barba ultrapassa os valores da liberdade e igualdade das gerações anteriores para focar os valores da solidariedade e da fraternidade, buscando proteger o meio ambiente e o entorno natural; o direito ao desenvolvimento e o direito à paz. É, portanto, a solidariedade com as presentes e futuras gerações. Este enfoque se faz necessário nos dias atuais como decorrência lógica das conquistas já alcançadas e o desenvolvimento social atingido até o presente momento, os quais culminaram em um processo de globalização, unificação fática dos territórios e superexploração dos recursos ambientais.

Conforme alerta Peces-Barba, “los juristas, en ese prisma, eran en los Códigos y en la Jurisprudencia muy desconfiados al perjuicio indirecto y preferían seguir el rastro de la responsabilidad desde la relación causa-efecto”²³⁵, buscando agir apenas de forma a remediar danos já ocasionados, mas nunca preventivamente. À isso Peces-Barba questiona “Cómo atribuir la responsabilidad cuando no se puede identificar al autor de un daño ecológico, tal y como sucede con los daños cumulativos, o con los daños provenientes de múltiples fuentes, tal y como sucede con los ríos

²³² PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 182. Tradução livre: direitos relacionados com a saúde, a segurança social e o acesso e condições de trabalho

²³³ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 183. Tradução livre: se os liberais, democráticos e socialistas são considerados autónomos, ou se os liberais, democráticos e socialistas são considerados autónomos

²³⁴ GARCIA, Marcos Leite. Conpedi p. 6743

²³⁵ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 184. Tradução livre: Nos Códigos e na jurisprudência, os juristas eram muito cautelosos em relação ao dano indireto e preferiam determinar a responsabilidade a partir da relação causa-efeito.

contaminados?”²³⁶ De fato, o encadeamento de agentes poluentes inviabiliza a responsabilização e, em última análise, a prevenção. Ao analisar que danos de grande monta estão sendo gerados há décadas e assim se manterão indefinidamente pelo futuro “ha se construido un consenso ético cada vez más amplio sobre la necesidad de unos nuevos derechos fundamentales”²³⁷, de forma a vincular não apenas as presentes mas também as futuras gerações. Assim, “tanto por los nuevos valores que justifican esos nuevos contenidos, como por la originalidad de que los sujetos de esos derechos lo hacen en nombre propio y en beneficio e los ciudadanos del futuro, el derecho al medio ambiente es un ejemplo del proceso de especificación.”²³⁸ A defesa processual dos direitos ao meio ambiente rompe com o padrão de legitimidade processual, e estes interesses difusos legitimam a ação de associações e demais legitimados legais para agirem em nome próprio, em defesa do interesse de todos. Para finalizar o raciocínio, e por ser coerente com o caminho que se pretende percorrer no presente trabalho, relevante mencionar que Peces-Barba indica os avanços atingidos na defesa do meio ambiente, especialmente com o Tratado da União Europeia, mas reconhece algumas debilidades dos meios disponíveis para proteção, indicando a falta de obrigatoriedade de cumprimento (soft law), a falta de enfoque global.

Finalizando a análise, o autor encerra com conclusão semelhante à de Ferrajoli, no sentido de que analisando a evolução e o caminho percorrido na luta pela proteção de direitos fundamentais, os destinos futuros devem necessariamente passar pela ampliação e maior capacidade de efetivação de direitos fundamentais.

La necesidad de la eficacia social para que las funciones atribuidas puedan ser reales, y eso supone una vía normativa fuerte que es la del Derecho Positivo. Esta función no se puede hacer con consejos o prédicas, ni con buenas intenciones; es necesario poner a su servicio al sistema normativo, apoyado em el aparato coactivo del Estado para aquellos que no consideren entre sus objetivos el respecto a los derechos.²³⁹

²³⁶ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 184. Tradução livre: Como atribuir a responsabilidade quando o autor do dano ecológico não pode ser identificado, como no caso de danos cumulativos ou de danos de múltiplas fontes, como no caso de rios poluídos.

²³⁷ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 184. Tradução livre: desenvolveu-se um consenso ético crescente sobre a necessidade de novos direitos fundamentais.

²³⁸ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 184. Tradução livre: Tanto pelos novos valores que justificam estes novos conteúdos, como pela originalidade do facto de os sujeitos destes direitos o fazerem em seu próprio nome e em benefício dos cidadãos do futuro, o direito ao ambiente é um exemplo do processo de especificação.

²³⁹ PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**, p. 199. Tradução livre: A

Desde modo, muito além da positivação de direitos, a grande preocupação de Ferrajoli, e diversos autores, é a efetivação destes direitos. Os movimentos pendulares da sociedade garantem evolução dos direitos mas também podem abrir lacunas tendentes a promover retrocessos. Exemplo claro disso se dá com as conquistas dos direitos sociais alcançadas no cenário do Estado do bem estar social, mas que “após os anos 1970, com o capitalismo neoliberal que possibilitou o controle político por parte do fluxo monetário de instituições globais, os direitos até então conquistados passaram a ser entendidos como custos sociais, ameaçados em detrimento de uma suposta liberdade do capital privado de grandes corporações.”²⁴⁰

Aliás, interessante o ponto de vista trazido por Cademartori e Grubba quando afirmam que “o constitucionalismo e os direitos não importam em conquistas, mas em programas normativos a serem buscados diariamente, tal como a democracia e a paz”²⁴¹ o que muda o enfoque que equivocadamente poderia ser dado com o termo conquista, como uma situação posta e inalterável quando, em verdade, a luta é diária para que a conquista também o seja.

2.2 – CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA DE BENS FUNDAMENTAIS DE LUIGI FERRAJOLI:

O constitucionalismo democrático foi construído a partir do estabelecimento de direitos fundamentais criando uma espécie de escudo contra os abusos dos poderes públicos. Tais direitos estão acobertados por um véu que os coloca na ‘esfera do indecível’²⁴² conforme assim denomina Ferrajoli.

necessidade de eficácia social para que as funções atribuídas possam ser reais, e isso pressupõe uma via normativa forte, que é a do Direito Positivo. Esta função não pode ser exercida com conselhos ou pregações, nem com boas intenções; é necessário colocar o sistema normativo ao seu serviço, apoiado pelo aparelho coercivo do Estado para aqueles que não consideram o respeito pelos direitos como um dos seus objectivos.

²⁴⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. GRUBBA, Leilane Serratine. **O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos.** Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/VGBHtK6vtZ8jmBHb7wZbPJP/?lang=pt&format=html>. Acesso em 21 mai 2023.

²⁴¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. GRUBBA, Leilane Serratine. **O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos.**

²⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais.** Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.49

Como visto nos itens anteriores, esta aludida proteção encontra-se acomodada nas Constituições dos Estados a título de direitos fundamentais e, portanto, limitada à jurisdição daquele Estado.

É neste sentido que Ferrajoli questiona se, então, a *previsão* de direitos que se dispõe atualmente são capazes de *garantir* esses mesmos direitos²⁴³. “A atribuição a todos do direito à vida e à saúde, embora estatuído em tantas Cartas Constitucionais e Internacionais, é capaz de garantir a vida e a saúde aos milhões de pessoas que hoje vivem na indigência”?²⁴⁴

À este questionamento, Ferrajoli afirma a necessidade de proteção de bens, os quais ele denomina como fundamentais, tais como a “água, a atmosfera, o equilíbrio ecológico, a alimentação básica, os medicamentos essenciais”²⁴⁵ os quais “requerem disciplinamento autônomo e específico, que vão muito além dos interesses e direitos dos indivíduos singulares e da sua capacidade e possibilidade de intervenção.”

É preciso, portanto, afastar-se daquele conceito de bens como previstos nos Códigos Civis dos países aos quais consistem em objetos de direito, sendo portanto disponíveis e alienáveis e, assim, respondendo à lógica dos mercados.

A atenção aqui recai sobre aqueles bens que garantem direitos fundamentais, e que portanto, necessitam de uma proteção diferenciada, dada a essencialidade que possuem.

Para Ferrajoli, bens fundamentais “são os bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: como o ar, a água, e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade.”²⁴⁶

²⁴³ Apenas a título de esclarecimento, quando Ferrajoli contesta a tese de Hans Kelsen sobre a inexistência de direitos quando não houver sua garantia em nada se confunde com o questionamento aqui feito. Os direitos existem mesmo quando não existir legislação os garantindo a efetivação. O que ele questiona aqui é se a simples previsão legal além de estabelece-los, seria capaz de garanti-los.

²⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 50

²⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 50

²⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 54

Deste modo, bens fundamentais dizem respeito à todas as pessoas, independente de cidadania, de modo universal, não podendo ser sujeitos à alienação nem à apropriação privada, justamente por protegerem interesses maiores.

É relevante reforçar a diferença entre bens fundamentais e bens patrimoniais justamente porque estes estão disponíveis a apropriação, e portanto são exclusivos àqueles que os detêm.

Indispensável também a diferenciação feita por Ferrajoli entre a indisponibilidade dos direitos fundamentais e a indisponibilidade dos bens fundamentais.

Enquanto a primeira é uma indisponibilidade conceitual, por assim dizer lógica e portanto inviolável, ligada à natureza da generalidade, abstração e heteronomia das normas que estabelecem direitos fundamentais, a segunda é uma indisponibilidade somente jurídica, e portanto passível de violação, dado que os bens fundamentais, de fato, são sempre materialmente disponíveis. Por isto, a garantia da indisponibilidade de tais bens possui a forma de proibição, de fato violável, de disposição.²⁴⁷

Então, enquanto a disposição de direitos fundamentais é inexistente, uma eventual violação de bens fundamentais consiste em ato ilícito²⁴⁸, evidenciando a necessidade de maior proteção destes, a fim de se garantir aqueles.

Como visto da análise da globalização e as mudanças que ela impôs, advieram uma nova ordem de acontecimentos e necessidades, e maiores também foram as pressões exercidas globalmente especialmente sobre os recursos naturais.

Assim, Ferrajoli defende a necessidade de uma carta constitucional de bens fundamentais de forma a maximizar a proteção de bens tão essenciais à vida humana.

Para tanto, Ferrajoli divide os bens fundamentais em três categorias, a saber: bens personalíssimos, bens comuns e bens sociais. Assim, os bens personalíssimos referem-se àqueles “mais estreitamente ligados aos direitos vitais da pessoa”²⁴⁹, e a sua proteção vem em forma de proibição de disposição do próprio

²⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 56

²⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 56

²⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 64

corpo. A globalização e o desenvolvimento da tecnologia médica exigem o estabelecimento desta espécie de bens em função das inovações quanto aos transplantes de órgãos que, embora devam representar a garantia de uma nova vida, estão sempre sujeitos ao tráfico de órgãos e a possibilidade de violação de um bem tão fundamental.

Por bens comuns, Ferrajoli entende como aqueles a que todos podem ter acesso ao seu uso e gozo “como o ar, o clima e outros bens ecológicos do planeta, de cuja tutela depende o futuro da humanidade”.²⁵⁰ São bens caros ao futuro da humanidade que, em geral, são tidos como naturais, não recebendo a atenção apropriada. A sociedade desenvolveu-se sob o conceito de que as águas, o ar, o sol, a chuva seriam fatos da natureza, que não exigiriam atenção, pois autonomamente renováveis.

É desta arraigada cultura a resistência em compreender a urgência da questão climática, o superaquecimento global, a poluição atmosférica, o descarte incorreto de resíduos e a poluição das águas. Em verdade, vê-se discussão acalorada sobre o tema quando há alguém mais rico sendo prejudicado ou em vias de ser prejudicado por conta de alguma regulamentação ambiental que se pretende ou já se implementou.

Se a globalização e as tecnologias deixaram à todos ao alcance das mãos, também o fez com notícias desinformadoras que negam o colapso iminente que o planeta Terra se encontra. É de se dizer que estas notícias fraudulentas não se alastram sem um propósito muito bem engendrado que atendem aos interesses do mercado. Não é interesse das indústrias o maior rigor protetivo ambiental pois eleva custos, limita produção, cria encargos, traz obstáculos.

É neste sentido que Ferrajoli aduz a necessidade de se instituir como bens fundamentais os bens comuns, de modo a escapar do controle de megapotências mundiais, que agem em total descontrole regulatório.

²⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 58

A humanidade chegou em um ponto em que a devastação tornou iminente a destruição irreversível dos bens e dos recursos vitais, de modo a prejudicar não apenas as gerações presentes, mas também as futuras. É o colapso regeneratório da natureza frente a agressividade dos mercados.

Bens comuns “são bens naturais cujo valor vital justifica a subtração à apropriação privada e a garantia a todos enquanto pessoas, como objeto de direitos fundamentais de imunidade, devendo ser garantida sua acessibilidade a todos *pro indiviso*.”²⁵¹

Anota Ferrajoli que os indivíduos não estão cientes de seu próprio e íntimo prejuízo com a poluição da atmosfera ou o envenenamento de rios e mares, pois estão habituados a verem a si próprios não como proprietários de um bem comum, mas como meros usuários, o que consiste na maior aporia da democracia política.²⁵²

A humanidade capaz de avançar em tantos aspectos é, na maior parte das vezes, incapaz de perceber que a maior vítima diante da voracidade dos mercados é ela própria. Incapaz de perceber que enquanto consome, tem também sua própria vida e futuro consumidos.

A importância da disseminação da informação e de garantir-se constitucionalmente limites aos desmandos dos mercados se justifica exatamente pelo desconhecimento das grandes massas. Isto fica muito bem demonstrado quando se percebe que o assunto não é sequer parte das promessas das campanhas políticas. Como afirma Ferrajoli, “esta ameaça é totalmente ignorada pela opinião pública mundial, e conseqüentemente pelos governos nacionais, e portanto não entra, senão marginalmente, em sua agenda política inteiramente ancorada nos restritos horizontes nacionais desenhados pelas metas eleitorais.”²⁵³

A desinformação é promotora da vulnerabilidade social²⁵⁴ que,

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 67

²⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 67

²⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 69

²⁵⁴ OBSERVATÓRIO DA SOCIEDADE CIVIL. **Desconhecimento limita ação da população no combate às mudanças climáticas**. Disponível em: <https://observatoriosc.org.br/desconhecimento->

desconhecendo a realidade que se impõe e a dimensão dos riscos que corre, não se impõe em exigência de medidas protetivas. É neste sentido que Ferrajoli sustenta a necessidade de uma constituição global que resguarde bens fundamentais, com uma nova dimensão do constitucionalismo e do garantismo.²⁵⁵

Finalmente, Ferrajoli aponta a necessidade de fixar bens sociais e os denomina como aqueles bens que são objeto de direitos sociais, que consistem em uma prestação, como a água potável, os medicamentos essenciais e a alimentação básica. Decorrem do direito à vida, previsto em constituições e cartas internacionais, mas não apenas como uma imunidade, no sentido de não ser morto, mas no sentido prestacional de ver estes bens garantidos, uma vez que “sobreviver é sempre menos um fato natural e sempre mais um fato social”²⁵⁶.

À isso o autor exemplifica com o desemprego endêmico e as migrações repelidas pela rigidez das fronteiras, que provam as forças que hoje compelem as massas humanas a necessitarem de um auxílio mais robusto por parte dos Estados de modo a amenizarem as mazelas destas três terríveis emergências globais que são a fome, a sede e as doenças curáveis mas não curadas.²⁵⁷

Para que os Estados possam garantir tais bens, é indispensável a retirada destes da lógica dos mercados de modo a garantir o mínimo vital aos indivíduos à título de bem social e apenas o excedente, quando for o caso, responderia aos mercados como bens patrimoniais.

Neste sentido Ferrajoli sustenta o posicionamento da água como bem social, por entender que ela já não é mais um bem natural acessível à todos.

A água, de fato, tornou-se um bem escasso por dois motivos: pelas agressões ao patrimônio florestal, que provocam todo ano a devastação de milhões de hectares, muitos dos quais viram deserto; pela poluição das nascentes, dos rios e dos aquíferos, provocados pelas atividades industriais desreguladas; e pela massiva privatização, enfim, dos recursos hídricos que paradoxalmente são reduzidos a bens patrimoniais no mesmo momento em que se exige, pela

limita-acao-da-populacao-no-combate-as-mudancas-climaticas/. Acesso em 15 mai 2023

²⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 70

²⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 75

²⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 76

sua escassez, a sua garantia como fundamentais.²⁵⁸

Como forma de solução, Ferrajoli sugere a obrigação da distribuição gratuita de forma a garantir a todos um mínimo vital. Da mesma forma deve-se estabelecer uma proibição de destruição e estabelecimento de um limite máximo de consumo.

No que tange aos alimentos, os quais obviamente estão intimamente relacionados com a questão da água, a solução passa igualmente pela garantia de fornecimento de mínimo fundamental à sobrevivência, com a diferença de que a porção excedente dos alimentos poderiam responder aos mercados e serem tratados como bens patrimoniais.

De mesmo modo com os medicamentos, que deveriam ser tratados como bens comuns e garantida a sua distribuição gratuita para todos os necessitados. O autor fundamenta seu posicionamento afirmando que a lógica dos mercados é macabra ao ponto de não produzir medicamentos para doenças que só acometem países mais pobres, resultando em “mais de 15 milhões de mortos por ano, vítimas, portanto, mais do que de doenças, das leis do mercado.”²⁵⁹

Assim, conforme se verá no próximo capítulo do presente trabalho, a teoria de Ferrajoli é construída a partir de um garantismo constitucional de modo a criar-se órgãos supranacionais para garantias globais destes ditos bens fundamentais.

É contudo, por fidelidade à pesquisa realizada, necessário pontuar que autores como Ugo Mattei e Vandana Shiva que trataram do tema da água e a necessidade de sua proteção global preferiram enquadrar a água exclusivamente como um bem fundamental comum frente à dimensão que adquire no futuro da humanidade. Não obstante Ferrajoli tenha colocado a água como bem tanto comum quanto social, analisou com maior vagar a água como bem fundamental comum. De todo modo, a fixação por uma ou outra classificação não acarreta prejuízo substancial ao desenvolvimento do presente trabalho uma vez que não há discordância entre os

²⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 77

²⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 79

autores quanto à necessidade de proteção deste bem, e a atribuição deste como um bem fundamental que exige um tratamento global que o tire da insensatez mercadológica.

CAPÍTULO 3

POR UMA PROTEÇÃO GARANTISTA, MULTINÍVEL E GLOBAL AO DIREITO À ÁGUA

Sendo a tutela de bens fundamentais urgente, é preciso analisar a realidade que se impõe nos dias atuais aos inúmeros indivíduos carentes de água potável, e identificar as falhas do sistema jurídico mundial que permitem que estes cidadãos restem desassistidos.

A partir desta análise, é preciso identificar de que forma o salto evolutivo do constitucionalismo, atingindo uma cobertura global, pode garantir a solução destes problemas.

3.1 – TRATAMENTO JURÍDICO DA ÁGUA E SUA INSUFICIÊNCIA

A humanidade evoluiu ouvindo avisos sobre a necessidade de proteção do meio ambiente. A sociedade foi construída a partir de vários fatores conjugados. Neste momento já é possível perceber que todo acontecimento social cria desdobramentos nos mais diversos setores da vida dos indivíduos. Revoluções sociais, constitucionalismo, direitos humanos, proteção do meio ambiente são todos assuntos que se entrelaçam.

A proteção dos direitos ditos fundamentais tem como função principal a garantia da vida humana. Conforme as gerações de direitos foram avançando, mais nítido fica esse intuito, afinal o ser humano não é uma ilha e assim também não podem ser os direitos, que devem tutelar o indivíduo e o contexto que ele está inserido, com o surgimento da terceira geração de direitos, dito novos direitos ou direitos de fraternidade, que passam a tutelar os direitos difusos e coletivos.

Se a vida humana é a prioridade, a proteção das demais vidas torna-se

também essencial.

As evoluções paralelas da proteção dos direitos humanos e da proteção ambiental revelam algumas afinidades que não deveriam passar despercebidas. Ambas testemunham, e precipitam, a erosão gradual do assim-chamado domínio reservado dos Estados. O tratamento pelo Estado de seus próprios nacionais torna-se uma questão de interesse internacional. A conservação do meio-ambiente e o controle da poluição tornam-se igualmente uma questão de interesse internacional. Ocorre um processo de internacionalização tanto da proteção dos direitos humanos quanto da proteção ambiental, a primeira a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a segunda – ano após – a partir da Declaração de Estocolmo sobre Meio-Ambiente Humano de 1972.²⁶⁰

Deste modo, ergueu-se toda uma legislação global em prol destes direitos. A vida humana encontra proteção na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁶¹, em seu art. 3º, e em 1962 foi publicado o best-seller *The Silent Spring*, de Rachel Carson²⁶², trazendo alertas sobre poluição e saúde pública. Mais a frente, e diante dessa nova consciência sobre a esgotabilidade dos recursos naturais, a humanidade uniu-se em conferência sobre o meio ambiente.

Assim, em 1972 foi realizada a Conferência de Estocolmo – Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente que representou um importante marco baseado em 19 princípios que iniciaram uma agenda ambiental. Também em 1972 foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente. A consciência despertada com a Conferência de Estocolmo incentivou trabalhos neste sentido e propiciaram a realização de uma nova Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento no Rio de Janeiro em 1992. Esta conferência ficou conhecida como ‘Cúpula da Terra’ e adotou uma agenda de atuação, denominada Agenda 21. Esta Agenda 21 consiste em um programa detalhado no intuito de conscientizar e impedir um modelo de crescimento econômico insustentável de modo a “proteger a atmosfera; combater o desmatamento, a perda de solo e a desertificação; prevenir a poluição da água e do ar; deter a destruição das populações de peixes e promover uma gestão segura dos resíduos tóxicos.”²⁶³ Foi também resultado da Cúpula da

²⁶⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 39

²⁶¹ UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 14 abr 2023.

²⁶² ABELLAN, Antonio Jodar. **Poluição do ar e atmosférica**. Mestrado em Tecnologias e Políticas Públicas sobre Gestão Ambiental – Universidade de Alicante. pag. 2. Não publicado.

²⁶³ ONU – **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em 12 abr 2023.

Terra a adoção da Convenção da ONU sobre Diversidade Biológica em 1992 e a Convenção da ONU de Combate à Desertificação em Países que sofrem com a Seca e/ou a Desertificação em 1994²⁶⁴, e o Protocolo de Kyoto.

No ano de 1997 a Assembleia Geral realizou nova Cúpula, desta vez denominada Cúpula da Terra + 5 a fim de revisar a ampliar os compromissos já assumidos na Cúpula de 1992.²⁶⁵ Em 1997 também foi adotado o Protocolo de Kyoto com metas obrigatórias para redução da emissão de gases de efeito estufa.

Em 2002, desta vez em Joanesburgo, na África, foi realizada a Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, na intenção de renovar e implementar as metas da Agenda 21.

Já no Rio de Janeiro/ Brasil, em 2012, ocorreu a Rio+20 e o encontro enfrentou a frieza do cenário internacional.²⁶⁶ Se na Cúpula de Joanesburgo houve um notório desalento se comparado à Rio 92, em clara demonstração de que as vontades políticas estavam debilitadas e que a África permanecia abandonada diante do “cinismo e da insensibilidade das nações ricas de Primeiro Mundo”²⁶⁷, com o advento da Rio+20 a situação demonstrou-se ainda mais evidente

O principal elemento de sua preparação foi o ceticismo da Cúpula dos Governos e, até mesmo, na Cúpula dos Povos. A governança ambiental global estava desarticulada. O Brasil, pela segunda vez anfitrião, e na condição de ‘emergente’, deixou patentes as dificuldades internas na preparação da Assembleia. Alguns fatores para esse estado de ânimo: (i) as crises financeiras e econômicas que avassalaram o mundo desde 2008; (ii) a consciência de que as nações ricas não queriam compromissos maiores; (iii) a debilidade da ONU em suas estruturas, o que impedia de alcançar resultados mais palpáveis com o PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP – United Nations Environmental Program)²⁶⁸

Como visto, há um longo histórico de interesses financeiros sobrepondo-se aos interesses ambientais e todas as catástrofes vivenciadas são resultado do

²⁶⁴ ONU – **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em 12 abr 2023.

²⁶⁵ ONU – **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em 12 abr 2023.

²⁶⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.1716

²⁶⁷ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.1716

²⁶⁸ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.1716

acúmulo destas sobreposições. Conforme relata Édis Milaré, “percebia-se um sentimento geral de que o Ministério das Relações Exteriores ‘arrastava’ a preparação da Assembleia por força da sua visão da Questão Ambiental e de suas preocupações com a soberania nacional.”²⁶⁹ O conflito de interesses contaminava a importante oportunidade de se avançar da questão ambiental e “o país-anfitrião dava impressão de estar pouco à vontade no seu papel e de pouco acreditar nos esforços pela causa. É o que se deduzia da ambiguidade da linguagem diplomática.”²⁷⁰

De todo modo, eventos de tal magnitude sempre permite o encontro de organizações não-governamentais e de vozes das personalidades do mundo jurídico e científico, e não pode-se dizer que são de todo perdidos.

Contudo, o questionamento que não se pode calar é sobre os já reiteradamente mencionados movimentos pendulares que a humanidade faz quando se trata de meio ambiente, nunca atingindo um patamar confortável e definitivo de proteção.

Neste sentido, Édis Milaré pontua em sintonia com o presente trabalho

Para sempre a dúvida sobre a relação entre a sobrevivência do Planeta e a tese clássica da soberania nacional. Eis uma boa questão que merece ser discutida em plano internacional. Poderão as partes litigar entre si, sustentando sua independência e preeminência, quando o todo sofre de abalos profundos e pode chegar ao cataclismo final? Podem elas viver fora do todo e renunciar aos apelos da unidade? Talvez desses impasses possa nascer a figura do Estado-nação pós-moderno, ou uma proposta de Confederação Mundial.

Ultrapassado o evento de 2012 e os questionamentos que ele ensejou, merece anotação que no ano de 2015 houve a reunião de cento e noventa e três Estados-membros da ONU para adoção de uma agenda global, denominada Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, a qual traça metas a serem implementadas entre os anos de 2016 e 2030 por meio de 17 ODS – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável englobando o desenvolvimento conjunto econômico,

²⁶⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.1716

²⁷⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.1716

social e ambiental, e buscando um equilíbrio entre estas três dimensões.²⁷¹

Muito embora a proposta tenha criado expectativas e até mesmo redespertado o sonho de viver-se em um mundo melhor, o que se viu, pelo contrário, foi a degradação da proteção do ambiente. As inúmeras métricas e parâmetros estabelecidos para proteção ambiental tornaram-se dados manipuláveis conforme o interesse de multinacionais. Parece insolúvel quando metas de desenvolvimento sustentável são manipuladas e fraudadas com o objetivo de impulsionar vendas. Neste ponto, inafastável mencionar o escândalo ocorrido com a Volkswagen descoberta por falsificar testes de emissão de poluentes de seus motores a diesel, no caso que ficou conhecido como Dieselgate.

Conforme novamente alerta Édis Milaré “por certo, nada acontecerá e a Agenda 2030 será mais uma peça de retórica se não houver um esforço global em torno da necessidade vital da realização de cada um dos ODS”.²⁷²

Atualmente são órgãos ativos na ONU na busca por um desenvolvimento sustentável o Banco Mundial, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a Organização Marítima Internacional (OMI), a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), o Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT), a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) e a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA).²⁷³

É importante ressaltar que a consciência sobre o meio ambiente foi também tema da II Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em 1993, exprimindo a necessidade de tratados internacionais a fim de criar uma proteção global à sobrevivência das gerações futuras. Desta Conferência originou-se a

²⁷¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.1717

²⁷² MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.1720

²⁷³ ONU – **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em 12 abr 2023.

²⁷³ ONU – **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>. Acesso em 12 abr 2023.

Declaração e Programa de Viena que aproxima a proteção ambiental aos direitos humanos, deixando clara a ideia inequívoca de que a preservação ambiental e a sustentabilidade estão tão intrinsecamente relacionados à vida humana, das presentes e futuras gerações, que são considerados essenciais à Dignidade da Pessoa Humana.

No âmbito interno dos Estados, à exemplo do que ocorre na legislação brasileira, há artigo especificamente tratando do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado²⁷⁴, e nas relações internacionais, o art. 4º, IX da Constituição Federal há previsão de princípio da República Federativa o dever de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.²⁷⁵

Entretanto, como visto ao longo do trabalho, nem o direito interno dos Estados, tampouco o direito internacional que prevê essa cooperação entre os Estados, viu-se capaz de garantir o controle da sede voraz dos mercados, que à tudo e à todos atropelam.

Embora o Planeta Terra já tenha sido conhecido como planeta água, em verdade a água que pode ser efetivamente utilizada não condiz ao apelido. Mesmo um olhar desentendido sobre o globo terrestre consegue perceber que a maior parte de sua superfície é coberta por água, mais precisamente 70%²⁷⁶, entretanto apenas 1% de todo este volume é próprio para consumo.²⁷⁷

Considerando a totalidade da água disponível no planeta, 97% são água

²⁷⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

²⁷⁵ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Art. 4 A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

²⁷⁶ REDE WWF. **Para nós, todo dia é dia da água**. Disponível em https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/dia_da_agua/#:~:text=Do%20total%20de%20%C3%A1gua%20dispon%C3%ADvel,1%25%20est%C3%A1%20dispon%C3%ADvel%20para%20consumo. Acesso em 20 mai 2023.

²⁷⁷ REDE WWF. **Para nós, todo dia é dia da água**. Disponível em https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/dia_da_agua/#:~:text=Do%20total%20de%20%C3%A1gua%20dispon%C3%ADvel,1%25%20est%C3%A1%20dispon%C3%ADvel%20para%20consumo. Acesso em 20 mai 2023.

salgada e, dos 3% de água doce, 2% estão em geleiras, restando aos seres vivos apenas 1% de água efetivamente disponível para consumo.²⁷⁸

As sociedades vêm buscando por modelos de dessalinização e outros tratamentos que possam minimizar a escassez já vivida em diversas regiões do Globo, mas o fato é que até o presente momento a consciência de sua indisponibilidade só tem feito aumentar a sanha dos mercados em retirá-la do alcance de todos.

Por meio de satélites analisa-se a Terra desde 1978 e a conclusão é de que “a cobertura média anual de gelo sobre o mar Ártico vem encolhendo quase 3% a cada década, com reduções maiores no verão, acima de 7%. A calota de gelo do Ártico está com menos da metade do tamanho que tinha há 50 anos. Ao longo deste período, as temperaturas médias na região do Ártico aumentaram cerca de 7°C.”²⁷⁹ A previsão é de que durante o verão de 2030 o Ártico poderá estar sem gelo algum, segundo previsão apresentada pelo American Geophysical Union.²⁸⁰

Como indica Édis Milaré, a natureza foi generosa com o Brasil quando lhe disponibilizou mais de 12% da água que pode ser utilizada no mundo, mas salienta que esta abundância é relativa, pois mal distribuída e mal gerenciada²⁸¹.

Malgrado a proverbial abundância da água – abundância relativa, diga-se – o fato é que ela está mal distribuída em relação à densidade demográfica do País. Na Região Amazônica situam-se 80% dela. No Nordeste e no Centro-Oeste há severa escassez. Entretanto o problema mais grave deste cenário é a permanente contaminação da água limpa que ainda temos: jogamos sistematicamente, há décadas, cerca de 90% de nosso esgoto doméstico e cerca de 70% das descargas industriais nos rios, lagos, represas, contaminando o solo, as águas de superfície e as águas subterrâneas. A consciência a esse respeito é baixa; por isso, o descaso e os maus hábitos em relação à água vêm se perpetuando.²⁸²

²⁷⁸ REDE WWF. **Para nós, todo dia é dia da água.** Disponível em https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/dia_da_agua/#:~:text=Do%20total%20de%20%C3%A1gua%20dispon%C3%ADvel,1%25%20est%C3%A1%20dispon%C3%ADvel%20para%20consumo. Acesso em 20 mai 2023.

²⁷⁹ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática.** Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 40.

²⁸⁰ GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**, p. 40.

²⁸¹ MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 733.

²⁸² MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 733.

Neste aparente movimento por busca de soluções, no ano de 2020 foi promulgada no Brasil a Lei 14.026, conhecida como o Marco do Saneamento Básico, a qual alterou a Lei 11.445 de 2007, traçando metas para universalização de 90% da população em fornecimento de água potável e 90% da coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, permitindo o ingresso do setor privado nesta seara. A justificativa da necessidade de investimento privado gera dúvida e insegurança ante a possibilidade da privatização da própria água.

A situação lançou questionamentos de toda ordem especialmente em função do momento político que vivia-se no Brasil naquele momento. É de se salientar que desde o ano de 2020 já houve 21 leilões de concessão dos serviços, com investimento de R\$82 bilhões²⁸³, retirando de diversas empresas estatais o controle dos serviços. Contudo em 2023, durante mandato de partido da então oposição, decretos foram assinados pelo novo Presidente da República no sentido de flexibilizar prazos do marco do saneamento e permitir a permanência de empresas públicas no setor, ainda que descumpridas regras de adequação prevista na legislação de 2020.²⁸⁴

De todo o contexto, o que se extrai é a constante insegurança regulatória acerca de tema tão essencial para a vida humana. Se as eleições são suprema expressão da democracia, e faz parte do contexto existir alternância de poder, é, contudo, necessário um balizamento mais rigoroso e vinculante para bens fundamentais de modo a evitar que, conforme visto, atos eivados de determinada ideologia permitam de forma açodada a privatização de recurso vital e escasso, e, em seguida, um novo Chefe do Executivo eleito tome atitudes contrárias que impedem o curso das coisas mas não resolve efetivamente a questão de fundo. Neste aspecto, as idas e vindas evidenciam que a proteção da água tem andado em círculos.

²⁸³ CNN BRASIL. **Políticos criticam decretos de Lula que alteram marco do saneamento.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/politicos-criticam-decretos-de-lula-que-alteram-marco-do-saneamento/>. Acesso em 10 mai 2023.

²⁸⁴ CNN BRASIL. **Políticos criticam decretos de Lula que alteram marco do saneamento.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/politicos-criticam-decretos-de-lula-que-alteram-marco-do-saneamento/>. Acesso em 10 mai 2023.

Fato é que Estados têm movimentado-se conforme os mapas mercadológicos, ignorando previsões legais constitucionais ou internacionais.

De mesmo modo ocorre em outros Estados, como a Espanha, que é o quinto do mundo em número de grandes reservatórios de água, e também o país ibérico com o maior consumo de água per capita por dia, em um total de 265 litros.²⁸⁵

Tal medida é necessária em função da irregularidade natural e espacial de volume de chuvas sendo que se em épocas mais favoráveis há disponibilidade de 2800m³ habitantes/ano, em períodos de seca essa disponibilidade pode cair para 220m³ habitantes/ano.²⁸⁶ Por lá, a irregularidade das chuvas é geradora de seca extrema em algumas partes do território e abundância de chuvas em outras partes, o que causa inundação.²⁸⁷

Tais fatores, nitidamente agravados pelas mudanças climáticas ocorridas em função do aquecimento global têm provocado uma tentativa de homogeneizar a questão ambiental ao menos no âmbito da União Europeia, e a Directiva Marco de Aguas, de 2020, é demonstrativo disto.²⁸⁸

Guerras paradigmáticas por causa da água estão ocorrendo em todas as sociedades, a leste e oeste, norte e sul. Nesse sentido, guerras por água são guerras globais, com culturas e ecossistemas diferentes, compartilhando a ética universal da água como uma necessidade ecológica, em oposição a uma cultura corporativa de privatização, ganância e o cerco das águas públicas. Num dos lados dessas disputas ecológicas e guerras paradigmáticas estão milhões de espécies e bilhões de pessoas que buscam água suficiente para sua manutenção. De outro lado está um punhado de corporações globais, dominadas pela Suez Lyinnaise des Eaux, Vivendi Environment e Bechtel e assessoradas por instituições globais como o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Internacional (FMI) e governos do G7.²⁸⁹

²⁸⁵ BARAJAS, Santiago Martín. **No necesitamos más embalses**. In: Ecologismo de emergência. Disponível em: <https://blogs.publico.es/ecologismo-de-emergencia/2018/02/09/no-necesitamos-mas-embalses/>. Disponível em 12 dez 2022.

²⁸⁶ DANIELI, Adilor. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. CRUZ, Paulo Marcio. GIMENEZ, Andrés Molina. **A sustentabilidade dos recursos hídricos no Brasil e na Espanha**. Rio de Janeiro: Lumne Juris, 2020, p. 145.

²⁸⁷ DANIELI, Adilor. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. CRUZ, Paulo Marcio. GIMENEZ, Andrés Molina. **A sustentabilidade dos recursos hídricos no Brasil e na Espanha**, p. 146.

²⁸⁸ DANIELI, Adilor. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. CRUZ, Paulo Marcio. GIMENEZ, Andrés Molina. **A sustentabilidade dos recursos hídricos no Brasil e na Espanha**, p. 147.

²⁸⁹ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**. Tradução de Georges Kormikiaris. São Paulo: Radical Livros, 2006, p.10

Sendo o G7 uma organização de líderes das maiores economias do mundo, composto por Canadá, França, Alemanha, Itália, Japão, Reino Unido e Estados Unidos, realiza reuniões de cúpula anuais a fim de debater e decidir medidas de importância global. Para suas cúpulas convida outros Estados a participar de modo a ampliar o debate. No corrente ano de 2023 o Brasil foi um dos convidados e o presidente Lula discursou afirmando que as omissões à ameaças desencadeiam novas grandes ameaças, que se acumulam. Apontou também para a necessidade de cumprimento do estabelecido na Agenda 2030 e defendeu a possibilidade de desenvolvimento sustentável, garantindo-se o crescimento e a proteção ao meio ambiente.

Conforme já dito, a urgência do cumprimento das 17 ODS²⁹⁰ previstas na Agenda 2030 parece uma meta inatingível, uma vez que o contexto mundial em que se encontra inserida permanece o mesmo. Grandes potências mundiais reúnem-se, bradam a urgência de medidas, estabelecem diretrizes, e retornam às suas origens pautados na mesma lógica dos ditames monetários.

A humanidade chegou em um ponto onde tais promessas vazias abrem espaço para diversas teorias da conspiração. Se houve quem discutiu sobre a possibilidade de ‘a Terra poder ser quadrada’ em pleno ano de 2021, há, a todo momento, inúmeras teorias desinformadoras afirmando que o aquecimento global não existe. Ignorando dolosamente as inúmeras tragédias que acontecem ano após ano como as mortes pela seca, pelas inundações, pela poluição atmosférica, pela poluição dos rios e a falta de água potável.

Há guerras reais por água entre regiões, dentro de países e dentro de comunidades. Quer isto ocorra no Punjab ou na Palestina, a violência política frequentemente surge dos conflitos por fontes de água vitais mas escassas. Em alguns conflitos, o papel da água é explícito, como é o caso de Síria e Turquia, ou Egito e Etiópia. Muitos conflitos políticos por recursos

²⁹⁰ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 20 mai 2023. São objetivos do Desenvolvimento Sustentável: 1- Erradicação da Pobreza; 2- Fome Zero e Agricultura Sustentável; 3 – Saúde e Bem-Estar; 4 – Educação de Qualidade; 5 – Igualdade de Gênero; 6 – Água Potável e Saneamento; 7 – Energia Limpa e Acessível; 8 – Trabalho Decente e Crescimento Econômico; 9 – Indústria, Inovação e Infraestrutura; 10 – Redução das Desigualdades; 11 – Cidades e Comunidades Sustentáveis; 12 – Consumo e Produção Responsáveis; 13 – Ação contra a Mudança Global do Clima; 14 – Vida na Água; 15 – Vida Terrestre; 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes; 17 – Parcerias e Meios de Implementação.

naturais, no entanto, são escondidos ou sufocados. Aqueles que controlam o poder preferem mascarar as guerras por água como conflitos étnicos e religiosos.²⁹¹

Analisando estas guerras por água e os mecanismos de desinformação que os ocultam, bem como conflitos comunitários geradores de extremismo e terrorismo, Vandana Shiva escreveu obra denominada *The Violence of the Green Revolution* (A Violência da Revolução Verde) onde analisa a ecologia do terrorismo e da qual se retira algumas conclusões, sendo uma delas a de que em sistemas econômicos não democráticos o controle das decisões e dos recursos disponíveis é retirado da esfera da população, obrigando deslocamento e gerando insegurança. Há também uma criação de política do ‘nós contra eles’, onde o ‘nós’ sempre são tratados injustamente e ‘eles’ são sempre os privilegiados.²⁹²

A segunda conclusão é a “destruição de direitos aos recursos e a erosão dos controles democráticos sobre os recursos naturais, a economia e os meios de produção minam a identidade cultural.”²⁹³ Deste modo perde-se a identidade a partir de uma experiência positiva como agricultor, artesão, professor ou enfermeiro, reduzindo-se a cultura à uma carapaça negativa de eterna disputa com ‘o outro’ por recursos escassos que por assim o serem definem o poder econômico e político.²⁹⁴

A terceira conclusão destes conflitos comunitários é que os sistemas econômicos centralizados também corroem a base democrática da política, que resta dizimada sempre que a agenda econômica é sequestrada pelo Banco Mundial, o FMI ou a OMC.²⁹⁵ Assim “as únicas cartas que sobram nas mãos dos políticos ávidos por acumular votos são as da raça, da religião e da etnia, as quais fazem brotar o fundamentalismo, que preenche com eficiência o vácuo deixado por uma democracia decadente.”²⁹⁶

A globalização econômica está alimentando a insegurança econômica , corroendo a diversidade e identidade culturais e atacando a liberdade

²⁹¹ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**. Tradução de Georges Kormikiaris. São Paulo: Radical Livros, 2006, p. 11

²⁹² SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 11.

²⁹³ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 11

²⁹⁴ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 11

²⁹⁵ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 12

²⁹⁶ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 12

política dos cidadãos. Está fornecendo terreno fértil para o cultivo do fundamentalismo e do terrorismo. Em vez de integrar as pessoas, a globalização corporativa está desintegrando comunidades.²⁹⁷

Diante da necessidade de uma integração cada vez maior dos povos em ver-se como um só, umbilicalmente ligados pela fragilidade da vida, a avidez dos mercados e a globalização tem fomentado o pior das pessoas.

Nunca é demais lembrar evento recente como a pandemia pela COVID-19 onde a diferenciação entre ‘nós e eles’ ficou nítida entre aqueles Estados que detiveram o maior número de vacinas e outros que até o presente momento não possuem cobertura vacinal; e entre aqueles que tinham que trabalhar para seu sustento, voltando para suas casas desprovidas de água potável e saneamento básico e assim inevitavelmente contaminando-se, e aqueles que bradavam a inexistência do vírus e aglomeravam-se em festas e reuniões clandestinas.

A sobrevivência das pessoas e da democracia dependem de uma resposta ao duplo fascismo da globalização – o fascismo econômico que destrói os direitos das pessoas aos recursos disponíveis e o fascismo fundamentalista que se alimenta do deslocamento, da expropriação, da insegurança econômica e do medo das pessoas.²⁹⁸

Com efeito, a verdadeira guerra é travada em espaços que fogem ao alcance das populações, sendo as guerras físicas mero efeito colateral de interesses maiores, onde os civis inocentes são reiteradamente penalizados pelas políticas públicas, pela falta delas e por interesses escusos que em nada os beneficiam.

Em verdade, do que se tem visto, são inúmeras Conferências, Tratados, Acordos e discursos que se utilizam de pesquisa séria feita por estudiosos de todo mundo, com fatos reais e assustadores, mas que são utilizados como ferramenta para manobra e subjulgamento dos povos.

Conforme já analisado nos Capítulos 1 e 2 do presente trabalho, é chegado o momento de uma nova revolução, não nos moldes do iluminismo, mas

²⁹⁷ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 12

²⁹⁸ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 12

uma revolução não sangrenta, onde o povo retoma sua soberania e poder de comando, se despe das pesadas e discriminadoras vestimentas da cidadania, e luta uníssono pelos seus próprios interesses e no comando da proteção de sua própria vida.

Como salienta Shiva, a voracidade em se perseguir um terrorista, como ocorrida após o inaceitável ataque às torres do World Trade Center, deve ser levada em consideração quando se percebe que destruir recursos naturais é também um ato terrorista de espectro infinitamente maior, assim como negar-se a cumprir Tratados Internacionais de Proteção ao Meio Ambiente, como foi o caso da recusa do presidente George Bush em assinar o Protocolo de Kyoto²⁹⁹, ou a retirada deste mesmo Protocolo, anos depois, pelo também presidente estadunidense Donald Trump.

Não é mais possível que as grandes massas padeçam indefinidamente ao alvedrio do ocupante do mais alto cargo executivo de seu País.

A paz está em alimentarmos a democracia econômica e ecológica e em nutrirmos a diversidade. A democracia não é apenas um ritual eleitoral, mas o poder para as pessoas moldarem seu destino, determinarem como seus recursos naturais são possuídos e utilizados, como sua sede é saciada, como sua comida é produzida e distribuída e que sistema de educação e saúde elas têm. Criar a paz exige que resolvamos as guerras por água, guerras por comida, guerras por biodiversidade e guerras pela atmosfera.³⁰⁰

Shiva menciona colocação feita por Gandhi a qual diz que “a Terra tem o suficiente para a necessidade de todos, mas não para a ganância de uns poucos”³⁰¹. De fato, é preciso perceber que as necessidades da humanidade e da vida na Terra como um todo se sobrepõem, e que estamos todos interligados pelo ar que nos circunda e pela água que ao nosso redor percorre.

Assim como vasos sanguíneos, os rios que interligam Estados devem conscientizar que todos compõem um mesmo organismo vivo.

²⁹⁹ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 14

³⁰⁰ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 15

³⁰¹ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 15

3.2 - DIREITO À ÁGUA COMO UM BEM FUNDAMENTAL GLOBALMENTE PROTEGIDO

Conforme analisado no Capítulo 2 do presente trabalho, a água é um bem fundamental, conforme teoria da lavra de Luigi Ferrajoli, pois garantidora de diversos direitos fundamentais, sendo o mais importante deles o direito à vida, sem o qual não se usufrui nenhum dos outros.

Tomado em sua dimensão ampla e própria, o direito fundamental à vida compreende o direito de todo ser humano de não ser privado de sua vida (direito à vida) e o direito de todo ser humano de dispor de meios apropriados de subsistência e de um padrão de vida decente (preservação da vida, direito de viver). O direito fundamental à vida, assim propriamente entendido, fornece uma ilustração eloquente da interrelação e indivisibilidade de todos os direitos humanos.³⁰²

Para Ferrajoli “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.”³⁰³ E segue definindo ser um direito subjetivo “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeito por una norma jurídica”,³⁰⁴ e o status como a condição de um sujeito “prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”³⁰⁵

Diante disso importante reafirmar as características essenciais dos direitos fundamentais que são sua inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade e reafirmar que

Estas características sublinham uma diferença radical entre os direitos

³⁰² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 75

³⁰³ FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Traducción de A. Perfecto Ibañez. Madrid: Trotta, 2001, p. 19. Tradução livre: são direitos fundamentais todos os que correspondem universalmente a todos os seres humanos em sua condição de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de fato

³⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Tradução livre: qualquer expectativa positiva (benefício) ou negativa (não prejuízo) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Tradução livre: também prevista por uma norma jurídica positiva, como pressuposto da sua aptidão para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são o seu exercício, e/ou autor dos atos que são o exercício destas

fundamentais e os direitos-poderes, especialmente o direito à propriedade: os direitos fundamentais são universais, inclusivos, personalíssimos, indisponíveis, enquanto os direitos patrimoniais são singulares, exclusivos, disponíveis, negociáveis; todavia, existe diferença entre o direito de propriedade e o direito à propriedade, sendo este último um direito fundamental, como condição de igualdade e dignidade.³⁰⁶

Para tanto, à luz da análise do direito à água, essencial identificar a água como um direito e um bem fundamental intangível, devendo assim permanecer indisponível até mesmo aos titulares do dever de sua gestão, como os Estados.

Conforme lecionado por Ferrajoli, tamanha indisponibilidade se dá para evitar liberdade tão extrema ao ponto de permitir que a vontade do mais forte possa prevalecer sobre a do mais fraco, negando-se o próprio direito e gerando regressão intensa ao ponto de voltar-se ao estado de natureza.³⁰⁷

É por isso também que direitos fundamentais são sempre relações verticais, entre os indivíduos e os Estados diretamente, garantindo-se que violações às normas constitucionais culminem em invalidade das leis, como manifestação da dimensão substancial da democracia e devendo escapar dos desígnios dos mercados ou das maiorias.

Aliás, oportuno retomar o raciocínio feito por Ferrajoli sobre as democracias e a vontade das maiorias, pois existem alguns direitos essenciais vitais, ditos fundamentais, que se alojam além da esfera do decidível e lá devem permanecer, alheios às lógicas de compra e venda.³⁰⁸ A água é um direito fundamental que não pode sofrer apropriação e aqui aproveita-se para questionar acerca da legalidade da já mencionada lei 14.026/2020 que abriu as portas para investidores privados e, sendo constitucional, a demonstração inequívoca da falência dos Estados em garantir distribuição isonômica do bem fundamental água conforme previsto em seu próprio texto constitucional.

³⁰⁶ CADEMARTORI, Sergio. CADEMARTORI, Daniela. **A água como um bem fundamental e o direito à água potável como um direito humano fundamental: uma proposta teórica de políticas públicas**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 14, n. 14, 2014, p. 354. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/281>

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 23

³⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 26

Conforme também explicitado por Ferrajoli, mesmo a soberania popular e a regra da maioria está subordinada aos princípios substanciais expressos pelos direitos fundamentais³⁰⁹, logo, mesmo a mencionada lei 14.026/2020 tendo respeitado os parâmetros formais de constitucionalidade com votação adequada por membros eleitos pela maioria dos eleitores, afronta e viola um direito fundamental quando o retira da esfera do indecidível.

Todo mecanismo que retira, de alguma forma, o acesso à água deve ser questionado. Se o direito à água é um direito fundamental, o direito de ter acesso à água é um bem fundamental. Conforme leciona Ferrajoli, enquanto nos direitos fundamentais há uma indisponibilidade conceitual e portanto inviolável, os bens fundamentais possuem uma indisponibilidade jurídica, e portanto violável, e por isso a garantia destes bens deve sempre vir de uma proibição, violável e atacável por meios jurídicos³¹⁰. Um bem torna-se fundamental por garantir um direito fundamental, e encontra sua garantia na norma definidora que garante sua disponibilidade à todos e sua indisponibilidade aos interesses de mercado.

Neste sentido, interessante entrevista concedida, Riccardo Petrella sustenta que a privatização da água muda a concepção dos seres humanos, que se antes eram cidadãos, passam a ser meros clientes desse recurso. A mercantilização da água diminui a essência da própria espécie humana, uma vez que ao privatizar a água, se está, sem dúvidas, mercantilizando a própria vida.³¹¹

Contudo a privatização não é a única ameaça que recai sobre a garantia de água potável e em quantidade suficiente para esta e as futuras gerações. A superexploração agrícola é um importante fator a ser analisado. A agricultura é grande responsável pelo risco hídrico que vivemos seja pelo desperdício gerado pelo descuido, seja pela poluição de mananciais e rios pelo uso intenso de agrotóxico cada vez mais agressivos³¹². Obviamente o direito ao alimento também é

³⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 27

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**, p. 56

³¹¹ PETRELLA, Riccardo. **A privatização da água nega o direito humano de ter acesso a ela**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/30810-a-privatizacao-da-agua-nega-o-direito-humano-de-ter-acesso-a-ela-entrevista-especial-com-riccardo-petrella>>

³¹² PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**. Trad. Vera Lúcia Mello Joscellyne. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 79

fundamental, mas o manejo do campo e dos recursos hídricos deve sofrer rigoroso controle, sob pena de faltar à humanidade não só o alimento, como a água. Equivoca-se quem divide em patamares distintos ambas as necessidades.

A poluição industrial também é importante causador da inviabilidade da água. Se, por exemplo, a indústria têxtil utiliza em média 93 bilhões de metros cúbicos de água anualmente, o equivalente a 37 milhões de piscinas olímpicas, retirando de populações inteiras o acesso à água tratada, por outro lado é também responsável pela poluição de cursos de água com restos de seus processos de produção, perfazendo uma média de 20% das águas residuais globais.³¹³

O tratamento de efluentes é uma medida urgente em todos os casos, mas especialmente na âmbito das indústrias, deve ser rigoroso e obrigatório.

Diariamente, são 8 bilhões de pessoas no mundo consumindo, em condições normais, uma média de 40 litros de água por dia. Não bastasse o consumo elevado, e a necessidade de uma reabilitação normal pela natureza, outros fatores praticados por indivíduos comuns aceleram o processo de poluição das águas, como o descarte incorreto do lixo e do óleo de cozinha. Em maiores proporções tem-se as atividades agrícola, industrial e de mineração. Além destes, o vazamento de combustíveis nos oceanos e o desmatamento são importantes coadjuvantes.

O ciclo hidrológico é o processo ecológico pelo qual a água é recebida pelo ecossistema sob a forma de chuva ou neve. A umidade que cai sob essas formas recarrega os rios, aquíferos e os lençóis freáticos. A dotação de água de um ecossistema particular depende do clima, da fisiografia, da vegetação e da geologia da região. Em cada um desses níveis, os seres humanos do período moderno abusaram da Terra e destruíram sua capacidade de receber, absorver e armazenar água. O desmatamento e a mineração destruíram a capacidade das bacias dos rios em reter água. A agricultura monocultura e a silvicultura secaram os ecossistemas. O uso crescente de combustíveis fósseis levou à poluição atmosférica e a mudanças climáticas, responsáveis pelas cheias, ciclones e secas recorrentes.³¹⁴

³¹³ ETIQUETA ÚNICA. **O desperdício e poluição das águas pela indústria têxtil**. Disponível em <https://blog.etiquetaunica.com.br/o-desperdicio-e-poluicao-das-aguas-pela-industria-textil/>

³¹⁴ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**. São Paulo: Radical Livros, 2006, p. 18

O desmatamento da Amazônia, tão mencionado em várias discussões ambientais, tem gerado graves impactos aos recursos hídricos como a perda de 350km² de área coberta por ambientes aquáticos desde 1980, impactando não apenas no Brasil, mas também diretamente na Bolívia, Paraguai, Argentina e Uruguai, além dos impactos mundiais incalculáveis.³¹⁵

Conforme Shiva explica “a derrubada das florestas e a agricultura monocultora deixam a água correr e destroem a capacidade de conservação das águas e dos solos”³¹⁶, assim, sem as florestas e as raízes de suas árvores e plantas não estão mais presentes, torna-se comum enchentes e deslizamentos de terras.³¹⁷

A questão hídrica, há muito, deixou de ter possibilidade de ser pensada isoladamente. Como partes de um mesmo organismo vivo, as políticas públicas sobre recursos hídricos e manejo de águas deve ser tomadas em conjunto, pois a milagrosa solução em uma localidade pode gerar custos incalculáveis e eternos para ela própria e as demais partes do planeta.

Exemplo elucidativo é a questão da Índia, da década de 70, após a seca de Maharashtra. Conforme relata Shiva, por lá

o Banco Mundial subsidiou e mecanizou pesadamente os sistemas de retirada de água. O banco deu também crédito para a construção de poços artesianos destinados a alimentar a irrigação comercial e reduzir a falta de água. O resultado disso foi um aumento explosivo no cultivo de cana-de-açúcar. (...) Em menos de uma década, campos de cana-de-açúcar converteram a água subterrânea em mercadoria e deixaram as pessoas e as colheiras de alimentos básicos sedentas por água.³¹⁸

Assim, evidente que a mercantilização da água não está apenas nas privatizações. Há inúmeros mecanismos que, me maior ou menor grau, tornam a água uma mercadoria, e coisificam a própria vida humana, prova disso é a indicação de Shiva³¹⁹ de que desde 1983 a mesma região, outrora próspera em água,

³¹⁵ AgSolve. **Desmatamento está afetando recursos hídricos na Amazônia**. Disponível em: <https://www.agsolve.com.br/noticias/10447/desmatamento-esta-afetando-recursos-hidricos-na-amazoniah>

³¹⁶ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 19

³¹⁷ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 19

³¹⁸ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 27

³¹⁹ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p. 27

necessita do serviço de carros-pipa para abastecimento de água.

É de Shiva também o relato de que antes da globalização, em “comunidades nativas, o controle de direitos coletivos sobre a água foram a chave para a conservação e o recolhimento desse recurso”³²⁰, mas que com o avanço das forças externas o controle comunitário foi corroído e a capacidade natural de renovação da água já não corresponde mais à voracidade de seu consumo impróprio.

Deste modo, diante do inevitável avanço da globalização, a medida mais adequada é a uniformização da regulação por meio de uma carta mundial de controle deste bem fundamental, que ultrapasse fronteiras e esteja acima dos controles de mercados.

Para bens fundamentais, como a água, a lógica dos mercados são incapazes de solucionar, apenas majorando e intensificando o problema.

Conforme lucidamente escrevem Sergio Cademartori e Daniela Cademartori em artigo dedicado ao tema, não existe desenvolvimento sustentável por serem palavras que abrigam ideias completamente antagônicas.

A terminologia ‘desenvolvimento sustentável’ é detestável. É um conceito ‘armadilha’, que consegue realizar de forma admirável um trabalho de ilusão ideológica, que consiste em criar um consenso entre partes antagônicas graças a um obscurecimento do juízo e a anestesia do sentido crítico das vítimas, quando em verdade, as expressões acumulação de capital exploração da força de trabalho, imperialismo ocidental ou dominação planetária descrevem melhor o desenvolvimento e a globalização, e provocariam, genuinamente, um sentimento de rejeição por parte daqueles que estão do lado equivocado da luta de classes e da guerra econômica mundial. A obra prima desta arte de mistificação é, incontrastavelmente, o ‘desenvolvimento sustentável’. Quando se junta o conceito de desenvolvimento ao de sustentabilidade, confundem-se ainda mais as coisas. Se se usa o termo ‘desenvolvimento insustentável’, pelo

³²⁰ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p.28

menos pode-se ter a esperança de que esse processo perverso possa chegar, um dia, ao seu final. Então refletir-se-ia e trabalhar-se-ia com relação a um pós-desenvolvimento menos desesperador, juntando os pedaços de uma modernidade aceitável, sobretudo, reintroduzindo o social e o político nas relações de intercâmbio econômico, e reencontra-se-ia o objetivo do bem comum e de uma vida melhor no comércio social. O desenvolvimento social nos tira toda e qualquer perspectiva de saída, prometendo desenvolvimento para toda a eternidade.³²¹

No interior deste insidioso conceito está abrigada a aceitação pacífica de que, de alguma forma, os interesses econômicos podem tutelar e fomentar a proteção de bens fundamentais, como forma de adoçar o paladar e aumentar a aceitação da violenta agressão que, contrariamente, ela traz em seu bojo.

Neste sentido, Shiva introduz a ideia de Democracia Ecológica³²² para contrapor as ideias de paradigma de mercado e de paradigma ecológico. Conforme ele explica, pela lógica do paradigma de mercado, se as águas pudessem circular livremente como um valor econômico, conseguiriam chegar em locais em escassez por preços mais elevados, o que faria com que as pessoas tomassem consciência de seu valor e buscassem formas de consumir menos por meio de medidas alternativas. Ocorre que não existe um substituto para a água, e sua falta leva à morte.

Para mulheres do Terceiro Mundo, a escassez significa ter que viajar por distâncias mais longas em busca de água. Para os camponeses, significa fome e miséria já que a seca destrói suas colheitas. Para as crianças, significa desidratação e morte. Simplesmente, não há substituto para esse precioso líquido, necessário para a sobrevivência biológica de animais e plantas.³²³

Absolutamente tudo que cerca a humanidade depende de água, seja os alimentos, as edificações, o vestuário, as tecnologias, os medicamentos. Absolutamente tudo, e mesmo toda a prepotência humana que acredita ser a

³²¹ CADEMARTORI, Sergio. CADEMARTORI, Daniela. **A água como um bem fundamental e o direito à água potável como um direito humano fundamental: uma proposta teórica de políticas públicas**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 14, n. 14, 2014, p. 353. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/281>

³²² SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p.31

³²³ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p.31

espécie mais inteligente do planeta não foi capaz de encontrar um substituto.

Com isso, o resultado a que se chega é que, definitivamente, “a crise da água é uma crise ecológica com causas comerciais, mas sem soluções de mercado. As soluções de mercado destroem a terra e agravam a desigualdade.”³²⁴

Por conta destes fatos que surge o anseio pela regulação universal deste bem fundamental. Riccardo Pretella escreve sobre um Contrato Mundial da Água³²⁵. Para tanto ele prevê um contrato baseado na cooperação e solidariedade, de forma que toda a sociedade deva participar, seja por meio dos parlamentos ou por meio da democracia direta.

O Contrato da Água é um instrumento de inovação e mudança. Não é destinado a priorizar a lógica e os interesses deste ou daquele grupo social, desta ou daquela comunidade, deste ou daquele continente. Ao contrário, está destinado a dar à comunidade global o direito de existir, a afirmar a necessidade inevitável de uma política global de solidariedade entre todos os seres humanos do planeta.³²⁶

Como princípio básico, o autor estabelece a água como um bem global comum ante o fato de sua insubstituibilidade e, portanto, não pode haver sua apropriação privada.³²⁷

É importante apenas fazer ressalva porquanto Pretella trata a água como um bem patrimonial comum, o que aparentemente conflitaria com o longo estudo feito a partir da doutrina de Ferrajoli. Contudo, não há dúvidas de que a menção feita por Pretella não se baseia na diferenciação conceitual feita por Ferrajoli, justamente porque também para Pretella a água não pode responder à lógica dos mercados ou estar sujeita a apropriação.

Feita a observação, e continuando com o Contrato Mundial da Água de Riccardo Pretella, o autor identifica como necessário o envolvimento de todas as comunidades locais de forma que elas próprias utilizem a água que corre por seus

³²⁴ SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**, p.32

³²⁵ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 127

³²⁶ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 128

³²⁷ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 128

territórios mas também garantam o compartilhamento destas com outras comunidades, ainda que não compartilhem da mesma bacia hidrográfica, em nome da solidariedade e sustentabilidade.³²⁸ Desta forma, cada comunidade é depositária desta água e deve realizar o controle e a supervisão do consumo e da capacidade de disponibilização de forma igualitária.³²⁹

Assim, ele identifica como sujeitos jurídicos envolvidos os “indivíduos, organizações públicas ou privadas, estados nacionais e organizações internacionais ou intergovernamentais” e aponta para a necessidade de um conjunto de leis mundiais que regulem o tema e garantam a efetividade de seu cumprimento.³³⁰

Ponto crucial para a efetividade do Contrato é que “a água deve ser excluída de qualquer convenção ou tratado assinado sob os auspícios da Organização Mundial do Comércio e de qualquer tratado ou acordo relacionado com a regulamentação de investimentos financeiros no mundo todo.”³³¹

Como objetivos principais, o autor indica o acesso básico da água para todos os seres humanos e todas as comunidades humanas, de modo a garantir que todos tenham acesso à água doce potável e conforme padrão de qualidade das normas mundiais de saúde.³³²

Como segundo objetivo, ele aponta para um “gerenciamento integrado sustentável da água de acordo com princípios de solidariedade”³³³, de modo que o gerenciamento dos próprios recursos não implique em déficit para as demais comunidades.

As metas prioritárias abrangem o aumento do número de pessoas com acesso à água potável de forma a se alcançar a universalização total; a busca por mecanismos de paz, de forma a evitar guerras por água; a diminuição do

³²⁸ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 129

³²⁹ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 129

³³⁰ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 130

³³¹ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 131

³³² PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 131

³³³ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 139

desperdício, mudando os métodos de irrigação para um sistema de gotejamento, e a diminuição do tamanho das obras de barragem, que devem ser orientadas para a produção, conservação e distribuição de água para usos locais agrícolas, industriais e urbanos.³³⁴ Conforme visto, o reconhecimento da água como um bem fundamental é urgente, assim como a criação de mecanismos globais de proteção.

3.3 – CONCRETIZAR PARA SOBREVIVER: A UTOPIA AO ALCANCE DAS MÃOS

Embuído do mesmo espírito³³⁵ do Contrato Mundial da Água, o projeto de uma Constituição Global para defesa de bens fundamentais, especificamente a água, tem a proposta de estabelecer definitivamente um mecanismo eficaz, global e vinculante de todos os Estados para proteção definitiva da água e garantia de sua existência em qualidade compatível com a vida humana, para as presentes e próximas gerações.

A ideia que inspira o presente trabalho é, em verdade, mais audacioso que aquela apresentada por Riccardo Pretella, porém mais condizente com a urgência global que hoje se apresenta³³⁶. Conforme analisando ao longo do trabalho, utrapassou-se o conto de fadas da efetividade supranacional, devendo ser hoje o direito internacional apenas mais uma das esferas do constitucionalismo multinível que vem se desenhando ao longo deste estudo.

Conforme já analisado no Capítulo 1, a sociedade atual já se encontra sob um modelo de constitucionalismo multinível quando analisada a existência da União Europeia que se sobrepõe aos Estados Europeus, criando normas vinculantes e regulando diversos aspectos da vida social.

³³⁴ PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**, p. 140

³³⁵ Com ressalvas feitas ao longo do próprio texto, mas que não maculam a essência fundamental da necessidade de um regramento mundial para proteção do direito à água.

³³⁶ Cabe também anotar que, no enfoque que se pretende dar, extrapola-se a pretensão de Ricardo Pretella quando traça como objetivo fundamental a garantia de água para todos os seres humanos. Diante de valores ecológicos, já não se pode conceber o homem como espécie mais importante. Neste sentido, a ressalva que se faz é que todos os seres vivos devem ser igualmente respeitados e garantido-lhes o fornecimento de água potável, sob pena de mais uma vez estabelecer-se diferenciação e prioridade entre seres vivos. A situação que a Terra se encontra é justamente consequência de atitudes antropocêntricas e egoístas.

Muito embora tal modelo tenha se demonstrado exitoso ao objetivo para o qual se propôs, não inspirou novos modelos de mesma proporção ao redor do Globo.

Assim, diante dos desafios ambientais enfrentados, verificou-se que o modelo atual de constitucionalismo exige um novo salto evolutivo de modo a dar concretude à garantias há muito previstas em Constituições e Tratados Internacionais, mas não efetivados porque a globalização das relações criou o super poder dos mercados, que escapa de qualquer controle Estatal ou Supraestatal e subjuga a população mundial aos seus desmandos.

É neste sentido que se vê o Constitucionalismo Global garantista como a única alternativa para a proteção de bens fundamentais que garantem direitos fundamentais como o direito de acesso à água potável por todos os seres vivos.

Para tanto, o modelo multinível se mostra como o mais adequado de modo a garantir que exista controle em todas as esferas de poder, não deixando vácuos que poderiam ser oportunamente utilizados pelos sorrateiros interesses dos grandes capitais.

É portanto, essencial retomar a análise do constitucionalismo multinível para a ampliação do escalonamento já conhecido. Para tanto, o modelo europeu pode servir como experiência adquirida a ser ampliada e adequada aos moldes globais.

Pernice propõe como princípios de um Constitucionalismo Global de forma a torná-lo estável, confiável e eficiente em relação aos seus objetivos, primeiramente, a manutenção da perspectiva do cidadão como o centro do poder e o princípio da subsidiariedade, onde define-se as necessidades comuns de todos os cidadãos dos diversos Estados do mundo e garante-se igualmente acesso de todos aos bens fundamentais de modo a abolir a ameaça da iniciativa privada e garantir à todos que o respeito à estes bens será exigidos igualmente por todo o

Globo, e assim, deixar clara a força cogente que esse poder global possui.³³⁷

Como segundo princípio faz-se necessária a criação de instituições globais acima das soberanias nacionais, deixando-se clara a necessidade desta criação para controle de situações que ocorrem além dos poderes dos Estados, mas que se traduz em apenas mais um nível de poder, mantendo-se as estruturas internas nacionais já existentes. A garantia da efetividade destas instituições globais deverá vir da certeza de que os membros que as compõem são independentes de interesses e influências de uma determinada nacionalidade específica.³³⁸

Importante mencionar que diferentemente do que acontece no direito internacional, na proposta de uma Constituição Global, o peso a ser dado para as decisões é idêntico para cada um dos Estados, não se permitindo que Estados mais ricos tenham peso de voto diferenciado, ou possam exercer algum poder especial de veto.

Se cada homem vale 1 voto, e se questões ambientais estão mundialmente vinculadas, é importante que todos os homens, igualmente, independente de cidadania ou condição social (própria ou de seu Estado), decida os caminhos que a humanidade percorrerá.

De todo modo, importante salientar que da forma que se vê o presente projeto de constitucionalismo, não se pode esquecer do afirmado por Ferrajoli³³⁹ no que tange ao fato de as democracias serem também expressão de defesa das minorias, e para tanto, a esfera de decisão das massas é sobre a forma como se fará a proteção do bem fundamental água, permanecendo a sua natureza de direito fundamental na esfera do indecível.

Como terceiro princípio indicado por Pernice encontra-se perceber o

³³⁷ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf> , p. 17

³³⁸ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf> , p.17

³³⁹ Ferrajoli

constitucionalismo como um processo passo a passo que deve caminhar de mãos dadas com a definição da necessidade de ação comum, buscando o apoio geral das instituições estabelecidas e suas possíveis medidas futuras.³⁴⁰ Com a evolução do constitucionalismo não se pretende um novo momento de revolução como o havido no iluminismo, ao contrário, pois outro bem fundamental a ser tutelado é justamente a paz, o que seria absolutamente antagônico.

O que se vislumbra neste novo constitucionalismo de aspecto global é justamente a participação das massas, de modo a torná-las mais cientes e conhecedoras da realidade e dos desafios globais, e os impactos reais que a omissão poderá causar.

Como já analisado, a expressão da democracia passa essencialmente pela educação e informação imparcial de qualidade, de modo a propiciar que todos, indistintamente possam optar e exercer seu poder de voto livremente. Para tanto, a dignidade humana como verdadeira expressão de liberdade é essencial.

O quarto princípio é a limitação dos poderes legislativos globais³⁴¹, vinculados estritamente à sua área de atuação e competência, evitando-se assim uma monstruosa ditadura global. Tanto o texto original da Constituição Global, quanto suas alterações devem necessariamente passar por avaliação e consentimento expresso dos órgãos representativos dos cidadãos.³⁴² A perspectiva global não pode jamais cegar-se pelo super poder e perder de vista que, em verdade, o poder soberano vem dos cidadãos do mundo, individualmente. Assim, evidente que a adesão de todos os Estados é essencial para o sucesso do projeto, mas a condição fundamental é que no interior destes Estados vigore uma efetiva democracia que respeita plenamente os direitos humanos internacionalmente

³⁴⁰ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf> , p. 18

³⁴¹ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf> , p. 18

³⁴² PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf> , p. 19

acordados.³⁴³

Como quinto princípio está a participação ativa do cidadão global no processo político. Os representantes dos governos nacionais estão obrigados a prestar contas aos seus parlamentos nacionais.

Além disso, um corpo parlamentar global – reunindo-se em paralelo com os representantes do governo ou, se necessário usando tecnologias de informação eletrônica – deve ter algum controle sobre as decisões a serem tomadas. As partes interessadas privadas da sociedade civil devem ser ouvidas, mas a tomada de decisões deve permanecer como prerrogativa de instituições que prestam contas ao público em geral.³⁴⁴

O sexto princípio³⁴⁵ está alojado em um sistema eficiente de revisão judicial através de uma fiscalização jurisdicional global a qual analisará o estrito cumprimento das competências realmente atribuídas e o respeito aos direitos fundamentais. No âmbito nacional, os tribunais nacionais devem garantir o respeito ao estabelecido na constituição global e garantir que não se ultrapasse os limites da competência nacional, maculando a competência global. Devem ainda respeitar as obrigações estabelecidas e salvaguardar os direitos inalienáveis dos indivíduos.

Finalmente, o sétimo princípio balizador do Constitucionalismo Global se refere às Organizações e aos Regimes Internacionais já existentes e neste sentido Pernice questiona sobre a necessidade de criar novos órgãos globais ou utilizar os internacionais já existentes, de modo a ampliá-los e aprimorá-los aos moldes globais.³⁴⁶

³⁴³ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 19

³⁴⁴ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 19. No original: In addition, a global parliamentary body – meeting in parallel to the governmental representatives or, if necessary using electronic information technologies should be given some control on the decisions to be taken. Private stakeholders from the civil society should be heard, but decision-making must remain the prerogative of institutions which are accountable to the general public

³⁴⁵ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 19

³⁴⁶ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 19

A ótica do autor é de que existe uma necessidade de respeitar-se o direito internacional existente dando-se preferência ao desenvolvimento das instituições já existentes. Para tanto, poderia-se instituir uma espécie de vanguarda no âmbito da OMC para uma cooperação reforçada. Da mesma forma, partes da Agenda 21 poderiam receber uma nova dimensão garantindo eficiência e sustentabilidade mundial.

Quanto ao Sistema ONU a atuação em áreas fora das competências do Conselho de Segurança em particular no campo da cooperação econômica e meio ambiente, também poderia ser intensificada por um grupo aberto de países dispostos a revitalizar e fortalecer políticas mundiais comuns nessas áreas por meio de arranjos institucionais e procedimentais mais eficientes.³⁴⁷

De todo modo, ainda que aprimorados os mecanismos já existentes no direito internacional, a elaboração de uma nova Constituição Mundial e a criação de novos órgãos independentes e compostos por representantes de todos os Estados de maneira isonômica é essencial para o objetivo que se pretende alcançar.

Um novo ordenamento, isento dos vícios e máculas que padecem os mecanismos já existentes, é a única forma viável para a efetiva proteção de bens fundamentais, e o único meio possível de criar controle e regulação em uma seara que hoje corre solta, atendendo apenas aos desejos financeiros de grandes empresas.

A grande prova deste descontrole está em diversas notícias todos os dias veiculadas e facilmente localizadas.

Por exemplo, no recente dia 18 de abril de 2023 foi publicada matéria³⁴⁸

³⁴⁷ PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation.** Disponível em: <https://www.rewi.huberlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>, p. 19. No original: Finally, in the UN-System action in areas not covered by the competencies of the Security Council, in particular in the field of economic cooperation and the environment, could also be intensified by an open group of countries willing to revitalise and strengthen common world-policies in these areas through more efficient institutional and procedural arrangements applicable to those who participate.

³⁴⁸ EXPRESSO 50. **Emissões de gases com impacto nas alterações climáticas aumentaram 6,2% na Europa num só ano.** Disponível em: <https://expresso.pt/sociedade/2023-04-18-Emissoes-de-gases-com-impacto-nas-alteracoes-climaticas-aumentaram-62-na-Europa-num-so-ano-ca7fb6a0#:~:text=Pesquisa-,Emiss%C3%B5es%20de%20gases%20com%20impacto%20nas%20altera%C3%A7%C3%B5es%2>

sobre relatório da Agência Europeia do Ambiente no qual noticia-se que as emissões de gases de efeito estufa aumentaram 6,2% no período de 2020 a 2021, ou seja, no intervalo de apenas 1 ano. É preciso, no entanto, lembrar que a União Europeia está comprometida com uma redução líquida de ao menos 55% nos gases de efeito estufa até o ano de 2030 e em buscar uma neutralidade climática até 2050.

Outro dado relevante e preocupante está no relatório do Carbon Disclosure Project³⁴⁹ onde pontua as empresas numa escala de A a F sobre sua atuação para preservação ambiental e de onde se extrai que dentre as 15 mil empresas globais, apenas 1,3% possui transparência em suas ações ambientais.³⁵⁰

E, o relatório mais impactante para o estudo que se realiza está no emitido pela ONU, que aponta risco de crise global pela escassez de água embora 46% da população global já viva sem serviços de saneamento básico³⁵¹, e 2 bilhões de pessoas não tenham acesso à serviços seguros de fornecimento de água potável³⁵².

É por todo o exposto que se evidencia a necessidade inarredável de construir uma este constitucionalismo global como forma de garantir um regramento social. Como visto, o próprio Estado nacional já não exerce mais um efetivo controle sobre as relações e, nesta toada, ele mesmo será engolido e extinto. Conforme questiona Habermas

A disputa se dá em torno da autocompreensão normativa do Estado de direito democrático. Em uma época de globalização, ainda podemos nos reconhecer nele ou temos de nos livrar dessa amável relíquia da velha Europa, que, no entanto, acabou perdendo sua função?³⁵³

Oclim%C3%A1ticas%20aumentaram%206,na%20Europa%20num%20s%C3%B3%20ano&text=As%20emiss%C3%B5es%20de%20gases%20com%20efeito%20de%20estufa%20(GEE)%20na,da%20pandemia%20de%20covid%2D19. Acesso em 21 mai. 2023.

³⁴⁹ CDP. **A Lista A 2022**. Disponível em <https://www.cdp.net/en/companies/companies-scores>. Acesso em 22 mai. 2023.

³⁵⁰ IBSUSTENTABILIDADE. **Dentre 15 mil empresas globais, apenas 1,3% possui total transparência sobre suas ações ambientais**. Disponível em @ibsustentabilidade, instagram. Acesso em 21 mai. 2023.

³⁵¹ ONU. **46%da população vive sem acesso a saneamento básico**. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2023/03/1811712>. Acesso em 21 mai. 2023

³⁵² G1. **Relatório da ONU aponta risco de crise global por escassez de água**. Disponível em <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2023/03/21/relatorio-da-onu-aponta-risco-de-crise-global-por-escassez-de-agua.ghtml>. Acesso em 21 mai. 2023

³⁵³ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2018,

Assim, ao contrário do que céticos e adeptos de teorias da conspiração alardeiam, a implementação de um ordenamento global é também uma forma de proteger-se o Estado Nacional.

Se não apenas o Estado nacional tiver chegado ao fim, mas, com ele, também toda forma de socialização política, os cidadãos estarão abandonados em um mundo de relações anônimas interligadas, nas quais terão de decidir segundo suas próprias preferências entre opções criadas de modo sistêmico. Neste mundo pós-política, a empresa transnacional se transformará em modelo de comportamento.³⁵⁴

É neste sentido que se adota a ideia de um Constitucionalismo Global garantista multinível expressada na Constituição da Terra da lavra de Luigi Ferrajoli.

Solo una Constitución de la Tierra puede superar esos factores de división, conflicto y discriminación del género humano que son las diversas soberanías y las diversas ciudadanías, y con ello realizar los presupuestos de la paz, la igualdad y la universalidad de los derechos fundamentales. Solamente gracias a la ampliación del paradigma constitucional más allá del estado, se podrá restaurar la geografía democrática de los poderes, alterada por sus confusiones y por la inversión, de hecho, del gobierno político de la economía en el gobierno económico de la política.³⁵⁵

No intuito de demonstrar a possibilidade de um documento deste porte, Ferrajoli escreve sua própria Constituição da Terra³⁵⁶ com 100 artigos, divididos em 4 partes. Na primeira parte ele se dedica aos princípios supremos, os direitos fundamentais, os bens fundamentais (neles incluídos a água), e os bens ilícitos.

Na segunda parte o autor sistematiza as Instituições e os Instrumentos globais de governo. Na terceira parte trata das instituições e funções de garantia global e, na quarta parte se dedica às instituições econômicas e financeiras. Nas disposições finais estão previsões para o processo constituinte.

p. 221

³⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, p. 222.

³⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta, 2022, Tradução livre Só uma Constituição da Terra pode superar os factores de divisão, conflito e discriminação do género humano que são as diversas soberanias e as diversas cidadanias, e assim concretizar os pressupostos da paz, da igualdade e da universalidade dos direitos fundamentais. Só alargando o paradigma constitucional para além do Estado será possível restaurar a geografia democrática dos poderes, alterada pelas suas confusões e pela inversão de facto da governação política da economia em governação económica da política.

³⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta, 2022

Parte de extrema relevância para este estudo está na previsão expressa do tratamento da água como um bem fundamental com proteção e acessibilidade garantida à todos, abrangendo os bens comuns, sociais e pessoais que forem fundamentais. O artigo 84 também revela-se de extrema importância por criar a Agência Mundial da Água que tem como missão organizar a distribuição gratuita a todos em quantidade mínima necessária para garantir a satisfação das necessidades vitais, e proibir a dispersão e desperdício de água, estabelecendo pagamento de taxa para consumo acima do limite permitido.

Acredita-se, com isso, que os passos firmes ao destino certo estão sendo dados, dia após dia, sendo dever de todos iniciar o movimento de conscientização para que haja aceitação e apoio das grandes massas, as mesmas que já enfrentaram inúmeros desafios e, à custa de muito sangue e lágrimas, já promoveu grandes revoluções mundiais. É essencial analisar movimentos bem sucedidos e superar os modelos já ultrapassados, de modo a dar proteção efetiva aos bens fundamentais em nome da sobrevivência de todas as espécies.

Aprender com o passado é o caminho para o único futuro possível, sob pena de não haver futuro.

O que é, de fato, esta temperança, senão a sabedoria do tempo, a justa medida de seu desenrolar, a mistura harmoniosa de seus componentes e, do mesmo modo que a alternância das estações (as Horas) torna os climas temperados, a temperança na cidade – a justa dosagem da continuidade e da mudança – garante o equilíbrio das relações sociais.³⁵⁷

É preciso equilibrar os ordenamentos interno, externo e global, como uma engrenagem que, conjuntamente, promove o desenvolvimento dos passos que a humanidade precisa dar.

Conforme dito por Pernice, a evolução do constitucionalismo global é feita passo a passo, assim como toda a história do constitucionalismo desde seu início, onde presente e passado se mesclam para ensinar os caminhos que o futuro deve percorrer. O apego excessivo ao presente pela falsa sensação de segurança gera

³⁵⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 17.

inevitável insegurança em um futuro muito próximo, pois as atitudes omitidas no presente culminarão na ausência de bens fundamentais em breve.

É neste contexto de destemporalização, sempre ameaçador, que a questão da instituição jurídica de um tempo social portador de sentido assume toda a sua acuidade. Uma instituição que, a nosso ver, é tanto ruptura quanto ligação. É preciso acentuá-lo claramente: é só apenas num segundo momento que as forças instituintes irão moldar-se nas formas instituídas que elas mesmas hão de requisitar, mais cedo ou mais tarde, que sejam desinstituídas por novos modelos instituintes. O tempo criador nequentrópico é marcado por este ritmo feito de ligação e desligamento, de continuidade e de ruptura. Contra a tendência regressiva da eternização, é preciso fazer valer o tempo desligado da mudança, mas contra a irreversibilidade mortífera da mudança física, é preciso tentar a ligação cultural entre passado e futuro, a fecundação reflexiva do projeto pela experiência e pela revitalização do dado pelo possível. Contra lentidões do determinismo histórico, é preciso abrir as brechas da iniciativa e da alternativa, mas, ao encontro das temporalidades abertas de sociedades hiperindividualistas, é preciso imaginar mecanismos de concordância dos tempos.³⁵⁸

Por óbvio que este não é um modelo pronto e acabado, e nem se pretende que seja. É sabido que ele terá que sofrer adequações a atualizações ao longo dos anos, mas antes, é preciso que ele exista. É preciso existir para pavimentar o caminho de um novo modelo normativo, sintonizado às exigências que a sociedade daquele momento apresentar, e assim sucessivamente passado e futuro possam se mesclar nos segundos do presente e toda sua fragilidade e vulnerabilidade.

Nada de mais frágil que esta aliança entre o passado e o futuro; a “crise da cultura” propicia o cisma entre os tempos, que parecem nada mais ter a dizer: um passado repentinamente tornado estranho, um futuro opaco e improvável – e entre os dois: um presente reduzido às pancadas do instantâneo aos sobressaltos da urgência, á insignificância do dia-a-dia. Igualmente trata-se de um lance ético – e logo político e jurídico – de manter as duas extremidades da corrente, garantir que se prossiga o diálogo entre a memória e a expectativa, pois “uma sociedade deve ser capaz de história”, escrevia Hegel.³⁵⁹

O futuro do futuro não se sabe ao certo qual será, mas sabe-se que para haver futuro terá também de haver constitucionalismo, esta bússola que controla os poderes e determina os destinos, única capaz de afiançar aos cidadãos do mundo a segurança que hoje se espera em relação, especialmente, aos bens fundamentais, pois essenciais à vida.

³⁵⁸ OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 16 - 17.

³⁵⁹ OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 29

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo analisar a questão da água e sua escassez em diversas localidades do Globo. Para tanto, a partir da análise da legislação nacional percebeu-se que as grandes questões que envolvem a água, e por consequência o meio ambiente, escapam da insuficiente capacidade regulatória dos Estados e também dos inúmeros Tratados e acordos realizados no âmbito do Direito Internacional.

Identificou-se que, ao longo dos anos, inúmeros estudos são realizados sobre a insuportabilidade dos recursos naturais às pressões exercidas pela atividade humana e vários são os encontros e reuniões com líderes mundiais que lançam alertas sobre a necessidade de mudança de postura e efetiva proteção do meio ambiente. Entretanto, deste estudo, verificou-se que o grande problema se encontra no agigantamento dos mercados e conseqüente apequenamento dos Estados, que há muito não controlam os grandes volumes de operações mundiais que ocorrem diariamente, sobrecarregando a natureza e impedindo sua capacidade de regeneração.

A partir disso, iniciou-se verificando a forma como se iniciou o constitucionalismo, os modelos implementados e as garantias que alcançou com sucesso, percebendo que a ideia de soberania sempre esteve muito arraigada e foi necessária por muito tempo, até ser atropelada pelas novas urgências sociais trazidas pela lógica dos mercados. Tal violência refletiu também sobre os modelos do Direito Internacional, enquanto sorrateiramente ia criando uma espécie de poder paralelo, que só atende aos desígnios financeiros.

Assim, ainda no primeiro capítulo percebeu-se que um novo modelo capaz de alcançar e regular a dimensão global atual é através da implementação de um modelo de constitucionalismo global, de caráter multinível, de forma a obrigar que os Estados, em seus âmbitos internos, guardem respeito ao estabelecido em nível mundial, como um verdadeiro guarda-chuva legal, que abrange situações globais e vincula posturas dos ordenamentos jurídicos espalhados pelo planeta.

Identificado o modelo necessário, passou-se a identificar como esta Constituição Global deveria tratar alguns bens fundamentais essenciais, garantidores

de direitos fundamentais. Para tanto, utilizou-se a teoria construída por Luigi Ferrajoli, ao tratar dos bens fundamentais, que devem ser garantidos à todos.

Finalmente, demonstrou-se a necessidade de fixar a água como um bem fundamental, a ser especialmente protegido por este novo modelo de Constituição Global, como forma de atingir-se as metas de preservação ambiental e de fornecimento de água potável à todos os cidadãos do mundo já há muito estabelecidas e que, até os dias atuais, não alcançou a plena aplicação por ausência de norma suficientemente cogente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABELLAN, Antonio Jodar. **Poluição do ar e atmosférica**. Mestrado em Tecnologias e Políticas Públicas sobre Gestão Ambiental – Universidade de Alicante. pag. 2. Não publicado.

AgSolve. **Desmatamento está afetando recursos hídricos na Amazônia**. Disponível em: <https://www.agsolve.com.br/noticias/10447/desmatamento-esta-afetando-recursos-hidricos-na-amazoniah>

BARAJAS, Santiago Martín. **No necesitamos más embalses**. In: Ecologismo de emergência. Disponível em: <https://blogs.publico.es/ecologismo-de-emergencia/2018/02/09/no-necesitamos-mas-embalses/>.

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

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

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política** Tradução de: Carmen C. Varriale. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

BODIN, Jean. **The Six Books of Commonwealth**. Trad. MJ Tooley. Oxford: Alden Press, 1575.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL DE FATO. **Bolsonaro deixará o governo com aumento de 60% no desmatamento da Amazônia**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2022/11/30/bolsonaro-deixara-o-governo-com-aumento-de-60-no-desmatamento-da-amazonia>

CADEMARTORI, Sergio. CADEMARTORI, Daniela. **A água como um bem fundamental e o direito à água potável como um direito humano fundamental: uma proposta teórica de políticas públicas**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 14, n. 14, 2014, p. 354. Disponível em: <https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/281>

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. GRUBBA, Leilane Serratine. **O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos**. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/VGBHtK6vtZ8jmBHb7wZbPJP/?lang=pt&format=html>.

CARVALHO NETO, Melenick de. **Requisitos Pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado, v. 3. Belo Horizonte: 1999

CNN BRASIL. **Políticos criticam decretos de Lula que alteram marco do saneamento**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/politicos-criticam-decretos-de-lula-que-alteram-marco-do-saneamento/>. Acesso em 10 mai 2023

CDP. **A Lista A 2022**. Disponível em <https://www.cdp.net/en/companies/companies-scores>.

CORREIO DO POVO. **Hungria apresenta plano cristão contra a crise climática**. Disponível em <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/mundo/hungria-apresenta-plano-crist%C3%A3o-contr-a-cri-se-clim%C3%A1tica-1.393596>

CRUZ, Paulo Marcio. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2012.

CRUZ, Paulo Marcio. LACERDA, Emanuela Cristina Andrade. **Da Soberania à Transnacionalidade: Democracia, Direito e Estado no Século XXI**. Itajaí: Univali, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANIELI, Adilor. GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. CRUZ, Paulo Marcio. GIMENEZ, Andrés Molina. **A sustentabilidade dos recursos hídricos no Brasil e na Espanha**. Rio de Janeiro: Lumne Juris, 2020.

ETIQUETA ÚNICA. **O desperdício e poluição das águas pela indústria têxtil**. Disponível em <https://blog.etiquetaunica.com.br/o-desperdicio-e-poluicao-das-aguas-pela-industria-textil/>

EXPRESSO 50. **Emissões de gases com impacto nas alterações climáticas aumentaram 6,2% na Europa num só ano**. Disponível em: [https://expresso.pt/sociedade/2023-04-18-Emissoes-de-gases-com-impacto-nas-alteracoes-climaticas-aumentaram-62-na-Europa-num-so-ano-ca7fb6a0#:~:text=Pesquisa-,Emiss%C3%B5es%20de%20gases%20com%20impacto%20nas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20clim%C3%A1ticas%20aumentaram%206,na%20Europa%20num%20s%C3%B3%20ano&text=As%20emiss%C3%B5es%20de%20gases%20com%20efeito%20de%20estufa%20\(GEE\)%20na,da%20pandemia%20de%20covid%2D19](https://expresso.pt/sociedade/2023-04-18-Emissoes-de-gases-com-impacto-nas-alteracoes-climaticas-aumentaram-62-na-Europa-num-so-ano-ca7fb6a0#:~:text=Pesquisa-,Emiss%C3%B5es%20de%20gases%20com%20impacto%20nas%20altera%C3%A7%C3%B5es%20clim%C3%A1ticas%20aumentaram%206,na%20Europa%20num%20s%C3%B3%20ano&text=As%20emiss%C3%B5es%20de%20gases%20com%20efeito%20de%20estufa%20(GEE)%20na,da%20pandemia%20de%20covid%2D19).

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

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Traducción de A. Perfecto Ibañez. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Por una Constitución de la Tierra: La humanidad en la encrucijada**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid: Trotta, 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Sobre os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>

FUKUYAMA, Francis. **O fim da história e o último homem**. Tradução de Aulyde Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GARCIA, Marcos Leite. **Novos Direitos Fundamentais e Demandas Transnacionais**. XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, p. 6737. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3681.pdf>.

GLOBO. **Trump anuncia saída dos EUA do acordo de Paris sobre mudanças climáticas**. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/trump-anuncia-saida-dos-eua-do-acordo-de-paris-sobre-mudancas-climaticas.ghtml>

GONÇALVES, Everton das Neves. STELZER, Joana. **Direito Internacional sob os novos paradigmas: Os estados, as pessoas e as controvérsias**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2010

GUIDDENS, Anthony. **Consequências da Modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

G1. **Relatório da ONU aponta risco de crise global por escassez de água**. Disponível em <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2023/03/21/relatorio-da-onu-aponta-risco-de-crise-global-por-escassez-de-agua.ghtml>.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-nacional: Ensaios Políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2018

HAMILTON, Alexander. JAY, John. MADISON, James ; tradução Maria Luiza X de A. Borges. **Os Artigos Federalistas**. São Paulo: Faro Editorial, 2021.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico**

e **Civil**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret

IBSUSTENTABILIDADE. **Dentre 15 mil empresas globais, apenas 1,3% possui total transparência sobre suas ações ambientais.** Disponível em @ibsustentabilidade, instagram.

JOHNSTON, Douglas M. **World Constitutionalism in the Theory of international law.** p 3 - 29, Disponível em: https://brill.com/display/book/edcoll/9789047415916/B9789047415916_s004.xml

JUSTITIA. U.S. **Supreme Court. Plessy v. Ferguson.** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>

JUSTITIA. U.S. **Supreme Court. Brown v. Board os Education of Topeka.** Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>

KANT, Immanuel. **À Paz Perpétua: um projeto filosófico.** Trad. Bruno Cunha. Petrópolis: Vozes, 2020

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado.** Ciudad de México: Unam, 1969.

LANDAU, David. **Abusive Constitutionalism** (April 3, 2013). 47 UC Davis Law Review 189 (2013), FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIPOVETSKY, Gilles. **Da Leveza: rumo a uma civilização sem peso.** Trad. Idalina Lopes. Barueri: Manole, 2016

MASCARO, Alisson Leandro. **Filosofia do Direito.** São Paulo: Atlas, 2021.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** 1. ed. São Paulo: Martin Claret.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la.** São Paulo: Companhia das Letras. 2019.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil.** Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos Direitos Humanos.** Revista Brasileira de Direito Público, a.1, n. 3, out/dez. 2003.

OBSERVATÓRIO DA SOCIEDADE CIVIL. **Desconhecimento limita ação da população no combate às mudanças climáticas.** Disponível em:

<https://observatoriosc.org.br/desconhecimento-limitacao-da-populacao-no-combate-as-mudancas-climaticas/> .

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ONU – **A ONU e o Meio Ambiente**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91223-onu-e-o-meio-ambiente>

ONU. **46%da população vive sem acesso a saneamento básico**. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2023/03/1811712>.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de Derechos Fundamentales**. Con la colaboración de: Rafael de Asís Roig y María Carmen Barranco Avilés. Madrid: Editorial Dykinson, 2004

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Undécima Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2017.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La tercera generación de Derechos Humanos**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2004.

PERNICE, Ingolf. **Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2008/whi-paper0908.pdf>.

PERNICE, Ingolf. **Multilevel Constitutionalism in The European Union**. Disponível em: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf>.

PETRELLA, Riccardo. **A privatização da água nega o direito humano de ter acesso a ela**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/30810-a-privatizacao-da-agua-nega-o-direito-humano-de-ter-acesso-a-ela-entrevista-especial-com-riccardo-petrella>

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. FLORES, Guilherme Nazareno. **Desgovernança global, entropia, e consumismo: a teorização de um direito transnacional para uma transição à sustentabilidade**. Florianópolis: Emais, 2018

PRETELLA, Riccardo. **O Manifesto da Água: Argumentos para um contrato mundial**. Trad. Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Editora Vozes, 2004

REDE WWF. **Para nós, todo dia é dia da água**. Disponível

em https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/dia_da_agua/#:~:text=Do%20total%20de%20%C3%A1gua%20dispon%C3%ADvel,1%25%20est%C3%A1%20dispon%C3%ADvel%20para%20consumo

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda**. Disponível em: <https://fabioshecaira.files.wordpress.com/2018/02/ponto-5c-interpretac3a7c3a3o-constitucional-ler-atc3a9-a-p-39.pdf>.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010

SHIVA, Vandana. **Guerras por Água: privatização, poluição e lucro**. Tradução de Georges Kormikiaris. São Paulo: Radical Livros, 2006

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?**. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021

SMITH, Adam. **La ricchezza delle nazioni**, Milano: Mondadori, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Forum, 2012

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

THORNILL, Chris. **Crise democrática e o direito constitucional global**. Trad. Diógenes Moura Breda e Glenda Vicenzi. São Paulo: Contracorrente

TOMUSCHAT, Christian. **International Law as the Constitution of Mankind**, in: United Nations, International Law on the Eve of the Twenty-first Century. Views from the International Law Commission, New York 1997, 37-50

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

VASAK, Karel. **The International Dimensions of Human Rights**. Paris: Greenwood Press, 1982.