

A ANÁLISE DO TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS EM PROL DO DIREITO AMBIENTAL E DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: À LUZ DA TEORIA DE MARCELO NEVES

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza¹

Greyce Kelly Antunes de Souza²

Juliete Ruana Mafra³

RESUMO: A pesquisa observa o transconstitucionalismo frente à efetividade da proteção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, isto em razão da presente busca pelo desenvolvimento sustentável. O objetivo é analisar o fenômeno do transconstitucionalismo e seus reflexos na proteção ambiental, no desenvolvimento sustentável. Para alcançar tal enfoque, a pesquisa foi dividida em três momentos: crise ambiental; transconstitucionalismo entre ordens jurídicas; e o respaldo ambiental através do transconstitucionalismo. Conclui-se que o transconstitucionalismo é um mecanismo utilizado em ordem internacional, para o fim de aproveitamento das experiências de ordens jurídicas externas e pode ser usado em favor da preservação do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica Indutiva, além das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras-Chave: Meio Ambiente.; Desenvolvimento Sustentável; Transconstitucionalismo.

ABSTRACT: The research notes the transconstitucionalism against the protection effectiveness of the healthy and ecologically balanced environment, seeking for a sustainable development. The goal is the analysis of transconstitucionalism and the reflection on environmental protection and on sustainable development. To achieve such an approach, the research was dismembered into three stages: environmental crisis; transconstitucionalism between legal systems; and the environmental support through transconstitucionalism. The conclusion is that transconstitucionalism is a mechanism used in international order, with the purpose of harnessing the experiences of foreign legal systems and it can be used in favor of the preservation of the environment and sustainable development. Regarding methodology, it was used the inductive rationale, beyond of regarding the techniques, the category, operational concept and library research.

Keywords: Environment; Sustainability.; Transconstitucionalism.

1 Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária”. Advogada. E-mail: mclaudia@univali.br

2 Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí. Bolsista do PROSUP – CAPES. E-mail: greyce.kelly@univali.br

3 Mestranda em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. Bolsista do PROSUP – CAPES. E-mail: julietemafra@univali.br

INTRODUÇÃO

A proteção do ambiente não faz parte da cultura do homem, pois conquistar a natureza sempre foi o seu grande desafio. Ao longo da história, o homem dominou a natureza, sem se preocupar com o respaldo da proteção do ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Em decorrência da conduta humana negligente frente aos recursos naturais, exsurgiu a crise ambiental, o qual fez com que a proteção do meio ambiente passasse a encontrar aplicabilidade jurídica, inclusive, tornando-a pressuposto constitucional em vigor.

Neste prisma, desponta o ideal de desenvolvimento sustentável e a imprescindibilidade de resguarde ambiental qualitativo, a fim de garantir a pureza do ecossistema na exploração consciente das gerações presentes em favor da manutenção da qualidade de vida para as gerações futuras.

Nessa perspectiva, este artigo objetiva analisar como a crise ambiental afeta o meio ambiente sadio e exige que o desenvolvimento sustentável se faça de maneira efetiva, indicando um mecanismo inovador na conjuntura global, tal qual se demonstra o transconstitucionalismo.

Destarte, o objeto da presente pesquisa é a análise da implantação da proteção ambiental e do desenvolvimento sustentável através do transconstitucionalismo. O Objetivo Geral é o de compreender o mecanismo pautado pelo transconstitucionalismo entre ordens jurídicas e sua aplicabilidade para a consecução do desenvolvimento sustentável e proteção ambiental. Os Objetivos Específicos são: a) identificar a crise ambiental; b) compreender a importância do desenvolvimento sustentável; c) investigar o transconstitucionalismo como ferramenta imediatista de alcance ao desenvolvimento sustentável e à proteção do meio ambiente sadio e equilibrado.

O artigo está dividido em três momentos: no primeiro se faz uma análise da crise ambiental; o segundo faz considerações sobre o transconstitucionalismo; o terceiro, por fim, trata do transconstitucionalismo e o respaldo ambiental, para fins do desenvolvimento sustentável.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva⁴. Nas diversas fases da Pesquisa, serão utilizadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

4 “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, C. L. Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática. 11 ed. Florianópolis: Conceito editorial/Millennium, 2008. p. 86.

5 “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, op. cit., p. 53.

6 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” Id., Ibid., p. 25.

7 “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]” Id., Ibid., 37.

8 “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Id., Ibid., p. 209.

1. A CRISE AMBIENTAL

A tomada de consciência da crise ambiental é deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida⁹.

Um posicionamento diante desta conflituosidade tende a remodelar a forma de desenvolvimento econômico, com vistas a integrar o bem ambiental como elemento de um novo modelo¹⁰. É buscar o equilíbrio entre a atividade econômica e a qualidade de vida, eliminando o pensamento de apenas buscar o acúmulo de capital e a produção de riqueza, ignorando a preservação dos recursos naturais, como elemento de uso limitado.

O paradigma ecológico, que domina as preocupações ambientais contemporâneas e que resulta da percepção do ambiente como um sistema, correspondente ao paradigma das ciências que, considerando a sociedade humana como um sistema de comunicações sociais e não como um somatório de indivíduos, tende a ver no direito mais do que um conjunto de regras de conduta, mas um sistema de ações e comunicações funcionalmente diferenciado¹¹.

Sabe-se que um fator ambiental afetado raramente é possível proceder à reconstituição da situação anterior à verificação do dano — corolário lógico de uma correta política de ressarcibilidade dos danos. O dano ambiental é específico e exige a adoção de políticas preventivas, as únicas que, com total eficácia, conseguem o equilíbrio ambiental desejado. Contudo, ora pela inoperância das políticas preventivas, ora pela impossibilidade da sua aplicação, existem e, infelizmente, cada vez mais, danos ambientais¹².

Os fatos apontam para um fenômeno cruel: a poluição e os danos não conhecem fronteiras e, portanto, uma luta para preveni-los ou remediar suas consequências só seria realizável em âmbito global e por meio de um sistema internacional de cooperação entre os Estados e de coordenação e/ou harmonização de suas políticas e legislações internas¹³.

O Direito não se constrói para si mesmo ou para uma ordem social e política abstrata. Ele deve interessar-se pelo homem concreto, pelas diferentes realidades humanas, permanentes e mutantes, que servem de insumo para a História Universal. A justiça legal e a justiça moral dão-se as mãos e se fundem para construir um mundo saudável e justo¹⁴.

No pensamento de MATEO¹⁵:

“[...] en todos los países más o menos industrializados se ha generalizado un

9 LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial - teoria e prática. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 23.

10 Id., Ibid., p. 23.

11 FERREIRA, H. S.; LEITE J. R. M. Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 118.

12 FERREIRA; LEITE, op. cit. p. 129.

13 SOARES, G. F. S. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001, p. 61.

14 MILARÉ, E. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 141.

15 MATEO, R. M. Tratado de derecho ambiental. v.1 Madrid: Trivium, 1991, p. 27.

clima de opinión en torno a los problemas del medio. Este tipo de preocupaciones va más allá de las simples ilusiones naturistas o de la demanda colectiva de mejoras sanitarias. Puede afirmarse que ha ido surgiendo una indudable reflexión ecológica que ha impulsado por doquier reformas institucionales, aunque todavía no haya avocado a las grandes mutaciones organizatorias que la humanidad precisa.”

Os poucos recursos destinados às atividades de aprendizagem no Brasil, quando comparados ao cenário que se vê nos países desenvolvidos, possibilitam duas inferências. Em primeiro lugar, constata-se que a educação corporativa não é entendida no país como um elemento estratégico para alcançar os objetivos organizacionais de competitividade e lucratividade. Em segundo lugar, considerando que na maior parte das empresas a variável socioambiental continua relegada a segundo plano, ainda mais escassos são os recursos disponíveis para a formação e a aprendizagem no campo socioambiental¹⁶.

A revolução causada pela globalização e aproximação dos mercados com ampliação do comércio que passa a ser seguido em escala internacional¹⁷ exige da empresa uma postura compromissada com a proteção ambiental. Em contrapartida, estes produtos possuem grande aceitação em âmbito internacional, principalmente no mercado europeu, e a certificação voltada para testar o respeito da norma de proteção ambiental é um diferencial para vender aos consumidores cada vez mais cientes e exigentes.

Estas posturas dos consumidores acabam influenciando de forma direta atitudes das empresas, as quais procuram implantar sistema de gestão ambiental, para não perder espaço de mercado. No momento que a opinião pública passa a exigir uma atuação ambientalmente responsável, seja através da adoção de medidas de gestão ambiental seja pela adequação a padrões de qualidade ambiental, as empresas são compelidas a mudar seu comportamento.

Sabe-se que ainda são poucas as organizações que investem de forma sistemática em programas de formação e mudanças organizacionais visando reduzir os problemas socioambientais decorrentes de suas atividades. A tendência é esta realidade, ser gradativamente alterada, pois se percebe a necessidade de se desenvolver uma visão estratégica, considerando-se as exigências do mercado internacional, que muitas vezes acabam transformando-se em verdadeiros instrumentos de barreira comercial.

A humanidade demorou toda a sua existência para entender a verdadeira importância da biodiversidade, e que sem a sua preservação, não haverá garantia de sobrevivência da maioria das espécies. Foi difícil de perceber que os recursos naturais não são inesgotáveis, e que todas as atitudes que atingem direta ou indiretamente o meio ambiente, também irão prejudicar o homem. A demora da percepção e mudança de comportamento do homem é lamentável.

No dizer de MATEO¹⁸:

“[...] el hombre de hoy usa y abusa de la naturaleza como si hubiera de ser el último inquilino de este desgraciado planeta, como si detrás de él no se anunciara un

16 DEMAJOROVIC, J. Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa. São Paulo: Senac. 2003, p. 29.

17 Como por exemplo, o “selo verde”, que serve para indicar que o produto neste caso a madeira foi extraído das florestas tropicais de forma ambientalmente correta. Quando o consumidor encontra este selo, sabe que a extração esteve submetida a um plano de manejo e respeitou as normas de proteção do meio ambiente.

18 MATEO, op. cit. p. 27.

futuro. La naturaleza se convierte así en el chivo expiatorio del progreso.”

Felizmente, a cada dia surgem novas normas, do âmbito internacional ao municipal, para servir de instrumento de proteção do meio ambiente e da sociedade como um todo. Com este escopo, houve a intervenção do direito em matéria ambiental, através da proteção de direitos difusos, dando suporte à manutenção do ambiente ecologicamente equilibrado, o qual é bem de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida, assegurado na Constituição da República Federativa do Brasil.

O Direito Ambiental teria surgido com a sagrada missão de conservar a vida, em todas as suas formas, através de um equilíbrio entre a ação humana e a capacidade de suporte do Planeta Terra, preservando a natureza e o meio em que se vive para as presentes e futuras gerações. Pode-se dizer, portanto, que o Direito Ambiental tem como objetivo um desenvolvimento sim, porém de forma sustentável.

Há que se repensar e se aplicar imediatamente um modelo de desenvolvimento que leve em consideração as gerações futuras e uma política que tenha como base a preservação dos recursos naturais a longo prazo¹⁹.

Para tanto, imperioso que o discurso sustentável saia do ideal utópico para se tornar mecanismo de implementação efetivo ao tempo contemporâneo, dentre as variadas e possíveis – até mesmo necessárias – medidas, demonstra-se o fomento trazido pela ideia do transconstitucionalismo nas ordens jurídicas estatais, transnacionais e até mesmo supranacionais.

2. O TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS

Dentre a problemática vigente, isto no que consiste a crise ambiental e a vagueza política na busca pela aplicação da proteção constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, eis que exsurge um mecanismo que tem ganhado alcance na conjuntura internacional, o qual é denominado transconstitucionalismo.

O transconstitucionalismo é um instrumento que, em casos tipicamente constitucionais, as decisões de cortes constitucionais de outros Estados são invocadas em decisões de tribunal constitucional de um determinado Estado. Isto não somente como *obiter dicta*, isto é, como preposições de direito que façam parte de decisão porrazões mais fracas e indiretas, mas como elementos construtores da *ratio decidendi*, ou seja, fazendo parte vinculante da decisão como a principal razão de fundamento, de maneira forte e direta²⁰.

Para tanto, o transconstitucionalismo está associado a processos internos de autovalidação, e não como um transplante imediato do direito estrangeiro, em que se trabalha a capacidade das respectivas cortes de atuar reflexivamente, tanto no sentido da manutenção da autoconsistência constitucional, quanto na perspectiva de abertura a um aprendizado com as experiências das outras cortes²¹.

Não se deve vincular o transconstitucionalismo com a ideia de Estados mais fracos na constelação internacional, visto que até os tribunais supremos de países da Europa

19 LEITE; AYALA, op. cit. p. 27.

20 NEVES, M. Transconstitucionalismo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 167.

21 Id., *Ibid.*, p. 171.

ocidental fazem uso. Estão envolvidos no diálogo transconstitucional os judiciários da: Índia, Alemanha, Suíça, EUA, Hungria, Noruega, Dinamarca Suécia, Finlândia, Itália, França e do Reino Unido, entre tantos outros²².

O transconstitucionalismo também implica no relacionamento das ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito. As ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito são ordens normativas que são construídas, primariamente, não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privadas ou quase públicos, ou seja, ordens jurídicas com pretensão de autonomia²³.

O que se pode observar é um entrelaçamento entre ordens jurídicas, que não se restringe apenas a bilateralidade (ordem estatal/ordem transnacional da arbitragem comercial), mas inclui, em um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, a ordem internacional e a ordem de outros Estados: nesse sentido, aliam-se as possibilidades de conversação transnacional entre ordens públicas²⁴.

Assim, os entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens transnacionais e ordens estatais dificilmente se apresentam de forma isolada, ocorre, em regra, com uma pluralidade de ordens de tipos diferentes: estatais; internacionais; supranacionais e locais²⁵.

Ocorre que situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual se dá um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas, como é o caso do meio ambiente²⁶.

No sistema mundial de níveis múltiplos, a solução dos problemas jurídicos mais relevantes se resolve mediante entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens jurídicas diversas, a fim de se chegar na resposta mais plausível²⁷.

Nota-se que o método do transconstitucionalismo não pode ser reduzido ao modelo de identidade de uma ordem jurídica determinada, importa na dupla contingência entre diversas ordens jurídicas, sobretudo entre os tribunais; isto na relação de observação recíproca entre os polos *ego* (eu, ou seja, a ordem jurídica interna) e *alter* (o outro, sendo as ordens jurídicas externas), na interação não só de pessoas, mas também de sistemas sociais; é um olhar pelo outro, saindo de sua zona de conforto e visualizado a problemática sobre um novo foco²⁸.

O problema (da negação) do reconhecimento põe-se precisamente quando um dos polos, na relação de observação recíproca entre *ego* e *alter*, não se dispõe a suportar a liberdade do outro, tanto porque não considera o seu comportamento como ação (pois não poderia ser diverso do comportamento projetado por *ego*) quanto porque não leva a sério a não identidade de sua perspectiva²⁹.

22 NEVES, op. cit. p. 167.

23 Id, Ibid., p.197.

24 Id., Idib., p. 235.

25 Id., Ibid., p. 235.

26 Id., Ibid., p. 235-236.

27 Id., Ibid., p. 236-237.

28 Id., Ibid., p. 270.

29 Id., Ibid., p. 270.

É fundamental, no plano de construção de uma metodologia do transconstitucionalismo, que se considere ser indispensável a reconstrução permanente da “identidade constitucional” por força de uma consideração permanente da alteridade. Isso significa a negação da identidade conforme um modelo inocente de pura convergência, e sim a prontidão para uma abertura não apenas cognitiva, mas também normativa para outra ordem entrelaçada em casos concretos³⁰.

Assim, o transconstitucionalismo se perfaz através da dupla contingência, que é a capacidade de se surpreender com os outros, na admissão de um futuro aberto, que não pode ser predefinido por nenhuma das ordens entrelaçadas no caso, procurando as descobertas normativas dos outros para fortificar a própria capacidade de oferecer solução para problemas comuns.

Nestes prismas, o aproveitamento dos fundamentos jurídicos normativos e das decisões das cortes de ordens jurídicas externas permite um aprendizado mais rápido com a experiência vivenciada lá fora, possibilitando que os problemas com grande repercussão jurídica a nível global, tal qual é a proteção ao Direito Ambiental e o implemento do desenvolvimento sustentável. Assim, é passível que se alcancem resultados diretos a nível de experiência internacional, de forma a trazer celeridade para sua aplicabilidade e conhecimento interno.

3. O RESPALDO AMBIENTAL ATRAVÉS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Ora, o Estado deixou de ser o *locus* (lugar) privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* (locais) em que ocorre a cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas³¹.

A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado³².

É isso que ocorre com o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. As consequências de uma degradação ambiental local chegarão a repercutir sobre todo o globo terrestre, vindo a ocasionar danos ambientais para uma pluralidade de ordens jurídicas, repercutindo como um problema de caráter constitucional e com conjectura internacional.

Nota-se que todo observador tem um limite de visão no “ponto cego”, aquele que não pode ver em virtude de sua posição e perspectiva de observação; assim o transconstitucionalismo implica no reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: *o ponto cego, o outro pode ver*³³.

Por este discurso, o transconstitucionalismo é ferramenta atuante no cenário mundial, que ainda não encontrou seu devido enfoque para a esfera sustentável, mas que promete ser um forte mecanismo para atuar nas decisões nacionais internas, isto sobre qualquer problemática ambiental que já tenha encontrado melhores razões jurídicas

30 NEVES, op. cit., p. 272-273.

31 Id., Ibid., p. 295.

32 Id., Ibid., p. 297.

33 Id., Ibid., p. 298.

em ordem jurídica externa, sempre alumiado pelo intuito protetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio.

CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento do artigo foi possível compreender que o homem acordou tardiamente para a necessidade de se resguardar o meio ambiente, tanto é que em virtude do uso desenfreado dos recursos naturais é que deu causa a degradação ambiental.

Deste modo, o reconhecimento da crise ambiental é pertinente, visto que o meio ambiente precisa ser preservado para resguardar a qualidade de vida das futuras gerações, isto por meio da presente exploração consciente de seus recursos.

Neste sentido, de maneira integrada, o transconstitucionalismo é a ferramenta que permite às múltiplas ordens jurídicas, em vista dos seus ideários variados, realizar um acoplamento de estruturas, avaliando as melhores medidas e programas externos, para o aproveitamento ou a melhoria interna, com o firme propósito de evitar, para efeitos presentes, as consequências que foram sofridas pelas demais ordens jurídica.

É pensar em apreender com a vivência alheia sem ter que passar pela mesma problemática para abrir os olhos, experimentando as mesmas consequências adversas. Trata-se da busca por diminuir a degradação ambiental para que nesta ordem jurídica interna, não se chegue ao nível de escassez e de racionalização dos recursos naturais, problemática já encontrada em ordens jurídicas externas.