

As escavações internas dos direitos fundamentais: a sustentabilidade e a solidariedade como critérios de legitimidade no garantismo

Daniel Mayerle*

Pablo Franciano Steffen**

Resumo

Este artigo apresenta uma abordagem acerca do conceito de legitimidade na doutrina garantista de Luigi Ferrajoli, a fim de cotejá-lo com a ideia de escavação interna, trazida por Konrad Hesse, com o propósito de oferecer uma reflexão sintética, mas clara, sobre a questão dos limites que podem ser impostos aos direitos fundamentais, para então apresentar a sustentabilidade como vetor axiológico de legitimidade normativa. Para tanto, inicialmente, a pesquisa traz uma noção da categoria legitimidade na doutrina garantista e, na sequência, trabalha os conceitos de sustentabilidade, conteúdo essencial e escavação interna, para então, com a ajuda do garantismo, refletir sobre as possibilidades de limitação em matéria de direitos fundamentais, indicando a sustentabilidade como valor a ser privilegiado da governança e na jurisdição transnacional. Utilizou-se o método de pesquisa indutivo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Garantismo. Legitimidade. Solidariedade. Sustentabilidade.

Introdução

A presente pesquisa tem o propósito de denotar se a efetiva realização dos direitos constitucionais é ou não uma condição para legitimar um estado democrático de direito. Este estudo tem como teoria de base a doutrina do garantismo jurídico, criado pelo jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli,¹ hoje professor da Universidade de Roma III.

Recebido em: 05/02/2015 | Aprovado em: 10/03/2015

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v29i2.5590>

¹ Para uma completa nota bibliográfica sobre a vida e as obras de Luigi Ferrajoli vide a obra: LUCIA, Paolo Di (Ed.). *Assiomatica del Normativo*. Filosofia Critica del Diritto in Luigi Ferrajoli. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011. 318p. ISBN 978-88-7916-464-1.

* Professor titular na Unidavi. Membro da Comissão de Capacitação e Estudos Jurídicos da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional de Santa Catarina. Advogado. Doutorando em Ciência Jurídica pela Univali. E-mail: contato@butzkeclaudino.adv.br

** Professor da Unidavi. Doutorando pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Gestão e Direito Tributário pelo Complexo de Ensino Superior Santa Catarina. E-mail: contato@butzkeclaudino.adv.br

Para tanto, inicialmente, discorre-se sobre a questão da legitimidade no modelo garantista, a fim de destacar que tal categoria para o garantismo não guarda relação somente com critérios formais de inserção da norma no ordenamento jurídico, mas agrega em seu conceito, além da forma, a questão substancial, externada pela coerência da referida norma com as outras que se encontram gravitando no ordenamento jurídico, respeitando-se sempre a hierarquia das fontes.

Após, traz-se a lume a discussão sobre a questão da sustentabilidade, o princípio do desenvolvimento sustentável e a sua relação com o consumismo, a fim de discutir se a sustentabilidade calcada na solidariedade pode ser o paradigma indutor da governança e da jurisdição transnacional.

Na sequência, passa-se a teorizar a questão da escavação interna dos direitos fundamentais, conforme teorizado por Konrad Hesse, abordando o problema da limitação de direitos fundamentais, e a difícil empreitada de construir um sistema em que os direitos fundamentais fossem sacrificados somente quando necessário e, ainda assim, na menor medida possível, sempre em função de outros direitos fundamentais tidos como mais importantes em uma dada situação fática.

Neste norte, a fim de coibir os excessos nas limitações dos direitos fundamentais e estabelecer-lhes um conteúdo essencial, ou seja, fundar um *locus* de intangibilidade dos ditos direitos fundamentais, procura-se articular a teoria de Hesse com a aludida sustentabilidade.

Tal articulação tem o desiderato de indagar se uma nova democracia, francamente ancorada em uma cultura de solidariedade global, pode ser o vetor axiológico indutor de uma nova governança transnacional que, com o apoio da jurisdição transnacional, possa dividir os benefícios e os prejuízos do desenvolvimento igualmente entre os habitantes do planeta, de maneira que todos, sem diferenciação, sintam-se verdadeiros partícipes da aldeia global, engendrando, assim, um sentimento de responsabilidade, apto a promover uma sustentabilidade consciente e duradoura.

A questão da legitimidade no modelo garantista

Tanto as normas oriundas das modernas democracias constitucionais como as normas derivadas da transnacionalidade² não podem mais justificar a obediência dos cidadãos às normas que lhes são postas somente pela força.³ Atualmente, para que uma norma seja aceita, exige-se que ela tenha um conteúdo coerente com os princípios e valores máximos proferidos no ato constituinte.

Tal fato se dá porque, com a inclusão das constituições rígidas a partir da segunda metade do século passado, o paradigma até então reinante, que era o da onipotência do legislador, transforma-se consideravelmente. As mencionadas constituições rígidas introduzem o padrão da inflexível subordinação das normas a uma “específica jurisdição de legitimidade a uma lei superior: a constituição hierarquizante supraordenada a legislação ordinária”.⁴

Veja-se que a ideia de legitimidade no garantismo distingue-se, então, da concepção defendida por Hans Kelsen,⁵ pois o jurista alemão declara legítima toda norma válida, ou seja, toda norma que seguiu os requisitos formais para ser introduzida no ordenamento jurídico, de tal forma que legitimidade fica nivelada à legalidade.

Esse novo paradigma muda a natureza e o papel da jurisdição e da ciência jurídica como um todo, pois, com a possibilidade da existência de normas inválidas, exige-se uma nova postura, mais crítica e constitucionalmente comprometida,⁶ capaz de interpretar e aplicar as leis em consonância com os direitos fundamentais, que seja capaz, inclusive, de censurar as normas que não se coadunem com a matriz constitucional.

² “<Transnacional> significa el surgimiento de formas de vida y acción cuya lógica interna se explica a partir de la capacidad inventiva con la que los hombres crean y mantienen mundos de vida social y relaciones de intercambio <sin mediar distancias>”. BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 2008. p. 76.

³ “O poder nunca se apoia exclusivamente na força. É indispensável uma relação política que descanse exclusivamente na coerção dos súditos, mas antes exige-se uma fundamentação para o mesmo. Com efeito, a força é elemento indispensável para o exercício do poder, mas ela nunca pode ser o seu fundamento exclusivo. Assim, a força é fator necessário do poder, mas nunca suficiente por si só para obter uma relação de obrigação política por parte dos súditos”. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006. p. 115.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. p. 34-35.

⁵ “O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 146.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. p. 35.

Tais mudanças, como dito, alteram significativamente o paradigma epistemológico da ciência jurídica,⁷ pois reclamam uma ciência jurídica crítica e engajada, diferente do modelo reinante até então, que era avalorativo, ou seja, somente elucidativo.

Tem-se então que a ideia de legitimidade no sistema garantista tem relação direta não só com os critérios formais de inserção da norma no ordenamento, mas, principalmente, com a coerência⁸ da norma com os ditames constitucionais,⁹ de maneira que será então ilegítima toda a regra que não guardar a necessária aderência¹⁰ aos significados expressos na constituição.¹¹

Nesse norte, Ferrajoli lembra que no ordenamento jurídico existe uma hierarquia das fontes,¹² ou seja, as normas jurídicas não se encontram todas no mesmo nível hierárquico,¹³ mas distribuídas em níveis hierárquicos distintos, 351F¹⁴ de maneira que uma norma de grau inferior tem como fonte outra norma de grau superior, que lhe dá legitimidade.¹⁵ Essa norma, por sua vez, legitima-se em outra, que lhe é superior, e assim sucessivamente, até se chegar a uma fonte originária, que é o poder constituinte.¹⁶

Dessa forma, como denotava Hesse:¹⁷ “[...] nenhuma ordem pode pretender legitimidade, que não incorpore em si as liberdades e direitos de igualdade garantidos pelos direitos do homem e do cidadão”, de maneira que se faz oportuno

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. p. 36.

⁸ “Trata-se, enfim, da distinção entre o bom e o mau governo. Preocupação que perpassa o pensamento político ao longo de toda a nossa tradição”. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. p. 116.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. p. 877-878.

¹⁰ “Sair desse quadro monótono de negligência sistêmica supõe enfrentar a crônica falta de controle da legitimidade constitucional de leis e atos normativos pela própria administração pública, negligência que só tem produzido torrentes de processos judiciais repetitivos e quase infundáveis”. FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set.-dez. 2011. ISSN 0034.8007. p. 151-152.

¹¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 85.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. p. 855.

¹³ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985. p. 48-49.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. p. 877.

¹⁵ “A cimentação da sistematicidade constitucional ocorre por força da amálgama trazida pela natureza e pela hierarquização dos princípios fundantes e fundados do ordenamento jurídico”. FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 187.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. p. 855.

¹⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 233.

trazer a lume a questão das limitações excessivas aos direitos fundamentais, posto que, mesmo em uma ordem democrática, os agentes do Estado também estão sujeitos às tentações do abuso de poder, de modo que podem acabar por transformar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, em meras declarações, despidas de efetividade prática.

Tal lógica também é verdadeira no âmbito transnacional, pois se está diante de um processo em que as decisões são tomadas com base em interesses prioritariamente econômicos (por vezes ocultos),¹⁸ em detrimento dos verdadeiros interesses da sociedade, carecendo, portanto, de legitimidade.

Para melhor entender o problema das limitações excessivas aos direitos fundamentais, faz-se necessário perscrutar não só a importância da ideia de sustentabilidade para o direito que deve ser, mas também unir tal aporte teórico ao que Hesse chamou de “escavação interna dos direitos fundamentais” e a seu respectivo “conteúdo essencial”.

Acredita-se que tal discussão é rica, sobretudo para a democratização da ordem jurídica transnacional, pois, como asseveram Bodnar e Cruz, é imperiosa “a discussão sobre a possibilidade de um Direito compatível com essa nova era que começa e de uma democracia capaz de regular, limitar e configurar, para além das fronteiras do Estado Constitucional Moderno”.¹⁹

Desse modo, com o fito de continuar a empreender os aportes conceituais necessários para a discussão sobre a questão da escavação interna dos direitos fundamentais, passar-se-á ao estudo da sustentabilidade e a sua íntima relação com o meio ambiente, em especial com o princípio do desenvolvimento sustentável e com o problema do consumismo.

Notas conceituais acerca da sustentabilidade

Para o entendimento do tema proposto, é necessário conhecer o conceito de sustentabilidade para então inferir acerca de sua proteção e sobre o desenvolvimento sustentável com relação ao consumismo.

¹⁸ “A globalização está se convertendo na essência de um novo Direito Econômico Internacional que suprime a participação democrática em benefício de um descarado decisionismo tecnocrático, como indica Del Cabo, uma vez que sepulta os mais elementares princípios de publicidade sob o império da opacidade e do segredo”. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 8 jan. 2015. E-book. p. 82.

¹⁹ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. p. 99.

Por se tratar de um conceito em edificação, qualquer revisão de definições, atualmente, estará sempre ultrapassada quando for concluída. As definições de sustentabilidade,²⁰ em sua maioria, estão vinculadas aos conceitos de desenvolvimento e desenvolvimento ambiental, tanto quanto a preocupações que vinculam a sustentabilidade aos aspectos socioeconômicos das sociedades humanas.²¹

A concepção consolidada no Relatório Brundtland,²² da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1991), é de que o desenvolvimento sustentável requer que a sociedade esteja “intrinsecamente compatível” com o ambiente, e que a sustentabilidade pode ser vista como a utilização das necessidades básicas de uma sociedade no presente – comida, água, abrigo, roupa, lazer, trabalho, remédios – sem que a habilidade das futuras gerações de satisfazer suas próprias necessidades seja comprometida.

A utilização dos meios necessários à satisfação das necessidades de uma geração deve, portanto, ser feita de forma ética, ou seja, com a preservação parcial dos recursos para as gerações futuras. Não há, entretanto, em todo o relatório, nenhuma indicação precisa sobre o que significa “uma sociedade intrinsecamente compatível com o meio ambiente”, nem mesmo referência ao modelo de organização da economia das sociedades atuais.²³ A sustentabilidade²⁴ é um tema atual, porém “não pode ser considerada tema de ocasião, mas prova viva e robusta de racionalidade dialógica, superior e aberta”.²⁵

Freitas resume que: “Sustentabilidade, bem assimilada, consiste em assegurar, hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multi-dimensional bem-estar futuro”.²⁶ A sustentabilidade, conforme já frisado, é um

²⁰ Para o presente estudo adota-se o seguinte conceito operacional de sustentabilidade: “A Sustentabilidade é um princípio de atuação de uma sociedade que mantém as características necessárias para um sistema social justo, ambientalmente equilibrado e economicamente próspero, por um período de tempo longo e indefinido. Atende, assim, às necessidades das gerações do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades”. LOPES, Uaçaí de Magalhães; TENÓRIO, Robinson Moreira. *Educação como fundamento da sustentabilidade*. Salvador: Edufba, 2011. p. 76.

²¹ LOPES, Uaçaí de Magalhães; TENÓRIO, Robinson Moreira. *Educação como fundamento da Sustentabilidade*. p. 71.

²² LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Funag, 2006. Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/al000189.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2015. p. 56.

²³ LOPES, Uaçaí de Magalhães; TENÓRIO, Robinson Moreira. *Educação como fundamento da sustentabilidade*. p. 76.

²⁴ “[...] importa que a Sustentabilidade, aqui defendida, não seja entendida como um cântico vazio, tampouco uma espúria ferramenta de propaganda, destinada a camuflar produtos nocivos à saúde ou simples palavra sonora usada como floreio para discursos conceituosos, amaneirados e inócuos”. FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 31.

²⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. p. 30.

²⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. p. 41.

tema da atualidade, e deve ser trabalhado constantemente, pois seu conceito está ainda em construção, principalmente, devido ao grande consumismo que impera nas sociedades²⁷ atuais.

Sustentabilidade e o meio ambiente

Referindo-se ao meio ambiente, encontram-se vários conceitos doutrinários,²⁸ uma vez que praticamente tudo o que ocorre na natureza afeta de forma direta ou indireta o ecossistema. Ao se verificar a terminologia empregada, tem-se que *meio ambiente* relaciona-se a tudo aquilo que nos circunda. Critica-se esse termo, porque é considerado pleonástico, redundante, uma vez que *ambiente* já traz em seu conteúdo a ideia de “âmbito que circunda”, sendo desnecessária a complementação pela palavra *meio*.²⁹

José Afonso da Silva afirma que “[...] o *ambiente* integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o *meio* em que se vive. Daí por que a expressão ‘meio ambiente’ se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ‘ambiente’”.³⁰

O conceito legal de meio ambiente encontra respaldo na lei infraconstitucional que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, definindo-o como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.³¹

²⁷ “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 169. (grifos do autor).

²⁸ “O termo meio ambiente é criticado pela doutrina, pois meio é aquilo que está no centro de alguma coisa. Ambiente indica o lugar ou a área onde habitam seres vivos. Assim, na palavra ambiente está também inserido o conceito de meio. Cuida-se de um vício de linguagem conhecido por pleonismo, consistente na repetição de palavras ou de ideias com o mesmo sentido simplesmente para dar ênfase”. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

²⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72. (grifos do autor).

³⁰ SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 20. (grifos do autor).

³¹ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Lex: Legislação de direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção Saraiva de Legislação). Artigo 3º, inciso I.

Tanto pela Política Nacional do Meio Ambiente quanto pelo disposto pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, tornou-se evidente a necessidade de preservação do meio ambiente para as presentes e vindouras gerações.³² Deve-se atentar para a abrangência desse conceito, considerando desde o meio ambiente natural até o meio ambiente artificial, entendendo-se como meio ambiente também as edificações comunitárias realizadas pelo homem.

Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável surgiu em Estocolmo, na Conferência Mundial do Meio Ambiente, realizada em 1972. O termo desenvolvimento sustentável foi repetido nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, quando empregou-se o termo em onze dos seus vinte e sete princípios.³³

A preocupação com o desenvolvimento sustentável fica evidente no princípio de número 13 da Conferência Mundial do Meio Ambiente,³⁴ já a Declaração do Rio 92,³⁵ considerada fundamental para o princípio do desenvolvimento sustentável, traz o tema em diversos princípios.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, o princípio do desenvolvimento sustentável é constatado no artigo 225, *caput*,³⁶ e em seu artigo 170, especificamente no inciso VI,³⁷ que defende o

³² “(Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e, de outro, com o meio ambiente artificial (ou humano), formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. Em outras palavras, quer-se dizer que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a ‘ecossistemas sociais’ e ‘ecossistemas naturais’. Essa distinção está sendo, cada vez mais, pacificamente aceita, quer na teoria, quer na prática)”. MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 110-111.

³³ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. p. 82.

³⁴ LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. p. 255-265.

³⁵ LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. p. 267-274.

³⁶ “[...] o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 jan. 2015.

³⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988.

meio ambiente como princípio da ordem econômica, desde que valorize o trabalho humano e assegure uma existência digna.

A respeito do princípio do desenvolvimento sustentável, Fiorillo afirma que “o princípio possui grande importância, porquanto numa sociedade desregrada, à deriva de parâmetros de livre concorrência e iniciativa, o caminho inexorável para o caos ambiental é uma certeza”.³⁸ Esse conceito, porém, é confuso, contraditório e de difícil aplicação.³⁹

A ideia principal é assegurar uma existência digna e uma vida com qualidade. O princípio não objetiva impedir o desenvolvimento econômico. A atividade econômica, na maioria das vezes, representa alguma degradação ambiental, mas procura-se, antes, minimizá-la, pois pensar de forma contrária significaria dizer que nenhuma indústria que pudesse deteriorar o meio ambiente poderia ser instalada, e não é essa a concepção apreendida do texto. O correto é que as atividades sejam desenvolvidas lançando-se mão dos instrumentos existentes adequados para a menor degradação possível.⁴⁰

Gabriel Real Ferrer⁴¹ afirma que “Todos sabemos o que é desenvolvimento sustentável, mas ninguém sabe, ou melhor, quer saber, qual é o caminho para alcançá-lo”.

Após comentar o princípio do desenvolvimento sustentável, faz-se necessário destacar sua relação com o consumismo, uma vez que essa temática é muito comentada na atualidade.

³⁸ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. p. 90.

³⁹ BERMEJO, Roberto. *La Gran Transición Hacia la Sostenibilidad*. Principios y Estrategias de Economía Sostenible. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2005. p. 40. “El concepto de DS es confuso, contradictorio y de difícil aplicación. La confusión [...] nace del hecho de que el concepto desarrollo no tiene un significado uniforme en las diversas lenguas. El término inglés development significa crecimiento o evolución con lo que es legítimo (a pesar del significado que le da la economía ortodoxa) interpretar el concepto de desarrollo sostenible como evolución respetuosa con el entorno. Y así lo hacen muchos autores anglosajones. Por el contrario, en castellano ‘desarrollo’ significa ‘crecimiento físico o moral’ y, como la economía no contempla el crecimiento moral; no es legítimo hacer la interpretación anterior, con lo que el concepto de desarrollo sostenible significa crecimiento sostenible y justicia social. De hecho, y tal como hemos visto, es frecuente que se obvie la dimensión social hablando exclusivamente de crecimiento sostenible. Y crecimiento ilimitado y sostenibilidad son contradictorios”.

⁴⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. p. 91.

⁴¹ REAL FERRER, Gabriel. *La construcción del derecho ambiental*. Disponível em: <<http://web.pnuma.org/gobernanza/cd/Biblioteca/Derecho%20ambiental/04%20Construcci%F3n%20del%20DA.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2014. p. 9. “Todos sabemos lo que es el desarrollo sostenible, pero nadie sabe, o mejor, quiere saber, cual es el camino para alcanzarlo”. (tradução nossa).

Relação desenvolvimento sustentável x consumismo

Torna-se difícil falar em desenvolvimento sustentável sem concatená-lo ao consumismo, já que o consumo vai totalmente contra o desenvolvimento de forma sustentável, uma vez que as pessoas consomem mais do que necessitam para viver. A tônica do consumismo é visível não só no plano interno, mas, também, no plano transnacional, como denunciam Bodnar e Cruz:⁴²

Na atual sociedade de risco, dominada pelo consumismo e pelos valores do mercado, a palavra solidariedade é praticamente excluída do vocabulário e quando invocada é mais como retórica do que como ação concreta. Afinal, as expressões da moda são: crescimento, progresso, civilização tecnológica, desenvolvimento, bem estar, prosperidade.

De acordo com Gabriel Real Ferrer, “[...] o novo paradigma é o desenvolvimento sustentável, a transição do quantitativo para o qualitativo”.⁴³ Certo é não se poder falar de desenvolvimento sustentável sem levar em conta todos os aspectos ambientais, sociais, institucionais e econômicos envolvidos. No dizer de Bodnar e Cruz,⁴⁴ “[...] pela importância e centralidade na ordem política atual, é possível afirmar assim que a sustentabilidade pode ser compreendida como impulsionadora do processo de consolidação de uma nova base axiológica ao Direito”.

Deve-se ter consciência de que o consumo tem seu papel na economia e que é necessário para o desenvolvimento econômico e social, mas sem esquecer que este consumo deve respeitar o meio ambiente, estando de acordo com o desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento econômico é necessário para a sociedade, “todavia, a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico *devem coexistir, de modo que aquela não acarrete a anulação deste*”.⁴⁵

Entende-se que é preciso educar a população para um consumo consciente, uma vez que na atualidade o consumismo está intimamente ligado ao ser humano. Devido à variedade de produtos e serviços ofertados, o consumismo tende a aumentar, portanto, é necessário alertar e repassar valores éticos e

⁴² BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. p. 128.

⁴³ REAL FERRER, Gabriel. *La construcción del derecho ambiental*. p. 43-56.

⁴⁴ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. p. 50.

⁴⁵ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. p. 90. (grifo do autor).

morais com relação também ao meio ambiente, tendo em vista que ele é diretamente atingido pelo consumismo.⁴⁶

Nesse norte, Cruz e Bodnar⁴⁷ aduzem que a implementação de uma sustentabilidade justa pode ser a chave para aplacar as mazelas do consumismo mundializado, uma sustentabilidade preocupada em distribuir com justiça os benefícios e os prejuízos trazidos pelo desenvolvimento mundial a fim de que todos possam efetivamente partilhar um planeta que se afigure como viável (para as presentes e futuras gerações), tanto do ponto de vista econômico e científico, como também do ecológico.

A questão da escavação interna dos direitos fundamentais

Inicialmente, esclareça-se que dado o objetivo do presente trabalho,⁴⁸ não se tratará sobre origens, fundamentos, dimensões/gerações e a própria conceituação da expressão ‘direitos fundamentais’, posto que tais aspectos não fazem parte do mote do presente estudo.

Ao que interessa ao presente ensaio, cumpre denotar, conforme esclarece Hesse,⁴⁹ que os direitos fundamentais não são inatos ao homem, isto é, eles não são garantidos independentemente da ordem jurídica positiva, de maneira que, para que eles se concretizem, é necessário que eles sejam não só previstos no ordenamento jurídico, mas também que a ordem estatal organize e dote tais direitos de proteção e, quando necessário, de limitação.

Muito embora possa soar estranho num primeiro momento falar de limitação de direitos fundamentais, é até bem lógico que eles careçam de algumas

⁴⁶ ASSUMPCÃO, Juliana Miriam Carteri; SIMOR, Pâmela Giovana. *Educação para o consumo e direito à informação: evolução dos direitos básicos do consumidor nos vinte anos do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.upf.br/balcaoconsumidor/images/stories/materiais/seminario/juliana_assumpcao-pamela_simor.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2012. p. 10.

⁴⁷ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. p. 113.

⁴⁸ O enfoque do presente estudo gravita em destacar a proibição de esvaziamento dos direitos fundamentais (escavações internas) por meio de limitações excessivas, a fim de discutir com o apoio do garantismo jurídico, se a solidariedade e a sustentabilidade podem ser critérios de aferição de legitimidade de normas jurídicas limitadoras dos direitos fundamentais, advogando, assim, que tais valores devem ser privilegiados tanto na governança quanto na jurisdição transnacional.

⁴⁹ “[...] direitos fundamentais não são ‘naturalmente’, isto é, pré-juridicamente e pré-estatalmente assegurados, senão só lá onde eles fazem parte da ordem jurídica positiva estatal. Sem garantia, organização e limitação jurídica pelo Estado e sem proteção jurídica, os direitos fundamentais não estariam em condições de proporcionar ao particular um status concreto, real de liberdade e igualdade, e de cumprir sua função na vida da coletividade”. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 232.

limitações,⁵⁰ pois em um universo de recursos limitados, em que não se pode dar tudo a todos, em que direitos colidem entre si, é necessário restringir-se à fruição de alguns direitos fundamentais, a fim de que eles possam se realizar, albergando as situações tidas como mais importantes a merecerem proteção, tendo em vista os valores eleitos pela ordem constitucional (ou transnacional), alcançando, assim, uma eficácia ótima do sistema.

Desta feita, um sistema ideal de direitos fundamentais seria então aquele que sacrificaria o mínimo possível de tais direitos e privilegiaria sempre os direitos fundamentais mais importantes em uma dada situação fática.

Todavia, a tarefa de restringir ao mínimo possível os direitos fundamentais nos casos em que uma mitigação se faz necessária nem sempre se mostra simples, pois, na prática, muitas vezes exageros são cometidos ou restrições são impostas a fim de privilegiar interesses menos importantes do que aquele direito fundamental que é mitigado.

Desse modo, sendo certo que a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais não é ilimitada, torna-se imprescindível estabelecer qual seria o limite do limite, ou seja, definir até que ponto poder-se-ia limitar um direito fundamental.

Tal estabelecimento de balizas para a assinalada possibilidade de restrições é necessária para coibir o que Hesse cunhou como escavação interna, ou seja, o excesso de limitações legais, que acabam por minar internamente os direitos constitucionalmente assegurados, que, muito embora formalmente vigentes,⁵¹ restam ineficazes,⁵² posto que não aplicados quando necessário.⁵³

“Aproveitamento abusivo ou excessivo das reservas legais, que conduz a isto, que direitos fundamentais, apesar da continuidade de vigência formal, não mais possam cumprir sua função objetiva, sejam escavados internamente”.⁵⁴

⁵⁰ “Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais”. TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

⁵¹ “‘Vigente’ es el acto formal dotado de una forma conforme al menos con algunas de las normas formales sobre su producción”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. p. 499.

⁵² “Lhamo ahora ‘eficacia; a la causalidad jurídica, esto es, a la capacidad de un acto para producir en virtud de una regla que lo prevé”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. p. 266.

⁵³ “d) uma norma é ‘eficaz’ quando é de fato observada pelos seus destinatários (e/ou aplicada pelos órgãos de aplicação)”. CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. p. 102.

⁵⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 264.

Nesse diapasão, a fim de garantir que a Constituição mantenha a sua efetividade, faz-se mister respeitar o que Hesse denomina de “garantia do conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, prevista no artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental alemã, que estabelece que “[...] em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência”.⁵⁵

Hesse explica que o “conteúdo essencial” de um dado direito fundamental inicia “lá onde as possibilidades diferenciadoras – de limitação admissível terminam”,⁵⁶ ou seja, a dita garantia do conteúdo essencial é um *locus* de intangibilidade constitucional, em que sob pretexto algum haveria a possibilidade de mitigação do direito fundamental, isto é, além do ponto em que se inicia a essência de um dado direito fundamental, não é dado a nenhum poder do Estado, nem mesmo ao Legislativo, interferir a fim de restringi-lo.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais é aquele que demarca a zona central do conteúdo e que conta com a proteção mais intensa, contra restrições. É, por isso, chamada por Hesse de zona protegida contra a ‘escavação interna’. Todos os bens que se encontram nesse conteúdo materialmente essencial à existência do direito são condições inafastáveis para que ele tenha serventia ao seu titular.⁵⁷

O que se proíbe, então, é o esvaziamento de um dado direito fundamental por meio de limitações excessivas,⁵⁸ isto é, veda-se as restrições (mormente legislativas) que tornem tal direito, constitucionalmente assegurado, uma mera folha de papel (como diria Ferdinand Lassale) com pouco ou nenhum valor prático.

Segundo Hesse,⁵⁹ tais limitações a atos que atentem ao âmago dos direitos fundamentais resultam do imperativo de harmonização entre bens jurídicos tutelados e direitos fundamentais, a fim de que, tendo em vista o que Ferrajoli chama hierarquia das fontes⁶⁰ (Hesse fala em proporcionalidade), chegue-se a

⁵⁵ Disponível no *website* do parlamento da Alemanha (Bundestag). Disponível em: <<https://www.btg-bestell-service.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

⁵⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 267.

⁵⁷ MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 59.

⁵⁸ “A uma escavação de direitos fundamentais por limitações excessivas, a Lei Fundamental procura opor-se pela barreira material da garantia do conteúdo essencial do artigo 19, alínea 2, da Lei Fundamental. Ela indica nada mais que as barreiras da limitação de direitos fundamentais, acima (número de margem 318) expostas, resultantes da tarefa da concordância prática”. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 266.

⁵⁹ “A tarefa da concordância prática requer a coordenação ‘proporcional’ de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais [...] na interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal trata-se de deixar ambos chegar à eficácia ótima”. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 255.

⁶⁰ “La relevancia teórica de esta escala consiste en reflejar los vínculos formales y sustanciales impuestos por cada norma a las fuentes subordinadas como condición de su vigencia y de su validez”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. p. 855.

maximização (eficácia ótima) dos interesses envolvidos, ou seja, que se avizinha uma “concordância prática” entre interesses e normas jurídicas envolvidas.

Desta feita, tem-se então que a garantia de conteúdo essencial deriva de que não se pode mitigar um direito fundamental além de dado ponto, isto é, para usar os termos de Ferrajoli, tem-se uma “esfera do indecível”,⁶¹ que nem mesmo a maioria politicamente eleita⁶² nem o Judiciário tem legitimidade para imiscuir-se.

Destaque-se que não há previsão expressa de que tal garantia de conteúdo essencial em nossa constituição (exceto para as cláusulas pétreas previstas no § 4º do art. 60) possa ser inferida, não só da própria natureza dos direitos fundamentais encartados constitucionalmente como também do sistema jurídico, amalgamado pelo estado democrático de direito, visto que não seria coerente reduzir direitos eleitos como fundamentais a uma espécie de grau zero de eficácia⁶³ a fim de beneficiar outros valores não privilegiados constitucionalmente.

Aqui, não se procurará estabelecer especificamente no que consiste o conteúdo essencial de um direito fundamental, posto que tal tema é complexo e comporta várias teorias⁶⁴ (objetiva, subjetiva, generalista e individualizadora⁶⁵), que demandariam um estudo mais aprofundado, que não é comportado no presente ensaio.

Para o desiderato deste ensaio, não sendo possível delimitar amiúde o conteúdo essencial de um direito fundamental, interessa ao menos consignar a ideia de que o ordenamento jurídico é um instrumento que, em grande medida (muito embora não exclusivamente), é posto a serviço da realização do princípio da dignidade da pessoa humana, logo, o conteúdo essencial de um direito

⁶¹ “[...] los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidable que, o sea, de las prohibiciones correspondientes a los derechos de libertad, y de lo no decidable que no, o sea, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. p. 775.

⁶² “São invioláveis, nem mesmo a lei, expressão do princípio da maioria, pode proibir ou prejudicá-los, vez que expressam as opções fundamentais da democracia. Isso manifesta de forma mais absoluta o princípio de que as necessidades do indivíduo prevalecem quando cotejadas com as do poder público. Quem governa fá-lo-á de acordo com as necessidades dos cidadãos”. MIGLIANO, Arnaldo. *A cor da democracia*. São José, SC: Conceito Editorial, 2010. p. 121-122.

⁶³ Ou “grau zero” de vinculatividade jurídica dos preceitos consagradores de direitos fundamentais”. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 109.

⁶⁴ Sobre tais teorias vide: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 350-355.

⁶⁵ CHEQUER, Cláudio. *O princípio da proteção ao núcleo essencial do direito fundamental no direito brasileiro (aplicação e delimitação)*. São Paulo: Jornal Carta Forense, 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br>>. Acesso em: 23 jun. 2014, 21:10.

fundamental, na maioria das vezes, deve ser aquele que escuda a aludida dignidade humana. A:

Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais.⁶⁶

Saliente-se, todavia, que não se pode advogar a total identificação com o primado da dignidade humana, com conteúdo essencial de um direito fundamental, isto é, conforme denota Sarlet,⁶⁷ eles não se confundem totalmente, posto que nem todos os direitos fundamentais encartados na Constituição de 1988 apresentam um conteúdo em dignidade, e nem sempre uma limitação de um direito fundamental corresponde também à violação da dignidade humana.⁶⁸

Nesse norte, independentemente da concepção ou teoria adotada para definir/demarkar o conteúdo essencial, uma vez limitado um direito fundamental, se tal restrição vulnerar a dignidade do indivíduo, ter-se-á por invadido o conteúdo essencial do referido direito fundamental, isto é, a dignidade humana, em muitos casos (muito embora não em todos), pode ser a fita métrica mais adequada para estabelecer a fronteira do conteúdo essencial de um direito fundamental.

Mais do que nunca, é oportuno relembrar a lição de Hesse, quando ele aduz que dada a importância dos direitos fundamentais “para o status do particular e para a ordem total da coletividade, o importante é, exatamente, na limitação dos direitos fundamentais, levar a sério a Constituição escrita”.⁶⁹ Afinal, como ressalta Gomes Canotilho, a Constituição não é apenas “uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia”,⁷⁰ de maneira que o efetivo respeito aos direitos fundamentais, incluída a garantia contra as

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 91.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 143-144.

⁶⁸ “De todo modo, o que se pretende destacar neste contexto, assumindo-se a simplificação e a necessidade de maior desenvolvimento, é o fato de que nem toda a violação de um direito fundamental corresponde, ao mesmo tempo e necessariamente, a uma violação da dignidade da pessoa humana, sequer implicando (de modo cogente) a violação do conteúdo em dignidade que o direito fundamental atingido possa ter.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 144.

⁶⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 250.

⁷⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 245.

escavações internas oriundas do próprio Estado, deve ser uma preocupação constante não só dos poderes instituídos, mas, principalmente, da ciência jurídica, que dentro de uma visão garantista que não acredita na inocente ideia de existência de um “poder bom”, alça a ciência jurídica de uma função somente descritiva⁷¹ do direito (acrítica e contemplativa), para uma tarefa de crítica interna do atual direito positivo.⁷²

Mais especificamente na ordem transnacional, na esteira do advogado, de acordo com Bodnar e Cruz,⁷³ tem-se que a densificação do primado da solidariedade tanto na governança transnacional como na sua jurisdição, pode ser o vetor axiológico capaz de implementar uma real sociedade sustentável, evitando escavações desnecessárias aos direitos fundamentais. Segundo os autores: “A cooperação e a solidariedade devem ser os grandes fundamentos da governança transnacional ambiental. Sem uma atuação global cooperativa nenhum projeto de civilização vindouro será exitoso”.⁷⁴

Afinal, “A solidariedade, enquanto valor moral e princípio jurídico substantivo e fundacional, é a fonte de que deve iluminar a jurisdição, dotando-a de um suporte argumentativo fundamentado também na validade e na justificação ética do agir humano”.⁷⁵ Dessa maneira, se os atores transnacionais conscientizarem-se que tal vetor valorativo é, mais do que útil, necessário para o correto equacionamento das demandas mundializadas, acredita-se que se conseguirá implantar uma governança efetivamente respeitadora dos direitos fundamentais e, portanto, sustentável.⁷⁶

⁷¹ “A tese positivista da presunção de regularidade dos atos do poder, calcada na visão acrítica e contemplativa do jurista, é negada, sobretudo porque fundada na (ingênua) noção a existência de um ‘poder bom’. Não basta a sintonia da norma com os parâmetros formais estabelecidos para sua validação. Visto que eles nada garantem. Imprescindível é sua harmonia com os direitos e garantias que expressam a racionalidade material (substantiva) do estatuto fundamental”. CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001. p. 103.

⁷² CARBONELL, Miguel et al. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Unam, 2005. p. 259.

⁷³ “A solidariedade, enquanto princípio jurídico estruturante, deve ser o marco referencial axiológico para a consolidação de uma nova ética para o homem tecnológico”. BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. p. 129.

⁷⁴ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. p. 167.

⁷⁵ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*. p. 131.

⁷⁶ “Assim, somente com a consolidação de novas estratégias de governança transnacional, baseadas na cooperação e solidariedade, é que será possível assegurar um futuro com mais justiça e sustentabilidade.” (BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*, p. 119.

Considerações finais

O garantismo de Ferrajoli parte da premissa de que a democracia constitucional está em crise,⁷⁷ e parcela considerável dessa crise pode ser creditada ao enfraquecimento das instituições de garantia, que, segundo ele, vêm sofrendo de tal pusilaminidade em razão de uma crescente absolutização dos poderes instituídos.⁷⁸

Em nome de tais interesses, algumas vozes (sobretudo na órbita da transnacionalidade⁷⁹) chegam inclusive a advogar discursos de que o ordenamento jurídico deve ser flexibilizado e que certas garantias (constitucionais) devem ser mitigadas em nome de outros valores, como a celeridade, a eficiência, a segurança ou mesmo a governabilidade do Estado, discursos que, muitas vezes, não encontram grandes obstáculos⁸⁰ para serem introduzidos no ordenamento jurídico, o que malfadadamente acaba por colocar em risco não só os direitos fundamentais, mas, principalmente, a sustentabilidade do planeta, posto que tais flexibilizações acabam por ferir o aludido “conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, tornando-os, desta feita, meras declarações desnudas de concretude.

Dessa maneira, em meio a tal crise democrática, em que a Constituição muitas vezes deixa de constituir, diria Streck,⁸¹ a atual conjuntura reclama que não só os teóricos da ciência jurídica, instituições e autoridades públicas, mas a sociedade como um todo, empenhe-se na cotidiana tarefa de denunciar os vezos de ilegitimidade do ordenamento jurídico.⁸²

Em suma, os guardiões desse sistema não podem quedar-se apáticos diante de tais ameaças, ou seja, não podem “manter a indiferença ou admitir passi-

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. p. 412.

⁷⁸ “O que se tem percebido é a disseminação de práticas legais e administrativas regidas pelo princípio da capacidade normativa de conjuntura a instaurar uma nova normatividade paraconstitucional que obedece a parâmetros alheios à cultura jurídica, como reflexo de uma verdadeira 'colonização' do jurídico pelo econômico.” CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista, p. 233.

⁷⁹ “Corremos o risco de viver em sociedades que são politicamente democráticas, mas socialmente fascistas.” (BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*, p. 81.

⁸⁰ “O autoritarismo crescente do Estado não vem encontrando resistências significativas, nem mesmo por parte dos juristas, uma vez que a ênfase posta no desenvolvimento econômico faz parecerem antiquadas e formalistas, até mesmo ridículas e anti-sociais, as preocupações que, aparentemente, são manifestações de exagerado apego a requisitos formais.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 172.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais - sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n.º 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. p. 274.

⁸² CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista, p. 220.

vamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens sem qualquer levante/resistência constitucional”.⁸³

Afinal, o que o garantismo jurídico almeja é que a ideia de “Constituição símbolo” fique no passado, e que, presentemente, edifique-se e fortifique-se o conceito de “Constituição-instrumento-de-cidadania”,⁸⁴ articulada por meio de uma teoria dos direitos fundamentais que se empenhe em assegurar que as instituições de garantia possam, substancialmente, manter os direitos fundamentais,⁸⁵ protegendo assim o cidadão contra escavações internas de tais direitos.

Dessa maneira, tem-se que a legitimidade das normas jurídicas depende da verdadeira aplicação dos direitos e garantias fundamentais,⁸⁶ com o mínimo de restrições possível, a fim de dotar de real concretude as opções fundamentais eleitas constitucionalmente. A aplicação dos direitos fundamentais, aliás, é o único meio de mediação entre a vontade popular e a jurisdição.⁸⁷

Assim, ao teorizar essa tensão entre o dever ser (expectativa normativa) e o ser legislativo, trazendo à tona a questão do direito ilegítimo, aí incluída a questão da escavação interna, o garantismo deixa claro que qualquer outra interpretação que aplaque a efetiva aplicação dos direitos fundamentais⁸⁸ em nome de outros valores deve ser de pronto repelida, pois o estado democrático de direito não admite discricionariedade em relação aos direitos fundamentais.

⁸³ ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?*. Florianópolis: Habitus, 2003. p. 81.

⁸⁴ “Hoje, a nosso ver, a circunstância histórica clama por uma teoria dos direitos fundamentais engajada, que sirva de instrumento de transformação e luta das minorias ainda discriminadas, mormente nos países capitalistas periféricos. Uma teoria dos direitos fundamentais que seja capaz de extrair das normas constitucionais todo o seu conteúdo social, dando-lhes o alcance que deveriam ter e possibilitando a eficácia que se almeja delas. Uma teoria dos direitos fundamentais que expurgue a Constituição-símbolo e faça emergir a Constituição-instrumento-de-cidadania”. MOREIRA GONÇALVES, Flávio José. Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago et al. (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 40.

⁸⁵ Afinal: “[...] qualquer espaço público transnacional – ou são de interesse de todos e pertencem a todos ou não fazem sentido”. (BONAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade*, p. 34.

⁸⁶ Nesta senda, destaque-se que: “As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecida da eficácia direta e imediata”. FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito*. p. 206.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. p. 829.

⁸⁸ “Com efeito, muitos desses direitos, quais sejam, os fundamentais, devem prevalecer sobre quaisquer interpretações de cunho utilitarista, hoje apresentados sob a roupagem de interesse geral ou interesse público, utilizadas inúmeras vezes pela Administração na sua atuação discricionária. Assim sendo, tais direitos passam a ser limitações intransponíveis pelo Poder Público na sua interação com os administrados”. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 175.

Destarte, acredita-se que a ética da solidariedade, tal como defendida por Bodnar e Cruz, pode ser o motor axiológico capaz de inserir a sustentabilidade na pauta de valores da governança e da jurisdição transnacional e, por via de consequência, também proteger os direitos fundamentais.

The excavation inside of fundamental rights: sustainability and solidarity as legitimate criteria in garantismo

Abstract

This paper presents an approach on the concept of legitimacy in garantista doctrine Luigi Ferrajoli in order to collates it with the idea of 'internal excavation' brought by Konrad Hesse, in order to provide a synthetic reflection, but clearly, on the question of the limits that can be imposed on fundamental rights, and then present the Sustainability as axiological vector normative legitimacy. Therefore, the research initially brings a sense of legitimacy in the category garantista doctrine and after working the concepts of Sustainability, 'essence' and 'internal dig' for from these understandings, with the help of garantismo, reflect on the possibilities limitation on fundamental rights, indicating the Sustainability as a value to be privileged governance and transnational jurisdiction. We used the inductive search method.

Keywords: Fundamental rights. Garantismo. Legitimacy. Solidarity. Sustainability.

Referências

- ASSUMPÇÃO, Juliana Miriam Carteri; SIMOR, Pâmela Giovana. *Educação para o consumo e direito à informação: evolução dos direitos básicos do consumidor nos vinte anos do código de defesa do consumidor*. Disponível em: <http://www.upf.br/balcaodoconsumidor/images/stories/materiais/seminario/juliana_assumpcao-pamela_simor.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2014.
- BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalizacion? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 2008.
- BERMEJO, Roberto. *La Gran Transición Hacia la Sostenibilidad. Principios y Estrategias de Economía Sostenible*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2005.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 8 jan. 2015.
- _____. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. In: PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia (Col.). *Lex: Legislação de direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001.

CADEMARTORI, Sergio. *Estado de direito e legitimidade*. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.

CARBONELL, Miguel et al. *Garantismo*. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Unam, 2005.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2001.

CHEQUER, Cláudio. *O princípio da proteção ao núcleo essencial do direito fundamental no direito brasileiro* (aplicação e delimitação). São Paulo: Jornal Carta Forense, 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-principio-da-protacao-ao-nucleo-essencial-do-direito-fundamental-no-direito-brasileiro-aplicacao-e-delimitacao/10163>>. Acesso em: 23 jan. 2015.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. *Globalização, transnacionalidade e Sustentabilidade*. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 8 jan. 2015. E-book.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Traducción Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

_____. *Principia iuris*. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Juarez. *Interpretação sistemática do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set.-dez. 2011. ISSN 0034.8007.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago et al. (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. (Título original: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAGO, André Aranha Corrêa do. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: o Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*. Brasília: Funag, 2006. Disponível em: <http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/al000189.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2015.

LOPES, Uaçai de Magalhães; TENÓRIO, Robinson Moreira. *Educação como fundamento da sustentabilidade*. Salvador: Edufba, 2011.

LUCIA, Paolo Di. *Assiomatica del Normativo*. Filosofia Critica del Diritto in Luigi Ferrajoli. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011. 318p. ISBN 978-88-7916-464-1.

MENKE, Cassiano. *A proibição aos efeitos de confisco no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIGLINO, Arnaldo. *A cor da democracia*. São José, SC: Conceito Editorial, 2010.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REAL FERRER, Gabriel. *La construcción del derecho ambiental*. Disponível em: <<http://web.pnuma.org/gobernanza/cd/Biblioteca/Derecho%20ambiental/04%20Construcci%F3n%20del%20DA.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. *O que é garantismo jurídico?*. Florianópolis: Habitus, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais - sociais no Brasil*. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.