



Michele Carducci UniFor 1 de setembro de 2021  
*O “novo” Constitucionalismo “Simbólico” em relação à biofísica*

1

## ***O “NOVO” CONSTITUCIONALISMO “SIMBÓLICO” EN RELACÃO À BIOFÍSICA*** **(ENTRE PODERES DO ESTADO E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS)**

---

O tema deste seminário se refere ao caráter “simbólico” do constitucionalismo respeito não às relações políticas e sociais, mas ao sistema terrestre.

Eu pessoalmente chamo este novo cenário de “*constitucionalismo simbólico em termos biofísicos*”.

É simbólico porque é tão paradoxal quanto o constitucionalismo simbólico “clássico” (como estudado por Marcelo Neves), na medida em que, apesar do crescimento exponencial das disposições normativas e dos instrumentos jurisprudenciais de proteção ambiental em todo o mundo, o mundo ainda está em plena emergência climática e ecossistêmica.

E é assim, “em termos biofísicos”, porque a desvalorização da força decisiva das normas legais e decisões jurisprudenciais sobre o meio ambiente é demonstrada não por juristas dos sistema sociais, mas por cientistas do sistema terrestre.

Em uma palavra, a desvalorização da força normativa dos sistemas constitucionais não é “social”, mas precisamente “biofísica”.

Consequentemente, este constitucionalismo “simbólico” não passa simplesmente por uma “desconstitucionalização de fato” (de acordo com a explicação “clássica” de Marcelo Neves). O constitucionalismo simbólico “em termos biofísicos” produz uma “perda de utilidade” das disposições constitucionais diante dos grandes desafios da compatibilidade das relações jurídicas com o sistema terrestre: em uma palavra, não é “compatível” com as leis da biofísica.

Esta perda de utilidade também se refere à proteção dos direitos humanos numa perspectiva intertemporal, ou seja, da “duração efetiva no tempo” dos direitos humanos. Não é coincidência que - como já aconteceu no contexto da discussão “clássica” do constitucionalismo simbólico - apenas mais uma vez na Alemanha, com a decisão do *BVerfG* de 24 de março-29 de abril de 2021 sobre o tema dos direitos humanos e da mudança climática, o risco de “simbolização” foi novamente evocado (na instabilidade climática, a estabilidade do conteúdo dos direitos humanos corre o risco de se tornar “simbólica”).

A efetividade dos direitos humanos depende da biofísica, não apenas da sociedade.

Mas há outra diferença entre a teoria “clássica” do constitucionalismo simbólico e a teoria “biofísica”: ela se relaciona com a observação da complexidade.

A teoria “clássica” parte da observação da complexidade dos sistemas sociais construídos pelo seres humanos.

A perspectiva do “novo” constitucionalismo “simbolico” desconsidera a dimensão humana porque parte da consideração de que o sistema terrestre é complexo “apesar das construções humanas”.

As construções humanas interferem com a complexidade terrestre, mas não a criam.

**Para explicar esta perspectiva, utilizo o estudo do físico italiano Angelo Tartaglia sobre a chamada “lei geral dos custos”.**

Com base nesta “lei geral dos custos”, procuro também analisar a jurisprudência da Corte Interamericana e do Tribunal Europeu em Estrasburgo sobre o tema do meio ambiente e do clima.

Você tem o estudo da Tartaglia<sup>1</sup> à sua disposição e também tem o material sobre a jurisprudência interamericana e europeia, com alguns slides sobre as diferenças entre os dois sistemas de proteção dos direitos humanos.

Não falo sobre isso agora, mas discuto o cerne do problema.

Começo com três perguntas

***Três perguntas***

O cenário do “novo” constitucionalismo “simbolico” pode ser resumido em três perguntas.

- Existem efetivamente “novas” manifestações de constitucionalismo simbólico?
- Porque elas são “novas”?
- Em que consistem?
- Essas condições estão presentes apenas em contextos do chamado “constitucionalismo periférico” (como teorizado pelo constitucionalismo simbólico “clássico”) ou são uma condição estrutural do constitucionalismo “global”?

---

<sup>1</sup> A. Tartaglia, *Growth and Inequalities in a Physicist's View*, em *Biophysical Economics and Sustainability*, (5)8, 2020, 1-9.

Prevejo as respostas e depois tento fornecer as teses e argumentos em apoio a elas. Chamo a atenção com nove passagens conceituais

**1.**

Como mencionado acima, existe um “novo” constitucionalismo “simbólico”, referindo-se não à relação entre sociedade, direito e política, mas à relação entre direito e natureza, ou seja, entre normas legais e leis da natureza.

Por que é “simbólico”? Porque pode ser visto como um exemplo de ignorância socialmente construída em que os discursos jurídicos e econômicos são usados para despolitizar o debate da sustentabilidade e colonizar o futuro através do endosso de imaginários sociotécnicos implausíveis, implausíveis em termos científicos e especificamente biofísicos: uma estratégia que, como o constitucionalismo “simbólico” clássico, observado, por exemplo, por Marcelo Neves, pode levar a uma gestão irresponsável da expectativa humana de seu próprio futuro.

**2.**

O paradoxo do novo constitucionalismo simbólico é que ele é caracterizado por novas narrativas jurídicas de “harmonia” entre o direito e a natureza. As novas narrativas consistem em “metáforas” (como a dos direitos da natureza) e “lendas políticas” (como o conceito de “economia circular”), ou seja, discursos - inclusive jurídicos - que pressupõem a harmonia entre as leis do homem e as leis da natureza.

Contudo, esta “harmonia” não existe, pois as estruturas constitutivas do direito (começando pelas próprias Constituições) não podem ser coerentes com as principais leis da natureza, em particular com a chamada “lei geral dos custos”, lei que tentarei explicar mais tarde.

**3.**

Esta impossibilidade de harmonia é atribuível à história do direito moderno e do constitucionalismo, que evoluiu na era da energia fóssil e, portanto, da aceleração do déficit ecológico do planeta em nome das liberdades do “bem-estar”.

Um autor falou da “metafísica suja” destas liberdades<sup>2</sup>: metafísica no duplo sentido de “filosófica” (de universalização abstrata das liberdades, não alcançável por todos em justiça e igual dignidade) e “físico-científica” (de abstração das liberdades humanas de suas restrições biofísicas e naturais).

Todas as nossas liberdades estão agora “fósseis” e, portanto, “sujas”.

Os regimes pré-fósseis de liberdades compartilharam um nexos “biomassa-clima” definido localmente, portanto limitado no espaço e no tempo.

Os regimes energéticos fósseis rompem este vínculo, superando assim a própria idéia de limitação e abertura à experiência psico-social sem precedentes do “crescimento”: crescimento da população, riqueza, mobilidade, coisas. A economia política apropriou-se desta grande ilusão de espaço-tempo, traduzindo-a em “leis universais” humanas.

A emergência climática nos revelou a decepção: existem limites, tanto em termos de espaço quanto de tempo, e eles emergiram definitivamente em sua única dimensão espaço-tempo: a planetária.

Mas não estamos equipados para atuar nesta dimensão, precisamente devido à nossa natureza bioquímica, pois ainda somos indivíduos de uma espécie que depende do local e de sua biomassa.

Portanto, nos sentimos impotentes, contraditórios, incapazes ou resignados a “ser capazes de fazer pouco” depois de termos nos iludido (e ter teorizado com nossa “metafísica econômica”) que “podemos fazer tudo”.

Sair desta metafísica, exigiria políticas corajosas de “decrecimento”, políticas de “renúncia” à “metafísica” do crescimento material.

Mas as próprias estruturas legais dos Estados impedem esta perspectiva.

As Constituições modernas, como explica o grande historiador jurídico Paolo Grossi, legitimam mitologias e metafísicas<sup>3</sup>.

#### 4.

Esta dificuldade está presente em todos os sistemas constitucionais do mundo, seja na Europa, como na América Latina ou em qualquer outro lugar.

---

<sup>2</sup> F. Mauelshagen, *The Dirty Metaphysics of Fossil Freedom*, em G. Dürbeck, Philip Hüpkes, *The Anthropocenic Turn. The Interplay between Disciplinary and Interdisciplinary Responses to a New Age*, London-New York, Routledge, 2021.

<sup>3</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007<sup>3</sup>.

O que muda não é a existência da dificuldade, mas o tipo de discurso jurídico com o qual se tenta abordá-la: pense na questão dos “direitos da natureza” no constitucionalismo andino e no conceito de “transição ecológica” e de “economia circular” na Europa.

**5.**

A este respeito, a literatura fala de novas “metáforas constitucionais” e “lendas políticas”<sup>4</sup>.

**6.**

As dificuldades de concretizar estas “metáforas constitucionais” e “lendas políticas” são reconhecidas pela doutrina jurídica e política, que desenvolveu uma série de conceitos para tentar explicá-los.

**7.**

Mas estas dificuldades também surgem na prática da jurisprudência, quando esta tenta concretizar as “metáforas” e as “lendas” formalizadas em textos legais, incluindo as Constituições.

**8.**

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos também demonstra a mesma dificuldade.

**9.**

Esta dificuldade pode ser explicada de duas formas espelhadas: o desconhecimento de outros campos científicos além do direito e da economia por parte dos profissionais do direito; a inadequação das ferramentas jurídicas e argumentativas utilizadas para abordar os problemas da relação homem-natureza, declinada não em função da “lei geral dos custos”, mas da chamada “curva de indiferença” dos direitos e interesses em função da “ponderação” (ou balanceamento): direitos primeiro, depois natureza.

A natureza e a “lei geral dos custos” não são “negociáveis” e não podem ser “balanceados”, exceto - precisamente - de uma forma “simbólica”.

### ***Duas premissas necessárias***

---

<sup>4</sup> M. Giampietro, S.O. Funtowicz, *From elite folk science to the policy legend of the circular economy*, em *Environmental Science & Policy*, 109, 2020, 64-72.

Para explorar as razões das teses e respostas às três perguntas com as nove passagens conceituais, são necessários dois esclarecimentos: um de natureza semântica e o outro de direito comparado.

### **Começo com os esclarecimentos semânticos**

Termos como “direitos da natureza”, “transição ecológica” e “economia circular” pressupõem o reconhecimento de dois elementos:

- as raízes biofísicas da convivência humana e, portanto, seu impacto sobre as regras jurídicas e econômicas das relações humanas;
- a natureza entrópica da relação homem-natureza, ou seja, o fato de que a ação humana “perturba” o meio ambiente e produz conseqüências negativas (externalidades negativas, custos sociais, etc.)

Portanto, falar sobre os direitos da natureza, transição ecológica, “economia circular”, significa reconhecer uma conexão entre a “tecnosfera” humana das relações jurídicas e econômicas (que produzem antroposfera e antropomassas) e a esfera do sistema terrestre.

Entretanto, a esfera do sistema terrestre é governada por leis que não dependem da vontade humana, leis biofísicas independentes do direito e da economia, criadas pelo ser humano.

Estas “leis da Terra” (ou leis da natureza) foram resumidas pelo físico italiano Angelo Tartaglia com a expressão “lei geral dos custos”.

A fórmula para esta “lei geral” é a seguinte.

Os custos planetários das relações e atividades humanas estão sempre crescendo mais rapidamente do que os benefícios materiais das atividades humanas.

Esta dissociação depende da relação entre matéria e energia e do efeito “dispersivo” dos processos de utilização de matéria e energia.

Com o constitucionalismo do bem-estar e a globalização da economia, este quadro tem sido ainda mais complicado por três outros elementos:

- a) o acúmulo de custos que sempre aumentam em quantidades maiores do que o aumento da produção material das atividades humanas;
- b) a dispersão ambiental resultante do uso de matéria e energia (o efeito antrópico do metabolismo social) em termos de externalidades negativas e, portanto, custos adicionais;

c) a multiplicação dos custos devido à complexidade dos sistemas de produção modernos (complexo em termos de processos - por exemplo, cadeias de produção - e a extensão - global - de seus efeitos).

De fato, em 2020, pela primeira vez na história, foi atingido o chamado “ponto de crossover”: a antropomassa (o efeito da produção humana de material, legitimado pelo direito e a economia) excedeu quantitativamente a biomassa (tudo aquilo que no sistema terrestre permite a vida e a sobrevivência).

Pela primeira vez na história!

Com o “ponto de crossover”, cinco conclusões se tornaram evidentes sobre ao contexto terrestre em comparação com os contextos legais e econômicos regulamentados pelas Constituições.

**Primeira conclusão:**

os custos superam sempre os benefícios do crescimento, as constituições não podem negá-lo

**Segunda conclusão:**

a chamada “economia circular” é impossível, apesar das metáforas legais e econômicas

**Terceira conclusão:**

a chamada “sustentabilidade” do crescimento fracassou

**Quarta conclusão:**

Os limites legais de “tolerabilidade” ou “compatibilidade ambiental” das atividades humanas são meras ficções legais

**Quinta conclusão:**

sempre chegamos a pontos de colapso entre o crescimento dos custos e o crescimento da produção (o crescimento da produção não justifica o crescimento dos custos). O exemplo mais frequente, porque historicamente observado, foi oferecido pelo esgotamento de um recurso (a chamada “tragédia dos comuns”), mas considerando o recurso apenas como matéria (M) e não como energia (E) e os efeitos dispersivos relacionados.

A experiência contemporânea envolve a energia antes dos materiais.

**Mas isso não é tudo.**

Se ligarmos o “ponto de crossover” com a emergência climática, que discutimos na reunião anterior, podemos observar que dois outros elementos devem ser levados em conta:

**a)** o fator tempo, ou seja, o tempo de permanência dos custos e sua possível irreversibilidade (dado que o sistema em que se baseia o mecanismo de crescimento da produção é o planeta Terra, que é um sistema fechado);

**b)** a distribuição de benefícios e custos entre os seres humanos (dado que os seres humanos não são todos iguais e historicamente estão sujeitos à injustiça).

O fator tempo questiona o custo dos efeitos dispersivos da matéria e da energia: Eles são recuperáveis? Dentro de quanto tempo? A recuperação é natural ou artificial? Quanta matéria e energia requer sua recuperação? Com que custos? Estes prazos são compatíveis com a emergência climática?

A questão da distribuição de custos nos coloca questões de justiça distributiva dos benefícios do crescimento em comparação com os custos.

Se o primeiro problema, o problema do tempo, é exclusivamente biofísico (os tempos da emergência climática não estão subordinados aos tempos do direito e da economia), o segundo problema, o problema da justa distribuição, pareceria ser exclusivamente “social” e “político”<sup>5</sup>. Na realidade, conclui Tartaglia, a questão da justiça humana distributiva depende do problema biofísico da época da emergência.

Não é mais um problema exclusivamente social ou político.

Antes de tudo, trata-se de um problema biofísico.

### **Pela primeira vez na história, as questões de justiça precisam do conhecimento das leis da física para serem resolvidas.**

Estas conclusões demonstram a impossibilidade termodinâmica e biofísica da aplicação prática de numerosas instituições e mecanismos legais e econômicos: desde análises de custo-benefício, à compensação ambiental, ao princípio do poluidor-pagador, até os sistemas de tributação de emissões e até a dissociação entre produto interno bruto e déficit ecológico.

Elas também demonstram o caráter “simbólico” de numerosas fórmulas jurídicas, desde o conceito de “equilíbrio ecológico” (impossível numa situação de “ponto

---

<sup>5</sup> Consulte: E. Elhacham, E., L. Ben-Uri et al., *Global human-made mass exceeds all living biomass*, em *Nature*, 588, 2020, 442–444. Lenton T.M., J. Rockström et al., *Climate tipping points — too risky to bet against*, em *Nature*, 2019/2020.



de crossover”) até o balanceamento de direitos e interesses (presente, por exemplo, na disciplina de “balanceamento” entre “fatores de produção” e a “intolerabilidade” das imissões no código civil italiano).

Apesar dessa evidência biofísica, o discurso jurídico e econômico continua a reproduzir uma representação “inalterada” da realidade, complementada por novos termos e conceitos, como os dos direitos da natureza ou da economia circular, o que pressupõe essa evidência<sup>6</sup>.

Desta forma, foi construída uma contradição lógica, terminológica e axiológica que está subjacente ao “novo” constitucionalismo “simbólico”.

O exemplo mais óbvio desta múltipla contradição é oferecido pela experiência do constitucionalismo andino: os direitos da natureza podem ser “balanceados” com os direitos humanos? Como? Com base em que critérios? Critérios sócio-político-econômicos ou critérios biofísicos? Mas como é possível o balanceamento num contexto de “déficit ecológico” e “ponto de crossover” planetário?

A crise de coexistência entre os sistemas sociais e o sistema terrestre produz um “atrito semântico” entre direito, economia e biofísica.

Esta é uma primeira conclusão que explica o caráter “simbólico” do constitucionalismo contemporâneo. Continuar a falar de liberdade, direitos, desenvolvimento, pluralismo, democracia, bem-estar, ponderação em uma situação de “déficit ecológico” e “ponto de crossover” significa construir uma representação “ignorante” da coexistência humana, ou seja, que ignora os problemas biofísicos do sistema terrestre e não é confrontada com eles (os problemas biofísicos).

**Quais podem ser as respostas a essas contradições?  
É aqui que entra a premissa do direito comparado.**

Deve ser feita uma distinção entre as respostas dadas pelos cientistas políticos e as respostas dadas pelos juristas.

**1.**

---

<sup>6</sup> Consulte: Z. Kovacic Z., Strand, T. Völker, *The Circular Economy in Europe. Critical Perspectives on Policies and Imaginaries*, London-New York, Routledge, 2020.

Os cientistas políticos geralmente descrevem a realidade e explicam suas contradições nos processos de tomada de decisão política. Com referência ao tópico da relação entre os sistemas políticos e o sistema terrestre, os cientistas políticos falam da impossibilidade de uma solução usando os seguintes termos:

- “problemas perversos”;
- “armadilha de progresso;
- “lata de lixo”;
- “escolha trágica;
- “tragédia dos bens comuns.

Todas estas são metáforas expressivas da "impossibilidade".

O pressuposto desta impossibilidade é a chamada tese da “curva da indiferença”, ou seja, o postulado de que as liberdades e as preferências humanas não podem ser negadas. Eles podem ser reprimidas. Mas reprimi-las não significa que eles não existam.

Portanto, a liberdade humana vai sempre além dos limites das leis da natureza. Por esta razão, o ser humano também tem sido chamado de “animal disfuncional”. A liberdade humana é necessária, mas é sempre disfuncional. A disfuncionalidade pode ser governada pelo conhecimento. Mas o conhecimento não pode ser imposto, porque o conhecimento também é livre.

Portanto, o problema da liberdade humana não pode ser resolvido.

## 2.

Pelo contrário, no debate internacional da doutrina jurídica, a perspectiva considerada desejável para superar as contradições do constitucionalismo “simbólico” em relação à biofísica é normativa e sugere de promover a integração supranacional e internacional de regras e métodos comuns para a adaptação do direito aos grandes desafios ambientais planetários.

A proposta de uma “Carta dos Direitos Fundamentais da Natureza da União Européia”<sup>7</sup>, por exemplo, aponta nessa direção.

Mas essas dimensões existem? É possível realizá-las?

---

<sup>7</sup> M. Carducci *et al.*, *Towards an EU Charter of the Fundamental Rights of Nature* (2020) <https://www.eesc.europa.eu/en/our-work/publications-other-work/publications/towards-eu-charter-fundamental-rights-nature>.

Como é bem conhecido, existem algumas dimensões supranacionais de regras e métodos compartilhados, mas estas dimensões não nasceram “de acordo” com as razões biofísicas do sistema terrestre, mas de acordo com razões econômicas ou exclusivamente humanas, tais como os direitos humanos.

São, portanto, “fisiologicamente” inadequadas.

Isto é demonstrado pela comparação destas dimensões internacionais e supranacionais, tais como a comparação entre o contexto latino-americano e o contexto europeu.

Por exemplo, os tribunais de direitos humanos (como a Corte de San José e o Tribunal Europeu em Estrasburgo) são realmente úteis para mudar a perspectiva do constitucionalismo “simbólico” em direção à biofísica?

Estes tribunais reconhecem a relevância das leis da biofísica (começando pela “lei geral dos custos”)?

**A resposta é não.  
Vamos ver por quê.**

Antes de tudo, temos que levar em conta a profunda diferença entre o sistema interamericano e o europeu.

A Interamericana é “bidimensional” (Corte de Direitos Humanos e Estados). O europeu é, em grande parte, tridimensional (Tribunal de Direitos Humanos, Estados e a União Européia com sua própria Corte).

Esta diferença produz enormes conseqüências práticas (a partir da questão do chamado controle de convencionalidade), que tentei resumir nos slides à disposição, mas que discuti em um livro com o Prof. Dr. Valerio Mazzuoli sobre a “teoria tridimensional das integrações supranacionais”<sup>8</sup>.

Aqui, é importante observar as diferenças em relação às questões ambientais para ver se a jurisprudência dos dois tribunais contrasta ou legitima o “novo” constitucionalismo “simbólico”.

Estou falando apenas de decisões existentes, não de casos pendentes.

Proponho o seguinte esquema. Os detalhes podem ser mais elaborados com o material disponível.

---

<sup>8</sup> M. Carducci, V. Mazzuoli, *Teoria tridimensional das Integrações supranacionais. Uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*, Rio de Janeiro, Forense, 2014.

As diferenças fundamentais são em tudo dez.

<p><b>1</b>  A Convenção Americana não prevê explicitamente os direitos humanos relacionados ao meio ambiente ou ao clima, nem fala dos direitos da natureza ou outros discursos sobre a relação entre o sistema humano e o sistema terrestre.</p> <p>Portanto, é uma Convenção que não é simplesmente antropocêntrica, mas sociocêntrica.</p> <p><b>2.</b>  A Corte Interamericana, na Opinião Consultiva 23/2017, reconheceu o direito a um ambiente saudável, com base no artigo 26 da Convenção Americana (a cláusula de desenvolvimento progressivo). Isso facilita uma abordagem sócio-ecológica para a questão ambiental (como será esclarecido na decisão de</p>	<p><b>1</b>  A Convenção Européia também não prevê direitos humanos relacionados ao meio ambiente ou ao clima, nem fala dos direitos da natureza ou outros discursos sobre a relação entre o sistema humano e o sistema terrestre.</p> <p>A Convenção Européia também é antropocêntrica, mas menos sociocêntrica porque é influenciada pelo direito da União Européia, que contempla explicitamente o “princípio da integração”, ou seja, a necessidade de relacionar política e direito com o meio ambiente.</p> <p><b>2.</b>  A Corte Européia vincula a proteção ambiental aos artigos 2 e 8 da Convenção, mas não fala de um “ambiente saudável”, mas de uma proibição de interferência. O meio ambiente não é protegido como tal, mas como um distúrbio privado da pessoa, da propriedade ou do domicílio.</p>
--	---

<p>2020 do caso “<i>Comunidade indígena Lhaka Honhat contra a Argentina</i>”)</p> <p><b>3.</b>        Sempre na sua opinião consultiva 23/17, a Corte itneramericana também utiliza a categoria legal de “danos ambientais significativos” (como os danos transfronteiriços).</p> <p><b>4.</b>        Essa diferença também tem consequências para o conceito de vítima.        Segundo a Corte de San José, a vítima também pode ser “potencial” e isso pode legitimar formas de proteção preventiva contra danos significativos. Não está claro se esta perspectiva também permite a proteção contra danos futuros.</p>	<p>Não existe uma cláusula de desenvolvimento progressivo no sistema europeu convencional. Mas nem mesmo existe na legislação da UE. Portanto, o referido princípio da integração ambiental, contido nos tratados da União Europeia, não assume um significado social ou cultural.</p> <p><b>3.</b>        Pelo contrário, o Tribunal Europeu não utiliza esta categoria, mas sempre fala apenas de “danos pontuais” a pessoas ou bens específicos. Em vez disso, a legislação da UE introduziu recentemente a categoria não de “danos significativos”, mas não para fins de compensação, mas apenas para fins de qualificação “eco-sustentável” de atividades econômicas para financiamento europeu (Regulamento nº 2020/852). Debate-se na Europa se esta disposição também pode integrar números de danos compensáveis.</p> <p><b>4.</b>        O Tribunal Europeu fala de “situações de perigo” como um status de vítima “potencial”, mas na presença de mas em casos de fatos ilícitos permanentes, ou seja, situações que já produzem danos, diante das quais a proteção preventiva também deve ser exercida, não contra danos futuros, mas contra danos permanentes. A perspectiva de danos futuros está excluída</p>
---	--

<p><b>5.</b>          O Tribunal interamericano argumenta a perspectiva preventiva, apoiando-se também no Artigo 11 do Protocolo de San Salvador, segundo o qual não somente “<i>Toda pessoa tem o direito de viver em um ambiente saudável e de ter acesso aos serviços públicos básicos</i>”, mas “<i>os Estados devem promover a proteção, preservação e melhoria do meio ambiente</i>”. Segundo o tribunal, o padrão da norma não é programático, mas pró-ativo.</p>	<p><b>5.</b>          No sistema europeu não há correspondente do art. 11 de San Salvador.          Portanto, não há parâmetro proativo. O parâmetro pró-ativo está presente na legislação da União Europeia, mas não é aplicado pelo Tribunal de Estrasburgo.</p>
<p><b>6.</b>          No contexto interamericano, discute-se a eficácia horizontal (isto é, entre particulares, incluindo empresas) dos direitos ambientais e, portanto, a aplicabilidade da Convenção e de sua jurisprudência.</p>	<p><b>6.</b>          No contexto europeu, a eficácia horizontal da Convenção e de sua jurisprudência é considerada inquestionável pela Corte Européia. Mas também, graças ao entrelaçamento das disciplinas com a legislação da UE, pelos tribunais nacionais.</p>
<p><b>7.</b>          O Tribunal de San José fala do reconhecimento da natureza universal, indivisível, interdependente e inter-relacionada dos direitos humanos através da adoção e implementação de vários instrumentos e tratados de direitos humanos.</p>	<p><b>7.</b>          O tribunal europeu não usa essas categorias, mas considera uma abordagem menos “organicista” e mais “individualista”. Na melhor das hipóteses, a integração é entre “direitos” dentro da mesma convenção, também interpretados à luz da jurisprudência do Tribunal da União Europeia. Mas o discurso diz respeito apenas a esses direitos, não aos direitos fornecidos por outras fontes que não a Convenção.</p>

<p><b>8.</b>          Portanto, o “internacionalismo” dos dois tribunais é diferente: o interamericano é aberto; o europeu é parcialmente fechado (porque só está aberto ao direito da UE).</p>	<p><b>8.</b>          =====          =====</p>
<p><b>9.</b>          Consequentemente, a forma de discutir o tema das antinomias também é diferente.          No contexto interamericano, as antinomias são enquadradas pelos juízes como um problema axiológico de interpretação dos direitos. A jurisprudência interamericana se torna uma fonte de conflito interpretativo como parte do problema axiológico.</p>	<p><b>9.</b>          No contexto europeu, as antinomias são enquadradas pelos juízes como um problema de conflito entre os sistemas normativos de fontes (os sistemas estatais, o sistema da UE e a Convenção Europeia). em consequência, a jurisprudência do Tribunal Europeu não é uma fonte de conflito, porque não é uma fonte, e suas interpretações operam respeito apenas a uma fonte (a Convenção) e não às antinomias entre as fontes.</p>
<p><b>10.</b>          Com o caso da “<i>Comunidade indígena Lhaka Honhat contra a Argentina</i>” em 2020, surgem outras diferenças com o contexto europeu.          Por um lado, a questão da relação entre os direitos humanos e a soberania dos Estados sobre os recursos naturais. Por outro lado, a perspectiva da estrutura comunitária da propriedade (Art. 21 da Convenção”, obviamente com relação às comunidades indígenas e Art. 32 da Convenção (Relação entre direitos e</p>	<p><b>10.</b>          Tal perspectiva está ausente no contexto europeu, não apenas porque, na Europa, o problema da propriedade comunitária indígena não existe, mas sobretudo porque a Corte Europeia nunca tratou da relação entre direitos humanos e soberania do Estado sobre os recursos humanos, e o conceito de propriedade é discutido de uma perspectiva exclusivamente individualista e domiciliar (coisas pertencentes a seres humanos como</p>

<p>deveres: 1. cada um tem responsabilidades para com sua família, para com a comunidade e para com a humanidade; 2. os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos outros, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática).</p> <p>A prevalência das necessidades da comunidade (do bem comum) sobre a exploração dos recursos naturais (em nome dos interesses soberanos), parece abrir caminho para um fortalecimento do conceito de “danos significativos” em termos de “danos à comunidade e ao ecossistema”.</p>	<p>indivíduos, não como comunidades ligadas a um território e seu ecossistema).</p> <p>Consequentemente, uma prevalência das necessidades da comunidade (do bem comum) sobre a exploração dos recursos naturais (em nome dos interesses sóbrios), não parece viável, exceto pelas possíveis exposições concretas dos indivíduos a interferências individuais em suas propriedades.</p>
---	--

**À luz destas comparações e das diferenças entre os dois sistemas de jurisprudência, que podem ser mais eficazes em termos ambientais? Qual pode ser mais funcional às "leis da natureza" e, portanto, ao respeito da biofísica do sistema terrestre na era do déficit ecológico do planeta, da emergência climática e do “ponto de crossover”?**

**O que permite redimensionar a dimensão “simbólica” dos sistemas constitucionais diante da biofísica?**

Podemos responder a todas estas perguntas como juristas e ainda dizer que alguma proteção é reconhecida, que existe algum progresso na eficácia dos direitos ambientais e que isto é positivo.

No final das contas, os advogados - especialmente quando confrontados com casos judiciais - raciocinam de acordo com a fórmula “*um pouco é sempre melhor do que nada*”.

Entretanto, novamente do ponto de vista jurídico, esta perspectiva “minimalista” (teorizada por Cass Sunstein não por acaso com a fórmula do “minimalismo constitucional”) não é suficiente. Por exemplo, demonstra a dificuldade de utilizar as categorias legais de danos de acordo com a lógica da complexidade “natural” (não social) do sistema terrestre.



O sistema terrestre é um sistema complexo “independente dos seres humanos”. A complexidade é dada por três elementos, que não estão em conformidade com as construções legais e as metáforas de causalidade legal:

- a chamada “sensibilidade às condições iniciais”, o que significa complexidade na previsão de efeitos;
- o fato de que, para a dinâmica do sistema terrestre, não se aplica o chamado “princípio da superposição” em um único lugar (princípio típico dos sistemas legais, segundo o qual o efeito final de duas causas é a soma dos efeitos causados por cada causa tomada individualmente no mesmo lugar - pense, por exemplo, no conceito legal de “danos transfronteiriços”);
- no sistema terrestre aplica-se a presença de retroações (ou *feedback loop*), ou seja, o fato de que existem cadeias de causa e efeito circulares em uma dimensão espacial local-planetária-local, nas quais o último efeito da cadeia vai influenciar a primeira causa a partir da qual a própria cadeia começou, modificando-a.

Portanto, as respostas apenas legais são insuficientes e correm o risco de alimentar o “simbolismo”.

A jurisprudência das duas cortes supranacionais mostra consciência disso?

Em parte o faz, quando abre a consideração da gravidade dos problemas ambientais.

Em parte não o faz, na medida em que responde a esses problemas com as insuficientes categorias legais “clássicas” de causalidade e danos como lesão individual e não ecossistêmica.

Os sistemas legais permanecem contraditórios e paradoxais.

Na prática, mesmo estes tribunais são vítimas da chamada “tirania das pequenas decisões”, desenvolvida pelo cientista William E. Odum<sup>9</sup> para explicar a ilusão dos cientistas sociais de que a soma de muitas pequenas boas decisões produz um resultado igualmente bom.

---

<sup>9</sup> William E. Odum, Environmental Degradation and the Tyranny of Small Decisions, em *BioScience*, 32(9), 1982, 728–72.



Michele Carducci UniFor 1 de setembro de 2021  
*O “novo” Constitucionalismo “Simbólico” em relação à biofísica*

18

Infelizmente, este não é o caso: a complexidade terrestre não é como a complexidade social; não é uma “soma de ações humanas”, mas um mecanismo biofísico, independente dos seres humanos.

A soma é negativa, devido à “lei geral dos custos”.

Diante do mecanismo biofísico, estamos todos “no mesmo barco”, somos todos, sujeitos periféricos com respeito ao tempo e espaço da biofísica que ignoramos.

O “novo” constitucionalismo simbólico vai além da clássica geografia “Westphaliana” Norte/Sul do mundo<sup>10</sup>.

Portanto, para nos livrarmos do constitucionalismo “simbólico”, devemos nos livrar da ignorância dos dados biofísicos.

Nossa ignorância é a causa de falhas políticas e indiferença legal ao problema da “estabilidade biofísica” do sistema Terra.

O direito acredita em metáforas, como a sustentabilidade (não por acaso utilizada indiferentemente para a economia e o meio ambiente, como se fossem a mesma coisa), em vez de estudar e aplicar a biofísica, de que depende a vida humana.

Sem estabilidade no sistema terrestre, nenhuma forma de eficácia humana é possível, independentemente de nossas metáforas legais e lendas políticas.

Obrigado

---

<sup>10</sup> A.R. Francis, *Global Sutherners in the North*, en *Temple Law Review*, 93, 2021, 689-711.