

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

ELCIO NACUR REZENDE

LITON LANES PILAU SOBRINHO

VINICIUS FIGUEIREDO CHAVES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito e sustentabilidade II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Elcio Nacur Rezende; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Vinicius Figueiredo Chaves. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-706-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO E SUSTENTABILIDADE II

Apresentação

Esta publicação reúne os artigos aprovados no Grupo de Trabalho intitulado Direito e Sustentabilidade II, do XXVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, no dia 15 de novembro de 2018.

É inenarrável a qualidade dos artigos apresentados por diversos autores dos mais diferentes estados da federação brasileira, fruto de profícuas pesquisas realizadas por Mestrandos, Mestres, Doutorandos e Doutores dos diversos Programas de Pós-graduação em Direito de dezenas instituições de ensino.

Ressalte-se que o referido Grupo de Trabalho contou com a coordenação de três professores doutores de três estados da federação: Liton Lanes Pilau Sobrinho, que leciona na Universidade do Vale do Itajaí e da Universidade de Passo Fundo; Vinicius Figueiredo Chaves, vinculado às Universidades Estácio de Sá, Federal do Rio de Janeiro e Federal Fluminense e; Elcio Nacur Rezende, professor na Escola Superior Dom Helder Câmara e na Faculdade Milton Campos.

Portanto, a coordenação do G.P. e a redação desta apresentação foi incumbência de docentes do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Minas Gerais que, honrosamente, fazem parte do CONPEDI e buscam no seu cotidiano a socialização do conhecimento, mormente em uma área tão preciosa como a conscientização de vivermos em um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável, como preceitua a Constituição da República.

No texto, estimado(a) leitor(a), você encontrará trabalhos que engrandecerão, indubitavelmente, o seu conhecimento sobre o Direito Ambiental em sua mais ampla acepção.

Constata-se, pois, nesta publicação, uma enorme atenção dos pesquisadores em demonstrar que a questão da proteção à natureza, quer sob o prisma do antropocentrismo quer sob o biocentrismo, coadunada harmoniosamente com o desenvolvimento social e econômico, é fator que possibilita vivermos em uma sociedade melhor.

Para muito além de modismo, a Sustentabilidade deve ser compreendida como algo necessário à evolução humana que pretende permanecer vivendo comunitariamente, sob pena das gerações futuras sofrerem significativa perda de qualidade de vida.

Nesse sentido, qualquer inovação jurídica que vise enaltecer a proteção ambiental deve, insofismavelmente, ter como premissa um olhar positivo.

Rogamos, pois, que a leitura desta publicação provoque reflexão e, sobretudo, mudança comportamental, na esperança de vivermos hoje e futuramente em um universo mais digno onde a natureza seja sempre um bem veementemente preservado.

Elcio Nacur Rezende (Escola Superior Dom Helder Câmara e Faculdade Milton Campos)

Liton Lanes Pilau Sobrinho (Universidade do Vale do Itajaí e Universidade de Passo Fundo)

Vinicius Figueiredo Chaves (Universidade Estácio de Sá, Universidade Federal do Rio de Janeiro e Universidade Federal Fluminense)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**O CONTEÚDO MATERIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O STATUS
CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS SOBRE MEIO AMBIENTE SOB A
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL ESPANHOLA E BRASILEIRA**

**THE MATERIAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE
CONSTITUTIONAL STATUS OF THE TREATIES ON ENVIRONMENT UNDER
THE SPANISH AND BRAZILIAN CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE**

**Marcelo Buzaglo Dantas
Marcelo Mendes**

Resumo

O tema do artigo será o conteúdo material dos direitos fundamentais e o status constitucional dos tratados sobre meio ambiente sob a perspectiva constitucional espanhola e brasileira. A partir da contextualização histórica sobre os direitos fundamentais, abordaremos o conceito brasileiro da chamada abertura constitucional e então por meio do método indutivo, será obtida a conclusão. Duas questões relevantes são os efeitos da abertura constitucional e a possibilidade de internalização de tratados internacionais que tratem sobre direito ao meio ambiente, com o status de direito fundamental.

Palavras-chave: Cláusula de abertura, Direitos fundamentais, Tratados internacionais, Status constitucional, Meio ambiente

Abstract/Resumen/Résumé

The theme of the article will be the substantive content of fundamental rights and the constitutional status of environmental treaties under the Spanish and Brazilian constitutional perspective. From the historical contextualization on fundamental rights, we will approach the Brazilian concept of the so-called constitutional opening and then through the inductive method, the conclusion will be obtained. Two relevant issues are the effects of constitutional openness and the possibility of internalization of international treaties dealing with the right to the environment, with the status of fundamental right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Opening clause, Fundamental rights, International treaties, Constitutional status, Environment

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento desta pesquisa científica se deu, em síntese, pelo desejo de analisar comparativamente a abertura das Constituições Brasileira e Espanhola e seus efeitos em relação aos tratados internacionais sobre Meio Ambiente.

Muito se houve falar em direitos fundamentais, como o meio ambiente, saúde, educação etc., mas pouco se sabe sobre suas origens e natureza, pouco se escreve sobre a perspectiva histórica dos direitos fundamentais, um tema fascinante que demandaria um curso inteiro e redação de monografias e teses. A relevância da perspectiva histórica permite, para além de um mecanismo de interpretação, perceber que, concomitantemente, surgiu o Estado Constitucional moderno, cuja essência deriva da proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2009. p. 36).

Assim, iniciará este modesto ensaio com os antecedentes históricos (1ª parte), advindo na sequência uma abordagem sobre o catálogo dos direitos fundamentais brasileiros e espanhóis, e sua perspectiva material aberta (2ª parte), para ao arremate expor algumas considerações sobre o problema da equiparação dos direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal (3ª parte).

O conceito operacional de direitos fundamentais pode ser delimitado por múltiplas perspectivas. A iniciar pela histórica, com o emprego de várias experimentações decorrentes dos sucessivos Estados de Direito por que passou o mundo, criadas ao longo do tempo, como por exemplo, atribuir aos direitos humanos a sinonímia de direitos fundamentais, bem como qual a definição formal e material dos direitos fundamentais, são alguns objetivos desta pesquisa, que fazem sentido investigar.

Longe de pretender exaurir o tema, ou mesmo buscar que este singelo artigo se compare ao integral Direito Comparado, objetiva-se apenas fazer uma concisa análise dogmática entre as duas Cartas Magnas (espanhola e brasileira) e a partir da premissa resultante trazer algumas conclusões sobre o prisma jusfundamental. Isto é, no que concerne à dimensão espacial deste trabalho acadêmico, a análise se limitará às matizes constitucionais espanhola e brasileira.

Um dos problemas que inicial e imediatamente se impõe é indagar sobre a categoria Direitos Fundamentais: um direito essencial tem, necessariamente, de constar na Constituição de uma nação para ser considerado fundamental? Um direito fundamental constante em

tratado internacional é equiparado àquele formalmente inserido no texto constitucional? E, se for equiparável, quais as consequências em relação à hierarquia das normas internas e estes direitos estabelecidos em tratado internacional?

As Constituições do Brasil e da Espanha abordam a temática da mesma forma? Como os Tribunais Supremos interpretam os tratados internacionais diante de antinomia com o direito interno? A partir desta perspectiva, outra problemática que se apresenta relevante radica no catálogo do texto espanhol, é dizer, o sistema de lá exclui outros direitos decorrentes do regime? Ou, em razão de sua especial transcendência constitucional serviriam os tratados internacionais como instrumentos de interpretação constitucional?

Após buscar algumas respostas a estes problemas, e expor alguns conceitos operacionais necessários à compreensão das ideias aqui empreendidas, será introduzido o objeto desta pesquisa científica, que adotará a metodologia indutiva e as categorias, conceitos operacionais e referentes necessários à elaboração de um produto jurídico científico acadêmico.¹

A singularidade da inclusão de uma cláusula de abertura na Constituição pode representar um reforço protetivo à erosão parlamentar, isso sob a perspectiva teórica. Entrementes, surge daí o outro problema, a ser abordado ao longo deste ensaio: a presença de abertura constitucional impede ou limita o desfrute efetivo de um direito reconhecido como fundamental, de ordem interna constitucional, ou mesmo em tratado internacional?

Apresentaremos, num primeiro momento, a visão geral dos sistemas constitucionais fundamentais brasileiro e espanhol, antes de entrar na análise da abertura, o que empreenderemos a partir de um duplo ponto de vista: sua capacidade de delimitar o conceito de direitos fundamentais, considerada a perspectiva histórica, e o alcance de sua projeção no texto constitucional.

Optou-se deliberadamente, a propósito da necessária delimitação conceitual e a bem da definição semântica, limitar o objeto de estudo deste produto científico à análise da abertura constitucional e suas consequências, estritamente, em relação aos tratados internacionais que veiculem direitos ao meio ambiente.

A temática ganha maior abrangência na medida em que, a depender a interpretação seguida, os efeitos do tratado internacional poderão se tornar imutáveis no direito interno e, até mesmo, num plano *jus cogens* transfronteiriço.

¹ O presente artigo é composto conforme: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015, especialmente p. 165.

Ao final, o leitor, concordando ou não com as elucubrações aqui defendidas, que não pretendem exaurir o tema, poderá tirar as próprias conclusões e, sobretudo, colher elementos para formar ou aperfeiçoar sua convicção.

1. Concepção histórica, as dimensões e o catálogo dos direitos fundamentais espanhóis e brasileiros

Os direitos fundamentais, e as garantias também, nasceram e se desenvolveram a partir das Constituições, nas quais foram reconhecidos e assegurados, a partir do surgimento do Estado Constitucional. Em síntese ao devir histórico dos direitos fundamentais, desde o reconhecimento nas primeiras constituições escritas, Sarlet (2009, p. 37) destaca três etapas a) uma pré-histórica, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.

A etapa inicial (pré-histórica) não significa que os primeiros direitos fundamentais surgiram na antiguidade, parte-se desta premissa. Entretanto, não menos verdadeira é a afirmação de que a religião e a filosofia nos legaram, ainda no mundo antigo, princípios que influenciaram o pensamento jusnaturalista, a propósito dos acontecimentos históricos que expressaram “...antes de tudo, através da negação da mesma identidade de pessoa (aos escravos, concebidos como coisas), e, somente em segundo plano (com as variadas inabilitações impostas às mulheres, aos hereges, aos excluídos e aos judeus), através da negação da capacidade de agir...”. (FERRAJOLI, 2011, p. 14).

Mas foi com a teoria contratualista, nos séculos XVII e XVIII, que os direitos fundamentais atingem o apogeu no iluminismo e, paralelamente, ocorre o processo de laicização do direito natural.

De acordo com J.J. Gomes Canotilho (2003, p. 382), as percepções cristãs debelaram o direito positivo às leis naturais e sobretudo às divinas. Houve, portanto, uma progressiva separação entre elas, mediante a épica concepção das leis divinas como as mais justas.

É neste momento que a dignidade humana adquire a força suprafundamental do Estado. E é a partir do iluminismo que os direitos naturais cedem espaço para os direitos humanos, individuais e prestacionais, com eficácia oponível, inclusive aos detentores de poder (SARLET, 2009. p. 40).

Os direitos fundamentais foram constitucionalizados, segundo Canotilho (2003, p. 382), a partir da Declaração de Direitos do povo da Virgínia (1787), e a Declaração dos Direitos do Homem (1789). Não obstante as diferenças relevantes entre estes históricos instrumentos libertatórios, o fato é que eles consistem em marcos civilizatórios, que transcenderam ao plano natural e superaram a barreira do Estado de Hobbes², e que foram recepcionados e reconhecidos pelas Constituições Brasileira e Espanhola, vinculando o parlamento e o Estado à sua proteção.

Pela lógica de sua origem, esta tese como denomina Luigi Ferrajoli (2011, p. 15) demarca uma zona de não intervenção, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, também conhecidos como direitos de cunho negativo, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Assim sendo, são direitos fundamentais de primeira dimensão, e inseridos no texto constitucional brasileiro: liberdade de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, direitos de participação política (voto e capacidade eleitoral passiva), a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência, direito de igualdade, devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição, dentre outros previstos no título II da CRFB, e outros ainda dispersos no texto constitucional e também decorrentes do regime e dos princípios adotados pela República Brasileira, conforme será tratado em item próprio, a seguir (item 2).

Na Constituição da Monarquia Parlamentar da Espanha, à semelhança da Carta brasileira, igualmente estão constitucionalizados diversos direitos fundamentais de 1ª dimensão, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pelas leis, respeito pelos outros, igualdade perante a lei, direito à vida, religião, liberdade de expressão e demais direitos expressa contidos no título I.

Em continuidade à evolução jusfundamental, impulsionado pela revolução industrial, os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, e para o bem da efetivação da liberdade e igualdade conquistadas, surgem os direitos de 2ª dimensão, denominados de direitos sociais (do cidadão e da cidadania), que atribuem ao Estado o comportamento ativo na realização da justiça social. Sobre a *cidadania* escreve Marshal, citado por Ferrajoli (2011, p. 18), “..é um *status* que vem conferido àqueles que são membros de pleno direito de uma

² Em sua mais conhecida obra, O Leviatã, Thomas Hobbes explica que o homem nasce egoísta e busca a satisfação de suas necessidades individuais por meio do domínio sobre o outro, retratando o estado natural do homem, que desconhece a lei e a justiça. (2003, p. 55).

comunidade e conferidos por tal *status...*” e acrescenta que “são os direitos e os deveres sobre os quais se baseia a igualdade de todos aqueles que os possuem”.

Na Constituição da República Federativa do Brasil estão inseridos no capítulo II, ‘Dos Direitos Sociais’, a liberdade de sindicalização, direito de greve, férias, repouso semanal remunerado, salário mínimo, limitação de jornada de trabalho, FGTS, seguro desemprego, salário família, 13º salário, licença gestante e paternidade, dentre outros tantos, e também ao longo do texto constitucional há os direitos fundamentais não catalogados como o ‘Da Seguridade Social’ (Título VIII, Capítulo II), por exemplo.

Na Carta Espanhola estão resumidamente reconhecidos o direito de greve, direito e dever de trabalhar, livre exercício de profissão, direito de habitação e a seguridade social também, e etc.

Por último, os direitos de 3ª dimensão também denominados direitos de fraternidade ou solidariedade, caracterizam-se pelo desprendimento do indivíduo e pela titularidade coletiva ou difusa. Para Ferrajoli (2011, p. 15), com o qual consentimos, eles correspondem à terceira tese em tema de direitos fundamentais e se referem à moderna natureza supranacional, pois são conferidos pelas constituições estatais independentemente da cidadania.

Dentre esses direitos no texto brasileiro situam-se: direito de reunião, a paz, a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento, patrimônio histórico e cultural, direito de comunicação e o meio ambiente e qualidade de vida. Enquanto que no espanhol, há direito ao meio ambiente adequado para desenvolvimento da pessoa, direito de reunião, de associação, de participar dos assuntos políticos, preservação do patrimônio histórico, artístico e dos povos da Espanha, direito de petição dentre outros.³

Desenvolveremos a seguir e a partir deste breve relato comparativo, embora não desconhecemos que haja outras gerações de direitos fundamentais (como o direito ao sufrágio, de quarta geração; e o direito à paz, de sexta geração), a abertura de cada carta política e a hermenêutica dos Tribunais Supremos brasileiro e espanhol.

2. A abertura constitucional e a hermenêutica dos Tribunais Constitucionais brasileiro e espanhol

³ A consulta à Constituição da Espanha em todas as referências citadas neste artigo foi efetivada por meio do site: <<http://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>>, acesso em 25.jan.2017.

Como visto no item anterior, a Constituição Brasileira elevou muitos direitos ao patamar de fundamental, muitos outros além daqueles que a Constituição Espanhola consagrou. O Brasil trouxe ao *status* de fundamental direitos que, para a Espanha, não passam de legislação infraconstitucional, ou mesmo resolução ou acordo internacional.

Não se trata como quer parecer de mera distinção formal dogmática constitucional, isto é, a materialidade dos direitos fundamentais “...prescinde da circunstância de fato de que nesse ou naquele ordenamento tais direitos sejam ou não formulados em cartas constitucionais ou em leis fundamentais...” (FERRAJOLI, 2011, p. 08).

A propósito, trazemos alguns artigos da Constituição da Monarquia Parlamentar da Espanha que não constam no catálogo dos direitos fundamentais e relegaram a regulação e implementação para lei ordinária (habeas corpus, direitos trabalhistas), ao contrário da nossa Constituição que os apontou como fundamentais:

Artigo 35 [...]

2. A lei regulará o estatuto dos trabalhadores.

Artigo 37.

1. A lei garantirá o direito à negociação coletiva de trabalho entre os representantes dos trabalhadores e empregadores, bem como a força vinculante dos acordos.

2. O direito dos trabalhadores e empregadores de adotar medidas de conflito coletivo é reconhecido. A lei que regulamenta o exercício desse direito, sem prejuízo das limitações que possam ser estabelecidas, incluirá as garantias precisas para assegurar o funcionamento dos serviços essenciais da comunidade.⁴

Isto significa dizer que o constituinte brasileiro optou deliberadamente por incluir no texto constitucional, inúmeros direitos trabalhistas, que sequer ostentam materialmente o caráter fundamental. Para além do catálogo de direitos fundamentais na CRFB (título II), o constituinte brasileiro consagrou outros como fundamentais ao longo do texto. Notamos, à evidência, a incapacidade do constituinte em delimitar o conceito material de direitos fundamentais, ao ponto de beirar à banalização.

Isso sem dizer da cláusula de abertura constitucional, que não só permitiu os direitos fundamentais difundirem-se por toda a Constituição Brasileira, como também por todo o ordenamento jurídico inclusive os que porventura forem internalizados, mesmo sem constar formalmente no texto constitucional.

Por cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais deve-se entender como abertura da Constituição a direitos decorrentes de tratados internacionais,

⁴ Tradução livre dos autores.

decorrentes de normas de Direito Internacional, que o Brasil seja parte. É o que dispõe o artigo 5º, §2º da Constituição Brasileira, de 1988.⁵

É por isso que o rol de direitos fundamentais na República Brasileira não é taxativo, nem mesmo o rol que consta em todo o texto constitucional. Foi este dispositivo que inaugurou o que se chama de abertura do catálogo de direitos fundamentais. Há, pois, direitos expressamente positivados e direitos implicitamente positivados, ou ainda, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Tarefa árdua e delicada ficou com a doutrina e jurisprudência.

Se considerar que a educação, saúde, previdência social, família se encontram nos diversos capítulos do título III, poder-se-ia, assim como parte da doutrina o faz, defender que tudo o que está ali inserido é materialmente fundamental.

Ainda que alguns direitos possuam tão somente a fundamentalidade formal, isto é, são direitos fundamentais unicamente devido à sua alocação no rol do art. 5º, da CF, essa concepção (extensão da condição de materialmente fundamentais a todos os direitos) não parecer corresponder aos objetivos do Constituinte, nem mesmo aos ditames do bom-senso, “...pois, se assim fosse, teríamos de considerar como fundamentais quase todas as posições jurídicas consagradas nos cerca de 40 artigos da ordem social...” (SARLET, 2009. p. 118).

É bem verdade que a Constituição brasileira adotou um sistema (tecido orgânico como diz Capra) de direitos fundamentais positivados expressos e implícitos na Constituição, entretanto o poder constituinte não indicou quais direitos nesta situação são fundamentais, relegando à doutrina e à jurisprudência construí-los. Certo é que

...toda e qualquer posição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes, seja ela encontrada na Constituição (fora do catálogo), ou em algum tratado internacional, deverá, para ser considerada autêntico direito fundamental, equivaler – em seu conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo (SARLET, 2009. p. 91).

Trata-se de autêntico princípio constitucional deduzido diretamente do art. 5º, § 2º da CRFB, também conhecido como cláusula inclusiva, que repudia a ideia de taxatividade ou exaustividade do sistema jurídico brasileiro de direitos fundamentais.

A referência à cláusula de abertura ou da não tipicidade dos direitos fundamentais não está presente apenas no ordenamento jurídico brasileiro. Ela também figura em algumas

⁵ Art. 5º: [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição da República Federativa. Publicada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25.jan.2018).

constituições estrangeiras. A primeira cláusula de abertura está no 9º aditamento à Constituição dos Estados Unidos, cujo modelo constitucional mais se aproximou de uma Constituição liberal. A cláusula de abertura também consta na Constituição peruana em seu artigo 4º; na Constituição da Guiné-Bissau em seu artigo 28; na Constituição portuguesa em seu artigo 16º, 1º; na Constituição venezuelana em seu artigo 50; na Constituição colombiana em seu artigo 94 entre outras (EMERIQUE; GOMES; e SÁ, 2006. p. 130).

Esse sistema introduzido na CRFB (é possível assim resumir) é classificado em 02 (duas) castas: os direitos expressa e os implicitamente positivados no texto constitucional.

No sistema espanhol não é tão diferente. Como dissemos antes, os direitos fundamentais de lá são expressamente catalogados, mas há direitos dispersos na carta espanhola e até mesmo fora do texto constitucional que se reconhece valor supralegal, que asseguram estar imunes ao poder legislativo, mas ao mesmo tempo sem natureza jusfundamental. É o que nos ensina a doutrina dos Professores da Uned, na Espanha, Ignacio Gutiérrez Gutiérrez e Jorge Alguacil González-Aurioles (2011, p. 01):

A Constituição espanhola dedica seu primeiro título (após a preliminar) aos direitos fundamentais. [...], o fato de que na Constituição outros direitos aparecem fora desse Título, nesse sentido disperso, nem sempre em óbvia conexão com os direitos reconhecidos dentro dele; e também o regime que pode corresponder a direitos reconhecidos fora da Constituição, mas dotado, em termos que poderiam ser descritos como para-constitucionais, com certa imunidade da Lei (incluindo um valor especial ao interpretar os direitos fundamentais coletados pela nossa Constituição, artigo 10.2 CE), ou também a qualificação precisa das faculdades jurídicas que incorporam aos direitos constitucionais as leis que, segundo os arts. 53.1 e 81 CE, regulam ou desenvolvem.

Do que até aqui expusemos, é possível considerar a presença de três situações normativas presentes em ambos sistemas que os assemelham: 1. Os direitos fundamentais previstos no catálogo (aqueles que o constituinte desde logo garantiu, ainda que para alguns de modo formal, a fundamentalidade); 2. Os direitos dispersos (que os espanhóis chamam de ‘para-constitucionais’); e 3. Os expressos em tratados internacionais.

É sobre este último item que este ensaio acadêmico se debruçará a seguir, em especial, em relação à internalização de tais tratados, ao valor jurídico hierárquico dos direitos neles previstos e como resolver, em particular, os casos de eventual antinomia entre a Constituição ou mesmo as normas infraconstitucionais e o disposto no tratado ratificado pelo Brasil.

Os tratados internacionais há muito tem sido objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal, que em duas oportunidades empregou hermenêuticas distintas a cada instrumento:

- no primeiro caso, mesmo o tratado internacional contendo um princípio fundamental da República Federativa do Brasil⁶ - da livre iniciativa e da liberdade de comércio, o STF privilegiou o direito (interno) fundamental ao meio ambiente, e proibiu a importação de pneus usados; e

- no segundo, o Supremo afastou a possibilidade de interpretar as normas internas em desacordo com o tratado internacional (Pacto de San Jose da Costa Rica) e a impediu a prisão civil, com exceção do devedor de alimentos.⁷

Neste julgamento, o STF tornou sem efeito uma norma constitucional (art. 5º, LXVII) com fundamento no tratado internacional, e mesmo assim deixou expressamente consignado que tratado tem *status* supralegal.

Uma das consequências da internalização de tratados internacionais, com *status* de direito fundamental, é o afastamento da garantia constitucional de imutabilidade, isto é, superando o conceito estreito de limitação ao poder reformador, como veremos na próxima seção, eventual alteração das regras ou princípios sobre direitos fundamentais violaria cláusula pétrea.

Em julgamento bastante controvertido (Declaração 1/1991), o Tribunal Constitucional Espanhol se pronunciou sobre a ratificação do Tratado de Maastricht, que atribui aos estrangeiros o direito ao sufrágio passivo nas eleições locais, afastando a aplicação do disposto no art. 13.2 da Constituição daquela Monarquia.

Originalmente e antes do pronunciamento da Corte Espanhola, o texto constitucional conferia aos estrangeiros o direito ao sufrágio, desde que atendidas certas condições

⁶ RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. [...] **Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil).** [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009) – destaque não original.

⁷ DIREITO PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. 1. [...] **O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.** 3. Na atualidade a única hipótese de prisão civil, no Direito brasileiro, é a do devedor de alimentos. O art. 5º, §2º, da Carta Magna, expressamente estabeleceu que os direitos e garantias expressos no caput do mesmo dispositivo não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica, entendido como um tratado internacional em matéria de direitos humanos, expressamente, só admite, no seu bojo, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos e, conseqüentemente, não admite mais a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. (HC 95967, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008). – destaque não original. Posteriormente, o direito internacional foi materializado na súmula vinculante 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

estabelecidas em lei, mas em qualquer caso limitadamente à capacidade ativa (direito de votar).

No julgamento, o Tribunal Constitucional reconheceu a existência de antinomia aparente entre o art. 8 B, § 1º do Tratado da Comunidade Europeia e o art. 13.2 da Constituição Espanhola, pois no direito internacional os membros da Comunidade têm direito ao sufrágio passivo. A resolução desta antinomia foi surpreendente: a Corte ratificou o tratado internacional e ordenou a reforma constitucional, conforme se lê:

1º Que a estipulação contida no futuro art. 8 B, parágrafo 1, do Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia, tal como será elaborado pelo Tratado da União Europeia, é contrário ao art. 13.2 da Constituição relativa à atribuição do direito de sufrágio passivo nas eleições municipais para os cidadãos da União Europeia que não sejam cidadãos espanhóis.

2º Que o procedimento de reforma constitucional, que deve ser seguido para se obter a adequação da referida norma convencional à Constituição, é aquele estabelecido em seu art. 167.

Após esse julgamento o texto constitucional espanhol foi alterado, passando expressamente a constar o direito ao sufrágio, ativo e passivo, aos membros da comunidade europeia.⁸

Notamos que, tanto aqui entre nós quanto na península ibérica, os Tribunais Constitucionais têm adotado e internalizado os tratados internacionais, mesmo que para isso tenham que afastar a regra constitucional. Sob a mesma perspectiva, nos termos do voto do Ministro Cesar Peluso no RE 466.343 (DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60), a previsão constitucional não é revogada, mas deixa “...de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria...”

A seguir, e concluindo este ensaio, será tratado o conteúdo material dos direitos fundamentais e a finalidade dos tratados sobre meio ambiente, em ambas Leis Fundamentais – Espanha e Brasil.

3. O conteúdo material dos Direitos Fundamentais e o *status* dos Tratados sobre Meio Ambiente sob a perspectiva constitucional espanhola e brasileira

⁸ Após a decisão da Corte Espanhola, com a reforma constitucional, o *artículo* 13 passou a ter a seguinte redação: “2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.”

Para ser fundamental, o direito tem de apresentar um conteúdo de ordem formal ou material.

De acordo com Jorge Miranda (1998. p. 7), os direitos fundamentais em sentido formal seriam aquelas posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto consagradas na Constituição. Isto quer dizer que, uma vez presente no direito constitucional positivo, é considerado como tal, e assim ostenta o *status* de intocável e insuscetível à erosão do Poder Constituinte Reformador.

De outro lado, o direito materialmente fundamental é aquele integrante da constituição material, cujo conteúdo e estrutura tem vínculo com a dignidade da pessoa humana. A dimensão material possibilita a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto (apenas materialmente fundamentais), ou fora do catálogo, isto é, dispersos, mas integrantes da constituição formal. Permite também a aplicação do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais em sentido formal a estes direitos, apenas materialmente constitucionais (CANOTILHO, 2003, p. 499).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 109), os direitos fundamentais do homem constituem um conceito materialmente aberto, conforme dito alhures, já que a CRFB consagrou a ideia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Por isso, os direitos fundamentais descritos no título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais da CRFB, compõem um rol meramente exemplificativo. A propósito, assim comparou as Constituições:

Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição Portuguesa de 1911 [art. 4º], a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Neste contexto, importa salientar que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo. A regra, por outro lado, encontra semelhante formulação na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1), assim como nas Constituições da Argentina (art. 33), do Peru (art. 4º), da Guatemala (art. 44) e da Venezuela (art. 50), apenas para citar algumas das ordens constitucionais mais próximas de nós.

A Constituição Espanhola, em sua vez, não consagra expressamente a concepção material aberta dos direitos fundamentais, enquanto que para a CRFB, o conteúdo material dos direitos fundamentais não se abrevia apenas aos direitos estabelecidos pelo poder constituinte, de tal forma que se exige da doutrina e jurisprudência a adoção de um critério para o reconhecimento dos direitos que não estão no texto constitucional.

A primeira crítica que reluz do sistema jusfundamental brasileiro situa-se na consequência causada pela abertura constitucional, dada a conexão com o assim chamado ativismo judicial. Isto porque, em boa parte:

...estamos nos movendo na esfera de uma “criação” de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, seja quando atribui tal condição a direitos constantes do texto constitucional, mas que não foram com tais assim consagrados pelo constituinte, mas também quando, no domínio dos direitos implícitos, reconhece posições fundamentais que sequer encontram correspondência direta no texto da constituição, debate, aliás, que marcou profundamente a doutrina e mesmo a jurisprudência constitucional norte-americana no que diz com as discussões em torno do alcance e significado da IX Emenda (SARLET, 2015).

De outro lado, o texto espanhol também rende análise crítica e pertinente feita pela doutrina Jorge Miranda (1998, p. 10/11) - não que ele tenha analisado o texto espanhol, que ao qualificar como direitos fundamentais apenas os direitos em sentido formal, equivaleria a abandonar a sua historicidade e como resultado “...negaria a possibilidade de consagração de outros direitos, que ao longo do tempo, adquiririam relevância tal para a sociedade ao ponto de serem considerados sob o caráter de sua fundamentalidade.” E, além disso, a abertura constitucional brasileira tem a finalidade de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos (SARLET, 2009. p. 120).

O critério de interpretação adotado pelos sistemas constitucionais espanhol e brasileiro, por conta desta lógica jusfundamental de conteúdos (formal e material) consequentemente também são diferentes.

A Constituição Espanhola prevê em seu artigo 10 que os direitos fundamentais serão interpretados em conformidade com os tratados ratificados pela Espanha.⁹ Isto representa, entre outras palavras, que os tratados internacionais servem de critérios hermenêuticos para o direito interno espanhol. De outro lado, a Constituição Brasileira (o célebre art. 5º, § 2º) reconhece como direitos fundamentais aqueles previstos em tratados internacionais, ratificados pelo Brasil.

⁹ Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. (ESPAÑA. Constitución Española. Publicada en de 29 de diciembre de 1978. Disponível em: < https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 25.jan.2018).

Em epítome, para a Espanha os tratados internacionais sobre direitos humanos (fundamentais)¹⁰ são critérios de resolução de antinomia, enquanto que para o Brasil são considerados como normas de direitos fundamentais.

O problema que se apresenta para o Brasil, e merece atenção, diz respeito à posição hierárquica das normas de direito internacional. No Direito Português, há norma constitucional expressa “...sobre a recepção automática das regras de direito internacional, com algumas restrições (art. 8º, nº 1 a 3, da Constituição de 1976).” (SARLET, 2009. p. 48). E a doutrina portuguesa é majoritária quanto à subordinação do direito internacional ao interno.

Este, aliás, é um dos problemas formulados no introito: um direito fundamental instituído por tratado ou convenção internacional possui força normativa idêntica aos direitos consagrados pelo texto constitucional? Se negativa for a resposta, o direito é superior ou equiparado à norma infraconstitucional?

As respostas a estes problemas, certamente, não serão aqui encerradas, nem se possui tamanha pretensão (exaurir o tema), mas certo é que se pretende investigar caminhos que permitam uma reflexão, diga-se de passagem um tanto quanto complexa. É verdade também que o resultado desta investigação radicar-se-á para a definição do patamar categórico do tratado internacional, em especial o controle de constitucionalidade, bem como a consequência da pós-intervalização - cláusula pétrea, mas não será apresentada nenhuma solução pronta para estes problemas.

Há 03 (três) vertentes doutrinárias, uma que sustenta a supremacia do direito internacional (tal como o constitucionalismo português, que se submete apenas à Constituição). A segunda, que “...consagram a teoria da paridade entre as normas internacionais e a legislação interna...” (SARLET, 2009. p. 123). E a terceira que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º da CRFB, admite o *status* constitucional aos tratados de direitos humanos.

Parece razoável assim concluir que os direitos materialmente fundamentais oriundos de fora do território brasileiro se agregam à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo status equivalente. É entre nós este o sentido da regra do art. 5º, § 2º.

A essa interpretação pode-se acrescer o entendimento de Flávia Piovesan que advoga no sentido da maior realização, máxima efetividade, ou seja, que estenda aos direitos fundamentais constantes de tratados internacionais força jurídica equivalente aos direitos do

¹⁰ Para efeito de conceito operacional, adotar-se-á a expressão direitos humanos como sinônima de direitos fundamentais.

catálogo (PIOVESAN, 1996. p. 96). Mas, quais são os efeitos em se conferir equivalência de emenda aos tratados internacionais, para além do seu *status* de norma constitucional? São 02 (dois) os efeitos:

1. Os tratados poderão reformar a Constituição, e entrarão em vigor com nível de direito fundamental (supraconstitucional); e

2. Os tratados estarão a salvo do Poder Constituinte Reformador, isto é, incorporarão ao ordenamento jurídico interno como cláusulas pétreas, ficando insuscetível, inclusive, de denúncia.

Assim interpretando, não há diferença (ao menos sob o aspecto da hierarquia das normas) entre qualquer outra norma constitucional, nem mesmo com a de *status* de fundamental. E, diferentemente dos tratados internacionais que não tratam de direitos humanos ou de direito ao meio ambiente, caso o Estado Brasileiro decida por declinar da tratativa antes aceita, não poderá denunciar, dada a irrenunciabilidade e intangibilidade característicos dos direitos fundamentais.

Nota-se que, tanto no texto constitucional brasileiro como no espanhol, está presente o conceito operacional de meio ambiente em sentido amplo, na medida em que ambas Constituições igualmente assentaram os recursos naturais, o patrimônio histórico e o trabalho como valores essenciais à nação. E isto se justifica pelos períodos da história por que igualmente passaram Brasil e Espanha.

Em adição à argumentação trazida, em se tratando de direito transnacional, por vezes, objeto de tratado ou convenção internacional, parece-nos razoável afirmar que o direito ao meio ambiente está para além das fronteiras dos Estados e integra um universo de princípios com especial força obrigatória, um autêntico *jus cogens* comunitário, que faz refletir sobre a (retrógrada) pirâmide de Kelsen.

Daí resultar o *landmark* da fundamentalidade do direito ao meio ambiente em interpretação já pacificada entre nós há muito tempo e neste ponto o coautor deste produto acadêmico, Dr. Marcelo Buzaglo Dantas¹¹ já se manifestou. Porém no direito espanhol a interpretação não é tão pacífica assim.

¹¹ “...pode-se facilmente chegar à conclusão de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode perfeitamente ser considerado um direito fundamental. Embora não esteja previsto, de modo específico, no art. 5º da CF/88, isto não significa que o (*sic*) ele não possa ser considerado fundamental, em virtude do que estabelece o § 2º desse dispositivo...” (DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 147).

Como aponta Jordano Fraga, a doutrina espanhola “..está dividida entre a consideração do direito a um ambiente apropriado como direito da personalidade, como direito humano ou direito fundamental.”¹² Para outra vertente doutrinária, a discussão em torno do direito ao meio ambiente ser, ou não, fundamental é irrelevante e imprópria pelo errôneo paradigma que estabelece (direito individual). Assim é que o Professor Gabriel Real Ferrer ensina:

A inconsistência dos direitos nacionais em relação à sua consideração como Lei Ambiental é demonstrada no debate estéril sobre sua possível consideração como Direito Fundamental. Visto amplamente, o debate sobre a existência ou não de um direito subjetivo de desfrutar de um ambiente adequado beira o absurdo. Em primeiro lugar, porque do ponto de vista legal é insustentável, em segundo lugar, porque a abordagem está errada e precisa ser distorcida até que seja polarizada, pois do ponto de vista individual a questão chave é definir nossas obrigações com relação ao meio ambiente, não nossos direitos.¹³

Neste prisma, não há um direito, mas sim um dever fundamental de todos com o meio ambiente, na medida em que não se trata de um direito oponível simplesmente contra o Estado (pessoa jurídica de direito internacional), mas um direito esférico, de todas as pessoas, indistintamente.

Com efeito, que a interpretação no sentido da equiparação dos tratados internacionais com os direitos fundamentais internos remete a uma esfera jurídica comum a todos os Estados, como pressuposto à construção de uma ordem jurídica internacional.

É possível assim concluir que a esfera jurídica proposta pela doutrina espanhola torna sem objeto a discussão em torno do *status* fundamental dos tratados internacionais, em conformidade também com o decidido pelo STF na ADPF 101 “...se fosse possível atribuir

¹² Tradução livre dos autores: “la doctrina se ha dividido entre la consideración del derecho a un medio ambiente adecuado como derecho de la personalidad, como derecho humano o como derecho fundamental.” (FRAGA, Jesús Jordano. **La protección del derecho a un medio ambiente adecuado**. Barcelona: Bosch, 1995. Disponível em: <file:///C:/Users/mende/Downloads/RJ_19_V_3%20(1).pdf>, acesso em: 30.mar.2018. pg 485). Aliás, o próprio Professor Gabriel Real Ferrer já defendeu que “...desde una perspectiva técnico-jurídica, ya me manifesté con relación a la Constitución española entendiendo que no lo contemplaba como un Derecho fundamental.” (*El Medio Ambiente en la Constitución Española*, Revue Juridique de l’ Environnement, 4/1.994, pags. 319).

¹³ Tradução livre dos autores: “La inconsistencia de los derechos nacionales en cuanto a su consideración como Derecho Ambiental se demuestra en el estéril debate acerca de su posible consideración como Derecho Fundamental. Visto ampliamente, el debate sobre la existencia o no de un derecho subjetivo a disfrutar de un medio ambiente adecuado roza lo absurdo. En primer lugar, porque desde un punto de vista jurídico es insostenible, en segundo, porque el enfoque es erróneo y requiere ser retorcido hasta hacerlo polarmente opuesto, pues desde un punto de vista individual la cuestión clave es definir nuestras obligaciones respecto del medio, no nuestros derechos.” (FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Disponível em: <https://dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf>, acesso em: 30.mar.2018. p. 18).

peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses...”¹⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a exposição de todos os argumentos e citações neste artigo científico foi possível concluir, sem logicamente exaurir o objeto, que o fim foi atingido: encontrar algumas respostas para os problemas formulados na parte introdutória.

No primeiro item deste ensaio, foi analisada a concepção histórica, suas dimensões e o catálogo dos direitos fundamentais espanhóis e brasileiros. Nesta seção inicial foi possível constatar que o sistema jurídico brasileiro adotou muitos direitos como fundamentais, muitos outros além daqueles que o ordenamento espanhol adotou.

Eis a primeira distinção: o rol brasileiro é maior que o espanhol.

Já na segunda seção deste artigo, discorreu-se sobre a abertura constitucional e como os Tribunais Constitucionais do Brasil e Espanha interpretam os tratados internacionais. Diferentemente de outras constituições, inclusive de constituição de país que integra a zona do euro (ex.: Portugal), a Constituição Espanhola não prevê expressamente a cláusula de abertura de sorte que não obstante a omissão, a partir do julgamento 1/1991 do Tribunal Constitucional, percebemos que a jurisprudência a adotou quando estendeu o direito ao sufrágio aos membros da Comunidade Europeia, como direito fundamental decorrente do regime e dos princípios adotados.

E, na terceira e última parte, foi ponderado sobre conteúdo material dos Direitos Fundamentais e o *status* dos Tratados sobre Meio Ambiente sob a perspectiva constitucional espanhola e brasileira

Se os direitos fundamentais são cláusula pétrea, tanto no Brasil quanto na Espanha¹⁵, e respondendo a um dos problemas formulados na introdução, parece-nos oportuno discorrer

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009

¹⁵ Oportuno citar a lição, a propósito, de Juan José Solozábal Echavarría: “De modo que una cosa es cambiar la Constitución, introduciendo modificaciones en ella, que pueden tener incluso una pretensión global, general o «total», como dice nuestro artículo 168 CE, y otra cosa es cambiar de Constitución, lo cual no es ejercer un poder de revisión, sino de destrucción de la misma. Esto es lo que acontece cuando se cambia la titularidad del poder soberano, se le dificulta su actuación en el futuro o, supuesto que aquí se plantea, se impide un funcionamiento democrático al sistema político en virtud de supresiones o limitaciones intolerables de los derechos fundamentales.” (**Los Derechos Fundamentales em la Constitución Española**. Disponível em:

sobre a questão da hierarquia das normas, notadamente sobre o problema causado pela abertura constitucional brasileira.

Para a CRFB, um tratado sobre meio ambiente que decorre do regime por ela adotado, desde que ratificado pelo Brasil, terá o *status* de direito fundamental. Assim, o tratado internacional será, formal e hierarquicamente, como emenda constitucional e estará imune à erosão legislativa, e também à denúncia por parte do Estado Brasileiro.

De todo modo, o tratado adotado pelo Brasil, uma vez incorporado ao regime de direito fundamental não poderá sofrer emenda.

Já para a CE, os tratados internacionais, mesmo que abranjam direitos fundamentais, não serão a estes equiparados. O constituinte espanhol dotou os tratados de outra função: servem de padrão, critério hermenêutico para os direitos fundamentais.

De qualquer sorte, mesmo que ambos sistemas normativos tenham outorgado *status* diferentes aos tratados, a doutrina espanhola acena, não para um direito, mas sim um dever fundamental de todos com o meio ambiente, mas um direito esférico, de todas as pessoas, indistintamente.

Conclui-se neste sentido que a esfera jurídica proposta pela doutrina espanhola torna sem objeto a discussão em torno do *status* fundamental dos tratados internacionais, na medida em que o valor jurídico de princípios como o da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria.

Para finalizar a conclusão, se todo aquele que se propuser a ler este artigo, e se debruçar sobre ele com o espírito e mente abertos, além de disposto a formular críticas e sugestões que julgar oportunas, ter-se-á profunda gratidão. E se este artigo tiver logrado provocar a reflexão, considerar-se-á ter alcançado o objetivo.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição da República Federativa. Publicada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25.jan.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009.

<file:///C:/Users/mende/Downloads/Dialnet-LosDerechosFundamentalesEnLaConstitucionEspañola-27574.pdf>, acesso em 26.jan.18. p. 13).

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 95967, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 11/11/2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2003.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ECHAVARRIA, Juan José Solozábal. **Los Derechos Fundamentales em la Constitución Española**. Disponível em: <file:///C:/Users/mende/Downloads/Dialnet-LosDerechosFundamentalesEnLaConstitucionEspanola-27574.pdf>, acesso em 26.jan.18.

EMERIQUE, Lilian Márcia B., GOMES, Alice Mª de M., e SÁ, Catharine F. de. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 8 - Junho de 2006.

ESPAÑA. Constitución Española. Publicada en de 29 de diciembre de 1978. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 25.jan.2018.

_____. Tribunal Constitucional da Espanha. Declaração 1/1991, de 4 de janeiro. Disponível em: <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1640>>.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del Derecho Ambiental**. Disponível em: <https://dda.ua.es/documentos/construccion_derecho_ambiental.pdf>

FRAGA, Jesús Jordano. **La protección del derecho a un medio ambiente adecuado**. Barcelona: Bosch, 1995. Disponível em: <[file:///C:/Users/mende/Downloads/RJ_19_V_3%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/mende/Downloads/RJ_19_V_3%20(1).pdf)>.

GUTIÉRREZ, Ignacio Gutiérrez; e GONZÁLEZ-AURIOLES, Jorge Alguacil. Concepto de derechos fundamentales en la Constitución española. Disponível em: <<https://www2.uned.es/dpto-derecho-politico/1concepto3.pdf>>

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Os Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais:** Uma Constituição aberta a outros direitos fundamentais? Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mar-13/direitos-fundamentais-constituicao-aberta-outros-direitos-fundamentais>>, acesso em 26.jan.2018