

ISSN 1980-7805 (impresso)
ISSN 2177-1499 (eletrônico)

Direitos Culturais

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
- MESTRADO e DOUTORADO da URI - Campus Santo Ângelo - RS



UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS
MISSÕES (URI)

CAMPUS DE SANTO ÂNGELO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

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

MESTRADO E DOUTORADO

DIREITOS CULTURAIS

SANTO ÂNGELO – RS

2018

© 2018, by FuRI – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
– Campus Santo Ângelo, RS
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

D598 Direitos culturais : revista do programa de pós-graduação em Direito –
Doutorado e Mestrado – URI Santo Ângelo / Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo
Ângelo - v.1, n.1 (dez. 2006)- . – Santo Ângelo: FuRI,
2016.

v.13 , n.30, maio./ago. 2018
Semestral: Dez. 2006-jul./dez. 2012. Quadrimestral: Jan./abr.
2013-.
ISSN 1980-7805 (impresso)
ISSN 2177-1499 (on-line)

1. Direito-Periódicos. I. Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo.

CDU: 340.114

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

Editores Gerentes

Jacson Roberto Cervi
Thami Covatti Piaia

Editoria de Seção e Formatação

Débora Patricia Seger

Revisão

Jacson Roberto Cervi

Revisão Língua Inglesa

Thami Covatti Piaia

Capa

Leandro Figueiredo

Publicação

FuRI – Fundação da URI – Campus de Santo Ângelo
Rua Universidade das Missões, 464 – 98802-470
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55) 3313-7900

Composição e Impressão

Gráfica Venâncio Aires

REVISTA DIREITOS CULTURAIS

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões (URI)
Reitor
Arnaldo Nogaro

Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Neusa Maria John Scheid

Pró-Reitora de Ensino
Edite Maria Sudbrack

Pró-Reitor de Administração
Nestor Henrique de Cesaro

URI – Campus de Santo Ângelo
Diretor-Geral
Gilberto Pacheco

Diretora Acadêmica
Marcelo Paulo Stracke

Diretor Administrativo
Berenice Beatriz Rossner Whatuba

Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Jacson Roberto Cervi

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

Coordenação Acadêmica
João Martins Bertaso

Coordenação Executiva
André Leonardo Copetti Santos

Editores Gerentes
Jacson Roberto Cervi
Thami Covatti Piaia

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores.
Os originais não serão devolvidos, mesmo não publicados.

FOCO E ESCOPO

A Revista Direitos Culturais, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da URI, Campus de Santo Ângelo, é publicada quadrimestralmente e aceita colaborações de artigos inéditos. A Revista estrutura-se nas seguintes seções:

a) Artigos, que deverão referir-se, tematicamente, às seguintes linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI: a) Direito e Multiculturalismo e b) Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito.

b) Resenhas de Livros e obras de referência do Direito. Apenas serão aceitas resenhas de livros lançados nos últimos dois anos.

c) Resenhas de Jurisprudência

d) Resumos de Dissertações defendidas no Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDireito – URI.

MISSÃO

Disseminar conhecimento sobre as relações entre Direito e Cultura, estimular a reflexão e o debate e promover o desenvolvimento e a capacitação de operadores jurídicos e sua interação com os processos de concretização da cidadania.

INDEXADORES



Bases de Dados



Associado à



EQUIPE EDITORIAL

Editores Gerentes

Dr. Jacson Roberto Cervi, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil
Dra. Thami Covatti Piaia, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil

Editor Associado

Dr. Fábio César Junges, URI, Santo Ângelo, RS, Brasil

Conselho Editorial

Dr. Alvaro Sanchez Bravo, Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha
Dr. Antonio Carlos Wolkmer, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil
Dr. Augusto Jaeger Junior, UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil
Felipe Chiarello de Souza Pinto, PUC, São Paulo, SP, Brasil
Dr. Javier Echaide, UBA, Buenos Aires, Argentina
Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior, UFRGS, Porto Alegre, RS, Brasil
Dr. José Russo, UFAM, Manaus, AM, Brasil
Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho, UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil
Dra. Marta Rosa Vigevano, UBA, Buenos Aires, Argentina
Dr. Orides Mezzaroba, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil
Dr. Roberto Carlos Abinzano, UNaM, Cidade do México, México
Dr. Vicente de Paulo Barreto, UERJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Comissão Científica Ad Hoc

Dr. Alexandre Henrique Tavares Saldanha, UNICAP, Recife, PE, Brasil
Dra. Ana Keuly Luz Bezerra, IFPI, Teresina, PI, Brasil
Dra. Ana Maria Borralho Gobbato, CatólicaSC, Joinville, SC, Brasil
Dr. André Rubião, FMC, Nova Lima, MG, Brasil
Dra. Angela Limongi Alvarenga Alves, USP, SP, São Paulo, Brasil
Dr. Carlos Eduardo Nascimento, UNIPAC, Uberaba, MG, Brasil
Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes, Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil
Dra. Fernanda Andrade Almeida, UFF, Niterói, RJ, Brasil
Dra. Flavia Danielle Santiago Lima, UNICAP, Recife, PE, Brasil
Dr. Gerson Amauri Calgato, FIEO e UNIFIEO, Osasco, SP, Brasil
Dra. Grace Ladeira Garbaccio, CESMAC, Maceió, AL, Brasil
Dr. Gustavo Vieira da Costa Cerqueira, UNIV-REIMS, Reims, França
Dra. Ingrid Freire Haas, IBMEC, Belo Horizonte, BH, Brasil
Dr. Jadson Correia de Oliveira, FASETE, Paulo Afonso, BA, Brasil
Dr. Javier Echaide, UBA, Buenos Aires, Argentina
Dr. Jorge Luiz Gonzaga Vieira, CESMAC, Maceió, AL, Brasil
Dra. Loiane Prado Verbicaro, CESUPA, Belém, PA, Brasil
Dr. Luis Renato Vedovato, UNICAMP, Campinas, SP, Brasil
Dr. Marcelino Meleu, UNOCHAPECÓ, Chapecó, SC, Brasil
Dr. Marcelo Labanca, UNICAP, Recife, RE, Brasil
Dr. Marcus Pinto Aguiar, UNIFOR, Fortaleza, CE, Brasil
Dra. Monica Bonetti Couto, UNINOVE, São Paulo, SP, Brasil
Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva, UFBA, Salvador, BA, Brasil
Dr. Murilo Duarte Costa Corrêa, UEPG, Ponta Grossa, PR, Brasil
Dr. Newton Cesar Pilau, UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil
Dra. Virginia Colares, UNICAP, Recife, PE, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11-14
MEDIAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL	15-28
Jose Luis Bolzan de Moraes Mariana Rodrigues Veras	
ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO AO DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET: O CASO ALEMÃO	29-44
Thiago Dias Oliva Dennys Marcelo Antonialli	
O TRATAMENTO JURÍDICO E NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO NA CULTURA JURÍDICA ESTADUNIDENSE, EUROPEIA E BRASILEIRA	45-72
Rafael Padilha dos Santos	
O REFLEXO DA SOCIEDADE DO HIPERCONSUMO NO INSTAGRAM E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES	73-88
Diogo Rais Nathalia Sartarello Barbosa	
ESTADO MODERNO E PLURALISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DENTRO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO	89-106
Jadson Correia de Oliveira Vanessa Estevam Alves	
OS DIREITOS HUMANOS E O COSMOPOLITISMO NO PANORAMA DAS CIDADES GLOBAIS: DESAFIOS E PARADOXOS DA CONTEMPORANEIDADE	107-126
Gilmar Antonio Bedin Elenise Felzke Schonardie Aline Michele Pedron Leves	
ANÁLISE JURÍDICA AMBIENTAL EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIBEIRÃO DAS LAVRAS, MUNICÍPIO DE GUARULHOS (SP)	127-150
Gleibe Pretti Fabrício Bau Dalmas Antonio Roberto Saad	

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	151-170
Larissa Dias Puerta dos Santos Felipe Chiarello de Souza Pinto Mayara Ferrari Longuini	
EMPRESA SOCIAL E O SEU PAPEL AMPLIADOR DA NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	171-190
Roberto Henrique Pôrto Nogueira Leila Bitencourt Reis da Silva	
O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA DE PRECEDENTES ESTABELECIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 ...	191-214
Fabio Resende Leal José Luiz Ragazzi	
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS NA ESFERA INTERNACIONAL COMO ESTRUTURA BASILAR PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA.....	215-234
Newton Cesar Pilau	

APRESENTAÇÃO

PRESENTATION

Nessa nova edição da Revista Direitos Culturais (ISSN: 21771499 eletrônico e 19807805 impresso), organizada e publicada pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS, mais uma vez, primamos por proporcionar aos leitores, análises e perspectivas sobre temas atuais e complexos, contando com a participação de autores de inúmeras instituições de ensino superior e de vários estados do país, trazendo artigos sobre diversas temáticas, sempre conectados às linhas de pesquisa do programa: I - Direito e Multiculturalismo e II - Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, conforme orientação sugerida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), para publicação de periódicos científicos.

Conscientes de que o aumento qualitativo da produção acadêmica no Brasil, está inexoravelmente relacionado ao fortalecimento dos periódicos científicos, a Revista Direitos Culturais, engajada nessa proposta de melhorias, oportuniza a publicação quadrimestral de artigos, por pesquisadores de todo o Brasil, assim como de países estrangeiros, passando pelo duplo processo de avaliação, *double blind review*, privilegiando o critério da exogenia, tanto para avaliadores como para autores.

Assim, em “Mediação e Transformação Social”, Jose Luis Bolzan de Moraes e Mariana Rodrigues Veras, trazem que a mediação se tornou um ambiente privilegiado nos últimos tempos sem, contudo, ter conseguido amearhar, ao mesmo tempo, uma sofisticação teórica compatível com suas práticas que têm se tornado, cada vez mais, uma expressão do modelo neoliberal gerencial eficientista de gestão da crise do Sistema de Justiça. Na contramão disso, a literatura de Luis Alberto Warat nos permite pensar a mediação desde suas potencialidades disruptivas e transformadoras, dotada de uma potência que impacta as práticas jurídicas e seus atores.

Depois, Thiago Dias Oliva e Dennys Marcelo Antonialli, apresentam “Estratégias de Enfrentamento ao Discurso de Ódio na Internet: o caso alemão”, onde aduzem que o discurso de ódio, muito embora seja um problema amplamente reconhecido em países de aspiração multicultural, permanece controverso em diversos aspectos que vão desde a sua definição, os parâmetros para sua identificação no caso concreto até a resposta que se deve dar a ele, sobretudo do ponto de vista jurídico. O ambiente virtual veio acrescentar mais uma camada de complexidade ao problema, colocando novos obstáculos à construção de uma sociedade inclusiva e multicultural.

Em seguida, Rafael Padilha dos Santos apresenta “O tratamento jurídico e normativo da dignidade da pessoa humana e sua aplicação na cultura jurídica estadunidense”, europeia e brasileira, onde analisa a dignidade da pessoa humana a partir da sua realidade normativa e jurídica contemporânea em âmbito nacional, regional e internacional, e o tratamento jurídico de sua aplicação na realidade das Supremas Cortes nos Estados Unidos, em países europeus e no Brasil.

Logo, Diogo Rais e Nathalia Sartarello Barbosa apresentam “O reflexo da sociedade do hiperconsumo no Instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais”, onde analisam a responsabilidade civil no Instagram a partir do contexto das obras de Gilles Lipovetsky sobre hiperconsumo e sociedade hedonista, pois a publicidade, que exerce um importante papel na formação de opinião dos consumidores, vem se difundindo gradativamente ao ponto de fazer uso das redes sociais para cumprir seu papel de divulgação de marcas.

Em seguida, Jadson Correia de Oliveira e Vanessa Estevam Alves apresentam “Estado Moderno e Pluralismo Jurídico: uma análise dentro do novo constitucionalismo latino-americano”, onde analisam as características do Estado Moderno e do Pluralismo Jurídico para demonstrar as incompatibilidades entre eles, verificando que este promove a desconstrução dos elementos caracterizadores do Estado Moderno, bem como, aborda fragmentos históricos do período colonial para estabelecer uma relação entre Estado Moderno, Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Pluralismo Jurídico e colonização justificando a necessidade do estudo proposto.

Posteriormente, Gilmar Antonio Bedin, Elenise Felzke Schonardie e Aline Michele Pedron Leves apresentam “Os Direitos Humanos e o Cosmopolitismo no Panorama das Cidades Globais: desafios e paradoxos da contemporaneidade”, onde contextualizam a temática da construção de uma sociedade cosmopolita a partir do panorama das cidades globais do século XXI. Na medida em que se verificaram os avanços intrínsecos da modernização, a contemporaneidade trouxe consigo uma série de paradoxos e desafios oriundos do fenômeno da globalização, os quais transformaram os sistemas de referência e passaram a exigir respostas às inúmeras complexidades sociais.

Na sequência, Gleibe Pretti, Fabricio Bau Dalmas e Antonio Roberto Saad apresentam “Análise jurídica ambiental em áreas de preservação permanente da bacia hidrográfica do ribeirão das lavras, município de guarulhos (SP)”, onde demonstram o desrespeito à legislação ambiental na Bacia Hidrográfica de Ribeirão das Lavras, área localizada no Município de Guarulhos. Foi realizada a análise da Lei vigente, através de imagens de satélite, assim como no local e foi demonstrado que a parte norte, da área de estudo, ainda está conservada e precisa ser mantida.

Depois, Larissa Dias Puerta dos Santos, Felipe Chiarello de Souza Pinto, Mayara Ferrari Longuini apresentam “Discrecionariiedade Administrativa e Controle Judicial de Políticas Públicas”, onde revisitam a compreensão doutrinária a respeito da discrecionariiedade dos atos administrativos exarados pela Administração Pública, bem como o possível controle, interno e externo, à que estes mencionados atos estão sujeitos, pretende-se esclarecer os elementos aptos a diferenciar as espécies de atos administrativos expedidos pela Administração Pública e classificados pela doutrina atual.

Em seguida, Roberto Henrique Pôrto Nogueira e Leila Bitencourt Reis da Silva apresentam “Empresa Social e o seu papel ampliador da noção de função social da empresa”, onde aduzem ser comum relacionar ações em prol de melhorias sociais a entidades sem fins lucrativos em detrimento de entes do segundo setor. Porém, as empresas sociais têm contribuído para relativizar essa divisão hermética entre a busca por lucros e a finalidade de amenizar dificuldades advindas da desigualdade econômica.

Logo, Fabio Resende Leal e José Luiz Ragazzi apresentam “O Processo como Instrumento de Efetivação dos Direitos Sociais no Sistema de Precedentes Estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015”, onde analisam a instrumentalidade do processo a partir do sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015. Elaborado pelo método hipotético-dedutivo, busca verificar se referido sistema contribuirá, de fato, à ampliação do acesso à justiça ou, ao contrário, significará, na prática, novo obstáculo à efetivação dos direitos sociais

Por fim, Nexton Cesar Pilau com “A Proteção dos Direitos Infanto-Juvenis na esfera Internacional como estrutura basilar para efetivação do direito à educação na primeira infância”, no qual analisa as declarações internacionais como instrumentos balizares da temática, elencando os princípios reconhecidos internacionalmente e os aspectos políticos e didáticos das declarações para com o Estado brasileiro a fim de concretizar direitos às crianças.

Assim, nessa edição, os leitores encontrarão nos artigos da revista, temas contemporâneos, complexos e instigantes, que semearão, de imediato, o gosto pela pesquisa e pela ampliação do debate acadêmico.

Desejamos a todos, uma excelente e proveitosa leitura!

Os Editores!

MEDIAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

MEDIATION AND SOCIAL TRANSFORMATION

Jose Luis Bolzan de Morais^I 
Mariana Rodrigues Veras^{II} 

^I Universidade de Itaúna (UIT), Programa de Pós-Graduação em Proteção dos Direitos Fundamentais, Itaúna, MG, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: bolzan@hotmail.com

^{II} Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Salvador, BA, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: bolzan@hotmail.com

Resumo: A mediação se tornou um ambiente privilegiado nos últimos tempos sem, contudo, ter conseguido amearhar, ao mesmo tempo, uma sofisticação teórica compatível com suas práticas que têm se tornado, cada vez mais, uma expressão do modelo neoliberal gerencial eficientista de gestão da crise do Sistema de Justiça. Na contramão disso, a literatura de Luis Alberto Warat nos permite pensar a mediação desde suas potencialidades disruptivas e transformadoras, dotada de uma potência que impacta as práticas jurídicas e seus atores. Este é o foco deste texto, recuperando alguns conceitos construídos por este autor.

Palavras-chave: Mediação. Conflito. Prática social. Pedagogia.

Abstract: Mediation has become a privileged environment in recent times without, however, being able to at the same time amalgamate a theoretical sophistication compatible with its practices, which have increasingly become an expression of the neoliberal managerial model of efficient management of the crisis of the System of Justice. On the contrary, the literature of Luis Alberto Warat allows us to think of mediation from its disruptive and transforming potentialities, endowed with a power that impacts the legal practices and their actors. This is the focus of this text, recovering some concepts constructed by this author.

Keywords: Mediation. Conflict. Social practices. Pedagogy.

Sumário: 1 Introdução: retomando Luis Alberto Warat; 2 O “sabor” da mediação waratiana; 3 Mediação para transformar os atores jurídicos; 4 Para mediar os conflitos nossos de cada dia; 5 A mediação como prática social; 6 Para fechar: a pedagogia mediadora. Referências.

1 Introdução: retomando Luis Alberto Warat

[...]. Como síntese de várias conotações diria que o Ofício de Mediador é muito mais que a procura de um novo modo de ser profissional, é a atitude que todos precisamos ter diante da vida, o ofício de viver.
(Luis Alberto Warat)

Aproveitando a oportunidade aberta pela Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo, em especial por ser a sede da Cátedra Luis Alberto Warat, aproveitamos a efervescência em torno ao tema da mediação de conflitos, sobretudo considerando o contexto de efeméride construído a partir da edição da Lei nº 13.140/15, conhecida como Lei da Mediação, para repropor alguns referenciais críticos, tomando emprestada a obra deste autor e suas especificidades.

A questão do tratamento de conflitos, no Brasil, desde as últimas décadas do século passado tem passado pelo escrutínio, crescente, da inclusão em pauta das

nomeadas fórmulas “alternativas” de resolução (tratamento) de conflitos, seja com a restauração da arbitragem, com a Lei nº 9307/96, seja com a adoção de políticas públicas a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ -, em particular com a edição da Resolução nº 125/10 e, mais recentemente, com o “novo” Código de Processo Civil e a adoção do sistema multiportas, bem como com a dita Lei de Mediação, entre outros instrumentos político-legislativos.

Apesar disso, ou até mesmo por isso, a discussão não tem acompanhado a necessidade de construção de uma teoria sólida que dê sustentação às práticas em constante crescimento. Assiste-se, talvez como decorrência da própria exponencialização de oportunidades, àquilo que poderíamos nomear como uma “pauperização” do conhecimento em torno do tema e de seus atores.

Por tais aspectos, a retomada de algumas reflexões em e com Luis Alberto Warat vêm ao encontro do interesse em problematizar as condições e possibilidades de um uso da mediação para além de apenas uma prática que responde aos anseios neoliberais gerenciais e eficientistas que envolvem as políticas públicas de gestão do Sistema de Justiça brasileiro.

Para tanto, com uma metodologia compatível com a epistemologia carnalizada waratiana – impossível de ser enquadrada nos modelos clássicos -, propomos uma reflexão, mesmo que rápida, que parte de referências autorais acerca da mediação (2), passa pelo impacto nos atores jurídicos e suas práticas (3) e pela percepção do conflito como constitutivo da vida (4) e a mediação como prática de transformação social (5), para finalizar em uma perspectiva pedagógica da mediação como projeto (6).

2 O “sabor” da mediação waratiana

A mediação circunscreve-se no cenário das profundas transformações concernentes aos processos de tratamento de conflitos, no particular das fórmulas modernas vinculadas ao Estado e sua função jurisdicional. Contemporaneamente, emergem outras tantas modalidades de “métodos alternativos” caracterizados por um modo não adversarial, alicerçados no consenso como meio de atingimento do resultado pretendido.

Luis Alberto Warat – de ora em diante apenas Warat - desenha¹ em sua obra, paulatinamente, sua própria concepção de mediação, tema pouco explorado no período de sua abordagem.

Warat concebe a mediação em termos de sensibilidade e humanização das relações considerando a “outridade”. A princípio, enfatiza o marco das psicoterapias e, posteriormente, acentua o caráter pedagógico da mediação. Assim, a mediação é como uma lente transformadora da vida, compreendida como um procedimento de autoconcepção assistida dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas facetas.

¹ Os trabalhos de psicanalistas são inspiradores para a reflexão acerca da mediação – Winnicott, Jung, Lacan, Pichon Riviere, Green, Birman. Warat articula suas ideias com múltiplas influências e correntes pedagógicas, da teoria da comunicação e propostas linguísticas.

A autocomposição dos procedimentos de mediação demanda a presença de um terceiro, que colabore e ajude as partes a alcançar sua decisão considerando a transformação do próprio conflito.

A mediação demanda um trabalho de elaboração simbólica. Realizando a diferenciação entre a mediação e a negociação, Warat pontua

O que se procura com a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica, imaginária e sensível, com o outro do conflito; de produção com o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e formar identidades culturais. Isso exige, sempre, a presença de um terceiro que cumpra as funções de escuta e implicação.²

Na mediação busca-se a autocomposição, pois são as partes imbricadas no conflito que assumem o risco e a responsabilidade das decisões. No caso das decisões dos magistrados, o risco é assumido quando estes decidem os litígios, e na arbitragem é assumido pelos árbitros.

Existem distintas correntes sobre os sentidos, as funções e as aplicações da mediação. Warat considera a mediação um procedimento distinto da negociação, da arbitragem e da conciliação. A distinção vincula-se principalmente ao caráter transformador das relações conflituosas e dos sentimentos, o que não é, de regra, observado no procedimento judicial e nos demais procedimentos alternativos de resolução dos conflitos.

A conciliação nem sempre considera o conflito, por vezes o ignora, não possui o caráter transformador da mediação. O conflito na conciliação, habitualmente, permanece inalterado. Opostamente ao modo clássico de conciliação, a mediação seria – waratianamente falando – uma proposta transformadora do conflito buscando a resposta através da participação direta das partes.

Neste sentido, a mediação não possui como finalidade exclusiva a obtenção do acordo, mas contribui no processo de redimensionamento do conflito pelas partes, considerando um conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que deflagram as relações conflituosas. “O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.”³

Destarte, a mediação é um procedimento de intervenção sobre todo tipo de conflito. Na leitura waratiana, para abordar a mediação é necessário considerar uma compreensão que não considere o conflito apenas por um viés negativo. Neste sentido, a redução do conflito ao litígio não deve ocorrer, pois esta redução desencadeia distorções.

Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio, considera-se normativamente os efeitos (principalmente sobre os interesses em disputa), desse modo, o conflito pode ficar hibernando, retornando agravado em qualquer momento futuro.⁴

A mediação apreende o conflito de forma construtiva, o conflito em seu potencial construtivo. Existe abertura para alcançar, no sentido waratiano, a “reserva

² WARAT, 2004a, p. 57-58.

³ Ibid., p. 60.

⁴ Ibid., p. 61.

selvagem” que reside em cada um, compreendida como uma ideia que remete aos componentes afetivos que são ignorados nas relações.

A mediação é, assim, uma forma alternativa (com o outro) de intervenção dos conflitos. Falar da alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua composição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entendê-lo a nós mesmos.⁵

Warat enfatiza a existência de correntes de mediadores com uma orientação acordista, que abordam o conflito como problema a ser obrigatoriamente resolvido através do acordo. Neste entendimento, a mediação visa à elaboração de uma solução aceita por todos para um conflito apreendido apenas como problema. Na leitura waratiana existe a proposta do desenho de uma mediação alternativa compreendida como terapia do reencontro.

A mediação seria uma forma de resolução dos conflitos e, ao mesmo tempo, uma forma de produção das diferenças⁶. A mediação, em uma perspectiva ampliada, pode se ocupar de todos os tipos de conflito – comunitário, empresarial, escolar, familiar, conflitos amplos vinculados aos direitos humanos⁷, e assim por diante. Inusitadamente, a proposta de mediação waratiana sugere até mesmo a mediação inserida nos conflitos do saber, como possibilidade de superação do imaginário normativista jurídico tendo como horizonte a alteridade.

3 Mediação para transformar os atores jurídicos

Nesta perspectiva, há, inclusive, um deslocamento da função tradicional dos juízes na aplicação da lei. Em uma perspectiva mediadora, os juízes ajudam as partes a compor as diferentes narrativas do conflito. O caráter exclusivo impositivo normativo perde espaço para a reconstrução do conflito e sua escuta. A alteridade insurge como possibilidade de transformação do conflito, emergindo a produção da diferença com o outro.

Estou falando da mediação ou conciliação como uma nova cultura jurídica, baseada nas situações conflitivas, um tratamento onde o lugar do juiz fica vazio e é sucessivamente ocupado pelas vozes e desejos das partes, como um modo de lidar com o inesperado e transformar o conflito que os toma desde eles mesmos. [...]. Os juízes do futuro, os juízes cidadãos devem entender mais de situações, de gente e de alteridade do que de normas.⁸

⁵ WARAT, 2004a, p. 62.

⁶ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

⁷ WARAT, Luis Alberto. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf> Acesso em: 18 de novembro de 2003.

⁸ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Vol.II Coordenadores Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Junior, Aires José Rover, Cláudia de Servilla Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b, p.99.

As situações colocadas em xeque na mediação são de alteridade, se constroem e se estabelecem com o outro⁹. Neste processo, existe uma interação contínua comunicativa. A função prioritária da mediação é a produção da diferença, instalando, incessantemente, o novo na temporalidade e na história. “A modernidade, como condição cultural, não levou em conta o outro, a alteridade sempre foi negada, construindo idealizações como argumentos fora da história”.¹⁰

A mediação abre-se para um processo de interpretação e o mediador apresenta-se como um facilitador para interpretar a história do conflito. O mediador contribui para o processo, mas não possui o poder de decidir o conflito de forma unilateral. “Interpretar aqui pretende fazer referência à produção conjunta de uma diferença, longe de qualquer tentativa de dominação. [...]. E uma transferência: deslocamento do lugar do conflito para o lugar de uma oportunidade vital [...]”.¹¹

Warat, a princípio, intentava abordar a temática da mediação a partir da esfera da (psico)terapia, considerando situações afetivas vivenciadas ou recalçadas. Esta abordagem terapêutica, posteriormente, é alterada para uma perspectiva pedagógica da mediação. “O poder do mediador é para criar espaços transacionais (um “entre nós” afetivo – informativo que facilita às partes a tomarem decisões). A função do mediador não é a função do poder (decisório), é um discurso amoroso destinado a inscrever as pulsões no registro de Eros”.¹²

4 Para mediar os conflitos nossos de cada dia...

O processo de escuta do conflito deve proporcionar, neste horizonte, a consideração da vida de um ator social de forma integral, contemplando o conjunto de situações vivenciadas. Warat enfatiza como o conflito na perspectiva estatal é, predominantemente, expressado como litígio, sendo mediado pelo Estado-Juiz que indica a decisão correta. Os atores sociais, por vezes, são emudecidos, sustentam falas inaudíveis.

A mediação representa o resgate do cuidado com o outro, a possibilidade de aberturas para novas e distintas travessias. O objetivo da mediação, por um contrassenso, não estaria voltado para a fala ininterrupta, mas, ao contrário, acolheria o silêncio, silêncio que não se confunde com o emudecimento.

Warat propõe para a mediação a linguagem poética, pois entende que a mediação demanda outro tipo de linguagem. “[...] Ela precisa da linguagem poética, da linguagem dos afetos, que insinue a verdade e não a aponte diretamente, simplesmente sussurre, e não grite”.¹³ A mediação seria compreendida como um processo de sensibilidade vinculado a uma outra temporalidade.

O tempo instituído como tempo da significação, da alteridade que me reconstitui como singularidade em devir. Falo do tempo do devir fazer da singularidade, do tempo que nos aproxima do que realmente sentimos, que nos

⁹ LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1997.

¹⁰ WARAT, 2004b, p. 100.

¹¹ Id., 2004a, p. 64.

¹² Ibid., p. 64.

¹³ WARAT, 2004a, p. 29.

conduz rumo à nossa reserva selvagem, ao centro recalçado dos próprios afetos.¹⁴

Neste horizonte, a mediação pressupõe uma forma de ação capaz de provocar uma sensibilidade que possa apreender as circunstâncias relevantes não apenas do conflito, mas da vida dos atores de forma integral. Warat realiza uma aposta de mediação e sensibilidade que alcance o outro, através de uma abordagem verbal e corporal.

Como terapia do reencontro, a mediação contempla o universo conflituoso numa perspectiva psicológica, educativa e comunitária. A mediação está vinculada à necessidade de realização da autonomia.

Partindo daí, a mediação, como terapia do reencontro, pretende inverter o olhar: a imagem do outro não como aquela que enxergamos. E sim, ao contrário, é a imagem que nos olha, agora, o que nos interroga, e inquieta os andaimes muito bem solidificados de nosso ego e de nossa cultura.¹⁵

A mediação leva à outridade distanciando-se do paradigma jurídico da modernidade, apoiado em um individualismo que, usualmente, ignora o outro. Há, neste horizonte, a possibilidade de articular sensibilidade, mediação e alteridade para pensar o Direito.

Juntar sensibilidade, mediação e alteridade é um modo de pensar o lugar do Direito na cultura emergente do terceiro milênio. Estendendo a ideia, diria que estamos falando de uma conjunção que determina a emergência do paradigma ecológico. A ordem de configuração das instâncias da sociedade; e uma outra concepção do Estado, da política, do Direito, do amor, do saber, das verdades, da epistemologia e da pedagogia.¹⁶

Os escritos waratianos sobre mediação, com uma série de provocações sobre o tema, visavam alcançar um público amplo, profissionais da mediação, da área jurídica, psicólogos, pedagogos e assistentes sociais. “Holisticamente falando, me interesse por uma concepção da mediação como direito da alteridade, enquanto realização da autonomia e dos vínculos com o outro.”¹⁷

Neste horizonte, anuncia-se a possibilidade de conceber um direito voltado à vida, contando, nesta perspectiva, com o fundamento de um referente ético.

As práticas sociais da mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidam pelos afetados em um conflito.¹⁸

Nesta perspectiva, abordar o tema da autonomia, da democracia e da cidadania pressupõe a consideração da capacidade dos atores se autodeterminarem em relação e, sobretudo, com os outros. “[...] Autodeterminem-se na produção da

¹⁴ Ibid., p. 30-31.

¹⁵ Ibid., p. 49.

¹⁶ Ibid., p. 51.

¹⁷ Ibid., p. 53.

¹⁸ WARAT, 2004a, p. 66.

diferença (produção do tempo com o outro.)”¹⁹ Um trabalho de elaboração simbólica dos processos conflitivos perpassado pela autonomia como forma de produção de diferenças e tomada de decisões frente à conflitividade, que determina estes atores e os configura.

[...] um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais, e nos integrarmos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. É uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores.²⁰

A mediação é também compreendida como estratégia educativa, como possibilidade de realização política dos direitos humanos, da cidadania e da democracia.

Na mediação, é fundamental trabalhar os não-ditos do sentido, esses expressam o conflito com um grau maior da riqueza. Os detalhes de um conflito revelam-se muito mais pelo não-dito, do que pelo expresso. Não podemos esquecer que a mediação se realiza, sempre, pela percepção e pelo trabalho que se pode realizar em relação a infinitos detalhes.²¹

Deste modo, a mediação é compreendida a partir de múltiplas leituras, como uma forma de realização contínua da autonomia. De maneira subversiva, como a possibilidade de inscrição do amor no conflito, ao mesmo tempo, como uma oportunidade de crescimento interior. Uma forma de transformação dos conflitos a partir das identidades dos atores envolvidos, até mesmo como “uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade”.²²

A mediação desarticula uma concepção do direito para fazer emergir aspectos do jurídico e da política vinculados às raízes mais profundas dos conflitos de poder e das relações cotidianas.

Aponta-se, nesta direção, a esperança na possibilidade de um judiciário redefinido por uma cultura da mediação. A esperança no paradigma da mediação como possibilidade de promover a humanização das relações com o outro.

Nas horas em que a sociedade ameaça com o retorno da barbárie, precisamos de formas mais eficazes de administração dos conflitos, que garantam a todos o direito a ter Direitos (o Direito ao Direito), o direito de decidir seus conflitos por si mesmos, de forma cidadã. A resposta – a única resposta – consiste em reforçar as práticas da mediação que ajudem as pessoas a produzir por elas mesmas, uma diferença – com o outro – em e a partir de seus conflitos.²³

As reflexões waratianas acerca da mediação emergiram de suas distintas práticas vivenciais, nos Balcões de Direito no Rio de Janeiro e outras atividades que exploravam as práticas de mediação. O autor ressalta que o Brasil vem desenvolvendo formas diferenciadas de mediação, uma mediação com perfil próprio, que abraça a diversidade e criatividade da cultura brasileira. Neste sentido, afirma

¹⁹ Ibid., p. 66.

²⁰ Ibid., p. 66.

²¹ Ibid., p. 67.

²² Ibid., p. 67.

²³ WARAT, 2004a, p. 124.

como os *brasis* mudaram inteiramente sua sensibilidade e leitura de mundo, como contagiaram, incessantemente, sua trajetória.

Warat propõe a ideia da *terapia do reencontro mediador* ou do *amor mediador* também como modo de caracterização da mediação. A mediação concebida deste modo pode ajudar no processo de compreensão dos conflitos com serenidade, promovendo uma administração criativa do conflito. Terapia da alteridade ou da outridade que introduz um novo sentido do conflito a partir da consideração de um encontro construtivo com o lugar do outro.

O mediador apresenta-se como um orientador no processo de aprendizagem com o outro, as soluções não são apresentadas, estas emergem no processo de mediação. Estabelece-se a possibilidade de enfrentamento dos “abismos de sentido” que constituem cada um. Abismos atravessados por vínculos, por vezes, de desamparo.

Warat defende o reconhecimento das diferenças culturais existentes e dos diversos modelos de mundo compartilhados. Nos processos de mediação estas questões apresentam-se como determinantes. Nesta perspectiva, existe a busca de modos de expressão e sensibilidade comuns, e, neste processo, o acolhimento de uma experiência de transformação. Influenciado pelo psiquiatra Restrepo, acolhe a ideia do “direito à ternura”²⁴, a possibilidade de compreensão da mediação como paradigma cultural e jurídico emergente. “[...] A ternura, como paradigma de convivência, e que deve ganhar no terreno amoroso, no produtivo, no político, no educacional e no jurídico, e entre tantos outros modos de relacionamentos instituídos.”²⁵

Esta proposta referente à ideia de ternura pode, aparentemente, refletir traços de romantismo, mas, ao mesmo tempo, remete à coragem e ousadia do autor.²⁶ Esta leitura se contrapõe ao reconhecimento dos contrastes existentes e instalados nas sociedades contemporâneas, atravessadas por violências absolutas, marcadas por acontecimentos que mais se aproximam de um retorno contínuo à barbárie. Como disse:

Sem ternura, sem amor, as portas da barbárie permanecem abertas. O importante das formas de mediação e ternura é que estão inesperadamente, tomando conta de espaços magníficos onde, até pouco tempo atrás, se considerava o amor e a ternura como estorvos.²⁷

A problematização da questão da ternura vincula-se a temas específicos, a exemplo das perversas formas de exclusão social existentes. “A mediação, o direito à ternura são as últimas oportunidades de recompor um tecido social afetivo.”²⁸ Warat deposita a esperança na mediação como cultura e como prática para a realização da experiência cotidiana das relações humanas. E, também, como cultura para reorientar a cidadania e a ideia de Direitos Humanos.

Deslocando a ideia de mediação para um contexto específico, Warat desenvolve uma concepção acerca da mediação do excluído. Nessa perspectiva,

²⁴ RESTREPO, Luís Carlos. *O direito à ternura*. São Paulo: Vozes, 2000.

²⁵ WARAT, 2004a, p. 104.

²⁶ *Ibid.*, p. 104.

²⁷ WARAT, 2004a, p. 105.

²⁸ *Ibid.*, p.106.

através de processos de mediação, de diálogo, novos modos de vida e sociabilidades podem emergir. A mediação constitui-se em uma possibilidade de política cultural.

Inspirando-se em Felix Guattari²⁹, Warat ao problematizar ideias sobre a mediação do oprimido, apreende o movimento da mediação como uma forma rizomática. Em uma abordagem política, a mediação do oprimido constitui-se em um movimento de revolução molecular, contribuindo para emergência de uma nova subjetividade, a possibilidade de acolhimento nas zonas de exclusão de um devir cidadão. Neste sentido, Warat aborda públicos que se colocam, a cada momento, em uma condição de permanente resistência.

A mediação do oprimido abre-se para um horizonte ampliado onde é possível disparar ações transformadoras, onde novas subjetividades afloram e linhas de fugas são traçadas. A mediação do oprimido compreendida como projeto de autonomia é constituída por práticas micropolíticas que adquirem sentido em relação à força expansiva e contínua de revoluções moleculares. Revoluções que se organizam em redes, na ambiência de devires mutantes, devires que se orientam por novas sensibilidades, novas alteridades, sobretudo, novas formas de dialogar. Warat afirma, inspirando-se em Guattari, a possibilidade de emergência de um devir de novas “doçuras”.

Deste modo, a mediação não abarca apenas questões superficiais, mas dialoga com angústias e afetos, contribui para modificações do modo de pensar. “As características da mediação que tenho destacado ao longo do meu trabalho são: sensibilidade, compaixão, alteridade, contágio (afinidades eletivas) e diálogo.”³⁰

5 A mediação como prática social

Ao longo dos anos, o pensamento waratiano ampliou as perspectivas sobre mediação, problematizando as técnicas alternativas de resolução de conflitos a partir de uma proposta preventiva. O processo de criminalização de diferenças, de criminalizar o novo e a criatividade social são considerados como elementos de análise nas vivências waratianas para os deslocamentos reflexivos sobre a mediação comunitária dos excluídos. Observa-se o novo que deseja instalar-se no social e encontra resistências.

A mediação comunitária dos excluídos seria uma das formas de exercer a cidadania e os direitos humanos como pedagogia, ao mesmo tempo contribui para a construção de espaços que garantem o diálogo incitando a revolução das autonomias, uma revolução que aspira a inscrição do amor no poder. A mediação dos excluídos relaciona-se, para Warat, com o que Guattari denomina de pulsões políticas do desejo, como sendo:

Explosões rizomáticas de recuperação da dignidade, que sugerem a emergência de uma nova subjetividade coletiva: experiências de ruptura; experiências de diálogos que provocam rupturas, desconstruções libertárias, diálogos de desconstrução, onde o denominador comum encontrado é um novo sentido

²⁹ GUATTARI, Félix. *Revolução molecular*: pulsações políticas do desejo. Trad. Suely Rolnik. São Paulo: Brasiliense, 1981. GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica*: cartografias do desejo. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

³⁰ WARAT, 2004a, p. 210.

transformador, liberador, de realização conjunta da autonomia, de realização da autonomia com o outro; a autonomia na alteridade.³¹

Verifica-se a ênfase na possibilidade de emergência de uma prática coletiva de mediação dos conflitos, a criação de singularidades solidárias, ao mesmo tempo, a ideia de vetores de fuga que transcendem o institucional, por vezes, opressivo, para a realização da esfera dos desejos. Warat compreende a mediação comunitária dos excluídos como forma de revolução molecular.

Para realizar a democracia e sustentar as possibilidades de realização de nossos Direitos Humanos precisamos aprender os sentidos da autonomia. Nesta direção, é imprescindível apelar às dimensões pedagógicas da mediação, empregar os conflitos de suas possibilidades pedagógicas, aprendendo com o outro a produzir conjunta e solidariamente a lei do conflito.³²

Nesta perspectiva, a autonomia pode ser compreendida como autocomposição com o outro para a elaboração e produção da lei do conflito. Warat ressalta que no Brasil programas de humanização do Direito, de Justiça Comunitária e de Balcões de Direito desenvolveram formas diferenciadas de realização de direito que traduzem expressões da implementação da mediação com um perfil autêntico e próprio. A especificidade da mediação brasileira está presente, notadamente, nos conflitos coletivos nos espaços de exclusão. Esta perspectiva se abre para uma reflexão acerca da mediação do excluídos ou oprimido.

Denominarei de *Mediação do Oprimido* as formas de diálogo que tentam resolver, no Brasil, os conflitos comunitários e individuais nos espaços urbanos e rurais de exclusão social. As dores da gente de uma comunidade, micro ou macro, resolvem-se dialogando, através da mediação do oprimido.³³

Verifica-se, deste modo, a necessidade de estabelecimento de diálogos em situações limites, onde reside a desintegração do humano. A aposta no poder do diálogo é elevada, o diálogo permitiria um novo pacto social. Mesmo considerando a situação de comunidades que, por vezes, precisam, conforme ressalta Warat, dialogar a beira do caos.

A única saída de um modelo de exclusão global do humano é o diálogo, não existe outro caminho a percorrer. Os problemas de uma comunidade não se resolvem com balas, resolvem-se mediando. O diálogo é o único que pode dar o sentido da pertinência a uma comunidade.³⁴

Rememorando sua experiência nos Balcões do Rio de Janeiro, em 2001, Warat enfatiza como a prática de mediação nestes espaços é distinta do modelo restrito de negociação, distanciando-se de um modelo paternalista de assistência e aproximando-se de um processo de autogestão assistida dos conflitos.

Na mediação comunitária gerada pelos Balcões de Direito no Brasil, o comunitário tem a ver mais com o coletivo do que com o individual ou entre

³¹WARAT, 2004a, p. 313, tradução própria.

³² Ibid., p. 317, tradução própria.

³³ Ibid., p. 203.

³⁴ WARAT, 2004a, p. 203.

vizinhos. Diante da minha participação nos Balcões das favelas do Rio aprendi que a resolução dos conflitos nelas gerados depende da resolução do coletivo. [...] Aos Balcões chegam mães angustiadas porque seus filhos pequenos, quase meninos, estão realizando atividades no tráfico de drogas. Solucionar esses conflitos não é algo que se possa fazer considerando somente os vínculos familiares.³⁵

Através da mediação dos excluídos os atores podem reconstruir solidariamente sua autonomia, traçar sentidos para suas vidas com novas sociabilidades. A mediação, considerando a conflitividade, cria um espaço pedagógico, uma nova conformação do pedagógico a partir do conflito.

Neste sentido, a leitura waratiana recepiona a ideia de resiliência. A resiliência é um processo importante, existindo a resiliência individual e comunitária é possível mediar e enfrentar conflitos distintos, estabelecendo possibilidades de resistência e luta contra perversões da sociedade. Constitui-se em uma via para o fortalecimento das dimensões de transformação social.

Warat defende a perspectiva de que o conceito de resiliência é importante para incorporar aos processos relacionados a situações conflitivas de exclusão social. A resiliência remete à capacidade dos sujeitos superarem situações traumáticas e de risco. “A resiliência é a capacidade de sair fortalecidos das situações limite de risco e exclusão”.³⁶

Um conceito que acolhe as carências e os fatores de risco para a consideração da criatividade para lidar com situações limites, onde todas as instâncias são consideradas, a esfera familiar e comunitária. A partir da resiliência, o indivíduo pode emergir, ao final de um processo traumático, fortalecido. Este processo não é inato, pode ser adquirido por diversos caminhos, e a mediação pode contribuir neste aprendizado.

Quando aborda a ideia da mediação do oprimido, Warat não está se referindo a um novo tipo de modalidade de mediação, mas ao potencial revolucionário existente na mediação que reconhece o caráter positivo da conflitividade. O diálogo já representa uma atitude de transformação do conflito.

As escolas de mediação, segundo Warat, fracassam, por vezes, na formação de mediadores, são formações que tentam transmitir exclusivamente técnicas, rituais e formalidades, mas não são capazes de formar mediadores. “A maioria das escolas de mediação estão preocupadas em produzir respostas prontas; formam um mediador ensinando-lhe a planejar como ajudar as partes a chegar a um acordo.”³⁷

A mediação possibilita às partes redimensionar o conflito, considerando questões culturais, psicológicas e sociais que condicionam as pessoas envolvidas. “O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.”³⁸ O mediador não interpreta, ajuda na interpretação das partes.

Neste sentido, trata-se de um processo que facilita a interpretação entre as partes, interpretando a história do conflito, produzindo diferença. “Estou introduzindo a ideia de ‘interpretação’ com algumas tonalidades diferenciadores de outros usos. Interpretar aqui pretende fazer referência à produção conjunta de uma

³⁵ Ibid., p. 204.

³⁶ Ibid., p. 325, tradução própria.

³⁷ WARAT, 2004a, p. 36.

³⁸ Ibid., p. 60.

diferença, longe de qualquer tentativa de dominação”.³⁹ O mediador contribui para recolocar o conflito vinculado às pulsões de vida afastando-o das pulsões destrutivas, um processo de inscrição do amor no conflito.

Existem diversas formas de trabalhar o processo de mediação, a narrativa de histórias pode contribuir neste sentido. Histórias que possam facilitar diálogos, narrativas que se relacionam com experiências vivenciadas. Na mediação do excluído, Warat enfatiza a importância do ato de contar histórias, o que pode ser acolhido em qualquer mediação. O mediador e as partes devem contar histórias ludicamente, um processo que dissolve resistências e pode contribuir na transformação de sentimentos.

Na mediação do excluído-esquecido-oprimido é importante não só que o mediador conte histórias oportunas, importa também que as partes a mediar possam contar a sua experiência do conflito através de histórias, contos e qualquer outra variedade de fantasias literárias, que funcionem como relatos projetivos, como se fossem testes projetivos.⁴⁰

O emprego de histórias é um recurso que o mediador tem para promover e facilitar o diálogo entre as partes. Existe uma esfera lúdica na proposta e neste processo o mediador está implicado. Pontuar questões conflitivas através do lúdico deflagra menos resistência, sendo possível trabalhar questões traumáticas e angustiantes de forma adequada.

O mediador tem que ser um bom contador de contos, saber contar oportunamente uma história que facilite os contágios que reconstróem alteridades. [...] A história continuará sempre naqueles que a escutam. O final do conto se abre sempre sobre a vida, sobre os conflitos para tirar aprendizados, para entendermo-nos melhor e transformar-nos e transformar nossos vínculos da alteridade.⁴¹

Contudo, um aspecto é relevante, esse tipo de abordagem não pode se sustentar por parte do mediador antes de conhecer a estrutura de vida dos atores envolvidos, para além disso, a história de vida comunitária a que pertencem. Deste modo, para o mediador, conhecendo esta história, apresenta-se como um desafio também a capacidade de ouvir.

Na mediação do excluído, o diálogo deve ser facilitado por um espaço potencializador. Inspirando-se em Winnicott, Warat menciona a configuração de um espaço entre-nós que possa facilitar o encontro com o outro, um lugar onde a imaginação possa emergir e acolher a instância do inesperado.

O mediador é um profissional que ajuda a emergência do poético em situações para que as partes do conflito possam descobrir no inesperado que porta o poético uma nova interpretação ou uma nova forma de pensar-se e pensar o outro.⁴²

³⁹ Ibid., p. 64.

⁴⁰ Ibid., p. 199.

⁴¹ Ibid., p. 197.

⁴² WARAT, 2004a, p. 323, tradução própria.

Sobre as comunidades marginalizadas, Warat pontua que os mediadores precisam ajudar a comunidade encontrar-se solidária, considerando ao mesmo tempo a lógica das instituições do Estado presentes que podem contribuir ou prejudicar. É um processo de busca de confiança nos membros da comunidade e, ao mesmo tempo, nas instituições.

Warat menciona, a partir de sua experiência, a importância de ministrar cursos de mediação para juízes, uma contribuição para a quebra de esquemas de crenças cognitivas utilizadas em decisões. Este contato com instituições que compõem a magistratura brasileira apresentou resultados positivos de diálogos e aberturas.

Dentre outros aspectos já mencionados, a mediação é um processo que possibilita a produção de sentido nos vínculos. “O sentido é sempre consequência do diálogo. E o diálogo já é uma atitude de transformação do conflito.”⁴³

6 Para fechar: a pedagogia mediadora

Neste horizonte, o que gera a mediação é a emergência de uma nova concepção do pedagógico instaurada neste processo. A busca de uma “lei” acordada pelas partes, que possa considerar as posições dos próprios atores do conflito. “Em meus anos de trabalho em mediação aprendi que o mais importante é o processo pedagógico pelo qual as partes aprendem a reencontrar-se a si mesmas e ao outro construindo conjuntamente sua própria lei para seu ou seus conflitos”.⁴⁴

A mediação, na leitura waratiana, pressupõe, assim, uma concepção do pedagógico que precisa ser colocada na administração dos conflitos mediados, que se apresenta, até mesmo, como indispensável para as mudanças nas instituições tradicionais de ensino, para todos os níveis de formação.

O modelo de escolarização da modernidade se encontra obsoleto, a humanidade demanda uma urgente substituição das concepções pedagógicas que todavia se arrastam desde vários séculos com frustrantes resultados; suspeito que essa nova concepção pedagógica encontra os espaços de mediação de conflitos um terreno muito mais fértil que o das instituições escolares.⁴⁵

A partir de sua experiência prática em diversos processos de humanização do judiciário - acolhendo públicos distintos, realizando diretamente, inclusive, trabalhos de sensibilização com policiais – Warat reconhece que o elemento mais importante nos processos de mediação é o pedagógico. Embora acolha, a princípio, a importância da vinculação da mediação à psicanálise ou terapias, Warat orientou-se posteriormente no outro sentido enfatizando este caráter pedagógico do processo de mediação. A partir deste deslocamento a mediação é concebida como uma formação pedagógica de elevado potencial transformador.

Warat apostava na mediação como uma via possível e necessária, mas sem desconsiderar a dinâmica clássica do campo jurídico e do judiciário que ainda se

⁴³ Ibid., p. 346, tradução própria.

⁴⁴ Ibid., p. 317, tradução própria.

⁴⁵ WARAT, 2004a, p. 318, tradução própria.

afastam significativamente, de forma majoritária, das transformações que a mediação pode trazer.

Nada mais expressivo disso do que as práticas que se (re)produzem nos últimos anos, em especial a partir do momento que a mediação passou a ser percebida como um instrumento potencial para a gestão da crise dos sistemas de justiça, sendo incorporado às práticas judiciais como mais uma estratégia de desafogo das instâncias do Poder Judiciário, por um lado, e, por outro, como uma estratégia de (re)legitimação de práticas jurídicas confrontadas com as dinâmicas sócio-econômico-tecnológicas atuais.

Talvez a experiência pós-2015, com a incorporação do nomeado “sistema multiportas” ao “novo” Código de Processo Civil, e a edição da Lei nº 13140/15 (Lei de Mediação), entre outros instrumentos legislativos, possam dizer muito ainda, seja com a experiência já percebida, seja com aquilo que está por vir.

O certo é que Warat tem, ainda, muito a dizer a respeito.

Referências

GUATTARI, Félix. *Revolução molecular: pulsações políticas do desejo*. Trad. Suely Rolnik. São Paulo: Brasiliense, 1981.

GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Vozes, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *Educação, direitos humanos, cidadania e exclusão social: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/textos/warat_edh_educacao_direitos_humanos.pdf>. Acesso em: 18 de nov. 2017.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Vol. III. Coordenadores Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Junior, Aires José Rover, Cláudia de Servilla Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Vol. II. Coordenadores Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Junior, Aires José Rover, Cláudia de Servilla Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

RESTREPO, Luís Carlos. *O direito à ternura*. São Paulo: Vozes, 2000.

Autores convidados.



ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO AO DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET: O CASO ALEMÃO

STRATEGIES FOR ADDRESSING HATE SPEECH ON THE INTERNET IN GERMANY

Thiago Dias Oliva^I 

Dennys Marcelo Antoniali^{II} 

^I Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil. Doutorando em Direito. E-mail: thiago.dias.oliva@gmail.com

^{II} Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: dennys@internetlab.org.br

Resumo: O discurso de ódio, muito embora seja um problema amplamente reconhecido, permanece controverso em diversos aspectos que vão desde a sua definição, os parâmetros para sua identificação no caso concreto até a resposta que se deve dar a ele, sobretudo do ponto de vista jurídico. O ambiente virtual veio acrescentar mais uma camada de complexidade ao problema, colocando novos obstáculos à construção de uma sociedade inclusiva e multicultural. Neste contexto, o Governo Federal da Alemanha aprovou lei mais agressiva no combate ao discurso de ódio na Internet. Em paralelo à aprovação da nova lei, novas iniciativas independentes surgem com o objetivo de fazer frente à crescente disseminação do ódio nas redes. Para tanto, são desenvolvidas abordagens alternativas centradas na noção de contradiscurso. Considerando que o combate à disseminação de ódio é uma questão premente também no Brasil, o presente trabalho propõe-se a investigar com maior detalhamento as estratégias de enfrentamento ao problema na Alemanha, com o objetivo de propor reflexões em território nacional sobre o caminho ideal para combater o problema por aqui. O estudo será norteado pelas seguintes perguntas: as iniciativas regulatórias propostas para combater o discurso de ódio *online* na Alemanha representam risco à liberdade de expressão? Existem outras formas de enfrentar o problema?

Palavras-chave: Alemanha. Discurso de ódio. Plataformas de Internet. Redes sociais.

Abstract: Hate speech is widely acknowledged as a problem. However, fighting against it remains controversial due the lack of common understanding regarding its definition, standards for identifying it *in concreto*, as well as the best way of addressing it, especially from the legal standpoint. The digital environment added new complexities to the issue, placing new obstacles to the building of a more inclusive and multicultural society. In this context, Germany's Federal Government approved a more aggressive law designed to address hate speech on the Internet. At the same time, new independent initiatives developed to deal with online hate speech emerge. For that matter, they employ counter speech strategies. Considering that hate speech is an issued to be addressed in Brazil as well, the present article intends to investigate in more detail the strategies designed to tackle the problem in Germany, with the objective of providing insights for discussing the topic in national territory, aiming to find the best way to deal with the issue in the country. The article will be guided by the following questions: the regulatory policies designed to tackle online hate speech in Germany pose risks to free speech? Are there alternative ways to address the issue?

Keywords: Germany. Hate speech. Internet platforms. Social media.

Sumário: 1 Introdução; 2 O conceito de discurso de ódio; 3 O modelo de responsabilização das plataformas na Alemanha; 4 As dificuldades das plataformas; 5 Alternativas: articulação da sociedade civil; 6 Conclusão; Referências.

1 Introdução

Como lidar com o discurso de ódio na Internet? Se mesmo antes da sua disseminação nas redes sociais o problema já apresentava obstáculos suficientes à construção de sociedades verdadeiramente multiculturais, o ambiente virtual veio acrescentar mais uma camada de complexidade à questão.

Na União Europeia, onde a discussão já está mais avançada – ao menos em termos de consolidação de diretivas e orientações de órgãos supranacionais sobre a matéria – a preocupação com o discurso de ódio avançou para o ambiente digital. Em maio do ano passado, a Comissão Europeia, em conjunto com o Facebook, a Microsoft, o Twitter e o YouTube, subscreveram um código de conduta para combater o discurso de ódio¹. Dentre as diversas disposições do documento, as plataformas assumiram o compromisso de remover conteúdo tido por “discurso de ódio ilegal” em até 24 horas contadas de notificação solicitando essa remoção. Além disso, deveriam tornar mais claro aos seus usuários quais tipos de conteúdo não são permitidos e promover iniciativas de contradiscurso.

Passado um ano da divulgação do código de conduta, a Comissão Europeia soltou nota² comemorando o aniversário da iniciativa e números que comprovariam uma postura mais proativa das plataformas para lidar com o problema do discurso de ódio: em média, em 59% dos casos as empresas teriam respondido às notificações relatando a existência de discurso de ódio por meio da remoção do conteúdo indicado (o dobro em relação aos seis meses que antecederam o código, quando o índice era de apenas 28%). Teria havido também, melhora nos índices de processamento das notificações em 24 horas: de 40% para 51%, sendo o Facebook a única plataforma que conseguiu atingir a meta de analisar integralmente as notificações no prazo de um dia.

Os números atestariam, deste modo, um visível progresso das plataformas na análise das notificações, na implementação de parcerias com a sociedade civil para esse fim, bem como na prestação sistemática de informações sobre processos internos de remoção de conteúdo – ainda que a qualidade dessas informações e o índice de resposta às notificações varie consideravelmente entre as empresas de tecnologia.

Para o Governo Federal da Alemanha, no entanto, a iniciativa não pareceu ser o suficiente haja vista a aprovação, no dia 30 de junho de 2017, de lei mais agressiva no combate ao discurso de ódio na Internet³. Ela fixa multas milionárias em caso de

¹ Para ver o documento acessar: <<http://www.statewatch.org/news/2017/sep/eu-com-illegal-content-online-code-of-conduct.pdf>> [<https://perma.cc/X3Y8-JRFE>].

² COMISSÃO EUROPEIA. *Countering online hate speech – Commission initiative with social media platforms and civil society shows progress*. Bruxelas, 1º de junho de 2017. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1471_en.htm> [<https://perma.cc/42XA-PEGR>], acesso em 23 jul 2018.

³ ALEMANHA. *Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD - Drucksache 18/12356*. Berlin: Bundestag, 2017. Disponível em: <<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/123/1812356.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

descumprimento⁴ por parte das plataformas, que deverão remover conteúdos “claramente ilícitos” em até 24 horas.

O projeto de lei que culminou na nova legislação aponta como justificativa o desenvolvimento de uma cultura do debate mais “agressiva, danosa e odiosa”, guiada por mudanças maciças no debate público travado nas redes sociais. Essa situação teria aberto espaço para a disseminação de conteúdos criminosos como o discurso de ódio, o que colocaria em risco a coexistência pacífica das pessoas em uma sociedade livre, multicultural e democrática.

Outro setor que compartilha da insatisfação do governo alemão em relação às iniciativas tomadas pelas plataformas para combater o discurso de ódio parece ser a sociedade civil: em paralelo à aprovação da nova lei, novas iniciativas independentes – a exemplo do projeto #Ichbinhier – surgem com o objetivo de fazer frente à crescente disseminação do ódio nas redes. Para tanto, utilizam-se de abordagens alternativas centradas na noção de contradiscurso, de modo a promover o multiculturalismo e a diversidade.

Considerando que o combate à disseminação de ódio é uma questão premente também no Brasil, o presente trabalho propõe-se a investigar com maior detalhamento as estratégias de enfrentamento ao problema na Alemanha e suas dificuldades, com o objetivo de propor reflexões em território nacional. O estudo será norteado pelas seguintes perguntas: as iniciativas regulatórias propostas para combater o discurso de ódio *online* na Alemanha representam risco à liberdade de expressão? Existem outras formas de enfrentar o problema?

No entanto, antes de responder a essas perguntas e como condição para desenvolver as análises propostas a partir delas, o artigo definirá, por meio da análise de doutrina produzida sobre o assunto, os contornos conceituais do termo “discurso de ódio”.

Na sequência, retornando às perguntas, o presente estudo fará análise das principais normas aprovadas no país europeu com a finalidade de regular o discurso na internet, sobretudo nas redes sociais. A análise ficará centrada, sobretudo, no texto da *Lei de Aprimoramento da Implementação de Normas nas Redes Sociais* e nas dificuldades das plataformas digitais no combate ao discurso de ódio. Além disso, o artigo investigará o propósito e os mecanismos de funcionamento do projeto #Ichbinhier, iniciativa da sociedade civil que propõe uma abordagem alternativa ao discurso de ódio disseminado no Facebook, reduzindo seu impacto negativo por meio de estratégias de contradiscurso.

2 O conceito de discurso de ódio

Sarmiento define o “discurso de ódio” ou *hate speech* como “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por

⁴ CLARK, Liat. *Facebook and Twitter face 50€m fines if they don't tackle hate speech*. Wired, 30 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.wired.co.uk/article/facebook-twitter-hate-speech-germany-fine>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”⁵.

Identificando elementos convergentes na definição jurídica de discurso de ódio empregada por democracias ocidentais, Waldron, ressalta que esses países regulam “o uso de palavras que são deliberadamente abusivas e/ou insultantes e/ou ameaçadoras e/ou humilhantes direcionadas a membros de minorias vulneráveis, de modo a instigar ao ódio contra elas”⁶.

Como o uso do termo “discurso” para tratar de expressões de ódio demonstra, o “discurso de ódio” deve ser interpretado como um “ato discursivo”, em virtude de seu caráter eminentemente comunicativo. Nessa categoria, encontram-se manifestações escritas – em documento eletrônico, disseminado na internet ou em papel impresso ou –, orais ou visuais – veiculação/exibição de símbolos ou imagens. São expressões que se tornam, de forma “permanente ou semipermanente, parte visível do ambiente em que nós [pessoas em geral] e os membros de grupos vulneráveis conduzem suas vidas”⁷.

A preponderância do elemento comunicativo na manifestação de ódio é justamente a principal diferença em relação aos crimes de ódio em sentido estrito. Para Jeremy Waldron, essa forma de discurso tem por objetivo principal, a transmissão de duas mensagens: uma, de conteúdo intimidatório, dirigida a membros de um grupo socialmente vulnerável e outra, visando à instigação ao ódio, destinada ao restante da sociedade em que o grupo em questão está inserido⁸.

Há também a transmissão de uma mensagem discriminatória nos crimes motivados pelo preconceito, mas a ênfase da conduta recai no ato de desvalor contra a integridade patrimonial ou física da vítima. É importante ressaltar, entretanto, que o discurso de ódio – da mesma forma que o crime odioso em sentido estrito – é uma conduta, não constituindo mera opinião.

Françoise Tulkens, ao tratar desse assunto no artigo intitulado “*When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*”, afirma que a Corte Europeia de Direitos Humanos considera o *hate speech* como uma conduta, e não uma mera opinião. No entendimento do autor, essa é uma inversão conceitual essencial para que a regulação do discurso se mostre viável em um contexto democrático:

em uma democracia, uma pessoa não pode ser incriminada com base na sua opinião, mas apenas em virtude de um comportamento. Isso significa que as palavras não devem ser submetidas a nenhuma forma de restrição? Não. Quando consideramos a questão a partir dessa perspectiva, o foco muda. A questão não é mais que tipos de opinião ou expressão estão de acordo com a lei ou não, mas quais atos discursivos são compatíveis com a democracia

⁵ SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 208.

⁶ Tradução livre de “*the use of words which are deliberately abusive and/or insulting and/or threatening and/or demeaning directed at members of vulnerable minorities, calculated to stir up hatred against them*”. WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University, 2012. E-book versão Kobo. p. 16 do Capítulo 1.

⁷ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, E-book versão Kobo. p. 8 do Capítulo 3.

⁸ WALDRON, Jeremy. *Op. cit.*, E-book versão Kobo. p. 3 do Capítulo 1.

e quais não são. Quando constatada a sua ocorrência, o discurso de ódio é um ato, e não mera opinião⁹.

Em resumo, o discurso de ódio é uma conduta eminentemente comunicativa, o que significa tratar-se de uma ação – não se limitando, portanto, ao plano das ideias e, por isso, gerando efeitos materiais – que tem por objetivo a transmissão de mensagens. Em virtude dessa capacidade de gerar efeitos materiais, Swiebel e van der Veur assinalam que o discurso de ódio pode ser considerado um tipo específico de crime de ódio, constituindo, da mesma forma, um tipo de violência¹⁰.

O caráter extremo do discurso de ódio não se constata a partir das palavras ou imagens utilizadas na manifestação da intolerância, mas do seu efeito: intimidar um grupo social, negando aos seus integrantes, direitos de sua titularidade. Além disso, insta-os a deixar o espaço público, por meio de sua inferiorização e, em alguns casos, desumanização¹¹.

Além de intimidar um grupo social específico, o conteúdo discriminatório do discurso de ódio insta outros integrantes da sociedade ao ódio contra os membros da minoria em questão, alimentando a intolerância. Para atingir esse objetivo, vincula religião, etnia, procedência nacional, orientação sexual ou outra característica identitária do grupo social visado a comportamentos ou características avaliados negativamente pela sociedade. A ideia é trazer à tona a rejeição latente, no tecido social, a uma determinada minoria.

O destinatário do discurso odioso é, direta ou indiretamente, um grupo social: uma coletividade percebida enquanto tal pela sociedade e pelos próprios membros do grupo que compartilham de características identitárias comuns e nutrem sentimento mútuo de identificação. Swiebel e van der Veur mencionam, a título de exemplo, as manifestações de ódio dirigidas ao público LGBT em debates políticos sobre direitos das minorias sexuais ou durante contraprotestos em eventos como passeatas do orgulho gay¹².

Cabe ressaltar, contudo, que o discurso de ódio pode tomar a forma de uma agressão verbal, visual ou escrita dirigida a apenas uma pessoa no espaço público. Nesse caso, a ação é interpretada como discurso de ódio sempre que, indiretamente, visar a um grupo social, *i.e.*, quando o ato comunicativo discriminar a vítima tendo

⁹ Tradução livre. TULKENS, Françoise. *When to say is to do: freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*. Estrasburgo, 2012. Disponível em: <http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/TULKENS_Francoise_Presentation_When_to_Say_is_To_Do_Freedom_of_Expression_and_Hate_Speech_in_the_Case_Law_of_the_ECtHR_October_2012.pdf> [https://perma.cc/KY7L-8WWN]. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁰ SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. Hate crimes against lesbian, gay, bisexual and transgender persons and the policy response of international governmental organizations. In: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Antuérpia, v. 27, n. 4, p. 6, dez. 2009.

¹¹ O discurso de ódio representa um grupo social específico, implícita ou explicitamente, como algo desprezível e menos que humano. Segundo Mullen e Leader, a tendência de utilizar insultos baseados em características identitárias de grupos “externos” pode corresponder ao processo por meio do qual as pessoas prescrevem caráter humano ao grupo ao qual pertencem, “infra-humanizando” outros grupos. MULLEN, Brian; LEADER, Tirza. Linguistic Factors: Antilocutions, Ethnonyms, Ethnophaulisms, and Other Varieties of Hate Speech. In: DOVIDIO, John F.; GLICK, Peter; RUDMAN, Laurie A. *On the Nature of Prejudice – fifty years after Allport*. Oxford: Blackwell, 2005, p. 199.

¹² SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. Op. cit., p. 6.

em vista o seu pertencimento a determinado grupo social. Caso contrário, a conduta representa insulto individual¹³ que, dependendo das suas especificidades, poderia ser interpretada, no contexto brasileiro, como um delito contra a honra – calúnia, difamação ou injúria.

Os grupos sociais visados por manifestações de ódio têm natureza minoritária¹⁴, *i.e.*, constituem setores “desempoderados” e marginalizados da sociedade. O propósito do discurso é afirmar a inferioridade de determinado grupo com a finalidade de negar o reconhecimento de direitos de sua titularidade. Desta forma, são as minorias que se encontram mais vulneráveis a ele. Algumas definições de discurso de ódio listam, inclusive, as ideologias que podem alimentá-lo, de modo que uma determinada manifestação será considerada “discurso de ódio” apenas quando estiver apoiada em uma ou mais dessas ideologias.

A conformação de um grupo minoritário deve ser analisada em um contexto, *i.e.*, na sociedade em que ocorre a agressão verbal, visual ou escrita. Isso porque a existência de uma “minoría” – e a necessidade de construção de mecanismos protetivos destinados ao seu “empoderamento” – pressupõe uma relação desigual de poder entre um grupo dominante ou “majoritário” e outro dominado ou “minoritário”. Assim, a aceção de minoría empregada no presente estudo não é numérica, mas política¹⁵.

Em resumo, o discurso de ódio pode ser definido como um ato discursivo de caráter extremo, pautado por percepções subjetivas abstratas e negativas em relação a um grupo minoritário específico, visando, direta ou indiretamente, à reafirmação de hierarquias construídas socialmente – a subordinação de minorias, sejam elas religiosas, étnicas, de gênero, sexuais ou quaisquer outras – por meio da intimidação e da promoção da intolerância. Ainda que não o faça de forma explícita, essa forma de discurso nega ao grupo minoritário visado a extensão de direitos que, a partir de uma aceção material da igualdade, são de sua titularidade. É, assim, uma conduta discriminatória¹⁶.

Estabelecido o conceito de discurso de ódio, cabe agora entender o modelo alemão de responsabilização dos provedores de serviços na Internet pela publicação de conteúdos de terceiro – inclusive mensagens veiculando discurso de ódio.

3 O modelo de responsabilização das plataformas na Alemanha

Na União Europeia (UE), a responsabilidade das plataformas de Internet pela publicação de conteúdo de terceiros é regulada, a nível supranacional, pela Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000. A normativa estabelece, em seu artigo 14, regra segundo a qual os provedores de serviço na Internet não devem ser responsabilizados por “*informação armazenada a*

¹³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

¹⁴ *Ibid.*, p. 97.

¹⁵ OLIVA, Thiago Dias. *Minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão: o discurso de ódio e a segregação social dos indivíduos LGBT no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 55.

¹⁶ *Ibid.*

pedido de um destinatário do serviço”, conquanto não tenham “*conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal*” e “*a partir do momento em que tenha[m] conhecimento da ilicitude, atue[m] com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações*”¹⁷. O artigo 15 estabelece, ainda, que os Estados-Membros não deverão impor aos provedores de serviço “*obrigação geral de vigilância sobre as informações que estes transmitam ou armazenem, ou uma obrigação geral de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes*”.

Em outras palavras, optou-se por um modelo de responsabilização por meio do qual as plataformas poderão ser passíveis de responsabilização apenas após tornarem-se cientes de que hospedam/armazenam conteúdo de caráter ilegal¹⁸. No entanto, é o direito interno dos países que, observando essa “zona livre” de responsabilização estabelecida pela Diretiva, determina em que circunstâncias os provedores devem ser responsabilizados¹⁹.

Essa lógica foi incorporada pela Lei Alemã de Telemídia²⁰, atualmente em vigor. Nos termos estabelecidos pela lei, as plataformas tornam-se responsáveis por conteúdos ilícitos armazenados caso não os removam (ou bloqueiem) assim que tomem conhecimento da sua existência. A lei aprovada no dia 30 de junho de 2017, batizada de *Lei de Aprimoramento da Implementação de Normas nas Redes Sociais* (ou **NetzDG**), veio apenas concretizar essa obrigação, criando instrumentos para que o Estado possa constranger as plataformas a atendê-la.

Uma das exigências da nova lei é a estruturação de sistemas para gestão dos pedidos de remoção de conteúdo. A obrigação envolve desde a elaboração de métodos simples para reportar conteúdo tido por ilegal²¹ à manutenção de canais

¹⁷ É importante mencionar que o preâmbulo da Diretiva, item 42, limita a isenção de responsabilidade aos casos em que a atividade do provedor de serviços seja limitada ao “*processo técnico de exploração e abertura do acesso a uma rede de comunicação na qual as informações prestadas por terceiros são transmitidas ou temporariamente armazenadas com o propósito exclusivo de tornar a transmissão mais eficaz [...] atividade [...] de natureza passiva, o que implica que o provedor de serviços de internet não tem conhecimento da informação transmitida ou armazenada, nem o controle dela*”.

¹⁸ No Brasil, o Marco Civil da Internet (Lei Nº 12.965, de 23 de abril 2014) estabelece, em seu artigo 19, a possibilidade de responsabilização das plataformas (“provedores de aplicação”) por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros apenas quando, “*após decisão judicial específica, não tomar[em] as providências para [...] tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente*”. A exceção à regra se dá para conteúdo que viole a intimidade de terceiro ao conter cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado divulgadas sem a sua autorização. Nesse caso, a plataforma será responsabilizada subsidiariamente se, notificada pelo participante das imagens ou por seu representante legal, não indisponibilizar o conteúdo (art. 21) – ou seja, não há necessidade de uma decisão judicial afirmando o caráter ilícito do conteúdo. É importante ressaltar, ainda, que o regime geral de responsabilização dos provedores de aplicação também não se aplica a violações de direito autoral (art. 19, §2º).

¹⁹ HUSOVEC, Martin. *European Intermediary Liability Framework*. In: *Injunctions Against Intermediaries in the European Union: Accountable But Not Liable?* Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 50-72.

²⁰ ALEMANHA. *Telemediengesetz (TMG)*. Berlin: Bundestag, 2007. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/tmg/TMG.pdf>> [https://perma.cc/R78Z-QTQ9]. Acesso em: 23 jul. 2018.

²¹ A NetzDG define como “conteúdo ilegal” aquele que preenche os requisitos dos tipos penais 86 (disseminação de propaganda de organizações inconstitucionais), 86a (uso de símbolos de organizações inconstitucionais), 89a (preparações para ação violenta com risco para o Estado), 90 (difamação do(a) Presidente), 90a (difamação do Estado e de seus símbolos), 90b (difamação de órgãos constitucionais), 91 (encorajamento para a prática de ação violenta que coloque o Estado em risco), 100a (falsificação), 111

para que o usuário se informe a respeito de eventual pedido de remoção apresentado por ele. Caso tal sistema não seja adequadamente estruturado pelas redes sociais e colocado à disposição de seus usuários, elas estarão sujeitas a multas no valor de até 5 milhões de euros²².

Nos termos do art. 1º da NetzDG, a lei vincula “provedores de serviço de telemídia [...] que permitem a usuários trocar entre si conteúdos de qualquer natureza [...] publicamente acessíveis (redes sociais)”. Plataformas com conteúdo de caráter jornalístico, produzido pela própria plataforma, não são consideradas “rede social” para os fins da lei. Igualmente excluídas de seu escopo de aplicação encontram-se redes sociais com menos de 2 milhões de usuários na Alemanha²³.

Com o objetivo de fazer com que as redes sociais honrem o compromisso assumido ao assinar o código de conduta com a Comissão Europeia em 2016, a NetzDG torna obrigatória a remoção de conteúdos “claramente” ilícitos em até 24 horas do recebimento de pedido nesse sentido – ou dentro de sete dias, no caso de conteúdos cuja ilicitude é menos evidente²⁴. A NetzDG impõe, ainda, dever de transparência, caracterizado pela elaboração trimestral de relatórios, na língua alemã, que descrevam com riqueza de detalhes e dados o tratamento dispensado ao controle do discurso de ódio e de outros conteúdos criminosos.

Segundo o Governo Federal Alemão²⁵, a importância da NetzDG decorre da insuficiência das iniciativas tomadas de forma autônoma pelas plataformas e dos problemas de implementação das normas já existentes, o que tornou necessária a introdução de regras de *compliance*.

Modelos que facilitam as situações de responsabilização das plataformas aumentam o risco de *overblocking* – isto é, o estímulo às plataformas para que

(incitação pública ao crime), 126 (violação da paz pública por meio de ameaça à prática de crimes), 129 (formação de organização criminal), 129a (formação de organização terrorista), 129b (atividade terrorista no exterior), 130 (incitação ao ódio) – tipo penal empregado no combate ao discurso de ódio na Alemanha –, 131 (disseminação de violência gráfica), 140 (aprovação de ofensas), 166 (difamação de religiões e de associações religiosas ou ideológicas), 184b (disseminação, aquisição ou posse de pornografia infantil), 184d (disseminação de performances sexuais por meio de serviços de mídia ou telecomunicação), 185 (injúria), 186 (difamação), 187 (difamação intencional), 241 (ameaça de prática de crime) ou 269 (falsificação de dados para fins de prova) do Código Penal Alemão.

²² §4 *Bußgeldvorschriften* [...] (2) *Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 7 mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, in den übrigen Fällen des Absatzes 1 mit einer Geldbuße bis zu fünf Millionen Euro geahndet werden.*

²³ Tradução livre. Cf.: §1 *Anwendungsbereich* (1) *Dieses Gesetz gilt für Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die es Nutzern ermöglichen, beliebige Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen (soziale Netzwerke). Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke im Sinne dieses Gesetzes.* (2) *Der Anbieter eines sozialen Netzwerks ist von den Pflichten nach den §§ 2 und 3 befreit, wenn das soziale Netzwerk im Inland weniger als zwei Millionen Nutzer hat.*

²⁴ § 3 *Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte*. [...] (2) *der Anbieter des sozialen Netzwerks [...] 2. einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt; dies gilt nicht, wenn das soziale Netzwerk mit der zuständigen Strafverfolgungsbehörde einen längeren Zeitraum für die Löschung oder Sperrung des offensichtlich rechtswidrigen Inhalts vereinbart hat, 3. jeden rechtswidrigen Inhalt innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt.*

²⁵ ALEMANHA. Bundestag beschließt Gesetz gegen strafbare Inhalte im Internet. Berlin: Bundestag, 2017. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-netzwerkdurchsetzungsgesetz/513398>>. [https://perma.cc/D2JZ-4E5S]. Acesso em: 23 jul. 2018.

censurem mais conteúdo do que o necessário, o que pode representar uma ameaça para a liberdade de expressão e a manutenção de conteúdos legítimos no ar. No contexto alemão, esse argumento foi considerado insuficiente para demover o Parlamento da ideia de combater o volume crescente de mensagens xenófobas que circulam no país por meio da nova lei.

Ao endurecer o seu modelo regulatório de responsabilidade de intermediários, depositando nas plataformas a tarefa de atuar de forma mais proativa no combate a discursos e conteúdos ofensivos, a Alemanha busca promover o estabelecimento de uma sociedade multicultural.

Na teoria de Will Kymlicka, por exemplo, encontram-se fundamentos que justificariam a adoção de um modelo jurídico diferenciado para minorias através de uma “Teoria do Multiculturalismo”. Essa teoria seria dirigida às culturas minoritárias entendidas, no seu recorte conceitual, como “nações”. Isso porque a chamada “cultura societal” oferece aos membros da sociedade “estilos significativos de vida e abrange todo o conjunto de atividades humanas”.²⁶

4 As dificuldades das plataformas

Ao darmos um passo para trás nessa discussão, veremos que o discurso de ódio, muito embora seja um problema amplamente reconhecido em muitos países, permanece controverso em diversos aspectos que vão desde a sua definição, os parâmetros para sua identificação no caso concreto até a resposta que se deve dar a ele, sobretudo do ponto de vista jurídico. E essas dificuldades se dão, em grande medida, pela natureza contextual do discurso de ódio: tanto os grupos tidos por vulneráveis, quanto a forma de externalização da mensagem intimidatória que caracteriza essa forma de discurso podem variar de país a país (ou até de região a região dentro de um mesmo país).

Definir critérios e regras que norteiem a distinção entre conteúdos legítimos e manifestações de ódio é tarefa tão delicada que pode acabar gerando distorções. Em matéria²⁷ publicada no último dia 28 de junho, por exemplo, a ProPublica divulgou documentos contendo algumas das orientações internas que o Facebook utilizaria para treinar seus moderadores de conteúdo.

Nos termos dos slides de treinamento divulgados, explica-se quais são as categorias consideradas como protegidas (gênero, identidade de gênero, raça, afiliação religiosa, etnia, origem nacional, orientação sexual, séria deficiência ou doença) e quais não são (classe social, profissão, origem de continente, ideologia política, aparência, religiões, idade, países). Isso significa que a categoria “criança” (idade) não é protegida e a categoria “gay” é (orientação sexual), por exemplo. Quando as categorias são somadas em grupos, a presença de uma “categoria não protegida” desclassifica o grupo como protegido, desaconselhando-se a remoção do conteúdo tido como ofensivo nesses casos. Isso significa dizer, por exemplo, que

²⁶ KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford University, 1995.

²⁷ ANGWIN, Julia; GRASSEGGER, Hannes. *Facebook's Secret Censorship Rules Protect White Men from Hate Speech but not Black Children*. ProPublica, 28 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.propublica.org/article/facebook-hate-speech-censorship-internal-documents-algorithms>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

discursos dirigidos ao grupo “crianças negras” ou ao grupo “motoristas mulheres” não seriam considerados como discurso de ódio pela plataforma, ao passo que aqueles dirigidos a “homens brancos” sim.

Em pronunciamento em junho de 2017²⁸, o Facebook reconheceu dificuldades em tornar a plataforma uma “zona livre” de discurso de ódio. Destacou que vai aumentar de 4,5 para 7,5 mil o número de moderadores de conteúdo, pessoas contratadas e treinadas especificamente para analisar posts, imagens, vídeos e comentários, decidindo se devem continuar na plataforma. Além do Facebook, outras plataformas como Twitter²⁹ e YouTube³⁰ anunciaram estar articulando regras globais e ferramentas para a minimizar o efeito do discurso de ódio nas plataformas para torná-las espaços mais seguros. Mesmo assim, o desafio de operar simultaneamente em diversas jurisdições e estimular o fluxo de mensagens entre pessoas localizadas em países diferentes é grande.

De fato, o conceito de “discurso de ódio” varia de país para país, sendo que em muitos deles sequer há legislação específica, o que expõe as plataformas a legislações aplicáveis que podem exigir providências diferentes e, em alguns casos, contrapostas. Além disso, outras questões de contexto relacionadas à cultura, à política e ao idioma devem ser levadas em conta pelos moderadores de conteúdo³¹, o que torna a tarefa ainda mais complexa.

5 Alternativas: articulação da sociedade civil

Paralelamente às medidas do poder público e aos compromissos assumidos pelas plataformas, outras iniciativas como o #Ichbinhier (ou “#Euestouaqui”, em português), da sociedade civil, propõem formas alternativas de combate ao discurso de ódio na Internet.

O grupo³², fundado em dezembro de 2016 e inspirado na iniciativa sueca #jagärhär, tem por objetivo intervir com firmeza sobre comentários que disseminam o ódio em plataformas na Internet, reduzindo seu potencial de dano. Formulada no formato de grupo fechado no Facebook, a iniciativa conta com mais de 36 mil membros que se articulam, de maneira voluntária, com o objetivo de reduzir o impacto negativo causado pelo discurso de ódio no ambiente digital. Nos termos do estatuto do grupo:

²⁸ ALLAN, Richard. *Hard Questions: Hate Speech*. Facebook, 27 de junho de 2017. Disponível: <<https://newsroom.fb.com/news/2017/06/hard-questions-hate-speech/>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

²⁹ TIKU, Nitasha; NEWTON, Casey. *Twitter CEO: ‘We suck at dealing with abuse’*. The Verge, 4 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2015/2/4/7982099/twitter-ceo-sent-memo-taking-personal-responsibility-for-the->>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁰ JUNIUS, Lie. *Our commitment to fighting illegal hate speech online*. Google, 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.blog.google/topics/google-europe/our-commitment-to-fighting-illegal-hate_39/>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³¹ BUNI, Catherine; CHEMALY, Soraya. *The secret rules of the internet*. The Verge. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2016/4/13/11387934/internet-moderator-history-youtube-facebook-reddit-censorship-free-speech>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³² A página do grupo pode ser acessada aqui: <https://www.facebook.com/groups/718574178311688/>. Para entrar, é preciso responder a três perguntas e ser aprovado por um dos moderadores. As perguntas são as seguintes: (a) como você ficou sabendo a respeito do #Ichbinhier? (b) quais temas são especialmente importantes para você? (c) você leu a descrição do grupo e destravou as configurações de privacidade para que possamos saber um pouco mais sobre você?

[...] o pluralismo como manifestação da liberdade de opinião é um fundamento essencial da democracia. Tal pluralismo de opiniões pressupõe que todos estimem e respeitem todos as pessoas que vivem dentro de um determinado Estado, e que reconheçam a existência de diferentes opiniões, objetivos e aspirações.³³

Uma vez aceitos para integrar o #Ichbinhier, os membros do grupo devem atenuar o conteúdo de *posts* públicos na plataforma em meio a discussões fazendo comentários positivos. Para fazê-lo, podem (i) identificar manifestações de ódio na plataforma, comentá-las e compartilhar seu(s) comentário(s) no grupo; (ii) interagir de forma positiva com comentários feitos por outros membros do grupo (com “curtidas” ou “amei”, por exemplo); ou (iii) reportar ao Facebook *posts* com conteúdo de ódio que violem leis ou causem danos a pessoas.

Cada contribuição feita pelos membros do grupo é marcada com a *hashtag* #Ichbinhier. Quando um membro do grupo é visado por conta de um comentário que fez, os demais juntam-se a ele na discussão, interagindo em grande escala com o seu comentário e postando outros em apoio. Ao reagir maciçamente aos comentários de caráter positivo, esses comentários ganham maior visibilidade na plataforma, colocando as manifestações de ódio em segundo plano.

Para que o grupo tenha atuação mais eficiente e uniforme, ele conta com pequenos manuais que auxiliam seus membros a identificar uma manifestação de ódio, avaliar se ela ultrapassa – à luz do direito alemão – os limites da liberdade de expressão (para o fim de reportar às autoridades) e a deslegitimá-la³⁴.

Iniciativas como o #Ichbinhier tentam, com a sua abordagem, desenvolver uma “paridade de armas” em relação a grupos que se articulam com a finalidade de disseminar o ódio, colocando na prática a ideia – muitas vezes apenas discutida em abstrato – do contradiscurso³⁵.

³³ Tradução livre: “*Pluralismus als Ausdruck der Meinungsfreiheit ist wesentliche Grundlage der Demokratie. Ein solcher Meinungspluralismus setzt voraus, dass jedermann Achtung und Respekt vor allen Menschen hat, die in einem Staat leben, und die Existenz unterschiedlicher Meinungen, Ziele und Hoffnungen anerkennt*”.

³⁴ A título de exemplo das orientações transmitidas para combater o ódio em discussões no Facebook, pode-se mencionar: (i) a construção de alianças (uso de argumentos de outras pessoas engajadas na mesma discussão, interagindo positivamente com eles), (ii) argumentação objetiva (destaque de forma neutra dos erros/inverdades nos argumentos das pessoas que propagaram ódio), (iii) compartilhamento de experiências (uso de histórias pessoais para dar mais valor à argumentação – o que pode levar à reflexão do outro), (iv) introdução de questionamentos (levar o adversário à contradição fazendo perguntas diretas sobre os fatos/argumentos apresentados); (v) uso do humor para deslegitimar os argumentos do adversário (ironia auxilia a trazer à tona o absurdo de uma colocação); (vi) manutenção da calma e desescalada da discussão (resposta agressiva afasta possíveis aliados e apenas diminui o nível da discussão); (vii) persistência se não houver saída (caso esteja difícil vencer a discussão, deixá-la de lado para que outra pessoa venha em auxílio ou dar curta justificativa e sair do debate). Cf. #ICHBINHIER. *Tipps für Umgang mit Hate Speech im Netz*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/groups/718574178311688/files/>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁵ O valor da iniciativa como forma de empoderamento digital da sociedade civil no sentido de atuar de forma independente no combate a um problema social grave -- como é a disseminação do discurso de ódio -- foi reconhecido recentemente pelo Prêmio Grimme Online. O prêmio, concedido todos os anos desde 2001 pelo Instituto Grimme -- instituição dedicada à pesquisa e prestação de serviços na área de mídia e comunicação sediada na Alemanha -- a iniciativas de grande valor na internet, foi atribuído ao #Ichbinhier, em 2017, na categoria “especial” por sua motivação, pela atuação de seus moderadores e pelo engajamento de seus membros. Para mais informações, Cf. GRIMME INSTITUT. Grimme Online

Essas iniciativas suscitam reflexões a respeito das diferentes estratégias que podem ser encampadas para a promoção de sociedades multiculturais. Sobre este tema, Parekh propõe o estabelecimento de alguns critérios de orientação para que se estabeleçam sociedades multiculturais estáveis e coesas: (i) uma estrutura fundamentada da autoridade consensual; (ii) um conjunto coletivo e aceitável de direitos constitucionais; (iii) um Estado justo e imparcial; (iv) uma cultura comum multiculturalmente constituída; (v) uma educação multicultural; (vi) uma visão plural e abrangente da identidade nacional.³⁶

Especialmente no que diz respeito ao “conjunto coletivo e aceitável de direitos constitucionais”, cumpre salientar que o autor advoga no sentido de existir um denominador comum mínimo entre as diferentes culturas, sendo admissível, nas sociedades multiculturais, que se tutele a garantia desse conjunto mínimo de direitos e liberdades. No caso do discurso de ódio, esse mínimo denominador comum estaria ligado à obrigatoriedade de respeito à diversidade e à identidade dos indivíduos.

O direito à liberdade de expressão, nesse sentido, se tomado de forma absoluta, estaria fundado em uma concepção de igualdade, que, na prática, não se sustentaria.³⁷

6 Conclusão

As dificuldades enfrentadas pelas plataformas no combate ao discurso de ódio sugerem que, muito embora o problema deva ser combatido de diversas formas, inclusive por meio da remoção de conteúdo, transferir a responsabilidade de decidir o que deve ou não ser considerado como discurso de ódio às plataformas pode ser problemático. Nesse sentido, a utilização de critérios de análise criados pelas plataformas pode se voltar contra os próprios grupos subalternizados na medida em que podem dificultar estratégias de contradiscurso (como é o caso da postagem de Didi Delgado, ativista ligado a questões raciais, que teve a postagem “*todos os brancos são racistas. Parta desse ponto de referência ou você já falhou*” removida do Facebook, como também indica a reportagem da ProPublica)³⁸.

Outro problema é a criação de óbices à fiscalização da lei nos países em que esse tipo de discurso é regulado. Isso porque que, ao contrastar determinada conduta

Award 2017 - #ichbinhier. Disponível em: <<http://www.grimme-online-award.de/2017/preistraeger/p/d/ichbinhier-1/>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³⁶ Cf. PAREKH, Bhikhu. *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*. London: Macmillan, 2000, 367 p.

³⁷ No campo dos autores ligados ao multiculturalismo, o conceito de igualdade é enfrentado por Parekh, por exemplo. Para o autor, a igualdade se articula em diversos níveis – da igualdade de respeito a direitos até igualdade de poder. O autor se dedica então a elencar e descrever as dificuldades trazidas na implementação do princípio de igualdade em sociedades multiculturais. Cf. PAREKH, Bhikhu. *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*. London: Macmillan, 2000, p. 257. Outros autores, a partir de outros referenciais teóricos, constroem o debate sob a perspectiva da existência ou não de valores intrínsecos ligados às liberdades. Ronald Dworkin, por exemplo, defende o valor instrumental da liberdade de expressão para a construção de uma sociedade na qual os indivíduos, entendidos como moralmente responsáveis, têm o direito de expor e de estarem expostos a quaisquer discursos, aproximando o debate público da ideia do chamado livre mercado de ideias. Cf. DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, 416 p.

³⁸ ANGWIN, Julia; GRASSEGER, Hannes. op. cit.

com os termos de uso da plataforma, os moderadores de conteúdo removerão o que considerarem inadequado, mas provavelmente não reportarão eventual violação da lei a autoridades públicas³⁹, o que também gera um déficit de transparência.

Além de haver discussões sobre quais grupos devem ser protegidos do discurso de ódio – no Brasil, como sabemos, não há lei criminalizando o discurso de ódio contra LGBTs, muito embora tenhamos legislação nesse sentido coibindo o racismo⁴⁰, por exemplo –, existem discussões questionando o uso do direito penal para essa finalidade⁴¹, ou mesmo sobre como podemos identificar⁴², na prática, a ocorrência de um discurso de ódio. A lista de dúvidas é grande e o debate permanece em aberto.

Nesse cenário de dúvidas quanto à melhor maneira de regular o discurso na Internet, iniciativas como o #Ichbinhier mostram que existem maneiras alternativas de lidar com a disseminação de ódio nas redes com riscos menos significativos à liberdade de expressão. Muito embora tenham caráter complementar – os membros do #Ichbinhier apoiam-se, por exemplo, nos mecanismos de notificação de conteúdos que violam os termos de uso do Facebook – estratégias de contradiscurso estruturam-se em torno da lógica de que, para combater uma ideia abjeta, nada melhor do que bons argumentos. Caso aplicado em larga escala, esse conceito, além de reduzir a pressão sobre as plataformas para que removam conteúdos de maneira excessiva, tem o potencial para desenvolver uma cultura de engajamento em discussões menos superficiais.

Referências

ALEMANHA. *Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD - Drucksache 18/12356*. Berlin: Bundestag, 2017. Disponível em:

<<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/123/1812356.pdf>>. Acesso em: 23 jul 2018.

_____. *Telemediengesetz (TMG)*. Berlin: Bundestag, 2007. Disponível em:

<<https://www.gesetze-im-internet.de/tmg/TMG.pdf>>. Acesso em: 23 jul 2018.

_____. *Bundestag beschließt Gesetz gegen strafbare Inhalte im Internet*. Berlin: Bundestag, 2017. Disponível em

<<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw26-de-netzwerkdurchsetzungsgesetz/513398>>. Acesso em: 23 jul 2018.

³⁹ MCNAMEE, Joe. *Guide to the Code of Conduct on Hate Speech*. European Digital Rights, 3 de junho de 2016. Disponível em: <<https://edri.org/guide-code-conduct-hate-speech/>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴¹ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: Dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos Estudos*, v. 35, 03, n. 106, pp. 11-28.

⁴² WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. Estrasburgo: Council of Europe, 2009. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680665b3f>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

ALLAN, Richard. *Hard Questions: Hate Speech*. Facebook, 27 de junho de 2017. Disponível em: <<https://newsroom.fb.com/news/2017/06/hard-questions-hate-speech/>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

ANGWIN, Julia; GRASSEGER, Hannes. *Facebook's Secret Censorship Rules Protect White Men from Hate Speech but not Black Children*. ProPublica, 28 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.propublica.org/article/facebook-hate-speech-censorship-internal-documents-algorithms>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BRASIL. *Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BUNI, Catherine; CHEMALY, Soraya. *The secret rules of the internet*. The Verge. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2016/4/13/11387934/internet-moderator-history-youtube-facebook-reddit-censorship-free-speech>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

CLARK, Liat. *Facebook and Twitter face 50€m fines if they don't tackle hate speech*. Wired, 30 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.wired.co.uk/article/facebook-twitter-hate-speech-germany-fine>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. *Countering online hate speech – Commission initiative with social media platforms and civil society shows progress*. Bruxelas, 1º de junho de 2017. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1471_en.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

HUSOVEC, Martin. European Intermediary Liability Framework. In: *Injunctions Against Intermediaries in the European Union: Accountable But Not Liable?* Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 50-72.

JUNIUS, Lie. *Our commitment to fighting illegal hate speech online*. Google, 31 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.blog.google/topics/google-europe/our-commitment-to-fighting-illegal-hate_39/>. Acesso em: 23 jul. 2018.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford University, 1995.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito. *Novos Estudos*, v. 35, 3, n. 106, p. 11-28.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso de ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MCNAMEE, Joe. *Guide to the Code of Conduct on Hate Speech*. European Digital Rights, 3 de junho de 2016. Disponível em: <<https://edri.org/guide-code-conduct-hate-speech/>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

MULLEN, Brian; LEADER, Tirza. Linguistic Factors: Antilocutions, Ethnonyms, Ethnophaulisms, and Other Varieties of Hate Speech. In: DOVIDIO, John F.; GLICK, Peter; RUDMAN, Laurie A (Org.). *On the Nature of Prejudice – fifty years after Allport*. Oxford: Blackwell, 2005.

OLIVA, Thiago Dias. *Minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão: o discurso de ódio e a segregação social dos indivíduos LGBT no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2015.

PAREKH, Bhikhu. *Rethinking multiculturalism: cultural diversity and political theory*. London: Macmillan, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. Hate crimes against lesbian, gay, bisexual and transgender persons and the policy response of international governmental organizations. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Antuérpia, v. 27, n. 4, p. 6, dez. 2009.

TIKU, Nitasha; NEWTON, Casey. *Twitter CEO: ‘We suck at dealing with abuse’*. The Verge, 4 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2015/2/4/7982099/twitter-ceo-sent-memo-taking-personal-responsibility-for-the>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

TULKENS, Françoise. *When to say is to do: Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*. Estrasburgo, 2012. Disponível em: <http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/TULKENS_Francoise_Presentation_When_to_Say_is_To_Do_Freedom_of_Expression_and_Hate_Speech_in_the_Case_Law_of_the_ECHR_October_2012.pdf>. [https://perma.cc/KY7L-8WVN]. Acesso em: 23 jul. 2018.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University, 2012. E-book versão Kobo.

WEBER, Anne. *Manual on hate speech*. Estrasburgo: Council of Europe, 2009. Disponível em: <<https://rm.coe.int/1680665b3f>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

Recebido em: 26 de maio de 2018.

Aceito em: 16 de agosto de 2018.

O TRATAMENTO JURÍDICO E NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA APLICAÇÃO NA CULTURA JURÍDICA ESTADUNIDENSE, EUROPEIA E BRASILEIRA

THE LEGAL AND REGULATORY TREATMENT OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSPECTIVE AND ITS APPLICATION IN THE STATE, JUDICIAL, EUROPEAN AND BRAZILIAN LEGAL CULTURE

Rafael Padilha dos Santos ¹ 

¹ Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, Itajaí, SC, Brasil. Doutor em Direito Público. E-mail: padilha@univali.br

Resumo: Neste estudo analisa-se a dignidade da pessoa humana a partir da sua realidade normativa e jurídica contemporânea em âmbito nacional, regional e internacional, e o tratamento jurídico de sua aplicação na realidade das Supremas Cortes nos Estados Unidos, em países europeus e no Brasil. Diferentes culturas jurídicas empreendem o seu esforço interpretativo e legislativo que faz evidenciar que, na práxis jurídica, a dignidade da pessoa humana é tratada como uma construção cultural. Ademais, estimula-se em apresentar o potencial da dignidade em adotar conteúdo concreto através de sua explicitação e positivação, especialmente na sua irradiação nos direitos humanos e direitos fundamentais, e também como critério valorativo e interpretativo. A construção das ideias segue a base lógica indutiva, e a coleta de dados parte da pesquisa bibliográfica e jurisprudência.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Suprema Corte.

Abstract: This study analyzes the dignity of the human person based on their contemporary normative and juridical reality at the national, regional and international levels and the legal treatment of their application in the reality of the Supreme Courts in the United States, European countries and Brazil. Different juridical cultures undertake their interpretive and legislative effort that shows that, in legal praxis, the dignity of the human person is treated as a cultural construction. In addition, it stimulates to present the potential of the dignity to adopt concrete content through its explicitation and positivation, especially in its irradiation in human rights and fundamental rights, as well as an evaluation and interpretative criterion. The construction of the ideas follows the inductive logic base and the collection of data starts from the bibliographic and jurisprudential research.

Keywords: Dignity of human person. Supreme Court.

Sumário: 1 Introdução; 3 A dignidade da pessoa humana no contexto normativo internacional, regional e nacional; 4 O tratamento da dignidade humana no constitucionalismo dos estados unidos; 5 O tratamento da dignidade humana no constitucionalismo europeu; 6 A dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal brasileiro; 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

Nesta pesquisa será realizada uma análise sobre a dignidade da pessoa humana a partir da sua realidade normativa e jurídica contemporânea em âmbito nacional, regional e internacional, com o escopo de demonstrar que se trata de uma categoria essencial para se enfrentar os desafios normativos ligados às mais diferentes temáticas, como: a discriminação, a igualdade de todos perante a lei, o direito à paz e segurança, os princípios internacionais do não uso de força nas relações internacionais e da não intervenção, do bem-estar do detento dentro da cela

e o cuidado médico apropriado, a eutanásia, questões de gênero, invenções biotecnológicas etc.

Será também realizado um enfoque no constitucionalismo estadunidense, europeu e brasileiro para demonstrar um esforço interpretativo e legislativo que faz evidenciar que, na práxis jurídica, a dignidade da pessoa humana é tratada como uma construção cultural. Trata-se de demonstrar o potencial da dignidade em adotar conteúdo concreto através de sua explicitação e positivação, especialmente na sua irradiação nos direitos humanos e direitos fundamentais, e também como critério valorativo e interpretativo.

Dentro de um contexto de relativização de valores, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como um valor capaz de convergir consenso e aceitação. A dignidade da pessoa humana serve-se como um núcleo essencial no ordenamento jurídico que contribui para fundamentar a validade e a efetividade do conjunto de normas jurídicas. Como adverte Resta¹, após a Segunda Guerra Mundial foi a dignidade da pessoa humana o paradigma capaz de garantir a coexistência de culturas, ideologias e religiões diferentes para resguardar os direitos do homem independentemente das fronteiras nacionais.

A norma da dignidade da pessoa humana exige a consideração entre texto-contexto, seu significado é contexto-específico, sujeita a variações significativas perante jurisdições diferentes. Deste modo, a dignidade comportaria uma linguagem para a interpretação substantiva das garantias dos direitos humanos que é muito contingente nas circunstâncias locais. Em síntese: apesar da dignidade ter adquirido um posto central no ideal de direitos humanos universais, pode ser interpretada de modos diferentes.

Há diferenças significativas no uso da dignidade quando são comparadas diversas normas que falam da dignidade (em âmbito internacional, regional e nacional), de modo que em alguns documentos a dignidade é encontrada apenas no preâmbulo, em outros é empregada em relação a direitos particulares, em alguns é tratada como fundamental; em alguns é um direito por si mesmo, em outros é um princípio geral, como é perceptível em algumas comparações entre textos regionais e textos internacionais².

Ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana apresenta grande força de convergir acordo e consenso, há uma contraforça de mesma intensidade que produz a controvérsia sobre qual seria seu conteúdo e, por isso, há autores³ que contestam a possibilidade de ser apresentada uma definição jurídica para a dignidade da pessoa humana. Como adverte Habermas: “los conceptos jurídicos saturados de moral, como ‘derechos humanos’ y ‘dignidad humana’, tienen una extensión tan excesiva que resultan contraintuitivos, con lo que no solo pierden su agudeza

¹ RESTA, Giorgio. La dignità. In: RODOTÀ, Stefano; ZATTI, Paolo (Orgs.). *Trattato di biodiritto*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 261-262. Ver também: CAPPS, Patrick. *Human dignity and the foundations of international law*. Portland: Hart Publishing, 2009. p. 259.

² MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 4. n. EJIL, 2008. p. 675.

³ Neste sentido, ver: NEIRINCK, C. La Dignité de la Personne ou le Mauvais Usage d'une Notion Philosophique. In: PEDROT, P. (Dir.). *Ethique Droit et Dignité de la Personne*. Paris: Economica, 1999. p. 50. BORELLA, F. Le Concept de Dignité de la Personne Humaine. In: PEDROT, D. (Dir.). *Ethique droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999. p. 37.

distintiva sino también su potencial crítico.”⁴

É diante dessas dificuldades que a doutrina especializada⁵ afirma que a dignidade possui contornos vagos e imprecisos, com ambiguidade e porosidade, e com diversos sentidos semânticos. Porém, é bom ressaltar que na ciência jurídica a dificuldade de conceituação não é exclusiva da categoria “dignidade da pessoa humana”, há diversas categorias que oferecem a mesma dificuldade. No entanto, não é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana não existe, pois a dignidade não é algo que pertence exclusivamente ao mundo do hiperurânio, sua realidade é evidente, compõe a vida concreta humana, o que se torna ainda mais claro quando se observam os casos nos quais ocorre a sua violação⁶. Também possui uma realidade filosófica, especialmente coligada ao humanismo, e tem uma profunda realidade jurídica, com sua citação nos textos normativos, seu tratamento na doutrina, e a delimitação de seus contornos e condições em diversas jurisprudências.

2 A dignidade da pessoa humana no contexto normativo internacional, regional e nacional

Depois da Segunda Guerra Mundial a fé nos direitos humanos estava abalada, até mesmo pelas péssimas condições de vida dos países que vivenciaram o conflito, por isso havia o anseio de que os direitos humanos precisavam ter um *standard* mínimo de proteção jurídica internacional, e é com esse sentimento que foi criada a Organização das Nações Unidas. A tal propósito, pode-se mencionar o preâmbulo da Carta Geral das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945, entrando em vigor no dia 24 de outubro de 1945, que já menciona a dignidade da pessoa humana, reforçada pelo preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que assim prevê: “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the

⁴ HABERMAS, Jürgen. *El future de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?* Traducción de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002. p. 55. Além disso, Habermas também afirma que o Estado cosmovisamente neutro, sendo democrático e inclusivo, quando trata de matéria relacionada com a vida humana e carregada de um caráter ético, como é o caso da vida intrauterina, não deve tomar partido em uma controvérsia ética relacionada à dignidade da pessoa humana e ao direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo razoável adotar um dissenso fundamentado como encontrado na deliberação parlamentar na elaboração da lei, conforme ocorrido na sessão do parlamento federal alemão no dia 31 de maio de 2001, ou seja, entende ser mais apropriado uma discussão parlamentar dentro de um debate público do que na interpretação judicial. Essa posição de Habermas pode ser contestada a partir do entendimento de Denninger, já que quando a jurisdição constitucional é acionada para solucionar um conflito envolvendo a dignidade da pessoa humana, tem a obrigação de posicionar-se e fundamentar sua decisão, o que envolve a necessidade de um entendimento jurídica da dignidade da pessoa humana. DENNINGER, E. Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2/2003. p. 195-196.

⁵ Como: DELPÉRÉE, F. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio R.; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 153. FRISON-ROCHE, Marie-Anne; CABRILLAC, Thierry Revet Remy. *Droits et libertés fondamentaux*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997. p. 99.

⁶ Esse é o mesmo entendimento de: SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 9. jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>>. p. 364.

foundation of freedom, justice and peace in the world.”⁷ A dignidade também é mencionada no art. 1º da Declaração Universal para reconhecer que todos os seres humanos são iguais em dignidade, e nos arts. 22 e 23 para relacioná-la com os direitos econômico, social e cultural.

No âmbito do direito internacional do pós-guerra, apenas para ilustrar, é possível mencionar a sequência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana com as Convenções de Genebra de 1949, que compõe o Direito Internacional Humanitário; posteriormente reforçada pelo Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992; e também pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992.

Antes da elaboração desses instrumentos internacionais foram realizados projetos de propostas para uma organização internacional, sendo que em alguns desses projetos é mencionada a dignidade. Uma Conferência em Dijon realizada por uma organização nacional francesa denominada Liga dos Direitos do Homem (*Ligue des droits de l'Homme*), adotou em 1936 a Declaração dos Direitos do Homem, prevendo no art. 10⁸ o princípio da dignidade. O *American Jewish Committee* elaborou, nos Estados Unidos, uma Declaração de Direitos Humanos em 1944⁹, o mesmo tendo sucedido, conforme McCrudden¹⁰, com a *Catholic Bishops*, também nos Estados Unidos, em 1946, que incluiu a dignidade no seu texto de proposta de Declaração de Direitos. Em 1946, em Londres, a delegação cubana apresentou perante as Nações Unidas uma proposta de Declaração de Direitos Humanos que já no seu art. 1º previa que todo ser humano deve ter os seguintes direitos: “The right to life, to liberty, to personal security and to respect of his dignity as a human being.”¹¹ É possível mencionar também que o *Bill of Social Rights* de Georges Gurvitch¹² apresentava em sua Carta de Direitos a dignidade - dentro de sua filosofia de pluralismo político derivada de Phoudon e dos anarco-sindicalistas.

No âmbito do direito interno este princípio também foi reconhecido pelo direito nacional de muitos países, a exemplo da Alemanha, pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) de 1949, resultado de ampla deliberação dos constituintes encetada em paralelo à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que decidiram prever a dignidade já no

⁷ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. *The universal declaration of human rights*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>

⁸ LIGUE des Droits de l'Homme. 1936: *Complément de la LDH à la déclaration des droits de l'Homme*. Disponível em: <<http://www.ldh-france.org/1936-COMPLEMENT-DE-LA-LDH-A-LA/>>.

⁹ LOEFFLER, James. *The particularist pursuit of american universalism: the American Jewish Committee's 1944 'Declaration on human rights'*. In: *Journal of contemporary history*. 49. v. 4. n. Los Angeles: SAGE, out. 2014.

¹⁰ MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. In: *European journal of international law*. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 665.

¹¹ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. *Draft Declaration on Human Rights and Letter of Transmittal*. E/HR/1. Abr. 1946. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/904/08/PDF/GL990408.pdf?OpenElement>>

¹² GURVITCH, Georges. *The Bill of Social Rights*. New York: International Universities Press, 1946.

art. 1º, item 1 da Constituição, constituindo-se assim como *Grundnorm* do sistema: “Art. 1 (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público.”¹³ Também foi prevista pelos alemães como cláusula pétrea (*Ewigkeitsgarantie*) no art. 79, item 3 da Constituição. Tal previsão da dignidade também consta na Constituição japonesa, promulgada no dia 03 de novembro de 1946, em seu art. 13 e art. 24, item 2¹⁴. A Constituição italiana de 1947¹⁵ sancionou no seu art. 3º a igual dignidade social a todos os cidadãos, no art. 36 o direito do trabalhador ter uma remuneração suficiente a garantir para si e sua família uma vida digna e no seu art. 41 relaciona a dignidade com a iniciativa econômica privada, ao prever que esta não pode causar dano à dignidade humana. É interessante notar que a dignidade não consta na Constituição dos EUA, e em nenhuma de suas emendas¹⁶.

No Brasil, a dignidade não aparece nem na Constituição de 1824, nem na de 1889, podendo ser encontrada pela primeira vez no art. 115 da Constituição de 1934, ao afirmar que a ordem econômica deve possibilitar vida digna a todos, porém, na Constituição de 1937 a dignidade volta a ser omitida pelo constituinte, o que foi alterado pela Constituição de 1946, que no art. 145, parágrafo único, previu que o trabalho, e não propriamente a ordem econômica - como dispunha a Constituição de 1934- é quem deve possibilitar a existência digna, o que foi reforçado pela Constituição de 1964, que no seu art. 157, inc. II estabelece a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, dispositivo que se repete no art. 160, inc. II da Emenda Constitucional nº 01 de 17/10/1969. Foi a atual Constituição de 1988 quem conferiu *status* de princípio fundamental à dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inc. III. A Constituição de 1988 no seu art. 170 expressa que a ordem econômica tem por finalidade garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e em seu art. 226, §7º exige que o planejamento familiar deve estar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, no art. 227 estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à dignidade, e no art. 230 dispõe que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de defender a dignidade das pessoas idosas.

Antes da Segunda Guerra Mundial já existiam textos constitucionais

¹³ ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradutor: Assis Mendonça. Revisor jurídico: Urbano Carvelli. Edição impressa jan. 2011. p. 18. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>.

¹⁴ “Artigo 13. Todas as pessoas deverão ser respeitadas como indivíduos. Artigo 24. [...] Com relação a escolha do cônjuge, direito de bens, herança, escolha domiciliar, divórcio e outros assuntos concernentes ao casamento e à família, as leis deverão ser promulgadas do ponto de vista da dignidade individual e a equidade essencial dos gêneros.” JAPÃO. *Constituição do Japão*. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>.

¹⁵ ITALIA. *Costituzione della Repubblica italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/rappartiparlamento/normativa/costituzione.pdf>>.

¹⁶ Segundo Rao, a Constituição norte-americana não teria previsto expressamente a “dignidade” porque esta seria um valor e não um direito, como justifica: “The American Constitution protects rights – not values such as human dignity-limiting the grand scale theorizing possible by the Supreme Court.” RAO, Neomi. *On the use and abuse of dignity in constitutional Law*. Columbia Journal of European Law. 08-34. Disponível em: <http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/08-34%20Use%20and%20Abuse%20of%20Dignity.pdf?origin=publication_detail>. p. 205.

prevendo a dignidade, a exemplo da Constituição finlandesa de 1919¹⁷, no preâmbulo da Constituição irlandesa de 1937¹⁸, na América Latina, com a Constituição mexicana de 1917 ou a exemplo do que ocorreu com o Brasil na Constituição de 1934.

Sobre a América Latina, é importante destacar que desempenhou importante papel para o nascimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e nos debates sobre o tema¹⁹, como é reconhecido por Humphrey²⁰, diretor da divisão dos direitos humanos durante a elaboração da Declaração Universal. Morsink²¹ afirma que na metade da década de 40 do século XX as nações da América Latina tinham um discurso unívoco sobre questões constitucionais, pois nesta época a América Latina contava com um número incomum de repúblicas democráticas. Em 1948, a América Latina tinha 21 membros nas Nações Unidas, sendo assim o maior grupo regional dentre todas as 50 nações componentes. Dentre esses 21, 10 haviam reescrito sua Constituição na década de 40, cinco na década de 30 e dois no início do século XX, a exemplo da Constituição mexicana de 1917²², produto de uma revolução e que inspirou o modelo constitucional de diversos outros países.

É preciso mencionar também que a dignidade é reforçada em muitos textos constitucionais de nações que atravessaram fases de transição de um sistema político totalitário para governos democráticos liberais, a exemplo do que ocorreu com a Grécia depois da ditadura dos coronéis ou junta dos coronéis, que durou de 1967-1974; na Espanha depois da ditadura encabeçada por Francisco Franco, que durou de 1936 até 1975; na África do Sul depois do *apartheid*, regime de segregação racial

¹⁷ Prevê como princípio no seu art. 1: “Finland is a sovereign Republic, the constitution of which shall guarantee the inviolability of human dignity and the freedom and rights of the individual as well as promoting justice in society.” FINLÂNDIA. *Constitution 1919*. Translation by Martin Scheinin. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/fi01000_.html>.

¹⁸ No Preâmbulo, de forte influência e tradição católica, está previsto: “In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial, Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation, And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact, and give to ourselves this Constitution.” IRLANDA. *Constitution of Ireland*. Disponível em: <<http://www.legirel.cnrs.fr/spip.php?article233&lang=fr>>.

¹⁹ A propósito, ver: HUMPHREY, John P. *Human rights and the United Nations: a great adventure*. New York: Transnational, 1984. MORSINK, Johannes. *The universal declaration of human rights: origins, drafting and intent*. Philadelphia: Pennsylvania Press, 1999. GLENDON, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of human rights*. New York: Random House, 2001. CAROZZA, Paolo. *From conquest to constitutions: retrieving a latin american tradition of the idea of human rights*. 25 v. 2 n. Notre Dame Law School, mai. 2003. p. 281-313. WALTZ, Susan Eileen. *Universalizing human rights: the role of small states in the construction of the universal declaration of human rights*. 23 v. 1 n. In: *Human rights quarterly*. The Johns Hopkins University Press, fev. 2001. p. 44-72.

²⁰ HUMPHREY, John P. *Human rights and the United Nations: a great adventure*. New York: Transnational, 1984.

²¹ MORSINK, Johannes. *The universal declaration of human rights: origins, drafting and intent*. Philadelphia: Pennsylvania Press, 1999. p. 130.

²² MÉXICO. *Constitución política de los Estados Unidos mexicanos*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conhist/pdf/1917.pdf>>.

que durou de 1948 a 1994; e nos países da Europa Oriental pós-comunista.

A Resolução 41/120 de 1986 da Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu normas internacionais em matéria de direitos humanos, servindo como diretrizes base na elaboração de instrumentos internacionais sobre direitos humanos, prevendo o seguinte:

- a) Ser congruentes con el conjunto de normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos; b) Tener carácter fundamental y dimanar de la dignidad y el valor inherentes a la persona humana; c) Ser lo suficientemente precisos para engendrar derechos y obligaciones identificables y observables; d) Proporcionar, según proceda, un mecanismo de aplicación realista y efectivo que incluya sistemas de presentación de informes; e) Suscitar amplio apoyo internacional;²³

Em relação ao item “b” acima citado, a referência à dignidade torna-se cada vez mais comum nos documentos elaborados pela ONU, para citar dois exemplos: na Convenção sobre o Direito das Crianças de 1989²⁴, que a cita no seu preâmbulo, nos arts. 23, 28, 37, 39, 40; na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares de 1990²⁵, que a cita nos seus arts. 17 e 70.

Em junho de 1993, 171 Estados adotaram a Declaração e Programa de Ação da Conferência Internacional de Direitos Humanos realizada em Viena como um plano comum para corroborar a aplicação dos direitos humanos no mundo. Nesta Declaração, já no preâmbulo consta a seguinte afirmação:

Recognizing and affirming that all human rights derive from the dignity and worth inherent in the human person, and that the human person is the central subject of human rights and fundamental freedoms, and consequently should be the principal beneficiary and should participate actively in the realization of these rights and freedoms.²⁶

Nesta Declaração e Programa de Ação a dignidade não é apenas tratada como fundamental em relação aos direitos humanos em geral, mas também é adotada em situações específicas relativas aos direitos humanos, como questões ligadas ao progresso da ciência relativas à biomedicina e tecnologia da informação (art. 11), violência de gênero e todas as formas de abuso e exploração sexual (art. 18), no tratamento dos indígenas (art. 20), na abolição da pobreza extrema (art. 25), na proibição da tortura (art. 55). A dignidade expande assim sua aplicação a diversas situações específicas, por exemplo, com a Convenção sobre o Direito das Crianças

²³ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Assembleia Geral. *A/RES/41/120*. Disponível em: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/41/120>>.

²⁴ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. UNICEF. *Convención sobre los derechos del niño*. 20 de noviembre de 1989. Madrid: Nuevo Siglo, Jun. 2006.

²⁵ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Assembleia Geral. *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. A/RES/41/120*. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/573/21/IMG/NR057321.pdf?OpenElement>>

²⁶ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Conferência Internacional de Direitos Humanos. *Vienna Declaration and Programme of Action*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>>.

de 1989²⁷ é possível mencionar sua aplicação em relação ao direito à educação (art. 28), em relação a quem apresente deficiência mental ou física (art. 23), e na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares de 1990²⁸, sua aplicação em relação às condições e tratamento do detento (art. 17), e ao direito de prover as condições mínimas para o bem-estar (art. 70).

A dignidade não consta apenas em textos internacionais ou nacionais, mas também é encontrada em nível regional, em âmbito americano, árabe, africano, europeu, asiático. É possível citar a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, de Bogotá, na Colômbia, que antecede a Declaração Universal dos Direitos Humanos em mais de 06 meses e a influencia, de modo que a IX Conferência Internacional Americana considera: “Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana”²⁹. Já no preâmbulo da Declaração está disposto: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” e a importante enunciação: “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.”³⁰ No art. XXIII prevê o direito de propriedade coligado às necessidades de uma vida decorosa e contribuindo para manter a dignidade da pessoa. Através da Organização dos Estados Americanos há diversos documentos elaborados com menção à dignidade, a título de exemplo: o preâmbulo, o art. 4º alínea “e”; o art. 8º alínea “g” da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, na Convenção de Belém do Pará³¹, em 1994.

A Liga de Estados Árabes também prevê a dignidade na sua Carta sobre Direitos Humanos de 2004, em seu preâmbulo, no art. 2, item 3 (que aplica a dignidade em relação ao racismo, sionismo e ocupação estrangeira), no art. 3 (igualdade entre homem e mulher), art. 17 (proteção dos menores acusados de delitos nas fases de investigação, julgamento e execução de sentença, com tratamento especial em razão da idade), art. 20 (dignidade do detento), art. 33, item 3 (novamente a proteção da dignidade da criança), art. 40 (proteção a pessoas com deficiência física ou mental). Vale citar o preâmbulo, que assim dispõe:

²⁷ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. UNICEF. *Convención sobre los derechos del niño*. 20 de noviembre de 1989. Madrid: Nuevo Siglo, Jun. 2006.

²⁸ ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Assembleia Geral. *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. A/RES/41/120. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/573/21/IMG/NR057321.pdf?OpenElement>>.

²⁹ DECLARACIÓN Americana de los derechos y deberes del hombre. Aprobada em la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá: Colombia, 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>.

³⁰ DECLARACIÓN Americana de los derechos y deberes del hombre. Aprobada em la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá: Colombia, 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>.

³¹ ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”*. AG/Res. 1257 (XXIV-O/94). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-PORTUGUES.pdf>>.

Based on the faith of the Arab nation in the dignity of the human person whom God has exalted ever since the beginning of creation and in the fact that the Arab homeland is the cradle of religions and civilizations whose lofty human values affirm the human right to a decent life based on freedom, justice and equality,³²

Já em 1990 os países da Organização da Cooperação Islâmica haviam adotado a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã³³, baseada na Sharia e no Islã como representante de Alá na terra, prevendo a dignidade no preâmbulo (ligada a uma vida digna de acordo com a Shari'ah), o art. 1 (igualdade entre as pessoas); art. 6 (igualdade entre homem e mulher); art. 20 (proibição de, sem legitimidade, retirar a liberdade, exilar ou punir alguém, submeter pessoas à tortura, maltratos, crueldade ou indignidades); art. 22, alínea c (direito à informação, sem permitir a violação da dignidade de Profetas ou minar a fé da sociedade).

Na África, é possível citar a União Africana, fundada em 2002 e que sucedeu à Organização da Unidade Africana, sendo que em 1986 entrou em vigor a Carta sobre Direitos Humanos e das Pessoas (conhecida também como Carta de Banjul), que já no preâmbulo fala da necessidade de lutar pela dignidade da África, eliminando o colonialismo, neo-colonialismo, *apartheid*, sionismo e desmantelando bases militares estrangeiras e condenando toda forma de discriminação. Preceitua no seu art. 5: “Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status.”³⁴

A Declaração dos Direitos Humanos da Associação de Nações do Sudeste Asiático prevê o seguinte princípio geral no seu art. 1: “All persons are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of humanity.”³⁵ No seu art. 31, item 3 associa a dignidade ao direito à educação.

Apesar da dignidade não ter sido incluída na Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa no ano de 1950, e entrando em vigor no ano de 1953, é mencionada no preâmbulo do Protocolo nº 13 de 2002³⁶, além de ser incluída em diversas outras Convenções do Conselho da Europa, a exemplo da Carta Social Europeia Revista de 1996³⁷, que no art. 26 fala sobre dignidade no trabalho, e na Convenção sobre os Direitos Humanos e a Biomedicina, no preâmbulo e no seu artigo 1, em que a dignidade é instrumento de proteção em relação inclusive a quem ainda não nasceu. A dignidade, além disso, também está estampada na Carta dos

³² LEAGUE of Arab States. *Charter on human rights*. mai. 2004. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html>>.

³³ NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE of Foreign Ministers. *Cairo Declaration on Human Rights in Islam*. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>.

³⁴ ORGANIZAÇÃO da Unidade Africana. *African (Banjul) Charter on human and people's rights*. Entered into force 21 october 1986. 1981. Disponível em: <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf>.

³⁵ ASSOCIATION of Southeast Asian Nations. *Asean human rights declaration*. Disponível em: <<http://www.asean.org/news/asean-statement-communications/item/asean-human-rights-declaration>>.

³⁶ CONSELHO da Europa. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

³⁷ CONSELHO da Europa. *Carta Social Europeia (revista)*. Disponível em: <<https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Portuguese.pdf>>.

direitos fundamentais da União Europeia³⁸ de 2000, que foi alterada e proclamada pela segunda vez em dezembro de 2007, tendo sido investida com efeito jurídico vinculativo a partir do Tratado de Lisboa de 2009.

Os documentos reguladores internacionais que tratam sobre o princípio da dignidade têm uma pretensão de universalidade, porém, é preciso confrontar-se com o modo pelo qual tal pretensão encaixa-se nas experiências regionais, nacionais ou dentro dos modelos constitucionais dos Estados, pois não há uma consensual homogeneidade sobre o seu conteúdo, especialmente porque a validade universal do princípio, na prática, aplica-se em comunidades particulares com suas peculiaridades. Assim, o princípio da dignidade é acolhido e aplicado de modo diferente dentro das jurisdições internacionais, regionais e nacionais. A dignidade, sem dúvida, assume um poder retórico, e é um tema que ainda pode ser evoluído em muitas direções³⁹.

3 O tratamento da dignidade humana no constitucionalismo dos estados unidos

É preciso ressaltar que o tipo de constitucionalismo dos europeus é distinto do constitucionalismo dos Estados Unidos, havendo um debate em tal análise comparativa⁴⁰. O constitucionalismo trata sobre as leis fundamentais e a identidade de uma particular comunidade política. Segundo Boggetti⁴¹, Constituições como as dos Estados Unidos, que são antigas e elaboradas sob o pálio do liberalismo, foram adaptadas às novidades do modelo intervencionista de Estado do século XX. Há duas versões de Constituições em relação à adoção do modelo intervencionista: uma versão neoliberal, que é mais sensível à ideia de liberdade individual; e uma versão socialdemocrata, mais aberta aos valores de solidariedade.

Os Estados Unidos filiam-se mais à versão neoliberal, pois inclusive sua legislação federal cria sistemas de segurança social, saúde e trabalho com apenas um nível mínimo de proteção para os valores sociais, de modo que a Suprema Corte se recusa a interpretar cláusulas da Nona Emenda (como o devido processo, a igualdade de proteção) como uma forma de obrigar o Estado a prover um mínimo de serviços públicos. Já a Europa filia-se mais à segunda versão, mais ligada à proteção dos valores sociais.

³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. In: Jornal Oficial das Comunidades Europeias. dez. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>>.

³⁹ Um exemplo é a proposta de Marella em fornecer um aspecto social à dignidade no quadro do direito privado europeu: MARELLA, Maria Rosaria. Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti. In: *Rivista critica del diritto privato*. n. 1. 2007. p. 67-103.

⁴⁰ NOLTE, Georg (Org.). *European and US constitutionalism: comparing essential elements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. BUSNELLI, D. Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata. In: VETTORI. *Contratto e costituzione europea: convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti*. Padova: Cedam, 2005. WHITMAN, James Q.; FRIEDMAN, Gabrielle S. *The European transformation of harassment law*. In: Faculty Scholarship Series. Paper 647. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1649&context=fss_papers>.

⁴¹ BOGNETTI, Giovanni. The concept of human dignity in European and US. In: NOLTE, Georg. *European and US constitutionalism: comparing essential elements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 86.

A Suprema Corte dos EUA sempre fez um uso contido e calculado da noção de “dignidade” que, aliás, não é explicitada na sua Constituição⁴² e dentro da jurisprudência americana o valor da dignidade humana passa a ser utilizado mais tardiamente. Referências à dignidade humana são feitas na década de 40 do século XX dentro de opiniões divergentes (*dissenting opinions*) de juízes que argumentavam por uma concepção mais robusta das liberdades individuais. Por exemplo, no caso *Korematsu v. United States*, que discutia sobre o apoio ou não ao acampamento de reclusão de japoneses, já que em 1942 quase 120.000 japoneses-americanos foram transportados a acampamentos de reclusão por força da ordem executiva n. 9066 do Presidente Franklin D. Roosevelt, a Corte Suprema dos Estados Unidos decidiu que Fred Forematsu deveria ser preso e recluso por 6 votos contra 3. Segundo Murphy, divergindo do entendimento majoritário, tal decisão “falls into the ugly abyss of racism” e que “destroy the dignity of the individual”⁴³.

Nos últimos anos as decisões judiciais da Suprema Corte dos EUA vêm adotando com maior frequência a dignidade como fundamento dentro de uma ótica de identidade pessoal e de liberdade negativa⁴⁴. No entanto, a Suprema Corte não formulou uma definição para dignidade, mantendo assim uma noção maleável, que algumas vezes é coligada a liberdades constitucionais, como aquelas da Quarta, Quinta ou Oitava Emenda; noutras vezes, a dignidade é trabalhada como componente protegido pelas cláusulas do *due process* da Quinta e Décima Quarta Emenda. Por exemplo, no caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁴⁵ discute-se a lei estadual da Pensilvânia (*Pennsylvania Abortion Control Act of 1982*) que exigiu diversos requisitos para a prática do aborto, de modo que a Suprema Corte, em uma decisão de 5 votos contra 4, estabeleceu que as Leis estaduais sobre aborto não poderiam prever impedimentos para as gestantes que escolheram o aborto.

O princípio da dignidade foi colocado nos Estados Unidos em correlação com a noção de autonomia, visto como central para a liberdade protegida pela décima quarta emenda. Também pode ser exemplificada pela decisão de 2003 do caso *Lawrence v. Texas*⁴⁶, em que foi derogada a lei do Texas que penalizava a prática homossexual e proibia que duas pessoas do mesmo sexo tivessem condutas de intimidade sexual, entendendo a Suprema Corte que as práticas sexuais

⁴² É interessante notar, no entanto, que já no *The Federalist Papers* se mencionava sobre a dignidade, inclusive Hamilton, no Federalist nº 1, de 1787, menciona que uma nova Constituição era o caminho mais seguro para a liberdade, a dignidade e a felicidade do povo americano. HAMILTON, Alexander. Federalist nº 1. In: *The Federalist Papers*. The Electronic Classics Series. 2014. Disponível em: <<http://www.2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>. p. 8.

⁴³ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Korematsu v. United States*. 323 U.S. 214. 1944. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/214#writing-USCC_CR_0323_0214_ZD1>.

⁴⁴ Para aprofundamento: GOODMAN, Maxine. *Human dignity in Supreme Court Constitutional jurisprudence*. 84. v. 2006. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1241&context=nlr>>.

⁴⁵ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Planned parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. 505 U.S. 833. 1992. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=planned%20parenthood%20of%20southea stern%20pennsylvania%20v.%20Casey&url=/supct/html/historics/USCC_CR_0505_0833_ZX2.html>.

⁴⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Lawrence v. Texas*. 539 U.S. 558. 2003. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=Lawrence&url=/supct/html/02-102.ZS.html>>.

consentidas estavam dentro da liberdade protegida pelo devido processo estabelecido na décima quarta emenda. O fundamento da dignidade foi empregado para defender a proibição estabelecida pela Lei do Texas, sob o fundamento de que a liberdade protegida constitucionalmente permite que homossexuais tenham o direito de escolher manter relações nos confins de suas casas e em privado, preservando sua dignidade como pessoas livres, havendo assim o uso da dignidade como *empowerment*.

Além desses casos, em relação à aplicação do princípio da dignidade, devem também ser destacados os seguintes: o entendimento de que é punição cruel e incomum a execução de uma pessoa com deficiência mental que havia sido condenada à pena de morte, no caso *Atkins v. Virginia*⁴⁷, de 2002; o direito de ser ouvido dentro da cláusula do devido processo legal, em que a Suprema Corte decidiu que benefícios previdenciários não poderiam deixar de ser pagos sem o devido processo administrativo, já que a agência securitária não concedia ao interessado ampla defesa, no caso *Goldberg v. Kelly*⁴⁸; e também o caso *National Association for the Advancement of Colored People v. Claiborne Hardware Co.*⁴⁹, que trata sobre liberdade de expressão, em que a *Association for the Advancement of Colored People* em uma reunião decidiu boicotar o comércio dos brancos para que fosse atendida uma longa lista de reivindicações de igualdade e justiça racial, sendo que tal boicote foi apoiado com diversos discursos encorajadores para aumentar a adesão da causa por mais pessoas, de modo que os comerciantes brancos acusaram a Associação pelos danos sofridos, inclusive de eventuais e isolados atos de violência. A Suprema Corte decidiu que os atos não violentos da Associação constituem atividade política pacífica protegidos pela primeira Emenda. Porém, em todos esses casos citados a dignidade tem um papel limitado, como um conceito que serve de background e não como um termo legal operacional, o que contrasta bastante, por exemplo, com o contexto constitucional alemão⁵⁰.

A dignidade raramente exprime-se como uma obrigação dos poderes públicos de intervir diante de uma violação da dignidade advinda de ações de terceiros ou de condições naturais. Este modelo norte-americano é assim caracterizado esquematicamente por McCrudden:

a) prevalenza delle libertà negative su quelle positive; b) formulazione dei diritti disgiunta dalla precisazione dei loro limiti, della loro relazione con gli altri diritti o con i doveri gravanti sul singolo; c) configurazione meramente procedurale delle libertà e assenza di una struttura normativa volta a delineare

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Atkins v. Virginia*. 536 U.S. 304. 2002. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=atkins%20v.%20virginia&url=/supct/html/historics/USSC_DN_0000_8452_ZO.html>.

⁴⁸ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Goldberg v. Kelly*. 397 U.S. 254. 1970. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=Goldberg%20v.%20Kelly&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0397_0254_ZO.html>.

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *National Association for the Advancement of Colored People v. Claiborne Hardware Co.* 458 U.S. 886. 1982. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=claiborne%20hardware%20Co.&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0458_0886_ZS.html>.

⁵⁰ NOLTE, Georg. *European and US constitutionalism: comparing essential elements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

un sistema ordinato dei valori.⁵¹

4 O tratamento da dignidade humana no constitucionalismo europeu

Na Europa, o material jurisprudencial sobre a dignidade reflete em geral preferência comunitária e democrática, entendendo que os valores fundamentais da pessoa humana são o escopo primário e o fim último da comunidade democrática. Na Europa, o grande estímulo para o emprego da dignidade humana como um termo legal advém depois da Segunda Guerra Mundial, pela preocupação de conter a violação de tal valor, mas também para punir aqueles que cometeram crimes contra a humanidade, além do que há uma tradição filosófica europeia antiga acerca da dignidade. Segundo McCrudden, o paradigma pós-bélico possui as seguintes características:

a) riconoscimento dell'indivisibilità delle libertà positive e delle libertà negative; b) previsione di un sistema articolato di limitazione dei diritti, regolazione dei rapporti tra di essi e accentuazione del profilo della responsabilità; c) articolazione, oltre al sistema dei diritti, di uno specifico quadro dei valori oggetto di protezione.⁵²

Neste paradigma, a dignidade humana assume um papel mais central em comparação àquele adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, e está mais ligada ao paradigma da dignidade social. O respeito à dignidade humana tende a ser aplicado jurisprudencialmente como ponto central do qual se irradiam um conjunto de princípios capazes de promover valores humanos no interior do ordenamento jurídico, e a dignidade chega a ser aplicada como limite.

Por exemplo, o Conselho Constitucional francês, na decisão nº 94-359⁵³ de 1995, deduz, a partir da dignidade, o direito constitucional de todos a uma habitação decente, com higiene e conforto. O mesmo é possível constatar na Corte Constitucional italiana⁵⁴, para quem a edificação de um Estado Social implica na garantia para um maior número possível de cidadãos do direito social da habitação, contribuindo para que a vida de todos seja um espelho da dignidade humana, como uma obrigação que deve ser levada em consideração pelo Estado. A própria Constituição italiana, no art. 3º, § 1 reconhece a “dignità sociale”, coligada ao princípio da igualdade, sendo tal dispositivo fundamento, por exemplo, da decisão da Corte Constitucional italiana⁵⁵ que afirmou que a tutela ativa das minorias linguísticas é fundamentada também na dignidade social.

A dignidade é, nesses casos, situada em uma posição relacional, do contexto

⁵¹ MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. In: *European journal of international law*. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 276-277.

⁵² MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. In: *European journal of international law*. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 277-278.

⁵³ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *Décision n° 94-359*. 1995. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1995/94-359-dc/decision-n-94-359-dc-du-19-janvier-1995.10618.html>>.

⁵⁴ ITÁLIA. Corte costituzionale. *Sentenza 217/1988*. 1988. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.

⁵⁵ ITÁLIA. Corte costituzionale. *Sentenza 88/2011*. 2011. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.

das relações sociais em que os indivíduos se encontram. De uma parte está ligada à igualdade, de outra, considera as condições materiais de vida e as possibilidades concretas de participação na comunidade política da qual se é membro. Ferrara⁵⁶, comentando o art. 3º, § 1 da Constituição italiana, sustenta que a “*pari dignità sociale*” constitui uma garantia às aquisições econômicas, sociais e culturais indispensáveis a uma participação livre e igual na comunidade política, e como direito de ser reconhecido como sujeito de valor igual em todo momento da vida democrática.

Em relação à Corte Europeia de Direitos Humanos é possível ressaltar o caso *Van Kück v. Alemanha*, em que Carola van Kück, que tinha sido registrada como homem de nome Bernhard Friedrich, pleiteia o reembolso pela companhia de seguro de saúde de 50% de seus despesas com o intervento cirúrgico a que se submeteu para a mudança de sexo, bem como as despesas com seu tratamento hormonal, de modo que a empresa negava o pagamento porque o tipo de contrato entre as partes não daria tal cobertura. A Corte entendeu que van Kück deveria ser amparada pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a autodeterminação em matéria sexual, sendo que tal direito é constituído pelo respeito pela dignidade humana: “Moreover, the very essence of the Convention being respect for human dignity and human freedom, protection is given to the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security [...]”⁵⁷ Interpreta que o art. 8 da Convenção não apenas deve ser entendido em sentido da liberdade negativa como proteção do indivíduo contra interferências arbitrárias de autoridades públicas, mas também no sentido de obrigações positivas inerentes ao efetivo respeito da vida privada e da família.

Deste modo, pelas jurisprudências apresentadas, pode-se perceber que a dignidade social acaba adquirindo um *status* de princípio geral de direito.

É interessante também ressaltar a interpretação de Alexy sobre a dignidade da pessoa humana no Tribunal Constitucional Federal alemão. Alexy posiciona-se afirmando que a dignidade tem por condição necessária a liberdade negativa, embora não seja condição suficiente. Do princípio da dignidade decorrem princípios materiais, porém, tais princípios materiais serviriam como complementação ao princípio formal da liberdade negativa. O conceito de dignidade humana apresentado por Alexy baseia-se no entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão, que é assim transcrito:

A norma da dignidade humana está “baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e se desenvolver em liberdade. A Constituição alemã não concebe essa liberdade como uma liberdade de um indivíduo isolado e autocrático, mas como um indivíduo relacionado a uma comunidade e a ela vinculado.”⁵⁸

⁵⁶ FERRARA, G. La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione). In: ZANGARI, G. (Org.). *Studi in onore di G. Chiarelli*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 1087.

⁵⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of van Kück v. Germany*. Application nº 35968/97. 2003. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["van kuck"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-61142"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>.

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 356.

Assim, não é possível desvincular o conceito de liberdade com o de dignidade, mais propriamente, o conceito de liberdade negativa: “É possível, então, afirmar que sem a liberdade jurídica negativa não há dignidade humana em um sentido juridicamente relevante.”⁵⁹ O legislador pode fixar restrições à liberdade de ação individual, porém, diante de razões suficientes que a justifiquem, compondo assim o conteúdo do princípio da liberdade negativa, o qual não expressa a autorização de se fazer ilimitadamente o que bem se entenda, mas que “todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa.”⁶⁰ Assim, na medida em que o princípio da liberdade negativa impede a violação arbitrária da liberdade, exigindo razões suficientes, ele está baseado no princípio da dignidade humana, fornecendo além disso uma das condições para a garantia da dignidade humana. Portanto, ter liberdade para escolher é algo inalienável para cada ser humano, sendo assim um elemento para o conceito de dignidade humana.

Do princípio da dignidade humana, além do acima citado princípio formal da liberdade negativa, derivam também outros princípios, que são materiais, e que fornecem condições substanciais que fornecem garantia à dignidade humana. Alexy fornece alguns exemplos: “aqueles que têm como objetivo a proteção dos aspectos mais íntimos dos seres humanos e aqueles que conferem ao indivíduo um direito *prima facie* à sua auto-representação em face dos outros indivíduos.”⁶¹ Assim, entende Alexy que o princípio da dignidade humana pode ser refinado por diversos subprincípios, como o da liberdade negativa e princípios materiais.

5 A dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal Brasileiro

No direito brasileiro a dignidade da pessoa humana está prevista como um princípio fundamental disciplinado no art. 1º, inc. III da Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”⁶²

Na doutrina brasileira, o princípio fundamental⁶³ é assim definido: “*Princípios fundamentais* são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinando-lhe o modo e a forma de ser.”⁶⁴ São fundamentais porque dão o fundamento ao edifício constitucional brasileiro, em que a dignidade humana se apresenta como inalienável, básica e imprescritível, buscando assegurar unidade à

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 357.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 358.

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 359.

⁶² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁶³ Canotilho informa que princípios jurídicos fundamentais podem também ser denominados de princípios gerais: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.090.

⁶⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 493.

Constituição, orientar a ação do intérprete em todos os órgãos do Estado, conservar o Estado Democrático de Direito.

O constituinte tratou a dignidade da pessoa humana como o valor constitucional supremo, de integridade moral do ser humano independente de credo, raça, cor, origem ou classe social, ou seja, é o consagramento contra intolerância, preconceito, exclusão social e opressão. Sua direção é bastante ampla, como afirma Bulos: “O conteúdo vetor é amplo e pujante, envolvendo valores *espirituais* (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e *materiais* (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.)”⁶⁵ E complementa:

Seu conteúdo jurídico interliga-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. [...] Notório o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância.⁶⁶

É curioso mencionar que durante a ditadura militar foi editado o Ato Institucional nº 05, no ano de 1968, conhecido por sobrepor-se à Constituição brasileira de 1967 para conferir poderes extraordinários ao Presidente da República, reforçando o autoritarismo iniciado pelo Golpe Militar de 31 de março de 1964, dando amplos poderes ao Presidente para decretar recesso dos órgãos legislativos, decretar intervenção em Estados e Municípios sem limitação constitucional, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos por 10 anos, cassar mandatos eletivos, suspender garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, podendo o Presidente por decreto demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade quaisquer titulares de tais garantias constitucionais, empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, suspender a garantia de *habeas corpus* em casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular etc.

Apesar de tantas restrições, o Ato Institucional nº 05, em seu preâmbulo, cita que o Golpe Militar visava dar ao país um regime que atendesse às exigências de um sistema jurídico político, garantindo “autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo”⁶⁷. A ditadura militar, aos olhos dos seus governantes, era democrática, livre, respeitosa da dignidade humana. Isso demonstra que a formalidade legislativa consente a previsão de quaisquer disposições que depois devem ser observadas na sua substância, porém, um regime que pratica a tortura, cerceia a liberdade e limita garantias constitucionais não pode ser tido por respeitoso da dignidade humana. Assim, o grupo de poder expõe simbolicamente⁶⁸ valores sem efetivá-los na prática.

⁶⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 499.

⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 499.

⁶⁷ BRASIL. *Ato institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968*. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=194620>>.

⁶⁸ Sobre o simbolismo na legislação: NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Atualmente, há a preocupação com o que Neves⁶⁹ denomina “Constituição simbólica”, em que não se segue uma concreta realização das disposições do texto constitucional, ainda que o texto constitucional satisfaça exigências e objetivos políticos, aparece como mera reverência retórica a previsão da dignidade da pessoa humana, da democracia etc. Seria o que Habermas denominou de esfera do ideológico, ou seja, “ilusões dotadas do poder das convicções comuns.”⁷⁰ Portanto, na constitucionalização simbólica o problema ideológico “consiste em que se transmite um modelo cuja realização só seria possível sob condições sociais totalmente diversas.”⁷¹ Assim, somente profundas mudanças na sociedade poderiam resultar na concretização do modelo constitucional, havendo o risco de que o princípio da dignidade da pessoa humana se torne apenas uma proclamação simbólico-ideológica na Constituição.

A reserva do possível significa as possibilidades fáticas reais do Estado efetivar a dignidade da pessoa humana diante das necessidades sociais, como orçamento público e políticas públicas, havendo muitas vezes tensão entre tal reserva do possível e o mínimo existencial, este relacionado à dignidade da pessoa humana por relacionar-se às circunstâncias mínimas que propiciem ao ser humano uma vida digna, sendo tal mínimo existencial um direito fundamental, como afirma Torres: “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações positivas.”⁷²

A Constituição brasileira conferiu alta relevância à dignidade da pessoa humana, um valor-guia, o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, “no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados.”⁷³ Com isso quer-se evidenciar que o constituinte brasileiro preocupou-se também com a dignidade social, já que ligar a dignidade humana à existência digna representa uma exigência de satisfação dos direitos sociais (art. 6º da CRFB/88) como a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

No Brasil não há uma definição sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana, porém, é utilizada de modo muito frequente, e nos mais variados contextos, na atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Apenas para ilustrar, é possível mencionar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, analisando a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) em que é decidido que as pesquisas com células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos não violam o direito à vida e nem a dignidade da pessoa humana, inclusive porque objetivam o tratamento de patologias e traumatismos que causam muitos sofrimentos e muitas vezes degradam a vida de muitas pessoas, a exemplo de quadros de atrofia espinhais progressivas, distrofias

⁶⁹ NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: *Habermas: sociologia*. São Paulo: Ática, 1980.

⁷¹ NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 89.

⁷² TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 262.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 128.

musculares, neuropatias etc., e, por atenuar o infortúnio do próximo, entra em compatibilidade à Constituição da República Federativa do Brasil, inclusive para consagrar um constitucionalismo fraternal às relações humanas, comunhão de vida ou vida social para, pelo espírito de solidariedade, beneficiar a saúde. Na ementa desta Ação Direta de Inconstitucionalidade lê-se o seguinte:

Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).⁷⁴

Também é representativa a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856⁷⁵, decidindo pela inconstitucionalidade da Lei Fluminense nº 2.895/98, legislação estadual sobre exposições e competições entre aves das raças combatentes, versando sobre a conhecida “briga de galo”, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que experiências de crueldade que afetam a fauna são incompatíveis à Constituição brasileira, além do que tal prática ofenderia a dignidade da pessoa humana porque estimularia pulsões primitivas e irracionais que diminuem a dignidade humana.

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186⁷⁶ o Supremo Tribunal Federal reconheceu a regularidade da criação do sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racional no processo de seleção para ingresso em universidade pública, entendendo que tal ação afirmativa não ofende à dignidade da pessoa humana já que as vantagens atribuídas são por tempo limitado, auxiliando a superar as desigualdades herdadas de eventos históricos, visando assim corrigir distorções e reverter no ensino superior a desigualdade observada nas relações étnico-raciais e sociais.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54⁷⁷, foi decidido que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo faz parte do direito de autodeterminação e da intimidade da mulher, e da dignidade da pessoa humana, através da possibilidade de escolher pela manutenção ou não da gestação de um feto anencéfalo, visando a proteção da saúde e da dignidade das mulheres, inexistindo neste caso crime de aborto.

Julgando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como instituto jurídico, proibindo a discriminação de pessoas em razão do gênero, fundamentando na

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008. Publicação: 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1.856*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/05/2011. Publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 26/04/2012. Publicação: 20/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: 30/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

liberdade para dispor da própria sexualidade como expressão da autonomia da vontade, em conformidade ao direito à intimidade e à vida privada, assim expondo a correlação à dignidade da pessoa humana:

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade.⁷⁸

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4⁷⁹ foi ajuizada pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano, em que esta Associação defendia a inconstitucionalidade do art. 39, *caput* da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), que assegura a gratuidade dos transportes coletivos públicos aos maiores de 65 anos. O Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade deste artigo para assegurar vida digna dos idosos, tornando efetivo os direitos sociais do idoso, especialmente porque os preços das tarifas de transporte podem oferecer muitas dificuldades a idosos que podem se manter isolados em casa, impedidos de se deslocar esperando visitas ou médicos que não chegam, favorecendo-lhes assim a locomoção, associando a dignidade ao oferecimento de uma condição mínima de mobilidade ao idoso e à sua integração na comunidade para que possa dar sua participação na vida em sociedade, estando ligado ao mínimo existencial.

Os casos trazidos acima, que são meramente ilustrativos, demonstram que na Constituição brasileira o princípio da dignidade da pessoa humana representa uma força centrípeta para toda norma constitucional, fazendo com que seja exegese obrigatória de qualquer norma constitucional, colocando o ser humano como centro e fundamento da sociedade. Todos os direitos consagrados não têm utilidade se não for para benefício da existência humana, de modo que a humanidade deve estar na causa do direito. Assim é que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social tem como base a justiça social (art. 193), a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., todas essas normas servindo como indicador de conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

6 Conclusão

Ao longo deste estudo foi observado como é trabalhado normativamente e juridicionalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, restando por evidenciado que a noção de dignidade da pessoa humana tem a vocação de unir opostos: Ocidente e Oriente, capitalistas e não capitalistas, laicos e religiosos.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 19/09/2007. Publicação: 25/10/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>.

Porém, pela diversidade de julgados é possível constatar que a dignidade da pessoa humana está sujeita a ser interpretada sob diferentes concepções, e aplicada nas mais diferentes matérias. Isso ocorre, como justifica Habermas⁸⁰, porque a dignidade humana, mas também todo direito humano, tem uma universalidade abstrata e precisam ser concretizados no particular, o que faz com que legisladores e juízes alcancem resultados diferentes em contextos culturais distintos. Menos controverso é admitir que tal universalidade representa uma vantagem para se alcançar compromissos negociados, como ocorreu na fundação das Nações Unidas, especialmente na formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assim, é preciso admitir a função de compromisso da dignidade da pessoa humana para a diferenciação e propagação dos direitos humanos, e na neutralização de diferenças.

Porém, não é possível concluir, apenas pela análise desses casos, dados a título exemplificativo nesta pesquisa, sobre a impossibilidade de se estabelecer uma definição para a dignidade da pessoa humana. Isso porque, primeiramente, os entendimentos têm por substrato um número limitado de jurisdições; segundo, porque os tribunais entre si ainda não são tão autoconscientes acerca do próprio conceito atribuído à dignidade da pessoa humana, o que justifica divergências dentro de um mesmo tribunal; terceiro, porque cada tribunal está sob um sistema jurídico e um sistema jurídico pode divergir em relação ao outro, justificando assim divergências entre um tribunal e outro; quarto, porque trata-se de uma categoria com amplo potencial de concreção positiva nos mais variados casos.

A análise da dignidade dentro de um discurso jurídico pode abrir o caminho para o estudo particular da dignidade da pessoa humana em âmbito histórico, social, cultural, político, legal etc. O estudo da dignidade da pessoa humana no discurso judicial encontra-se no seu primeiro amanhecer, como dispõe McCrudden: “Analysis of dignity discourse in the judicial context is, however, in its relative infancy, and even fewer attempts have been made to provide cross-cultural studies of the use of dignity in judicial discourse using these richer methods.”⁸¹

Pelo discurso jurídico constatado nos casos citados neste artigo já é possível entrever tal possibilidade⁸², ainda que ainda não exista uma base substantiva compartilhada na tomada de decisão judicial para a dignidade da pessoa humana.

A delimitação jurídica da dignidade da pessoa humana vem exigindo a figura do sujeito de direito; a sua correlação com os direitos humanos e os direitos fundamentais; a constituição de deveres baseados no respeito; a consideração à humanidade radicada em cada ser humano, considerando-se o intrínseco valor da pessoa humana; a dignidade como manifestação do reconhecimento recíproco; a consideração de elementos culturais para a análise da dignidade da pessoa humana; a

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa, Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012. p. 12.

⁸¹ MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, 19, v. 4. n. EJIL, 2008. p. 212.

⁸² É preciso reconhecer que há os céticos que entendem não haver tal possibilidade: “dignity cannot be quantified, it cannot be operationalized, no matter how appealing as a policy standard it might otherwise appear to academics.” HYMAN, David A. *Does technology spell trouble with a capital “T”?: human dignity and public policy*. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 27 v. 2003. Disponível em: <http://www.law.illinois.edu/faculty/misc/hyman_pdfs/Hyman_Article.pdf>.

tutela estatal na proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Juridicamente, a dignidade humana vai estabelecer parâmetros para o tratamento dos seres humanos, bem como uma proteção para cada pessoa, inclusive com garantias para sua autonomia e de ordem social, e para a prestação positiva do Estado. Enquanto não é delimitada uma definição da dignidade da pessoa humana, o desafio prático em ação é o estabelecimento e delimitação de um operativo sistema judicial de interpretação e de aplicação dos direitos humanos, prevenindo assim contra inseguranças jurídicas na aplicação da dignidade da pessoa humana e para resolver o mistério sobre como uma categoria tão etérea pode produzir tantos efeitos concretos.

Referências

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradutor: Assis Mendonça. Revisor jurídico: Urbano Carvelli. Edição impressa jan. 2011. p. 18. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf>.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASSOCIATION of Southeast Asian Nations. *Asian human rights declaration*. Disponível em: <<http://www.asean.org/news/asean-statement-communicues/item/asean-human-rights-declaration>>.

BOGNETTI, Giovanni. The concept of human dignity in European and US. In: NOLTE, Georg. *European and US constitutionalism: comparing essential elements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BRASIL. Ato institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=194620>>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/05/2008. Publicação: 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1.856. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 26/05/2011. Publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.768-4. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 19/09/2007. Publicação: 25/10/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 26/04/2012. Publicação: 20/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12/04/2012. Publicação: 30/04/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Publicação: 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.

BORELLA, F. Le Concept de Dignité de la Personne Humaine. In: PEDROT, D. (Dir.). *Ethique Droit et Dignité de la Personne*. Paris: Economica, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUSNELLI, D. *Carta dei diritti fondamentali e autonomia privata*. In: WHITMAN, James Q.; FRIEDMAN, Gabrielle S. The European transformation of harassment law. In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 647. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1649&context=fss_papers>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAROZZA, Paolo. *From conquest to constitutions: retrieving a latin american tradition of the idea of human rights*. 25 v. 2 n. Notre Dame Law School, mai. 2003. p. 281-313.

CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The migration of constitutional ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

CONSELHO da Europa. Carta Social Europeia (revista). Disponível em: <<https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Portuguese.pdf>>.

_____. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Case of van Kück v. Germany*. Application nº 35968/97. 2003. Disponível em:

<[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["van kuck"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-61142"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>.

DECLARACIÓN Americana de los derechos y deberes del hombre. Aprobada em la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá: Colombia, 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>

DELPÉRIÉE, F. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio R.; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 153. FRISON-ROCHE, Marie-Anne; CABRILLAC, Thierry Revet Remy. *Droits et libertés fondamentaux*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997.

DENNINGER, E. Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt. In: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos, 2/2003. p. 195-196.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Atkins v. Virginia*. 536 U.S. 304. 2002.

Disponível em:

<http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=atkins%20v.%20virginia&url=/supct/html/historics/USSC_DN_0000_8452_ZO.html>.

_____. Suprema Corte. *Goldberg v. Kelly*. 397 U.S. 254. 1970. Disponível em:

<http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=Goldberg%20v.%20Kelly&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0397_0254_ZO.html>.

_____. Suprema Corte. *Korematsu v. United States*. 323 U.S. 214. 1944.

Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/323/214#writing-USSC_CR_0323_0214_ZD1>.

_____. Suprema Corte. *Lawrence v. Texas*. 539 U.S. 558. 2003. Disponível em:

<<http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=Lawrence&url=/supct/html/02-102.ZS.html>>.

_____. Suprema Corte. *National Association for the Advancement of Colored People v. Claiborne Hardware Co.* 458 U.S. 886. 1982. Disponível em:

<http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=claiborne%20hardware%20Co.&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0458_0886_ZS.html>.

_____. Suprema Corte. *Planned parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. 505 U.S. 833. 1992. Disponível em:

<<http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=planned%20parentho>>

od%20of%20southeastern%20pennsylvania%20v.%20Casey&url=/supct/html/historics/USSC_CR_0505_0833_ZX2.html>.

FERRARA, G. La pari dignità sociale (appunti per uma ricostruzione). In: ZANGARI, G. (Org.). *Studi in onore di G. Chiarelli*. Milano: Giuffré, 1974.

FINLÂNDIA. *Constitution 1919*. Translation by Martin Scheinin. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/icl/fi01000_.html>.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *Décision n° 94-359*. 1995. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1995/94-359-dc/decision-n-94-359-dc-du-19-janvier-1995.10618.html>>.

GOODMAN, Maxine. *Human dignity in Supreme Court Constitutional jurisprudence*. 84. v. 2006. Disponível em: <<http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1241&context=nlr>>.

GURVITCH, Georges. *The Bill of Social Rights*. New York: International Universities Press, 1946.

HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?* Traducción de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002.

_____. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: *Habermas: sociologia*. São Paulo: Ática, 1980.

_____. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução Denilson Luis Werle, Luiz Repa, Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

HAMILTON, Alexander. Federalist n° 1. In: *The Federalist Papers*. The Electronic Classics Series. 2014. Disponível em: <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>.

MORSINK, Johannes. *The universal declaration of human rights: origins, drafting and intent*. Philadelphia: Pennsylvania Press, 1999.

GLENDON, Mary Ann. *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of human rights*. New York: Random House, 2001.

HUMPHREY, John P. *Human rights and the United Nations: a great adventure*. New York: Transnational, 1984.

_____. *Human rights and the United Nations: a great adventure*. New York: Transnational, 1984.

HYMAN, David A. Does technology spell trouble with a capital “T”? human dignity and public policy. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*. 27 v. 2003. Disponível em:

<http://www.law.illinois.edu/faculty/misc/hyman_pdfs/Hyman_Article.pdf>.

IRLANDA. *Constitution of Ireland*. Disponível em:

<<http://www.legirel.cnrs.fr/spip.php?article233&lang=fr>>.

ITÁLIA. Corte costituzionale. *Sentenza 217/1988*. 1988. Disponível em:

<<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.

_____. Corte costituzionale. *Sentenza 88/2011*. 2011. Disponível em:

<<http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do>>.

_____. *Costituzione della Reppublica italiana*. Disponível em:

<<http://www.governo.it/rapportiparlamento/normativa/costituzione.pdf>>.

JAPÃO. *Constituição do Japão*. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>.

LEAGUE of Arab States. *Charter on human rights*. mai. 2004. Disponível em:

<<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html>>.

LIGUE des Droits de l’Homme. *1936: Complément de la LDH à la déclaration des droits de l’Homme*. Disponível em: <<http://www.ldh-france.org/1936-COMPLEMENT-DE-LA-LDH-A-LA/>>.

LOEFFLER, James. *The particularist pursuit of american universalism: the American Jewish Committee’s 1944 ‘Declaration on human rights’*. In: *Journal of contemporary history*. 49. v. 4. n. Los Angeles: SAGE, out. 2014.

MARELLA, Maria Rosaria. Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti. In: *Rivista critica del diritto privato*. n. 1. 2007.

MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. In: *European journal of international law*. 19. v. 4. n. EJIL, 2008.

MÉXICO. *Constitución política de los Estados Unidos mexicanos*. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>>.

MORSINK, Johannes. *The universal declaration of human rights: origins, drafting and intent*. Philadelphia: Pennsylvania Press, 1999.

NEIRINCK, C. La Dignité de la Personne ou le Mauvais Usage d’une Notion Philosophique. In: PEDROT, P. (Dir.). *Ethique Droit et Dignité de la Personne*. Paris: Economica, 1999. p. 50.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE of Foreign Ministers. *Cairo Declaration on Human Rights in Islam*. Disponível em:

<<http://www1.umn.edu/humanrts/instreet/cairodeclaration.html>>.

NOLTE, Georg. *European and US constitutionalism: comparing essential elements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

ORGANIZAÇÃO da Unidade Africana. *African (Banjul) Charter on human and people's rights*. Entered into force 21 october 1986. 1981. Disponível em:

<http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf>.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Assembleia Geral. *A/RES/41/120*. Disponível em: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/41/120>>.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Assembleia Geral. *Convención Internacional sobre la protection de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. A/RES/41/120. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/573/21/IMG/NR057321.pdf?OpenElement>>.

_____. Assembleia Geral. *Convención Internacional sobre la protection de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. A/RES/41/120. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/573/21/IMG/NR057321.pdf?OpenElement>>.

_____. *Conferência Internacional de Direitos Humanos*. Vienna Declaration and Programme of Action. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf>>.

_____. *Draft Declaration on Human Rights and Letter of Transmittal*. E/HR/1. Abr. 1946. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/GL9/904/08/PDF/GL990408.pdf?OpenElement>>

_____. *The universal declaration of human rights*. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/>>

_____. UNICEF. *Convención sobre los derechos del niño*. 20 de noviembre de 1989. Madrid: Nuevo Siglo, Jun. 2006.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, "Convenção de Belém do Pará"*. AG/Res. 1257 (XXIV-O/94). Disponível em:

<<http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-PORTUGUES.pdf>>.

RAO, Neomi. *On the use and abuse of dignity in constitutional Law*. Columbia Journal of European Law. 08-34. Disponível em: <http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/08-34%20Use%20and%20Abuse%20of%20Dignity.pdf?origin=publication_detail>.

RESTA, Giorgio. La dignità. In: RODOTÀ, Stefano; ZATTI, Paolo (Orgs.). *Trattato di biodiritto*. Milano: Giuffrè, 2010. p. 261-262. Ver também: CAPPS, Patrick. *Human dignity and the foundations of international law*. Portland: Hart Publishing, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9. jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>>.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. In: *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. dez. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>>.

VETTORI. *Contratto e costituzione europea*: convegno di studio in onore del Prof. Giuseppe Benedetti. Padova: Cedam, 2005.

WALTZ, Susan Eileen. *Universalizing Human Rights: The Role of Small States In The Construction of the Universal Declaration of Human Rights*. Human Rights Quarterly. The Johns Hopkins University Press, v. 23, n. 1, p. 44-72, fev. 2001.

Recebido em: 2 de agosto de 2018.

Aceito em: 28 de agosto de 2018.



O REFLEXO DA SOCIEDADE DO HIPERCONSUMO NO INSTAGRAM E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

THE REFLECTION OF SOCIETY OF HYPERCONSUMPTION ON INSTAGRAM AND THE DIGITAL INFLUENCERS' LIABILITY

Diogo Rais Rodrigues Moreira^I 
Nathalia Sartarello Barbosa^{II} 

^I Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. Doutor em Direito Constitucional. E-mail: diogoraism@gmail.com.

^{II} Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. Mestranda em Direito Político e Econômico. E-mail: nathaliasartarello@gmail.com.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade civil no Instagram a partir do contexto das obras de Gilles Lipovetsky sobre hiperconsumo e sociedade hedonista. A relevância da pesquisa se deve à importância que o consumo vem adquirindo através das redes sociais com o auxílio da publicidade, que exerce um significativo papel na formação de opinião dos consumidores. O que se pretende é analisar quais as ferramentas de que a publicidade se utiliza para despertar o desejo consumista dos usuários das redes sociais, mais especificamente, do Instagram. Demonstrar-se-á que os consumidores, já considerados vulneráveis pela legislação consumerista, tem sua vulnerabilidade ainda mais acentuada dentro desse contexto no qual a publicidade nem sempre é devidamente identificada. Para tanto, se discorrerá sobre as transformações que a sociedade vem sofrendo capazes de proporcionar solo fértil para o consumismo, ou como Lipovetsky denomina “hiperconsumo”, bem como o papel da publicidade no processo de desculpabilização do ato de compra, para, a partir disso, entender como essa dinâmica se reflete no Instagram. Será analisado, por fim, de que forma o consumidor recebe proteção legal dentro desse contexto e qual a responsabilidade civil dos influenciadores digitais no Instagram.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Publicidade. Redes sociais. Instagram. Responsabilidade civil.

Abstract: This article aims to analyze liability on Instagram from the context of Gilles Lipovetsky's works on hyperconsumption and hedonistic society. The relevance of the research is due to the importance that consumption has acquired through social network with the aid of advertising, which plays a significant role in shaping consumer opinion. The purpose is to analyze the tools that advertising uses to arouse the consumer desire of social networks' users, more specifically, Instagram's users. It will be demonstrated that consumers, already considered vulnerable by consumer legislation, have their vulnerability even more pronounced within this context in which advertising is not always properly identified. In order to do so, it will focus on the transformations that society is suffering providing fertile soil for consumerism, or as Lipovetsky calls “hyperconsumption”, as well as the role of advertising in the process of exonerating the act of buying, to understand how this dynamic is reflected on Instagram. It will be analyzed, finally, how consumer receives legal protection within this context and what is the civil liability of digital influencers on Instagram.

Keywords: Consumer law. Advertising. Social networks. Instagram. Liability.

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 Hiperconsumo e sociedade hedonista através do Instagram; 3 Responsabilidade civil dos influenciadores digitais; 4 Considerações finais. Referências.

1 Considerações Iniciais

Com o propósito de estudar a responsabilidade civil dos influenciadores digitais no Instagram, a abordagem de pesquisa a ser adotada será de multi-métodos, ou seja, haverá diferentes tipos de metodologia dependendo do ponto a ser explorado. Será utilizada a abordagem hipotética-dedutiva, para se explorar se o cenário descrito por Gilles Lipovetsky sobre a sociedade de hiperconsumo tem pertinência dentro do universo do Instagram e de que forma isso ocorre. Para tanto, o artigo se desenvolverá com auxílio de pesquisas recentes, onde se chegará a uma conclusão por meio das técnicas de coleta e análise de dados e análise pesquisa bibliográfica, estudos acadêmicos, jornais e sites específicos da Internet, bem como a legislação brasileira, o que significa dizer que a abordagem também será descritiva.

Primeiramente, cumpre frisar que a sociedade do hiperconsumo tem se desenvolvido de forma a expandir-se em diversos aspectos. O acesso ao consumo vem se difundindo a instâncias cada vez mais amplas da vida coletiva, já não sendo mais um privilégio da elite participar do universo consumista. Atualmente todas as classes são levadas pela embriaguez do consumismo, da paixão pelo novo, ou seja, gozam de um modo de vida centrado em valores materialistas¹. Para se alcançar esse estágio do consumo de massa, foi preciso estabelecer novos modos de vida, eliminando os hábitos sociais que poderiam constituir freios ao consumo mercantil. Foi, portanto, necessário “afastar os indivíduos das normas particularistas e locais, desculpar a vontade de despende, desvalorizar a moral da poupança, depreciar as produções domésticas”². A introdução do sistema de crédito foi mais um elemento que contribuiu para o “adestramento” do consumidor moderno, pois permitiu que não fosse mais necessário economizar primeiro para comprar em seguida. Diante desse cenário em que o referencial hedonista se impõe como uma evidência, desenvolveu-se uma nova psicologia que tornou o ato de compra uma atividade recreativa e terapêutica.

A publicidade também cumpriu papel importante no processo de desculpabilizaçã³ do ato de compra e, como consequência, auxiliou na

¹ “A sociedade do objeto apresenta-se como civilização do desejo, prestando um culto ao bem-estar material e aos prazeres imediatos. Por toda parte exibem-se as alegrias do consumo, por toda parte ressoam os hinos aos lazeres e às férias, tudo se vende com promessas de felicidade individual. Viver melhor, ‘aproveitar a vida’, gozar do conforto e das novidades mercantis aparecem como direitos do indivíduo, fins em si, preocupações cotidianas de massa. Espalha-se toda uma cultura que convida a apreciar os prazeres do instante, a gozar da felicidade aqui e agora, a viver para si mesmo; ela não prescreve mais a renúncia, faz cintilar em letras de neon o novo Evangelho: ‘Comprem, gozem, essa é a verdade sem tirar nem pôr’. Essa é a sociedade de consumo, cuja alardeada ambição é liberar o princípio do gozo, desprender o homem de todo um passado de carência, de inibição e de asceticismo. Não mais injunções disciplinares e rigoristas, mas a tentação dos desejos materiais, a celebração dos lazeres e do consumo, o sortilégio perpétuo das felicidades privadas.” (LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. Tradução de: Maria Lucia Machado, p. 102).

² *Ibid.*, p. 130.

³ “A fase II é aquela em que se esboroam com grande rapidez as antigas resistências culturais às frivolidades da vida material mercantil. Toda a máquina econômica se consagra a isso através da renovação dos produtos, da mudança dos modelos e dos estilos, da moda, do crédito, da sedução publicitária. O crédito é encorajado a fim de comprar as maravilhas da terra em abundância, de realizar

democratização do desejo de consumir, pois se utiliza de uma linguagem universal capaz de instigar o consumismo independentemente de classe social ou idade⁴. Primeiro porque explora o sentimento íntimo de ser uma “pessoa de qualidade”, de ser diferente da massa: “L’Oréal, porque eu mereço”. E depois porque já não se apega tanto às informações e características literais do produto, mas busca se comunicar com os consumidores pelo humor, pela brincadeira, pelo exagero, visando muito mais vender um estilo de vida associado à marca do que o próprio produto⁵.

O desejo de consumo se democratizou ao passo que o mercado também passou a oferecer produtos e serviços mais baratos que permitissem que uma maior parcela da população tivesse acesso à experiência de compra: medicamentos genéricos, marcas de distribuidores, lojas de maxidesconto, produtos com os preços mais baixos da linha, companhias *low cost*. Produtos de “base de linha” passam a ter uma participação tão importante no mercado quanto os de “topo de linha”⁶. Portanto, ainda que não haja igualdade de condições sociais e financeiras que permita que todos possam consumir da mesma forma, triunfa a força dos valores hedonistas, o gosto pela mudança, o desejo generalizado de participar da sociedade do hiperconsumo: “comprar aquilo que dá prazer e não mais apenas aquilo que se precisa já não é mais apanágio das camadas privilegiadas, mas, pouco a pouco, das próprias massas”⁷.

Também já não há mais nenhuma categoria de idade que não participe plenamente da ordem de consumo. Desqualificado o modelo autoritarista, os jovens se sentem mais livres dentro de suas famílias para expressar suas opiniões e pedir “presentes”, além do fato que muitas vezes os pais se utilizam do consumo como meio de “comprar a paz” na família, como forma de se desculpar por longas

desejos sem demora. Entre 1952 e 1972, o investimento publicitário francês é multiplicado pelo menos por cinco (em francos constantes); de 1952 a 1973, as despesas publicitárias americanas são multiplicadas por três.” (*Ibid.*, p. 35-36).

⁴ “O culto do novo não tem nada de recente, uma vez que se impôs desde o fim da Idade Média, especialmente através da emergência da moda. Mas, durante séculos, a norma do ‘tudo que é novo agrada’ quase não ultrapassou os círculos restritos dos privilegiados, seu valor baseava-se, em grande parte, em seu poder distintivo. Essa não é mais a situação presente. Em primeiro lugar, o gosto pela mudança incessante no consumo já não tem limite social, difundiu-se em todas as camadas e em todas as categorias de idade; em seguida, desejamos as novidades mercantis por si mesmas, em razão dos benefícios subjetivos, funcionais e emocionais que proporcionam.” (*Ibid.*, p. 43-44).

⁵ “De fato, a publicidade passou de uma comunicação construída em torno do produto e de seus benefícios funcionais a campanhas que difundem valores e uma visão que enfatiza o espetacular, a emoção, o sentido não literal, de todo modo significantes que não ultrapassam a realidade objetiva dos produtos. Nos mercados de grande consumo, em que os produtos são francamente diferenciados, é o ‘parecer’, a imagem criativa da marca que faz a diferença, seduz e faz vender. Assim, certas marcas conseguiriam ganhar notoriedade mundial ‘falando’ de tudo, exceto de seu produto (Benetton).” (*Ibid.*, p. 46-47).

⁶ “É preciso deixar de veicular a ideia segundo a qual só são relevantes as políticas de comunicação e de imagem. A fase da hipermercadoria é aquela em que o desconto não cessa de crescer, em que as grandes marcas fazem face, em certos mercados de grande consumo, a uma concorrência desconhecida até então: aquela por preços sempre mais baixos. Produzir marcas e imagens de marca em vez de mercadorias? Essa leitura da sociedade do hiperconsumo omite, surpreendentemente, a pressão sobre os preços, a formidável expansão das marcas de distribuidores, dos produtos sem marca desprovidos de valores imateriais.” (*Ibid.*, p. 93).

⁷ *Ibid.*, p. 100.

ausências, ou simplesmente para proporcionar felicidade e prazer aos filhos. Já os idosos viajam, visitam museus, fazem cursos de informática, praticam esportes, procuram maior bem-estar e qualidade de vida. Querem parecer “mais jovens”. Pessoas de mais idade estão dispostas a experimentar novas marcas e produtos e também querem aproveitar a vida. Portanto, o mercado atende consumidores ao longo de toda a vida. Pessoas de um a cem anos encontram espaço no universo consumista⁸.

Não apenas em relação aos sujeitos, a sociedade do hiperconsumo se expandiu também em relação ao espaço e ao tempo: o “comércio de trânsito” fez de aeroportos e corredores de metrô, por exemplo, espaços de consumo (lojas *duty-free*, restaurantes, lojas de alimentação, de vestuário, de flores); e no tempo porque, além do bombardeio ininterrupto de publicidade através dos meios de comunicação, muitas lojas passam a adotar o esquema 24 horas por dia, sete dias por semana, além de existir a possibilidade de entrega em domicílio a qualquer hora, salas de cinema que oferecem sessões durante o dia todo e agências de viagem que exibem suas ofertas o ano inteiro. O consumidor já não encontra obstáculos para comprar. Não precisa mais se deslocar para se dirigir às lojas, pois o comércio vai até ele. Já não importa o horário, sempre haverá opções de consumo permitindo as compras contínuas.

Graças às compras *online*, o consumidor se liberta de todos os entraves espaço-temporais, pois já não é mais necessário dirigir-se à loja física, como tampouco depende de um horário certo para efetuar compras. Pode fazê-lo a qualquer momento e de qualquer lugar que tenha acesso à internet. Já não depende nem ao menos do intermédio de um vendedor, sendo este substituído por uma máquina. Há sites de comparação de preço que permitem ao consumidor realizar uma compra “inteligente”, adaptada às suas necessidades, não havendo mais barreiras tampouco com relação à informação: “é um sistema de informação sem limite, sem coerção de tempo e de lugar que especifica a época do turboconsumismo”⁹.

2 Hiperconsumo e sociedade hedonista através do Instagram

As redes sociais como Facebook, Twitter, YouTube, também possuem uma parcela importante de participação no universo consumerista, pois se tornaram uma relevante ferramenta na divulgação das marcas de produtos e serviços. São observadas as características particulares de cada tipo de rede social com o fim de adaptar a publicidade das marcas ao estilo dos seus usuários na tentativa de atingir o número máximo de pessoas. A rede social que vem a ser o foco desse estudo, no entanto, é o Instagram.

O Instagram, criado em 2010, tem a finalidade de compartilhar fotos e vídeos, permite aplicar filtros às imagens, editá-las, incluir *hashtags* e publicá-las também em outras redes sociais (Facebook, Twitter e Tumblr). Inicialmente era um aplicativo disponível apenas no sistema iOS, mas em 2012 foi disponibilizado também para Android, mesmo ano em que foi comprado pelo Facebook.

⁸ *Ibid.*, p. 119-123.

⁹ *Ibid.*, p. 111.

Rapidamente, se tornou uma rede social bastante popular, agregando milhões de usuários em poucos meses¹⁰.

Tomando-se como ponto de partida a sociedade veneradora dos prazeres e do culto hedonista, não é tão complicado entender porque o Instagram se tornou uma rede social de tamanho sucesso. Primeiramente, porque se trata de uma rede social baseada em imagens, uma língua universal capaz de transmitir emoções e seduzir, divertir e proporcionar lazer imediato. Além disso, a técnica de evasão¹¹ é fundamental para sustentar e manter o consumo através do Instagram, ou seja, esse formato de rede social que privilegia elementos belos, o bem-estar, qualidade de vida, momentos de descontração e alegria, atrai e engaja os usuários dentro desse universo, fazendo-os esquecer, ainda que por alguns instantes, os desprazeres da vida cotidiana, ou até mesmo as tragédias que assolam o planeta: “consumimos em espetáculo aquilo que a vida real nos recusa”¹².

O cenário descrito é basicamente um reflexo da cultura de massa¹³ em que estamos inseridos, dominada pelo tempo presente, pelo imediatismo, sem a intenção de doutrinar ninguém, apenas entreter e divertir: “com o culto do bem-estar, da diversão, da felicidade aqui e agora, o que predomina é um ideal de vida leve, hedonista, lúdica”¹⁴. A leveza é uma necessidade psicológica própria à natureza humana, tendo a brincadeira e o relaxamento papel fundamental para facilitar a escapatória do peso social e proporcionar bem-estar. O Instagram, então, representa uma dentre tantas outras formas de descontração e de tomar o fôlego de maneira divertida que o gênio humano nunca deixou de inventar para ajudar a esquecer os sofrimentos.

A princípio, era uma ferramenta utilizada para compartilhar momentos da vida pessoal dos usuários por meio de fotos instantâneas e, posteriormente, passou a

¹⁰ Apenas um ano após seu lançamento, em dezembro de 2011, foi nomeado “App of the Year” pela Apple (TOLENTINO, Melissa. *Instagram: the history and evolution*. 2012. Disponível em: <<https://siliconangle.com/blog/2012/03/26/instagram-the-history-and-evolution/>>. Acesso em: 31 mar. 2018).

¹¹ “Entre sociólogos como Lazardfeld ou Merton e mais ainda entre filósofos como Marcuse ou Debord, a cultura de evasão tornou-se um novo ópio do povo encarregado de fazer esquecer a miséria e a monotonia da vida cotidiana. Em resposta à alienação generalizada, o imaginário industrial atordoante e recreativo. Aumentando a fragmentação das tarefas e a nuclearização do social, a lógica burocrático-tecnocrática engendra a passividade e a desqualificação profissional, o tédio e a irresponsabilidade, a solidão e a frustração crônica dos particulares. A cultura mass-midiática cresce nesse terreno, tem o poder de fazer esquecer o real, de entreabrir o campo ilimitado das projeções e identificações.” (LIPOVETSKY, Gilles. *O Império do Efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. 9. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Tradução de: Maria Lucia Machado, p. 221).

¹² *Ibid.*, p. 221.

¹³ “A exemplo da *fashion*, a cultura de massa está inteiramente voltada para o presente, e triplamente. Em primeiro lugar, porque sua finalidade explícita reside antes de tudo no lazer imediato dos particulares; trata-se de divertir, não de educar, elevar o espírito ou inculcar valores superiores. Ainda que conteúdos ideológicos evidentemente transpareçam, são secundários em relação a esse objetivo distrativo. Em segundo lugar, porque readapta todas as atitudes e todos os discursos ao código da modernidade. Para a cultura industrial, o presente histórico é medida de todas as coisas, ela não temerá a adaptação livre, o anacronismo, a transplantação do passado no presente, a reciclagem do antigo em termos modernos. Enfim, porque é uma cultura sem rastro, sem futuro, sem prolongamento subjetivo importante, é feita para existir no presente vivo.” (*Ibid.*, p. 210).

¹⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *Da Leveza: rumo à civilização sem peso*. Barueri, SP: Manole, 2016. Tradução de: Idalina Lopes, p. 36. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788520454626/pageid/34>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

ser também um meio através do qual aqueles que trabalhavam com outros meios digitais, tais como blogs ou canais no YouTube, encontraram como forma de divulgar seus conteúdos. Tais perfis se revelaram particularmente populares e capazes de exercer grande influência no estilo de vida de seus seguidores. Os responsáveis pelas publicações foram intitulados de influenciadores digitais (ou *digital influencers*). Para atrair mais seguidores, se utilizam da exposição da vida pessoal, compartilhando momentos do dia-a-dia, com roupas e ambientes cuidadosamente selecionados, buscando deixar o *feed* o mais agradável e inspirador possível.

Por *likes* e comentários é possível medir o nível de sucesso dentro das redes sociais pelo que os seguidores ou visitantes expressam suas preferências e grau de engajamento¹⁵. Ao analisar somente perfis institucionais, independentemente do segmento, nota-se que os usuários do Instagram são mais cativados por aquelas publicações que exprimem emoções do que pelas que são nitidamente posadas e produzidas. Nesse sentido, tomando como exemplo o perfil da Dior, uma marca europeia de produtos de luxo, verifica-se que possui mais de 18 milhões de seguidores. A GoPro, por outro lado, é uma marca americana de câmera de vídeo e foto, geralmente associada a esportes radicais, e possui mais de 13 milhões de seguidores. Apesar dessa diferença de 5 milhões de seguidores, são as publicações da GoPro que recebem mais *likes* e comentários. Enquanto o perfil da Dior se dedica a exibir as coleções de roupas e acessórios, em desfiles de moda ou fotos em que modelos posam com os produtos, a GoPro se destina a postar registros de momentos que despertam sentimentos de adrenalina (esportes radicais, como surf, caiaque, mountain bike, esqui), de afeto (contato com animais, como cachorros, cavalos, pinguins) e de descobrimento de lugares apaixonantes ao redor do mundo, o que motiva uma maior interação dos seguidores. O mesmo ocorre na comparação entre perfis institucionais e perfis pessoais: mesmo com menos seguidores, as fotos mais curtidas do Instagram são de perfis pessoais. Isso demonstra que os usuários se interessam mais por momentos que transparecem verdade e, principalmente, que despertam emoções positivas, com valores familiares, de solidariedade e de carinho¹⁶.

¹⁵ Um trabalho de pesquisa foi desenvolvido pela Brunel University London com a finalidade de avaliar os fatores que afetam o grau de engajamento dos consumidores, focando em diferenças de acordo com o segmento da marca (ERKAN, Ismail. *Electronic Word of Mouth on Instagram: Customers' Engagements with Brands in Different Sectors. International Journal Of Management, Accounting & Economics*, v. 2, n. 12, p.1435-1444, dez. 2015. Mensal. Disponível em: <http://www.ijmae.com/files/accepted/387_final.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2018).

¹⁶ A foto mais curtida do ano de 2017 foi da cantora Beyoncé grávida com 11,1 milhões de *likes*. Em segundo lugar, o jogador de futebol Cristiano Ronaldo com sua família após sua esposa dar a luz; em terceiro, a cantora Selena Gomez após receber transplante de rim por sofrer de Lupus; em quarto, Beyoncé com seus filhos recém-nascidos; em quinto, Cristiano Ronaldo com seus filhos recém-nascidos; em sexto, os cantores Selena Gomez e The Weekend em momento de afeto; em sétimo, Selena Gomez e The Weekend de mãos dadas em evento; em oitavo, Cristiano Ronaldo com sua família no sofá de casa; em nono, Selena Gomez em foto de divulgação do seu trabalho; e em décimo lugar, Selena Gomez no seu aniversário de 25 anos (REDAÇÃO GLAMOUR. *Instagram divulga lista com as fotos mais curtidas de 2017*. 2017. Disponível em: <<https://revistaglamour.globo.com/Lifestyle/Must-Share/noticia/2017/11/instagram-divulga-lista-com-fotos-mais-curtidas-de-2017.html>>. Acesso em: 31 mar. 2018).

Se por um lado os influenciadores digitais gerenciam seus perfis de maneira a atrair seguidores que passam a acompanhar suas vidas sentindo como se fizessem parte desse universo, por outro cada usuário é plenamente livre para seguir o perfil que quiser, de acordo com sua escolha e critério, sem que exista qualquer coerção. A combinação de um *feed* atraente com a liberdade de escolha dos seguidores favorece a criação de laços e promove ainda mais confiança na opinião do *digital influencer*.

No fim do século XIX, as marcas passaram a investir em publicidade¹⁷ e, com isso, ganharam notoriedade e a confiança dos consumidores. Antes que houvesse essa expansão das marcas, os produtos eram anônimos, vendidos a granel. A passagem para uma economia baseada em uma infinidade de marcas célebres, transformou profundamente a relação do consumidor com o varejista. A partir desse momento, o consumidor transfere sua confiança do vendedor para a marca, sendo agora o fabricante o garantidor da qualidade dos produtos¹⁸. Através da publicidade, procura-se criar cada vez mais uma relação afetiva com a marca, por estratégias emocionais que se sintonizem com o comprador moderno ansioso por novas experiências.

Esse cenário se transformou mais uma vez. Apesar de muitas marcas ainda manterem seu prestígio no mercado, os influenciadores digitais, também encabeçam uma importante posição diante da relação próxima que guardam com seus seguidores, como explicitado alhures. A soma desses fatores se revelou uma forma de publicidade altamente rentável e eficaz, pois através desses perfis que exercem grande influência nos gostos e escolhas dos seguidores há uma relação de intimidade, que é o que as marcas mais desejam para envolver e encorajar o seguidor a consumir. É justamente esse o poder do Instagram: oferece naturalidade e espontaneidade que acentuam o efeito persuasivo em virtude da sutilidade do anúncio.

Dessa forma, os seguidores são colocados numa posição altamente vulnerável diante dessa parceria entre marcas e influenciadores digitais, além do fato que são os jovens quem mais acessam a rede social¹⁹. De maneira geral, é durante essa fase que os indivíduos estão mais preocupados com a expressão da sua identidade e por isso

¹⁷ “A fim de controlar os fluxos de produção e de rentabilizar seus equipamentos, as novas indústrias acondicionaram elas mesmas seus produtos, fazendo publicidade em escala nacional em torno de sua marca. Pela primeira vez, empresas consagram enormes orçamentos à publicidade; as somas investidas estão em aumento muito rápido: de 11 mil dólares em 1892, as despesas publicitárias da Coca-Cola elevam-se a 100 mil em 1901, 1,2 milhão em 1912, 3,8 milhões em 1929.” (LIPOVETSKY, Gilles, *op. cit.*, p. 29).

¹⁸ “Rompendo a antiga relação mercantil dominada pelo comerciante, a fase I transformou o cliente tradicional em consumidor moderno, em consumidor de marcas a ser educado e seduzido especialmente pela publicidade. Com a tripla invenção da marca, do acondicionamento e da publicidade, apareceu o consumidor dos tempos modernos, comprando o produto sem a intermediação obrigatória do comerciante, julgando os produtos a partir de seu nome mais que a partir de sua composição, comprando uma assinatura no lugar de uma coisa” (*Ibid.*, p. 30).

¹⁹ A partir de pesquisa realizada pelo Pew Research Center sobre as redes sociais mais utilizadas pelos adultos norte-americanos (a partir dos 18 anos), é possível observar que o Instagram é uma das mais utilizadas entre os jovens entre 18 a 24 anos, juntamente com Snapchat e Twitter (Pew Research Center. *Social Media Use in 2018*. 2018. Disponível em: <<http://www.pewinternet.org/2018/03/01/social-media-use-in-2018/>>. Acesso em: 26 mar. 2018).

mais propensos ao consumo para reafirma-la²⁰. É comum se apoiar em marcas, da mesma forma que em pessoas de destaque, para afirmar preferências e gostos com o fim de apropriar-se de um código visual. Antigamente era comum que estrelas de cinema fossem referência de estilo²¹. Ainda hoje continuam sendo, mas os influenciadores digitais também passaram a cumprir esse papel e de maneira ainda mais efetiva, levando-se em consideração a relação de proximidade que existe entre eles com os seguidores.

3 Responsabilidade civil dos influenciadores digitais

A proteção do consumidor se faz especialmente necessária levando-se em consideração a dinâmica do Instagram. Tendo em vista a confiança que o seguidor deposita no influenciador digital, é necessário garantir o discernimento do que é publicidade e do que é escolha pessoal; do que é um produto divulgado em troca de remuneração e do que é um produto utilizado por livre opção.

Paulo Jorge Scartezzini Guimarães, em sua dissertação de mestrado²², tratou da responsabilidade civil das celebridades em comerciais da televisão, rádio, impressos ou até mesmo de programas de auditório, novelas e filmes. Se “de forma geral podemos dizer que o *marketing* deforma a vontade livre do consumidor”²³, quando se inclui o uso da imagem de vedetes para a divulgação de um produto, a decisão do consumidor é ainda mais influenciável, sendo a espontaneidade de sua escolha de certa forma restringida. As celebridades são capazes de exercerem grande influência sobre os consumidores em virtude da credibilidade que têm, sendo essa transferida imediatamente para o comercial.

Isso, por si só, não basta configurar a ilicitude da publicidade. Sendo a liberdade um de seus princípios norteadores, desde que observadas as restrições constitucionalmente impostas, sobretudo no que diz respeito ao princípio de boa-fé,

²⁰ “Se é verdade que a marca permite diferenciar ou classificar os grupos, a motivação que serve de base à sua aquisição não está menos ligada à cultura democrática. Pois ostentar um logotipo, para um jovem, não é tanto querer alçar-se acima dos outros quanto quando não parecer menos que os outros. Mesmo entre os jovens, o imaginário da igualdade democrática fez seu trabalho, levando à recusa de apresentar uma imagem de si maculada de inferioridade e desvalorizadora. Sem dúvida, é por isso que a sensibilidade às marcas é exibida tão ostensivamente nos meios desfavorecidos. Por uma marca apreciada, o jovem sai da impessoalidade, pretende mostrar não uma superioridade social, mas sua participação inteira e igual nos jogos da moda, da juventude e do consumo. Bilhete de entrada no modelo de vida ‘moda’, é o medo do desprezo e da rejeição ofensiva dos outros que ativa a nova obsessão pelas marcas” (LIPOVETSKY, Gilles, *op. cit.*, p. 50-51).

²¹ “Na realidade, pelo caminho da adulação das estrelas, novos comportamentos podem surgir, os jovens conquistam uma parcela, por mínima que seja, de autonomia, libertando-se de certo número de dominações culturais, imitando novas atitudes, desprendendo-se da influência de seus meios de dependência. Partidário incondicional do ídolo, o fã releva por isso mesmo um gosto pessoal, uma preferência subjetiva, afirma uma individualidade em relação a seu meio familiar e social. Manifestação da heteronomia dos seres, o culto das estrelas é paradoxalmente trampolim de autonomização individual dos jovens. Ter um ídolo: maneira para eles de demonstrar, na ambiguidade, sua individualidade própria, maneira de chegar a uma forma de identidade subjetiva e de grupo. Se o fenômeno se manifesta entre os jovens é porque nessa idade os gostos e as preferências estéticas são os meios principais de afirmação da personalidade.” (LIPOVETSKY, Gilles, *op. cit.*, p. 219).

²² GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A Publicidade Ilícita e a Responsabilidade Civil das Celebridades que dela Participam*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

²³ *Ibid.*, p. 103.

a publicidade é livre inclusive para vincular a imagem de um artista conhecido ao produto. No entanto, discute-se se as celebridades responderiam de alguma forma pela ilicitude da publicidade a qual estariam vinculadas, uma vez sendo muito comum que façam afirmações ou atestem a qualidades que nem sequer sabem se existem.

Ficou conhecido o caso em que a atriz Maitê Proença foi contratada em 1998 pela empresa Schering para protagonizar um informe publicitário na televisão sobre o anticoncepcional Microvlar, que já havia sido retirado de circulação depois da denúncia de que em diversas cartelas as pílulas eram placebos, sendo que muitas das usuárias que tomaram o medicamento acabaram engravidando. Houve a divulgação desse comercial vinculando a imagem da Maitê Proença para dizer aos consumidores que o anticoncepcional Microvlar estava retornando ao mercado com nova embalagem e sem alteração na sua fórmula química. Porém, novamente apresentou defeito: foi encontrada uma cartela de Microvlar com uma drágea a menos. A campanha foi suspensa, mas a atriz não teve que responder objetiva nem solidariamente pelos danos causados. O que ocorreu, na verdade, foi o inverso: a empresa Schering do Brasil, Química e Farmacêutica Ltda. foi condenada a pagar, por danos morais, dois mil salários mínimos à atriz, possuidora de reputação, seriedade e alto grau de confiança depositado pelo público, pois teve sua imagem prejudicada para dar credibilidade ao produto²⁴.

Majoritariamente, os Tribunais têm sem posicionado no sentido de limitar a responsabilidade ao anunciante-fornecedor, impedindo o consumidor de demandar contra os outros sujeitos envolvidos com a atividade publicitária. Esse foi inclusive o posicionamento do STJ, no REsp 1157228/RS com relação à “publicidade de palco”, ou seja, publicidade realizada no decorrer de um programa de televisão que se utiliza da imagem de um apresentador com credibilidade para divulgar o produto. Na seguinte decisão, foi decidido que a responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que o confecciona ou presta, e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga. A participação do apresentador, ainda que este assegure a qualidade e confiabilidade do que é objeto da propaganda, não o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTARA PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. “PUBLICIDADE DE PALCO”. CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N. 98-STJ. CDC, ARTS.

²⁴ ESTADÃO. *Schering é condenada a indenizar Maitê Proença*. 2000. Disponível em: <<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,schering-e-condenada-a-indenizar-maite-proenca,20001109p5769>>. Acesso em: 04 abr. 2018.

3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI. I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada “publicidade de palco”. II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva *ad causam*, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir co-responsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório” (Súmula n. 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – REsp: 1157228 RS 2009/0188460-8, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de julgamento: 03/02/2011, T4 – QUARTA TURMA, Data de publicação: DJe 27/04/2011).²⁵

O Código Civil (CC) sistematizou a matéria sobre responsabilidade do artigo 927 ao 943, sendo ainda possível encontrar mais dispositivos sobre o tema de forma esparsa na legislação. Nessa senda, restou consignada a regra da responsabilidade aquiliana na parte geral, nos artigos 186, 187 e 188 e, na parte específica, a responsabilidade contratual.

O artigo 186 dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A teoria adotada nesse caso, portanto, é a de responsabilidade subjetiva, ou seja, a obrigação de indenizar é a consequência juridicamente lógica do ato ilícito. O artigo 927, por sua vez, estabelece o direito de reparação pelos danos causados ao prever que “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Contudo, há situações em que o legislador determinou a responsabilidade objetiva, conforme pode ser depreendido do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) prevê a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços²⁶ em decorrência da noção de vulnerabilidade do destinatário final dos produtos e serviços, o que significa dizer que pela simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado, ou então a prestação do serviço.

É também solidária como indica o parágrafo único do artigo 7º²⁷ e o parágrafo primeiro do artigo 25²⁸, sendo o grau de participação para o dano de cada

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1157228. DJe. Brasília, 27 abr. 2011.

²⁶ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

²⁷ O CDC dispõe no parágrafo único do artigo 7º que “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”

responsável, na realidade, irrelevante. Trata-se, no entanto, de solidariedade pura e simples, que não comporta benefício de ordem, o que significa: o consumidor poderá fazer valer seus direitos contra qualquer dos fornecedores do produto ou serviço, inclusive contra o incorporador da peça ou componente defeituoso. Todos devem responder perante aquele que sofreu o dano e, posteriormente, analisada sua participação, poderão mover as respectivas ações regressivas contra os demais culpados.

Um ponto muito interessante trazido na dissertação é o fato de não ser necessária a enganosidade real, mas tão somente a enganosidade potencial, ou seja, apenas o risco de erro por parte do consumidor bastaria para configurar a publicidade enganosa. Dessa forma, não seria necessário o testemunho de consumidores no sentido de que foram enganados²⁹. A publicidade já é ilícita por si só e por isso merece o consumidor a devida proteção. Significa dizer que alguma medida deve ser tomada com relação à publicidade, como a sua suspensão, por exemplo, mas a enganosidade potencial não basta para configurar dano moral:

Havendo publicidade enganosa, em regra não vislumbramos a possibilidade de dano moral pela sua simples veiculação, isso porque a falsidade e a possibilidade de induzimento a erro só são relevantes individualmente caso produzam algum efeito concreto. Como sabemos, o dano, para que seja ressarcível, deve ser certo.³⁰

Em relação à responsabilidade no meio publicitário, o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária prevê a responsabilidade do anunciante, da agência de publicidade e do veículo de divulgação³¹, sendo reconhecida, portanto a relevância de tais sujeitos na elaboração da publicidade. Deve-se levar em conta que a responsabilidade de qualquer desses sujeitos nasce quando há consequências desvantajosas para o consumidor. Significa dizer que a publicidade é livre até o ponto em que não cause danos a outrem, ou seja, o limite da liberdade é a responsabilidade, pois quem obtém algum benefício pelo ato, deve suportar o risco de eventuais danos que possam ser causados ao consumidor, inclusive a celebridade que tem o benefício do *cachê* pela aparição no informe publicitário. Todos aqueles que participam de uma publicidade têm a obrigação legal de prestar a informação de forma completa, o que serve também para as pessoas famosas cuja participação influenciará em muito na decisão do consumidor, ainda que inconscientemente, sendo plenamente previsível antever que sua conduta poderá causar tal resultado³².

²⁸ O § 1º do artigo 25 do CDC prevê a responsabilidade solidária nos seguintes termos: “Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.”

²⁹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini, *op. cit.*, p. 141.

³⁰ *Ibid.*, p. 181-182.

³¹ Art. 3º. Todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do Veículo de Divulgação junto ao Consumidor.

³² “Ora, o nosso Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 36 e 37, juntamente com os princípios previstos nos primeiros sete artigos, preveem que todos aqueles que participam de uma relação de consumo têm de agir de forma honesta e transparente, visando, com isso, à prevenção de danos aos consumidores. Quem violar esse dever de proteção – por exemplo, as celebridades – e praticar um dos atos vedados – publicidade ilícita – estará obrigado a indenizar.” (GUIMARÃES, *op. cit.*, p.192)

A questão da publicidade nos perfis do Instagram é ainda mais delicada por se tratar da exposição da vida pessoal dos influenciadores digitais, ou seja, as postagens são elaboradas com base no dia-a-dia dessas pessoas, que exibem seu estilo de vida. A princípio, o conteúdo desses perfis diz respeito à vida real. O seguidor, ao verificar que o *digital influencer* usa essa ou aquela marca, se sentirá mais predisposto a adquirir o mesmo produto ou serviço, ou pelo menos tomará ciência de uma marca que antes não conhecia.

Embora na criação do CDC não existissem as contratações eletrônicas, está repleto de “normas condutas” e “normas de organização”, bem como “normas-objetivos”, visando alcançar determinados fins do sistema, e que podem ser perfeitamente aplicadas às relações de consumo na Internet.

Nesse sentido, tanto o CDC³³ quanto o *Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária*³⁴ exigem que a publicidade seja de fácil identificação, ou seja, em respeito ao princípio da transparência, o seguidor deve saber que as informações que estão sendo passadas pelo influenciador digital contêm grande parcialidade de opinião; que não é uma publicação autoral, mas que foi patrocinada pela marca. A informação correta é direito básico do consumidor. Por isso a necessidade de algum elemento que possa distinguir o anúncio, como vêm sendo utilizadas as *hashtags* #publi, #publicidade, #publieditorial, #ad, ou qualquer outra *hashtag* no corpo do texto da publicação que identifique a existência de uma parceria comercial. Mais recentemente, o Instagram disponibilizou um recurso próprio para identificar conteúdos pagos que consiste em um subtítulo “parceria paga com (nome da marca)” que pode ser inserido tanto nos *stories* quanto nos *posts*.

Ademais, foi dado início ao movimento de atualização do CDC por meio da equipe de juristas instalada no Senado Federal a partir de 07 de dezembro de 2010, sob a presidência do Ministro Herman Benjamin. O Projeto de Lei (PSL) nº 281/2012 foi aprovado em novembro de 2015 pelo Plenário do Senado Federal e posteriormente convertido no Projeto de Lei nº 3.514, da Câmara dos Deputados, atualmente apensado ao Projeto de Lei nº 4.906/2001. A regulamentação do comércio eletrônico no Projeto de Lei do Senado certamente trará um avanço, do ponto de vista da confiança dos consumidores, cuja proteção, embasada no binômio segurança/informação, é aperfeiçoada, preservando a estrutura principiológica do CDC, sob o compromisso do não retrocesso.

Nas contratações via Internet, não basta a incidência do direito à informação sobre o produto ou o serviço, o que já é objeto do artigo 31 do CDC da seguinte forma: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. É necessário que abranja também o próprio

³³ No CDC, a exigência de identificação da publicidade vem disposta no artigo 36: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

³⁴ A necessidade de identificar a existência de publicidade está prevista também no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária em seu artigo 28: “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.”

fornecedor. A vulnerabilidade específica do consumidor na Internet exige informações claras sobre a identificação do fornecedor, conforme prescrito no artigo 2º, I e II do Decreto nº 7.962/2013, que reproduz o artigo 44-B do PLS nº 281/2012, por sua vez inspirado na Diretiva nº 31/2000 da Comunidade Econômica Europeia sobre o comércio eletrônico. O artigo 2º do Decreto nº 7.962/2013 prevê informações a serem obrigatoriamente prestadas pelos fornecedores no meio eletrônico, de modo a prevenir possíveis fraudes e garantir, em certos casos, sua própria existência.

Apesar de serem “sujeitos comuns”, os influenciadores digitais são verdadeiros profissionais da *web* e têm, portanto, a obrigação de respeitar os princípios de boa-fé e transparência em prol dos consumidores, devendo deixar explícita a sua relação comercial com a empresa do produto divulgado. Ainda não é tão frequente a identificação da publicidade, sendo inclusive mais interessante para o próprio fornecedor que o *post* aparente apresentar uma opinião desinteressada como se fosse um conselho ou uma indicação, pois é nítida a predileção por publicações autênticas, assim como visto anteriormente, em detrimento de textos patrocinados fruto de uma relação contratual. Ocorre que, ao conduzir o consumidor a erro quanto à origem das alegações veiculadas, trata-se de publicidade enganosa, sendo, portanto, ilícita.

A liberdade de criação do conteúdo dos *digital influencers*, justamente um dos motivos do sucesso da parceria com as marcas, implica no envolvimento direto com o produto ou com o serviço, ou seja, a publicidade passa pelo seu crivo. Isso os coloca numa posição ao lado dos fornecedores, devendo ambos responder objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos e por eventuais danos que o produto da marca divulgado causar.

Cabe ressaltar, que os influenciadores, em regra, não são os fornecedores, não podendo, portanto, ficar sujeito ao cumprimento forçado da oferta publicitária. Essa obrigação é exclusiva do fornecedor-anunciante. Mas a reparação do dano pode ocorrer por outras vias, como indenização pecuniária, arbitramento de danos morais, entre outros. O que a lei visa é a proteção do consumidor, através de uma função compensatória e punitiva, de objetivo pedagógico, buscando desestimular futuras condutas ilícitas. Para a insurgência dessa responsabilidade é necessário verificar se foi concretizada a publicidade antijurídica, devendo-se apurar se houve afronta aos princípios balizadores da atividade publicitária.

4 Considerações finais

Comprar tornou-se uma atividade lúdica capaz de proporcionar prazer àqueles que adquirem novos produtos, condizendo com a sociedade hedonista dos tempos hodiernos. Diante disso, a publicidade se desenvolveu com o propósito de vender um estilo de vida associado à marca muito maior do que o de vender o próprio produto. Ademais, atualmente não existe mais barreiras para o consumo: pessoas de qualquer faixa etária querem consumir, não existe mais tempo nem espaço para se comprar, nem mesmo com relação às classes sociais há limites. Há opções de consumo para qualquer pessoa, independentemente de suas condições. O desejo de consumo se democratizou.

As redes sociais também passaram a ser palco de divulgação das marcas, inclusive o Instagram, uma rede social baseada em imagens. Sua força reside justamente na capacidade de transmitir emoções, seduzir e divertir, por dois motivos principais: primeiramente por ser uma forma de descontração, sendo essa uma necessidade concernente, mais do que apenas à sociedade hedonista, ao gênero humano que sempre buscou caminhos para aliviar seus sofrimentos; e também porque a sedução e o divertimento são o principal objetivo das publicidades para despertar o desejo consumista.

Nota-se um maior interesse por parte dos usuários em publicações que se relacionam a momentos verdadeiros e que despertem emoções positivas. Celebidades, que desde sempre representam referência de estilo de vida, também são usuárias do Instagram e suas publicações de maior sucesso são aquelas que mostram momentos em família ou de casais demonstrando afeto. Quanto mais espontânea parecer a publicação, maior o sentimento de proximidade entre o seguidor e a celebridade – ou influenciador digital –, o que favorece a criação de laços e promove ainda mais confiança na opinião desses.

O consumidor requer ainda mais proteção a partir desse ambiente onde anúncios não parecem anúncios. Os influenciadores digitais, apesar de serem considerados pessoas “comuns”, ou seja, de não terem se tornado famosos da forma mais tradicional através do *show business*, representam também referência de estilo e exercem influência tanto quanto – se não mais do que – as celebridades.

O *marketing*, por si só, deforma a vontade livre do consumidor ao se utilizar das técnicas capazes de seduzir e despertar o desejo de compra. Quando se inclui o uso da imagem de vedetes para a divulgação de um produto, a decisão do consumidor é ainda mais influenciável. Vincular a imagem de pessoas de destaque não se trata necessariamente de publicidade ilícita. Desde que não cause danos e observe os princípios do direito do consumidor, a publicidade é livre. O limite da liberdade é a responsabilidade, pois quem obtém algum benefício pelo ato, deve suportar o risco de eventuais danos que possam ser causados ao consumidor.

A legislação brasileira de proteção ao consumidor determina a responsabilidade objetiva e solidária a todos os responsáveis por quaisquer danos causados aos consumidores. Ora, a imagem dos influenciadores digitais é utilizada pelas marcas para divulgarem o seu produto justamente pelo poder de influência que possuem. São verdadeiros profissionais do universo digital e devem estar cientes de sua responsabilidade diante dos seguidores e potenciais consumidores.

O que se conclui com esse artigo, portanto, é que, a princípio, os influenciadores digitais devem ser responsabilizados solidariamente pela reparação dos danos causados aos consumidores pelos produtos divulgados com o auxílio da sua imagem. Posteriormente, analisada sua participação, poderão mover as respectivas ações regressivas contra os demais culpados.

Além disso, com fundamento no princípio da transparência, a informação correta é direito básico do consumidor. Os seguidores devem saber que não se trata de mera expressão de preferência por um determinado produto, senão de uma divulgação paga. Portanto, todos aqueles que participam de uma publicidade têm a obrigação legal de prestar a informação de forma completa, respeitando os princípios de boa-fé e transparência em prol dos consumidores. Isso se aplica principalmente aos influenciadores digitais que têm envolvimento direto com o

produto ou com o serviço, tendo a publicidade passado pelo seu crivo, e cuja participação influenciará em muito na decisão do consumidor.

Referências

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.

_____. *Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária*. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 3 abr. 2018.

ERKAN, Ismail. Electronic Word of Mouth on Instagram: Customers' Engagements with Brands in Different Sectors. *International Journal Of Management, Accounting & Economics*, v. 2, n. 12, p.1435-1444, dez. 2015. Mensal. Disponível em: <http://www.ijmae.com/files/accepted/387_final.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2018.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. *O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. 9. reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Tradução de: Maria Lucia Machado.

_____. *Da leveza: rumo à civilização sem peso*. Barueri, SP: Manole, 2016. Tradução de: Idalina Lopes. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788520454626/pageid/34>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

VOORVELD, Hilde A. M. et al. Engagement with Social Media and Social Media Advertising: The Differentiating Role of Platform Type. *Journal Of Advertising*, [s.l.], v. 47, n. 1, p. 38-54, 2, jan. 2018. Informa UK Limited. Disponível em: <<https://doi.org/10.1080/00913367.2017.1405754>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

Recebido em: 7 de julho de 2018.
Aceito em: 15 de agosto de 2018.

ESTADO MODERNO E PLURALISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DENTRO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

MODERN STATE AND LEGAL PLURALISM: AN ANALYSIS AT THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Jadson Correia de Oliveira^I 

Vanessa Estevam Alves^{II} 

^IFaculdade Sete de Setembro, Paulo Afonso, BA, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: jadson_correia@hotmail.com

^{II}Faculdade Sete de Setembro, Paulo Afonso, BA, Brasil. Especialista em Direito. E-mail: vanessa-estevam@hotmail.com

Resumo: O artigo em questão visa analisar o Estado moderno e o pluralismo jurídico sob o prisma do novo constitucionalismo latino-americano. Ademais, busca estabelecer uma relação entre ambos e a colonização na América Latina, abordando fragmentos históricos do período colonial latino-americano, bem como, a forma como a colonização influenciou a transição do pluralismo jurídico para o monismo jurídico e o retorno ao pluralismo jurídico em alguns países que aderem ao novo constitucionalismo latino-americano. A pesquisa se justifica pela necessidade de acompanhar as mudanças constitucionais vivenciadas pela sociedade latino-americana. Para a realização do artigo foi utilizado o método dialético, tomando-se por base pesquisas doutrinárias e artigos correlacionados. O artigo se divide em três etapas após a introdução: a primeira tem como foco o novo constitucionalismo latino-americano; a segunda direciona-se ao estudo do pluralismo jurídico e a última ao Estado moderno. Ao final, são feitas considerações apresentando a íntima relação entre a colonização e os rumos tomados até o surgimento do novo movimento constitucional e apresenta as diferenças existentes entre as características do Estado moderno e do pluralismo jurídico que os tornam incompatíveis, concluindo que o Estado moderno também é incompatível com o novo constitucionalismo latino-americano.

Palavras-chave: Estado moderno. Novo constitucionalismo latino-americano. Pluralismo jurídico.

Abstract: The article in question aims to analyze the Modern State and legal pluralism under the prism of the new Latin American constitutionalism. In addition, it seeks to establish a relationship between them and colonization in Latin America, addressing historical fragments of the Latin American colonial period, as well as how colonization influenced the transition from legal pluralism to legal monism and the return to legal pluralism in Latin America. some countries that adhere to the new Latin American constitutionalism. The research is justified by the need to follow constitutional changes, because of their importance. For the accomplishment of the article the dialectical method was used, based on doctrinal researches and correlated articles. The article is divided into three stages after the introduction: the first focuses on the new Latin American constitutionalism; the second is directed to the study of legal pluralism and the latter to the Modern State. In the end, it begins to consider the intimate relationship between colonization and the directions taken until the new constitutional movement emerges and presents the differences between the characteristics of the Modern State and the legal pluralism that make them incompatible, concluding that the State Modern is also incompatible with the new Latin American constitutionalism.

Keywords: Modern State. New Latin American Constitutionalism. Legal Pluralism.

Sumário: 1 Introdução; 2 A colonização da América Latina e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano; 3 O Pluralismo Jurídico encartado no Novo Constitucionalismo Latino-Americano; 4 Estado Moderno e pluralismo jurídico: incompatibilidades; 5 Considerações finais. Referências.

1 Introdução

A Constituição é o coração da maioria dos ordenamentos jurídicos, assim como no Brasil, alguns países a consideram como norma suprema, por esta razão emerge a necessidade de entender os movimentos constitucionais, que surgem ao longo do tempo e que tentam atender aos anseios sociais por meio da criação de novas Cartas.

Nas últimas décadas alguns países latino-americanos passaram por um processo de reformulação de suas Constituições, surgiu assim um novo movimento constitucional denominado de novo constitucionalismo latino-americano. Diante disto, se torna necessário estudar alguns aspectos sociológicos e jurídicos do movimento, justificando-se assim a presente pesquisa que trabalha o tema sob o prisma do Estado moderno e do pluralismo jurídico.

Para compreender os motivos que levaram ao processo de reformulação das Cartas é necessário voltar ao tempo da colonização na América Latina, pois os atos praticados naquele tempo tiveram como consequências os problemas vivenciados pelo povo desses países agora, como por exemplo, a marginalização dos povos indígenas e desrespeito as suas crenças e valores.

Assim, tem-se como objetivo o estudo sobre o Estado moderno e o pluralismo jurídico sobre o prisma do novo constitucionalismo latino-americano, especificamente sobre a forma que cada um deles trabalha a questão jurídica da criação e aplicação das normas dentro do território e como a colonização na América Latina influenciou a transição do monismo jurídico para o pluralismo jurídico nos países que aderem ao movimento constitucional. Deste modo, o artigo se divide em três etapas após a introdução.

A primeira traz aspectos históricos da colonização em países da América Latina, bem como, o surgimento e características do novo constitucionalismo latino-americano e sua relação com o período colonial.

A segunda parte se debruça especificamente sobre o pluralismo jurídico, apresentando aspectos gerais com base em autores da sociologia jurídica, outrossim, faz uma análise das Cartas da Colômbia/1991, Venezuela/1999, Equador/2008 e Bolívia/2009, demonstrando como o reconhecimento dos vários sistemas jurídicos é trabalhado dentro do novo constitucionalismo latino-americano.

Na última etapa o artigo apresenta um estudo sobre o Estado moderno, seus elementos constitutivos – povo, território e soberania - e suas principais características – uniformização do poder, centralização, certeza e segurança jurídica -, para verificar a existência de incompatibilidades entre ele e o pluralismo jurídico, bem como, apresenta as fases de transição de pluralismo jurídico para monismo jurídico no período colonial e o retorno ao pluralismo jurídico no novo constitucionalismo latino-americano.

Para a realização da pesquisa foi utilizado o método dialético, tomando-se por base pesquisas doutrinárias, e artigos correlacionados. Sustentando-se ao final a incompatibilidade entre Estado moderno e pluralismo jurídico, principalmente no que concerne ao monopólio de criação das normas, que segundo o Estado moderno pertence unicamente ao ente estatal, bem como, a incompatibilidade entre o Estado moderno e o novo constitucionalismo latino-americano.

2 A colonização da América Latina e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano

A história da América Latina é deveras extensa para ser totalmente estudada em um único artigo, contudo, saber um pouco dessa jornada se faz necessário para compreender os motivos que levaram ao surgimento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Diante disto, traz-se a lume um fragmento da dissertação de Débora Ferrazzo:

O sistema de direitos europeu foi trazido e implantado na América pela intervenção dos colonizadores, que haviam se autodeclarado senhores destas terras. [...], no processo de conquista e colonização do continente, as formas distintas de organização política e de culturas jurídicas, foram suprimidas pela nova cultura jurídica que ia se consolidando e assim, no continente, nem mesmo as guerras de independência puderam alterar esta tendência latino-americana de buscar a reprodução das formas europeias de organizar a vida e a sociedade. Inclusive, as elites das Américas espanhola e portuguesa tiveram papel importante, pois, sempre almejando igualar-se ao colonizador, contribuíam na difusão do mito civilizador e na crença de que os hábitos bárbaros deveriam ser suprimidos no continente. Se inicialmente a substituição das instituições e culturas autóctones se deu a força ou pela influência religiosa das missões jesuíticas, com o surgimento destas elites locais, em especial os crioulos, a reprodução da cultura colonizadora teve apoio de tais elites, as quais inclusive, enfrentavam a resistência local, protagonizada pelas comunidades indígenas e pelas comunidades negras que iam se formando, na condição de escravos, no continente.¹

Losano descreve um triste episódio ocorrido no Potosí, atual Bolívia, que demonstra o desprezo pelos índios colonizados e a consequente redução de um povo:

[...] por exemplo a exploração das minas de prata do Potosí, atual Bolívia foi possibilitada pelo trabalho forçado da *mita*. As condições de trabalho dos índios, porém, eram tais que essas formas de exploração econômica equivaliam à sua eliminação física: no Potosí, havia cerca de 80 mil índios no final do século XVI (a *mita* foi introduzida em 1574), mas em 1683 estavam reduzidos a pouco mais de 10 mil².

Na conquista da América Latina foi imposta ao povo colonizado a cultura europeia, bem como, novos valores, regras, modelos políticos e jurídicos, dentre eles o conhecido Estado moderno. Assim, mesmo diante da diversidade jurídica, faz-se surgir a ideologia do monismo jurídico, que somente reconhece um sistema jurídico dentro do Estado, caracterizado pela soberania do ente estatal, sendo este o único criador das normas as quais se deve obediência.

¹ FERRAZZO, D. *Pluralismo Jurídico e Descolonização Constitucional na América Latina*. 2015. 462 fls. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis – SC, p. 110.

² LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.241.

Os povos colonizados, foram marginalizados durante séculos, suas culturas, tradições e valores foram ignorados, muitos já não existem. Em alguns países da América Latina eles clamaram por reconhecimento, após anos de opressão, se rebelaram contra o Estado, exigiram direitos suprimidos e revolucionaram as Constituições dos seus países com implementações de novas ideologias, não só jurídicas, mas também políticas, sociais e ambientais. Como afirma Roberto Gargarella:

Nas últimas décadas, numerosos países latino-americanos encerraram processos de reforma constitucional: Nicarágua em 1987, Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Peru em 1993, a Argentina em 1994, Venezuela em 1999, Equador em 2008 e Bolívia em 2009. Este movimento inclui também países que introduziram em seus textos emendas constitucionais importantes, como Costa Rica, Chile, México e Venezuela³.

Surgiu assim o novo constitucionalismo latino-americano, movimento constitucional que emerge em meio as revoltas populares, de um povo marginalizado que luta para conseguir direitos, dentre os quais o reconhecimento da diversidade cultural, justiça igualitária, e de participação no processo de elaboração das suas Cartas, que até então ignoravam as minorias, compostas, em sua maioria, por índios, crioulos e negros, descendentes dos povos originários, que sofreram, e ainda sofrem, com a colonização e a imposição da cultura eurocêntrica.

Vale salientar que apesar de ser comumente chamada de novo constitucionalismo latino-americano, como prefere Viciano e Dalmau⁴, o referido movimento possui outras denominações, dentre as quais, constitucionalismo pluralista⁵ e novo constitucionalismo pluralista latino-americano⁶, conforme será observado adiante.

Viciano e Dalmau afirmam que o novo constitucionalismo assume as origens do antigo Constitucionalismo Jacobino, pois, seu objetivo principal é a legitimidade democrática da Constituição, bem como, aludem que, desta maneira, o povo, e somente ele, teria legitimidade para alterar a Constituição, e tal alteração se daria mediante a participação nas decisões políticas⁷.

³ GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In GARAVITO, César Roberto (org.). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p.87.

⁴ VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino americano. Corte Constitucional do Equador para el período de transición*. El nuevo Constitucionalismo latino americano. 1 ed. Quito, 2010, p. 9-44. Disponível em: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

⁵ FAJARDO, R. Z. Y. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In GARAVITO, C. R. (org.). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

⁶ BRANDÃO, P. A. D. M. *O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)*. 2013. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCIJ. Direito, Recife.

⁷ VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino americano. Corte Constitucional do Equador para el período de transición*. El nuevo Constitucionalismo latino americano. 1 ed. Quito, 2010, p. 9-44. Disponível em: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acesso em: 05 de maio de 2018, p. 18-20.

Analisando o movimento sobre a ótica plural o movimento é descrito e dividido por Raquel Fajardo⁸ em três ciclos, denominados respectivamente de constitucionalismo multicultural (1982 - 1988), caracterizando-se pela recepção da diversidade cultural, tendo como exemplo atual Constituição Brasileira; o constitucionalismo pluricultural (1988 - 2005), caracterizado pela adoção do conceito de “nação multiétnica” e do pluralismo jurídico, possuindo como exemplos as Cartas da Colômbia/1991 e da Venezuela/1999; e o constitucionalismo plurinacional (2006 -2009), caracterizado principalmente pela criação do Estado plurinacional, tendo como exemplo as Constituições do Equador/2008 e da Bolívia/2009.

Brandão, a seu turno, denomina o movimento de novo constitucionalismo pluralista latino-americano, estabelecendo três eixos para uma nova perspectiva constitucional:

O novo constitucionalismo pluralista latino-americano proporciona uma nova leitura do Direito Constitucional orientada a partir de três eixos principais: i) o estabelecimento de uma nova relação entre democracia e Constitucionalismo, com a intensificação da participação popular; ii) a criação de mecanismos interculturais e descoloniais, principalmente, a partir da contribuição dos povos indígenas; iii) a intervenção do Estado e da cidadania na economia, afastando-se do paradigma eurocêntrico de desenvolvimento, pois visa uma nova relação com o meio ambiente.⁹

O novo constitucionalismo latino-americano, mesmo com suas várias nomenclaturas e peculiaridades, em cada tese supramencionada, caracteriza-se por uma forte mudança de pensamento no plano jurídico, político, social e ambiental.

No entanto, destaca-se aqui a adesão do movimento ao pluralismo jurídico, haja vista, ser uma de suas principais características, e que mediante o reconhecimento de vários sistemas jurídicos dentro do Estado busca garantir uma justiça igualitária, fortalecendo os grupos minoritários, com a criação de jurisdições especiais, em respeito a diversidade étnica e cultural, servindo como instrumento no processo de descolonização¹⁰.

⁸ FAJARDO, R. Z. Y. *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. In GARAVITO, C. R. (org.). *El Derecho en América Latina: um mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. 1º ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, pp. 141-155.

⁹ BRANDÃO, P. A. D. M. *O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)*. 2013. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, Recife, p. 137.

¹⁰ O processo de descolonização consiste em mecanismos previstos nos textos constitucionais, utilizados no combate à discriminação e ao preconceito que surgiu em razão da colonização, são exemplos, a criação da Secretaria de descolonização do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, a adesão ao pluralismo jurídico e o reconhecimento da diversidade étnica, linguística e cultural, e que buscam minimizar os problemas advindo do período colonial e da imposição da cultura eurocêntrica.

3 O Pluralismo Jurídico encartado no Novo Constitucionalismo Latino-Americano

A pesquisa passa a abordar o pluralismo jurídico sob a ótica do novo constitucionalismo latino-americano, contudo, é necessário fazer algumas breves observações sobre o período colonial, para compreender a relação do pluralismo jurídico e a colonização da América Latina. Desta forma, retoma-se ao que foi mencionado anteriormente, para lembrar que foi justamente durante o referido período que se introduziu o monismo jurídico, juntamente com a ideia de Estado moderno.

Os diversos povos que antes viviam conforme suas próprias tradições, culturas, normas e princípios, passaram durante o período colonial por um processo uniformizador para se encaixarem dentro do modelo monista da elite europeia.

Séculos após a colonização da América Latina o povo, de alguns países, gradativamente se levanta contra o Estado para exigir direitos que culminaram, como já mencionado, no novo constitucionalismo latino-americano, e para atender aos clamores populares o novo movimento constitucional adere e se caracteriza pela adoção do pluralismo jurídico dentro das Constituições.

Como visto, o referido movimento constitucional surge em meio as lutas travadas por igualdade de justiça, reconhecimento da diversidade cultural, e de maior participação política dos povos historicamente marginalizados, esquecidos pelo Estado, são países que sofreram processos de colonização e que trazem marcas do referido processo “civilizatório” realizado pela elite eurocêntrica.

Entende-se por pluralismo jurídico a existência de mais de um sistema jurídico dentro de um mesmo Estado, sistemas estes que coexistem. Neste contexto o Estado não é o único criador da norma, pois ela também emana de outras autoridades. Tal modelo diverge do monismo jurídico, que ao contrário daquele, só reconhece um sistema jurídico dentro da ordem estatal.

Corroborando com a afirmação retro mencionada, Sabadell aduz que “a tese de que o direito é criado somente pelo Estado caracteriza o monismo jurídico (ou centralismo jurídico)” e que “podemos [...] definir o pluralismo jurídico como teoria que sustenta a coexistência de vários sistemas jurídicos no seio da mesma sociedade¹¹”.

Diante de tal exemplificação deve-se ater a um importante detalhe sobre a tese do pluralismo jurídico, que seria o seu contexto de surgimento, pois, deste modo, é possível evidenciar o porquê de sua aderência pelo movimento constitucional. Dessa forma, ressalta-se as palavras de Arruda Júnior, que descreve claramente o contexto social que serve como base para o surgimento do pluralismo jurídico afirmando que:

¹¹ SABADELL, A. L. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115-116.

[...] emerge socialmente por consequência dos processos estruturais de difícil convergência para uma racionalização jurídica nos termos moderno que resulta do colonialismo, da dependência, e da marginalização. Denominamos essa primeira característica do pluralismo jurídico como exemplificativa de pré-modernidade da modernização capitalista tardia.¹²

Outro ponto relevante ao se tratar sobre pluralismo jurídico é a crise de legitimidade do direito estatal. Sabadell afirma que:

A existência de tais sistemas indica, em geral, uma crise de legitimidade do direito estatal, ou seja, uma situação na qual o Estado não consegue exercer, na prática, o pretendido monopólio de violência legal, nem pode alcançar legitimação e consenso social através de sua ação. Trata-se de substituir o direito do Estado por outros sistemas de normas sociais capazes de suprir as deficiências do direito oficial.¹³

A citação supramencionada representa fortemente os conflitos enfrentados pelos Estados latino-americanos que aderem ao pluralismo jurídico e que não conseguem exercer o monopólio da violência legal de forma satisfatória, gerando insatisfação entre o povo, e deixando surgir outras maneiras de dirimir conflitos, com novas normas e autoridades julgadoras, que tentam, por assim dizer, sanar as lacunas deixadas pelo Estado, ou como prefere Sabadell, as deficiências do direito oficial.

Corroborando com a ideia trazida Maliska afirma que “o pluralismo jurídico surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades¹⁴”. Assim, pode-se dizer que o Estado ao se ausentar dos conflitos em determinadas localidades, ou no caso latino-americano, de grupos sociais, acaba criando uma brecha para o surgimento de novos sistemas jurídicos. Tais sistemas, com o consentimento do povo marginalizado, passa a exercer as funções do ente estatal, pois, o Estado não atua e não toma para si o monopólio da violência legal.

Outrossim, para Sabadell “a população obedece ao poder legítimo não somente por temer a aplicação de eventuais sanções, mas também por convicção. Nesse caso a ordem jurídica encontra amplo reconhecimento e consegue facilmente aplicar o direito”.¹⁵

¹² ARRUDA JÚNIOR, E. L. de. *Direito moderno e mudança social*. Ensaios de Sociologia Jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 127.

¹³ SABADELL, A. L. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

¹⁴ MALISKA, M. A. *Pluralismo Jurídico: notas para pensar o direito na atualidade*. Junho de 1997. 104 fls. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Departamento de Direito Público e Ciência Política. Florianópolis – SC. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25194-25196-1-PB.PDF>> Acesso em 03 de maio de 2018, p. 16.

¹⁵ SABADELL, A. L. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 109.

No caso dos países latino-americanos que aderiram ao pluralismo jurídico é possível dizer que o Estado perdeu parcialmente seu reconhecimento como poder legítimo, haja vista, o povo questionar suas normas e exigir o reconhecimento de normas diversas das impostas por ele. Os entes estatais, dos países que serão tratados adiante não conseguiram aplicar o direito facilmente e devido a isto aderiram ao pluralismo jurídico. Essa característica é marcada pela origem colonial de um povo que não se identifica como pertencente ao Estado em que vive, não reconhece a soberania do ente estatal, e que se opõe ao governo e as normas impostas por ele.

Assim, faz-se mister analisar alguns artigos das Cartas dos países latino-americanos que aderem ao pluralismo jurídico, sendo elas as da Colômbia/1991, Venezuela/1999, Equador/2008 e Bolívia/2009, que após lutas e reivindicações conseguem o direito, mesmo que com a imposição de algumas limitações, ao exercício da jurisdição especial, ou seja, aplicação de normas, princípios e procedimentos diferentes daqueles emanados pelo Estado, mas que por ele passou a ser assegurado para evitar a continuidade da resistência e oposição.

A atual Constituição colombiana possui um capítulo próprio sobre as denominadas jurisdições especiais, que neste caso é a confirmação do reconhecimento dos referidos sistemas jurídicos. Destaca-se aqui, no entanto, o artigo 246 que assim dispõe:

Artigo 246. As autoridades dos povos indígenas podem exercer funções jurisdicionais dentro do seu âmbito territorial, de acordo com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrários à Constituição e às leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional¹⁶. (tradução livre).

Nota-se por intermédio deste artigo que a própria Constituição confere aos povos indígenas a possibilidade de criar normas e procedimentos próprios, bem como, de que as mesmas sejam aplicadas pelas autoridades indígenas dentro do território por eles ocupado. Todavia, impõe-se a necessidade de respeito à Constituição e as Leis da República, ademais, a lei deve estabelecer uma forma de coordenação entre a justiça especial e a nacional, desta forma, pode-se dizer, que é permitido criar normas e procedimentos que não sejam vedados pelo Estado, revelando-se uma mitigação a tese do pluralismo jurídico.

Outrossim, faz-se mister trazer a lume que em 2017, em julgamento, a Corte Suprema da Colômbia absolveu Nasa Feliciano Valencia Medina, líder indígena, acusado de sequestro simples por manter em seu poder, o cabo do Exército Nacional, Jairo Danilo Chaparral Santiago, que teria entrado no território indígena. O militar, segundo consta da sentença, foi condenado a 9 chicotadas, que acarretaram em incapacidade durante 29 dias.

¹⁶ COLÔMBIA. Constituição (1991). *Constitucion Política de Colombia*. 1991.

Disponível

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%20202015.pdf>>. Acesso em 27 de abril de 2018.

em:

A Corte alegou em sua decisão que não houve tortura, pois, os castigos sofridos pelo prisioneiro não deixaram sequelas, e o dano corporal teria sido mínimo, bem como, que o chefe da tribo não excedeu seus limites, haja vista, a Constituição lhe conceber o direito do exercício da função jurisdicional dentro do território ocupado pela aldeia, ademais, o castigo aplicado, segundo ele, é uma prática corriqueira, aplicada pelos pais aos filhos desobedientes, e que não configurava humilhação ou tortura, e sim, que era uma punição simbólica para trazer harmonia ao indivíduo¹⁷.

A Carta da Venezuela/1999 também traz de forma clara sua adesão ao pluralismo jurídico, dispondo em seu artigo 260 as especificações para tal concessão:

Artigo 260. As autoridades legítimas dos povos indígenas podem aplicar no seu habitat instâncias de justiça com base em suas tradições ancestrais e que só afetam seus membros, de acordo com suas próprias regras e procedimentos, desde que não sejam contrários a esta Constituição, a lei e Ordem pública. A lei determinará a forma de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional¹⁸. (tradução livre).

Vislumbra-se no artigo retro mencionado uma grande semelhança com o dispositivo da Constituição colombiana, apesar de mudar algumas palavras o sentido do texto é praticamente igual, inclusive no que tange a imposição das limitações ao exercício do pluralismo jurídico.

O texto do artigo 171 da Constituição do Equador/2008 é mais denso, e claramente traz mais observações, mesmo assim, facilmente se identifica o pluralismo jurídico que concede as autoridades indígenas o exercício da função jurisdicional, com base em tradições e direito próprio, desde que, em seu âmbito territorial, para solucionar conflitos internos, prevendo formas de limitação a tal atuação, inclusive submetendo as decisões a um controle de constitucionalidade:

Artigo. 171.- As autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas exercerão funções jurisdicionais, com base em suas tradições ancestrais e seu direito próprio, dentro de seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão das mulheres. As autoridades aplicarão normas e procedimentos próprios para a solução de seus conflitos internos, e que não sejam contrários a Constituição e aos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais. O Estado garantirá que as decisões da jurisdição indígena sejam respeitadas pelas instituições e autoridades públicas. Essas decisões estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade. A Lei estabelecerá os mecanismos de coordenação e operação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária¹⁹. (tradução livre).

A Magna Carta boliviana/2009 versa sobre o pluralismo jurídico e as limitações impostas a ele em seu artigo 190:

¹⁷ COLÔMBIA. *Corte Suprema de Justiça*. Cassação 47119. Disponível em: <<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/Fallo.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

¹⁸ VENEZUELA. Constituição (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999*. Disponível em: <<http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2011/04/CONSTITUCION.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2018. (Tradução livre)

¹⁹ EQUADOR. Constituição (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. 2008. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

Artigo 190. I. As nações e povos indígenas originário campesinos exercerão suas funções jurisdicionais e de competência através de suas autoridades e aplicarão seus próprios princípios, valores culturais, normas e procedimentos. II. A jurisdição indígena originária campesina respeita o direito à vida, o direito à defesa e demais direitos e garantias estabelecidos na presente Constituição.²⁰ (tradução livre).

Diante da explanação realizada observa-se que os referidos países transferiram, mesmo que em parte, a responsabilidade que tinham sobre o povo, a criação das normas, e até mesmo seu poder punitivo, para autoridades indígenas que se adequassem aos termos propostos no texto constitucional, bem como, separou o território para o exercício da jurisdição especial em tantas partes quantas forem as comunidades ou tribos existentes dentro do Estado.

Deste modo, percebe-se que tais países, com a adesão ao pluralismo jurídico, se caracterizam pela descentralização do poder, com a transferência da responsabilidade do Estado de criar e aplicar normas para dirimir conflitos. Demonstrando sua incapacidade de exercer sozinho o monopólio da violência legal e atender os anseios sociais de uma sociedade plural.

4 Estado Moderno e pluralismo jurídico: incompatibilidades

Após a explanação sobre o novo constitucionalismo latino-americano e o pluralismo jurídico, resta tratar sobre o Estado moderno, que como visto, foi trazido ao continente latino-americano pelos colonizadores, que difundiram a cultura europeia, fundada na uniformização e no monismo.

Assim, no contexto latino-americano Ferrazzo faz observações relevantes que ajudam a compreender o Estado moderno sob a ótica da colonização, e a passagem do pluralismo jurídico para o monismo jurídico:

[...] as formações latino-americanas anteriores à conquista, ainda que marcadas por conflitos e guerras, com por seus grandes impérios, não se inclinavam de modo algum à uniformização das formações sociais. Estas, ainda que subjugadas por algum dos impérios das altas civilizações, mantinham seus sistemas políticos, culturais, religiosos entre outros, de modo que, sob um império, existiam centenas de formações distintas, inclusive com dialetos próprios.

Com o impacto da colonização este cenário muda e com o desenvolvimento do Estado moderno, a uniformização vai assumir contornos extremos, através da consolidação da ideia de Estado-nação, sendo que a soberania interna unitária é uma característica muito forte do Estado constitucional no século XIX e apesar das inúmeras diferenças que cada um pode assumir, ao longo do mesmo século, nenhum Estado funcionou de forma dualista, pois são formações “monísticas”, sendo que foi construído como pessoa a partir de uma sofisticada “construção jurídica eurocontinental”.²¹

²⁰ BOLÍVIA. Constituição (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 27 abril de 2018.

²¹ FERRAZZO, D. *Pluralismo Jurídico e Descolonização Constitucional na América Latina*. 2015. 462 fls. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis – SC, p. 99.

Nota-se que antes da colonização não existia uma uniformização em relação as formas sociais, o modo como dirimiam os conflitos, suas crenças, culturas, ou tradições, que somente veio a ser imposta no período colonial, com a ascensão do Estado moderno de caráter uniformizador e monista.

Desta maneira, verifica-se que a transição do pluralismo jurídico para o monismo jurídico nos países latino-americanos tem íntima relação com a formação do Estado moderno introduzido pelos colonizadores, bem como, que à recente mudança do monismo para pluralismo jurídico está ligada ao período colonial, porém em sentido inverso, buscando uma desconstrução das bases do Estado moderno.

Dito isto, torna-se necessário realizar as considerações pertinentes sobre as características do Estado moderno, frisando-se que não há uma uniformização em relação as mesmas, mas, em suma, o povo, o território e a soberania são destacados como elementos essenciais a sua formação, não sendo possível que inexista dentro do Estado qualquer um destes.

Em relação ao primeiro elemento, qual seja, o povo, faz-se mister tecer algumas distinções relevantes entre este e as denominações população e nação.

No que concerne ao termo população ele deve ser empregado como “expressão numérica, demográfica ou econômica”, de pessoas que vivam ou estejam temporariamente dentro do território de um Estado, mas que não necessariamente possuam um vínculo jurídico com este²².

Por sua vez, nação nas palavras de Bastos refere-se a “um conjunto de seres humanos, aglutinados em função de um elemento agregador, que pode ser tanto histórico, cultural, quanto biológico e que, cômicos das suas peculiaridades, desejam preservá-las no futuro²³”. Outrossim, a palavra nação não carrega consigo a obrigatoriedade de se estabelecer um vínculo jurídico com o Estado, podendo existir ou não.

Feita estas digressões, resta dizer que a denominação povo é conceituada por Dallari como “conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano²⁴”.

Desta maneira, é possível dizer que uma das principais distinções entre população, nação e povo é que neste existe a obrigatoriedade do reconhecimento de um vínculo jurídico com o Estado que para aqueles é facultativo.

Sobre o território como elemento caracterizador do Estado é possível dizer que ele “é a base geográfica do Estado. É dizer, aquela parcela do globo terrestre que se encontra sob sua jurisdição. É elemento, sem dúvida, essencial do Estado”, pois, “não se conhece nenhum ente estatal sem território”.²⁵

²² DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25 ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 95.

²³ BASTOS, C. R. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20.

²⁴ DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25 ed. São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 99-100

²⁵ BASTOS, C. R. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 12.

O território é sem dúvida elemento essencial a formação do Estado moderno, pois não existe Estado sem território, sem um espaço em que seu povo possa ocupar. É dentro deste elemento que o povo se abriga, onde se delimitam as fronteiras, e também se exerce o poder soberano e se determina sobre quem o mesmo é exercido.

A soberania, por sua vez, se tratar de elemento que não somente é exercido sobre o povo, de maneira interna, mas também de forma externa quando atua em relações internacionais com outros Estados.

A forma de separar a soberania interna e externa não significa que existem duas soberanias coexistindo dentro de um mesmo território, ocorre que o poder soberano pode ser visto em dois momentos distintos. Segundo Figueiredo Santos a soberania interna é exercida “como poder de império, de autoridade para em seu território “impor” suas decisões; a segunda como manifestação legítima dos Estados no cenário internacional de se respeitarem mutuamente, aceitando e convivendo com suas “soberanias”²⁶.

Para Dallari “afirmado o poder soberano, isto significa que, dentro dos limites territoriais do Estado, tal poder é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado”.²⁷

Corroborando com a afirmação retro mencionada Losano ao tratar sobre a soberania afirma que:

Definindo o direito em função do sujeito do qual ele deriva, as teorias estatualistas, diretamente ligadas ao Estado moderno, afirmam que só as normas promulgadas pelo poder soberano são direito. É uma teoria útil para delimitar o direito do Estado centralizado em relação à infinidade de usos locais e direito particularistas, de um lado, e em relação aos ordenamentos normativos concorrentes como os direitos da Igreja, dos mercadores e dos povos, do outro²⁸.

Ademais, Fabríz e Ferreira utilizam uma sistematização feita por Jean Bodin no século XVII para caracterizar a soberania do Estado como una, indivisível, imprescritível e inalienável. Una, não podendo existir mais de um poder soberano dentro do mesmo Estado, sendo impossível a coexistência de poderes soberanos dentro do mesmo território; indivisível, desta forma, sem possibilidade de ser fragmentada, mesmo sendo possível a delegação; imprescritível, posto que, não ocorre limitações com o tempo; e inalienável, garantindo assim que a soberania não pode ser cedida ou transferida pelo Estado²⁹.

Azambuja explica que:

²⁶ SANTOS, M. F. F. *Teoria Geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.

²⁷ DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25 ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 33.

²⁸ LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.556.

²⁹ FABRIZ, D. C.; FERREIRA, C. F. Teoria geral dos elementos constitutivos do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 39, p. 107-141, jan./jun. 2001. Disponível em: <<http://dSPACE/xmlui/bitstream/item/12555/1125.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02 de maio de 2018, p. 121.

[...] quando o Estado traça normas para regular as relações dos indivíduos que lhe estão sujeitos, sobre a organização da família, a punição dos crimes, sobre o comércio, a indústria etc., exerce o poder de modo soberano, as regras que edita são coativamente impostas, sem que qualquer outro poder ou autoridade interfira ou se oponha”.³⁰

Assim, quando se fala em Estado moderno, deve-se ter em mente que as normas criadas pelo ente estatal não podem sofrer qualquer interferência ou oposição, contudo, o que se percebe nos países pertencentes ao novo constitucionalismo latino-americano anteriormente analisados é uma forte oposição e interferência de autoridades de grupos sociais que sofreram com a colonização.

Diante do até então exposto, e da análise anterior de alguns artigos que versam sobre o pluralismo jurídico é possível notar que, em determinados momentos, o Estado se omite de exercer o poder soberano e o transfere para outras autoridades, no entanto, vale ressaltar, que essa transferência realizada atualmente pelo Estado é reflexo de oposições as normas estatais, e a forma como este solucionava os conflitos, coexistindo agora diversas formas de resolver um mesmo problema, dentro dos países estudados.

Ademais, após a explanação sobre os elementos do Estado Moderno faz-se mister apresentar suas outras especificidades, que segundo Sabadell são a “segurança jurídica, certeza, centralização, estabilidade, execução assegurada pelo emprego de violência legal e legítima, aplicação por juristas profissionais e, sobretudo, utilização da forma escrita que fixa as regras”³¹.

Todavia, o que se verifica nos países ora estudados é o oposto dos elementos descritos pela autora supramencionada, pois, em verdade, não há o que se falar em segurança jurídica quando não se sabe todas as diferentes culturas, regras, tradições, princípios e procedimentos de todos os grupos que vivem dentro do Estado.

O pluralismo jurídico se caracteriza pela descentralização do poder, oferecendo grande oposição ao modelo do Estado Moderno, o Estado não é o único criador da norma, e esta não precisa ser escrita e, no caso dos países estudados, pode ser aplicada por qualquer pessoa indicada como autoridade responsável pelo grupo no qual se pratica a transgressão, não sendo exigido necessariamente a aplicação por um jurista profissional.

Corroborando com o que já foi exposto sobre a criação da norma dentro do Estado Moderno Antônio Carlos Wolkmer traz a seguinte explanação:

[...] a íntima conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito conduz à coesa e predominante doutrina do monismo. Tal concepção atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo.³²

³⁰ AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. 44 ed. São Paulo: Globo, 2005, p.50.

³¹ SABADELL, A. L. *Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 124.

³² WOLKMER, A. C. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3 ed. v.52. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 46.

Assim, segundo o autor, o Estado Moderno caracteriza-se pelo monismo jurídico, pela centralização do poder, dessa forma, incompatível com o pluralismo jurídico introduzido nos países da América Latina ora estudados, pois, como afirma Bobbio, Matteucci e Pasquino “o pluralismo é uma das correntes do pensamento político que sempre se opuseram e continuam a opor-se à tendência de concentração e unificação do poder”³³.

Diante do exposto, é possível dizer que, além de possuir como elementos essenciais a sua formação o povo, o território e a soberania, o Estado Moderno possui outras características que deixam clara sua incompatibilidade com a nova formação introduzida pelo novo constitucionalismo latino-americano, que adere ao pluralismo jurídico, quais sejam, a aplicação da norma, positivada, que é feita unicamente por juristas profissionais e o monopólio da criação da norma que pertence ao Estado.

5 Considerações finais

A colonização nos países da América Latina foi acompanhada pela introdução de novas culturas, tradições e valores, dentre as quais a adesão ao monismo jurídico, advindo da nova formação dos Estados Modernos, assim, neste primeiro ponto, tem-se que ocorre uma transição forçada do pluralismo jurídico para o monismo.

Em verdade, houve a imposição de novos costumes, cultura e regras, até mesmo jurídicas, com a colonização da América Latina. Sendo assim, esse novo movimento surge como uma tentativa não só de promover um novo ordenamento jurídico, mas também como a reconstrução dos Estados latino-americanos através da descolonização da sociedade e da valorização da cultura e dos costumes dos povos tradicionais.

Contudo, com o novo constitucionalismo latino-americano promove-se a desconstrução das bases do Estado Moderno e seu caráter monista, com a aderência do movimento ao pluralismo jurídico, que retorna com a intenção de solucionar problemas oriundos do período colonial, caminhando no sentido oposto ao pensamento eurocêntrico.

Por sua vez, o pluralismo jurídico se mostra incompatível com o Estado Moderno, devido aos vários conflitos que surgem da análise das características de ambas as teses expostas. Se por um lado o Estado Moderno prega a centralidade, segurança jurídica, certeza e uniformização o pluralismo jurídico, se opondo a ele, difunde a descentralização do poder, pode ocasionar, em alguns casos, insegurança jurídica, incerteza e é contrário a uniformização.

As referidas diferenças ficam acentuadas quando se verifica que o Estado Moderno garante o monopólio da criação da lei – direito - pelo próprio Estado, enquanto o segundo possibilita a criação das leis por autoridades não estatais, de maneira descentralizada, e que a aplicação da norma não precisa ser realizada por

³³ BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. F. Dicionário de Política – 11ª ed. v. 1. Brasília – DF – UNB, 1995. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/material/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>>. Acesso em 13 de abril de 2018, p. 928.

juristas profissionais. Se por um lado tal situação pode se apresentar como a criação de um controle social mais legítimo, por outro, pode culminar com o enfraquecimento do modelo estatal em vigor e o despertar de um sentimento de insegurança jurídica.

O fato do pluralismo jurídico ser a oposição ao monismo jurídico, em tese, já o torna incompatível com o Estado Moderno, que como visto, é em sua essência monista, reservando o monopólio da criação da norma para o Estado, em prol da segurança jurídica, sendo o ponto de maior incompatibilidade entre ambos.

Tal fato ainda é somado a fragmentação dos elementos formadores e essenciais ao Estado Moderno, ou seja, povo, território e soberania, pois, transfere a responsabilidade por parcela do povo e do território para outras autoridades, e desta forma, transfere-se, mesmo que em parte, a própria soberania que exerce sobre ele, que como visto, não poderia, sob a tese do Estado Moderno, sofrer influência ou oposição de qualquer outra autoridade. Demonstrando-se assim que os alicerces do Estado Moderno estão sendo desconstruídos no novo constitucionalismo latino-americano com a adesão ao pluralismo jurídico, o que, conseqüentemente, torna o Estado Moderno incompatível com o próprio movimento constitucional aqui trabalhado.

Referências

ARRUDA JÚNIOR, E. L. de. *Direito moderno e mudança social. Ensaios de Sociologia Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AZAMBUJA, D. *Teoria Geral do Estado*. 44 ed. São Paulo: Globo, 2005.

BASTOS, C. R. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. F. *Dicionário de política*. 11. ed. v. 1. Brasília – DF – UNB, 1995. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17973/materia1/Norberto-Bobbio-Dicionario-de-Politica.pdf>>. Acesso em 13 de abril de 2018.

BOLÍVIA. *Constituição (2009)*. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. 2009. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>>. Acesso em: 27 abril de 2018.

BRANDÃO, P. A. D. M. *O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)*. 2013. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, Recife.

COLÔMBIA. *Constituição (1991)*. Constitución Política de Colombia. 1991.

Disponível em:

<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf>>. Acesso em 27 de abril de 2018.

_____. *Corte Suprema de Justiça*. Cassação 47119. Disponível em:

<<http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/Fallo.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2018.

DALLARI, D. de A. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25 ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

EQUADOR. *Constituição (2008)*. Constitución de la Republica del Ecuador. 2008.

Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf>.

Acesso em: 03 de maio de 2018.

FABRIZ, D. C.; FERREIRA, C. F. Teoria geral dos elementos constitutivos do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 39, p. 107-141, jan./jun. 2001. Disponível em:

<<http://dspace.xmlui/bitstream/item/12555/1125.pdf?sequence=1>>. Acesso em 02 de maio de 2018.

FAJARDO, R. Z. Y. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In GARAVITO, C. R. (Org.). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

FERRAZZO, D. *Pluralismo Jurídico e Descolonização Constitucional na América Latina*. 2015. 462 fls. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis – SC. 2015.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In GARAVITO, César Roberto (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pesamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

LOSANO, M. G.. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MALISKA, M. A. *Pluralismo jurídico: notas para pensar o direito na atualidade*. Junho de 1997. 104 fls. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Departamento de Direito Público e Ciência Política. Florianópolis – SC. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25194-25196-1-PB.PDF>> Acesso em 03 de maio de 2018.

SABADELL, A. L. *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do Direito*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTOS, M. F. F. *Teoria geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

VENEZUELA. *Constituição (1999)*. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999. Disponível em: <<http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2011/04/CONSTITUCION.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2018.

VICIANO PASTOR, R.; MARTÍNEZ DALMAU, R. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino americano. Corte Constitucional do Equador para el período de transición. *El nuevo Constitucionalismo latino americano*. Quito, 2010, p. 9-44. Disponível em: <<https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/34272355-Nuevo-Constitucionalismo-en-America-Latina.pdf?1352144011>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3 ed. v. 52. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

Recebido em: 5 de agosto de 2018.

Aceito em: 13 de setembro de 2018.



OS DIREITOS HUMANOS E O COSMOPOLITISMO NO PANORAMA DAS CIDADES GLOBAIS: DESAFIOS E PARADOXOS DA CONTEMPORANEIDADE

HUMAN RIGHTS AND COSMOPOLITANISM IN THE PANORAMA OF GLOBAL CITIES: CHALLENGES AND PARADOXES OF CONTEMPORANEITY

Gilmar Antonio Bedin^I 

Elenise Felzke Schonardie^{II} 

Aline Michele Pedron Leves^{III} 

^I Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Programa de Pós-Graduação em Direito, Ijuí, RS, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: gilmarb@san.uri.br.

^{II} Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Ijuí, RS, Brasil. Doutor em Ciências Sociais. E-mail: elenise.schonardie@unijui.edu.br.

^{III} Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Ijuí, RS, Brasil. Mestranda em Direito. E-mail: alineleves@hotmail.com

Resumo: Esse artigo busca contextualizar a temática da construção de uma sociedade cosmopolita a partir do panorama das cidades globais do século XXI. Na medida em que se verificaram os avanços intrínsecos da modernização, a contemporaneidade trouxe consigo uma série de paradoxos e desafios oriundos do fenômeno da globalização, os quais transformaram os sistemas de referência e passaram a exigir respostas às inúmeras complexidades sociais. O problema fundamental reside na ideia de encontrar possibilidades reais para constituir e consolidar espaços cosmopolitas no âmbito das cidades globais frente às heterogeneidades, intolerâncias e individualismos que transpõem a ordem nacional do modelo estatal soberanista e territorial, sintetizando tanto o local como o global. Nesse sentido, objetiva-se analisar, por meio do emprego do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, a dimensão cosmopolita de coexistência dos sujeitos e das tendências macrosociais da sociedade globalizada, com vistas à proteção dos direitos humanos e à inclusão das diferenças que se materializam mundialmente. Portanto, nessa era marcada por profundas transições paradigmáticas, repleta de riscos e inseguranças, torna-se urgente a necessidade de combinar o modelo das cidades globais com as perspectivas de um cosmopolitismo que reconheça a essência das diversidades socioculturais e o ideal do cidadão

Abstract: This article seeks to contextualize the thematic of the construction of a cosmopolitan society from the panorama of the global cities of the XXI century. In so far as are verified the intrinsic advances of modernization, the contemporaneity brought with it a series of paradoxes and challenges originating from the phenomenon of globalization, which transformed the systems of reference and began to demand answers to the numerous social complexities. The fundamental problem resides in the idea of finding real possibilities to constitute and consolidate cosmopolitan spaces within the global cities in the face of heterogeneities, intolerances and individualisms that transposes the national order of the sovereignty and territorial state model, synthesizing both local and global. In this sense, the objective is to analyze, through the use of the hypothetical-deductive method and the technique of bibliographical research, the cosmopolitan dimension of coexistence of subjects and macrosocial tendencies of globalized society, with a view to the protection of human rights and the inclusion of differences that materialize worldwide. Therefore, in this era marked by deep paradigmatic transitions, full of risks and insecurities, it becomes urgent the necessity to combine the model of global cities with the prospects of a cosmopolitanism that recognizes the essence of sociocultural diversities and the ideal of the world's citizen.

do mundo.

Palavras-chave: Cosmopolitismo. Cidades Globais. Direitos Humanos. Globalização.

Keywords: Cosmopolitanism. Global Cities. Human Rights. Globalization.

Sumário: 1 Introdução; 2 Globalização e Cidades Globais: as particularidades emergentes dos espaços transnacionais; 3 As Cidades Globais e o Cosmopolitismo: uma nova consciência do “cidadão do mundo” em defesa dos direitos humanos e da heterogeneidade cultural; 4 Conclusão. Referências..

1 Introdução

O mundo em que vivemos mostra-se, atualmente, cada vez mais complexo e interdependente. Com o avanço dos processos da globalização social, econômica, política e cultural, os fatores internos e externos das nações se confundem e transcendem as fronteiras territoriais, redefinindo as concepções espaço-temporais e corroborando para o crescimento exponencial da complexidade da vida em sociedade. Essa conjuntura traz à tona uma vasta gama de transformações que desafiam a ordem mundial e, ao mesmo tempo, permitem uma sucessiva ampliação dos horizontes de possibilidades para as mais variadas coletividades humanas que compõem as teias sociais do nosso planeta.

Em diferentes contextos, repensar as relações sociais da contemporaneidade exige uma abordagem interdisciplinar, capaz de identificar que as questões de âmbito universal impactam diretamente em localidades distintas e, de um modo especial, nas cidades globais que se constituem como verdadeiros polos de convergência. Na medida em que se redesenhou a nova conjuntura social, a partir da segunda metade do século XX e do início do século XXI, modificaram-se os modelos de referência soberanista e territorial dos Estados westfalianos e, por conseguinte, a sociabilidade humana passou a considerar, cada vez mais, a necessidade de uma combinação com os paradigmas cosmopolitas que atestam a existência de uma comunidade mundial.

A história da civilização humana sempre foi marcada por profundas transições paradigmáticas, as quais se evidenciam, sobretudo, no epicentro das grandes cidades do mundo. O atual cenário de interconexões sociais demonstra que a temática abordada no presente artigo é de grande relevância, uma vez que é justamente nas cidades globais que podem emergir alguns dos principais ideais para a construção e, mais do que isso, para a concretização de sociedades cosmopolitas. Entretanto, o problema fundamental desse estudo reside nas possibilidades de se encontrar alternativas reais para a consolidação de espaços cosmopolitas no âmbito das cidades globais, isso porque, esses grandes centros urbanos de influência se apresentam na ordem internacional repletos de heterogeneidades culturais, de extremismos e de egocentrismos entre os padrões nacionais e internacionais, externos e internos, locais e globais.

De fato, com a internacionalização dos riscos e a emergência de uma infinidade de problemas globais – como os relacionados às migrações, ao meio ambiente, às intolerâncias, aos crimes transfronteiras e ao uso massivo das novas tecnologias – intensificaram-se, em boa medida, os projetos cosmopolitas de cooperação interestatais em busca de respostas para as extremas vulnerabilidades a que são submetidas todas as formas de vida presentes no planeta. Desse modo,

objetiva-se analisar, através da utilização do método de abordagem hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, a dimensão onipresente do cosmopolitismo e a coexistência dos sujeitos frente às tendências macrosociais das cidades globais, com vistas à proteção dos direitos humanos, bem como à inclusão das diferenças que se materializam mundialmente no contexto dos riscos e inseguranças que ameaçam a sociedade globalizada.

Torna-se evidente que o panorama das cidades globais, diante dos processos transfronteiriços que se entrecruzam e produzem estruturas socioespaciais distintas, é repleto de diversidades e concentrações particularmente acentuadas. Assim, busca-se compreender as possibilidades de conjugação do modelo das cidades globais com as perspectivas de construção de uma sociedade cosmopolita que reconheça a essência das multiculturalidades na ideologia dos cidadãos do cosmos, de tal modo que o cosmopolitismo encontre os caminhos para emigrar dos sonhos filosóficos à realidade pura e simples.

2 Globalização e Cidades Globais: as particularidades emergentes dos espaços transnacionais

Nas últimas décadas da trajetória histórica-social, o choque da modernização elevou a níveis ousados os anseios das paradigmáticas renovações urbanas, tecnológicas, industriais e informacionais, que se estendem a todos os lugares do mundo. Nesse cenário relegado à contemporaneidade, que agora passa a tomar forma de uma verdadeira sociedade global, as relações mundiais contraíram relevante complexidade, polaridade incerta e uma expansão do vínculo de cooperação e interdependência entre os povos. Tais mudanças alicerçaram novas possibilidades e alternativas mundiais mais integradas, corroborando para a construção de uma nova ordem social repleta contradições.

Sob a perspectiva aberta pela globalização, tudo se encontra ainda mais ativo e atrelado mundialmente, sendo conferidos novos significados ao indivíduo e à sociedade, aos grupos e classes, às etnias e minorias, às ideologias e utopias. Em virtude desse fenômeno, os Estados e as sociedades pós-modernas apresentam-se, atualmente, imersos em uma complexidade de condições mundiais sem qualquer precedente histórico: isso porque nunca antes as fronteiras estatais verificaram-se tão inócuas e transponíveis; ademais, percebe-se um irrefreável avanço tecnocientífico, bem como a multiplicação dos riscos e das inseguranças em escala planetária. Dessa forma, a globalização permite à civilização humana “pensar o presente, rebuscar o passado e imaginar o futuro”¹.

Ressalta-se que a comunidade internacional foi palco de profundas transformações que a tornaram mais complexa e menos centrada na figura dos Estados soberanos. Notadamente, com o término da Segunda Guerra Mundial (1945) e a emergência do fenômeno da globalização, verificou-se um novo arranjo de sentidos no mundo através da relativização da soberania e da autonomia estatal. Isto é, ocorreu o deslocamento do velho sistema anárquico westfaliano para um conjunto internacional de arranjos bifurcados, assentado em uma sociedade multicêntrica e

¹ IANNI, Octavio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996a. p. 9.

interdependente que, inclusive, influenciou nos sistemas político e econômico de todos os países do mundo, os quais passaram a admitir interposições dos denominados novos atores internacionais (Organizações Internacionais, Organizações Não-Governamentais - ONGs e Empresas Transnacionais).

Um breve retorno secular às transformações ocorridas em âmbito mundial evidencia que a globalização se constituiu no mais relevante evento político, econômico, social e cultural das últimas décadas que, conforme Wagner Menezes, “oportunizou uma maior inter-relação entre as nações”². Ou seja, foi um verdadeiro marco simbólico-referencial da emergência de uma nova era dotada de complexidades, caracterizando-se como um acontecimento intenso e com dimensões bastante abrangentes no que se refere “à redução das distâncias, à aceleração do tempo, à quebra das identidades nacionais, à ruptura das fronteiras e à conformação de novas relações políticas”³. Isso provocou uma verdadeira mudança de sentidos, inclusive nas relações internacionais, as quais perpassam pelo questionamento das noções de soberania e de territorialidade estatal.

A globalização é uma daquelas noções difíceis de prescindir, sempre que se impõe o desafio de decifrar a complexidade do mundo e as características fundamentais da sociedade contemporânea. É notório que a terminologia não encerra somente grandes ambiguidades, não restando a menor dúvida de que a configuração do planeta enquanto um sistema global consiste num dos mais expressivos acontecimentos do processo histórico civilizacional. O fenômeno da globalização distingue-se por ser a causa e o efeito, simultaneamente, da unificação do planeta em todos os sentidos e com diversos graus de intensidade. Portanto, faz-se coerente a afirmação de Milton Santos de que “a Terra torna-se um só e único ‘mundo’ e assiste-se a uma refundição da totalidade-terra”⁴, a qual adquire um novo *status*: de território comum da humanidade.

Como um fenômeno multifacetado, da globalização advém profundas implicações em distintas áreas do conhecimento e nos mais variados setores da vida humana em sociedade. Para Jesús Lima Torrado este relevante processo é entendido como “amplo, contraditório, complexo, heterogêneo e profundo de troca nas relações entre sociedades, nações e culturas, que tem gerado uma dinâmica de interdependência nas esferas econômica, política e cultural.”⁵. Isso significa que as questões de ordem internacional não somente passam a situar-se acima das nacionais, mas também, a condicioná-las.

Essas mudanças que influenciam as civilizações podem ser sentidas em toda parte do globo, isso porque, conforme Octavio Ianni, por meio da globalização, o planeta transformou-se “em um território de todo o mundo. Tudo se desterritorializa

² MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 104.

³ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 130.

⁴ SANTOS, Milton. *Técnica, espaço e tempo: globalização e meio técnico-científico*. São Paulo: HUCITEC, 1997. p. 48.

⁵ Tradução nossa. Texto original: “aquele proceso amplio, contradictorio, complejo, heterogéneo y profundo de cambio en las relaciones entre sociedades, naciones y culturas, que ha generado una dinámica de interdependencia en las esferas económica, política y cultural.”. TORRADO, Jesús Lima. *Globalización y Derechos Humanos*. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*. p. 43 - 74. Madrid: Nueva época, 2000. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142424>> Acesso em: 20 abr. 2018. p. 47.

e reterritorializa. [...] As fronteiras são abolidas ou tornam-se irrelevantes ou inócuas, fragmentam-se e mudam de figura, parecem, mas não são”⁶. Nesse sentido, os processos de globalização provaram que o poder dos Estados, em relação aos inúmeros problemas que sobrecarregam a agenda internacional, caracteriza-se como funcionalmente desequilibrado e fora de escala. Hoje o mundo se distingue “pelo aparecimento de um conjunto de possibilidades concretas, que modificam equilíbrios preexistentes e procuram impor sua lei e suas determinações”⁷.

Nessa esteira de pensamento, Wagner Menezes compreende que a globalização é “constituída por um conjunto de coincidências históricas, tecnológicas, científicas, políticas, culturais e econômicas que, ao atuarem ao mesmo tempo no mesmo palco, formam a realidade da sociedade mundial contemporânea”⁸. Tudo isso coloca em xeque o modelo westfaliano dos Estados soberanos e amplia a complexidade do entorno que delinea a sociedade em busca de respostas globais para uma infinidade de dilemas humanos.

É intrigante que a soberania dos Estados-nação não foi tão somente limitada, mas comprometida na base, uma vez que o panorama de interdependência mundial intensifica as dinâmicas e os processos que se entrecruzam e, ainda, desterritorializa as relações sociais. Portanto, as linhas entre o *interno* e o *externo* tornaram-se menos nítidas, isso porque, na medida em que se relativizam as fronteiras políticas dos Estados, as relações internacionais tornam-se muito mais complexas, as tomadas de decisões e atividades transcendem os espaços territoriais, repercutindo de forma significativa em outros lugares, em outras sociedades e inclusive em outras pessoas.

A partir da vasta gama de transformações mundiais, a globalização pode ser compreendida, antes de tudo, como um fenômeno econômico. Isso se deve ao fato de que o capitalismo, desde a sua origem, almejou ser um sistema de ordem global, dotado de um conjunto de regras que se alastraram pelo mundo, em diversos momentos da história e em espaços distintos. É verificável que a globalização abrange, ainda, diversas outras áreas da atividade humana e um conjunto de fatores que atuam simultaneamente em âmbito social, ampliando as diferenciações funcionais num ritmo jamais verificado e tornando as identidades mais efêmeras e polimorfas.

A grande novidade inserida pelo paradigma global contemporâneo apresenta as suas raízes no crônico aumento das interdependências, as quais se evidenciam entrepostas por fenômenos que escapam ao controle isolado por parte dos Estados. Vale ressaltar que, para Anthony Giddens “a intensificação das relações sociais mundiais une localidades longínquas, de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice-versa”⁹.

Nesse contexto, o desafio de pensar o mundo a partir do paradigma da sociedade global requer o reconhecimento desse como uma “totalidade complexa e

⁶ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996b. p. 169.

⁷ SANTOS, Milton. *Técnica, espaço e tempo: globalização e meio técnico-científico*. São Paulo: HUCITEC, 1997. p. 48.

⁸ MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 107.

⁹ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 23.

problemática, articulada e fragmentada, integrada e contraditória”¹⁰ das relações, dos processos e das estruturas que se manifestam em escala mundial e, que na maioria das vezes, se sobressaem às dinâmicas políticas, econômicas, sociais e culturais que se desenvolvem em escala nacional. Nesse contexto, “o local e o global estão distantes e próximos, diversos e iguais. As identidades embaralham-se e multiplicam-se. [...] O mundo torna-se mais complexo e mais simples, micro e macro, épico e dramático”¹¹.

A grande discrepância da atualidade reside no fato de que ao mesmo tempo em que aproxima, a globalização também distancia, no sentido de que intensifica os graus de exclusão, os desafios interculturais e a emergência de inúmeros problemas sociais. Do mesmo modo, José Eduardo Faria evidencia que o aludido processo ora em discussão, generaliza e acentua “os contrastes entre pobreza e riqueza, miséria e opulência, centro e periferia”, altera os padrões éticos e políticos, como também, multiplica “as ameaças e os perigos inerentes ao desenvolvimento técnico-industrial”¹². Fato é que a globalização não é completamente boa, nem totalmente má; não possui apenas aspectos positivos, nem se resume a um lado negativo; os Estados não são apenas vítimas inocentes desse fenômeno, mas, também, não se constituem como os únicos responsáveis por ele.

Nota-se que o novo século traz à tona um intenso paradoxo jamais vivido em âmbito mundial: por um lado, evidencia-se o extraordinário avanço modernizador das renovadas e complexas tecnologias; por outro lado, destaca-se a contradição existente na mundialização¹³ da vida humana, na qual dois opostos se atraem inevitavelmente – a homogeneização política, econômica e cultural, bem como a desagregação dos centros de referência da sociedade global, cujas fronteiras são mais facilmente permeáveis e transponíveis pelos fluxos transnacionais. Nesse sentido, Gilmar Bedin destaca que o início do novo século XXI apresenta-se “envolvido com o surgimento e a consolidação de fluxos que não respeitam fronteiras. Em outras palavras, está preocupado com os problemas oriundos da emergência e da estruturação do domínio da política e da economia mundiais.”¹⁴.

Na medida em que a sociedade global abre inúmeros horizontes de interdependência, ela também revela, simultaneamente, uma série de tensões e antagonismos que atravessam os modos de vida e de pensamento dos indivíduos, tribos e nações. Pode-se afirmar que, em diferentes graus de intensidade, o mundo é constantemente desafiado pelos processos transfronteiriços que se entrecruzam e produzem estruturas socioespaciais distintas, essencialmente, no panorama das chamadas cidades globais, repletas de acentuadas heterogeneidades, desigualdades e individualismos.

¹⁰ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996b. p. 201.

¹¹ Idem.

¹² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 8.

¹³ Essa expressão, oriunda da doutrina francesa, relaciona-se à expansão dos direitos humanos na sua dimensão política, jurídica e social. Nesse sentido, a mundialização diverge do termo globalização, uma vez que esse se relaciona com os interesses de ordem econômica.

¹⁴ BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 32.

O termo *ciudades globais* foi cunhado pela socióloga holandesa Saskia Sassen¹⁵ para designar, especificamente, os pontos nodais de convergência dos fluxos comerciais e financeiros, de onde se obtém o controle dos mercados globais e das operações econômicas e políticas. Nota-se que a cidade global consiste em uma realidade social que sintetiza o encontro histórico-geográfico¹⁶ e se caracteriza como uma formação sociocultural de influência internacional, na qual as atividades que movem a vida urbana aparecem de forma bastante desenvolvida e exacerbada. Portanto, essa categoria de cidades figura como polo de convergência dos fluxos transnacionais de diversas ordens, ou seja, constitui-se enquanto nós socioespaciais distintos, onde uma multiplicidade de processos transnacionais se cruza de forma bastante acentuada¹⁷.

A cidade global, produzida como resultado e condição da globalização do mundo, tornou-se realidade apenas no final do século XX. No limiar de uma nova era, estas cidades passaram a ser designadas como centros de controle global, com ênfase nas funções enquanto locais de produção de uma ampla gama de serviços especializados e utilizados por organizações bastante complexas no gerenciamento de redes, tanto para a produção de inovações econômicas como para a construção de novos mercados, os quais são considerados fundamentais para a internacionalização e expansão dos fluxos financeiros¹⁸.

Fato é que a globalização trouxe consigo uma evidente mudança na ordem dos processos de articulação política e econômica que se territorializam. Dessa forma, as “cidades globais emergiram como novas grandes escalas nessa dinâmica da territorialização”¹⁹. Isso porque, essas cidades representam verdadeiros espaços estratégicos, nos quais “o processo global se materializa nos territórios nacionais e a dinâmica global através de arranjos institucionais nacionais”. Portanto, pode-se afirmar que “a cidade global representa a endogenização das principais dinâmicas e condicionalidades da economia global”²⁰.

É verificável que uma grande parte dos recursos considerados como necessários para as atividades econômicas globais configuram-se como hipermóveis e, de fato, apresentam-se profundamente enraizados em determinados lugares, como

¹⁵ SASSEN, Saskia. *The global city*: New York, London, Tokyo. Second Edition. Princeton: Princeton University Press, 2001.

¹⁶ O surgimento das grandes cidades configura-se como um processo histórico de vastas proporções, uma vez que já se desenvolvia irregularmente com o mercantilismo, o colonialismo e o imperialismo. No Segundo Pós-Guerra, com o avanço do capitalismo, este processo assume novas dimensões e se intensifica, alcançando uma generalidade excepcional no limiar do século XXI, momento em que diversas cidades são recriadas nos horizontes da globalização. Portanto, é justamente a partir dessa encruzilhada histórica e geográfica que surgem as cidades globais.

¹⁷ IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. Tradução de Ronaldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

¹⁸ SASSEN, Saskia. *The global city*: New York, London, Tokyo. Second Edition. Princeton: Princeton University Press, 2001.

¹⁹ Tradução nossa. Texto original: “Global cities have emerged as major new scales in this dynamic of territorialization”. SASSEN, Saskia. *The global city*: New York, London, Tokyo. Second Edition. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 345.

²⁰ Tradução nossa. Texto original: “global process materialize in national territories and global dynamic run through national institutional arrangements. [...] The global city represents the endogenizing of key dynamics and conditionalities of the global economy”. SASSEN, Saskia. *The global city*: New York, London, Tokyo. Second Edition. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 347.

é o caso das cidades globais e das zonas de processamentos de exportações. Destarte, as cidades globais não consistem em unidades limitadas, mas sim em estruturas amplamente complexas capazes de articular uma infinidade de processos transfronteiriços que se sobrepõe aos espaços nacionais, produzindo geografias específicas da globalização que se interconectam com o mundo todo.

Evidencia-se que as cidades globais ocupam o topo da hierarquia dos centros urbanos-chave reconhecidos mundialmente, de tal modo que passaram a dominar a vida econômica como verdadeiros centros nodais internacionais. Essas cidades constituem-se repletas de técnicas e conhecimentos nos mais variados serviços, possuindo um elevado grau de influência no que concerne às decisões vinculadas à economia global e ao desenvolvimento tecnocientífico. Ademais, é justamente nas cidades globais que se verifica uma grande concentração e movimentação dos fluxos financeiros, pessoais e informacionais, dado que nelas se situam as sedes de diversas empresas transnacionais, múltiplos escritórios filiais, redes regionais de grandes corporações, importantes centros de pesquisa internacional e, inclusive, escritórios centrais de muitos bancos. Dentre as cidades globais mais importantes destacam-se: Nova York, Londres, Tóquio, Paris, Zurique, Frankfurt, Amsterdã, Los Angeles, Hong Kong, Sidney, Chicago, Toronto, Madri, Cingapura, Taipei, São Paulo, Bangkok e Cidade do México²¹.

Na medida em que se iniciou novo século, a cidade global emergiu como uma localidade articulada, dotada de espaços onde se materializam as grandes tendências macrosociais que transpõem as fronteiras territoriais e reconfiguram a ordem complexa da sociedade globalizada. Dentre essas tendências, repletas de condicionalidades, conteúdos e consequências peculiares, Sassen atribui especial relevância para “o surgimento de novas tecnologias da informação, a intensificação de dinâmicas transnacionais e translocais e a presença e a voz fortalecidas de tipos específicos de diversidade sociocultural”²².

De fato, as cidades globais acumulam uma ampla gama de concentrações do poder econômico, o que pressupõe a conexão da célere ascensão das indústrias informacionais ao progresso escalonado da economia-mundo. Tais fatores contribuíram especialmente para a constituição paradoxal de “uma nova geografia de centralidade e de marginalidade”²³ nas cidades globais do século XXI. Esses grandes centros de convergência mundial são reconhecidos como espaços estratégicos para o enaltecimento das novas formas do capital global, o que contribui para o agravamento da estratificação social e para o posicionamento, sem qualquer condição de empoderamento, dos sujeitos periféricos e desprivilegiados dos principais processos econômicos.

Ao contrário de viabilizar os instrumentos considerados necessários para a inserção de todos os indivíduos no âmbito social, a cidade global produz uma autêntica assimetria em ascensão. Isso porque, pode-se afirmar que essas cidades são

²¹ IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SASSEN, Saskia. *The global city*: New York, London, Tokyo. Second Edition. Princeton: Princeton University Press, 2001.

²² SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. Trad. de Ronaldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 88.

²³ SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. Trad. de Ronaldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 95.

capazes de estabelecer uma polarização econômica, agravando as condições da pobreza e contribuindo para a concentração da renda nos altos estratos da sociedade. Em contrapartida, isso acarreta uma verdadeira marginalidade urbana, centrada na formação de novas classes compostas por trabalhadores mal remunerados ou que exercem trabalhos informais.

Partindo dessa análise, é importante ressaltar que as cidades globais foram gradativamente reconhecidas como atores internacionais, isso porque, essas são capazes de desenvolver um conjunto de ações multilaterais proeminentes voltadas para a proteção dos direitos humanos e para os ideais de cooperação e de desenvolvimento. Apesar disso, as cidades globais ainda são desprovidas de personalidade jurídica no âmbito do Direito Internacional Público, sendo atribuído esse *status* apenas aos Estados-nação²⁴. À vista dessa carência perceptível, pode-se afirmar que a realidade está se transformando na medida em que o Direito Internacional legitima, cada vez mais, novos atores internacionais e incorpora-os como sujeitos de direito na atual ordem mundial cosmopolita.

Desse modo, a personalidade jurídica internacional das cidades globais – que detém direitos e obrigações – pode ser reconhecida, ao passo que essas também se tornam destinatárias das regras do Direito Internacional. Para tanto, a legitimação do *status* jurídico às cidades globais poderia ser estabelecido de acordo com os mesmos fundamentos que atribuem a personalidade jurídica aos Estados soberanos, havendo um verdadeiro paralelismo jurídico muito semelhante às condições das entidades infraestatais que possuem tanto autonomia administrativa como personalidade no âmbito do direito interno. Isso significa que do mesmo modo que as cidades globais possuem competência e capacidade de atuação no plano internacional – estabelecendo acordos e possuindo um fluxo transcendente de circulação de pessoas, capitais e mercadorias –, deveriam ter personalidade jurídica internacional.

Portanto, é evidente que a sociedade mundial está diante de uma nova realidade, onde as concepções tradicionais que permitem unicamente a atuação no âmbito externo dos Estados nacionais, têm dado lugar, cada vez mais, aos sistemas administrativos descentralizados de entidades subnacionais, destacando-se aqui as cidades globais, que propiciam uma significativa atuação internacional. Nesse viés, a atual tendência do Direito Internacional consiste, justamente, na incorporação de novos sujeitos e, por esse motivo, a atribuição da personalidade jurídica internacional às cidades globais contribuiria para o desenvolvimento econômico local e para a proteção de inúmeros direitos fundamentais.

Contudo, verifica-se a existência de um paradoxo na essência das cidades globais, uma vez que por um lado essas se constituem como os espaços mais estratégicos e propícios para a emergência de múltiplas comunidades e identidades transnacionais e, por outro lado, se caracteriza como espaços bastante contraditórios de centros e margens, os quais atingem principalmente as camadas minoritárias e desprivilegiadas da teia social: mulheres, imigrantes e indivíduos racializados. O termo cidade global “pode ser reducionista e enganoso ao pressupor que as cidades

²⁴ SANTOS, Clara Maria Faria. As cidades e a Personalidade Jurídica Internacional. In: *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. São Paulo: CONPEDI, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2465.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018. p. 10864-10866.

são meros efeitos da economia global ao invés de espaços cujas dinâmicas internas e estrutura social têm uma relevância especial e uma dinâmica própria”²⁵. Assim, na medida em que ocorre uma supervalorização da economia no cenário das cidades globais, há também uma concentração desproporcional de indivíduos em desvantagem social. Isso acarreta novas formas de reivindicações urbanas, com vistas à proteção dos direitos humanos e à inclusão das múltiplas diferenças que se materializam mundialmente e que interagem no âmbito das cidades cosmopolitas.

3 As Cidades Globais e o Cosmopolitismo: uma nova consciência do “cidadão do mundo” em defesa dos direitos humanos e da heterogeneidade cultural

Não é novidade que a cidade é um local estratégico para a exploração de uma série de temas relevantes que confrontam tanto a sociedade como a sociologia, uma vez que essa não consiste em uma invenção historicamente recente da civilização humana. Com o avanço do fenômeno da globalização, ainda no final do século XX, emergiram as cidades globais como núcleos de extrema relevância no contexto da ordem econômica mundial. Nessa perspectiva, mais do que instituir uma nova realidade, as cidades globais passaram a representar os mais altos índices de desenvolvimento econômico e de aperfeiçoamentos das inovações tecnológicas, científicas e industriais. Ou seja, constituíram-se como polos nodais de convergência, geograficamente estruturados em centros e margens, como também, repletos de heterogeneidades culturais, particularidades e paradoxos inerentes a estes espaços estrategicamente articulados no topo da hierarquia global.

É evidente que as cidades globais passaram a se situar no epicentro do mundo, atraindo as mais variadas relações de âmbito político, econômico e social. Isso acarreta uma nova ordem mundial, de onde emergem os riscos que influenciam a profundidade do poder e da vida contemporânea. Ainda que todo o mundo sinta os efeitos positivos dessa nova era da sociedade que globalizou a economia, a política e a cultura, as cidades globais podem se situar no polo ativo da emergência de uma multiplicidade de riscos, crises, intolerâncias culturais e desigualdades socioeconômicas.

Verifica-se que o célere desenvolvimento das chamadas cidades globais acarreta uma série de impactos que podem repercutir em distintos setores da vida humana, uma vez que esses espaços estratégicos apresentam um grau relativamente elevado de incertezas, riscos e contingências que lhe são próprios. Além disso, as cidades globais envolvem uma densa e complexa rede de movimentação de bens, de capitais e de fluxos pessoais e informacionais, os quais podem tornar as relações cada vez mais confusas frente às inúmeras e constantes transformações da sociedade globalizada.

Fato é que o presente se modifica celeremente em face de um futuro, através do qual pretendemos compreender o aumento considerável dos riscos em uma dimensão cada vez mais global e antecipada no mundo transfronteiriço. A atual

²⁵ ALMEIDA, Sandra Regina Goulart. Cosmopolitas e Subalternos: Kiran Desai e a poética do deslocamento nos espaços transnacionais. In: HARRIS, Leila Assumpção (org.). *A Voz e o Olhar do Outro*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2010. Disponível em: <<http://www.pglettras.uerj.br/vozolharoutro/volume002/011.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018. p. 114.

sociedade caracteriza-se, portanto, pela potencialização dos riscos oriundos da modernização, pelo célere desenvolvimento dos centros de convergência mundial e pelas ameaças e fragilidades que arquitetam um futuro incerto, efêmero e dotado de liquidez. Em outras palavras, a contemporaneidade se configura a partir do denso processo da globalização, resultando em um constante sentimento de medo pelo surgimento contínuo de novas formas de riscos diante da imprevisibilidade das relações sociais²⁶.

Dessa forma, o conceito de risco “apreende e transmite a verdadeira novidade inserida na condição humana pela globalização”, representando de modo indireto e reafirmando tacitamente “o pressuposto da regularidade essencial do mundo”²⁷. Por conseguinte, destaca-se que ao lidar com os riscos, a sociedade confronta-se consigo mesma, uma vez que estes consistem em um produto histórico da civilização ou, ainda, no reflexo das forças resultantes das ações e omissões humanas²⁸.

A atual sociedade repleta de riscos e desafios globais deve não apenas encontrar possibilidades para suportar os problemas, mas remodelar-se para enfrentar e resolver uma realidade de desastres humanos. Se anteriormente à contemporaneidade o risco implicava inúmeras fatalidades, agora ele passa a ser ressignificado, ou seja, surge como uma ameaça constante que “determina as nossas expectativas, ocupa as nossas cabeças e orienta a nossa ação”, transformando-se em uma “força política que muda o mundo”²⁹.

Nota-se que o amplo conjunto de transformações vislumbráveis no âmbito das cidades globais, condiciona a ótica dos sistemas político e econômico, como também podem ampliar o bem-estar coletivo e individual pelas inúmeras facilidades que essas cidades proporcionam. Todavia, ao mesmo tempo em que elevam as possibilidades de acesso ao que existe de melhor e mais moderno no mundo, há também diversos impactos negativos oriundos desse desenvolvimento modernizador, dentre os quais se destacam: a obsolescência, os riscos de aplicação e utilização das novas tecnologias que oscilam à beira das catástrofes, a redundância da força de trabalho mal remunerada e informal, a degradação do meio ambiente, a intensificação das desigualdades, a estagnação política e as ameaças aos direitos humanos.

A demanda por novas perspectivas na contemporaneidade tornou-se resultado e condição de uma nova era: tardia, reflexiva, globalizada e radicalizada, que conecta os indivíduos em uma mesma experiência mundial e que distribui e socializa os riscos das civilizações nos múltiplos espaços transnacionais. Sendo assim, as cidades globais, repletas de aspectos positivos e negativos, possibilitam uma nova configuração do mundo e trazem à tona as possibilidades do cosmopolitismo que se somam à transponibilidade das fronteiras, à transnacionalização das identidades e

²⁶ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 129.

²⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

²⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015. p. 32.

aos anseios pelo reconhecimento das diversidades culturais desse novo século, sem delimitação no tempo e no espaço.

Foi devido aos progressos fulminantes dos processos da globalização que a humanidade se aproximou, independentemente do lugar onde se situam os indivíduos. Criou-se, portanto, uma verdadeira consciência a respeito do *ser do mundo* e do *estar no mundo*. Para Milton Santos, “o próprio mundo se instala nos lugares, sobretudo nas grandes cidades, pela presença maciça da humanidade misturada, vinda de todos os quadrantes e trazendo consigo interpretações variadas e múltiplas”³⁰. Assim, ao mesmo tempo em que essas heterogeneidades se chocam, elas também colaboram para uma produção do entendimento crítico acerca da existência humana, onde o cotidiano de um indivíduo enriquece o do outro simultaneamente.

A vida nas cidades globais é, com efeito, bastante enriquecedora. Isso se deve ao fato de que esses centros amplamente desenvolvidos atraem uma infinidade de pessoas, com culturas e nacionalidades distintas. Essa particularidade faz com que o território das cidades globais transcenda as fronteiras geográficas, carregado de uma série de sentimentos que exigem paradigmas cosmopolitas baseados no respeito às multiculturalidades e às morfologias urbano-sociais. Ademais, mergulhar na cultura heterogênea dessas grandes cidades também significa se arriscar, no entanto, faz-se plenamente inevitável assumir o risco preexistente com vistas à integração não hegemônica dos espaços (centros e margens), os quais se afastam continuamente no panorama global.

Nota-se que a presença de diversidades socioculturais nas cidades globais, as quais cativam um número bastante elevado de imigrantes em busca de novas ou de melhores oportunidades, torna necessária uma proposição de ideais cosmopolitas para o exercício de novas políticas integracionistas, visto que a globalização criou um novo mundo dotado de uma “realidade histórica unitária, ainda que ele seja extremamente diversificado”³¹. É justamente nessas grandes cidades, na mesma proporção em que se desenvolvem as liberdades e as heterogeneidades que também podem emergir as mais variadas formas de intolerância, de opressão, de disparidade e de discriminação.

Isso significa que o mesmo ambiente das cidades globais – composto por relações múltiplas e diferenciadas que envolvem um intercâmbio entre as ordens social, cultural, econômica e política – consegue ser capaz de criar e recriar continuamente tanto a diversidade como a desigualdade. Desse modo, as nítidas segmentações social, salarial e, frequentemente, racial ou étnica são plenamente verificáveis no ambiente das cidades globais, que acumulam enormes concentrações de poder econômico, mas, que na maioria das vezes, não conseguem conter as intolerâncias e as discrepâncias que se manifestam de forma particularmente acentuada e diversificada³².

³⁰ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 172-173.

³¹ Idem.

³² IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. Tradução de Ronaldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

Nesse contexto, é evidente o paradoxo que existe na essência das cidades globais, uma vez que se todos os tipos de preconceitos se encontram ali presentes, também é nessas “cidades que o indivíduo pode perceber mais limpidamente a cidadania, o cosmopolitismo e os horizontes da sua universalidade”³³. É exatamente nessa perspectiva que se multiplicam as possibilidades de ser, agir e pensar mais plenamente acerca da individualidade e da humanidade como um todo, na dimensão do mundo, ampliando a “propagação da identificação de um ser humano com os outros”³⁴ por mais desafiador e paradoxal que essa ideia possa significar.

Apesar das inúmeras vicissitudes que se enaltecem no cenário das cidades globais, essas também são caracterizadas, essencialmente, pela hospitalidade e pelo acolhimento das diferenças, trazendo à tona a noção idealizada das grandes cidades como espaços cosmopolitas, onde os “cidadãos do cosmos – como evocam os filósofos que cunharam o termo no século 4 a.C. – compartilham um espaço de tolerância e aceitação”³⁵. Contudo, é inegável que as atuais cidades globais cosmopolitas, na mesma proporção em que se tornaram espaços multiculturais, também se apresentam como territórios repletos de conflitos, riscos, inseguranças e contradições.

De fato, não há como apresentar respostas para todas as questões e desafios propostos pela sociedade globalizada. Até o início do século XX, o cosmopolitismo não representava mais do que uma categoria filosófica associada ao pensamento de Immanuel Kant, caracterizando-se como uma noção futura, incerta, questionável e utópica³⁶. No entanto, foi na segunda metade do século XX e, sobretudo, nas primeiras décadas do século XXI, que o cosmopolitismo ressurgiu dos sonhos filosóficos como uma possibilidade real, necessária e controversa. Com relação à origem etiológica do termo, o cosmopolitismo é proveniente da Grécia antiga – do grego *kosmopolitês*, *kosmos* significa mundo e, por sua vez, *politês* significa cidadão –, cujo sentido é: cidadão do mundo/cosmos.

O ideal de que todo ser humano é cidadão do cosmos traz à tona a argumentação elaborada por Kant, acerca dos avanços constatados no âmbito da sociedade internacional no que concerne à perspectiva do cosmopolitismo entre todos os povos, uma vez que “a violação do direito num lugar da Terra se sente em todos os outros, a ideia de um direito cosmopolita não é nenhuma representação fantástica e extravagante do direito, mas um complemento necessário do código não escrito”³⁷. Desse modo, pode-se compreender que o cosmopolitismo se configura como um direito público para toda a humanidade.

Em verdade, todas as transformações e contradições da sociedade global fomentaram o retorno à teoria do cosmopolitismo, a qual se remete à filosofia do

³³ IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 86.

³⁴ IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 86.

³⁵ ALMEIDA, Sandra Regina Goulart. *Cosmopolitas e Subalternos: Kiran Desai e a poética do deslocamento nos espaços transnacionais*. In: HARRIS, Leila Assumpção (org.). *A Voz e o Olhar do Outro*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2010. Disponível em: <<http://www.pgletras.uerj.br/vozaroutro/volume002/011.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2018. p. 115.

³⁶ MENEZES, Rodrigo Ramos Lourega de. *Direito cosmopolita: regime jurídico ou apenas filosofia?* Pressupostos e sistematização. Ijuí: Unijuí, 2016.

³⁷ KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 140.

mundo antigo. Isso se deve à necessidade de encontrar respostas para as demandas que já não podem ser solucionadas, isoladamente, no plano nacional dos Estados, ou seja, essa “exigência é resultado da superação da visão de mundo reduzida às dicotomias local/global; local/nacional; nacional/internacional.”³⁸. Dessa forma, a teoria cosmopolita pode ser compreendida como um processo não linear, dialético, que rompe com as fronteiras nacionais, no qual o universal e o contextual, o semelhante e o diferente, o global e o local não devem ser entendidos como polaridades culturais, mas como princípios interdependentes que se sobrepõem uns aos outros. Além disso, o cosmopolitismo constitui a globalização que parte do interior das sociedades nacionais ou das culturas locais, não se delimitando especificamente àquilo que vem a se situar fora delas³⁹.

Ressalta-se que a verdadeira natureza humana dos indivíduos se remete à cidadania mundial, deixando de lado qualquer vinculação específica a um Estado ou forma de poder. Nas palavras de David Held, para o cosmopolitismo “os seres humanos são reconhecidos como membros ativos do mundo”⁴⁰. Dessa maneira, pode-se afirmar que cosmopolita é justamente aquela pessoa que se considera cidadão do mundo inteiro ou, ainda, que faz do mundo a sua pátria em defesa da garantia universal e incondicionada dos “direitos humanos em todo o mundo, independentemente da origem nacional e da condição cultural, étnica, religiosa ou econômica de cada indivíduo em particular, o que converteria todo ser humano em um verdadeiro cidadão do mundo.”⁴¹.

O cosmopolitismo consiste em uma forma de organização da sociedade global que se institucionaliza de uma maneira socialmente rica de possibilidades frente ao atual cenário mundial carregado de ambiguidades e contradições. Destarte, o significado da perspectiva cosmopolita nos remete ao sentido do mundo, da ausência de fronteiras, no qual o ser humano configura-se como o verdadeiro protagonista. Mas, afinal, quem precisa do cosmopolitismo? Para Boaventura de Sousa Santos, a resposta desse questionamento é muito simples: “quem quer que seja vítima de intolerância e de discriminação precisa de tolerância; quem quer que veja ser-lhe negada a dignidade humana essencial precisa de uma comunidade de seres humanos; quem quer que seja não-cidadão precisa de cidadania mundial”⁴².

Ademais, deve-se ressaltar que a perspectiva da emergência de uma sociedade cosmopolita fulcrada em valores pautados na ótica universalista,

³⁸ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 24.

³⁹ BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2005.

⁴⁰ Tradução nossa. Texto original: “los seres humanos son reconocidos como miembros activos del mundo”. HELD, David. *Cosmopolitismo: Ideales y Realidades*. Traducción de Dimitri Fernández Bobrovski. Madrid: Alianza Editorial, 2012. p. 58.

⁴¹ Tradução nossa. Texto original: “derechos humanos a lo largo del globo, sin importar el origen nacional y la condición cultural, étnica, religiosa o económica de cada individuo en particular, lo que convertiría todo ser humano en un verdadero ciudadano del mundo.”. RODAS, Francisco Cortés; RAMÍREZ, Felipe Piedrahita. *De Westfália a Cosmópolis: soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011. p. 114.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n.º. 65, p. 3-76. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2003. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PD> Acesso em: 22 abr. 2018. p. 29.

contrapõe-se à verdadeira dificuldade de conciliar este paradigma com a preservação da multiplicidade de diferenças culturais existentes entre os povos, uma vez que o universalismo produz o risco de uma homogeneização das culturas. Sendo assim, faz-se necessária à preservação de todos os bens jurídicos pertencentes à humanidade, isso porque, a construção de espaços cosmopolitas baseados nas heterogeneidades pressupõe um verdadeiro reconhecimento das diversidades culturais existentes entre os povos nos mais variados espaços do globo.

A nova perspectiva da universalidade-heterogênea criada pela visão do cosmopolitismo ressalta, ainda, a real importância do reconhecimento das diferenças interculturais e da diversidade dos povos. Nesse contexto, conforme Douglas Cesar Lucas: “a ideia de universalidade não defende uma postura homogeneizante e indiferenciada emanada de determinados impérios culturais ou políticos, mas a possibilidade de se estabelecer um ponto de partida comum”, no sentido de se alcançar um “projeto intercultural capaz de promover os diálogos tão requisitados pelos temas globais”⁴³.

Apesar de paradoxal, ao mesmo tempo em que as fronteiras nacionais foram fragilizadas significativamente – no tocante ao monopólio e à exclusividade dos territórios por parte dos Estados –, também passam a ser mais protegidas, alimentando, muitas vezes, as xenofobias, os novos nacionalismos exacerbados e inúmeras reivindicações indentityárias específicas. Dessa forma, busca-se evitar a homogeneidade, de tal modo que se consiga abranger as diferenças culturais em defesa da universalização dos direitos humanos. Até porque, para a construção de espaços sociais que respeitem às diversidades culturais e à dignidade humana da melhor maneira possível, propõe-se uma sublimação do direito nacional para um corte cosmopolita que, na teoria Kantiana, significaria uma verdadeira evolução da humanidade da condição de animalidade para o máximo de civilidade.

É verificável, portanto, que a pluralidade cultural e de valores constitui-se no princípio fundamental da percepção contemporânea do cosmopolitismo. Isso exige, de fato, um olhar historicamente desperto, reflexivo e dialógico sobre as ambivalências que existem nos espaços sociais, caracterizados por diferenciações múltiplas e uma série de contradições. O certo é que as visões multiculturalistas e cosmopolitas não se excluem, pelo contrário, são complementares e se fortalecem mutuamente, uma vez que nenhuma cultura consegue sozinha apresentar todas as respostas para os dilemas humanos. Assim, a diversidade é considerada o ponto de partida, isso porque, o cosmopolitismo de essência universalista rejeita os particularismos fechados e rompe com os localismos⁴⁴.

Diante disso, as possibilidades para a instauração dos ideais do cosmopolitismo nas cidades globais devem ser nutridas incessantemente, com vistas à concretização de espaços integrados que dialoguem em busca da proteção dos direitos humanos e do respeito às diversidades culturais intrínsecas dos grandes centros urbanos. As cidades precisam, de fato, estar aptas para receber e incluir

⁴³ LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2010. p. 45.

⁴⁴ BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

indivíduos multiculturais, principalmente, àqueles destacados por Sassen⁴⁵, os quais fazem parte dos grupos diretamente afetados pela globalização econômica: os imigrantes pobres e clandestinos nas cidades globais contemporâneas e os grupos étnico-sociais marginalizados pelos Estados-nação. Essa inclusão é indispensável, visto que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos, independentemente das suas condições econômicas, políticas, sociais ou culturais.

Aliás, no mesmo contexto em que as diferenças se apresentam, elas também se formam e se transfiguram continuamente, sendo impossível pensar a sociedade globalizada sem a “multiplicidade dos indivíduos, grupos, classes, tribos, nações, nacionalidades, culturas etc. São estes que se globalizam, [...] que vivem, agem, pensam, aderem, protestam, mudam e transformam-se”⁴⁶. Dessa forma, a heterogeneidade cultural precisa ser respeitada e, esse fato pode tornar-se realidade somente quando pensado em conjunto com a essência dos preceitos do cosmopolitismo. Até porque, conforme evidencia Zygmunt Bauman, “não existem indivíduos totalmente idênticos, isso é impossível. Existimos porque somos diferentes, porque consistimos em diferenças”, porém, essas diferenças não podem impedir a interação entre os indivíduos e, tampouco, uma atuação empática no âmbito das relações sociais, isso porque, “não importam quais sejam essas diferenças, o que as determina é a natureza das fronteiras que traçamos”⁴⁷.

Em suma, faz-se coerente a afirmação de Ianni no sentido de que é justamente na “cidade global que está todo o mundo, os que estão e os que não, visíveis e invisíveis, reais e presumíveis”⁴⁸, distinguindo-se as inúmeras formas de sociabilidades culturais existentes entre as raças e etnias, classes e categorias. Observa-se, que as cidades globais “criam um modo de ser, agir, pensar, sentir e falar de cunho cosmopolita, deslocado da nação, província ou região. É nesse sentido que a cidade é simultaneamente real e imaginária, vivida e sonhada, desconhecida e fabulada.”⁴⁹. Assim, a vida nas cidades globais não pode significar homogeneização, mas uma diferenciação em outros níveis, uma diversidade com outras potencialidades e um cosmopolitismo com outras forças.

4 Conclusão

Com as novas dimensões da globalização e através da expansão das amplas redes industriais, comunicacionais, informacionais, tecnológicas e organizacionais, o próprio conceito de distância temporal precisou ser redefinido em virtude da transcendentalidade dos fluxos que não respeitam as fronteiras nacionais. Sem todas essas transformações de caráter predominantemente transnacional, ocasionadas pela globalização, não seria possível afirmar que o mundo está presenciando, de fato, as alterações nos modelos estatais e a consolidação de um novo paradigma: o da sociedade global.

⁴⁵ SASSEN, Saskia. *Sociologia da Globalização*. Tradução de Ronaldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

⁴⁶ IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996b. p. 203.

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 44.

⁴⁸ IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 93.

⁴⁹ IANNI, Octavio. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999. p. 93.

Frete ao cenário de transformações oriundas dos processos da globalização, emerge a necessidade de se encontrar novas maneiras para contemplar a realidade social, uma vez que os problemas e os riscos passam a integrar a vida cotidiana de todos os indivíduos e, inclusive, as estruturas de governança mundial. Essas incertezas que acompanham a história da civilização tornam o mundo cada vez mais inseguro e ávido para abarcar novos paradigmas cosmopolitas de cooperação planetária e de ações coordenadas capazes de enfrentar os problemas que emergem no epicentro das cidades globais.

Pôde-se verificar que as cidades globais se configuram como verdadeiros polos de convergência dos fluxos financeiros e situam-se no topo da hierarquia econômica mundial. Essas cidades, na medida em que apresentam uma série de fatores positivos e recebem uma multiplicidade de cidadãos do mundo (com culturas e nacionalidades distintas), também apresentam fatores negativos, uma vez que nelas emergem geografias de centros e margens e, ainda, uma série de princípios e valores que constituem a cruel tentativa de enclausurar comunidades e impor a elas uma lógica mundial única e homogênea.

É evidente que a sociedade contemporânea vivencia um conjunto de vicissitudes globais, as quais ultrapassam as fronteiras geográficas, mais facilmente permeáveis e transponíveis. Tais fatores precisam reforçar os preceitos do multiculturalismo e do cosmopolitismo, os quais desafiam continuamente a ordem social em busca do respeito às heterogeneidades existentes. Nesse sentido, a soma das intolerâncias, dos individualismos e das diversidades culturais, constitui a dinâmica social e política das cidades globais, o que torna imprescindível a concretização de espaços integracionistas para o reconhecimento das diferenças e com características cosmopolitas em defesa dos direitos humanos, na medida em que se equaciona a razão e as contradições universais, dentro e fora das fronteiras territoriais.

Assim, as inúmeras alterações pelas quais passa a ordem mundial alteram, de fato, as demandas de cada período histórico, ressaltando os desafios quanto à construção de uma sociedade cosmopolita. Daí, portanto, do âmbito da prática e da teoria política, os ideais de reconhecimento dos direitos humanos para todos – independentemente das diferenças –, o interculturalismo, as lutas pela justiça, pela convivência, pela solidariedade e pela paz mundial, são questões que não podem ser dialogadas tão somente no cerne das fronteiras e soberanias estatais. Isso porque, os caminhos para a construção de cidades globais cosmopolitas, onde todos são considerados cidadãos do mundo, residem, de fato, no respeito à heterogeneidade dos povos como ideal conectivista da atualidade.

Referências

ALMEIDA, Sandra Regina Goulart. Cosmopolitas e Subalternos: Kiran Desai e a poética do deslocamento nos espaços transnacionais. In: HARRIS, Leila Assumpção (org.). *A Voz e o Olhar do Outro*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2010. Disponível em: <<http://www.pglettras.uerj.br/vozhlaroutro/volume002/011.pdf>> Acesso em: 18 abr. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

_____. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Traducción de Bernardo Moreno Carrillo. Barcelona: Paidós, 2005.

_____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

_____. *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Unijuí, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução de Maria Luiza de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HELD, David. *Cosmopolitismo: Ideales y Realidades*. Traducción de Dimitri Fernández Bobrovski. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996a.

_____. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996b.

_____. *A era do globalismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos Humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Unijuí, 2010.

MENEZES, Rodrigo Ramos Lourega de. *Direito cosmopolita: regime jurídico ou apenas filosofia? Pressupostos e sistematização*. Ijuí: Unijuí, 2016.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005.

RODAS, Francisco Cortés; RAMÍREZ, Felipe Piedrahita. *De Westfália a Cosmópolis: soberanía, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Cosmopolitismo jurídico: teorias e práticas de um direito emergente entre a globalização e a mundialização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 65, p. 3-76, 2003. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/podera_o_direito_ser_emancipatorio_RCCS65.PDF> Acesso em: 22 abr. 2018.

SANTOS, Clara Maria Faria. As cidades e a Personalidade Jurídica Internacional. In: *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. p. 10862-10886. São Paulo: CONPEDI, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2465.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

SANTOS, Milton. *Técnica, espaço e tempo: globalização e meio técnico-científico*. São Paulo: HUCITEC, 1997.

_____. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SASSEN, Saskia. *The global city: New York, London, Tokyo*. Second Edition. Princeton: Princeton University Press, 2001.

_____. *Sociologia da globalização*. Tradução de Ronaldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

Torrado, Jesús Lima. Globalización y Derechos Humanos. In: *Anuario De Filosofía Del Derecho*. p. 43-74. Madrid: Nueva Época, 2000. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/Servlet/Articulo?codigo=142424>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Recebido em: 9 de maio de 2018.
Aceito em: 13 de setembro de 2018.



ANÁLISE JURÍDICA AMBIENTAL EM ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIBEIRÃO DAS LAVRAS, MUNICÍPIO DE GUARULHOS (SP)

ENVIRONMENTAL LEGAL ANALYSIS IN AREAS OF PERMANENT PRESERVATION OF THE HYDROGRAPHIC BOWL OF RIBEIRÃO DAS LAVRAS, GUARULHOS MUNICIPALITY (SP)

Gleide Pretti^I 
Fabricio Bau Dalmas^{II} 
Antonio Roberto Saad^{III} 

^I Universidade Guarulhos (UNG), Guarulhos, SP, Brasil. Mestre em Análise Geoambiental. E-mail: professorgleibe@gmail.com.

^{II} Universidade Guarulhos (UNG), Programa de Pós-Graduação em Análise Geoambiental, Guarulhos, SP, Brasil. Doutor em Geociências. E-mail: fbdalmas@gmail.com

^{III} Universidade Guarulhos (UNG), Guarulhos, SP, Brasil. Doutor em Geologia. E-mail: saadhome@uol.com.br

Resumo: O presente trabalho demonstra de forma clara e objetiva, o desrespeito à legislação ambiental na Bacia Hidrográfica de Ribeirão das Lavras, área localizada no Município de Guarulhos. Foi realizada a análise da Lei vigente, através de imagens de satélite, assim como no local e foi demonstrado que a parte norte, da área de estudo, ainda está conservada e precisa ser mantida. O referido trabalho deve ser utilizado como fonte de subsídio, para as autoridades públicas, a fim de meios legais e de fiscalização efetiva formas de manutenção do meio ambiente.

Palavras-chave: Legislação ambiental. Área de Proteção Permanente. Bacias hidrográficas.

Abstract: This paper clearly and objectively demonstrates the non-compliance with environmental legislation in the area of Guarulhos Municipality, precisely the Ribeirão das Lavras Basin, in relation to the top of the hill and bottom of the valleys, especially the Rampant occupation. The current law was analyzed through satellite images, as well as in the local area and it was shown that the northern part of the study area is still conserved and needs to be maintained. This work should be used as a source of subsidy for the public authorities, in order to legal means and effective enforcement of ways of maintaining the environment.

Keywords: Environmental legislation. Permanent Protection Area. Watershed.

Sumário: 1 Considerações iniciais; 1.1 Área de estudo; 1.2 Análise da legislação e de outros trabalhos na área; 2 Métodos e procedimentos; 2.1 Elaboração de Mapas temáticos; 2.2.1 Elaboração do Mapa de uso e ocupação da terra; 2.2.2 Mapeamento das Áreas de Proteção Permanente (APP) da área de estudo; 2.2.2.1 APP das faixas marginais de qualquer curso d'água natural, desde a borda da calha do leito regular; 2.2.2.2 APP das áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água; 2.2.2.3 APP de declividade; 2.2.2.4 APP de topo de morro; 2.3 Trabalho de campo-introdução; 3 Resultados; 3.1 Mapa de uso e ocupação da terra; 3.2 Mapeamento das Áreas de Preservação Permanente; 3.2.1 APP das faixas marginais de qualquer curso d'água natural, desde a borda da calha do leito regular; 3.2.2 APP das áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água; 3.2.3 APP de declividade; 3.2.4 APP de topo de morro; 3.3 Resultados do trabalho de campo; 4 Discussão dos resultados; 5 Conclusão; Referências.

1 Considerações iniciais

A significativa porção da propriedade ocupada pelas áreas de preservação permanente e de reserva legal, aliada ao fato de que as APP de margens de cursos d'água e em torno de nascentes ocupam a parte mais produtiva da propriedade, torna-se forte barreira ao cumprimento da lei, principalmente em regiões caracterizadas por relevo montanhoso e com marcante presença de nascentes e cursos d'água¹. Apesar da importância do problema, existem poucos estudos acerca do tema que podem subsidiar os órgãos legisladores e reguladores. Dessa forma, este trabalho teve como objetivos identificar e quantificar as APP e ARL em propriedades da sub-bacia do rio Pomba, em Minas Gerais.

Nessa mesma linha de pesquisa, pesquisa realizada na bacia hidrográfica do Ribeirão Santa Cruz apresenta cerca de 50% de sua área com relevo ondulado a montanhoso, o que facilita o escoamento superficial e aumenta a necessidade de proteção das áreas de recarga do lençol freático. A área de preservação permanente total considerada neste estudo representa 17,5% da área total da bacia hidrográfica do Ribeirão Santa Cruz, onde 58,0% encontravam-se com uso conflitante. A categoria que apresentou maior conflito foi a APP das encostas, seguida pelas APP nas categorias de vegetação ciliar no entorno de cursos d'água e nascentes.

Considerando a área total de APP (17,5%) e a reserva legal de 20% definida por lei, cerca de 37,5% da área da bacia hidrográfica deveriam estar ocupados com vegetação nativa, o que resulta em uma diferença de 11,76%, em relação ao valor de 25,74% encontrado. Os resultados mostraram que existe a necessidade de um plano de recomposição da vegetação das APP em estudo, uma vez que os desmatamentos e outros usos incorretos dos solos podem refletir na quantidade e qualidade da água da bacia hidrográfica.²

Contudo, do ponto de vista prático, a possibilidade persuasiva das medidas de comando e controle influenciarem e reestruturarem a ocupação do uso da terra, dentro de uma perspectiva territorial sustentável, ainda fica fadada aos interesses econômicos que se apresentam praticamente como o único fator determinante na organização do espaço rural.³

O tema a ser estudado nessa dissertação, é a análise do novo Código Florestal, Lei n. 12.651/12 e demais bases legais, precisamente as Áreas de Preservação Permanente (APP) das faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente; no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes; encostas ou partes destas com declividade superior a 45°; e no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação

¹ JACOVINE, Laércio Antônio Gonçalves; CORRÊA, João Batista Lúcio; SILVA, Márcio Lopes da; VALVERDE, Sebastião Renato; FERNANDES FILHO, Elpídio Inácio; COELHO, France Maria Gontijo; PAIVA, Haroldo Nogueira de. Quantificação das áreas de preservação permanente e de Reserva legal em propriedades da Bacia do Rio Pomba-MG. Revista *Árvore*, Viçosa-MG, v.32, n.2, p.269-278, 2008.

² AZEVEDO, Thiago Salomão. Legislação e Geotecnologias na Definição das Áreas de Preservação Permanente e das Reservas Legais: Aplicação à Bacia do Córrego das Posses, Município de Extrema – MG. 2008

³ PINTO, Lilian Vilela Andrade; FERREIRA, Elizabeth; BOTELHO, Soraya Alvarenga; DAVIDE, Antonio Claudio. Lavras, MG e uso conflitante da terra em suas áreas de preservação permanente. *Cerne*, Lavras, v. 11, n. 1, p. 49-60, jan./Mar. 2005

média maior que 25°, especificamente, na Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras, situada no Município de Guarulhos, Estado de São Paulo.

O objeto principal do estudo é a análise da Lei ambiental com a área de estudo, desta forma, foi verificado o que está de acordo e desacordo com a legislação, conforme o texto que segue. Se faz mister este aprofundamento para que possamos entender, com precisão, a área de estudo desse trabalho. Nesse ínterim, estudaremos o novo código florestal e demais bases legais sobre direito ambiental, seu objetivo (crescimento com sustentabilidade) e os apontamentos legais com as novas regras com as APP.

Nessa linha de pensamento, segue a pergunta: Quais são os efeitos da ocupação antrópica na região de Ribeirão das Lavras e os impactos ambientais no local? Esse item será estudado com afinco, nesse trabalho, tendo em vista, a necessidade de preservação do local para o futuro, assim como uma visão do uso da terra, o que ficará demonstrado o desrespeito à Lei ambiental, nas ocupações irregulares.

Foi escolhida o local de trabalho, Bacia Hidrográfica de Ribeirão das Lavras, por questões históricas, de mineração e sua exploração desde a ocupação do local e busca-se uma forma de dar soluções para o crescimento com sustentabilidade. Será analisado o relevo da área de estudo, o processo de ocupação do uso da terra, a localização da rede hidrográfica e suas nascentes. Esse estudo é importante para que possamos apontar as APP com exatidão da área de estudo e analisar, a luz da Lei, se estas áreas de proteção estão sendo respeitadas, propondo medidas, como a fiscalização por parte do Poder Público, com o intuito de manter as áreas ainda preservadas.

1.1 Área de estudo

Em breve síntese, o local de estudo fica dentro do Município de Guarulhos-SP. O município de Guarulhos foi fundado em 8 de dezembro de 1560, pelo Padre Jesuíta Manuel de Paiva, com o nome de Nossa Senhora da Conceição, em um local até então habitado pelos índios Guarus, da tribo dos Guaianases.

A Bacia Hidrográfica de Ribeirão das Lavras, localizada dentro do Município de Guarulhos, possui de 24 Km² e configura-se numa das sub-bacias da Bacia Hidrográfica do Rio Baquirivu-Guaçu (Figura 1), que é constituída por outras várias bacias contribuintes, sendo que as localizadas em sua margem direita possuem cabeceiras originadas em área de relevos mais acidentados, com hidrografia de alta densidade.

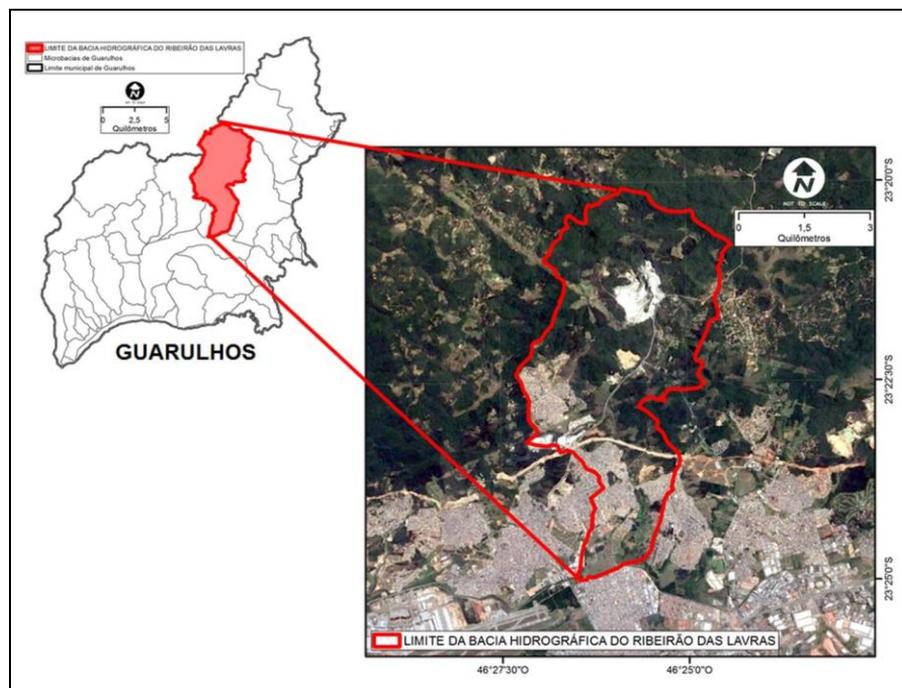


Figura 1. Localização da bacia do ribeirão das lavras no Município de Guarulhos. (Fonte: Elaboração própria, com imagem do Google Earth).

O relevo guarulhense encontra-se sob o domínio do Planalto Atlântico onde podemos verificar os seguintes tipos de relevo: várzeas, planícies aluviais, colinas, morros e serras. A Serra da Cantareira estende-se ao longo dos limites com Mairiporã, Nazaré Paulista e Santa Izabel, com nomes locais de Serra do Pirucaia, do Bananal, de Itaberaba ou do Gil.

A região Norte do Município de Guarulhos encontra-se na região mais alta, tendo em vista as nascentes dos rios e ainda existirem áreas não ocupadas. A Bacia Hidrográfica de Ribeirão das Lavras está localizada nessa porção norte do Município de Guarulhos, e sua área apresenta a altitude mais baixa de 710 metros e a mais alta em 1.121 metros.

A avaliação das áreas degradadas foi efetuada através de métodos de cartografia geotécnica para a definição de um Mapa de Degradação Ambiental do Bairro Jardim Fortaleza. A fragilidade ambiental foi verificada na intensidade dos processos acelerados observados nas áreas degradadas que por sua vez estavam condicionados pelos diferentes setores do relevo e pelos tipos de materiais superficiais retrabalhados no uso e ocupação da terra.

Esta constatação permitiu a adoção da compartimentação fisiográfica⁴ e procedimentos para a delimitação de elementos do terreno⁵. A análise da fragilidade

⁴ LOLLO, José Augusto. O uso da técnica de avaliação do terreno no processo de elaboração de mapeamento geotécnico: sistematização e aplicação na quadrícula de Campinas. 1996. 267p. Tese de doutorado. Escola de Engenharia de São Carlos. Universidade de São Paulo.

ambiental considerou os princípios norteadores da definição de unidades territoriais básicas⁶, baseadas no conceito de categorias morfodinâmicas que caracterizam a estabilidade das unidades da paisagem natural.⁷

1.2 Análise da legislação e de outros trabalhos na área

Diante da análise da Constituição Federal, Código das Águas, plano diretor de Guarulhos, o código florestal e a Lei de crimes ambientais, será possível determinar onde estão ocorrendo as infrações na lei. Do ponto de vista jurídico, sempre é importante iniciarmos o trabalho pela Carta Magna de 1988. As áreas de preservação permanente são áreas territoriais especialmente protegidas, nos termos do artigo 225, inciso III, § 1º da CF/88, são partes intocáveis da propriedade, com rígidos limites de exploração, ou seja, não é permitida a exploração econômica, neste sentido segue o texto de lei, devidamente comentado.

O artigo 225 da CF determina que todos têm direito a um meio ambiente equilibrado, ou seja, que tenha qualidade de vida. Nada mais é do que uma obrigação do Estado em defendê-lo. A preocupação com o meio ambiente pelo legislador constitucional, fez inserir dentro do “Título VIII – Da ordem social”, o capítulo VI específico sobre o tema, denominado “Do Meio Ambiente”, em seu art. 225. Entendendo-se por “meio ambiente” 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” (verifica-se o art. 3º, da Lei n. 6.938/81).

Do ponto de vista jurídico, assim como esta pautado nesse trabalho, segue a análise do artigo 225 da CF, abaixo a decisão recente do STF sobre o tema, em que determina: Multa por degradação do meio ambiente. Exercida defesa prévia à homologação do auto de infração, não padece de vício de inconstitucionalidade a legislação municipal que exige o depósito prévio do valor da multa como condição ao uso de recurso administrativo, pois não se insere, na Carta de 1988, garantia do duplo grau de jurisdição administrativa. Precedentes: ADI 1.049-MC, sessão de 18-5-1995, RE 210.246, 12-11-1997.[RE 169.077, rel. min. Octavio Gallotti, j. 5-12-1997, 1ª T, DJ de 27-3-1998.]

O objetivo desse trabalho é justamente preservar para as futuras gerações, as APP ainda preservadas na área de estudo. As matas ciliares, são áreas que, por motivos econômicos, despertam grande interesse de uso e exploração, sobretudo, devida à alta fertilidade do solo, regiões mais planas, a água que abrigam em seu interior.

O meio ambiente é constituído por recursos naturais finitos e, em virtude da atuação humana, está ocorrendo sua degradação. Nessa linha de pensamento, LEFF, Enrique, diz em sua obra Saber Ambiental, que “[...] a degradação ambiental se manifesta como sintoma de uma crise de civilização, marcada pelo modelo de

⁵ LOLLO, José Augusto. O uso da técnica de avaliação do terreno no processo de elaboração de mapeamento geotécnico: sistematização e aplicação na quadrícula de Campinas. 1996. 267p. Tese de doutorado. Escola de Engenharia de São Carlos. Universidade de São Paulo

⁶ CREPANI, Edilson. Curso de sensoriamento remoto aplicado ao zoneamento ecológico econômico. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, INPE. São José dos Campos, SP. 1996.

⁷ TRICART, Jean. Ecodinâmica. Rio de Janeiro: IBGE/SUPREN, 1977.

modernidade regido pelo predomínio do desenvolvimento da razão tecnológica sobre a organização da natureza”.

O objetivo das áreas de preservação permanente é o de proteger o ambiente natural, o que significa que não são áreas adaptadas para alterações ou uso da terra, necessitando estar coberta pela vegetação original. As vegetações nestas áreas irão atenuar a erosão do solo, regularização dos fluxos hídricos, redução do assoreamento dos cursos da água, etc. As áreas de preservação permanente (APP) destacam-se entre as florestas por sua função ecológica relevante para a manutenção e equilíbrio do meio ambiente e tiveram suas primeiras noções legais no Código de 1934 quando este criou as florestas protetoras e remanescentes, vindo a serem definidas como áreas de preservação permanente com a edição do atual Código Florestal.

A Lei 12.651/2012, que trata do código florestal, precisamente a partir dos artigos 4º, trata das áreas de preservação permanente em que considera que deve ser respeitado os limites legais e, em virtude desse fato, somos obrigados a transcrever a Lei para elencar esse fato:

Artigo 4º da referida lei, considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de (no presente texto vamos abordar os pontos: a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; IV - As áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros.

A referida lei, não deixa dúvidas acerca dos apontamentos legais acerca dos limites legais das áreas de proteção, aqui abordadas, sempre buscando sua proteção e ainda, em caso de degradação, sua reparação ao Poder Público. Nessa linha, fica demonstrado que o Código Florestal apresentado nos demonstra alto grau de proteção, tanto para os ecossistemas florestais, quanto para também a outras formas de vegetação encontradas nos espaços ambientais indicados, consubstanciados nas áreas de preservação permanente (APP), em que nesse trabalho é o mais interessa e, nas áreas de reserva legal (RL).

Mas o tema meio ambiente, surgiu apenas no começo dos anos 80 em nosso ordenamento jurídico, através da Lei 6.938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA). Nessa linha de raciocínio, importante foi a promulgação da Lei do Meio Ambiente, ou seja, a criação de um novo tipo de bem, denominado "bem ambiental"⁸. Antes dessa base legal, a proteção do meio ambiente era feita de modo mediato, indireto e reflexo, na medida em que ocorria apenas quando se prestava tutela a outros direitos, tais como o direito de vizinhança, propriedade, regras urbanas de ocupação do solo etc., ou seja, era muito limitado. Nessa linha de raciocínio, em meados do ano de 2000, precisamente o dia de 18 de julho foi publicada a Lei Federal n. 9.985, que regulamenta o artigo 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Direito Ambiental Internacional e Biodiversidade. 1999. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero8/painel83.htm>>. Visitado em 12 de junho de 2016.

Desta feita, a configuração jurídico-ecológica das unidades de conservação depende do cumprimento de cinco requisitos para a sua configuração: relevância natural, oficialismo, delimitação territorial, objetivo conservacionista e regime especial de proteção e administração.⁹

Cumpra salientar, conforme abaixo descrito, que não existe um respeito, na parte sul da área de estudo, ou seja, o existe um impacto ambiental. Esse termo, impacto ambiental, é definido pelo CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente), na Resolução 001/86, no artigo 1º. Desta forma, os impactos tecnológicos, por sua vez, são tidos como todas as alterações causadas pelas ações humanas no meio ambiente, de ordem geológico-geomorfológica, resultantes de processos tecnológicos nos quais o homem interfere no funcionamento dos processos ambientais, seja de forma direta ou indireta.¹⁰

O conselho nacional do meio ambiente – CONAMA, no uso das competências que lhe são conferidas pelo inciso VII, artigo 8º, da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 e, tendo em vista o disposto na Lei n. 4.771, de 15 de setembro e 1965; no seu Regimento Interno; e no artigo 17 da Resolução Conama n. 369, de 28 de março de 2006, resolve que a recuperação das APPS, consideradas de interesse social, conforme a alínea “a”, inciso V, do § 2º do artigo 1º do Código Florestal, deverá observar metodologia disposta nesta Resolução. Em seu parágrafo único, a recuperação voluntária de APP com espécies nativas do ecossistema onde ela está inserida, respeitada metodologia de recuperação estabelecida nesta Resolução e demais normas aplicáveis, dispensa a autorização do órgão ambiental.

A obrigatoriedade de recuperar a área se faz necessário, tendo em vista que o objetivo é manter as áreas ambientais para as futuras gerações, ou seja, a área estudada em nenhum momento está de acordo com a recuperação em tela.

Sobre a reponsabilidade civil por dano ambiental, insta salientar, ao entrar em vigor o novo Código Civil, a 10 de janeiro de 2003, pudemos perceber a diferença entre o código antigo, elaborado para um país predominantemente rural, e o que foi projetado para uma sociedade, na qual prevalece o sentido da vida urbana. Passaremos do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade.

No âmbito das relações entre particulares, mostrou-se coerente com a evolução processada no Direito Privado, tanto ao nível doutrinário, quanto jurisprudencial, acolhendo soluções que têm sido acolhidas no Direito interno e no Direito dos países mais desenvolvidos e à luz da realidade fática.

Assim, as ideias de dignidade, liberdade, segurança, igualdade e justiça social nortearão a necessária reforma da legislação ordinária.

A ênfase a aspectos morais produzirá consequências no âmbito dos direitos obrigacionais, na teoria dos contratos, na teoria da responsabilidade civil, no relacionamento familiar - este influenciado pelas ideias de igualdade entre homem e

⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: *Direito Ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das Unidades de Conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001.

¹⁰ PELOGGIA, Alex Ubiratan Goossens. *O homem e o ambiente geológico: geologia, sociedade e ocupação urbana no município de São Paulo*. São Paulo: Xamã, 1998.

mulher e de paridade entre os filhos, dentre outros posicionamentos específicos - no plano dos direitos intelectuais e em outros campos da vida privada.

Doutrinariamente, concebe-se a responsabilidade civil como dever de se reparar o dano, conforme assinala Pereira¹¹: “Os grandes mestres da responsabilidade civil, em suas obras sistemáticas, procuram sintetizar o conceito, deslocando a noção abstrata da responsabilidade civil para a configuração concreta de quem seja responsável, dizendo que ‘uma pessoa é civilmente responsável quando está sujeita a reparar um dano sofrido por outrem.

A teoria clássica da responsabilidade civil é a subjetiva, fundada na culpa do agente. Vem do Código Civil Francês de 1804. Contudo, hodiernamente vem sendo adotada, em algumas atividades, a teoria do risco, em substituição à teoria da culpa. Serve de fundamento à denominada responsabilidade civil objetiva ou sem culpa. O civilista catarinense Noronha (1999), aponta o atual declínio tanto da responsabilidade individual como da subjetiva. O que cada vez se firma mais é uma nova responsabilidade, de tendência objetiva e coletiva.

2 Métodos e procedimentos

2.1 Elaboração de Mapas temáticos

Através de técnicas de geoprocessamento foram elaborados os mapas de uso e ocupação do solo, hidrografia, limite de APP, Modelo Numérico de Terreno e declividade da área de estudo, assim como a visita em vários pontos da área de estudo e pode-se verificar, *in loco*, a degradação do local estudado.

O banco de dados espaciais em formato digital foi desenvolvido através de técnicas de geoprocessamento que envolvem a integração e compatibilização de dados de diferentes naturezas, fontes, escalas, datas e formatos. O banco está composto por uma base cartográfica, em ambientes de sistema de informações geográficas.

2.2.1 Elaboração do Mapa de uso e ocupação da terra

O mapeamento de uso e ocupação da terra foi elaborado em duas etapas, na qual, a primeira é referente à aplicação de técnicas de Sensoriamento Remoto, onde houve a fotointerpretação e reconhecimento dos elementos homogêneos da cobertura terrestre; a segunda corresponde ao mapeamento através da digitalização das camadas (layers) sobre a imagem orbital. Na fotointerpretação utilizou-se uma imagem do sensor WorldView-3 (imageamento em 28/09/2016 e resolução espacial de 0,31m), que faz parte do acervo da Digital Globe, base do aplicativo Google Earth.

Nesta imagem aplicou-se a técnica de Combinação Orientada a Objeto, uma importante ferramenta para classificar e mapear as classes de uso da terra, de maneira eficiente. Esta etapa se baseou na identificação de aspectos visuais dos objetos observados, que permite os reconhecer e identificá-los. Para tal fim, foram

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

considerados os seguintes parâmetros dos objetos presentes na cena: cor, textura, geometria (forma), tamanho, orientação e distribuição espacial.

2.2.2 Mapeamento das Áreas de Proteção Permanente (APP) da área de estudo

O mapeamento das APP da área de estudo seguiu o que descreve o Novo Código Florestal Brasileiro (Lei Nº 12.651, de 25 de maio de 2012), no seu Artigo 4º, onde há as considerações da Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas. Na área de estudo deste projeto não há todas as classes de APP. Assim, serão descritas as metodologias do mapeamento das classes encontradas na área de estudo.

2.2.2.1 APP das faixas marginais de qualquer curso d'água natural, desde a borda da calha do leito regular

Nenhum dos rios e córregos que compõem a Bacia Hidrográfica Ribeirão das lavras possui mais de 10 metros de largura. Logo, de acordo com a Alínea a, do Inciso I do Artigo 4º da Lei nº 12.651/12, a Área de Preservação Ambiental destes corpos de água é uma faixa marginal desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de 30 metros.

Utilizou-se a função “buffer” do Quantum GIS para delimitar automaticamente as APP de cursos de água, da área de estudo, utilizando-se o arquivo vetorial referente ao traçado dos rios da área, na escala 1:10.000, elaborado por Oliveira et al. (2009). O resultado da utilização desta ferramenta é um arquivo vetorial, do tipo polígono.

2.2.2.2 APP das áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água

O Inciso IV da Lei nº 12.651/12 estipula uma área de preservação no entorno de nascentes e olhos de água, com raio mínimo de 50 (cinquenta) metros, independente da situação topográfica da área.

Para mapear essas APP de nascentes, foram gerados automaticamente pontos nos vértices de todas as linhas que compõem a hidrografia utilizada, na escala 1:10.000.¹²

Após esse procedimento, foi realizado uma vistoria para que apenas os pontos relativos às nascentes continuassem no novo arquivo vetorial. Tendo pronto o vetor de pontos que representou as nascentes, foram elaboradas as APP de cada ponto, com a ferramenta “buffer” do Quantum GIS, com o raio de 50 metros.

¹² OLIVEIRA, Antonio Manoel dos Santos. Bases Geoambientais para um Sistema de Informações Ambientais do Município de Guarulhos. Guarulhos: Laboratório de Geoprocessamento da Universidade Guarulhos, 2009. 178 p. 4v. Mapas (Relatório FAPESP - Processo 05/57965-1).

2.2.2.3 APP de declividade

O Inciso IV do Novo Código Florestal Brasileiro (Lei nº 12.651/12) regulamenta as APP de declividade do terreno e estipula ser área de preservação permanente toda encosta ou partes desta, com declividade superior a 45°.

O mapeamento destas áreas foi realizado através de uma análise do mapa de declividade da área de estudo, que foi elaborado a partir das curvas de nível, na escala 1:10.000 (OLIVEIRA et al., 2009) que, através da ferramenta “Interpolação de dados” do QGIS, foram utilizadas para elaborar o Modelo Numérico de Terreno (MNT) da área de estudo. A resolução espacial deste MNT foi de 5 metros, metade da equidistância entre as curvas-de-nível utilizadas.

No próximo passo, foi elaborado o mapa de declividade a partir do MNT, com a ferramenta “declividade” que se situa dentro do complemento “Análise do Terreno” do QGIS. A resolução espacial deste mapa de declividade, tal como no MNT, foi de 5 metros.

O algoritmo “r.reclass” do GRASS, que pode trabalhar junto ao QGIS foi utilizado para reclassificar o mapa de declividade e, assim, conseguiu-se criar duas classes de declividade: entre zero e 44,9°; e classe com áreas com declividade superiores a 45°. Este mapa de declividade reclassificado foi vetorializado, resultando num vetor de polígono com duas classes. A última etapa foi deletar a classe de declividade que não interessava (áreas com declividades inferiores a 45°). Assim, elaborou-se o mapa de APP de declividade da Bacia Hidrográfica do Lavras.

2.2.2.4 APP de topo de morro

O Inciso IX da Lei nº 12.651/12 determina que nos topos de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25° são Áreas de Preservação Permanente.

O primeiro passo para elaborar as APP de topos de morros da área de estudo, foi definir quais áreas estão acima dos 100 metros em relação à base do terreno, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d’água adjacente.

Para tal análise, trabalhou-se na tabela (.dbf) das curvas de nível na escala 1:10:000¹³. A curva de menor altitude da área de estudo tem 760 metros e este valor foi suprimido de todas as curvas da área de estudo.

O segundo passo foi deletar todas as curvas de nível com cota inferior a 100 metros. Com este novo arquivo vetorial, com somente curvas de nível com cota superior a 100 metros, através da ferramenta “Interpolação de dados” do QGIS, elaborou-se um Modelo Numérico de Terreno (MNT) das áreas acima de 100 metros. A resolução espacial deste MNT foi de 5 metros, metade da equidistância entre as curvas-de-nível utilizadas.

¹³ OLIVEIRA, Antonio Manoel dos Santos. Bases Geoambientais para um Sistema de Informações Ambientais do Município de Guarulhos. Guarulhos: Laboratório de Geoprocessamento da Universidade Guarulhos, 2009. 178 p. 4v. Mapas (Relatório FAPESP - Processo 05/57965-1).

No próximo passo, foi elaborado o mapa de declividade a partir do MNT, com a ferramenta “declividade” do QGIS. A resolução espacial deste mapa de declividade, tal como no MNT, foi de 5 metros.

O algoritmo “r.reclass” do GRASS, que pode trabalhar junto ao QGIS foi utilizado para reclassificar o mapa de declividade e, assim, conseguiu-se criar duas classes de declividade: entre zero e 24,9°; e classe com áreas com declividade superiores a 25°. Este mapa de declividade reclassificado foi vetorializado, resultando num vetor de polígono com duas classes. A última etapa foi deletar a classe com declividade que não interessava, áreas com declividades inferiores a 25°. Assim, elaborou-se o mapa de APP de topo de morros da Bacia Hidrográfica do Lavras.

2.3 Trabalho de campo-introdução

No dia 13/06/2017 foi realizado uma campanha de campo na Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras, para verificação da situação de algumas áreas que, segundo o mapeamento, estão dentro das Áreas de Preservação Permanente de margens de rios e córregos, topos de morro ou de declividade.

3 Resultados

3.1 Mapa de uso e ocupação da terra

A Bacia Hidrográfica Ribeirão das Lavras possui uma área de 7,6 km² e contempla tanto zonas com características rurais quanto urbanas, conforme se pode observar no mapa de uso e ocupação da terra. A classe com maior representatividade foi a cobertura arbórea, com 40,61% da área total. Em ordem decrescente, listam-se: uso urbano residencial, com 38,92%; reflorestamento, com 13,02%; solo exposto, 1,27%; equipamentos expressivos em área (galpões e pátios de empresas), 0,88%; cobertura vegetal rasteira, 0,63%; chácaras, 0,54%; e uso urbano residencial não consolidado, 0,88% (Figura 2).

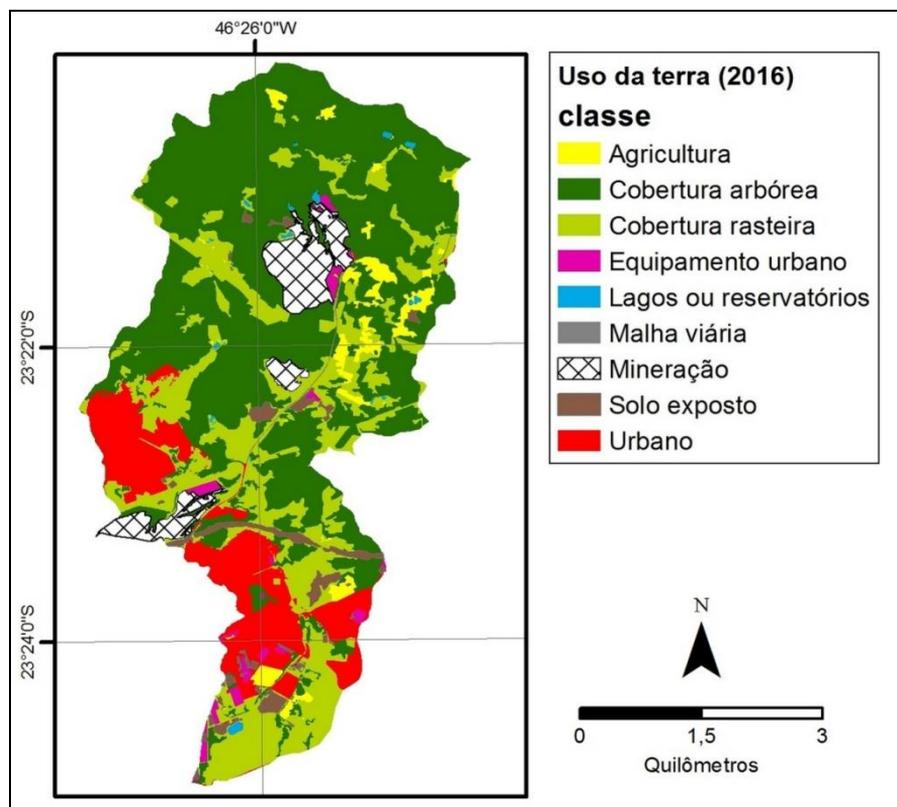


Figura 2. Uso e ocupação do solo da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras. Fonte: Elaboração própria.

3.2 Mapeamento das Áreas de Preservação Permanente

Através de técnicas de geoprocessamento foram elaborados mapas da área de estudo, onde se podem visualizar em maior escala de detalhes, alguns pontos das Áreas de Proteção Permanente de rios da Bacia Hidrográfica de Ribeirão das Lavras. Nessas técnicas, aplicou-se uma sobreposição dos arquivos vetoriais referente ao limite da Bacia e as linhas de drenagem, sobre uma imagem da Digital Globe, base do aplicativo Google Earth (data do voo: 28/09/2016).

3.2.1 APP das faixas marginais de qualquer curso d'água natural, desde a borda da calha do leito regular

A Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras tem uma área de 24 km². Parte desta área total é classificada como Área de Preservação Permanente das faixas marginais aos corpos hídricos, que totalizam 3,16 km² (Figura 3). Inseridos dentro dessas áreas especiais, a área de estudo apresenta classes de uso e ocupação do solo que não condizem com o que ali deveria existir, que determina que a APP é uma

“área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”.

Praticamente 77% da área de APP de margem de cursos de água dentro da área de estudo é ocupada por Cobertura arbórea densa (53,83%) e Cobertura vegetal rasteira (23,75%); lagos ou reservatórios representam menos de 1% da área da APP; os 22% restantes são ocupados por classes relacionadas ao uso antrópico, conforme Tabela 1.

Tabela 1. Classes de uso do solo dentro da APP de margens de rios. Fonte: Elaboração própria.

Classe	Área (%)	Classe	Área (%)
Cobertura arbórea	53,83	Mineração	0,95
Cobertura rasteira	23,75	Lagos ou reservatórios	0,89
Urbano	12,67	Equipamento urbano	0,57
Agricultura	5,22	Malha viária	0,03
Solo exposto	2,09		

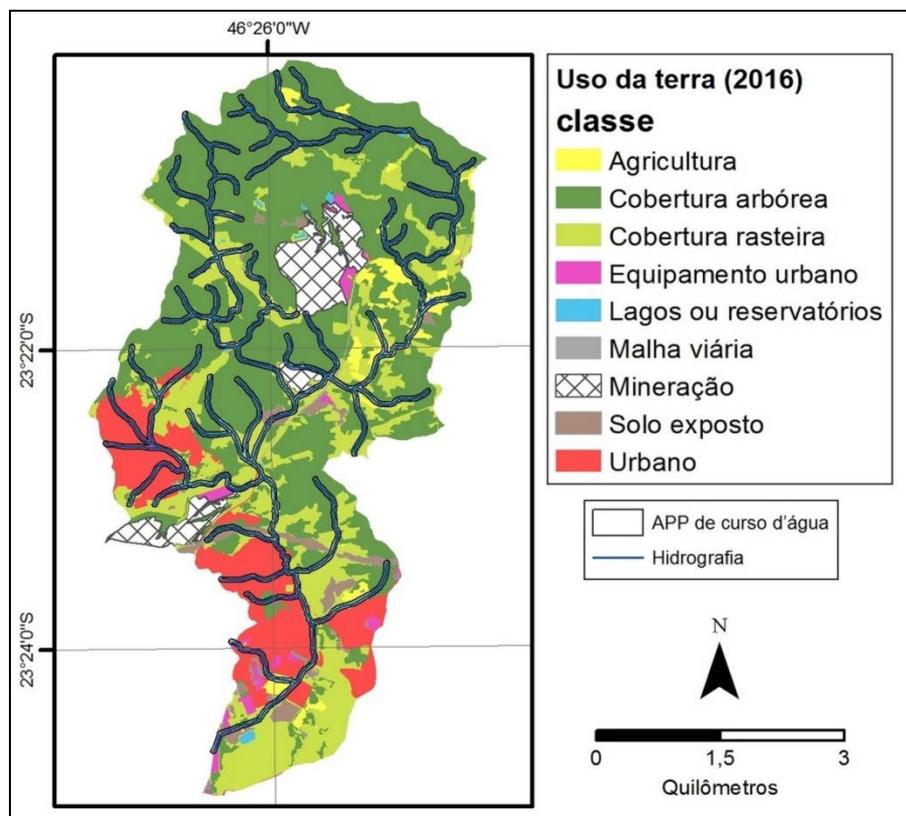


Figura 3. APP de margens de corpos de água da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras. Fonte: Elaboração própria.

3.2.2 APP das áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água

A Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras tem uma rica hidrografia que, praticamente, cobre toda a área da bacia. A metade norte da área de estudo, com maiores declividades e maior concentração de cobertura arbórea densa é onde há a maior concentração de nascentes desta malha hidrográfica (Figura 4).

Apenas 1,3% da bacia está dentro de APP dessas nascentes e desta área, 6,5% é ocupada por classe de uso do solo relacionado a alguma atividade antrópica (Tabela 2). Esta percentagem não deveria existir em virtude da importância da preservação das áreas no entorno de nascentes de córregos.

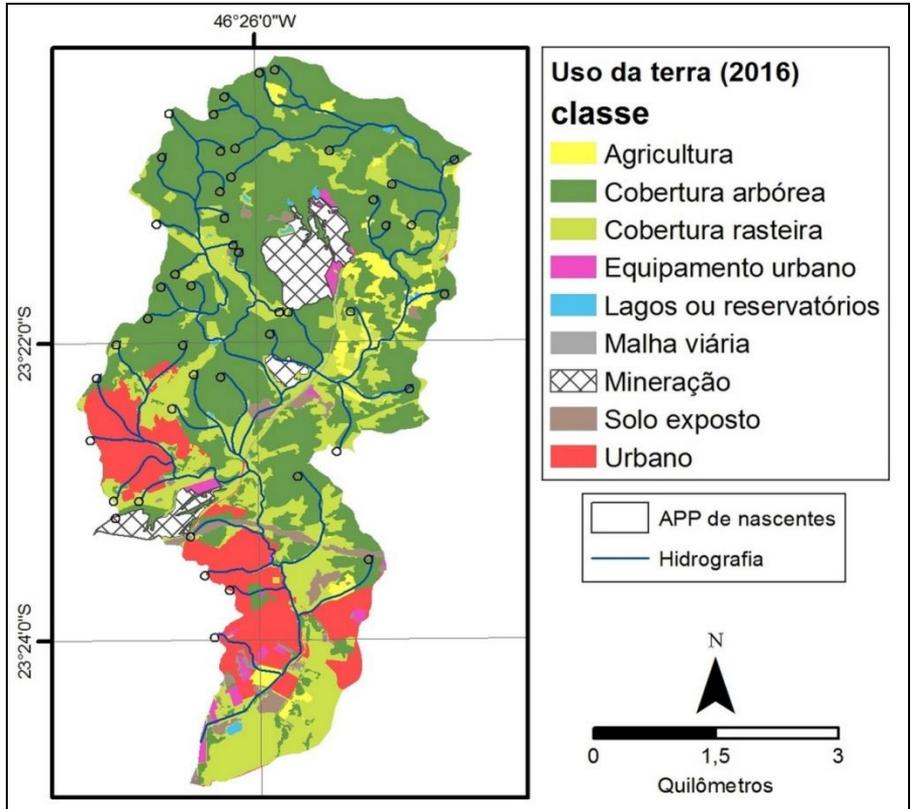


Figura 4. APP de nascentes da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras. Fonte: Elaboração própria.

Tabela 2. Classes de uso do solo dentro da APP de nascentes. Fonte: Elaboração própria.

Classes	Área (%)
Cobertura arbórea	76,12
Cobertura rasteira	17,44
Urbano	2,44
Mineração	2,13
Solo exposto	1,76
Equipamento urbano	0,10

3.2.3 APP de declividade

A área de estudo apresenta apenas duas pequenas áreas de APP de declividade e estão localizadas na metade norte da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras (Figura 5). Ambas as áreas mapeadas estão inseridas em áreas de

cobertura arbórea densa e cobertura vegetal rasteira, com 96,94% e 3,06% da área da APP de declividade, respectivamente.

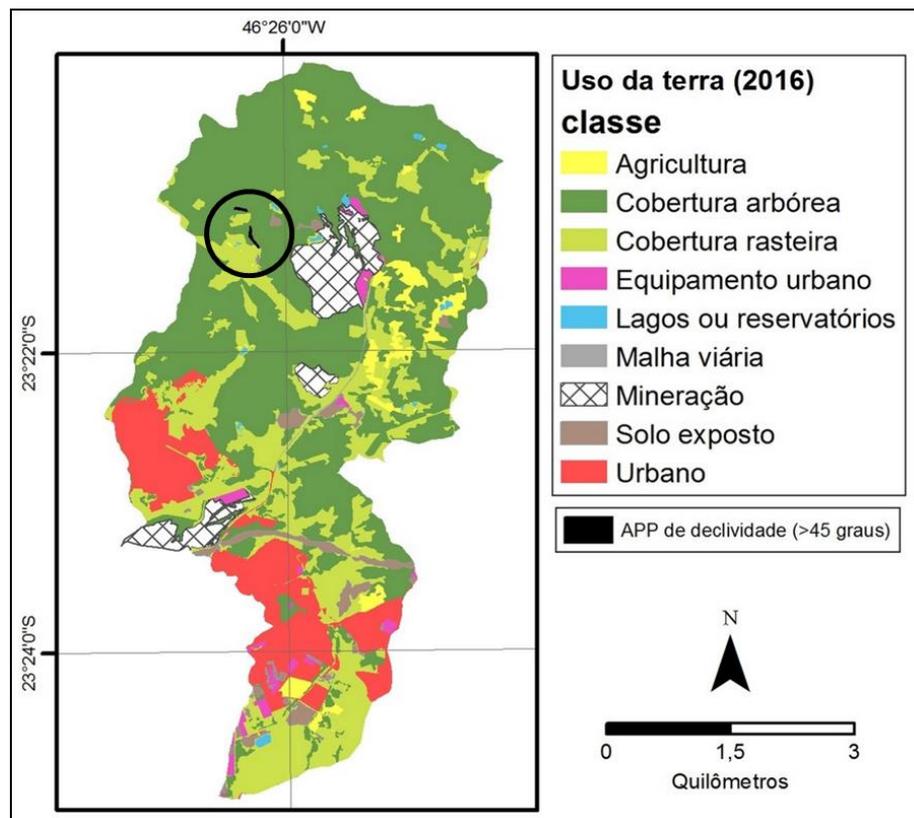


Figura 5. APP de declividade da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras. Fonte: Elaboração própria.

3.2.4 APP de topo de morro

Outra classe de Área de Preservação Permanente presente na área de estudo é a de topo de morro, presente principalmente na metade norte da área de estudo. As APP de topo de morros ocupam 2,27 ha da bacia, representando 9,45% da área total (Figura 6). Pelo fato da área urbana não ter ocupado ainda as áreas de relevo mais acentuado da área de estudo, as APP de topo de morros estão inseridas onde há concentração de vegetação arbórea densa, que representa 89% da cobertura do interior destas áreas especiais (Tabela 3).

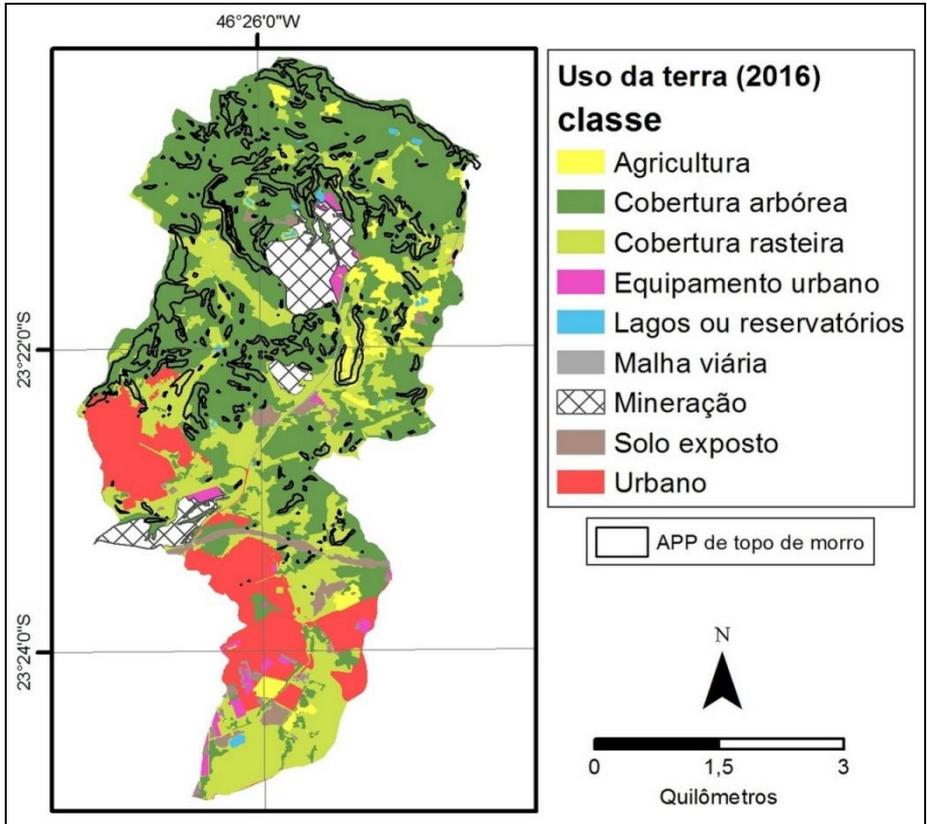


Figura 6. APP de topo de morro da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras. Fonte: Elaboração própria.

Tabela 3. Classes de uso do solo dentro da APP de uso da terra. Fonte: Elaboração própria.

Classe	AREA (%)
Cobertura arbórea	88,92
Cobertura rasteira	9,34
Agricultura	0,89
Urbano	0,80
Solo exposto	0,04
Mineração	0,01

3.3 Resultados do trabalho de campo

O trabalho de campo, realizado no dia 13/06/2017 foi importante para a visualização do tipo de ocupação das Áreas de Preservação Permanente da Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras.

O Ponto 1 ($23^{\circ}24'2.5''\text{S}$; $46^{\circ}25'43.63''\text{O}$) foi escolhido em virtude da presença de um córrego, que possui menos de 10 metros de largura, logo sua APP é de 30 metros (Alínea a, do Inciso I do Artigo 4º da Lei nº 12.651/12). Como pode ser observada na Figura 7, a legislação ambiental não está sendo respeitada neste ponto, pois há residências estabelecidas dentro da área que deveria estar ocupada apenas por vegetação.



Figura 7. Área de Proteção Permanente de margens de corpos de água, no Ponto 1 ($23^{\circ}24'2.50''\text{s}$; $46^{\circ}25'43.63''\text{o}$). Ocupação irregular dentro da APP nas fotos “a” e “b”. Fonte: Elaboração própria.

Também foi vistoriada uma área de com APP de topo de morro, que foi denominada como Ponto 2 ($23^{\circ}22'22.33''\text{s}$; $46^{\circ}27'10.18''\text{o}$). Na Figura 8 pode-se observar a alta declividade onde estão inseridas algumas casas. Sendo que uma destas, apresenta uma crista de movimento de massa, acima de uma residência. Nota-se que o material movimentado chega bem próximo a esta residência.

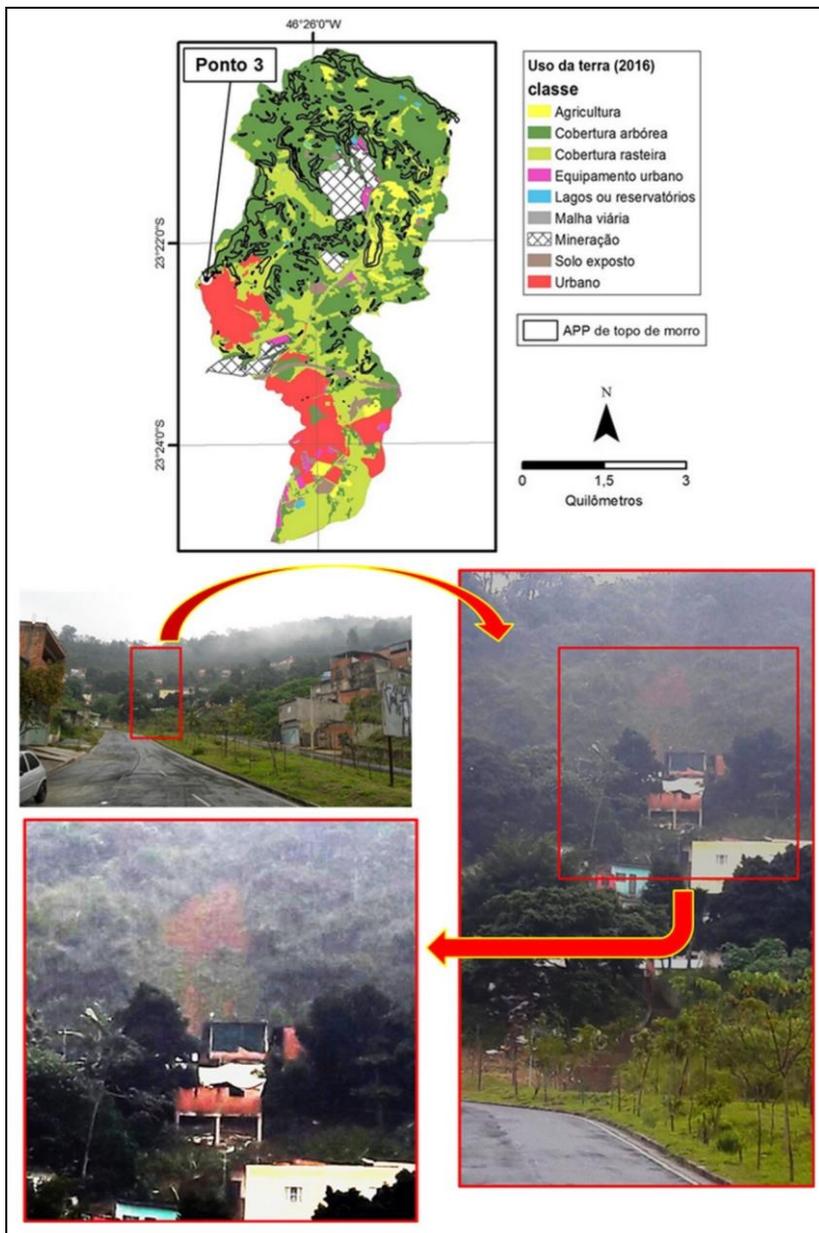


Figura 8. Crista de movimento de massa em APP de topo de morro. Fonte: Elaboração própria.

4 Discussão dos resultados

Notam-se nas Figuras 3, 4, 5 e 6 que grande parte das APP da região norte da Bacia Hidrográfica de Ribeirão das Lavras, está preservada. A Figura 5 apresenta APP de drenagens da porção centro/oeste da área de estudo, onde se pode observar uma área bastante ocupada pelo processo de urbanização, sem qualquer controle sobre as APP. O mesmo se encontra na Figura 6, que apresenta a situação da porção sul da área de estudo, onde a metade oeste da Bacia, onde há maior ocupação é, justamente, onde há maior número de córregos, que também não tem sua Área de Preservação Permanente respeitada.

Considerando-se a bacia como um todo, 20% da área da APP total estão inseridas nas classes de uso do solo de: equipamentos expressivos em área, mineração, solo exposto, uso urbano residencial consolidado e uso urbano residencial não consolidado.

Conforme verificado em campo, na Figura 7 (Ponto 1) nota-se num primeiro plano as construções nos dois lados do córrego, o que se verifica inclusive os depósitos de lixo e total retirada de vegetação nativa das encostas. Os danos causados são graves, haja vista a possibilidade de enchentes e propagação de doenças e contato com esgoto a céu aberto.

Na mesma visita, conforme Figura 8 (Ponto 2) fica evidente a crista de movimento de massa em APP de topo de morro, em virtude da ocupação irregular. De forma evidente, a moradia abaixo desse ponto, está inclusive com plásticos como telhado, o que se nota o eminente perigo de deslizamento de terra e consequentemente uma tragédia com os moradores.

No presente trabalho, que poderá ser utilizado para áreas que passam pela mesma situação, verifica-se as consequências da ausência da fiscalização do Poder Público em que deveria impor limites para as ocupações, conforme a Lei e aqueles que já prejudicaram o espaço devem reparar ou indenizar por esse ato.

Do ponto de vista legal, o Ministério Público pode ingressar com ações de reintegração de posse a fim de respeitar a legislação ambiental, sobre as APP, mas em especial seria uma medida de resultado incerto e demorado, por uma questão sociológica, pois os moradores ficariam sem residência o que geraria outro problema, com certeza, em outra área da mesma que foi matéria desse estudo. O ideal é a fiscalização do Poder Público, com aplicações de multas severas a fim de manutenção das áreas que ainda são estão sem a ocupação.

O comparativo da área de estudo com o estatuto da cidade se faz importante, tendo em vista sua aplicação prática, ou não, da referida norma, no local. O Estado, através do Poder Público, tem a obrigação e respeitar o artigo 4º da Lei 10257/2001, em que deverão ser firmados planos locais, com o intuito de desenvolvimento econômico e social, assim como dar uma ênfase ao planejamento municipal, nos moldes do inciso III, do referido artigo. Verificou-se, *in loco*, que o crescimento da região dar-se-á de forma desordenada, não havendo nenhum controle do Estado para o referido crescimento, o que desencadeia, com o crescimento populacional, a falta de infraestrutura, além de riscos de vida às pessoas.

Por todos os argumentos, supra citados, há evidente responsabilidade civil do Estado quando este se omite ou negligência no exercício de seu poder-dever de fiscalizar o cumprimento das normas ambientais, conforme preconiza a Política

Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 225, caput e § 1º, da Constituição Federal e art. 2º, I e art. 3º, IV, ambos da Lei 6.938/81.

Nessa linha de pensamento, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto” (AGRESP 200702476534, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, STJ – 1ª Turma, DJE: 04/10/2011).

5 Conclusão

Diante de todo o exposto, verifica-se que as competências do Estado, assim como o Poder executivo, exercem o Poder de Polícia acerca das condutas de indivíduos que venham a ferir os direitos tutelados pela legislação vigente. Assim como esses Poderes, tem a legitimidade de criar as leis para o assunto em pauta.

A importância do Artigo 225 da Constituição Federal, em que garante que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que se caracteriza como um bem de uso comum do povo, bem como é importante para a qualidade de vida de todos, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e principalmente as futuras.

Em face dos conflitos apresentados nesta pesquisa, fica evidenciado que a ocupação desenfreada e sem controle das APP de topo de morro, de margens de corpos de água, topos de morros e de declividade na Bacia Hidrográfica do Ribeirão das Lavras, pode desencadear deslizamentos de encostas e danos ao patrimônio privado quando há fortes chuvas e consequentemente inundações.

Uma vez que a área é ocupada, torna-se muito difícil a retirada dos moradores, em virtude da demora judicial assim como a recuperação da área, em que não há nenhum tipo de cautela com o lixo, assim como com o esgoto. Em suma, o que se verifica com esse trabalho é a ingerência do Poder Público na sua omissão em proibir a ocupação de áreas de proteção, a necessidade das pessoas de ter sua moradia, a complacência da Prefeitura de Guarulhos em certificar a ocupação com a cobrança de IPTU, assim como água e energia elétrica.

Diante da ocupação desordenada da área de estudo, cumpre salientar que a melhor maneira é a desapropriação, pelo Estado. O valor da indenização deve ser justa, ou seja, deve corresponder ao valor real do bem expropriado, a ponto que ao expropriado não ocasione qualquer prejuízo em seu patrimônio. Tal importância deve ser capaz de habilitar que o proprietário adquira outro bem equivalente àquele expropriado e o exima de qualquer dano. Assim, dispõe o artigo 5º, inciso XXIV da Constituição Federal. Por este entendimento, depreendemos a criação da Súmula nº 113 do Superior Tribunal de Justiça que determina a incidência de juros compensatórios a partir da imissão na posse.

Por fim, o que se verifica é que o pagamento de justa indenização deve ser acompanhada da devida atualização monetária e juros, uma vez que embora o Poder Público tenha a capacidade de expropriar o bem do particular, a este não deve recair qualquer prejuízo financeiro.

Referências

AZEVEDO, Thiago Salomão. *Legislação e geotecnologias na definição das áreas de preservação permanente e das reservas legais: Aplicação à Bacia do Córrego das Posses, Município de Extrema - MG*. Rio Claro, Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (Tese de Doutorado). 2008. 168p.

BENJAMIN, Antônio Herman. Introdução à lei do sistema nacional de unidades de conservação. In: *Direito ambiental das áreas protegidas – o regime jurídico das unidades de conservação*. Coord. Antônio Herman Benjamin. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 276-316.

CREPANI, Edilson. *Curso de Sensoriamento Remoto Aplicado ao Zoneamento Ecológico-Econômico*. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. São José dos Campos, Brasil. 1996. 18 p.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Direito Ambiental Internacional e Biodiversidade*. 1999. Disponível em:

<<http://www.cjf.gov.br/revista/numero8/painel83.htm>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

JACOVINE, Laércio Antônio Gonçalves; CORRÊA, João Batista Lúcio; SILVA, Márcio Lopes da; VALVERDE, Sebastião Renato; FERNANDES FILHO, Elpídio Inácio; COELHO, France Maria Gontijo; PAIVA, Haroldo Nogueira de. Quantificação das áreas de preservação permanente e de Reserva legal em propriedades da Bacia do Rio Pomba-MG. *Revista Árvore*, Viçosa-MG, v. 32, n. 2, p. 269-278, 2008.

LOLLO, José Augusto. *O uso da técnica de avaliação do terreno no processo de elaboração de mapeamento geotécnico: sistematização e aplicação na quadrícula de Campinas*. Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo (Tese de doutorado). 1996. 267p.

OLIVEIRA, Antonio Manoel dos Santos. *Bases Geoambientais para um Sistema de Informações Ambientais do Município de Guarulhos*. Guarulhos: Laboratório de Geoprocessamento da Universidade Guarulhos, 2009. 178 p. 4v. Mapas (Relatório FAPESP - Processo 05/57965-1).

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PELOGGIA, Alex Ubiratan Goossens. *O homem e o ambiente geológico: geologia, sociedade e ocupação urbana no município de São Paulo*. São Paulo: Xamã, 1998. 270p.

PINTO, Lilian Vilela Andrade; FERREIRA, Elizabeth; BOTELHO, Soraya Alvarenga; DAVIDE, Antonio Claudio. Lavras, MG e uso conflitante da terra em suas áreas de preservação permanente. *Revista Cerne*, Lavras, v. 11, n. 1, p. 49-60, jan./mar. 2005.

TRICART, Jean. *Ecodinâmica*. Rio de Janeiro: IBGE/SUPREN, 1977.

VEDOVELLO, Ricardo. *Zoneamentos geotécnicos aplicados à gestão ambiental, a partir de Unidades Básicas de Compartimentação – UBC*. Instituto de Geociências e Ciências Exatas, UNESP, Rio Claro (Tese de Doutorado). 2000. 154p.

Recebido em: 22 de janeiro de 2018.

Aceito em: 12 de julho de 2018.



A RELEVÂNCIA DO MÉRITO ADMINISTRATIVO NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE RELEVANCE OF ADMINISTRATIVE OPTIONAL ACTION ON THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Felipe Chiarello de Souza Pinto^I 

Larissa Dias Puerta dos Santos^{II} 

Mayara Ferrari Longuini^{III} 

^I Universidade Presbiteriana Mackenzie, Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico, São Paulo, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: chirello.felipe@gmail.com

^{II} Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. Doutoranda em Direito Político e Econômico. E-mail: larissapuerta0904@gmail.com

^{III} Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. Doutoranda em Direito Político e Econômico. E-mail: mayaralonguini@gmail.com

Resumo: Revisitando a compreensão doutrinária a respeito da discricionariedade dos atos administrativos exarados pela Administração Pública, bem como o possível controle, interno e externo, à que estes mencionados atos estão sujeitos, pretende esclarecer os elementos aptos a diferenciar as espécies de atos administrativos expedidos pela Administração Pública e classificados pela doutrina atual. O presente artigo foi elaborado no sentido de proceder à uma revisão bibliográfica da atuação administrativa pública que visa atingir os interesses públicos da sociedade. Diferenciando as espécies de atos administrativos, pretende-se efetuar a classificação deles. Demonstra as formas de controle passíveis de serem realizadas para os atos expedidos pela Administração Pública, visando a melhor gestão administrativa possível. No intuito de condensar opiniões específicas sobre o tema abordado, pauta-se na compreensão efetuada por administrativistas demonstrando que, ao revés do que se acredita, especificamente na temática dos atos administrativos, os pensadores da área estão, em sua maioria, defendendo um mesmo ponto de vista. Encerra o ensaio com a compreensão de que as Políticas Públicas governamentais são implementadas por intermédio de atos administrativos, e que a constante judicialização desta temática, em verdade, acaba por implicar no atual protagonismo do Poder Judiciário acerca desta questão.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa. Controle da Administração. Políticas Públicas.

Abstract: Revisiting the doctrinal understanding regarding the discretion of the administrative acts formally drawn up by the Public Administration as well as the possible control, internal and external, to these mentioned acts are subject, it is intended to clarify the suitable elements to differentiate the kinds of administrative acts issued by Public administration and classified by current doctrine. It is this article written in order to carry out a literature review of public administrative action aimed at achieving the public interest of society. Differentiating kinds of administrative acts, want to sort them. Demonstrates the forms of control that can be performed for the acts issued by public authorities, aiming at the best possible administration. In order to condense specific opinions on the topic discussed, and based on comprehension by theoretical demonstrating that the reverse of what is believed, specifically on the topic of administrative acts, the researches of the area are mostly defending the same point by sight. Terminates the test with the understanding that government public policies are implemented through administrative acts, and that the constant legalization of this issue, in fact, turns out to involve the current prominence of the judiciary on this issue.

Keywords: Administrative optional action. Control of management. Public policy.

Sumário: 1 Introdução; 2 Limites da discricionariedade administrativa e o “poder” discricionário; 3 Possível atuação para o controle dos atos administrativos expedidos pela administração pública; 4 Extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários; 5 Possibilidade de controle judicial de atos administrativos que visam o implemento de políticas públicas; 6 Conclusão; Referências.

1 Introdução

O presente artigo se propõe ao exame da possibilidade de controle judicial dos atos administrativos exarados pela Administração Pública no sentido de concretizar políticas públicas idealizadas para a consecução do desenvolvimento econômico e social nacional. Ventilando novos paradigmas de democracia e desenvolvimento, procura-se demonstrar a necessidade de compreensão da participação do Judiciário como importante ator político na efetivação destes ideais, como condição essencial ao êxito das tentativas desenvolvimento nacional.

Procedendo a um recorte de espaço temporal nessa análise, observa-se que houve uma importante transformação do papel do Judiciário na apreciação das políticas públicas idealizadas pelos Poderes Executivos com relativo protagonismo ao pronunciar-se sobre questões que deveriam ser afetas exclusivamente aos grupos políticos democraticamente eleitos para a gestão pública.

Delinea-se, portanto, a precariedade das bases sobre as quais se assentam a democracia e o desenvolvimento tanto no âmbito executivo quanto no âmbito legislativo de decisões políticas afetas à concretização do bem comum. Assim, discute-se a possibilidade de os processos de integração, como condição essencial ao seu êxito, potencializarem as interações entre democracia e desenvolvimento econômico nos cenários públicos de discussão dos poderes.

Desse modo, pretende-se demonstrar – assumindo o risco de cometer equívocos – que a construção do processo democrático e de um projeto de desenvolvimento nacional no âmbito interno dos entes federativos em todas as esferas de poder, dependerá do modo de discussão desempenhada pela atuação de cada um dos poderes, respeitando e se adequando ao papel que deveriam desempenhar.

2 Limites da discricionariedade administrativa e o “poder” discricionário.

O ato administrativo discricionário dependerá de avaliação da conveniência e oportunidade a serem realizadas pelo administrador para que seja realizada a sua devida expedição. Assim, a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não foram previamente definidos pelo legislador.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de

conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se à expressão ato discricionário como uma forma sintetizada de dizer “ato praticado no exercício de competência discricionária”, esclarecimento esse que por si só já resolveria uma grande celeuma de divergências doutrinárias criadas atualmente em torno deste conceito.

Com efeito, a dicção ato discricionário, só pode ser tolerada como forma elíptica de dizer “ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção” e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos².

A diferença basilar entre ambos consiste em que no ato vinculado a Administração não dispõe de nenhuma liberdade, visto que a lei já determinou previamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado pelo administrador, enquanto no ato discricionário a lei deixa ao administrador certa margem de liberdade para escolher em face do caso concreto, lhe impondo ao mesmo tempo que lhe faculta, a utilização de critérios próprios para analisar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser a melhor forma de atingir o interesse público que a lei visa concretizar, em suma, o que os distingue é a liberdade de ação.

Encarado por parte da doutrina como um poder inerente à Administração, a discricionariedade é vista como uma prerrogativa concedida ao administrador para que possa agir objetivando a concretização do interesse público.

A *supremacia do interesse público sobre o privado* é que dá supedâneo à essa atuação superior da Administração Pública frente aos interesses dos particulares, sendo o poder de atuação discricionária apenas mais um dos poderes inerentes à Administração previstos em nosso ordenamento.

Em razão da forma pela qual o legislador optar por regulamentar a atuação administrativa, remanesce atuação discricionária quando existe uma contrapartida, para o administrador, um âmbito de liberdade em que será observada a interferência de análise subjetiva quanto à melhor maneira de proceder no caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Nesses casos fala-se que a Administração detém um “poder”.

É correto afirmar, porém, que esse poder encerra em verdade um dever, visto que a Administração, tem aqui o dever de buscar as melhores alternativas para a realização efetiva do interesse público.

[...] o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico. [...] ‘Poder discricionário’ tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal³.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 424.

² Id. *Ibid.*, p. 424.

³ Id. *Discricionariedade e Controle Jurisdiccional*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15.

Em face do que se expõem, é oportuno citar o conceito de discricionariedade elaborado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, **dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis**, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente⁴ (g.n.).

A discricionariedade como poder que a Administração detém para atender os interesses da coletividade, não é absoluta e intocável, motivo pelo qual se não for utilizada para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade e também do Judiciário.

A discricionariedade pode resultar de opção expressa na lei, visto que neste caso o legislador confere a liberdade de escolha ao administrador, do emprego na lei de conceitos jurídicos indeterminados ou ainda da impossibilidade lógica de o legislador prever todas as formas possíveis de atuação administrativa, como será analisado a seguir.

Em conclusão, é possível afirmar que a “discricionariedade existe unicamente para proporcionar em cada caso concreto uma escolha ótima a ser realizada pelo administrador⁵”, isto é daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei autorizadora da expedição do ato.

As causas geradoras da discricionariedade, de acordo com as análises elaboradas pelos doutrinadores, podem decorrer de três situações diferenciadas: a opção expressa na lei, os conceitos jurídicos indeterminados e a impossibilidade lógica de prever todas as formas de atuação administrativa.

Da opção expressa na lei, extrai-se que do próprio comando normativo, quando nele se houver aberto para o agente público alternativas de conduta, seja quanto a expedir ou não o ato, seja por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória mediante as circunstâncias.

Conclui-se que a discricionariedade é uma técnica utilizada intencionalmente pelo legislador para transferir ao administrador público a escolha da solução mais apropriada para atender a finalidade legal, porque ele é o agente público que está em contato direto com os reclamos da sociedade.

Com relação aos conceitos jurídicos indeterminados, afirma-se que são *termos ou expressões* contidas em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. Em síntese, a lei define o motivo utilizando noções vagas ou vocábulos plurissignificativos.

⁴ Id. *op. cit.*, p. 48.

⁵ Id. *Curso...*, *op.cit.*, p. 436.

Sempre que o legislador outorga uma competência, é obrigado a fazê-lo por meio de dispositivos legais traduzidos em conceitos jurídicos cujo o grau de imprecisão determinará invariavelmente a natureza discricionária da competência atribuída.

A título de exemplo é possível mencionar que os valores “segurança pública”, “moralidade pública”, “higiene pública”, “salubridade pública”, “comportamento indecoroso”, “notável saber jurídico”, “bons costumes”, “ordem pública”, ou simplesmente “interesse público”, comportam, realmente, intelecções não necessariamente uniformes, pois, como as realidades para as quais apontam são suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis, dando ensejo a opiniões divergentes sobre o fato de terem ou não se configurado.

É importante esclarecer que termos imprecisos, como os mencionados, comportam interpretações dos mais variados sentidos, ao mesmo tempo que excluem completamente alguns significados. Por isso, certos doutrinadores explicam que existem zonas de entendimento, onde certas interpretações ficam totalmente excluídas, enquanto outras recaem numa zona cinzenta que pode ser atribuída ao conceito adotado, dependendo do parâmetro de interpretação.

Ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções altanto vagas ter-se-ia discricionariedade⁶.

Exemplo corrente e extremamente elucidativo é o informado por Celso Antonio Bandeira de Mello a respeito da expressão “moralidade pública⁷”. Caso ela seja pleiteada em um templo sagrado terá conotação diversa daquela adotada aos frequentadores de uma praia.

Existe, nesse caso, uma *impossibilidade lógica* de suprimir a discricionariedade em razão da inevitabilidade que esses conceitos imprecisos trazem ao ordenamento jurídico, em razão das diversas interpretações que as pessoas podem fazer, não tendo o legislador como impedir o surgimento da margem de liberdade inerente à outorga legal de atribuições administrativas.

Da impossibilidade lógica de prever todas as formas de atuação administrativa é possível extrair que ao legislador seria impossível disciplinar adequadamente a enorme variedade de circunstâncias fáticas concretas relativas ao exercício da função administrativa, sendo mais razoável conferir competências flexíveis passíveis de adaptação à realidade dos fatos.

Encarece o Professor Queiró a inviabilidade jurídica, em regime de Poder Tripartido, da supressão da discricionariedade, pois, para evitá-la, o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser área administrativa.⁸

⁶ Id. *Curso...*, *op.cit.*, p. 957.

⁷ Id. *Ibid.*, p. 955.

⁸ Id. *Ibid.*, p. 956.

No regime da separação de poderes, o legislador está impossibilitado de esgotar no plano da norma, a disciplina de todas as situações concretas relativas aos assuntos administrativos.

3 Possível atuação para o controle dos atos administrativos expedidos pela Administração Pública

Controles da Administração tratam-se dos poderes de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade da sua atuação com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico⁹.

Odete Meduar sublinha que no direito administrativo o termo controle não está adstrito a uma ou duas concepções, abrindo um “enorme leque de alternativas de fiscalização da Administração Pública”, tendo por isso ‘caráter multifário’. [...] anota que o controle é a verificação da conformidade de uma atuação (uma função própria ou alheia) a determinados cânones, ou, mais especificamente, como expõe Marcel Waline, a uma norma¹⁰.

Estes controles existem com o intuito de impedir que a Administração se desvirtue de seus objetivos principais, evitando assim que sejam desatendidos os ditames legais com a conseqüente ofensa de interesses públicos ou particulares.

A finalidade do controle é a de garantir que a Administração Pública aja respeitando os ditames que lhes são impostos através dos princípios e normas que necessariamente deve respeitar, como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade pública, entre outros.

O controle administrativo passou a se inflar em razão do crescimento estatal, ou seja, do grande aparelhamento burocrático que o sistema público passou a ser dotado. O Estado, na concepção liberalista, teve um caráter meramente observador das práticas mercadológicas, ao passo que, com a crescente necessidade de intervenção, aumentou também o incentivo da população para intervenção estatal.

O controle pode ser exercido interna ou externamente, pela própria administração que expediu o ato questionável, ou por quaisquer órgãos aptos à exercer o controle externo, tais como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Internamente, numa constante fiscalização dos atos que expede, existirá o controle Administrativo.

Controle Administrativo é aquele inerente ao poder de autotutela da Administração, assim sendo, considera-se todo controle realizado dentro do próprio âmbito de decisão do Poder Público, seja ele referente ao Executivo, Legislativo ou Judiciário. Segundo Hely Lopes Meirelles, controle administrativo é

[...] todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 808.

¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público (Ministério Público defensor do povo)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 03.

de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito.¹¹

Cada ente do Poder Público é dotado de uma Administração interna independente das demais, sendo que cada parcela dessa organização deve tomar diversas decisões relativas a maneira como pretende atuar, levar a efeito suas decisões para a concreção dos objetivos a que se propõe. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro,

[...] pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela (Administração) exercem os órgãos do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico¹².

A Administração Pública possui um âmbito de discricionariedade diverso daquele que é permitido ao particular. Para esclarecimento, explique-se que ao particular é permitido fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíbe, enquanto que a Administração só poderá agir expressamente quando a lei autorizar sua atuação.

Assim sendo, fica evidente concluir que a Administração Pública deve sempre respeitar os termos definidos na lei, ainda que essa autorização legal dê ao administrador certa margem de discricionariedade.

O controle administrativo, em síntese, deverá manter adequados os atos exarados pela Administração à lei correspondente que lhe dá autorização para a sua criação, isso porque é evidente que a Administração Pública deve sempre, e em qualquer hipótese, estar condizente com aquilo que a Lei determina que ela faça.

Para que aja sempre amparada sob o manto da lei, o controle administrativo, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho¹³, possui três objetivos: o de confirmar os atos dados pela Administração como legítimos ou adequados; o de corrigir algum ato que considerado ilegal ou inconveniente, é retirado do mundo jurídico e refeito, agora compatível com a legalidade ou com a conveniência administrativa; por último, objetiva a alteração, por meio do qual a Administração ratifica uma parte e retifica outra.

Para que o controle administrativo possa ser concretizado, é necessário que existam meios aptos a realizarem esse controle efetivamente. Assim, os meios de controle são os instrumentos jurídicos hábeis a efetivarem a realização desse controle.

Uma das formas de controle existentes é o controle ministerial. Consiste no controle realizado pelos Ministérios sobre os órgãos de sua estrutura administrativa, bem como sobre as pessoas da Administração Indireta federal. No primeiro caso temos controle direto por subordinação, como bem desenhado pela Teoria do Órgão, enquanto que no segundo caso se fala em controle externo por vinculação, caso em que recebe o nome de *supervisão ministerial* nos termos do Decreto-lei nº 200/67.

Outra forma de controle administrativo consiste na hierarquia orgânica, que corresponde ao sistema organizacional da Administração que a organiza por meio de

¹¹ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 349.

¹² DI PIETRO, M.S.Z., *op.cit.*, 2014, p. 810.

¹³ CARVALHO FILHO, J.S. José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1011.

um escalonamento composto por diversos patamares, formando o que se denomina de via administrativa.

Há ainda o direito de petição como forma de controle administrativo, posto que por meio dele qualquer administrado pode pleitear aos órgãos Públicos a defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder. Este direito é de demasiada amplitude, razão pela qual é correto afirmar que o administrado poderá pleitear direitos individuais e coletivos, posto que a norma fundamental que o assegura não restringiu o seu objeto.

A revisão recursal é outro reconhecido meio de controle dos atos administrativos, visto que ela implica na possibilidade de interessados insurgirem-se formalmente contra certos atos, lesivos ou não a direito próprio, sempre pugnando a reforma de determinada conduta.

O controle social também é outra forma de controle administrativo, que consiste no controle realizado por segmentos oriundos da sociedade, ou seja, é controle exógeno do Poder Público nascido nas diversas demandas dos grupos sociais, pois permite a participação ativa de cidadãos em geral no processo de exercício do poder. São todos mecanismos de controle administrativo, entretanto de nada valerão se não houver real deliberação de implementação destes instrumentos.

Há também o denominado Controle Legislativo dos atos públicos. Trata-se da prerrogativa concedida ao Poder Legislativo para fiscalizar a Administração Pública em face dos critérios político e financeiro. Este controle tem fundamento constitucional, visto que, em respeito ao princípio da separação de poderes, nenhum Poder poderá interferir no pleno desenvolvimento de outro, sem que haja autorização emanada pela Constituição Federal para tanto.

O controle legislativo abrange os atos do Poder Executivo e eventualmente, alguns atos do Poder Judiciário, não podendo deixar de mencionar que ele realiza controle interno de seus próprios atos, conforme mencionado anteriormente.

Outra espécie de controle que a Administração se submete com relação aos atos que expede é o controle judicial, que se dá por meio do poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário.

Tal controle incide especificamente sobre a atividade administrativa do Estado, seja qual for o Poder onde esteja sendo desempenhada. Será sempre realizado mediante provocação, quando este controle não incidir sobre seus próprios atos, podendo ser prévio ou posterior.

O controle jurisdicional dos atos administrativos importa em princípio inerente à Administração, como forma de assegurar a busca pelo interesse público, da melhor maneira possível. Assim sendo, em respeito ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direitos será apreciada pelo juízo competente.

Para que o controle judicial possa ser devidamente exercido, é necessário que existam instrumentos aptos à garantia deste exercício. Para tanto, existem modalidades específicas e inespecíficas de controle judicial.

Os meios inespecíficos são aqueles em que qualquer pessoa poderá pugnar por seus direitos na esfera judicial, ou seja, os meios inespecíficos são representados por aquelas ações judiciais onde qualquer jurisdicionado podem se socorrer, são as ações que não exigem necessariamente a presença do Estado em qualquer dos polos

da relação processual, enquanto que os meios específicos tratam-se daquelas ações que exigem a presença no processo das pessoas administrativas ou de seus agentes.

As ações judiciais de controle sobre a Administração podem ser utilizadas tanto em caso de lesão efetiva, quanto na hipótese de ameaça a direito ou interesse particular. Geralmente o controle judicial é realizado posteriormente à expedição do ato, ou seja, depois que os atos são produzidos e ingressam na esfera jurídica é que o Judiciário atua, mediante provocação do jurisdicionado.

Todavia existem situações peculiares que autorizam o controle prévio do Judiciário, que ocorre como um meio de evitar que direitos individuais ou coletivos sejam irreversivelmente violados, sem que haja a possibilidade de seu reestabelecimento. Tal controle se fundamenta por ser assegurado a qualquer pessoa a tutela jurisdicional em face de eventual ameaça de lesão a direito.

As leis processuais preveem a tutela preventiva, ensejando a possibilidade de o juiz sustar os efeitos de atos administrativos através de medidas preventivas liminares, quando presentes os pressupostos de plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o risco de haver lesão irreparável pelo decurso do tempo (*periculum in mora*). Tais medidas, além de contempladas no estatuto processual comum, têm previsão em leis especiais, como a que regula o mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009); a ação popular (Lei nº 4.717/1965); e ação civil pública (Lei nº 7.347/1985)¹⁴.

Mencione-se, novamente, os elementos específicos para a criação do ato administrativo, no sentido de esclarecer a atuação do controle jurisdicional. O ato administrativo é composto por cinco elementos, ou requisitos, específicos, quais sejam a competência, a finalidade, a forma, o objeto e o motivo, que são os pressupostos necessários para a sua validade.

Acontece que o ato administrativo se subdivide em duas espécies, quais sejam o ato vinculado e o ato discricionário. O ato vinculado terá todos os seus elementos previamente determinados na legislação que autoriza a sua expedição, assim qualquer violação ou descumprimento representará sempre o descumprimento da lei, logo o ato vinculado se sujeita a vício único de ilegalidade e as ilegalidades estão, em qualquer caso, sujeitas a controle pelo Judiciário no exercício da tutela jurisdicional¹⁵.

O ato discricionário, por sua vez, ao contrário do vinculado, não delimita previamente de maneira integral a situação fática, transferindo ao agente análise da eventual ocorrência da hipótese de incidência que vier a atender critérios de caráter administrativo, quais sejam a oportunidade e a conveniência. É o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo maior liberdade de atuação, com o devido respeito aos princípios administrativos.

Mesmo no ato discricionário, alguns requisitos são previamente especificados, enquanto o motivo e o objeto são passíveis de escolha pelo administrador. Esses aspectos que suscitam tal ponderação é que constituem o mérito administrativo.

¹⁴ CARVALHO FILHO, J.S.. *Op.Cit.*, 2014, p. 1034.

¹⁵ A Administração também aprecia e controla as próprias ilegalidades através do exercício da autotutela. Porém, em lei (9.784/99) há previsão de limite temporal de cinco anos para seu exercício.

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes são vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público¹⁶.

Acontece que, o órgão jurisdicional não possui plena liberdade para apreciar as escolhas realizadas pelo administrador, motivo pelo qual a doutrina afirma que o controle jurisdicional não poderá ser realizado com relação à conveniência e oportunidade da elaboração do ato.

4 Extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários

De toda análise efetuada até aqui, podemos extrair que apenas o ato administrativo discricionário é eivado de mérito optativo, ou seja, apenas esta espécie de ato possui motivo e objeto passíveis de apreciação pelo administrador quanto à sua edição, sob o enfoque do que busca atingir no caso concreto. Em síntese, mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e a oportunidade, cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública.

Antes da edição da Constituição Federal de 1988, afirmava-se que o Judiciário não poderia examinar o mérito dos atos administrativos. Inúmeros são os julgados em que o jurisdicionado pleiteia a revisão de determinado ato exarado pela Administração, onde o julgador ao perceber que o pedido era relativo a uma decisão discricionária do administrador, quiçá chegava a examinar o pleito sob a argumentação de tratar-se de fato estranho à sua competência jurisdicional. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

O mérito se trata de vocábulo consagrado no Direito brasileiro e que, durante muito tempo, tem servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração. [...] O exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito insuscetíveis de controle judicial. [...] Se o juiz se deparasse com um conceito jurídico indeterminado na lei, como interesse público, utilidade pública, urgência, notório saber, moralidade, ele simplesmente se eximia do dever de apreciar tais aspectos, sob a alegação de que se tratava de matéria de mérito¹⁷.

Mais recentemente, após a edição da Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido à esta ideia de indiscutibilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

Houve considerável evolução no controle judicial sobre os atos administrativos, com grandes avanços sobre a análise do mérito administrativo. Com o decurso do tempo, diversas teorias foram elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. Importante ponderação sobre a evolução do controle do mérito é feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando sintetiza que,

¹⁶ CARVALHO FILHO, J.S.. *Op. Cit.*, 2014, p.125.

¹⁷ DI PIETRO, M.S.Z. *Op. Cit.*, 2014, p. 226.

A grande diferença que se verifica com relação à evolução do mérito, sob o aspecto de seu controle judicial, é a seguinte: anteriormente, o Judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação judicial da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, a priori, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado por uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação de poderes¹⁸.

Necessária, portanto, a análise das principais teorias que justificam o controle judicial do mérito administrativo.

A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público. O desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diverso do que a lei fixou, ou seja, comete abuso, excesso ou desvio do poder, quando fundamenta a edição de atos normativos visando atingir interesses escusos, alheios à busca do interesse público, implicando na violação dos limites da lei, ocasionando a ilegalidade do ato.

Quando isso ocorre, fica autorizado o Poder Judiciário a decretar a nulidade do ato, visto que a Administração fez o uso indevido da discricionariedade. Deve ser levada em conta a premissa de que o interesse público encerra o interesse da coletividade, ou seja, busca um interesse além do indivíduo. O interesse do indivíduo é tutelado pelo direito civil, e tem como pano de fundo a propriedade privada, enquanto o interesse público é tutelado por uma série de princípios e normas que versam sobre o direito público.

O interesse individual será relativo à autonomia da vontade, enquanto que, perante a Administração, contrariamente, está-se no reino da finalidade obrigatória que é a busca incessável pelo bem estar coletivo. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 52), “na propriedade a vontade é comandante; na administração, a vontade é serviente”.

É importante notar que qualquer atitude tomada pelo administrador que não vise única e exclusivamente ao atendimento do interesse público, é eivada de vício posto que a vontade do administrador como indivíduo, não deve ser, sequer, levada a efeito. Logo, se ele, expede um ato administrativo visando a atingir interesse próprio, escuso, alheio ao interesse público, há o desvio de poder. Entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição.

O desvio de poder se trata de uma modalidade de “abuso de direito”,

Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível

¹⁸ DI PIETRO, M.S.Z. *Op. Cit.*, 2014, p. 228

em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica.

Tratando-se, como se trata, de um comportamento que desgarrar do fim legal, é, em suma, uma transgressão da lei. Por isso o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade¹⁹.

A teoria dos motivos determinantes por sua vez, permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato. Esta teoria baseia-se no princípio de que o motivo dado pelo administrador para a expedição do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade.

Quando a motivação de um ato apontar determinado motivo como fundamental para aquela decisão ou medida, ele passa a vincular a validade do ato. Este motivo assinalado deve ser verídico e existente. Ao contrário, quando este motivo for inverídico ou inexistente, caberá ao Judiciário decretar a ilegalidade desta motivação, anulando o ato com efeitos “*ex tunc*”. Esta teoria é aplicada a todos os atos motivados, sejam eles vinculados, discricionários e até mesmo os atos “*ad nutum*”²⁰.

Se acontecer de uma motivação constar mais de um motivo como determinante para a expedição do ato, e vários destes forem comprovadamente inverídicos ou inexistentes, basta que apenas um deles seja considerado verídico e existente para que a anulação do ato não ocorra. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos dados pelo administrador para a expedição do ato, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é uma causa geradora da discricionariedade, também reconhecida como uma das razões que dão ensejo ao controle judicial dos atos discricionários.

A aceitação de conceitos jurídicos que possuem mais de um significado decorrente exclusivamente da zona de interpretações possíveis de um mesmo signo, permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados mérito.

Sustenta-se que, quando o legislador emprega esse tipo de conceito, não haverá, necessariamente, a discricionariedade, isso porque ela não existirá se houver elementos objetivos extraídos da experiência, que permitam a delimitação do intuito legal, chegando-se a uma única solução válida diante da norma.

Exemplo citado pela doutrina consiste no afastamento de ofício, do funcionário público em situações de incapacidade. O único sujeito hábil a afirmar tratar-se de incapacidade seria um perito técnico no assunto, não havendo a possibilidade do administrador decidir por critérios subjetivos.

A chamada constitucionalização de princípios da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Op. Cit.*, 2012, p. 57.

²⁰ São atos que não dependem de motivação, mas foram espontaneamente motivados. Esta motivação, ainda que desnecessária, passa agora a vincular o responsável pela edição do ato, quanto à sua veracidade e existência.

Com essa teoria o conceito de legalidade adquiriu um novo sentido, mais amplo, que abrange a necessidade de respeitar ao máximo não só os atos normativos propriamente ditos, mas também os princípios e valores previstos expressa e implicitamente na Constituição. O entendimento atual passou a sustentar que nossa lei maior deve ser amplamente respeitada, incluindo-se aí também o respeito às regras e aos princípios nela consagrados. Afirma-se que a Constituição não pode ser encarada como uma mera carta de intenções, mas sim, como uma lei plenamente hábil a produzir plenos efeitos desde a sua elaboração²¹.

No preenchimento dos elementos em branco ou indefinidos, o administrador escolherá fatos e circunstâncias que motivem o preenchimento destes elementos demonstrando ser oportuno e conveniente a prática deste ato ao interesse público. A escolha desses fatos e circunstâncias deverá obedecer às intenções e limites da lei, ou seja, os fatos e circunstâncias devem ser razoáveis e proporcionais, portanto adequados aos limites legais.

A partir do momento em que o legislador fundamenta a prática de seus atos com motivos inconvenientes ou inoportunos, estará ele infringindo a lei, e portanto, tais atos serão passíveis de controle judicial.

Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação tem que ser aceita em seus devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por outras palavras, o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito²².

É importante ressaltar que, ao Judiciário caberá a análise das opções cabíveis ao administrador no caso concreto que atingem à finalidade da edição do ato, com o devido respeito ao interesse público. É necessário verificar se a opção adotada pelo administrador estava presente dentre as existentes, sendo que em caso positivo, o ato é regular e deve prevalecer, ainda que o juiz entenda que outro deveria ser o ato adotado.

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto²³.

A opção do administrador, desde que seja plenamente aplicável, deve sempre ser respeitada quando observar a legalidade, ainda que outra pareça melhor ao juiz, isso porque, a discricionariedade é cabível para o administrador, e não para o órgão julgante.

²¹ É esse o principal argumento que assegura a judicialização dos atos exarados pelo administrador, isto porque, como os princípios estão inseridos em nosso documento constitucional maior, qualquer atitude emanada por quem quer que seja competente, passa a ser passível de apreciação do Judiciário, para verificação do respeito ao mandamento constitucional.

²² DI PIETRO, M.S.Z. *Op. Cit.*, 2014, p. 228

²³ BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Op. Cit.*, 2009, p. 426.

As decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivo ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato. Poder-se ia afirmar que estão controlando no sentido antigo da expressão, mas não no sentido atual. Somente se pode falar em mérito, no sentido próprio da expressão, quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo Judiciário. **Não se pode confundir controle de mérito com controle dos limites legais da discricionariedade**²⁴ (g.n.).

Ao analisar o caso concreto, o juiz verificar que a atuação do administrador está fora das opções possíveis, o ato adotado estará eivado de vício, por ser inoportuno ou inconveniente, ou ainda, por desrespeitar à sua finalidade máxima, qual seja, a busca pelo atingimento do interesse público. Neste caso, o controle judicial deverá ser plenamente exercido, com a determinação judicial de que o ato analisado deve ser anulado, com a devida expedição de um novo ato que respeite à conveniência e oportunidade de sua expedição. Esta teoria dá ensejo a duas situações no caso concreto: ela limita a discricionariedade do administrador, ao mesmo tempo que amplia o poder de controle do Judiciário.

5 Possibilidade de controle judicial de Atos Administrativos que visam o implemento de políticas públicas

São direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, tudo na forma do disciplinado pela Constituição Federal. Trata-se de um desdobramento da perspectiva do Estado Social de Direito, sendo reconhecidos como os de segunda dimensão, assim, impõe ao Estado um dever de prestação positiva (“direitos prestacionais”), e tendem a concretizar uma perspectiva de isonomia substancial e social.

No período em que a Constituição fora redigida, nosso país passava por um processo muito forte de redemocratização, saindo de um longo período de desrespeito aos direitos fundamentais, e por esta razão o constituinte originário deu grande abrangência aos direitos sociais, e sua disciplina está descrita por toda Constituição.

Os direitos sociais se submetem a um processo gradual de concretização, isso porque estão previstos em normas constitucionais programáticas, com a necessidade de integração ou complementação, e a sua implementação, em regra, é onerosa, ficando na dependência da existência de recursos financeiros e orçamentários, que são finitos.

As normas constitucionais, entretanto, mesmo programáticas, são dotadas de eficácia jurídica, ou seja, aquilo que está previsto na Constituição Federal, não deve ser encarado como promessa constitucional inconsequente.

²⁴ DI PIETRO, M.S.Z. *Op. Cit.*, 2014, p. 228.

O Brasil ratificou o pacto de São José da Costa Rica, o qual determina que os Estados-partes comprometeram-se a adotar providências no intuito de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos sociais, na medida dos recursos disponíveis, por todas as vias apropriadas. Como o tratado fora devidamente ratificado, ele é pleno e eficaz, não podendo ser encarado como letra morta, razão pela qual, atualmente todas as esferas de poder se mobilizam para atingir os fins estipulados pela legislação vigente²⁵.

Os direitos sociais tendem a ser concretizados por intermédio da criação das políticas públicas, as quais são criadas pelo governo para atingir os anseios da sociedade, que clama pelo pleno desenvolvimento determinado por nossa Constituição.

As políticas públicas têm foco de interesse no direito público, por tratar-se de um instrumento de realização social, embora não exista delimitação jurídica para tanto. Esta matéria transita livremente entre a ciência política, o direito constitucional e o direito administrativo.

Atualmente, a pressão social exercida pelo Poder Judiciário e também pela própria sociedade que tomou consciência do fator de imposição que exerce, passou a ser considerada pelo Poder Executivo, de forma que observamos, atualmente, uma verdadeira tentativa de busca pelo bem comum, ou seja, o implemento desses direitos subjetivos acontecem num grau de concretização muito mais factível do que outrora.

É dever do Estado a realização das ações efetivas, sendo assim, caberá a ele atuar incessantemente pelo atingimento do desenvolvimento social. Não poderá deixar de agir sob a mera alegação de que não dispõe de verbas para tanto, pois é notório e sabido por todos que os recursos para o implemento das políticas públicas são finitos, entretanto, tal argumento é demasiadamente fraco frente a força imperativa de concretização dos direitos sociais e da necessidade estatal de busca do bem estar social, não podendo ser utilizado para refutar a atuação estatal.

A Constituição Federal de 1988 fora elaborada com a característica de ser programática e dirigente ou diretiva. Assim, por meio dos programas vinculantes de governo, ela preordena a atuação do administrador, não importando qual ideologia partidária encontra-se no poder, visando sempre um ideal a ser concretizado.

No intuito de dar liberdade maior ao administrador na busca do melhor desenvolvimento da sociedade que administra, é que lhe fora concedida a possibilidade de elaboração e implemento das políticas públicas, visando sempre o interesse público.

A constituição impõe seus objetivos sociais, ou seja, fixa as metas estatais que são as direções para o Estado seguir, entretanto, não determina os meios exatos para que esses fins sejam alcançados. Esse é, como fora explanado anteriormente,

²⁵ “Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. Cf. BRASIL, Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

um dever da Administração, que na busca incessável pelo “bem comum”, concretiza interesses públicos.

Desta maneira, as políticas públicas são definidas como “o governo em ação”, ou seja, o governo elabora um projeto definido, para então mobilizar recursos orçamentários, humanos, informacionais, legais e logísticos, para concretizar o objetivo traçado no projeto criado. Maria Paula Dallari Bucci, sintetiza que

Política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas, cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito²⁶.

As políticas públicas são os instrumentos ofertados ao governante eleito, que na condição de administrador da máquina pública, deve realizar o bem comum, implementando-as por atos que poderão ser vinculados ou discricionários, de acordo com a margem de liberdade que lhe é concedida.

Diante do quadro que fora desenhado, os poderes originariamente competentes para a elaboração, criação, desenvolvimento e implemento das políticas públicas, quedaram-se lentos, quando não inertes, na efetivação dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Muitas das políticas públicas previstas têm suas premissas materiais fundantes estabelecidas no texto constitucional, as quais são implementadas lentamente, ou ainda, parcialmente (quando não são simplesmente menosprezadas), apesar da grande demanda social que pugna por sua concretização.

A demora no implemento de políticas públicas se deu porque, diante da posição privilegiada da Administração Pública, outros interesses foram prestigiados em detrimento daqueles que realmente tendem a buscar igualdade social. Eventual descaso da Administração e do Legislativo, que tomam tempo e recursos públicos com temas alheios ao interesse público, levaram os jurisdicionados a socorrerem-se do Judiciário, no intuito de finalmente conseguirem ter seus direitos vislumbrados.

Esclareça-se que nos moldes em que foi elaborada, a Constituição Federal de 1988 é deveras analítica, fruto de uma constitucionalização abrangente. Assim, ela trata das mais variadas temáticas, o que potencializa a possibilidade do judiciário discutir todos os temas que nela estão inseridos.

O Poder Judiciário no implemento destas políticas passa a ser protagonista quando, “atuando no papel de guarda da vontade geral contida nos princípios positivados na ordem jurídica, [o Judiciário] surge como alternativa importante para a garantia da cidadania, no contexto de uma pauta de facilitação do acesso à justiça”²⁷.

É justamente no momento em que toma para si o papel de protagonista da concretização de políticas públicas que foi possível visualizar um aumento descomunal da atuação do Judiciário, posto que é direito consagrado

²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10.

²⁷ SILVA, Jeovan Assis da; FLORÊNCIO, Pedro de Abreu e Lima. Políticas judiciais no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas no Brasil. Revista do serviço público. Brasília, 2011, p. 120.

constitucionalmente o acesso à ele, ou seja, a Constituição expressamente determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Essa situação de protagonismo jurídico levou, atualmente, ao grande destaque de nossa Suprema Corte Constitucional que passou a assumir papel relevante no debate das grandes questões nacionais, transformando-se no grande articulador dos debates políticos. É essa, inclusive, a grande questão teórica analisada no artigo de Oscar Vilhena.

[...] ampliação do papel do direito e do judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas. Neste momento, recorre-se ao judiciário como guardião último dos ideais democráticos. O que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia.

Difícil julgar se o fenômeno da supremocracia é positivo ou negativo, ainda mais quando o discutimos no contexto de inúmeras decisões importantíssimas do Supremo. [...] por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas²⁸.

A inércia dos Poderes competentes dá ensejo a uma atuação judiciária que embora inflada, é correta e pertinente em muitos pontos, sendo ainda objeto de críticas infundadas por parte daqueles que não concordam com ela, dando um caráter pejorativo à essa atuação.

Observa-se que a omissão na tomada de decisão sobre políticas públicas não é algo que se dá exclusivamente por proclamada insuficiência de recursos, mas pelo exercício do poder; não colocar em pauta temas que não interessam aos grupos que detém o poder. Quando o Poder Judiciário, exercendo sua função judicante, decide sobre políticas públicas, os que trabalham para deixá-las encobertas ou latentes se manifestam contra, com o argumento simplista de ingerência judicial nas políticas públicas, ativismo judicial ou outras denominações²⁹.

O aumento da influência exercida pelo Poder Judiciário está relacionada com o enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática desenhada como conhecemos. Foi uma opção do legislador constituinte dar essa larga margem de atuação ao Poder Judiciário³⁰ que acarretou na atualmente discutida crise de transição paradigmática, visto que resta evidente que essa atuação poderá resultar não apenas na mera interpretação da lei, mas agora também atuará como verdadeiro fiscalizador e aplicador dos direitos que nela estão positivados.

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Rev. Direito GV, Dez. 2008, vol. 4, n.º2, p.443.

²⁹ SANTOS, Paulo Ernani Bergamo. *Poder Judiciário e Políticas Públicas*. In Rev. Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2014, p. 225.

³⁰ Por meio do controle constitucional concentrado e também pelo controle difuso.

A Assembleia Constituinte de 1988 deu ao Poder Judiciário matéria-prima que lhe permite adentrar em questões morais que no mais das vezes residem no campo das opções políticas e legislativas da sociedade, ou que deveriam ser desenvolvidas em um processo de amadurecimento com ampla participação dos atores sociais³¹.

É por estas razões que o Judiciário inflou-se sobremaneira no cenário atual, e seu protagonismo passou a ser evidente, em face dessa mencionada omissão dos demais Poderes em solucionar as questões até aqui abordadas. O Poder Judiciário atua cada vez mais como protagonista na solução destas demandas para resolver sobre os direitos sociais, o que tem suscitado um debate sobre os limites da atuação judicial nessa temática.

6 Conclusão

O presente artigo se propôs ao exame do controle dos atos expedidos pela Administração Pública como um dos instrumentos mais importantes que visam garantir a prevalência do Estado Democrático de Direito. As formas de controle atualmente existem para assegurar uma atuação escorreita por parte de qualquer integrante da Administração Pública, esclarecendo quais os atos e atitudes praticadas pelo administrador e pelos funcionários públicos são passíveis de ser submetidas à controle.

O Poder Judiciário de maneira ampla está cada vez mais atuante em setores políticos da Administração Pública, seja para julgar as escolhas efetuadas pelos verdadeiros competentes, seja para agir nos casos de omissão deliberada.

Tal atitude, como toda ação humana, possui sua face positiva, bem como a face negativa. Essa atitude percebida atualmente em todo o Judiciário, desde o juiz de primeiro grau, até mesmo ao Ministro do Supremo, confere grande poder de atuação ao Magistrado, que se usado de forma incontrolável ou então exacerbada, poderá provocar grande crise institucional. Entretanto, é evidente que os guardiões da lei, não devem quedar-se inerte ante casos concretos de evidente afronta aos direitos fundamentais.

É muito tênue a linha que baliza uma atuação protetora dos direitos e garantias fundamentais com uma atitude extremada pautada pela afirmação de que o Judiciário chegaria ao ponto de legislar, invadindo competência alheia à sua judicante.

No Estado Democrático de Direito, o bem estar social deve ser o objetivo visado por toda e qualquer instância pública, razão pela qual toda atitude perpetuada por todo e qualquer funcionário público, deve ser pautada pelos princípios que regem o Direito Público de uma forma geral.

Dado esse caráter, a necessidade de controlar os atos são mais do que evidentes, elas são pujantes à estabilidade e bom funcionamento do setor público na vida de todos os administrados.

Com relação ao objeto final desta pesquisa, percebe-se que o constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do Século XX e ela

³¹ FERREIRA, Eber de Meira. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 66.

prevalece no Brasil com a redemocratização e a Constituição Federal. O Constitucionalismo não implica em democracia, na verdade trata-se do poder limitado e respeito aos direitos fundamentais, enquanto democracia é a soberania popular e governo da maioria.

Entre constitucionalismo e democracia, muitas vezes surgem tensões, em razão de ação ou omissão dos poderes competentes. Para arbitrar essas tensões criou-se a Suprema Corte ou o Tribunal Constitucional. O Supremo, no Brasil, desempenha dois grandes papéis. O primeiro é o de ser contra majoritário, ou seja, o órgão sobrepõe a sua vontade e a faz prevalecer sobre a vontade do legislativo ou do executivo. Esse papel contra majoritário sempre mobilizou a doutrina sobre se ele seria ou não democrático. Afirma-se que ele é democrático porque isto é feito em nome e em reforço da democracia, tendo em vista que a democracia é mais do que a simples vontade popular.

O outro papel é o de órgão representativo. Este papel é negligenciado pela doutrina que não cuida dessa circunstância, porque na democracia todo poder político é representativo, de modo que o judiciário também desempenha um papel representativo.

O Judiciário precisa intervir para atender as necessidades sociais, devendo levar em conta o sentimento majoritário da opinião pública, entretanto ele não pode ser subordinado à essa opinião pública, não pode ser mais uma instância da política majoritária, isso porque as vezes a democracia depende de um órgão autônomo e independente que diga não, inclusive às maiorias quando elas tenham abusado.

Em suma, os desdobramentos dos processos democráticos, econômicos e de integração dos atos administrativos exarado para a concretização de políticas públicas merecem atenção especial quando relacionados ao contexto do controle judicial desses atos políticos, tendo em vista um conjunto, por um lado, de características que são peculiares a este formato jurídico, e, por outro, de singularidades que permeiam sua posituação. Estes elementos interferem decisivamente sobre premissas, o desenvolvimento de considerações e o resultado de análises.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discrecioniedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas*, 2009.

BRASIL, Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Eber de Meira. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08122014-161522/>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Controle da administração pública pelo Ministério Público (Ministério Público defensor do povo)*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Paulo Ernani Bergamo dos. Poder Judiciário e Políticas Públicas. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, São Paulo, v. 5, p. 219-238, 2014.

SILVA, Jeovan Assis da; FLORÊNCIO, Pedro de Abreu e Lima. Políticas judiciais no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, v. 62, n. 2, p. 119-136, abr./jun. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. Direito GV*, v. 1, 4, n. 2, p. 441-461, dez. 2008.

Recebido em: 4 de março de 2018.

Aceito em: 16 de agosto de 2018.

EMPRESA SOCIAL E O SEU PAPEL AMPLIADOR DA NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

SOCIAL ENTERPRISE AND ITS IMPACT ON ENLARGING THE IDEA OF SOCIAL ROLE OF BUSINESS

Roberto Henrique Pôrto Nogueira^I 
Leila Bitencourt Reis da Silva^{II} 

^I Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), Programa de Pós-Graduação em Direito, Ouro Preto, MG, Brasil. Doutor em Direito Privado. E-mail: portonogueira@gmail.com.

^{II} Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), Ouro Preto, MG, Brasil. Mestranda em Direito. E-mail: leilareis091@gmail.com.

Resumo: É comum relacionar ações em prol de melhorias sociais às entidades sem fins lucrativos em detrimento de entes do segundo setor. Porém, as empresas sociais têm contribuído para relativizar essa divisão hermética entre a busca por lucros e a finalidade de amenizar dificuldades advindas da desigualdade econômica. Assim, objetiva-se sumarizar as principais características da empresa social para compreender em que medida esse modelo interfere no entendimento de função social da empresa conforme as concepções da igualdade como virtude soberana articulada por Dworkin. Conclui-se que, ao primar pelo desenvolvimento das capacidades dos indivíduos e da efetivação da condição de agente dos afetados por suas ações, a empresa social colabora com concretização do ideal de igual respeito e consideração dworkiniano. Para tanto, fez-se uso de processo de estudo jurídico-descritivo de dados advindos de fontes primárias e secundárias sobre os principais aspectos da empresa social, com destaque para o fato de que a centralidade do valor social a diferencia da responsabilidade social empresarial. Portanto, amplia-se a concepção de função social da empresa ao conceber sua aptidão eventual para assumir objeto híbrido, que supera a perspectiva minimalista de função social (geração de riquezas e empregos, recolhimento de tributos, não gerar prejuízos a *stakeholders*).

Palavras-chave: Empresa Social. Virtude Soberana. Igualdade. Função Social da empresa.

Abstract: It's common link actions for social improvements to non-profit entities, in opposition to entities of the second sector. However, the social enterprises have contributed to relativize this hermetic division between the purpose of seeking profits and alleviating the difficulties from economic inequality. Thus, it aims to present the main characteristics of the social enterprise to understand the influence of this model on the conception of social role of businesses, studied by the conceptions of equality as a sovereign virtue articulated by Dworkin. It's possible to conclude that, by priming for the development of the capacities of the individuals and for the effectiveness of the condition of agent of those affected by their actions, the social business collaborates with the realization of the ideal of Dworkin about equal respect and concern. To achieve that, a juridical-descriptive process of study is used beyond primary and secondary sources about the main factors of social enterprise, with emphasis on the fact that the centrality of social value differentiates the social business from the businesses social responsibility. Thus, the conception of the social role of business is extended to conceive its eventual aptitude to assume hybrid object, which surpasses the minimalist perspective of social role (generation of richness and jobs, tax payment, non-promotion of losses to the stakeholders)

Keywords: Social Enterprises. Sovereign Virtue. Equality. Social role of the business.

Sumário: 1 Considerações iniciais; 2 A empresa social; 3 Função social da empresa; 4 A busca pela igualdade como virtude soberana; 5 Empresa social e a noção de função social da empresa; 6 Considerações finais; Referências.

Considerações iniciais

Dentre as consequências geradas pelo sistema econômico vigente, destaca-se o aumento da desigualdade social que, como consequência, impulsiona uma série de discussões acerca de alternativas ao empreendedorismo exclusivamente pautado pela lógica individualista econômica. Nesse contexto, surgem propostas de modelos de organizações que acrescentam ao objetivo da empresa a geração de valor social, por meio do sistema de oferta de produtos e serviços que consigam influenciar na redução das dificuldades enfrentadas por pessoas com baixa renda.

As empresas sociais - também chamadas de negócios sociais, negócios de impacto social, negócios inclusivos empreendimentos sociais, dentre outros - ganham destaque no cenário mundial em 2006, após o economista Muhammad Yunus, também conhecido como o banqueiro dos pobres, ganhar o Prêmio Nobel da Paz.

Pode-se afirmar que, a princípio, os negócios de impacto aparecem como uma tentativa de promover inclusão no sistema capitalista, ou seja, é uma opção para aquele que almeja empreender com um propósito.

A partir disso, devido à tradição da busca do lucro típica das atividades empresárias, indaga-se acerca da relação ou influência das empresas sociais para com a noção de função social da empresa. Para tanto, cabe distinguir função social da empresa de responsabilidade social, assim como dedica-se à categorização da empresa social fora do âmbito exclusivo do terceiro setor.

O objetivo precípua é compreender em que medida a empresa social remodela a função social da empresa, tendo por base as concepções de igualdade elucidadas por Dworkin.

Para tanto, pretende-se fazer uso de processo de estudo jurídico-descritivo a partir do uso de dados advindos de fontes primárias e secundárias que tratam dos principais aspectos da empresa social. O tema é relevante para descortinar possibilidades, à empresa e ao Direito Empresarial, de desempenho de papel menos periférico na efetivação do mandamento constitucional de promoção de existência digna, conforme os ditames da justiça social, em especial de redução de desigualdades regionais e sociais.

2 A empresa social

Empresa social tende a conglobar aspectos ou objetivos tidos, usualmente, como antitéticos, quais sejam, a busca pelo lucro e a promoção do ganho social para certo público.¹

Muhammad Yunus é considerado como um dos precursores da empresa social no mundo. Suas ações baseiam-se na inspiração de contribuir, de alguma forma, para amenizar as desigualdades extremas causadas pelo capitalismo e pela concepção de mercado livre. Como professor de Economia, posiciona-se a favor da globalização, mas no sentido em que esta também gere ganhos para os que precisam

¹ OLIVEIRA, Edson Marques. Empreendedorismo social no Brasil: atual configuração, perspectivas e desafios – notas introdutórias. In: *Revista da FAE*, Curitiba, v.7, n.2, p.9-18, jul-dez. 2004. Disponível em: <<https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/416>>. Acesso em: 04 dez. 2017, p. 11.

e não como meio no qual somente os mais fortes se beneficiem economicamente. Assim, a proposta de Yunus, ganhadora do Prêmio Nobel da Paz no ano de 2006, é a de que a atividade empresarial possa ter um propósito maior do que o enfoque apenas na obtenção de lucros advindos da venda de produtos de luxo para pessoas que não precisam desses itens como meio para sobreviver.²

Sobre a concretização dessa ideia, o professor relata que, repetidamente, precisa responder à seguinte pergunta: quem investiria em um negócio que não gera lucros? Como resposta, Yunus explica que não é raro haver doações para entidades sem fins lucrativos. Logo, são possíveis investimentos em empresas sociais. A questão é que as empresas sociais, apesar de não proporcionarem lucro ao investidor, podem comprometer-se a, pelo menos, devolver o valor investido, pois sustenta-se com o rendimento obtido.³

O caso do Banco Grameen, fundado por Yunus em 1983 em Bangladesh, é elucidativo. O banco surge com o objetivo de realizar empréstimos de pequenos valores – o chamado microcrédito – para pessoas em situação de extrema pobreza, em especial às mulheres, com o intuito de iniciarem um empreendimento. No discurso do recebimento do Prêmio Nobel em 2006, Muhammad declarou que o banco realizou empréstimos para quase 7 milhões de pessoas por mais de 73 mil aldeias de Bangladesh, nos quais 97% são mulheres e que engloba um valor total de 6 bilhões de dólares, com taxa de liquidação dos empréstimos de 99%. Sem depender de doações desde 1995, o empreendimento permitiu a 58% dos tomadores de empréstimos saírem da linha da pobreza. Anunciou ainda que o banco havia aberto uma linha de crédito para pedintes, que já somavam 85 mil e que, em 2006, 5 mil já haviam saído das ruas.⁴

Para a criação de um negócio social, dentre os formatos possíveis, Muhammad Yunus propõe a divisão em dois principais modelos. O primeiro é uma empresa cuja atividade dedica-se a dar assistência médica aos pobres ou proteção ao meio ambiente, por exemplo. Porém, é em relação à destinação dos lucros que elas marcam diferença e relação às empresas em geral. Os investidores têm ciência de que não receberão o lucro gerado, visto que será direcionado para ações que visam a reduzir a pobreza. O objetivo da atividade não é, portanto, a maximização dos lucros para o empresário, que tem motivações de outras sortes, como os de ordem psicológica, emocional e espiritual. Porém, resguarda-se ao investidor a perspectiva de recebimento, de volta, do valor aplicado. Assim, o empreendimento funciona de forma a não depender de doações, tendo como fonte de suporte para seus negócios o próprio lucro obtido.⁵

O segundo tipo consiste no quadro societário composto por pessoas desprovidas de recursos, seja pela venda de ações/quotas a preços módicos, seja por meio de empréstimo de microcrédito, que podem ser pagos posteriormente com o

² YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Ática 2008, p. 21-23.

³ YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Ática 2008, p. 175.

⁴ YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Ática 2008, p. 237-244.

⁵ YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Ática 2008, p. 42.

lucro gerado. Assim, apesar de haver distribuição de dividendos neste caso, o impacto social consiste em direcioná-los para os que dele precisam. Este é o caso do Banco Grameen, em que 94% dos sócios são os tomadores de microcrédito.⁶

A empresa social é, portanto, a atividade que objetiva contribuir com a melhoria de problemas sociais e ambientais, porém, com a estrutura de um empreendimento organizado de forma a ser competitivo e eficiente no mercado. Seja por meio da não divisão de lucros entre acionistas, seja a empresa social uma EML - Empresa Maximizadora dos Lucros, o principal caracterizador é a finalidade altruística almejada por aqueles que promovem a atividade empresarial.⁷

A empresa social diferencia-se das ações promovidas pelos movimentos sociais porque geralmente estes são informais e espontâneos, aspectos que contrapõem à formalidade e à organização com autonomia financeira e inserção no mercado dos negócios sociais.⁸

Na América Latina, o número de empresas sociais é significativo na seara do microcrédito. Destaca-se o programa *Acción*, em que trinta países latino-americanos e seis cidades americanas concederam 1,7 bilhão de microcrédito destinado para pequenos empresários.⁹

O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) utiliza o termo “negócio de impacto” para tratar de empreendimentos capazes de perseguir, de forma simultânea, lucros e impactos socioambientais por meio da comercialização de produtos e/ou serviços. Com efeito, esses negócios relativizam a divisão estanque entre segundo e terceiro setor, cujo modelo é, assim, híbrido e, de alguma forma, relacionado com inovação – seja na forma de realizar a distribuição, no produto/serviço ou nos preços, por exemplo. São marcados também pelo fato de serem autossustentáveis por meio de seu próprio lucro, ou seja, pelo fato de sua existência depender de doações e afins.¹⁰

As fontes de renda das empresas sociais apontadas pelo SEBRAE são diversas. Como os recursos advindos do próprio empreendedor ou pertencentes a familiares e amigos – chamados de *Family, Friends and Fools* (FFF) e *Love Money*. Doações também podem auxiliar a manter a empresa social. Tem lugar, também, o financiamento coletivo, também chamado de *crowdfunding*, em que a captação de recursos é feita de forma coletiva a partir de uma plataforma digital *on line*. Menciona-se ainda o chamado “Investimento Anjo”, em que pessoas físicas

⁶ YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Ática 2008, p. 42-43.

⁷ BOVO, Cassiano Ricardo Martins. *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 159-162, abr. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482009000100007&lng=en&nrm=isso>. Acesso em: 2 dez. 2017, p. 169-170.

⁸ COMINI, Graziella Maria. *Negócios sociais e inovação social: um retrato de experiências brasileiras*. 2016. Tese (Livre Docência em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/12/tde-15122016-143942/pt-br.php>>. Acesso em: 2 dez. 2017, p. 31.

⁹ JOLIS, Alan; YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. São Paulo: Ática 2008, p. 227.

¹⁰ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO À MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SEBRAE). *O que são negócios sociais?*. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-sao-negocios-sociais,b01e7b008b103410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 3 dez. 2017, p. 4.

investem e prestam orientação para empreendimentos iniciantes, e, como benefício, obtêm retorno financeiro conforme a empresa obtenha lucro. Há, ainda, o Microcrédito Produtivo e Orientado (MPO), um tipo de financiamento destinado aos empreendedores de baixa renda que governo brasileiro oferece desde 2005 com o objetivo de realizar investimentos produtivos fixos, como obras civis e compra de equipamentos.¹¹

No Brasil, em 2017, foi feito um mapeamento da existência desses empreendimentos sociais. Foram encontrados 579 empresários que promovem o negócio social. Dentre esses, 70% são formalizados; 58% são compostos apenas por homens e 20%, exclusivamente por mulheres. Em relação à região onde se instalam 63% estão no sudeste e, dentre as áreas de atuação, as principais são, respectivamente: educação, tecnologia verde, cidadania, saúde e finanças sociais. Quanto aos investidores, predominam aqueles que não realizaram captação de recursos. Em meio aos que receberam investimentos externos, predominam os da modalidade FFF, Investimento Anjo, investidores privados, fundações, editais do governo, *crowdfunding*, aceleradoras e empresas privadas.¹²

Importante mencionar o projeto Brasil 27, iniciativa promovida em parceria entre Rockefeller Foundation, Omidyar, Fundação Avina, Instituto de Cidadania Empresarial e com o Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor (CEATS), sob a coordenação das Profas. Dras. Graziella Maria Comini e Rosa Maria Fischer da Universidade de São Paulo, que mapeou empresas sociais nos 27 estados brasileiros entre março de 2013 e maio de 2014.¹³

Nessa expedição pelo Brasil, vários outros critérios foram utilizados para o enquadramento de negócios como empresa social: finalidade de solucionar um problema socioambiental; promoção de bens e serviços com o objetivo de atender necessidades básicas da população; preponderância do valor socioambiental com o objetivo do negócio; prevalência da replicabilidade em relação à escalabilidade; composição preponderante, do quadro societário, dos trabalhadores, dos fornecedores ou dos clientes compostos por pessoas advindas de situação de vulnerabilidade social, bem como a análise da distribuição de lucros e da dependência de investimentos para início da atividade.¹⁴

Afinal, a empresa social almeja algo além da busca por lucros ao ter como central a amenização da extrema desigualdade gerada pela concentração de renda.

¹¹ SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO À MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SEBRAE). O que são negócios sociais? Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-sao-negocios-sociais,b01e7b008b103410VgnVCM100000b272010aRCRD>>. Acesso em: 3 dez. 2017, p. 13-27.

¹² PIPE. Mapa de Impacto 2017. Disponível em: <<https://pipe.social/mapa2017>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

¹³ COMINI, Graziella Maria. Negócios sociais e inovação social: um retrato de experiências brasileiras. 2016. Tese (Livre Docência em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/12/tde-15122016-143942/pt-br.php>>. Acesso em: 2 dez. 2017, p. 25.

¹⁴ COMINI, Graziella Maria. Negócios sociais e inovação social: um retrato de experiências brasileiras. 2016. Tese (Livre Docência em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/12/tde-15122016-143942/pt-br.php>>. Acesso em: 2 dez. 2017, p. 73.

Dessa forma, “mais do que um conceito, despontam como uma filosofia para repensar e influenciar a forma de se fazer negócios”.¹⁵

Destaca-se ainda que, como qualquer proposta inovadora, a empresa social não está imune a críticas. Parte delas aduz que a empresa social voltada para o consumo continua, na verdade, a alimentar o sistema de mercado capitalista que é, por fim, o grande gerador de tais desigualdades. Desse modo, muitos consideram que somente é empresa social aquela que se liga à promoção de itens básicos como saúde e moradia. Outras críticas sustentam que a empresa social deve buscar valor social e, assim, não deve distribuir lucros individuais, ainda que parcialmente.¹⁶

Ademais, para que se possa compreender o que é empresa social, não se deve confundi-la com a responsabilidade social empresarial. Afirma-se isso porque na responsabilidade social o empresário promove ações altruísticas por mera liberalidade, algo paralelo e periférico face ao primordial objetivo exclusivo de exercício de atividade econômica lucrativa. Dessa maneira, de forma voluntária, o empresário cria fundações e institutos com finalidade de oferecer para a sociedade ações no campo da cultura, da arte, do lazer, da formação profissionalizante, etc. Alerta-se que grande parte dessas ações é, com frequência, promovida com a finalidade de valorizar a imagem do empresário, pois é sabido que essas ações relacionam-se com aumento de demanda de seu produto/serviço no mercado. Deve-se considerar também que essa participação do empresário não é obrigatória, tendo em vista o dever constitucionalmente estabelecido para que o Estado o faça.¹⁷

Significa que a responsabilidade social abrange atividades não relacionadas ao objeto social, configurando-se mera opção do empresário em investir em algo que possa contribuir para a diminuição das desigualdades sociais. Essa iniciativa tem origem nas frequentes falhas do Estado no cumprimento de suas obrigações, bem como se liga à usual ampla divulgação do empresário para que consumidores possam crer que ajudam a sociedade ao consumir determinado produto ou serviço. Outro benefício apontado, advindo dessa prática, é a vantagem tributária que o empresário pode usufruir.¹⁸

Logo, percebe-se que há grande diferença entre a empresa social e a iniciativa empresarial de responsabilidade social, visto que, na primeira, o impacto social é cerne do negócio, o objetivo primeiro da empresa. Por isso, são consideradas como

¹⁵ BARKI, Edgard. Negócios de Impacto: tendência ou modismo? In: *Revista GV Executivo*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 14-17, jan-jun. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/49183/47996>>. Acesso em: 2 dez. 2017, p. 17.

¹⁶ COMINI, Graziella Maria. Negócios sociais e inovação social: um retrato de experiências brasileiras. 2016. Tese (Livre Docência em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/12/tde-15122016-143942/pt-br.php>>. Acesso em: 2 dez. 2017, p. 42-43.

¹⁷ BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no Direito Empresarial? In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Orgs.). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 226.

¹⁸ MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) *Direito Civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 344.345.

“um conceito novo: pois são organizações híbridas que possuem tanto o objetivo social quanto o financeiro em seu escopo”.¹⁹

Se as iniciativas de responsabilidade social não se confundem com empresa social, cabe aferir em que medida esse modelo híbrido de cunho econômico e social repercute na formatação e compreensão da ideia de função social da empresa.

3 A função social da empresa

A propriedade em geral deve, segundo a Constituição, atender a função social. Reforça-se esse mandamento no artigo 170, II e III³⁰, ao estabelecer que, tanto a propriedade privada quanto a sua função social são princípios da ordem econômica. A função social, enquanto fundamento da atribuição do direito de propriedade, promove, conseqüentemente, transformação na propriedade privada empresarial, sem, no entanto, socializá-la.²¹

Nesse rumo, os bens de produção, que integram o estabelecimento empresarial e que são organizados e articulados, contratualmente, no exercício da atividade empresária, sujeitam-se, do mesmo modo, à observância da função social, ainda que voltados à otimização da produção para o mercado. “Sob esse último aspecto, a empresa associada à valorização do trabalho, à manutenção da concorrência, há fundamento para atribuir a empresa utilidade social, certa função social”.²²

Ademais, a função social da empresa é compreendida como o potencial da atividade econômica para gerar riqueza, o que aumenta o grau de bem-estar e o desenvolvimento econômico e social do Brasil.²³

Significa que frequentemente a funcionalização da empresa é atrelada ao fato de que o empresário contribui para os efeitos positivos à circulação de riquezas, à tributação, à geração de postos de trabalho, tudo para além dos limites do próprio Direito Empresarial.²⁴

Assim, considera-se que a empresa cumpre a função social quando consegue “garantir postos de trabalho e gerar riquezas, remunera o capital investido, fazendo

¹⁹ BARKI, Edgard. Negócios de Impacto: tendência ou modismo? In: *Revista GV Executivo*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 14-17, jan-jun. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/49183/47996>>. Acesso em: 02 dez. 2017, p. 14.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2017.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 281-282.

²² CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Breves anotações sobre função social da empresa. *Revista da Associação Mineira de Economia, Belo Horizonte*, v. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/25/23>>. Acesso em: 15 jan. 2018, p. 3-4.

²³ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 262-263.

²⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: volume 1: teoria geral e direito societário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 402 e FIUZA, César; MARTINS, Thiago Penido. A função social no direito privado: uma análise crítica acerca das empresas individuais de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=122e27d57ae8ecb3>>. Acesso em: 20 jan. 2018, p. 79.

frente a obrigações assumidas com fornecedores, cujas atividades merecem igualmente ser preservadas”.²⁵

Pode-se afirmar que essa ideia de função social da empresa está relacionada à questão dos impactos que aquela atividade gera nos chamados *stakeholders*, que são partes direta ou indiretamente ligadas à empresa - englobam acionistas, credores sindicatos, entidades de classe, associações de consumidores, organizações não governamentais de toda natureza e até a comunidade local em que as empresas operam.²⁶

Dentre os principais dispositivos legais relativos à matéria empresarial que mencionam a função social de forma expressa, merece destaque o parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404²⁷, o qual prevê as obrigações e responsabilidades do sócio controlador da Sociedade Anônima – S/A. Na exposição de motivos o legislador explica que o objetivo dessa previsão é fazer com que o este o sócio controlador da sociedade anônima possa colaborar para a concretização da função social da empresa no sentido de respeitar e atender os direitos e interesses para com os demais acionistas, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua.²⁸

A função social da empresa é também prevista no artigo 47 da Lei 11.101²⁹, o qual determina que a recuperação judicial deve concretizar a função social da empresa na medida em que colabora para a manutenção da atividade e, consequentemente, viabiliza a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Apesar do princípio da preservação da empresa almejar a continuidade da atividade viável, nas falências, a depender do impacto negativo do prosseguimento na atuação no mercado e na sociedade em geral, cumprir a função social pode significar a liquidação. Vale dizer, então, que nesse caso, a função social da empresa opera como o cunho limitador, como um parâmetro para determinar se essa atividade continua ou se encaminha para o encerramento definitivo.³⁰

Assim, para os que defendem essa concepção de função social da empresa, basta o seu funcionamento regular para que essa função seja cumprida.

Afirma-se também que a função social da empresa não é mero conselho moral, mas sim um princípio que impõe ao empresário o dever de, em alguma

²⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello Franco; SZTAJN, Rachel. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 913, n. 100, p. 177-191, nov. 2011, p. 9.

²⁶ ALVES, Lauro Eduardo Soutello. Governança e cidadania empresarial. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 41, n. 4, p. 78-86, outubro-dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902001000400009>. Acesso em: 25 jan. 2018, p. 80-81.

²⁷ BRASIL. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre sociedade por ações. Brasília: *Diário Oficial da União*, 16 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 02 jan. 2018.

²⁸ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial – 2º volume. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107.

²⁹ BRASIL. Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: *Diário Oficial da União*, 10 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

³⁰ POMPEU, Ivan Guimarães. *Assembleia geral de credores*. Belo Horizonte: D Plácido, 2015, p. 89-90.

medida, contribuir para o bem comum, no curso do exercício de suas atividades regulares.³¹

Há quem defenda, contudo, que função social não possui apenas conotação externa e atrelada aos ganhos de amplo espectro de suas atividades regulares, de maneira que mesmo “as decisões administrativas devem estar voltadas para o bem comum, sem esquecer do objeto principal da empresa”.³²

Ainda que se cogite essa dimensão positiva da função social da empresa, os deveres negativos dela decorrentes são consagrados pela doutrina. Dessa sorte, a função social impõe atenção aos interesses “externos e internos a serem respeitados: não só o das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da comunidade que ela atua”.³³

Assim, concebe-se a função social da empresa como a razão estruturante da propriedade e dos contratos que envolvem a atividade empresarial. A partir disso, pode-se afirmar que a função social está presente em todos os momentos do funcionamento da atividade empreendedora, tendo em vista que influencia internamente – por meio da interferência direta na forma de utilização dos bens e todas as técnicas e metodologias empregadas - bem como em questões externas – como as práticas mercantis tratadas pelo Direito de Concorrência e nos negócios jurídicos, em especial nos contratos firmados pelo empresário.³⁴

No que diz respeito aos contratos, ressalta-se que a função social também possui eficácia interna – que também acaba por repercutir no equilíbrio entre os contratantes – bem como eficácia externa – que diz respeito ao efeito *interpartes* e se expressa de duas formas. A primeira condiciona, de certo modo, as ações de terceiros que afetam os contratantes, de modo a mitigar a relatividade dos efeitos no contrato (oponibilidade a terceiros). A segunda, por sua vez, conforma comportamentos dos contratantes que afetam terceiros.³⁵

Ao que parece, a empresa social possibilita um entendimento para além dessa concepção de função social há muito repetida na literatura, pois tende a sugerir

³¹ MATIAS, João Luiz Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. 2009. 323 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-06052010-140746/pt-br.php>>. Acesso em: 19 jan. 2018, p. 89.

³² MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito Civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 345-346.

³³ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/238790/mod_resource/content/1/Estado%2C%20Empresa%20e%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20Social%20-%20F%C3%A1bio%20Konder%20Comparato.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2018, p. 44.

³⁴ FERREIRA, Sérgio de Abreu. O princípio da autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito Civil: atualidades III: Princípios Jurídicos do Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 518.

³⁵ BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017, p. 42-44. Disponível em <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_07-art-02_arnaud-pie-belloir-et-al.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

mecanismos e possibilidades não minimalistas de implementação da busca por igualdade concebida como virtude soberana.³⁶

4 A busca pela igualdade como virtude soberana

Ressalta-se a importância de compreender a igualdade e suas matizes de solidariedade para o propósito do estudo uma vez que permite analisar o êxito da empresa social na consecução de propósitos sociais, sejam atinentes à função, sejam próprios da responsabilidade social.

A promoção da igualdade confere legitimidade para uma ação a ser implementada em uma dada comunidade, pois significa a aptidão para o igual respeito e consideração em relação ao destino de todas as pessoas. Assim, esse tratamento igualitário é a virtude soberana de uma comunidade organizada por meio do poder estatal, pois afasta o caráter tirânico que esse poder vir a ter.³⁷

A teoria dworkiniana é considerada liberal abrangente, pois apresenta fundamentos que também se baseiam em valores éticos. Essa teoria tem dois principais pilares: o princípio da igual importância e o da responsabilidade especial. O primeiro preconiza que se dê igual importância, de modo que vidas não sejam desperdiçadas, devido à crença de que todas possam gerar algum resultado considerado benéfico para a pessoa. O segundo, por sua vez, pauta-se no individualismo ético, em que a pessoa é responsabilizada pelas suas escolhas porque foram de fato fruto de sua vontade, livre de coação ou de determinação por situações exógenas.³⁸

Para lidar com essa complexidade, Dworkin trata da liberdade como autonomia, nos moldes do imperativo categórico kantiano, em que a liberdade é também um dever. É justamente nesse ponto que o Direito encontra lugar na discussão, pois a juridicidade complementa a moralidade, por meio da força típica do monopólio estatal de coerção.³⁹

Na teoria dworkiniana discute-se a igualdade como um ideal político a partir da perspectiva das teorias do bem-estar e da satisfação, a fim de verificar se essas perspectivas podem auxiliar na construção na igualdade a ser perseguida. Dworkin explica que estudo da igualdade ao qual se propôs a fazer não se trata de análise sobre o significado da palavra, pois busca, sim, identificar as várias conceituações atribuídas à igualdade para que se possa apontar a melhor teoria, a que faça com que os indivíduos tenham, efetivamente, igual respeito e igual consideração.⁴⁰

Esclarece que, para realizar essa abordagem, são estudadas teorias relacionadas à igualdade distributiva, com o fito de responder qual esquema distributivo consegue fazer com que as pessoas tenham tratamento igualitário. Justifica sua escolha pelas teorias que merecem tratamento, voltando-se para aquelas que se dedicam ao bem-estar e à igualdade de recursos. Logo, o patamar de

³⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. X e XI.

³⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. XV e XVI.

³⁹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. p. XXVI.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p.3-4.

igualdade corresponde ao cenário no qual não haja mais possibilidade de o sujeito ficar com mais bem-estar e recursos, respectivamente.⁴¹

A partir disso, traz como exemplo de importante discussão sobre o direito à igualdade e sobre a questão da distribuição de recursos o caso do pai que possui cada filho com uma peculiaridade – um cego, um *playboy*, um artista e um com pretensões políticas. Cada um, por apresentar características diferentes, possui necessidades diferentes. Por isso, na oportunidade de fazer o testamento, o pai se depara com duas possibilidades: dividir o valor igualmente entre os filhos ou realizar a divisão tendo como parâmetro o alcance de bem-estar de cada um. O autor remete à primeira alternativa à teoria da igualdade de recursos, a segunda, a seu turno, é pautada pela busca pelo bem-estar.⁴²

Dworkin critica o estudo do bem-estar quando este se pauta na distribuição de recursos feita pelos economistas, por meio da elaboração de listas que pressupõem que existe absoluta uniformidade entre as pessoas. Retoma, assim, o exemplo do testamento para reforçar que não se trata de pressupor um bem-estar padrão para todos ou de deixá-los com a mesma quantidade de recursos, mas sim de elaborar o ato de última vontade com o objetivo de alcançar as necessidades diversas dos filhos.⁴³

Assim, o autor ressalta sua discordância e suas críticas às teorias que buscam uma concepção única de bem-estar, às quais denomina “teorias de bem-estar essencial”, pois não acredita que exista única determinação de bem-estar para todas as pessoas e suas peculiaridades.⁴⁴

Por fim, após perpassar correntes teóricas que definem bem-estar, o autor indaga: as concepções de bem-estar que ligam o grau de satisfação à igualdade podem contribuir para a construção dessa igualdade como ideal politicamente atraente? Em sua visão, parece que a resposta é afirmativa. Contudo, isso não basta para o alcance dessa igualdade. Pelo que o autor aponta, essa percepção é importante para captar a intuição sobre quais tratamentos especiais devem ser eleitos em nome da igualdade. Como exemplo, ele destaca a demanda de compreensão de que, para o cadeirante, serão necessários mais recursos para que ele atinja o bem-estar. Porém, somente isso não basta para atingir a igualdade como ideal político, pois se a pessoa com deficiência preferir um violino de alto preço à cadeira de rodas, então a distribuição deve atender não somente essa, mas também a outras necessidades pontualmente definidas. Esse caso mostra dois cenários extremos advindos desse caso ilustrativo para discutir a igualdade. No primeiro, independente de limitações médicas, conclui-se que todos os que desejam ter um violino devem ter atenção especial em relação aos seus ideais específicos de bem-estar. Noutro giro, impor a cadeira de rodas para a pessoa que não pode se locomover sozinha também significa desconsiderá-lo como pessoa, pois se ignora sua vontade.⁴⁵

Assim, na tentativa de dar respostas para tais questionamentos, Dworkin segue para o tratamento da questão da igualdade de recursos. Esse pilar considera as

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p.5.

⁴² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p.5.

⁴³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 8-10.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 17.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 53-54.

peçoas como “iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais sua parcela total de recursos”.⁴⁶

Para ilustrar a teoria, o autor utiliza ao longo do texto uma situação hipotética, em que um grupo de imigrantes está em uma ilha deserta e precisa decidir como distribuir os recursos. Esse grupo de pessoas enfrenta as principais variáveis da teoria da igualdade de recursos.

Para o autor, uma teoria cujo objetivo é o alcance da igualdade precisa levar em consideração fazê-lo dentro do mercado. Dworkin justifica tal posicionamento porque entende que o mercado, apesar de malvisto por uma série de estudos teóricos da igualdade, pode ser um meio para alcançar metas sociais, na medida em que constitui ambiente no qual a liberdade individual pode ser exercida.⁴⁷

Nesse contexto, apresenta a ideia da realização de um leilão, em que todos recebem a mesma quantidade de fichas para adquirir bens. Explica que essa opção do leilão é uma espécie de contraponto à injustiça e à arbitrariedade geradas com a ideia de que a igualdade é atingida por meio da divisão mecânica de recursos, visto que nesta última concepção não se leva em consideração as individualidades das pessoas a respeito do que querem para si.⁴⁸

Dworkin alerta que, apesar da semelhança com a teoria a qual chamou de igualdade de oportunidades, a igualdade de recursos é diferente porque não tem a concepção de *laissez faire* da primeira, visto que admite intervenções em prol da busca do alcance da igualdade, por meio da educação para igualdade ou de outras medidas, como estudos de tratamentos tributários diferentes⁴⁹ ou a contratação de seguros para lidar com desigualdades advindas da escolha ou da chamada de má-sorte bruta – situação que coloca a pessoa em desvantagem e que se caracteriza por não advir da escolha da pessoa, por ser involuntária. Esclarece o autor que se não fosse dessa forma, a explicação para que alguém tenha menos recursos seria embasada no fato de um indivíduo ser considerado menos talentoso do que o outro. E a igualdade de recursos não defende essa lógica, mas sim naquela que pauta-se pelos recursos disponíveis e pelo desejo de consumo de cada pessoa.⁵⁰

O autor segue com o questionamento da compreensão atual, tida por absurda, de que a acumulação de riquezas e luxo é o que gera uma vida de valor. Por isso, em uma sociedade com a pretensão de ser igualitária, interessa a destinação de recursos especiais com base no estímulo daqueles cujos talentos não foram desenvolvidos. Esse não desenvolvimento de talentos coloca o sujeito em escala de baixo rendimento, que o exclui, privando-o do acesso a uma série de itens básicos. Ademais, a teoria da igualdade de recursos também é importante instrumento na construção da igualdade, por meio de atuações que são sensíveis às aspirações individuais, mas que não por isso deixam de funcionar cientes de como a vontade individual pode afetar o outro.⁵¹

Por fim, destaca-se que a proposta de igualdade defendida por Dworkin insere-se na chamada igualdade de recursos descrita acima, cujo elemento central é o

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 4-5.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 80.

⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 81.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 110-111.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 103-104.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 139-140.

fato de pretender “oferecer uma descrição de igualdade de recursos (ou um conjunto de dispositivos para tal intuito) pessoa por pessoa, e sobre considerações da história de cada pessoa que afeta o que deveria ter”.⁵² O autor arremata que essa proposta trata de uma igualdade que é, “em princípio, uma questão de direito individual, e não de posição de grupo”.⁵³

Dessa forma, conclui-se que, para Dworkin, a virtude soberana traduz-se na promoção de igual respeito e igual consideração aos indivíduos, que, conforme argumentado pelo autor, pode ser concretizada por meio da chamada igualdade de recursos. Para a teoria, a igualdade é atingida dentro de um contexto de mercado, no qual as pessoas têm acesso a iguais chances de escolher os recursos conforme as suas necessidades. Assim, a igualdade é atingida quando nenhuma transferência mais seja necessária para que essa pessoa atinja um nível de igualdade em relação às outras pessoas.

Porém, é importante que existam medidas que garantam a manutenção dessa igualdade, como a tributação diferenciada, bem como mecanismos como o seguro. Essas medidas têm a finalidade de lidar com as consequências que acabam por limitar a pessoa ao acesso de uma série de recursos, advindas da má escolha do indivíduo ou da má-sorte bruta – algo que, apesar de não ter sido escolhido pela pessoa, a afeta.

Cabe investigar em que medida a atuação da empresa social implementa essas dimensões de igualdade elaborados por Dworkin, de modo a, eventualmente, acarretar modificação na concepção da ideia de função social da empresa.

5 Empresa social e a noção de função social da empresa

A empresa social concretiza uma proposta inovadora em que o modelo de mercado é utilizado como instrumento de promoção de amenização de problemas sociais.

A partir da breve exposição do panorama geral da concepção de função social encontrada na literatura empresarial brasileira, percebe-se que a empresa social implementa algo além da compreensão de função social comumente mencionada.

Afirma-se isso porque figuram, como coprotagonistas do objetivo da empresa social, a busca pelo lucro pela via do exercício de atividade econômica, que também é organizada com fins à promoção da igualdade, articulada por Dworkin como virtude soberana.⁵⁴

Consequentemente, os negócios sociais acabam por ser meios em que os recursos são distribuídos conforme a vontade dos sujeitos envolvidos, seja por meio da empresa social cujo objeto social propõe atuar em prol da amenização de problemas identificados na sociedade, seja na forma de negócio social que envolve a titularidade e/ou ocupação de postos de trabalhos por pessoas que sofrem com o contexto econômico desigual.

A empresa social concretiza os dois principais pilares da teoria da igualdade dworkiniana, pois contribui tanto para o igual respeito e consideração ao colaborar

⁵² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 150.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011, p. 150.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011.

para acesso a bens antes inacessíveis para certa parcela da população, quanto para a efetivação da individualidade ética, na medida em que não se trata de doações impostas aos que precisam, mas sim de ações nas quais o economicamente excluído tem sua vontade levada, com efeito, em consideração. Trata-se da igual possibilidade de atuar em liberdade no mercado conforme suas vontades e preferências⁵⁵.

Dessa forma, percebe-se que a função social da empresa ganha reforço quanto a sua racionalidade distributiva, pois fornece bases para que, no Direito Empresarial, a função social possa ir além daquela tradicional versão minimalista de efeitos internos e externos da função social (geração de riquezas e empregos, recolhimento de tributos, não promoção de prejuízos a *stakeholders*, etc.).

Afirma-se isso porque a atuação em prol da diminuição das desigualdades deixa de ter, na empresa social, um caráter secundário e passa a ser principal. Em conjunto com o lucro, a empresa social busca promover a igual dignidade e igual consideração, por meio de iniciativas que têm como cerne a colocação das pessoas como protagonistas, pois cria condições para que elas possam escolher a quais bens do mercado desejam ter acesso.

O modelo da empresa social diferencia-se, também, das medidas de responsabilidade social, que contemplam atividades meramente voluntárias e temporárias que tendem a ser inexpressivas para a redução de problemas sociais. A responsabilidade social, acessória quanto ao objetivo empresarial do lucro, pode expressar função social da empresa, mas dá a ela as mesmas nuances de iniciativa periférica e, assim, de menor importância (secundária).

A teoria da igualdade de recursos adotada por Dworkin trabalha com a ideia de alcance de igualdade por meio da atuação do mercado, ambiente indispensável para que a empresa social atue.

Percebe-se que a empresa social oportuniza o reforço de uma lógica distributiva de recursos, que contribui para a igual dignidade/consideração

⁵⁵ NUSSBAUM, Marta C. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University, 2011, p.21: essa igual possibilidade de atuar em liberdade no mercado conforme suas vontades e preferências argumentadas por Dworkin pode ser encontrada nas teorias “*Human Development Approach*” e a “*Capability Approach*”, previstas no Relatório de Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas desde 1990. Esse movimento, resultante da atuação do economista indiano Amartya Sen e da filósofa norte-americana Martha Nussbaum, possui outras centenas de colaboradores advindos de diferentes países reunidos na “*The Human Development and Capability Association*”, com o objetivo promover trabalhos intelectuais conjuntos sobre a temática. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 23: dentre os inúmeros estudos de Amartya Sen, destaca-se o que propõe a ligação da liberdade econômica com o desenvolvimento das capacidades da pessoa. Segundo Sen, “a pobreza extrema pode tornar a pessoa presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade”.

NUSSBAUM, Marta C. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University, 2011, p. 18-19: no mesmo sentido, Martha Nussbaum desenvolve conceituações acerca da abordagem das capacidades, termo pluralizado para evidenciar a diversidade relacionada às pessoas, como a saúde, a integridade física e outra série de atributos humanos que não podem ser generalizados em um termo singular. No mesmo sentido em que Dworkin nega a ideia de bens essenciais, a teoria de Nussbaum prima por valores pluralistas, pois abomina qualquer forma de padronizar pessoas, visto que, qualitativamente, diferenciam-se. Nussbaum ocupa-se também da efetiva igualdade existente entre as pessoas, bem como dos resultados advindos da discriminação e marginalização social. Argumenta ainda que as políticas governamentais devem concretizar meios para que a qualidade de vida possa ser vivida por todos, conforme as capacidades de cada um.

dworkiniana. Trata-se, aqui, da função social que, pela via da empresa social, é imediata ao objetivo empresarial e central (não periférica), com resultados diretos deliberadamente perseguidos, mesmo em uma perspectiva de mercado.

Logo, o modelo da empresa social, mesmo numa perspectiva de mercado, de concorrência e de busca pelo lucro, é expressão da viabilidade jurídica de adoção transversal e inovadora, da busca pela igualdade como virtude soberana.

6 Considerações finais

A empresa social inova ao conjugar a busca do lucro – seja ele retornado ou não para a própria atividade empresarial - com a busca por transformações sociais. Integra como objetivo central, ambas as perspectivas que, tradicionalmente, aparentam-se antitéticas.

Esse novo modelo é tido como de cunho social devido à admissão de pessoas em vulnerabilidade social como titulares da própria empresa e de seus resultados; como destinatários de iniciativas voltadas à contribuição para a solução de problemas sociais; como beneficiários de ações de capacitação e contratação de mão-de-obra, como atores de políticas e medidas de promoção de acesso a bens e serviços, com o objetivo de atender suas necessidades básicas.

Ao contrário das entidades do terceiro setor, as empresas sociais são autossustentáveis por meio dos lucros que produz, o que as permite continuar a realizar mudanças sociais sem depender exclusivamente de doações.

Dessa forma, por ter o fim social como integrante do cerne do objetivo da atividade, a empresa social não se confunde com as ações de responsabilidade. Se na empresa social a busca pela contribuição na busca pela igualdade é central, as ações de responsabilidade social caracterizam-se por serem voluntárias e temporárias, usualmente parte de estratégias de *marketing*.

Significa que, teoricamente, mesmo em uma perspectiva de mercado, os fins almejados podem ser atinentes à igualdade pautada na solidariedade.

A empresa social, portanto, admite a concreção da função social para além da implementação de efeitos positivos consentâneos à ordem jurídica, próprios da atividade empresarial regular. A possibilidade de eventual integração da busca pela igualdade ao objetivo precípua da empresa social, inserida no mercado, traz a função social para o campo dos fins imediatos do empreendimento. O *locus* da função social passa, portanto, de fim mediato para fim imediato.

Como dito, a função social, em sua preponderante concepção minimalista no campo do direito de empresa, tende a ser vista como mero reflexo periférico da atividade empresarial regular. Na empresa social, a função social ganha novo *status*, qual seja, o de resultado central e direto da empresa exercida nesse modelo, saindo, assim, da margem dos efeitos próprios do mercado.

Nas mesmas linhas das teorias de igualdade de recursos trabalhadas por Dworkin, que consonam com os estudos de Sen e Nussbaum, a empresa social parece buscar reforçar a pessoa como agente de si mesmo, visto que pode desenvolver suas capacidades conforme julgar melhor, com amenização dos sofrimentos da extrema pobreza e/ou da falta de acesso à renda, a bens e a serviços.

Para o fito do presente estudo, parece que a empresa social, mesmo numa perspectiva de mercado, de concorrência e de busca pelo lucro, consegue evidenciar

a viabilidade jurídica de adoção transversal e inovadora da busca pela igualdade como virtude soberana no campo da empresarialidade.

Referências

ALVES, Lauro Eduardo Soutello. Governança e cidadania empresarial. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 41, n. 4, p. 78-86, out./dez. 2001.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902001000400009>. Acesso em: 25 jan. 2018.

BARSKI, Edgard. Negócios de Impacto: tendência ou modismo? *Revista GV*

Executivo, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 14-17, jan/jun. 2015. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/gvexecutivo/article/viewFile/49183/47996>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017.

Disponível em:

<https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume11/rbdcivil11_07-art-02_arnaud-pie-belloir-et-al.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2018.

BOVO, Cassiano Ricardo Martines. Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 159-162, abr. 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482009000100007&lng=en&nrm=isso>. Acesso em: 2 dez. 2017.

BRASIL. Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre sociedade por ações.

Brasília: *Diário Oficial da União*, 16 dez. 1976. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 2 jan. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: *Diário Oficial da União*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: *Diário Oficial da União*, 10 fev. 2005. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no Direito Empresarial? In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto;

SCHETTINI, Beatriz (Orgs.). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 214-239.

CATEB, Alexandre Bueno; OLIVEIRA, Fabrício de Souza. Breves anotações sobre função social da empresa. *Revista da Associação Mineira de Economia, Belo Horizonte*, v. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/25/23>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

COMINI, Graziella Maria. *Negócios sociais e inovação social: um retrato de experiências brasileiras*. 2016. Tese (Livre Docência em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/12/tde-15122016-143942/pt-br.php>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

COMINI, Graziella Maria; ROULEN, Talita; TISCOSKI, Gabriela Pelegrini. Empreendedorismo Social e Negócios Sociais: um estudo bibliométrico da publicação nacional e internacional. *Revista Interdisciplinar de Gestão Social*, Salvador, v. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rigs/about/contact>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 38-46, 1996. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/238790/mod_resource/content/1/Estado%20C%20Empresa%20e%20Fun%C3%A7%C3%A3o%20Social%20-%20F%C3%A1bio%20Konder%20Comparato.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2018.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: Instituto Martins Fontes, 2011.

FIUZA, César; MARTINS, Thiago Penido. A função social no direito privado: uma análise crítica acerca das empresas individuais de responsabilidade limitada. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=122e27d57ae8ecb3>>. Acesso em : 20 jan. 2018.

FERREIRA, Sérgio de Abreu. O princípio da autonomia privada e a função social da empresa. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito Civil: atualidades III: Princípios Jurídicos do Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 495-524.

FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANCO, Vera Helena de Mello Franco; SZTAJN, Rachel. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 913, n. 100, p. 177-191, nov. 2011.

GONÇALVES, Carlos Eduardo Alves. *Negócios sociais e investimentos de impacto: um estudo sobre as percepções dos atores do sistema*. 2017. 232f. Dissertação (mestrado) Universidade de São Paulo, Programa de Mestrado em Empreendedorismo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12142/tde-10112017-120551/pt-br.php>>. Acesso em: 3 dez. 2017.

JOLIS, Alan; YUNUS, Muhammad. *O banqueiro dos pobres*. São Paulo: Ática 2008.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. A autonomia privada e a função social da empresa. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) *Direito Civil: atualidades II: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 339-348.

MATIAS, João Luiz Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. 2009. 323 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-06052010-140746/pt-br.php>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

NUSSBAUM, Marta C. Human Rights and Human Capabilities. *Harvard Human Rights Journal*, Cambridge, v. 20, p. 21-24, 2007. Disponível em: <<http://wtf.tw/ref/nussbaum.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

NUSSBAUM, Marta C. *Creating capabilities: the human development approach*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University, 2011.

OLIVEIRA, Edson Marques. Empreendedorismo social no Brasil: atual configuração, perspectivas e desafios – notas introdutórias. *Revista da FAE*, Curitiba, v. 7, n. 2, p.9-18, jul/dez. 2004. Disponível em: <<https://revistafae.fae.edu/revistafae/article/view/416>>. Acesso em: 4 dez. 2017.

PIPE. *Mapa de Impacto 2017*. Disponível em: <<https://pipe.social/mapa2017>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

POMPEU, Ivan Guimarães. *Assembleia geral de credores*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 2. volume. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO À MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SEBRAE). Guia sobre oferta de capital para negócios de impacto social. Sebrae: Rio de Janeiro, 2017. Disponível em:
<[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/733e4b479e9a05244b53bbdbbc564545/\\$File/7698.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/733e4b479e9a05244b53bbdbbc564545/$File/7698.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: volume 1: teoria geral e direito societário. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Ática 2008.

Recebido em: 8 de março de 2018.

Aceito em: 13 de agosto de 2018.

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO SISTEMA DE PRECEDENTES ESTABELECIDO PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

THE PROCESS AS AN INSTRUMENT OF THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN THE SYSTEM OF PRECEDENTS ESTABLISHED BY THE CIVIL PROCESS CODE OF 2015

Fabio Resende Leal^I José Luiz Ragazzi^{II} 

^I Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil. Doutorando em Direito. E-mail: fabioresendeleal@uol.com.br

^{II} Instituição Toledo de Ensino, Programa de Pós-Graduação em Direito, Bauru, SP, Brasil. Doutor em Direito Processual Civil. E-mail: jragazzi@tortoromr.com.br

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a instrumentalidade do processo a partir do sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015. Elaborado pelo método hipotético-dedutivo, busca verificar se referido sistema contribuirá, de fato, à ampliação do acesso à justiça ou, ao contrário, significará, na prática, novo obstáculo à efetivação dos direitos sociais. O primeiro de seus três itens focará nos direitos sociais e no papel que a realidade brasileira reserva ao Poder Judiciário; o segundo versará sobre o princípio do acesso à justiça e o terceiro, acerca dos obstáculos que a prática forense impõe em desfavor de tal acesso, com ênfase na evolução legislativa observada em tempos recentes, especialmente o Código de Processo Civil de 2015. A conclusão, no sentido de que o sistema de precedentes agora adotado no Brasil pode acarretar denegação de justiça, encerrará o texto.

Palavras-chave: Processo. Instrumentalidade. direitos sociais. Precedentes.

Abstract: This article aims to analyze the process's instrumentality from the system of precedents established by the Code of Civil Procedure of 2015. Elaborated by the hypothetical-deductive method, it seeks to verify if referred system will contribute, in fact, to the increase of access to justice or, in a different way, it will mean, in practice, a new obstacle to the realization of social rights. The first of its three items will focus on social rights and the role that the Brazilian reality reserves to the Judiciary; the second will focus on the principle of access to justice and the third, on the obstacles that forensic practice imposes in disfavor of this principle, with emphasis on the legislative evolution observed in recent times, especially the Code of Civil Procedure of 2015. The conclusion, in the sense that the system of precedents now adopted in Brazil may lead to denial of justice, will close the text.

Keywords: Process. Instrumentality. Social rights. Precedent.

Sumário: 1 Introdução; 2 Direitos sociais fundamentais e intervenção judicial; 3 Acesso à justiça e à ordem jurídica justa; 4 Obstáculos; 4.1 Os obstáculos em Cappelletti e Garth; 4.2 Demora processual; 4.3 Código de Processo Civil de 2015 e sistema de precedentes à brasileira; 5 Conclusão; Referências.

1 Introdução

Quando falham Legislativo e Executivo na implementação de políticas públicas, cabe ao Judiciário concretizá-las, obedecendo, assim, o dever que lhe foi imposto pela Constituição Federal de 1988. Devem, pois, ser utilizadas técnicas processuais capazes de, factualmente, trazer efetividade aos comandos oriundos do

direito material no que toca à proteção dos direitos fundamentais, como forma de superar ou, ao menos, relativizar os obstáculos que a realidade forense brasileira sempre pôs contra a almejada prestação de célere e adequada tutela jurisdicional pelo Estado-juiz.

Estabelecidas essas premissas, há consenso doutrinário quanto à indispensabilidade do processo judicial à concretização das promessas feitas pelo constituinte. Não obstante, em vigor um novo estatuto processual, é chegada a hora de revisitar a ideia de se ter o processo judicial como instrumento a serviço da efetivação dos direitos sociais. É necessário investigar se, às vésperas do trigésimo aniversário de nossa Carta Magna, conseguimos superar os obstáculos antes referidos ou se ainda nos encontramos a mercê deles. Será mesmo que, em 2018, o processo vem se mostrando capaz de tutelar os direitos sociais? Será que a instrumentalidade é cara apenas no discurso retórico dos criadores e aplicadores do direito? Será que o direito processual atual não trouxe novos obstáculos à concretização da proteção social?

Este estudo não pretende responder de maneira definitiva esses questionamentos. Até pela exiguidade do espaço, propõe abordar sucintamente cada uma dessas questões, sugerindo um caminho de indagação a ser posteriormente seguido com mais afinco. Longe de concluir, a nossa pretensão foi apresentar alguns pontos que, nos parece, vêm sendo sonogados pela processualística de hoje, com destaque propositado nos reflexos, provavelmente negativos, que o sistema precedentalista adotado pelo Código de Processo Civil de 2015 pode trazer à tutela dos direitos sociais.

O texto, elaborado pelo método hipotético-dedutivo, conta com três itens. O primeiro deles focará nos direitos fundamentais sociais e o papel que a realidade brasileira reserva ao Poder Judiciário na sua implementação prática; o segundo versará sobre o princípio do acesso à justiça e o terceiro, acerca dos obstáculos que a prática forense impõe em desfavor de tal acesso, com ênfase na evolução legislativa observada em tempos recentes, inclusive o Código de Processo Civil de 2015, visando resolver o problema da demora processual. Encerramos com breves considerações finais à guisa de conclusão.

2 Direitos sociais fundamentais e intervenção judicial

O sistema jurídico-constitucional brasileiro tem por base a *vida humana*. Nas palavras de Celso Ludwig,

A vida humana é a referência. O que importa, no plano mais concreto, é a produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito. Essas três determinações centrais não se dão naturalmente à vida do humano. A vida humana em comunidade precisa objetivamente poder satisfazer certas condições, mediações adequadas para viabilizar as determinações mencionadas. Caso contrário, haverá negação a aspectos da vida, e no limite, fatalmente, haverá morte (negação do critério-fonte e da condição de possibilidade).¹

¹ *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 185.

A vida humana, entretanto, não é propriamente um direito. Trata-se, na verdade, da “*fonte de todos os direitos*”.² A vida humana, em outras palavras, é a fonte primária de todos os direitos fundamentais.³ Não à toa, o objetivo principal do Estado Democrático de Direito é dar assistência condigna à vida humana. O eixo determinante do constitucionalismo é a proteção à vida.⁴

Seguindo tal propósito, a Constituição Federal de 1998 alçou a dignidade da pessoa humana ao posto de princípio fundamental (art. 1.º, III), escolhendo, como objetivos primordiais, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º). O constituinte reconheceu, dessa forma, que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, pois o ser humano constitui a finalidade, não o meio da atividade estatal.⁵

A partir desse raciocínio, ganham inegável importância os *direitos fundamentais*,⁶ sem os quais é impossível se falar em proteção adequada à pessoa humana e, por conseguinte, em cumprimento dos demais mandamentos constitucionais. Na Constituição de 1988, foram previstos, de maneira expressa, inúmeros e variados direitos fundamentais, especialmente nos artigos 5.º (direitos individuais e coletivos = isonomia, legalidade, proibição de tortura, direito à opinião, liberdade de crença religiosa, direito de expressão, direito de informação, direito de antena, direito de resposta, intimidade, privacidade, inviolabilidade das comunicações e do domicílio, direito de locomoção, devido processo legal etc.), 6.º, 7.º (direitos sociais individuais), 8.º, 9.º (direitos sociais coletivos), 14 e 15 (direitos políticos).

Os direitos fundamentais, explica Peter Härberle, são a base funcional da democracia; são institutos conexos à democracia. Um não existe sem o outro. Isso porque, se não são garantidos os direitos fundamentais, a minoria não tem a chance de se tornar maioria. Em igual medida, o direito de sufrágio tem como pressuposto direitos fundamentais como a liberdade de consciência e opinião, de reunião e associação. A democracia, portanto, garante os direitos fundamentais em seu próprio proveito.⁷ Porém, continua o jurista, o exercício dos direitos fundamentais é caracterizado por um cruzamento de interesses públicos e privados. A tutela da vida,

² *Idem, ibidem*, p. 186-187.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 195.

⁴ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004, p. 319.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 69.

⁶ Conceitua-se direitos fundamentais “como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)” (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 15).

⁷ *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 20-23.

liberdade, propriedade e demais direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, é exigência do indivíduo e da sociedade como um todo. A Constituição somente pode desenvolver sua força de coesão e regulação se garantir direitos aos “favorecidos”, mas também a todo o conjunto de cidadãos. Só assim pode o texto constitucional ter validade.⁸

Esses direitos estão em constante mutação e evolução. Inicialmente pensados como forma de proteção contra o arbítrio estatal (primeira geração), na passagem do século XIX para o século XX, com o incremento da ideologia marxista e tendo por marco temporal principal a Revolução Russa, cujo centenário se completou em 2017, os direitos fundamentais ganharam roupagem até então inédita. Mais do que exigir do Estado postura negativa (abstenção), passaram a lhe impor atuação ativa (realização), a fim de permitir a satisfação das necessidades mínimas da pessoa humana. Do Estado se cobra atuação prestacional, com vistas a suprir ou, no mínimo, diminuir as carências individuais e sociais (segunda geração). As constituições do México (1917) e de Weimer (1919) foram as primeiras a consagrar a concepção social dos direitos fundamentais, sendo seguidas pelos textos espanhol (1931) e brasileiro (1934).

O Estado acabou se voltando, nessa quadra da história, à implementação de políticas públicas (*welfare state* ou Estado do Bem-Estar Social). Vinculados aos direitos fundamentais sociais, os poderes públicos se viram obrigados a garantir educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, segurança e previdência social. A assistência aos desamparados ou menos favorecidos se tornou uma das suas principais funções.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é suficiente para exigir deles a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que

aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram [os direitos fundamentais] a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição.⁹

Vidal Serrano Nunes Júnior acrescenta que, atribuída uma tarefa aos poderes públicos, a despeito de não estarem definidos com clareza os meios e formas eleitas para sua realização, pode-se, com base na razoabilidade e moralidade, extrair-se obrigatoriedade de certas condutas públicas, ainda que em patamares mínimos. Assim, ainda que as normas consagradoras de finalidades a serem cumpridas pelo Estado não invistam o indivíduo de uma prerrogativa imediata, é certo que delas se pode extrair um dever de agir.¹⁰

Todos os três níveis de poder estatal – Executivo, Legislativo e Judiciário – devem se incumbir da implementação das políticas públicas. Mesmo o Judiciário,

⁸ *Ibidem*, p. 23-25.

⁹ *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 259.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 103-104.

embora em caráter secundário, deve atuar positivamente. Cabe-lhe agir quando constatada a inércia dos demais poderes. Nas palavras de Luís Roberto Barroso,

Em toda e qualquer hipótese de direito subjetivo vulnerado, deve-se cogitar, antes de mais nada, da viabilidade de sua tutela específica, vale dizer: da utilização de remédio eficaz para que se atinja o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento por parte de quem tinha o dever de cumprir a obrigação.¹¹

O Poder Judiciário tem, é inegável, a obrigação de obedecer aos comandos da Constituição. Se os direitos fundamentais têm eficácia plena e imediata (CF, art. 5.º, § 1.º), podem ser extraídas tutelas jurisdicionais diretamente do texto constitucional, observadas as peculiaridades do caso concreto e eventuais limitações postas pela lei ordinária. É possível, nesse contexto, afirmar que os juízes têm o *dever* de tutelar os direitos fundamentais mesmo na falta de legislação infraconstitucional integradora, *driblando*, com coragem e criatividade, os entraves formalistas e burocráticos postos pela legislação processual e também pela precariedade administrativa do Poder Judiciário. As decisões, ademais, devem ser céleres o bastante para amparar o direito *sub judice*. Assim o fazendo, os magistrados estarão cumprindo os principais princípios constitucionais do processo – devido processo legal, acesso à justiça e razoável duração do processo – e, por conseguinte, protegendo os direitos essenciais à pessoa humana, conforme lhes manda a Carta Magna.¹²

A aplicabilidade imediata e a eficácia plena dos direitos fundamentais, notadamente os de índole social, assumem a condição de regra geral. Somente em hipóteses especialíssimas, admite-se, excepcionalmente, a não aplicação da norma jusfundamental ao caso concreto pelo Judiciário. A realidade brasileira, com fartos e conhecidos exemplos de desrespeito aos comandos constitucionais, caracterizada por um colossal abismo socioeconômico, exigia, e ainda hoje exige, um Judiciário intervencionista – ou melhor, um Judiciário que, *intervencionista*, realmente ouse controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exija a implementação de políticas sociais eficientes, não permitindo que as decisões da Administração Pública se distanciem da Constituição.¹³

Como se sabe, nem todos têm seu espaço na sociedade brasileira. Mas não é a Constituição a fonte primária desse problema. Nosso direito constitucional positivo, se não é perfeito, bem contempla, em tese, todas as necessidades sociais. Entretanto, a real concretização da Constituição depende da incisiva intervenção do Estado, que ela própria recriou e reorganizou, no mundo real e nas relações interpessoais neste verificadas. Sucede que a experiência brasileira mostra que falham no desempenho desse escopo o Executivo, que não implementa as medidas necessárias à consecução dos objetivos constitucionais, e o Legislativo, cujos membros frequentemente se curvam aos seus próprios interesses ou aos dos ocupantes eventuais dos cargos administrativos, acabando por permitir a existência de lacunas no ordenamento

¹¹ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144.

¹² LEAL, Fabio Resende. *A celeridade processual como pressuposto de efetividade dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 121-122.

¹³ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 97.

jurídico positivo que obstam o gozo de direitos tidos como essenciais por seus titulares

Nesse quadro de desrespeito à Constituição, cresce em importância o Judiciário, sob o qual recai, diante omissão dos demais poderes, o dever de dar vazão aos comandos constitucionais. Compactuamos da visão crítica de Flávio Luís de Oliveira, segundo quem

a concepção meramente formalista da interpretação jurídica reflete a necessidade de se repensar a função clássica dos juízes à luz das exigências decorrentes da Justiça Distributiva. [...] Portanto, os postulados constitucionais e a realidade social ‘impõem’ um Judiciário ‘intervencionista’ capaz de exigir a consecução de políticas sociais eficientes, vinculado às diretrizes constitucionais. Em suma, torna-se necessária uma mudança de paradigmas de modo a ensejar ao Poder Judiciário a percepção da sua posição e função no Estado Democrático de Direito.¹⁴

Em outras palavras, queremos dizer que a caótica situação de nosso país autoriza que o Judiciário assuma o papel de instância revisora das decisões políticas. É claro que essa solução não é a ideal, mas, no contexto de desobediência constitucional em que vivemos,

o juiz é [deve ser] chamado a exercer uma função sócio-terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). [...] A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social.¹⁵

Tem razão Lenio Luiz Streck quando afirma que o Poder Judiciário passou a ter papel de absoluta relevância.¹⁶ Falho o processo legislativo e político na efetivação dos direitos fundamentais sociais, só resta a alternativa judicial. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário, *através do processo*, atuar para permitir a prestação dos serviços públicos básicos à população que deles carece.¹⁷

Porém, não nos parece conveniente o gigantismo e o protagonismo que, notadamente nos últimos anos, vem assumindo em terras brasileiras o Poder Judiciário, cada vez mais chamado para resolver questões relevantes do ponto de vista político, social, econômico e moral, por omissão ou, até, suspeitamos, conveniência dos outros poderes. O Supremo Tribunal Federal se tornou o grande

¹⁴ O papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, ano 9, n. 18, p. 98-111, jul.-dez. 2006, p. 108.

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos Poderes. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito da UFPE*, n. 11, 2000, p. 354, *apud* KRELL, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶ *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21.

¹⁷ Nesse sentido: “[...] salta aos olhos o papel e a importância do Poder Judiciário como contrapeso do Poder Executivo dentro do Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, quando não atendidas as necessidades sociais dos cidadãos, desrespeitadas as leis que as asseguram, inclusive a Constituição Federal, que por si só já dispõe de normas com força coercitiva suficiente para serem judicializadas, pode, e deve o cidadão recorrer ao Poder Judiciário” (CEDENHO, Antonio Carlos. *Diretrizes constitucionais da Assistência Social*. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 120).

árbitro das contendas nacionais.¹⁸ Em ano do Copa do Mundo, a população escala facilmente os onze ministros do STF, mas tem dificuldades em citar de memória os titulares do técnico Tite.

É intuitivo que a expansão da jurisdição constitui mudança drástica em relação ao sistema originalmente arquitetado desde Locke e Montesquieu. Fenômeno mundial, a judicialização da política e das relações sociais trouxe os juízes e tribunais – notadamente as cortes constitucionais – para o centro do palco, fazendo com que, constantemente vigiados e criticados, eles sejam obrigados a se pronunciar sobre temas caros à sociedade, muitas vezes proferindo veredictos que alteram bastante a regulamentação de determinados assuntos. No Brasil, a ascensão dos juízes é ainda mais notável. Nossos magistrados, a curtíssimo prazo, se mantido inalterado o cenário atual, serão, se já não são, os novos *donos do poder*.¹⁹ Todavia, falta para tanto a imprescindível legitimidade constitucional. Esse desequilíbrio na distribuição e ocupação dos espaços de poder fere preceito basilar da Constituição Federal de 1988.

3 Acesso à justiça e à ordem jurídica justa

Para os fins almejados no presente estudo, serve a lição contratualista de acordo com a qual o Estado surgiu como sendo a solução capaz de impor ordem e instaurar um governo comum, que exercesse soberanamente a justiça. O Estado, fruto do contrato social, foi configurado como o ente capaz de reunir os homens sob um poder central, a fim de proteger a agremiação e propiciar o convívio humano. Representava ele, o Estado, a forma pela qual se podia garantir pacificidade ao convívio humano, ante a ameaça de retorno ao estado de natureza belicoso.

Foi daí que nasceu a ideia de se atribuir o poder à autoridade pública, à qual, como representante da vontade geral, competiria, com exclusividade, fazer cumprir as leis e punir quem as desrespeitasse. Passou, então, a ser do Estado, e de ninguém mais, a tarefa de solucionar os conflitos sociais à luz do direito e, mais especificamente, das leis. Consagrada a tripartição (ou “separação”) dos poderes estatais, a fim de evitar o acúmulo de força numa única autoridade ou órgão, as atividades jurisdicionais foram reservadas mais especificamente ao denominado Poder Judiciário, cabendo aos demais poderes, o Executivo e o Legislativo, em um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), a execução das outras tarefas estatais (elaboração e execução das leis).

Tornada a jurisdição atividade exclusiva do Judiciário, único poder apto a dirimir, por conseguinte, os conflitos existentes na sociedade, ao Estado não restou alternativa senão abrir as portas de seus fóruns e tribunais aos jurisdicionados. Vedada a autotutela e tornada a jurisdição atividade estatal exclusiva, foi preciso,

¹⁸ O protagonismo do STF fica evidente quando se verifica que, nos últimos anos, aquele sodalício se viu às voltas com julgamentos envolvendo, por exemplo, uniões homoafetivas, interrupção da gestação de fetos anencefálicos, adoção de cotas raciais, pesquisas com células-tronco embrionárias, nepotismo, demarcação de terras indígenas, aborto, princípio da presunção de inocência etc.

¹⁹ Aqui, por óbvio, está sendo feita referência à tese de Raymundo Faoro, segundo a qual o Estado brasileiro, ao longo dos séculos, sempre foi dirigido por um organismo que lhe é alheio e, portanto, despido de legitimidade. Os donos da nação, diz Faoro, dela não vêm (*Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2000).

primeiro, permitir e, depois, facilitar o acesso ao Judiciário. Ora, tendo trazido para si a função jurisdicional, buscando estabelecer relações sociais com maior civilidade, o Estado passou a ter “o dever de possibilitar o *acesso* dos jurisdicionados à tutela jurisdicional em sua plenitude, jamais criando empecilhos à solução dos litígios”.²⁰ É, portanto, possível dizer que, para que não ficasse inócua a proibição da justiça pelas próprias mãos, restou ao Estado garantir o amplo acesso ao Poder Judiciário; vedado ao cidadão tentar solucionar seus problemas sem a participação do Judiciário, o Estado passou a ter o dever de oferecer não só o caminho para o jurisdicionado buscar seus direitos, mas, também, um *resultado útil*, que, se não for o esperado, pelo menos há de afigurar-se *justo*.

Não há dúvida de que a pretensão levada pelo cidadão ao Judiciário clama por uma solução de justiça, de modo que o processo judicial deve ser manipulado visando propiciar aos litigantes *verdadeira justiça*. O processo – dizendo de outra forma – há de resultar na concretização da vontade soberana do Estado, sendo que esta, em verdade, representa as escolhas e anseios da sociedade organizada. Nesse contexto, a *ação*, como *direito à jurisdição*, serve ao interesse público de dar a cada um o que é seu, assegurando, com isso, a convivência pacífica e harmoniosa dos cidadãos no pleno gozo dos direitos que lhe são conferidos pela ordem jurídica.²¹

De nada adiantaria basear o processo sob esses ideais, se, em paralelo, não fosse garantida, de modo real, a possibilidade de todos – sem exceção – se valerem do processo para obter a tutela jurisdicional e, via de consequência, o atendimento dos escopos estatais, fruto das escolhas do grupo social. Assim é que o acesso ao Judiciário, como órgão (ou Poder) ao qual compete exercer a jurisdição, há de ser amplíssimo.

O sistema processual deve, pois, ser acessível a todos. Deve, ademais, produzir resultados que sejam justos. A justiça social, como desejada pelas sociedades modernas, pressupõe o acesso amplo e também efetivo à justiça.²² É, em síntese, imprescindível garantir que os cidadãos, individual ou coletivamente, possam ter acesso à *ordem jurídica justa* e, por corolário, obter a tutela jurisdicional a que fazem jus. Todos devem ter acesso à ordem jurídica justa, se fazendo mercedores, quando necessário, da proteção outorgada pelo Estado-Juiz.

Em nosso país, foi a Constituição de 1946 que, pela primeira vez, previu textualmente a acessibilidade ampla: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” (art. 141, § 4.º). Sob a vigência do Ato Institucional n.º 5, cujo artigo 11 excluía da apreciação judicial todos as ações ou omissões praticadas de acordo com ele e com os atos institucionais complementares, houve severa limitação do acesso à justiça, restabelecido apenas com o renascimento da democracia. Na Constituição Federal de 1988, não há dúvida de que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos fundamentais, justamente porque é ele que, no Estado Democrático de Direito, permite o reconhecimento e, mais importante ainda, a efetivação dos demais direitos.

²⁰ GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 26.

²¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Problemi di diritto processuale civile*. Napoli: Morano, 1962, p. 31, *apud* GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 13.

²² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

Isso, contudo, só é possível se o processo tiver, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é servir de instrumento à efetiva realização dos direitos”.²³ Aliás, a proteção eficaz dos direitos de cunho substancial passa por um processo justo e igualitário, o qual não pode ser formalista ao extremo, sob pena de não entregar o “bem da vida” a quem a ele faz jus.

Necessário repetir, nesse passo, que o acesso ao processo justo e igualitário deve ser facilitado. A mera previsão de direitos materiais e processuais não tem sentido se não acompanhada da garantia de amplo e eficaz acesso à justiça. Não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo; é também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. A vida em sociedade forja bens jurídicos cuja existência e proteção só se viabiliza dentro da sociedade, em razão do que a preservação das instituições sociais “não pode se dar pela atribuição de um direito público subjetivo, mas deve ocorrer por meio de garantias jurídicas de sua existência institucional”.²⁴

Além disso, é insuficiente o processo que produza decisões intrinsecamente justas e bem postas, mas tardias, assim como não é desejável uma tutela jurisdicional rápida, embora injusta. Para a plenitude do acesso à justiça, importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas.²⁵

Foi essa a concepção que norteou o constituinte de 1988 quando estipulou que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5.º, XXXV), consagrando, ao lado da *reparação* da violação ao ordenamento jurídico (tutela jurisdicional reparatória), também a *prevenção* de eventuais transgressões (tutela jurisdicional inibitória). Por força de tal previsão, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não basta a *tutela jurisdicional*. É preciso que essa tutela seja a *adequada*, sem o que estaria vazio o sentido do princípio do acesso à justiça. Inclusive, quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando-a ou mesmo que haja lei proibindo-a.²⁶

Luiz Guilherme Marinoni, a propósito, considera que, “por efetiva tutela jurisdicional, deve-se entender a efetiva proteção do direito material, para a qual são imprescindíveis a sentença e o meio executivo adequados”. Segundo ele,

a ação não pode mais se limitar ao julgamento do mérito. O direito de ação, além de exigir o julgamento do mérito, requer uma espécie de sentença que, ao reconhecer o direito material, deve permitir, ao lado de modalidades executivas adequadas, a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, a realização concreta da proteção estatal por meio do juiz.²⁷

²³ *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 46.

²⁴ NUNES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 140

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 133.

²⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100.

²⁷ *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 220-221.

O direito fundamental que garante a inafastabilidade do controle jurisdicional e favorece o acesso ilimitado à justiça tem como titular qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos e deve ser exercido em face do Estado, como legislador ou como juiz. Tal direito fundamental proíbe qualquer manifestação estatal que impeça o jurisdicionado de ir a juízo deduzir pretensão. Obriga o legislador a criar procedimentos e técnicas processuais que permitam a realização das tutelas prometidas pelo direito material, mas que não puderam ser concretizadas sem a intervenção da jurisdição. E, via de consequência, exige do juiz a esmerada utilização de tais procedimentos e técnicas.²⁸

A par disso, o direito fundamental em questão dá ao juiz o poder-dever de encontrar e aplicar a técnica processual idônea à proteção do direito material, mesmo na omissão do legislador.²⁹ A instituição de normas processuais abertas permite a construção de um modelo processual adequado à pretensão, cabendo ao juiz utilizar a técnica processual idônea à tutela da situação concreta.³⁰

O Código de Processo Civil de 2015 veio a reforçar essas concepções, estando permeado de normas instituidoras de um processo mais colaborativo e, por conseguinte, mais próximo da realidade fática que a ele deu origem (cf., entre outros, os arts. 6.º, 8.º, 190, 489, § 1.º, e 536). Só resta saber se essas prescrições teóricas alcançarão os resultados práticos esperados.

4 Obstáculos

4.1 Os obstáculos em Cappelletti e Garth

Em obra já clássica, Mauro Cappelletti e Bryant Garth enumeraram alguns dos empecilhos a serem suplantados na consecução do acesso efetivo à justiça.³¹ De acordo com eles, em primeiro lugar, as *custas judiciais* representam um impedimento para que muitos cidadãos procurem o Judiciário, assim como os honorários advocatícios. Esse problema tem especial importância com relação às chamadas “pequenas causas”, cujos custos podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda mera futilidade. Também o tempo consumido até que o processo termine é devastador para as partes, porque aumenta os gastos e pressiona os economicamente mais fracos a abandonar suas causas ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.³²

Outro obstáculo refere-se às *possibilidades das partes* ou, melhor dizendo, às vantagens estratégicas de que dispõe um litigante em relação ao outro. Segundo

²⁸ LEAL, *op. cit.*, p. 61-62.

²⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 119.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 121

³¹ Na doutrina brasileira, as limitações ao acesso à justiça foram enfrentadas por vários autores, merecendo destaque José Cichocki Neto, que as divide em *limitações de ordem exoprocessual* (fatores sociais, como o desconhecimento por parte da população, e econômicos, como a falta de recursos para custear o processo) e de *ordem endoprocessual* (inadequação dos procedimentos, prolongada e injustificada demora dos processos, prevalência dos custos sobre os benefícios advindos das ações e falta de eficácia das decisões) (**Limitações ao acesso à justiça**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 99 e ss.).

³² *Op. cit.*, p. 18-20.

Cappelletti e Garth, aqueles que possuem recursos financeiros consideráveis levam vantagem ao propor demandas ou delas se defender, pois podem pagar para litigar e suportar as delongas do litígio. Mais recursos representam, a bem da verdade, melhor argumentação técnica em juízo. Por outro lado, as pessoas que não têm aptidão para reconhecer seus direitos e/ou para intentar ação para protegê-los são prejudicadas. O mesmo acontece com quem não tem disposição psicológica para recorrer a processos judiciais.³³

O terceiro entrave é relacionado aos *interesses coletivos em sentido lato*. O problema, consoante os autores citados, é que, em razão de sua natureza metaindividual, “ou ninguém tem direito a corrigir lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”.³⁴ Existem direitos que merecem proteção diferenciada, porque fogem da esfera particular das pessoas, às quais não interessa ou não é possível defendê-los de modo solitário ou em grupo.

Cappelletti e Garth, reconhecendo que os obstáculos estão entrelaçados entre si,³⁵ enumeram as soluções já pensadas para os problemas de acesso à justiça. Os primeiros esforços, dizem, se concentraram em instituir a assistência judiciária para os pobres. Depois, a preocupação passou à proteção dos interesses transindividuais em juízo, com a formulação de novos procedimentos aptos a tutelar tais interesses, evidenciada a inadequação do processo civil tradicional para tanto. Finalmente, diante da constatação de que apenas essas reformas não seriam suficientes, começaram a ser buscadas novas proposições de ordem processual, incluindo métodos alternativos de solução e prevenção de conflitos.³⁶

A lição a que se chega é a de que deve haver *correlação entre o processo civil e o tipo de litígio a ser solucionado*. Como consequência disso, segundo Cappelletti e Garth, a lei há de ser alterada para prever diversificados procedimentos, mudar a composição ou criar novos tribunais, alterar o direito material, a fim de evitar ou desestimular conflitos, e utilizar mecanismos privados ou informais de solução de litígios.³⁷ Os juristas afirmam, em suma, ser necessário pensar no estímulo à oralidade, aos juízos arbitrais, à conciliação, à especialização dos procedimentos, aos juizados especiais ou tribunais “de vizinhança” etc.³⁸

Tudo isso se aplica, de certa forma, ao Brasil, onde já se providenciou, com razoável êxito, a assistência jurídica aos pobres, com isenção de custas e participação da Defensoria Pública, a formatação de um sistema de tutela de interesses coletivos, a criação dos Juizados Especiais e, nos últimos vinte e cinco anos, a adequação e modernização das leis processuais. O maior dos problemas, todavia, só está sendo enfrentado no discurso. A par das reformas já empreendidas aqui no Brasil, ainda se mantém, firme e forte, a demora na tramitação dos feitos, que, sem dúvida, é fonte de grave injustiça e impede o acesso à justiça tal como prometido pela Constituição Federal.

³³ *Ibidem*, p. 21-23.

³⁴ *Ibidem*, p. 26.

³⁵ *Ibidem*, p. 29.

³⁶ *Ibidem*, p. 32-68.

³⁷ *Ibidem*, p. 71.

³⁸ *Ibidem*, p. 76 e ss.

4.2 Demora processual

É claro que até a solução das lides mais simples demanda certo lapso temporal. Consome tempo a prática de atos processuais como a citação do réu, a apresentação de defesa, a produção das provas e a formação do convencimento do juiz. O problema está na demora excessiva e na não rara eternização dos litígios. Rui Barbosa, sempre citado, dizia ser a justiça tardia nada mais do que denegação da justiça. É o que acontece, muitas vezes, no Brasil, onde o jurisdicionado tem acesso ao Judiciário, mas não à *justiça*, pois o reconhecimento de seu direito após longo interstício dificilmente lhe trará alguma valia.

O problema da demora irrazoável na tramitação dos processos não é exclusivo do Brasil; aflige a maioria dos países. João Batista Lopes, a propósito da preocupação internacional com a demora processual, apontou como problemáticos os processos de Itália, Argentina e Espanha, nações nas quais, segundo ele, a excessiva duração dos processos alcançou níveis tais que significou “verdadeira e própria denegação da justiça”.³⁹ Barbosa Moreira, por sua vez, procurou derrubar a crença de que a duração excessiva dos processos é problema exclusivamente brasileiro, ao apontar dados que demonstram a universalidade da demora processual, enfermidade que ataca, inclusive, países mais desenvolvidos economicamente.⁴⁰ No Japão, por exemplo, era comum feitos cíveis se arrastarem por alguns anos na primeira instância e levar mais de um decênio até receber eventual decisão da Corte Suprema. A Inglaterra, de tão descontente que estava com o desempenho de sua justiça civil, optou por quebrar multissecular tradição e adotar um código de processo civil bastante parecido com o modelo continental europeu. Mesmo nos Estados Unidos da América os feitos cíveis completos duram, na primeira instância, três, quatro ou até cinco anos.⁴¹

A Corte Europeia dos Direitos Humanos, que se notabilizou por combater a morosidade processual dos tribunais nacionais da Europa, desde meados da década passada, paradoxalmente, não mais consegue julgar em prazo inferior a três anos, em razão do aumento substancial das reclamações que lhe foram apresentadas nos últimos anos. Como nos conta Samuel Miranda Arruda, naquele sodalício acumulam-se reclamações por violações do direito ao processo solucionado em tempo razoável, o que, ironicamente, é a maior causa da demora nos julgamentos do tribunal, num verdadeiro “ciclo pernicioso de morosidade”.⁴²

Por aqui, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 objetivou tornar o Poder Judiciário mais célere, eficaz e, conseqüentemente, justo. Dentre as várias alterações promovidas pelo constituinte derivado, a necessidade de obter, com mais agilidade, a tutela jurisdicional foi aquela que mereceu maior atenção, redundando em interessantes mecanismos criados com este propósito. A presteza jurisdicional – implicação inegável do acesso à justiça e do *due process of law* – foi elevada à

³⁹ Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Thereza Arruda Alvim [et. al.] (coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 328-329.

⁴⁰ *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2.

⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 2-3.

⁴² *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 148, 151 e 152.

condição de *direito fundamental* merecedor de previsão expressa no inciso LXXVIII do artigo 5.º da Carta Magna, de acordo com o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, e de *princípio* balizador de todo o sistema jurídico-processual. Assim,

Não se pode mais permitir a elaboração de leis que causem uma maior lentidão na solução dos processos, sob pena de serem inconstitucionais. Igualmente, se da lei posta se der uma interpretação que leve a caminhos mais tortuosos e burocráticos, com certeza, essa corrente estará agindo em desconformidade com a novel garantia constitucional.

Sem dúvida, há muito se busca um processo mais célere e mais efetivo, porém, a partir da Emenda Constitucional n.º 45, necessariamente as medidas a serem tomadas deixam de ter um caráter único de boa vontade e passam a ser mero cumprimento de um dever.⁴³

Ademais, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004, foram autorizadas as súmulas vinculantes (CF, art. 103-A) e instituída, como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral (CF, art. 102, § 3.º), além da criação do Conselho Nacional da Justiça, órgão de fiscalização externa do Poder Judiciário (CF, art. 103-B). Seguindo pela mesma trilha, o Código de Processo Civil de 1973, então em vigor, foi sucessivamente reformado, sempre no objetivo principal de acelerar e qualificar a prestação da tutela jurisdicional:

a) entre 1994 e 1995, foram editadas as Leis n.ºs 8.950 (modificações quanto aos recursos), 8.952 (alterações nos processos de conhecimento e cautelar), 8.953 (mudanças no processo executivo), 9.075 (criação da ação monitória) e 9.139 (alterações no agravo de instrumento);

b) em 2002, as Leis n.ºs 10.352, 10.358 e 10.444 estabeleceram novas mudanças no sistema recursal, diversas modificações no processo de conhecimento e alteração na antecipação de tutela, sentença e execução provisória;

c) nos anos de 2005 e 2006, a Lei n.º 11.232 estabeleceu a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, acabando com a execução autônoma dos títulos judiciais; a Lei n.º 11.276, mais mudanças nos recursos; a Lei n.º 11.277 autorizou a reprodução de sentença em causas idênticas; a Lei n.º 11.280 trouxe novas regras quanto à incompetência relativa, prescrição e distribuição e permitiu a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos; a Lei n.º 11.341 admitiu decisões publicadas em mídia eletrônica como comprovação de divergência jurisprudencial; a Lei n.º 11.383 inovou enormemente no processo de execução de títulos extrajudiciais; a Lei n.º 11.418 regulamentou o art. 102, § 3.º, da CF, acerca da repercussão geral no recurso extraordinário; e a Lei n.º 11.441 possibilitou a realização de inventário, partilha, separação e divórcio consensual pela via administrativa; e

d) por fim, foram promulgadas as Lei n.ºs 11.672/2008 (inclusão do art. 543-C, que trata do processamento de recurso especial quando houver multiplicidade de recursos fundamentados em idêntica questão de direito);

⁴³ HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 324-325.

11.694/2008 (acrescentou o inc. XI ao art. 649 e o § 4.º ao art. 655-A, dispondo sobre execução em relação a partido político); 11.965/2009 (acrescentou os §§ 1.º e 2.º ao art. 982 e o § 2.º ao art. 1.124, incluindo o defensor público na assistência de lavratura de escritura pública de inventário, partilha, separação e divórcio extrajudicial e estabelecendo a gratuidade da escritura pública e demais atos notariais àqueles que se declararem pobres); 11.969/2009 (alterou a redação do § 2.º do art. 40, permitindo a chamada “carga rápida”, isto é, a retirada dos autos de cartório pelo prazo de uma hora, para extração de cópias, mesmo se o prazo for comum às partes); 12.008/2009 (modificou a redação dos arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C, para estabelecer a prioridade de tramitação dos processos em que figure maiores de 60 anos ou portadores de doenças graves); 12.122/2009 (adicionou as alíneas “g” e “h” ao inc. II do art. 275, submetendo as causas que versem sobre revogação de doação ao procedimento comum sumário); 12.125/2009 (acrescentou o § 3.º ao art. 1.050, exigindo a citação pessoal do embargado que não tiver advogado constituído na ação principal); e 12.195/2010 (alterou a redação dos incs. I e II do art. 990, incluindo o companheiro sobrevivente como possível inventariante).

Nada disso, contudo, trouxe visíveis e satisfatórios resultados práticos. A repercussão geral, em seus primórdios, até proporcionou redução do número de recursos extraordinários submetidos ao Supremo Tribunal Federal, que, nos anos mais recentes, voltou a sofrer em decorrência do crescimento de seu acervo. Os números foram compilados por Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego: Em 2006, antes da implantação da repercussão geral, foram protocolados no STF 127.535 novos processos, número que, a partir de 2007, começou a cair, chegando a 64.018 em 2011. Em 2012, porém, o número de novos processos no STF voltou a subir progressivamente, chegando a 103.650 no ano de 2017. Paralelamente, da implantação até o final de 2017, a Corte afetou 974 questões ao regime de repercussão geral, a qual foi negada em 317 das vezes. Das 657 questões remanescentes, 359 haviam sido julgadas e 298 ainda estavam pendentes. A média de julgamento ao longo desse período (mais de dez anos) foi de, aproximadamente, apenas 34 temas com repercussão geral por ano.⁴⁴

De acordo com Barroso e Rego,

mantida esta média, o Tribunal demoraria mais de oito anos para esgotar um estoque de 298 temas. E isso apenas se nenhum novo caso vier a ter repercussão geral reconhecida. Além disso, criou-se um novo problema: há no mínimo 1,4 milhão de processos sobrestados nas instâncias de origem aguardando as decisões a serem tomadas pelo STF nos cerca de 300 feitos pendentes afetados ao regime da repercussão geral. É bem de ver que, na sistemática anterior à criação do filtro, estes casos estariam tramitando. Considerando que as decisões tomadas em regime de repercussão geral até 22.05.2017 haviam solucionado “apenas” 400.625 processos nas instâncias de origem, o saldo é bastante negativo: há ao menos três processos sobrestados para cada um resolvido por julgamento de mérito de repercussão geral.⁴⁵

⁴⁴ Como salvar a repercussão geral: Ideias simples para reverter um fracasso. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 21 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274826,31047-Como+salvar+a+repercussao+geralIdeias+simples+para+reverter+um>>. Acesso em 6 jun. 2018.

⁴⁵ *Ibidem*, loc. cit.

O cenário é alarmante também nos demais órgãos do Poder Judiciário. Deixando de lado o Supremo Tribunal Federal, que não se submete ao seu controle, o último estudo estatístico divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo por base o ano de 2016, informa que, “Desde 2009, o número de processos pendentes continua aumentando. O crescimento acumulado no período foi de 31,2%, ou seja, acréscimo de 18,9 milhões de processos”. A produtividade dos juizes brasileiros também aumentou (crescimento de 11,4%), tendo, em média, cada um deles julgado sete casos por dia, totalizando, em 2016, 30,8 milhões de casos julgados. Mesmo assim, a taxa de contingenciamento, que mede o percentual de processos em tramitação (não julgados), permaneceu alta (73%). Os processos brasileiros, em geral, computadas as fases de conhecimento e de execução, consumiram em 2016 sete anos e seis meses até serem efetivamente encerrados,⁴⁶ prazo este, como facilmente se percebe, nada razoável.

4.3 Código de Processo Civil de 2015 e sistema de precedentes à brasileira

Dando continuidade à reformulação da legislação processual incentivada pela Emenda Constitucional n.º 45/2014, a fim de buscar uma jurisdição mais célere e efetiva, foi promulgada, depois de cinco anos de debates acadêmicos e políticos, a Lei n.º 13.105/2015, que instituiu entre nós um novo código de processo civil, construído em torno do respeito, pelo ordenamento infraconstitucional (CPC/2015, art. 1.º), de dois princípios constitucionais, a *efetividade e adequação da tutela jurisdicional* (CF, art. 5.º, XXXV, e CPC/2015, art. 3.º, *caput*) e a *razoável duração do processo* (CF, art. 5.º, LXXVIII, e CPC/2015, art. 4.º). Evidenciando o caráter publicista e instrumental do processo, a nova lei pregou o atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum (CPC/2015, art. 8.º), bem como estipulou o aproveitamento dos atos processuais já praticados, em detrimento do formalismo estrito e em prol da celeridade e eficiência processual (CPC/2015, art. 188, *caput*). Cinco foram as premissas que nortearam a construção do Código de Processo Civil de 2015:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.⁴⁷

A preocupação com o apressamento dos ritos é evidente. Ao longo de todo o novel diploma se encontram técnicas capazes de proporcionar celeridade processual, das quais se pode citar como exemplos a conclusão em ordem cronológica

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2017. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em 6 jun. 2018.

⁴⁷ BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em 17 jul. 2017.

preferencial (art. 12), a punição à postura processual protelatória (arts. 80 e 81), a fixação ou majoração dos honorários em decorrência da sucumbência em incidentes e recursos (art. 85, § 1.º), a ampliação dos poderes executivos e mandamentais dos juízes (art. 139, IV), a prática eletrônica de atos processuais (art. 193), a improcedência liminar do pedido (art. 332), o julgamento antecipado e parcial de mérito (arts. 355 e 356), a ampliação dos poderes do relator (art. 932) e o condicionamento da admissibilidade do recurso posterior ao pagamento da multa fixada quando do julgamento do recurso anterior (arts. 1.021, § 5.º, e 1.026, § 3.º).

Para os fins colimados no presente estudo, chama atenção a busca de se estabelecer, com força ainda maior em relação às normas processuais anteriores, respeito e obediência às decisões e súmulas vindas dos tribunais superiores, valendo destacar, desde já, os artigos 926, 927, 932, 988, 1.039 e 1.040 nesse diapasão. O legislador de 2015, ao assim proceder, procurou estabelecer um sistema precedentalista, inspirado, mas não igual,⁴⁸ ao da tradição do *common law*, no qual, depois de julgado determinado tema por corte superior ou, excepcionalmente, até mesmo por tribunal de segundo grau, a ideia ou tese fixada em tal julgamento passa a ser de obrigatória observância pelos tribunais e juízes de hierarquia inferior, bem como por órgãos da administração pública.

São, pois, “precedentes vinculantes” as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, em incidente de assunção de competência e em resolução de demandas repetitivas (CPC/2015, arts. 927, I e III, 932, IV, “a” e “c”, e V, “a” e “c”, 947, § 3.º, 985 e 988, III e IV). Nesse conceito, enquadramos ainda o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos (CPC/2015, arts. 927, III, *in fine*, 932, IV, “b”, e V, “b”, 1.039 e 1.040). Também têm efeito transcendente as súmulas vinculantes (CPC/2015, arts. 927, II, e 988, III), editadas pelo STF após reiteradas decisões sobre matéria constitucional (CF, art. 103-A). Ademais, embora não concordemos com a opção legislativa, não podemos negar que a lei afirmou, textualmente, serem de obrigatória observância as demais súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (CPC/2015, arts. 927, IV, e 932, IV, “a”, e V, “a”).

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu força vinculante diferente (maior ou menor) para cada um desses processos, incidentes, recursos e súmulas: apenas o descumprimento dos pronunciamentos indicados nos incisos I a III de seu artigo 927 permite o manejo de reclamação (art. 988, III e IV). O descumprimento dos demais pronunciamentos dá ensejo à utilização dos mecanismos recursais comuns. Isso, ressalte-se, não significa que esses demais pronunciamentos estariam desprovidos de efeito vinculante ou transcendente.

O *caput* do citado artigo 927 é expreso ao indicar a necessidade de serem observados todos os pronunciamentos mencionados por seus incisos pelos juízes e tribunais (“... observarão...”). Além disso, decorre da própria sistemática do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos o obrigatório aproveitamento da tese jurídica fixada por STF e STJ (CPC/2015, arts. 1.039 e 1.040), assim como existe no código previsão de necessária observância, quando do julgamento

⁴⁸ A principal diferença, a nosso ver, está no fato de que, no Brasil, a força vinculante da decisão anterior decorre de previsão legal (precedente vinculante *ex vi legis*), e não dos costumes judiciários construídos e respeitados ao longo dos séculos, como ocorre nos países de direito consuetudinário.

monocrático dos recursos pelo relator, das súmulas do STF e do STJ sobre, respectivamente, direito constitucional e infraconstitucional (art. 932, IV, “a”, e V, “a”). Acrescente-se que, reconhecida a repercussão geral de determinada questão em julgamento pelo STF, os demais processos envolvendo semelhante questão devem ficar sobrestados (CPC/2015, art. 1.035, § 5.º). Ora, se os juízes e tribunais inferiores ficam impedidos de tratar do tema, só pode ser porque estão vinculados ao que vier a decidir o STF. Suspenderão seus processos, para aguardar e, oportunamente, seguir a orientação fixada pelo Pretório Excelso.

É interessante perceber que o legislador de 2015 permitiu a atribuição de *efeitos ampliados* à decisão proferida pelos tribunais superiores em cada um desses expedientes processuais. Aliás, já era assim à época do Código de Processo Civil de 1973, cujos artigos 481, parágrafo único (arguição de inconstitucionalidade não submetida ao plenário ou órgão especial de tribunal quando a questão constitucional já tivesse sido apreciada pelo STF), e 557, *caput* e parágrafo 1.º-A (não conhecimento do recurso contrário e provimento do recurso conforme súmula ou jurisprudência dominante), davam azo ao aproveitamento do dispositivo e da motivação dos acórdãos em casos posteriores similares. Embora não se pudesse falar em efeito verdadeiramente vinculante,⁴⁹ era nítido que os precedentes, já sob a égide do velho código, podiam servir de norte à solução de outros processos.

Na teoria, superficial análise desse sistema de decisões e súmulas com efeito vinculante permite aceitar que se trata de técnica processual capaz de, ao mesmo tempo, acelerar a prestação jurisdicional e diminuir o acervo de processos, mediante o aproveitamento da tese fixada quando do julgamento do “precedente”. Entretanto, corremos sério risco, há bastante tempo alardeado pela doutrina, de que essa “padronização” represente, na verdade, denegação de justiça. Não é desprezível a possibilidade de que a adoção automática da *ratio decidendi* do precedente aos casos análogos signifique desprezo às peculiaridades nada desprezíveis dos processos posteriores.

Convém registrar, nesse contexto, recente notícia de decisão de primeira instância que negou pedido de fornecimento de medicamento de alto custo, sob o argumento de que a providência postulada, quando analisada em conjunto com as demais medidas de igual escopo, traria incomensurável custo financeiro e social ao Estado, além de que, segundo a magistrada que a prolatou, haveria inconstitucionalidade na regra da Lei n.º 13.105/2015 a impor a compulsória obediência aos precedentes ditos vinculantes. Desprezou-se, assim, anterior manifestação do Superior Tribunal de Justiça em prejuízo de interesse individual, para que, de acordo com a argumentação desenvolvida na decisão, não se causasse dano ao erário e, conseqüentemente, à coletividade como um todo.⁵⁰ Embora seja discutível a legitimidade constitucional de tal entendimento, com o qual, inclusive,

⁴⁹ Essa afirmação deve ser lida com ponderação em se tratando dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, cujo resultado, por previsão constitucional e legal, tem, há bastante tempo, efeito vinculante e eficácia *erga omnes*. As alterações engendradas no CPC/1973 e o sistema precedentalista do CPC/2015 influenciaram mais a jurisdição infraconstitucional, até então desprovida de processos e incidentes capazes de gerar decisões de efeito verdadeiramente vinculante.

⁵⁰ ROSA, Arthur. Magistrada decide não seguir julgamento do STJ. *Valor Econômico*, São Paulo, 5 jun. 2018, Legislação, p. E1.

não concorda a melhor doutrina,⁵¹ serve ele para demonstrar a persistente resistência dos juízes e tribunais brasileiros a se curvarem diante dos precedentes oriundos das cortes de vértice.

Nesse caso em específico, foi desconsiderada a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento, como repetitivo, do Recurso Especial n.º 1.657.156/RJ, relator o Ministro Benedito Gonçalves (tema n.º 106).⁵² Interessa notar, a propósito, que a mesma discussão está pendente de definição no Supremo Tribunal Federal, onde, ainda em 2007, se reconheceu a existência de repercussão geral a respeito do tema (RE n.º 566.471/RN, Rel. Min. Marco Aurélio),⁵³ com o que foram, de acordo com o CNJ, sobrestados nas instâncias inferiores 29.223 processos nos quais se discutia o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo ao particular que não disponha de recursos próprios para comprá-lo.⁵⁴ O mérito do recurso, quando elaborado o presente estudo (junho de 2018), ainda não havia sido julgado, restando sem definição a tese que, vinda do STF, servirá de paradigma ao julgamento dos demais processos sobrestados (CPC/2015, arts. 1.039 e 1.040).

Esse exemplo demonstra que as tentativas legislativas de aceleração dos processos podem ser problemáticas, especialmente em se tratando de direitos fundamentais de índole social. Cabe, aqui, a pergunta: *será mesmo que a tese fixada pela corte superior no julgamento de um recurso, quando aplicada pelo juízo de piso, embora possa trazer presteza ao processo, será capaz de tutelar adequadamente o direito social cuja proteção se busca em primeira instância?*

Apesar do pouco tempo de vigência do novo código, a observação do que já acontecia sob a égide do velho e reformado CPC/1973, permite dizer que, nos tribunais e juízos pátrios, muitas vezes, falta interpretação, reflexão e argumentação; não raro, processos extremamente complexos são resolvidos pela mera subsunção dos fatos neles tratados à tese fixada no precedente ou, o que é pior, ao mero enunciado sumular. Esse, a nosso ver, é o problema mais grave. As decisões, essa é a lamentável regra no Brasil, pecam por baixa densidade argumentativa e a verdadeira *ratio decidendi* dos precedentes é ignorada.

Seduzidos pela incessante busca da celeridade processual, estamos nos acostumando a aceitar uma Justiça mecânica, automatizada, mais preocupada com estatística do que com verdadeira justiça. Podemos, por conseguinte, nos tornar reféns de um sistema processual que sirva de instrumento de dominação da elite

⁵¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 70-75; NUNES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 171-179.

⁵² Tese firmada, com modulação dos efeitos, para que fosse exigida apenas para os processos distribuídos após a conclusão do julgamento: “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1.ª Sessão. Recurso Especial n.º 1.657.156/RJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 25 abr. 2018).

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno. Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 24 out. 2007.

⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Supremo em ação 2017. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://rsa.cnj.jus.br/>>. Acesso em 6 jun. 2018.

judiciária,⁵⁵ sistema que, aliás, traz embutido em si o risco de provocar, ainda que não propositadamente, denegação de tutela jurisdicional em se tratando de direitos fundamentais sociais. Acelerada ao extremo, a jurisdição pode negar proteção a quem mais precisa, justamente os titulares de tais direitos sociais.

5 Conclusão

Consagrados e aceitos os direitos sociais, cabe ao Judiciário implementá-los quando, nessa tarefa, falharem Legislativo e Executivo. Juiz não cria política pública, mas pavimenta o caminho para sua implementação se valendo do processo, a fim de suprir omissão injustificada de legislador e administrador público.

O direito brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional que se seguiu, conseguiu (ou, na pior hipótese, está muito perto de) superar os obstáculos apontados por Cappelletti e Garth. Os brasileiros, em sua maioria, conhecem seus direitos e tem disposição para brigar em juízo por eles. A falta de recursos financeiro está, ainda que apenas parcialmente, superada pela existência da Defensoria Pública, cada vez mais atuante, e dos processos gratuitos. Além disso, em geral, os honorários advocatícios no Brasil não são altos, até pelo número excessivamente grande de advogados, muitos sem formação e estrutura adequada à prática forense, o que derruba o preço de seus serviços. Dispomos, também, de mecanismos capazes de, razoavelmente, tutelar e proteger direitos transindividuais. Falta, porém, resolver o problema da endêmica demora de nossos processos. A justiça brasileira, apesar dos avanços nos campos dogmático e legislativo, ainda peca por ser demasiadamente lenta.

Se o processo, como visto, serve à implementação de políticas públicas e, dessa forma, é capaz de tutelar os direitos sociais, se faz imprescindível acelerá-lo para que a tutela jurisdicional seja entregue a quem de direito em tempo hábil. De nada adianta teorizar sobre a proteção constitucional dos direitos sociais, se aqueles a quem tais direitos são dirigidos não for disponibilizada uma justiça célere e eficaz. A proteção pensada pelo constituinte só será de todo garantida quando as pessoas tiverem, de fato e de direito, acesso a uma justiça diferente da que hoje dispõem. Os direitos sociais só serão *efetivamente* protegidos quando seus titulares tiverem ascensão a um Poder Judiciário que esteja pronto para atendê-los com a *presteza que a situação concreta exigir*. O processo, como instrumento a serviço da aplicabilidade e da efetividade dos direitos fundamentais, *desde que rápido e eficiente*, é imprescindível. A celeridade processual é, pois, condição *sine qua non* da real efetivação das normas jusfundamentais.

No entanto, a aceleração irresponsável, como a que, talvez, pode ser provocada pelo sistema de precedentes estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, deve ser combatida. Em juízo direitos sociais, dada a sua própria essencialidade, o caso deve ser bem sopesado e discutido. Até se admite decisão provisória que antecipe, com base apenas na verossimilhança e urgência, o

⁵⁵ OLIVEIRA, Flávio Luís de. A utopia da tutela jurisdicional diferenciada à otimização do procedimento comum. Isso não basta! A cúpula do Poder Judiciário quer algo mais... In: OLIVEIRA, Flávio Luís de (Org.). *Garantias fundamentais do processo civil brasileiro: dominação ou efetividade?* Bandeirantes: Redige, 2016, p. 118-127.

pronunciamento buscado (cognição sumária). O julgamento final, todavia, deve ser precedido de análise pormenorizada dos elementos fáticos e legais carreados aos autos (cognição exauriente). Nem sempre a mera adoção de tese fixada em precedente ou a subsunção dos fatos *sub judice* à súmula pode ser suficiente para bem tutelar judicialmente direitos sociais.

Demandas envolvendo trabalho, moradia, educação, saúde, cultura e lazer, entre outros direitos sociais, quase sempre, exigem a compreensão completa da lide. Nelas, haverá, muito provavelmente, fato diferente daquele considerado no acórdão pretensa e possivelmente paradigmático. Se não houver dúvida da similitude, em nossa opinião, deve, sim, ser adotada a tese oriunda de julgado de corte superior. Trata-se de medida de otimização e, por corolário, de celeridade processual, que não pode ser negada. É preciso, porém, verificar, com seriedade e responsabilidade, se há mesmo a possibilidade e justificativa para o aproveitamento da *ratio decidendi* do precedente. O julgador não pode desprezar, nesse sentido, a inaplicabilidade (*distinguishing*) ou a superação (*overruling*) do precedente.

Ou seja, ainda há muito a ser feito para a efetiva proteção judicial dos direitos sociais. Avançamos, primeiro, ao consagrá-los na seara do direito constitucional material. Depois, continuamos seguindo positivamente à frente quando alteramos o texto constitucional para, agora de maneira expressa, prever a necessidade de se tutelar rapidamente as demandas envolvendo direitos fundamentais. O ciclo de mudanças legislativas bem-vindas, desconfiamos, se completou com a promulgação e entrada em vigor do atual CPC, tão preocupado em afastar a demora de nossos processos.

Contudo, a aplicação dos instrumentos e técnicas processuais por ele previstos exige calma e atenção. A demora ainda é um problema, senão o principal, de nossa Justiça. Só que a impensada adoção de um sistema precedentalista pode criar um novo obstáculo à pretendida concretização dos direitos sociais. Simplesmente adotar, sem maiores ponderações, teses jurídicas e enunciados sumulares, por um lado, significa abreviação do tempo dos processos, mas, por outro, poderá provocar denegação de justiça e, ainda pior, inefetividade dos direitos sociais, o que, sem dúvida, é muito mais grave do que tardia justiça.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ARRUDA, Samuel Miranda. *O direito fundamental à razoável duração do processo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar a repercussão geral: Ideias simples para reverter um fracasso. *Migalhas*, Ribeirão Preto, 21 fev. 2018. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274826,31047->

Como+salvar+a+repercussao+geralIdeias+simples+para+reverter+um>. Acesso em: 6 jun. 2018.

BRASIL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Brasília, 2010. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. *Conselho Nacional de Justiça*. Justiça em números 2017. Brasília, 2018. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

_____. *Conselho Nacional de Justiça*. Supremo em ação 2017. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://rsa.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*, 1.^a Sessão. Recurso Especial n.º 1.657.156/RJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, 25 abr. 2018.

_____. *Supremo Tribunal Federal*, Pleno. Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 24 out. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CEDENHO, Antonio Carlos. *Diretrizes constitucionais da Assistência Social*. São Paulo: Verbatim, 2012.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1999.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. São Paulo: Globo, 2000.

GERAIGE NETO, Zaiden. *O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HÄRBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2003.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Fabio Resende. *A celeridade processual como pressuposto de efetividade dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.

HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LOPES, João Batista. Reforma do Judiciário e efetividade do processo civil. In: WAMBIER, Thereza Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n.º 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. O papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 9, n. 18, p. 98-111, jul./dez. 2006.

_____. A utopia da tutela jurisdicional diferenciada à otimização do procedimento comum. Isso não basta! A cúpula do Poder Judiciário quer algo mais... In: OLIVEIRA, Flávio Luís de (Org.). *Garantias fundamentais do processo civil brasileiro: dominação ou efetividade?* Bandeirantes: Redige, 2016.

ROSA, Arthur. Magistrada decide não seguir julgamento do STJ. *Valor Econômico*, São Paulo, 5 jun. 2018, Legislação, p. E1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Recebido em: 17 de julho de 2018.

Aceito em: 10 de agosto de 2018.



A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INFANTO-JUVENIS NA ESFERA INTERNACIONAL COMO ESTRUTURA BASILAR PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA PRIMEIRA INFÂNCIA

THE PROTECTION OF CHILDREN'S RIGHTS IN THE INTERNATIONAL SPHERE AS A BASIC STRUCTURE FOR THE RIGHT TO EDUCATION IN EARLY CHILDHOOD

Newton Cesar Pilau¹ 

¹Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Balneário Combuíú, SC, Brasil. Doutor em Ciências Jurídicas. E-mail: newton@univali.br.

Resumo: O presente artigo faz uma análise das declarações internacionais como instrumentos balizadores de proteção e defesa dos direitos infanto-juvenis. Identifica a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 como referentes da titularidade de direitos da criança, elencando ainda os principais princípios reconhecidos internacionalmente, para a configuração do interesse maior da criança. Explicita ainda sobre os aspectos políticos e didáticos destas declarações, procurando chamar a atenção do Estado brasileiro para a concretude dos direitos da criança, e especialmente do direito a primeira infância. A metodologia utilizada é indutiva com fontes bibliográficas.

Palavras-chave: Declarações Internacionais de Direitos Humanos; Direitos Infanto-juvenis; Educação Infantil.

Abstract: This article makes an analysis of international declarations as protective instruments for protecting and defending children's rights. Identifies the declaration of Human Rights and of the Citizen of 1789, the Geneva Declaration of 1924, the Declaration of humans ' Rights of 1948 and the Declaration of the Rights of the Child of 1959 as pertaining to the title of the child's rights, casting still Principal internationally recognized principles, for the configuration of the child's greatest interest. It also explains the political and didactic aspects of these declarations, seeking to draw the attention of the Brazilian state to the concreteness of the rights of the Child, and especially of the right to early childhood. The methodology used is inductive with bibliographic sources.

Keywords: : International declarations of human rights; Child-juvenile rights; Children's Education.

Sumário: 1 Introdução; 2 A evolução Internacional da Proteção a Criança e ao Adolescente e a Primeira Infância; 3 A Declaração dos Direitos do Homem e o Cidadão de 1789; 4 Declaração de Genebra de 1924; 5 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; 6 A Declaração dos Direitos da Criança de 1959; 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

O direito é ferramenta basilar dos Estados Democráticos de Direito e Social, e no Brasil, em razão do republicanismo, a defesa dos direitos infanto-juvenis e as declarações internacionais firmadas são fundamentais, porque representam a possibilidade de dar guarida a estes sujeitos de direito. Assim, se verificam a evolução com suas declarações advindas do cenário internacional.

Para tanto se apresentam as principais declarações internacionais, desde o século XVIII até a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, tendo por objeto marcar o compromisso político do Estado Brasileiro em estabelecer a criança como verdadeiro sujeito de direitos, e que possibilite uma atuação dos poderes públicos direcionados a Efetividade dos Direitos da Criança à Educação na Primeira Infância no Brasil, que consiste no acesso pleno a escolas de educação infantil, desde o nascimento.

Neste balizamento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Declaração de Genebra de 1924, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, são instrumentos que possibilitam uma visualização clara do dever político de atuação do Estado brasileiro na defesa e proteção da criança e do adolescente, ao estabelecer as premissas norteadoras das ações em benefício da primeira infância.

2 A evolução Internacional da Proteção a Criança e ao Adolescente e a Primeira Infância

O marco temporal de proteção internacional aos direitos da criança ocorre no século XVIII, de forma implícita, e no século XX, com a criação das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho, sendo que após a Segunda Guerra Mundial, o movimento de defesa destes direitos, se difundiu com a criação do Fundo Monetário Internacional para “el Socorro a la Infancia, y luego la Declaración de los Derechos den Niño, firmada en 20 de noviembre de 1959. El más comprensible y ambicioso instrumento respecto a dicha protección fue la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹”.

No cenário internacional verifica-se que a Organização das Nações Unidas atua de forma efetiva, para influenciar no desenvolvimento de normas nacionais e de práticas administrativas e judiciais, relativas aos direitos humanos, dialogando ainda, com os governos locais, na tarefa de por fim às violações destes direitos, reparando os casos concretos².

No aspecto conceitual, a Sociedade precisa estar vigilante no trato da Primeira Infância, destacando que Kofi Annan (falecido em 2018), na época Secretário-geral da Organização das Nações Unidas, em informe da UNICEF, comentou sobre o estado mundial da infância em 2001, realçando a atenção prioritária que os Estados responsáveis deveriam dar a questão, com normas, programas e recursos públicos, destacando ainda, que este ciclo de zero a três anos, na verdade é o que recebe menos atenção, visualizando uma tragédia para a criança quanto para os países³.

Assim, o marco explícito temporal de proteção internacional aos direitos da criança ocorre no século XX, com a criação das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho e a Declaração dos Direitos da Criança de

¹ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 23.

² GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 34.

³ BALAGUER, Irene; Arderiu. *Calidad de Los Servicios para la Primera Infancia y Estimación de la Demanda*. Madrid : Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007, p.194.

1959. Outro ponto importante é revelado no informe da UNICEF em 2001, que textua a primeira infância como direito social que menos recebe atenção por parte dos Estados, revelando-se em tragédias para a criança e para os Estados.

3 A Declaração dos Direitos do Homem e o Cidadão de 1789

O ponto de partida deste estudo dos direitos da criança se vincula a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando sua “intención que impulso a la Asamblea Nacional francesa a aprobar una declaración de derechos fue dotar a Francia de un nuevo régimen político⁴”.

Na declaração francesa de 1789⁵ estava, a criança, compreendida de forma implícita, porque os direitos dedicados ao homem também são direitos da criança e vice-versa e, na atualidade, os direitos da criança também são do homem, sendo indissociáveis, em vigor a partir do nascimento⁶.

Assim, o marco teórico de inclusão implícita da criança nas declarações, situa-se tanto na Declaração francesa de 1789 quanto na Declaração Universal de 1948, e implica uma obrigação de admitir que, ao abstrair o termo homem, seus direitos também são das crianças ou de forma inversa. Também na declaração de 1959, em seu preâmbulo e na Convenção de 1989, tem-se a clareza de que os direitos da criança são indissociáveis dos direitos do homem, sendo que a liberação do homem se conquista passo a passo desde a infância⁷.

Por outro lado, Gregório Peces-Barba Martínez e Ricardo Manrique García revelam que este texto servira de paradigma para toda humanidade e que as discussões para sua elaboração ocorreram entre 20 e 27 de agosto de 1789, discutindo-se dia-a-dia determinados artigos. Fez crítica aos dias 26 e 27 de agosto de 1789. No dia 26 de agosto, quando formulado o artigo 16, criticaram a falta de debates em um artigo tão importante para o futuro da cultura política e jurídica moderna. Este artigo afirmava que toda Sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes estabelecida, não tem Constituição. No dia 27 ainda discutiu-se sobre a inclusão de mais dois artigos acerca da proteção própria do Estado social, mas não foram aceitos, talvez, serem anteriores ao tempo dos participantes, cristalizando assim a data de 26 de agosto de 1789 como da declaração. Ainda para Peces-Barba Martínez “no es que sea tan relevante la fecha del 26 de agosto, si no se contempla por la del 5 de octubre y la del 3 de noviembre de 1789, aunque ciertamente la discusión parlamentaria se cerro el 26 de agosto, quizás sin que los parlamentarios fueron plenamente conscientes de

⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo in Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución Francesa in *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II: siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001, p. 228.

⁵ BRASIL. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

⁶ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.

⁷ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.

que habían aprobado un texto que sería paradigma de la racionalidad de los derechos humanos⁸”.

Acresce ainda que “el mundo de los derechos humanos no acaba en 1789, como por otra parte la realidad se ha encargado de demostrar, su valor es vivo y dinámico para avanzar en la defensa de la dignidad del hombre, para que pueda realizar su libertad o su independencia moral, y como modelo de justicia material del ordenamiento jurídico”⁹. É esta conceituação de justiça material que poderá servir de elemento para a efetivação do direito Social à Educação na Primeira Infância no Brasil.

Observou-se na declaração francesa de 1789, que a criança, está compreendida de forma implícita, porque os direitos dedicados ao homem também são direitos da criança e vice-versa e, na atualidade, os direitos da criança também são do homem, sendo indissociáveis, em vigor a partir do nascimento.

4 Declaração de Genebra de 1924

Como precedente a Declaração de Genebra de 1924, em 1919 foi criada a Save the Children, organização não governamental, que serve de marco histórico de atuação deste tipo de atividade, desvinculada dos Estados. Em sua atual experiência visa proporcionar oportunidades educativas e proteção a crianças em situação de emergência. Auxilia as comunidades na administração de escolas, na formação de professores, no desenvolvimento de políticas de educação e na formação acadêmica desde que centrada efetivamente na criança, sendo estes os atores chaves para seu próprio desenvolvimento¹⁰. E esta é a característica basilar da Save the Children ao colocar a criança como centro do seu próprio desenvolvimento, podendo contextualizar que quando se está sem escola de educação na primeira infância seria situação de emergência, mas que se generalizou-se no país cultura de descumprimento da obrigação jurídica por parte do Estado, e que serve de marco para a discussão da temática da criança em 1924¹¹. Deve-se ter a lembrança de que a organização não governamental internacional Save the Children que “trabaja para la defensa y promoción de los derechos de la infancia, em el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y que lucha por un mundo más

⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo in Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución Francesa in *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II: siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001, pp. 201 a 211.

⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo in Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución Francesa in *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II: siglo XVIII, volumen III. Madrid : Dykinson, 2001, p. 217.

¹⁰ ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergencia. *Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 150.

¹¹ ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergencia. *Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 150.

justo para todos los niños y las niñas¹²”. Ainda, destaca que em 2015 todas as crianças do mundo poderão completar sua educação primária, segundo a Meta do Milênio das Nações Unidas, definida em setembro de 2000, reconhecendo que todos têm direito à educação nos termos do Art. 28¹³ da Convenção das Nações sobre os Direitos da Criança de 1989.

E como resultado da atuação da Save the Children se tem demonstrado que os “jóvenes que no reciben educación tienen más posibilidades de crecer pobres, con peor salud, y es más probable que sus propios hijos mueran siendo niños. Conseguir que todos los niños tengan una educación de calidad es una de las líneas prioritarias del trabajo de Save de Children¹⁴”.

Assim, de forma explícita, os direitos da criança surgem com a declaração de Genebra de 1924. Nela são citados os direitos da criança em um instrumento jurídico, quando a Assembleia da Sociedade das Nações adotou uma resolução, endossando a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada no ano anterior pelo Conselho da União Internacional de Proteção à Infância (*Save the Children International Union*), organização de caráter não-governamental. Nos termos da Declaração, os membros da Sociedade das Nações são chamados a guiar-se pelos princípios deste documento, o qual passou a ser conhecido por Declaração de Genebra¹⁵. Deve-se afirmar que

los niños no aparecen citados en la Carta de las Naciones Unidas ya que ésta no se refiere a ningún grupo de personas, sino al ser humano. Pero, el niño, em tanto que ser humano, tiene reconocido por la Carta su valor y dignidad y no puede ser objeto de discriminación por razón de su raza, sexo, idioma o religión. Y si bien nos antecedentes en derecho internacional respecto de los derechos de los niños es anterior a la Carta de las Naciones Unidas, de hecho

¹² ALCALDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergencia. *Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 145.

¹³ BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Artigo 28. 1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente convenção. 3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em 12 de fevereiro de 2018.

¹⁴ ALCALDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Juárez, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergencia. *Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 146.

¹⁵ ONU. *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudios-ca-dc.html#1A>. Acesso em 18 de dezembro de 2018.

en época de la Sociedad de Naciones fue adoptada la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, es a partir de la Carta cuando puede hablarse de un desarrollo normativo en favor de los mismos¹⁶.

Ishida¹⁷ chama atenção a 1924 porque foi o primeiro documento relativo à criança e ao adolescente e ali estava determinada uma proteção especial à criança constitui, portanto, uma nova forma de pensar, com o escopo de efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Para Veronese¹⁸ a ideia de proteção especial da população infanto-juvenil encontra seu marco na Declaração de Genebra de 1924, que já determinava a necessidade de se garantir à criança uma proteção especial. No mesmo sentido, Cury e Silva¹⁹ inferem que a Declaração de Genebra de 1924 determinava a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial. Para Luque “su adopción como el momento a partir del cual se hace recaer sobre la sociedad y el Estado la responsabilidad de asegurar el futuro de los menores de edad²⁰”.

A Declaração de Genebra revela que a criança passa a ser um sujeito de direitos e que merece, da Sociedade internacional, um tratamento diferenciado e especial em razão de suas necessidades e hipossuficiência, em relação aos adultos que estão no poder e fazem a governança global estatal e paraestatal. Destaca-se ainda que o Brasil participou da criação da Sociedade das Nações (1919-1946) ou Liga das Nações até 1926, sendo portanto signatário desta declaração.

Deve-se ainda lembrar que em 1927 fundou-se o Instituto Interamericano da Criança, integrado a Organização dos Estados Americanos como organismo especializado, em 1949. Em seu desiderato está presente a promoção e consolidação das democracias na região, no intuito de construir uma cultura de respeito aos direitos humanos, em especial à criança e adolescência, tomando-se como referentes, atual atuação da Convenção dos Direitos da Criança e Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969²¹. Este órgão internacional é importante para a efetivação do direito social à educação na primeira infância e tem por missão cooperar com os governos dos Estados membros para o planejamento de ações promocionais que visam o desenvolvimento de atividades teóricas, com os devidos instrumentos técnicos e que deve obrigatoriamente contribuir para a proteção integral da criança²².

Antes de adentrar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, verifica-se que em 1946, outro órgão fundamental para proteção dos direitos da criança decorre de ações das Nações Unidas após a Segunda Guerra Mundial,

¹⁶ OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha Gonzáles (Coords). Los derechos del niño ante la administración de justicia in *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales*, Madrid : Marcial Pons, 2010, p.76-77.

¹⁷ ISHIDA, Váler Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 14ª ed. São Paulo : Atlas, 2013, p. 2.

¹⁸ VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis m: OAB/SC Editora, 2006, p. 8.

¹⁹ CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; Mendez, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo : Malheiros, 1992, p. 12.

²⁰ LUQUE, Maria del Rosario Carmona. *La Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p.35.

²¹ OEA. *Organização dos Estados Americanos*. <http://www.iin.oea.org/> Acesso em 7 de abril de 2016.

²² ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Fierro, Sara Oviedo. Participación y ciudadanía: derechos básicos para la infancia y la adolescencia. *Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 383.

quando se desenvolveu campanhas de assistência a crianças pelo Fundo de Emergência das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), este criado em 1946, com o fim específico de atender necessidades decorrentes da falta de alimentos, medicamentos e roupas para as crianças da Europa e da China. No ano de 1950, a Assembleia Geral das Nações Unidas modificou a principal orientação do fundo que passa a se dirigir a toda a criança dos países em desenvolvimento. O ano de 1953 tornou-se importante pela mudança de significado da UNICEF, e mesmo permanecendo com sua sigla, a Assembleia Geral das Nações Unidas, permitiu a continuação de seu trabalho por tempo indefinido, modificando sua denominação para Fundo das Nações Unidas para a Infância²³. Este referente é tão importante para a efetividade de direitos fundamentais, possuindo valor inestimável, quando representada no aspecto simbólico pela recepção do Prêmio Nobel da Paz recebido em 1969, justamente dez anos depois da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que centrava-se na busca do progresso substancial e cimentado dos princípios que devem reger a criança, que por si só estão longe de terminar²⁴.

Como afirmado, a Declaração de Genebra de 1924 (da qual o Brasil foi signatário), apresenta de forma explícita um instrumento jurídico que contém os direitos da criança. Entre eles, estão a proteção especial à criança e seu reconhecimento como sujeito de direitos. E em razão de sua hipossuficiência e vulnerabilidade, a Sociedade e o Estado passam a ter responsabilidade pelo pleno desenvolvimento infantil.

5 Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

Chega-se ao tempo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que foi adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações no dia 10 de dezembro, em Paris na França. Notadamente as Nações Unidas procuram atuar para influir e desenvolver normas jurídicas nacionais estatais com práticas administrativas e judiciais relativas aos direitos humanos, fazendo os governos se convencerem a por fim nas violações de direitos e na reparação de casos concretos²⁵.

Em perspectiva internacional, a Declaração Universal de 1948, se valora como primeiro segmento da Carta Internacional de Direitos Humanos, compreendida ainda pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e seu protocolo facultativo (adotados em 1966)²⁶.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 se concebe, como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a indissociabilidade entre os direitos do homem e da criança de forma implícita, respeitando-os desde o

²³ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 43.

²⁴ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 98.

²⁵ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 34.

²⁶ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 35.

nascimento²⁷. Essa declaração consagrou três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para com os indivíduos, a segurança dos direitos, impondo uma série de normas e a possibilidade de direitos, exigindo meios necessários à fruição destes direitos²⁸. Também pode-se afirmar que ela é apenas o início de um processo, cuja realização ainda não é possível ver, entretanto a declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas²⁹.

Embora considerada como declaração dotada da complexidade de ser norma *jus cogens* ou não, a Declaração Universal de 1948 se apresenta como uma exposição de objetivos que devem alcançar os Governos e, como resultado ou consequência, direito internacional obrigatório, justamente pelo caminhar do considerável peso moral de suas subscrições a mesma. No mesmo sentido, denota-se que a Conferência Internacional das Nações Unidas de 1968, sobre direitos humanos atesta que a Declaração de 1948 constitui-se em verdade, na obrigação de cumprimento pelos membros da comunidade internacional, mas como afirmado, não são consideradas norma *jus cogens*. Porém, substancial afirmar-se que a Declaração exerce um papel considerável, quando influencia as Constituições, normas jurídicas nacionais e decisões dos tribunais nacionais³⁰.

Ao analisar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, verifica-se efetivamente, que a criança é detentora de direitos humanos e a infância, como vetor de cuidados, proteção especial e social. No artigo 25³¹ da declaração está afirmado que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

A declaração, em seus trinta artigos, ainda retrata a inauguração do direito internacional dos direitos humanos e retrata o pensamento global da época com a assinatura de 58 Nações ao ato. Sua importância é reveladora e marca os textos internacionais do presente, sendo verdadeiro ideário de defesa dos direitos humanos. E num olhar sobre sua organização, constata-se que está dividida, no intuito de antever a exposição dos pactos de 1966, vez que os dois primeiros artigos³² relatam

²⁷ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.

²⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 19ª. Ed. São Paulo : Saraiva, 1995.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

³⁰ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 35.

³¹ UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Artigo 25.1*. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 20 de junho de 2018.

³² UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Artigo 1*. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. Artigo 2.1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja

que todos os seres humanos, sem distinção, nascem livres e iguais em direitos e dignidade, formulando princípios basilares de igualdade e não discriminação para a fruição dos direitos e liberdades fundamentais³³.

Ressalta-se que a partir deste ponto, se faz uma inversão de perspectiva no trilhar desta, ordenando os Direitos Sociais, econômicos e culturais em primeiro lugar, vez que a crença e concretude destes direitos representam a possibilidade de fruição dos direitos civis e políticos. Desta forma, entre os artigos 22 a 28³⁴ encontram-se os direitos econômicos, sociais e culturais, entre os quais: um nível de vida adequado à saúde e bem-estar (compreendidos a alimentação, vestuário, moradia e assistência médica), a proteção à maternidade, infância e direito à educação.

Quando analisado o artigo 25.2 (já citado) da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhece-se claramente que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais, entendida como real sujeito de direitos a quem

de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 20 de junho de 2018.

³³ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p.35.

³⁴ UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948* Artigo 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Artigo 23. 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. Artigo 24. Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas. Artigo 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. Artigo 26. 1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. Artigo 27. 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor. Artigo 28. Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados. http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 20 de junho de 2018.

corresponde o exercício e gozo de todos os direitos humanos, mencionados em posição de progressividade³⁵.

No artigo 28 inclui-se um novo direito: todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente efetivados. Neste ponto fundamentam-se os Direitos Humanos Emergentes, categoria que será explicada no decorrer da presente pesquisa, e, que para García, “podemos reconocer en el mismo artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al desbordar el catálogo de derechos humanos reconocidos en las constituciones y las legislaciones estatales y ser el gérmen del desarrollo y garantía de esos derechos en el orden internacional”³⁶. O eixo central deste artigo estabelece conexão entre a pessoa humana e a ordem internacional. Conexão que tem como norte, duas ideias:

de un lado, se vincula al ejercicio efectivo de estos derechos al establecimiento de un “orden internacional” que los haga posibles, y se considera que el establecimiento mismo de ese orden es un derecho humano fundamental; de outro lado, la Idea de un “orden social” se aborda desde una perspectiva mundial; el “orden social” que ha de posibilitar el ejercicio de los derechos humanos, no se circunscribe sólo al marco estatal donde el individuo desarrolla su vida pública o privada, sino que se sitúa también en plano privado³⁷.

Ainda sobre os artigos 22 a 28 figuram: o trabalho e sua livre escolha; igual salário por trabalho igual; remuneração equitativa e satisfatória que assegure uma existência conforme a dignidade humana; o direito ao descanso e tempo livre; um nível de vida adequado para a saúde e bem-estar (compreendidos como alimentação, vestuário, residência e assistência médica, com especial proteção à maternidade e à infância, e à educação, compreendida ainda como direito dos pais em escolherem a educação de seus filhos). No artigo 29 está afirmado que toda pessoa tem direito à comunidade e nela deve desenvolver livre e plenamente sua personalidade. Adiciona ainda que no exercício de seus direitos e desfrute das liberdades, toda pessoa estará somente sujeita às limitações estabelecidas pela lei com o fim de assegurar o reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades dos demais, procurando satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral. Estes direitos e liberdades não podem ser exercidos em oposição aos propósitos e

³⁵ ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. La incorporación progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la ciudadanía activa in *Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 115.

³⁶ GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 707.

³⁷ GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 707.

princípios das Nações Unidas³⁸.

De outro modo, os dois primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 revelam que todos os seres humanos, sem distinção alguma, nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e formulam os princípios básicos da igualdade e não discriminação para o desfrute dos direitos e liberdades fundamentais.

Notadamente, entre os artigos 3 a 21 discorre sobre os direitos civis e políticos que tem todos os seres humanos, figurando, por exemplo, o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, à proteção contra a escravidão ou servidão, proteção contra à tortura e penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes, bem como o direito efetivo de ter a proteção dos tribunais, em caso de violações dos direitos humanos, em casos também de liberdade contra prisões arbitrárias, ou ainda o direito de liberdade de circulação e residência, nacionalidade, asilo, formar família, direito à propriedade, liberdade de pensamento, consciência ou religião, liberdade de opinião e expressão; liberdade de reunião e associação pacíficas, como também a participação no Governo de seu País e igualdade de acesso às funções públicas³⁹.

Em síntese, “podemos decir que la Declaración Universal de Derechos Humanos desborda en marco de reconocimiento de los derechos humanos acuñados en las constituciones y legislaciones nacionales estatales⁴⁰”.

E no que se refere à força jurídica deste documento deve-se lembrar que o art. 38 da Corte Internacional de Justiça⁴¹ faz parte do direito internacional.

Para Fabio Konder Comparato⁴², os direitos definidos na Declaração de 1948, correspondem integralmente ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), ou seja, inderrogáveis e aceitas pela sociedade internacional, modificáveis por nova declaração. Afirmção esta que será contestada neste capítulo.

Porém, se reconhece que em 1968 a Conferência Internacional das Nações Unidas, sobre Direitos Humanos, afirmou que a Declaração constituía uma

³⁸ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 36.

³⁹ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 35-36.

⁴⁰ GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. *Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013, p. 706.

⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Artículo 38. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizada. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>. Acesso em 10 de maio de 2018.

⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. V ed. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 227.

obrigação para os membros da comunidade internacional⁴³. Mesmo assim, sua obrigação é moral e não jurídica, não sendo portanto norma *jus cogens*.

Assim, constata-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi justificada como instrumento contra as violações praticadas pelos Estados em detrimento dos indivíduos. Numa perspectiva Internacional, a Declaração Universal de 1948, se valora como primeiro segmento da Carta Internacional de Direitos Humanos, compreendida ainda pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e seu protocolo facultativo (adotados em 1966).

Nela reitera-se que a criança tem direito à proteção especial e, principalmente social, fazendo crer que, a partir deste ponto, se faz uma inversão de perspectiva, ordenando os Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (artigos 22 a 28) em primeiro lugar, vez que a crença e concretude destes direitos representam a possibilidade de fruição dos direitos civis e políticos (artigos 3 a 21). Com isto se assentam novas possibilidades de compreensão das responsabilidades do Estado com a infância.

6 A Declaração dos Direitos da Criança de 1959

No dia 20 de novembro de 1959 em aprovação unânime de 78 Nações, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos da Criança. Foi a primeira declaração universal de direitos, relativa a um grupo de seres humanos, as crianças e “al mismo tiempo que invoca principios exclusivos en la interpretación de los derechos del niño – con el interés superior del niño-; que incorpora una amplia visión del niño, en tanto que titular de los derechos enunciados, y lo considera tanto de manera general como atendiendo a circunstancias particulares⁴⁴”.

Não se pode deixar de acompanhar o enlace histórico que ocorreu no século XX, quanto à proteção aos direitos da criança, onde se verifica que, com a criação das Nações Unidas e Organização Internacional do Trabalho, e após a Segunda Guerra Mundial, o movimento de defesa destes direitos, se difundiu com a criação do Fundo Monetário Internacional para “el Socorro a la Infancia, y luego la Declaración de los Derechos den Niño(...) el más comprensible y ambicioso instrumento respecto a dicha protección fue la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño⁴⁵”.

Em seu preâmbulo⁴⁶, a humanidade deve entregar à criança o melhor que puder dar-lhe, e, reconhece a urgência e convicção da comunidade internacional em

⁴³ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Española, 1991, p. 35.

⁴⁴ LUQUE, Maria del Rosario Carmona. *La Convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid : Editorial Dykinson, 2011, p.48.

⁴⁵ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Española, 1991, p. 23.

⁴⁶ UNICEF. *Declaração dos Direitos da Criança*. PREÂMBULO. Considerando que os povos da Nações Unidas, na Carta, reafirmaram sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano, e resolveram promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. Considerando que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamaram que todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos,

efetivar uma declaração para contemplar as necessidades especiais de crianças e adolescentes. Assinala-se também que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento, visto que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra de 1924 e reconhecida na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança, visto que a humanidade deve a criança o melhor de seus esforços. E quando faz a proclamação dos direitos, enfatiza que a criança deve ter uma infância feliz, gozando dos direitos e liberdades, expostos na declaração. Faz ainda um apelo ao reconhecimento e empenho no cumprimento da declaração em medidas legislativas e outras, aos pais, homens, mulheres, organizações voluntárias e governos.

Seu preâmbulo é fundamental porque apresenta a premissa de que os direitos da criança são “indisociables de los del hombre como recuerda el Preámbulo de la Declaración de 1959 y el de la Convención de 1989; la liberación del hombre se destruye o se conquista paso a paso desde la infancia⁴⁷. Ainda, que a humanidade deve entregar à criança o melhor que puder dar-lhe, e, reconhece a urgência e convicção da comunidade internacional em efetivar uma declaração para contemplar as necessidades especiais de crianças e adolescentes⁴⁸.

Em sua parte dispositiva é dividida em 10 premissas que relatam o desejo de plenitude e proteção integral à criança, sendo examinados a partir deste ponto, tendo por referência o site da UNICEF citado. Gonzáles comenta, dizendo que

En diez principios cuidadosamente redactados, la Declaración afirma los derechos del niño: a disfrutar de protección especial y a disponer de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse de forma sana y normal, en condiciones de libertad y dignidad; a tener un nombre y una nacionalidad desde su nacimiento; a disfrutar de los beneficios de la seguridad social, inclusive nutrición adecuada, vivienda, recreo y servicios médicos; a recibir tratamiento, educación y cuidados especiales si tienen algún impedimento; a crecer en un ambiente de afecto y seguridad y, siempre que sea posible, al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; a recibir educación; a figurar

sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Considerando que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento. Considerando que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança. Considerando que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços. Assim, a Assembléia Geral, Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança, visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os Governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios(...). [http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracao dos Direitos da Crianca.pdf](http://198.106.103.111/cmdca/downloads/Declaracao%20dos%20Direitos%20da%20Crianca.pdf). Acesso em 20 de agosto de 2018.

⁴⁷ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 27.

⁴⁸ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 50.

entre los primeros que reciban protección y socorro en casos de desastre; a estar protegidos contra todas las formas de abandono, crueldad y explotación; y a ser protegido contra prácticas que puedan fomentar cualquier forma de discriminación; finalmente la Declaración recalca que el niño debe ser educado en uno espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz e fraternidad universal⁴⁹.

Num olhar sobre os princípios da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, verifica-se que, no primeiro, se destaca que toda criança terá direito aos direitos e liberdades propostos, sendo que sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

No segundo princípio está evidenciada a proteção especial que deve ser dada a criança para o seu desenvolvimento integral, alicerçado na norma jurídica que deve ser construída, levando-se sempre em conta os melhores interesses da criança, ao permitir que alcancem a dignidade e liberdade de forma normal e sadia. Sem dúvidas o grande mérito deste princípio vincula os governantes com o claro recado para construção da norma que deve sempre ser construída levando em conta este sujeito de direito chamado “criança”.

O terceiro, quarto e quinto princípios tratam do estatuto pessoal que entrega à criança personalidade civil e nacionalidade, bem como garantias sociais como previdência social, alimentação e saúde (inclusive pré-natal e pós-natal e as incapacitadas).

O sexto princípio trata da segurança moral e material que deve existir na relação entre a criança e seus pais, indexadas pela extrema responsabilidade, para que tenham um desenvolvimento integral e harmônico com amor e compreensão.

A importância em tratar do sétimo princípio está assentada na ideia de que a Educação desde o nascimento é o norte de transformação e valoração dos direitos da criança. Assegurar como previsto na declaração o direito de receber Educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário e que atenderá os melhores interesses da criança. Percebe-se a preocupação internacional no assunto, revelando que este direito de Educação não está vinculado a idade mínima, mas a toda criança. No oitavo princípio destaca-se a prioridade da criança em receber proteção e socorro, enquanto que no nono e décimo princípios protege-se a criança de qualquer forma de negligência, crueldade, exploração ou discriminação qualquer, quer seja, social, econômica, física, racial, religiosa ou laboral. Deixa por fim, a mensagem dispositiva de que a criança deve criar-se em um ambiente de compreensão, tolerância, paz, fraternidade e consciência de que seu esforço é colocado a serviço de seus semelhantes.

Ainda, se deve lembrar que para Gonzáles são três os princípios fundamentais da declaração, “los derechos del niño son susceptibles de ser considerados en diversos contextos que corresponden a su evolución hacia la edad adulta. El conjunto de estos derechos está dominado por tres principios fundamentales: protección especial del niño; no discriminación y desarrollo físico y

⁴⁹ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 50-51.

moral sano⁵⁰”. Não se pode esquecer do ponto referencial deste trabalho, ao contemplar na declaração que “el niño deberá recibir una educación que fortalezca su cultura general y le posibilite, con igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y criterio personal, su sentido de la responsabilidad social y moral, todo ello con miras a lograr su realización como miembro útil del grupo social en el que se desenvuelve⁵¹”.

Em síntese, a Declaração de 1959 impõe que a criança deve ser educada em um espírito de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, paz e fraternidade universal⁵².

Esta Declaração enfatiza que a criança deverá receber uma educação eficaz para o desenvolvimento de uma cultura integrada pela igualdade de oportunidades, para o desenvolvimento de atitudes que a revelem como realizada por ser membro útil ao seu grupo social⁵³.

Como visto, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 apresenta as premissas básicas deste importante sujeito de direitos que estão assentadas na doutrina da proteção integral da criança possibilitada pelas assertivas expostas, como proteção especial, prioritária e principalmente normativa, deixando clara a mensagem aos governantes que as normas jurídicas deverão levar sempre em conta, os melhores interesses da criança. Para Chaves⁵⁴, a Declaração Universal dos Direitos foi um documento fundamental para nossa civilização (...) e entre outras considerações, que a criança, em decorrência de sua maturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento e que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços. No pensar de Veronese⁵⁵ a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, assinada pelo Brasil, representa princípios e não obrigações para os Estados signatários. Por outro lado, a Declaração se constitui em guia para o comportamento dos pais, educadores e autoridades públicas, contendo “un catálogo de derechos que tienen que ser reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni discriminación, siendo el interés superior del niño, el criterio fundamental al que tendrán que atenerse las leyes nacionales para que el niño goce de una protección especial⁵⁶”.

Declaração esta que infere nos objetivos da UNICEF, tendo estabelecido a fruição de direitos básicos e privilégios, a UNICEF passa a conjugar objetivos

⁵⁰ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 51.

⁵¹ ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. *La incorporación progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la ciudadanía activa in Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 115.

⁵² GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid : Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 50-51.

⁵³ ALCAIDE, Carlos Villagrasa; Ballesté, Isaac Ravetllat (Coord.) Rivera, Lourdes Wills. *La incorporación progresiva de los niños, niñas y adolescentes a la ciudadanía activa in Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009, p. 115.

⁵⁴ CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2. ed. São Paulo : LTR, 1997, p. 33.

⁵⁵ VERONESE, Joseane Rose Petry. *Direito da Criança e do Adolescente*. Florianópolis : OAB/SC Editora, 2003, p.8.

⁵⁶ OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha González (Coords). *Los derechos del niño ante la administración de justicia in La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales*, Madrid : Marcial Pons, 2010, p.77.

humanitários de desenvolvimento, colaboração com países em desenvolvimento no esforço de proteção das crianças oferecendo possibilidades de desenvolvimento de todo seu potencial. Esta cooperação se faz no contexto de que ocorram esforços nacionais de desenvolvimento com o real objetivo de atribuir a cada criança a oportunidade de fruição dos direitos básicos e dos privilégios enunciados na Declaração dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1959, contribuindo assim, com o progresso e bem-estar de seus Países⁵⁷.

Outro ponto a ser destacado é que as declarações internacionais firmadas e aqui relatadas não passam por um processo de ratificação dos Estados, nem representam norma jurídica obrigatória, porém representam o ideário e a inspiração dos povos internacionalmente conceituados na busca de atender suas premissas em prol dos direitos humanos.

Como verificado, esta fase de declarações, em benefício da criança e do adolescente avançaram no século XX, quando no dia 20 de novembro de 1959 em aprovação unânime de 78 Nações, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos da Criança. Tal fato é relevante porque pela primeira vez foi firmada uma declaração universal de direitos, relativa a um grupo de seres humanos, as crianças.

No seu teor, constata-se desde o preâmbulo que a humanidade deve entregar à criança o melhor que puder dar-lhe, e, reconhece a urgência e convicção da comunidade internacional em efetivar uma declaração para contemplar as necessidades especiais de crianças e adolescentes.

Destacam-se para o tema, entre os princípios, o segundo e o sétimo. No segundo princípio está evidenciada a proteção especial que deve ser dada a criança para o seu desenvolvimento integral, alicerçado na norma jurídica que deve ser construída, levando-se sempre em conta os melhores interesses da criança, ao permitir que alcancem a dignidade e liberdade de forma normal e sadia. Sem dúvidas o grande mérito deste princípio vincula os governantes com o claro recado para construção da norma que deve sempre ser construída levando em conta este sujeito de direito chamado criança.

O sétimo princípio assenta a ideia de que a Educação desde o nascimento é o norte de transformação e valoração dos direitos da criança. Assegurar como previsto na declaração o direito de receber Educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário e que atenderá os melhores interesses da criança. Percebe-se a preocupação internacional no assunto, revelando que este direito de Educação não está vinculado a idade mínima, mas a toda criança.

Como visto, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 apresenta as premissas básicas deste importante sujeito de direitos que estão assentadas na doutrina da proteção integral da criança possibilitada pelas assertivas expostas, como proteção especial, prioritária e principalmente normativa, deixando clara a mensagem aos governantes que as normas jurídicas deverão levar sempre em conta, os melhores interesses da criança.

⁵⁷ GONZÁLES, Stella Maris. *La Protección de La Infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid: Cruz Roja Espanhola, 1991, p. 43.

7 Conclusão

A proteção dos direitos infanto-juvenis na esfera internacional como estrutura basilar para efetivação do direito à educação na primeira infância, perpassa o caminho histórico das declarações de direitos humanos, que são referenciais educacionais e políticos para a atuação do Estado Brasileiro. No século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, implicitamente, revela à criança, como sujeito de direitos, e consolida uma perspectiva de guarida estatal no trato infanto-juvenil. No século XX, a Declaração de Genebra de 1924, trás explicitamente a guarida e proteção à infância. Com a chegada da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o caráter emancipador da infância é revelado e afirmado, como critério obrigatório da política de Estado.

Por conseguinte, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, aprovada pela unanimidade da Assembleia Geral das Nações Unidas, destacou-se como a primeira declaração universal de direitos, concernente a um grupo de seres humanos, a criança. Ainda, invoca a ampla visão, a titularidade de direitos e o interesse superior da infância, pautando condutas didáticas e políticas que os Estado brasileiro deve perseguir.

Enfim, são reveladas declarações que instrumentalizam o dever brasileiro de atuar em prol da defesa e proteção dos direitos da criança, alicerçadas na ideia de traçar bons caminhos para e efetividade do direito social à primeira infância no Brasil.

Referências

ALCAIDE, Carlos Villagrasa; BALLESTÉ, Isaac Ravetllat (Coord.) JUÁREZ, Raquel González. Educación de Calidad para Niños y Niñas Afectados en situación de emergência. *Por Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia*. Barcelona : Editorial Bosch, 2009.

BALAGUER, Irene; Arderiu. *Calidad de los servicios para la primera infancia y estimación de la demanda*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 12 dez. 2015.

_____. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

CHAVES, Antônio. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2ª ed. São Paulo : LTR, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>>. Acesso em: 10 maio 2018.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCÍA, David Bondía in Peces-Barba Martínez. Gregorio, García, Eusebio Fernández; Roig, Rafael de Asís; Roig, Francisco Javier Ansuátegui; Liesa, Carlos Fernández. Derechos Humanos Emergentes: los derechos humanos fundamentales del ciudadano cosmopolita. El inicio del proceso de interacción de los derechos humanos in *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo IV, volumen III, libro I. Madrid ; Dykinson, 2013.

GONZÁLES, Stella Maris. *La protección de la infancia en el Marco del Derecho Internacional*. Madrid: Cruz Roja Espanhola, 1991.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LUQUE, Maria del Rosario Carmona. *La convención sobre los Derechos del Niño*. Madrid: Dykinson, 2011.

OEA. *Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <<http://www.iin.oea.org/>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

ONU. *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-estudos-ca-dc.html#IA>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

OSUNA, Ana Salado in Bou, Emili González y Viada, Natasha González (Coords). Los derechos del niño ante la administración de justicia in *La Protección de los Niños en el Derecho Internacional y en Relaciones Internacionales*, Madrid :Marcial Pons, 2010, p. 76-77.

PECES-BARBA MARTÍNES, Gregorio e GARCÍA MANRIQUE, Ricardo in Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernandez García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael (Dirección). Los Textos de la Revolución Francesa in *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II: siglo XVIII, volumen III. Madrid: Dykinson, 2001, p. 217.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*.

Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito da criança e do adolescente*.

Florianópolis: OAB/SC, 2006.

Autor Convidado.

